

¿POR QUÉ LAS NACIONES OBEDECEN AL DERECHO INTERNACIONAL?*

Harold Hongju Koh**

¿Qué impulsa a los Estados a reconocer y comparecer ante normas que ellos no han generado y que ciertamente preceden hasta de un plano ajeno? En el presente artículo, el reconocido profesor de la Universidad de Yale, plantea resolver esta vieja interrogante por medio de un análisis histórico de lo que él ha denominado “La Cuestión del Cumplimiento”. De este modo, se analizan las clásicas dicotomías entre el Derecho doméstico y el Derecho Internacional, así como las corrientes filosóficas que surgieron en torno a la cuestión, culminando el recorrido con las propuestas de autores como Abram Chayes, en contraposición a la tesis de John Rawls.

De este recuento y análisis a partir del devenir de las respuestas dadas a la “Cuestión del Cumplimiento”, se recoge una respuesta íntegra que concilia no sólo los enfoques de Chayes y Rawls, sino que incluso destruye la clásica división entre el Derecho doméstico y el Derecho Internacional, al afirmar que el cumplimiento se garantiza cuando las naciones han interpretado, analizado e interiorizado los dictámenes de las normas internacionales en su ordenamiento local, acoplándolos a su propio sistema de valores.

* El presente artículo tiene como título original “Why do nations obey international law?”. Agradecemos al autor por permitirnos su reproducción. La traducción fue realizada por Aldo Cisneros Jirón y Luis Fernando Roca Lizarzaburu, miembros de la Comisión de Contenido de THÉMIS.

** Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Harvard. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale. Distinguido con la mención de “Sterling Professor of International Law” por el mismo centro de estudios. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale entre 2004 y 2009.

Esta permanece como una de las más desconcertantes preguntas de las Relaciones Internacionales. Hace poco más de treinta años Louis Henkin declaró: “Casi todas las naciones observan casi todos los principios del Derecho Internacional y casi todas sus obligaciones, casi todo el tiempo”¹. Aunque el trabajo empírico hecho desde entonces parece confirmar a sobremanera ésta cerrada, aunque optimista descripción², los académicos, por lo general, han evadido la pregunta causal: Si los actores transnacionales, por lo general, obedecen al Derecho Internacional, ¿por qué lo obedecen y por qué también lo desobedecen?

La pregunta es fundamental desde una perspectiva tanto práctica como teórica. Desafía a los académicos especializados en los campos del Derecho Internacional y de las Relaciones Internacionales. Esto, debido a que esta pregunta abarca en sí varias áreas relativas a asuntos internacionales, las cuales van desde seguridad internacional hasta políticas económicas desde negocios y transacciones internacionales hasta comercio internacional; desde las leyes que rigen a la Unión Europea, hasta las organizaciones internacionales de diversa naturaleza. Todo esto impone un reto crítico, ya en marcha para la política exterior de los Estados Unidos de Norteamérica, si nos ubicásemos bajo el supuesto de hecho de que nos será impredecible saber cuándo y cómo los diversos Estados llevarán a cabo sus obligaciones respecto a represalias comerciales, protección ambiental, Derechos Humanos, seguridad global y organizaciones supra-nacionales. ¿Cómo podremos contar con el **multilateralismo**, en reemplazo de las clásicas políticas bipolares, como la piedra angular del orden *post* Guerra Fría?

Académicos versados, tanto en Derecho Internacional cuanto en Relaciones Internacionales, han discutido durante siglos acerca

del poder que poseen las leyes más allá de las fronteras; esta cuestión, con el fin de la Guerra Fría, trajo consigo una serie de implicancias que influenciaron las posibilidades del Derecho Internacional, siendo uno de estos efectos el realzar dramáticamente la Cuestión del Cumplimiento³. En la década pasada, se dio con mayor fuerza una creciente percepción en el sentido de que “el Derecho Internacional importa”, lo que ha hecho que los politólogos, teóricos políticos, juristas internacionales y hasta filósofos del Derecho se replanteen la ya mencionada Cuestión del Cumplimiento.

Dos libros recientes, que coronan las carreras de tres reconocidos abogados internacionalistas, representan, a mi parecer, el esfuerzo más comprensivo y sofisticado para abordar esta demandante cuestión. En “La nueva soberanía”, Abram Chayes, profesor de la Universidad de Harvard y actual subsecretario de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos, argumenta que la conformidad con el Derecho Internacional se da con mayor frecuencia en regímenes convencionales, es decir, países con un “modelo de gestión”⁴ establecido. Bajo la opinión de Chayes, las naciones obedecen los lineamientos del Derecho Internacional, no necesariamente porque están amenazadas con sanciones en caso de incumplir el Derecho Internacional; sino que, más bien, éstas se encuentran persuadidas porque la dinámica del Derecho Internacional encaja perfectamente con su propia vorágine interna. En otras palabras, existe una coherencia que fundamenta la percepción de que el Derecho Internacional podría estar hecho a la medida de tales naciones. “El instrumento fundamental para mantener la conformidad con los tratados en un nivel aceptable”, y añade, “es un **proceso interactivo y discursivo** entre las partes, la organización que respalda el tratado respectivo y el público circundante”⁵ [El énfasis es nuestro].

¹ HENKIN, Louis. “How nations behave”. Segunda edición. Nueva York: Columbia University Press. 1979.

² En años recientes, académicos tanto del Derecho Internacional cuanto de las Relaciones Internacionales han empezado a realizar estudios empíricos sobre las condiciones que rigen el cumplimiento de los tratados internacionales sobre todo, en materia de comercio. Para tal caso, revisar: ULRICH, Ernst y Gunther JAENICKE. “Adjudication of Trade Disputes in international and national economic Law”. En: American Journal of Comparative Law 40. 1992.

³ A través de la revisión de este ensayo presentaré cuatro tipos de relaciones entre la norma y la conducta manifestada: Coincidencia, conformidad, cumplimiento y obediencia.

⁴ CHAYES, Abram. “The New Sovereignty Compliance with International Regulatory Agreements”. Cambridge: Harvard University Press. 1995.

⁵ Ibidem.

En “La Justicia en el Derecho Internacional y sus Instituciones”⁶, Thomas Franck, profesor de la Universidad de Nueva York, sostiene que la Cuestión del Cumplimiento no radica en un modelo de gestión o en una confluencia de dinámicas; sino que se basa, en cambio, en la justicia intrínseca de las leyes internacionales. Influenciado por los argumentos filosóficos recogidos en sus primeros trabajos⁷ y basado en sus Lecturas de La Haya en Derecho Internacional, la visión del profesor Franck del Derecho Internacional expone que las naciones obedecen “leyes carentes de poder” porque éstas, de alguna forma, se hallan empujadas a su cumplimiento bajo un interiorizado sentido de legitimidad y justicia.

Sendos libros son trabajo de adeptos. Ambos reconocen que la transformación moderna del concepto de soberanía ha redefinido el Derecho Internacional; en tal sentido, el Derecho Internacional y sus normas cooperan con la construcción de intereses e identidades nacionales por medio de un proceso basado en discursos justificatorios⁸. Además, la aproximación que Chayes hace desde su perspectiva basada en “modelos de gestión” y la aproximación que Franck realiza desde su concepto de “justicia” en conjunto, no son más que dos expresiones modernas de dos prominentes tradiciones intelectuales en las discusiones ligadas al Derecho Internacional. Personalmente, me refiero a estas como la **tradicón procesal** y la **tradicón filosófica**. Estas tradiciones intelectuales han defendido históricamente la disciplina ante dos proclamas divergentes: En una mano, la doctrina realista, que sostiene que las leyes internacionales no son estrictamente **leyes**, ya que no son vinculantes y carecen de auténticas sanciones⁹; y en la otra, la postura racionalista, la cual manifiesta que

las naciones solamente obedecen al Derecho Internacional si, y solo si, éste sirve para su propio interés nacional”¹⁰.

Aun así, ambos libros, instructivos como son, dan una aguda visión de una materia mucho más extensa. Ambos, el modelo de gestión y el modelo de justicia omiten, a mi parecer, el actual y minucioso **proceso legal** desarrollado por las **transnacionales**: Esa compleja maraña de **interacción** institucional y mundial, mediante la cual las normas no son solamente debatidas e **interpretadas**, sino que también son **internalizadas** en últimas instancia por los sistemas jurídicos domésticos o nacionales¹¹. Ambas perspectivas fallan al momento de describir cómo es que un discurso basado en la “gestión” o en la “justicia” logra que los lineamientos del Derecho Internacional sean adheridos al Derecho local, al punto de hacerse parte del inventario nacional de valores. Ambos libros evaden la labor de explicar el proceso evolutivo en el cual el cumplimiento coyuntural de ciertas normas deviene en obediencia habitual. Bajo mi punto de vista, tal omisión es pasar por alto el proceso de interacción, interpretación e internalización. Es fundamental entender a profundidad cuáles son los factores que empujan a las naciones a **obedecer** al Derecho Internacional, en lugar de meramente describir su comportamiento.

La primera parte de este ensayo examina la historia de los diversos esfuerzos académicos, a fin de tratar con la Cuestión del Cumplimiento. La segunda parte aborda las teorías de Franck y Chayes, analizando su trasfondo intelectual y sugiriendo en qué aspectos sus planteamientos estarían errados e incompletos. La tercera parte repara en lo que, personalmente, considero una aproximación más completa a fin de entender

⁶ FRANCK, Thomas. “Fairness in International Law and Institutions”. Oxford: Clarendon Press. 1995.

⁷ Ver: FRANCK, Thomas. “The power of legitimacy among nations”. Nueva York: Oxford University Press. 1990.

⁸ Chayes explica la funcionalidad del proceso discursivo: “Un proceso que incluya el discurso, el razonamiento y la negociación es una fórmula ganadora”.

⁹ Ver: NARDIN, Terry. “Ethical Traditions in International Affairs”. En: NARDIN, Terry y David MAPLE. “Tradition of International Ethics”. Cambridge: Cambridge University Press. 1993. Ver también: KENNAN, George. “American Diplomacy 1990-1950”. Nueva York: Mentor Books. 1984. pp. 95-103.

¹⁰ Ver: HENKIN, Louis. Op. cit. p. 49. “Etiquetar o calificar algo de justo o injusto, deseable o indeseable es meramente una estrategia cínica para motivar a las naciones, dado que si no hay ningún cuerpo o sanción que vele por su cumplimiento las naciones sólo cumplirán con el Derecho Internacional en la medida que este cumplimiento sirve a sus intereses particulares”.

¹¹ Para un desarrollo más detallado de este argumento, ver: KOH, Harold. “Transnational Legal Process”. En: Nebraska Law Review 75. 1996.

por qué las naciones obedecen. Esta visión combina elementos de las dos teorías antes presentadas y criticadas, pero incluye un análisis que se avoca a detallar el proceso de interacción, interpretación e internalización de las normas internacionales.

I. LAS RAÍCES DE LA CUESTIÓN DEL CUMPLIMIENTO

Como la mayoría de las leyes, las del Derecho Internacional rara vez son vinculantes, pero usualmente se obedecen¹². Este fenómeno ha sido estudiado en el contexto de legislación local por psicólogos, filósofos, antropólogos y abogados nacionales¹³ y, curiosamente, se le ha prestado mucha menos atención en el plano internacional. De hecho, la forma en la cual la Cuestión del Cumplimiento ha sido estudiada a través de los años como un proceso moral, filosófico, científico-político y, ahora, como una pregunta empírica, por sí mismo abre una ventana a través de la cual los internacionalistas han optado por pensar y reflexionar sobre el rol del Derecho Internacional. Esta evolución en el pensamiento académico refleja el hecho que la examinación seria ha ocurrido contra el trasfondo de una transformación del Derecho Internacional. Tal transformación ha sido caracterizada bajo una marca distintiva y ésta es la pérdida gradual de soberanía, la increíble proliferación de regímenes internacionales, instituciones y actores no estatales¹⁴, el colapso de la dicotomía público-privada, el rápido avance de las reglas basadas en tratados y la creciente penetración del Derecho Internacional en la escala doméstica. Estas tendencias han reestructurado el escenario

en el cual el Derecho Internacional actúa, estableciendo lo que Franck llama "la era post ontológica"¹⁵.

A. El Derecho Internacional primitivo

Durante el periodo clásico del Derecho Internacional, la pregunta de por qué las naciones obedecen era, a menudo, anexada a la siguiente ¿Por qué **deberían** obedecer? Esta última pregunta fue respondida por una referencia semi-teológica a una **ley superior** o **ley natural**, de la cual el Derecho Internacional era una de sus manifestaciones¹⁶. Antes del Imperio Romano, la religión servía como una fuente de parámetros para las leyes nacionales¹⁷. En el Derecho romano, Gaius definía *ius gentium* en términos de "ley común", o "ley de todos los hombres"¹⁸. El prefacio de las Instituciones Justinianas, publicadas en el año 533 después de Cristo, empieza con una observación respecto a la conexión existente entre el Derecho nacional y el Derecho Natural¹⁹. Durante la Edad Media, el Derecho Internacional o universal emergió con el Derecho Eclesiástico, e incluso ciertos tratados internacionales tenían fuerza legal, aunque fuera solo porque estos eran ratificados bajo juramento, el cual, **siendo un sacramento**, estaba sujeto a ser obligatorio; de lo contrario, se incurría en falta contra la jurisdicción de la Iglesia²⁰.

Los académicos medievales no hacían distinciones entre las leyes locales y las internacionales. En lugar de ver un Derecho nacional, ellos entendían el Derecho como un *ius nature et gentium*; esto es, una ley universal vinculante a toda la humanidad²¹. En esta

¹² Incluso Hans Morgenthau, un crítico feroz del Derecho Internacional, considera que "negar la existencia del Derecho Internacional sólo porque muchas de sus normas no son vinculantes es mentir en la cara de toda la evidencia". Ver: MORGENTHAU, Karl. "Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace". Cuarta edición. Nueva York: Alfred A. Knopf. 1978.

¹³ El estudio del cumplimiento en relación a la obediencia de la Ley doméstica ha sido abordada desde un plano interdisciplinario. Entre estos estudios destaca: FRIEDLAND, Martin. "Sanctions and Rewards in the Legal System: A Multidisciplinary Approach". Toronto: University of Toronto Press. 1989.

¹⁴ Como mencioné anteriormente, estas dos tendencias conformaron lo que Chayes denominó **la nueva soberanía**.

¹⁵ FRANCK, Thomas. "Fairness in International Law and Institutions". p. 6.

¹⁶ STARKE, John. "Introduction to International Law". Londres: Butterworths. 1922.

¹⁷ Ver: BEDERMAN, David. "Religion and the sources of International Law in Antiquity". En: JANIS, Mark. "The Influence of Religion on the Development of International Law". Nueva York: Martinus Nijhoff. 1972.

¹⁸ JANIS, Mark. "An Introduction to International Law". Boston: Little Brown. 1988. También ver: NUSBAUM, Arthur. "A concise History of the Law of Nations". Nueva York: The McMillan Company. 1947.

¹⁹ Ver: JUSTINIANO. "De Iure Naturali et Gentium et Civili". Institución 1.2.

²⁰ Ver: NUSSBAUM, Arthur. Op. cit. p. 24.

²¹ Ver: DICKINSON, Edwin. "The Law of Nations as Part of the National Law of the United States". En: University of Pennsylvania Law Review 101. 1952.

época, las clásicas distinciones entre lo local y lo internacional, lo público y lo privado, que luego dominarían el marco teórico del Derecho Internacional, aún no habían sido desarrolladas. El Derecho de las naciones había sido diseñado para abarcar lo privado, lo público, lo doméstico, así como las transacciones, incluso incluía las leyes entre Estados e individuos, incluido el Derecho Marítimo (afectando precios, puertos, almirantazgo, etcétera) y el Derecho Mercantil aplicable a las transacciones comerciales internacionales²². El sistema era monista; el Derecho local e Internacional constituían una sola unidad legal, con instituciones domésticas actuando como intérpretes de las normas internacionales²³.

Como un académico resaltó, “la diferencia más notable entre el antiguo y el moderno Derecho Internacional es que en el antiguo radica la eliminación total de un proceso como puente entre las fuentes y la substancia. La mente antigua no puede concebir normas para el comportamiento de la nación más allá de su ordenamiento local y sin mencionar las diversas sanciones por el no cumplimiento de tales leyes”²⁴. Esto último empezó a cambiar a partir del siglo XIV, cuando las distinciones teóricas empezaron a dominar el Derecho Internacional y el discurso legal empezó a aparecer. Los comentaristas italianos, como los profesores Bartolo de Sassoferrato (1313-1357) y Baldo de Perugia (1327-1400) primero inauguraron el Derecho Internacional Privado

como “el conjunto de derechos y deberes de los individuos relacionados a los hechos relevantes que son total o parcialmente internacionales”²⁵. Posteriormente, sería el Derecho anglosajón el que otorgaría un rótulo a esto último, catalogándolo como “conflicto de leyes” (*conflict of laws*)²⁶. En “Seis libros de la República” (1576), el francés Jean Bodin desarrolló una teoría general del Estado, la cual aportó el concepto moderno de soberanía como la fuerza de mando o la matriz del Derecho Internacional²⁷.

En un famoso pasaje del segundo libro “De Legibus ac Deo”, el jesuita español Francisco Suárez (1548-1617) introdujo la noción de la práctica cotidiana que deberían tener las naciones en utilizar el Derecho Internacional como una fuente suplementaria²⁸. El italiano Alberico Gentili, escribiendo desde Oxford, se convirtió quizá en el primer escritor en hacer la separación definitiva entre el Derecho Internacional, y la Teología y la Ética, otorgándole la categoría de jurisprudencia²⁹. Finalmente, Hugo Grocio, el holandés a menudo aclamado como el **padre del Derecho Internacional**³⁰, fue el primer escritor en expresar *ius gentium* no meramente como Derecho Natural, derivado de la razón, sino también, como consecuencia de actos volitivos generados por operaciones independientes de la voluntad humana³¹. Grocio también aportó la noción de una sociedad internacional, una comunidad donde los partícipes están envueltos por un orden legal internacional³².

²² Ver: BERMAN, Harold. “The Law of International Commercial Transactions (*Lex Mercatoria*)”. En: Harvard International Law Journal 19. 1978.

²³ Bajo un enfoque dualista del Derecho Internacional, los individuos vulnerados por naciones extranjeras no tiene ningún derecho inmediato del cual exigir una reparación ante un Estado. Los Estados tomarán tales demandas como parte de su base discrecional y subsecuentemente determinarán si procede el reclamo o no del sujeto vulnerado. Ver: HENKIN, Louis. “The Constitution and United States Sovereignty: A Century of Chinese exclusion and its Progeny”. En: Harvard Law Review 100.1987. Ver también: KOH, Harold. “Transnational Public Law Litigation”. En: Yale Law Journal 100. 1991.

²⁴ BENDERMAN, David. Op. cit. p. 6.

²⁵ Ver: NUSSBAUM, Arthur. Op. cit. p. 47.

²⁶ Ver: STORY, Joseph. “Comentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic”. Boston: Hilliard, Gray & Co. 1834.

²⁷ Ver: NUSSBAUM, Arthur. Op. cit. p. 56. Ver también: BARTELSON, Jens. “A Genealogy of Sovereignty”. Cambridge: Cambridge University Press. 1995.

²⁸ Ver: NUSSBAUM, Arthur. Op. cit. p. 67. Cita a: SUÁREZ, Francisco. “Leibus Ac Deo”. 1612.

²⁹ BRIERLEY, James. “The Law of the Nations”. Oxford: Clarendon Press. 1963. Ver también: NUSSBAUM, Arthur. Op. cit. p. 84.

³⁰ BOUTROS-GHALI, Boutros. “A Grotian Moment”. Nueva York: Editorial Fordham. 1995.

³¹ Ver: NUSSBAUM, Arthur. Op. cit. p. 104. Ver también: GROCIO, Hugo. “De Jure Belli Ac Pacis”. 1625.

³² Para ejemplificar la vasta literatura escrita como parte de la discusión en torno a los postulados de Grocio y la **sociedad internacional**, sugiero leer a BULL, Hedley. “The Grotian Conception of International Society”. En: BUTTERFIELD, Herbert y Martin WIGHT. “Diplomatic Investigations”. Cambridge: Harvard University Press. 1946.

Entonces, para mediados del siglo XVII, los fundamentos que habrían de gobernar la disciplina del Derecho Internacional ya habían sido establecidos: La disciplina estaba ligada a la jurisprudencia, nacida de la voluntad humana, conducida por el concepto de soberanía, y segmentada en componentes públicos y privados.

B. Derecho Internacional tradicional

El devenir desde el Derecho Internacional primitivo al tradicional trajo consigo un cambio fundamental en el paradigma y en el pensamiento conceptual respecto a la naturaleza de las obligaciones más allá de las fronteras. Como Friedrich Kratchwil había notado: “Los académicos tradicionales tendían a establecer una clara frontera conceptual, que se daba entre Derecho Municipal y Derecho Internacional, además de apreciar el Derecho Internacional en base a las relaciones contractuales. Por lo tanto, se asignaba al concepto de **soberanía contractual** un lugar central en la construcción de los dos órdenes. Los textos primitivos, por su parte, presentan un grupo de **mandatos universales** basados en principios de orden moral, divino o natural, a los cuales los individuos están sometidos. En consecuencia, al señalar el carácter obligatorio del Derecho Internacional, los académicos tradicionales tuvieron que empezar a catalogar ciertos actos como **soberanos**, además de proceder con el análisis a través de casos específicos públicos y privados, a fin de concluir el grado de legitimidad del acto. Mientras, el académico primitivo siempre parte de la noción de **justicia** y procede a analizar a partir de los actores, para luego recién valorar los actos”³³.

En 1648, el Tratado de Westfalia puso fin a tres décadas de guerra, aleccionando su autoridad

sobre la de varios principados europeos. Este evento marcó los sucesos venideros en el Derecho Internacional, ahora basado en los principios fijos de territorialidad y autonomía nacional³⁴. Quienes escribían la historia de las Relaciones Internacionales desde la política estaban poco interesados en cuestionarse por qué las naciones deberían obedecer el Derecho Internacional, viendo la pregunta como ética o filosófica, mas no como científica o empírica³⁵. Con este sistema, el concepto de obligación legal (*opinio juris sive necessitatis*), fue emergiendo como la clave para poder distinguir entre lo que era Derecho Internacional consuetudinario de la práctica voluntaria por la cual los Estados podrían optar, pero siempre eran libres de desobedecer³⁶.

C. La era dual: Del Derecho Natural al positivismo

Desde este punto de vista, se empieza a dar una pequeña aproximación al positivismo, el cual no veía al Derecho Internacional como una derivación del Derecho Natural, mas sí como un constructo social o un constructo humano en base a leyes, tratados y costumbres. Los primeros positivistas, como Thomas Hobbes (1588-1679), Richard Zouche (1590-1661) y Samuel Rachel (1628-1691) rechazaron el razonamiento detrás de la tesis del **Derecho Natural** y, en cambio, establecieron que el Derecho de las naciones es en verdad la ley entre las naciones, la cual consiste tanto en costumbre cuanto en tratados³⁷.

En 1789, las consideraciones en torno al principio de soberanía empezaron a dominar el discurso internacional. Jeremy Bentham acuñó el término “Derecho internacional”³⁸. El mismo término rechazaba la idea monista de un Derecho único, integrado y transnacional, en favor de una noción del Derecho Público

³³ KRATOCHWIL, Friedrich. “Constructivism as an Approach to International Law and Relations”. Georgetown University Paper. 1996.

³⁴ Ver: HENKIN, Louis; PUGH Richard; SCHACHTER, Oscar y HANS SMIT. “International Law: Cases and Materials”. Segunda edición. Saint Louis: West Publishing Co. 1987.

³⁵ Ver: CORBETT, Percy. “Law and Society in the Relations of States”. Nueva York: Harcourt, Brace & Co. 1951.

³⁶ Para una historia del concepto, ver: BEDERMAN, David, “The curious resurrections of custom: Beach access and judicial takings”. En: Columbia Law Review 96. pp. 1375 y 1450-1453. 1996. Para un enfoque filosófico del tema, ver: FINNIS, John. “The Foreign Relations and Law of the United States”. Oxford: Clarendon Press. 1980. pp. 297-298.

³⁷ NUSSBAUM, Arthur. Op. cit. pp. 123-125.

³⁸ BENTHAM, Jeremy. “An Introduction to the Principles of Morals and Legislation”. Londres: Athlone Press. 1970 (el original es de 1790).

de las naciones, el cual operaba en un plano horizontal con solamente actores estatales involucrados. Igualmente importante, Bentham asumió que “las transacciones internacionales planteadas ante cortes municipales siempre fueran decididas por reglas internas y no internacionales”³⁹. Al romper el vínculo normativo entre leyes internacionales y el sistema doméstico, Bentham ayudó a iniciar la era de la teoría dual, en la cual las bases del cumplimiento entre el Derecho local y el Internacional divergían.

A diferencia de la tradición ética, la cual se basaba en el argumento de la justicia para explicar por qué las naciones deberían y obedecerían el Derecho Internacional, el positivismo planteaba un estudio más analítico. La escuela inglesa analítica de jurisprudencia, encabezada por un seguidor de la corriente de Bentham, John Austin, concluyó pronto que las leyes del Derecho Internacional no eran en realidad “Derecho”, porque, a diferencia de las normas domésticas, las leyes internacionales no estaban garantizadas por un ejercicio soberano de la coerción. “Los deberes que el Derecho Internacional impone están sostenidos sobre sanciones morales, por miedo a las naciones, o por miedo a los soberanos que podrían crear un ambiente de **hostilidad** e incurrir en sanciones indirectas en contra de aquel que viole las máximas generalmente aceptadas y respetadas”, escribió Austin⁴⁰.

Aun contemporáneamente, ambos, dualismo y positivismo, afrontaron retos en la práctica y en la teoría. En la práctica, una profunda interpretación de los sistemas doméstico e internacional y una fuerte fijación en los ámbitos público y privado permanecieron como los temas claves del sistema legal. Contrariamente a las afirmaciones de Bentham, los “Comentarios”

de Blackstone habían manifestado que el Derecho Internacional había internalizado completamente el Derecho de las naciones, el cual Blackstone describió como: “El sistema de reglas deducible de las razones naturales y establecidas por consenso universal sobre los habitantes civilizados del mundo, para asegurar el cuidado de la justicia y la buena fe, en aquella relación que podía existir entre dos o más Estados independientes y los individuos que pertenecían a los mismos”⁴¹. Particularmente, cuando Inglaterra se convirtió en el poder predominante en el mundo, el Derecho de las naciones empezó a ser domesticado bajo los márgenes del *Common Law* anglosajón, el cual fue acoplado también a las colonias americanas⁴². Hasta mediados del siglo XIX, los tratados americanos líderes en el Derecho Internacional, particularmente los “Comentarios” del Canciller James Kent (1763-1847) y “Los elementos del Derecho Internacional” por Henry Wheaton (1785-1848), presentaron la ley de las naciones tal como fue discutida por Grocio, Vattel, Bynkershoek y Pufendorf, como completamente internalizada por los primeros principios del sistema legal americano, cuya “creyente observancia es esencial al carácter nacional”⁴³.

Entre los teóricos, el famoso ensayo de Kant escrito en 1795, “La paz perpetua”, constituyó la principal respuesta a los positivistas⁴⁴. Kant, específicamente, hizo un llamado a los gobiernos de tomar en cuenta el consejo dado por los filósofos, y seguir el sendero para que el Derecho Internacional garantice la “paz perpetua”. Kant predicó esta forma de entender el Derecho Internacional no bajo los parámetros utilitarios de Bentham, pero sí a través de un paradigma, bajo el cual, el Derecho Internacional era un medio para asegurar la paz y delimitar un marco para la justicia, la democracia y un liberalismo basado en los Derechos Humanos. Kant sostuvo una tesis que no estaba basada en un gobierno

³⁹ *Ibíd.* p. 296: “Ahora, si se da cualquier tipo de transacción entre dos o más individuos que responden a diferentes Estados, serán los tribunales locales, en su calidad de fueros internos para la justicia, quienes determinarán bajo el sistema doméstico de cuál estado es competente para el caso [...]”.

⁴⁰ AUSTIN, John. “The Province of Jurisprudence Determined”. Londres: Wendenfield & Nicolson. 1954.

⁴¹ BLACKSTONE, William. “Commentaries”. Chicago: The University of Chicago Press. 1968 (el original es de 1765).

⁴² La declaración de independencia estadounidense anunciaba que los recién constituidos Estados Unidos de América tenían entre sus causales de separación con la corona británica el “decente respeto al Derecho por la diferencia de opinión del que goza la humanidad”. Ver: MOYNIHAN, Patrick. “On the Law of Nations”. Cambridge: Harvard University Press. 1990.

⁴³ KENT, John. “Commentaries on American Law”. Nueva York: Ediciones Halsted. 1832.

⁴⁴ Ver: KANT, Emmanuel. “La paz perpetua y otros ensayos”. 1795.

mundial, pero sí en una sociedad con distintos Estados soberanos regidos por una misma ley internacional. En esta sociedad, los vínculos entre los individuos crearían consenso sobre los intereses comunes incluso más allá de las fronteras⁴⁵. Kant creía que estos vínculos transnacionales crearían una interdependencia moral y conducirían, a la larga, a mayores posibilidades para la paz por medio de acuerdos⁴⁶.

Estos debates entre la perspectiva naturalista, positivista, utilitarista e incluso kantiana fueron tomando relevancia en el discurso tradicional⁴⁷.

Coincidentemente, casi al mismo tiempo que el ensayo escrito por Kant apareciera, Bentham escribió su propio ensayo titulado "Un plan para la paz perpetua y universal". En este ensayo, y otro titulado "Objetos del Derecho Internacional"⁴⁸, Bentham recomienda la codificación de leyes no escritas que, sin embargo, son vigentes en base a la costumbre. Estas leyes, una vez codificadas, serían la base de las nuevas convenciones "sobre todos los puntos que permanecen inciertos y en el cual los intereses de dos Estados o más pueden colisionar, perfeccionando el estilo de las leyes de todo tipo u orden, sean internas o internacionales, y creando una corte común para que la judicatura pueda sentar las diferencias entre Estados"⁴⁹.

Al final de este periodo, cuatro posturas identificables habrían emergido en torno a la Cuestión del Cumplimiento. La primera fue la postura establecida por Austin, de tinte positivista y realista. Sostenía que las naciones obedecían el Derecho Internacional "porque no es realmente Derecho".

La tradición filosófica de analizar el principio de obligatoriedad en el Derecho Internacional se dividió en la vertiente utilitaria racionalista de Hobbes, la cual enseñaba que las naciones obedecían el Derecho Internacional y sus mecanismos cuando éste tenía correlato directo con sus intereses, es decir, obedecen al Derecho Internacional cuando éste les sirve, y también en la corriente kantiana, la cual asumía que las naciones generalmente siguen el Derecho Internacional motivadas por un sentido de la moral y la ética, derivadas de la consideración del Derecho Natural y el principio de justicia. Los escritos de Bentham reunirían la cuarta postura basada en que las naciones se encuentran incentivadas de obedecer el Derecho Internacional para probar a las demás naciones su posición como parte de un proceso legal tanto discursivo cuanto productivo.

Con el fin del siglo XIX, la práctica estatal exhibió una creciente tendencia a desarrollar nuevos procesos, leyes e instituciones. Este periodo estuvo marcado por la aparición de incipientes leyes humanitarias y globales, como aquellas que prohibían el comercio de esclavos, tráfico de blancas y piratería, hasta condenar ciertos comportamientos, incluso en contexto de guerra⁵⁰. Podría ser mencionado el Tratado de Berlín de 1878, que consigna la especial protección del Estado para con las minorías religiosas (que sirvió como modelo para la creación del Sistema de Minorías, luego auspiciado por la Sociedad de Naciones⁵¹) y la primera Conferencia por la Paz de La Haya, que estableció la Corte Permanente de Arbitraje (la cual la Sociedad de Naciones luego convertiría en la Corte Internacional de Justicia⁵²).

⁴⁵ Ver: HURRELL, Andrew. "Kant and the Kantian Paradigm in International Law". En: *Review of International Studies* 16. 1990. Ver también: TESÓN, Fernando. "The Kantian theory of International Law". En: *Columbia Law Review* 92. 1992. pp. 53-86.

⁴⁶ Para mayores explicaciones sobre la posición kantiana, la cual sostiene que el comportamiento de las naciones debe estar basado en una moral internacional globalmente alcanzada y aceptada, recomiendo leer: DOYLE, Michael. "La filosofía de Kant respecto al Derecho y las Relaciones Internacionales". En: *Philosophy and Public Affairs* 12. 1983.

⁴⁷ Ver: KUNZ, Josef. "Natural Law thinking in the Modern Science of International Law". En: *American Journal of International Law* 55. 1961.

⁴⁸ BENTHAM, Jeremy, "The Work of Jeremy Bentham". Una recopilación de ensayos ilustrativos escritos entre 1786 y 1789. Ver también: "An Introduction to the Principles of Morals and Legislation". pp. 412-415.

⁴⁹ *Ibid.* p. 554.

⁵⁰ Ver: MOYNHAN, Ethan. Op. cit. p. 20. Ver también: NADELMANN, Ethan. "Global prohibition regimes: The evolution of norms in international society". En: *International Organization* 44. 1990.

⁵¹ Ver: THORNBERRY, Patrick. "International Law and the right of minorities". Oxford: Clarendon Press. 1991.

⁵² Ver: BEDERMAN, David. "The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907." En: JANIS, Mark. "International Courts for the Twenty-First Century". La Haya: Kluwer Academic Publishers. 1992.

Estas tendencias terminaron por fusionarse en lo que sería el naciente Derecho Internacional, al menos en materia de Derechos Humanos. Particularmente, hubo también grandes exponentes de formas⁵³, sobretodo en la creación de lo que he denominado “moral transnacional”, como William Wiberforce y la Sociedad Británico Extranjera Anti esclavitud; Henry Dunant y el Comité Internacional de la Cruz Roja, e incluso activistas pacifistas y cristianos, como el America’s William Ladd and Elihu Burritt, que promovió el Arbitraje Internacional Público, y cortes internacionales permanentes⁵⁴.

La Primera Guerra Mundial interrumpió estos sucesos, empujando a los académicos a retratar y analizar el nuevo régimen legal surgido tras el Tratado de Versalles⁵⁵. El periodo de entreguerras fue el tiempo de desarrollo de estas tesis. La constitución de la Sociedad de Naciones limitó el uso de la guerra como un medio soberano para ejercer la política nacional. La Organización Mundial del Trabajo se convirtió en la primera organización inter-gubernamental permanente, cuyo único propósito era ocuparse de cómo mejorar las condiciones requeridas para el bienestar social, y la Conferencia de París discutió propuestas para solucionar conflictos surgidos del nacionalismo⁵⁶.

Estos tempranos pasos políticos a fin de construir instituciones estimuladas por el pensamiento de entreguerras fueron el factor clave en la promoción del cumplimiento en relación a las normas del Derecho Internacional. En uno de sus trabajos modernos, sobre todo referente a la Cuestión del Cumplimiento, Alfred Verdross, en

su obra “Le Fondement du Droit International”⁵⁷, identificó la principal causa del cumplimiento como una convergencia entre los valores y los intereses de la nación, lo que la conduce a establecer tales tratados y acuerdos⁵⁸. En los años venideros, el académico de Oxford, James Brierly escribió “Las Bases de la Obligación en el Derecho Internacional”⁵⁹, construida en base a las tesis de Verdross, con la añadidura de la idea de que las naciones obedecen el Derecho Internacional partiendo de una necesidad de preservar la “solidaridad” para con un Estado aliado que le sirva en sus intereses⁶⁰.

Este periodo de entreguerras modificó la dinámica con la cual aparecían estas diversas corrientes de pensamiento en torno a la Cuestión del Cumplimiento, mezclando en el proceso el factor de la solidaridad y el factor de la reputación⁶¹. Para el momento de la Segunda Guerra Mundial, la Cuestión del Cumplimiento se había dividido en cuatro tendencias: Realista, racionalista, kantiana y procesal (la cual incluía el principio de la solidaridad con los otros miembros de la comunidad internacional).

D. La era de las instituciones

Tras la victoria aliada en la Segunda Guerra Mundial, los arquitectos del sistema de la posguerra reemplazaron la costumbre de centrar las leyes en el plano estatal para, en cambio, apostar por un ambicioso orden positivista, construido sobre la base de instituciones y constituciones: Instituciones internacionales gobernadas por acuerdos multilaterales organizando soluciones proactivas ante los diversos

⁵³ Ver: NADELMANN, Ethan. Op. cit. p. 482.

⁵⁴ Para obtener mayor información sobre el trabajo transnacional de Wilberforce y el movimiento anti-esclavista británico, revisar: FLADELAND, Henry. “Men and brother: Anglo american anti-slavery cooperation”. Urbana: University of Illinois Press. 1972.

⁵⁵ Ver: BERMAN, Nataniel. “The paradoxes of legitimacy: Case Studies in International Legal Modernism”. En: Harvard International Law Journal 32. 1991.

⁵⁶ Como David Kennedy había notado, en 1918 se da, en efecto, un corte entre el Derecho Internacional y las instituciones internacionales. Esta etapa sería lo que Cardozo denominaría “el fin de una era en la cual el Derecho Internacional, salvo contadas excepciones, estaba confinado meramente a la regulación de las relaciones entre dos Estados distintos”. 1993.

⁵⁷ Recueil des Cours. 244. 1927.

⁵⁸ Verdross argumentaba que “el deber de los estados en sus relaciones recíprocas”. Deriva de “una norma supraconsensual (*pacta sunt servanda*) y una vez que el contenido de esta norma se veía validado por el consentimiento fundaba un nuevo sistema internacional. Ver: BERMAN, Nataniel. Op. cit. p. 585.

⁵⁹ Recueil des Cours. 458. 1928.

⁶⁰ Ver: BRIERLY, James. Op. cit. p. 56. Allí describe una teoría del cumplimiento análoga a los planteamientos de Krabbe.

⁶¹ La literatura académica de esta era, pese a todo, permaneció en su mayoría influenciada bajo el paradigma dualista, reforzada por los trabajos de dos teóricos dualistas, Triepel y Anzilotti, los cuales sostenían que no se puede concebir un sistema de leyes vinculantes si se separa un régimen del otro.

temas internacionales que pudiesen surgir. Estas constituciones globales se basaban en la responsabilidad institucional para declarar leyes particulares en el plano internacional. El conflicto político, por ejemplo, estaría regulado por las Naciones Unidas y sus órganos constituyentes bajo las premisas de la Constitución de las Naciones Unidas que insta a los países abstenerse del uso unilateral de la fuerza⁶².

El sistema de las Naciones Unidas fue complementado con una variada mezcla de agencias especializadas, órganos funcionales y múltiples pactos de defensa basados en el respeto de la soberanía e integridad territorial. Conflictos económicos destructivos, por su parte, serían mitigados a través del sistema de Bretton Woods, el cual proveía la disposición que sería el Banco Mundial el encargado de supervisar el desarrollo y crecimiento internacional, y el Fondo Monetario Internacional tendría por obligación monitorear el balance de pago y los Acuerdos Generales de Tarifas y Comercio. Ambos organismos en conjunto dirigirían los principios internacionales del liberalismo y del capitalismo de mercado⁶³. Estas instituciones económicas globales fueron reforzadas por comunidades económicas regionales como la Comunidad Económica Europea, gobernada por su propio tratado constituyente.

Esta compleja red de Derecho positivo reconceptualizó el Derecho Internacional como un medio creativo para organizar las actividades y relaciones entre diversos actores transnacionales, una categoría que ahora incluía organizaciones inter-gubernamentales con capacidad de decisión independiente. Dentro de este intenso marco global normativo, se imaginaron normas legales que reflejarían preocupaciones sistémicas internacionales en

lugar de intereses particulares. La globalización y la regulación económica hicieron fuertes incursiones en la ahora establecida distinción entre el Derecho Público y Privado. Mientras tanto, la perspectiva de Integración regional europea de la legislación nacional e internacional, junto con el crecimiento post-Nuremberg de las publicaciones sobre Derecho Internacional y Derechos Humanos, así como su potencial, planteó grandes desafíos teóricos a la distinción dualista entre lo municipal y lo internacional⁶⁴.

Uno de los más conocidos tratados legales de esta era, escrito por Grenville Clark y Louis Sohn, "Paz Mundial mediante el Derecho Mundial", llegó a proponer un modelo de aplicación de la ley penal para hacer cumplir las normas internacionales, con las grandes potencias de las Naciones Unidas que actúan conjuntamente como las policías del mundo⁶⁵. Sin embargo, casi de inmediato, la intensa bipolaridad de la Guerra Fría representa esta visión positivista como una aldea *potemkin*. En lo que respecta en particular a la utilización de la fuerza, el orden de la Guerra Fría pronto parecía un "sistema revolucionario", una "sacudida por las rivalidades de poder inexpiables y conflictos ideológicos en una organización internacional que [se] ve reducida a la impotencia"⁶⁶. "El sistema se mantuvo dualista, particularmente en los Estados Unidos, donde el Derecho Internacional y el nacional continuaron como sistemas separados"⁶⁷.

Durante estos años, el Derecho Internacional cayó en gran descrédito público. Particularmente en los Estados Unidos, la corriente realista llegó a dominar el pensamiento sobre la Cuestión del Cumplimiento. Mientras tanto, la corriente kantiana en particular cayó en el

⁶² Para las descripciones más ricas de este período sugiero leer: TOWNSEND, Hoopes y Douglas BRINKLEY. "FDR and the creation of the UN". New Haven: Yale University Press. 1997. También ver: URGHART, Brian. "A life in peace and war". Nueva York: Harper and Row. 1987.

⁶³ El General Agreement on Tariffs and Trades (GATT), por supuesto, fue solo un documento que se intentó aplicar hasta la creación de la Organización Internacional del Comercio.

⁶⁴ Los juicios de Tokio y Nuremberg no sólo galvanizaron el movimiento mundial por los Derechos Humanos, sino que también reformularon el concepto de soberanía una vez que las naciones negaron que el Derecho Internacional sólo es aplicable a Estados, es decir también se redefinieron los alcances del Derecho Internacional.

⁶⁵ Ver: GRENVILLE, Clark y Louis SOHN. "World Peace Through World Law". Segunda edición. Cambridge: Harvard University Press. 1960.

⁶⁶ HOFFMANN, Stanley. "International Organization and the International System". En: Janus and Minerva: Essays in the Theory and Practice of International Politics. Boulder: Westview Press. 1987.

⁶⁷ Ver: KOH, Harold. Op. cit. Aquí se describe el impacto de la Corte Suprema estadounidense en el caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*. 1964.

descrédito, descartada al ser percibida como una especie de gobierno mundial basado en pensamientos moralistas y utópicos, los cuales, al igual que la estrategia de apaciguamiento, jugó en las manos del bloque comunista. Uno de los principales críticos de este enfoque, George F. Kennan, memorablemente remarcó: “Estamos ante un inútil enfoque legalista, moralista a los problemas internacionales”, es decir, “la creencia ingenua de que debería ser posible suprimir las caóticas y peligrosas aspiraciones de los gobiernos en el ámbito internacional por la mera aceptación de algún sistema de reglas y restricciones legales”, lo cual sería un “enfoque que ha dominado nuestra política exterior durante los últimos cincuenta años”⁶⁸.

Especialmente en los Estados Unidos, el desdén realista de la Guerra Fría hacia la utopía del Derecho Internacional desató un continuo alejamiento esta esta rama del Derecho y las Relaciones Internacionales. A pesar de que ambas ramas de estudio cubren, en gran medida, el mismo terreno intelectual, empezaron a evolucionar independientemente, proponiéndose distintas metas y alcanzando distintas conclusiones acerca de la influencia del Derecho en las relaciones internacionales⁶⁹. A partir de entonces, ambas disciplinas empezaron a aceptar una silenciosa división, definida por los distintos objetivos que ambas buscaban alcanzar. Los estudiosos de las Relaciones Internacionales se bañaron en realismo, tratando al Derecho Internacional como una disciplina ingenua y fuera de discusión. Los abogados internacionalistas, en cambio, cambiaron su enfoque y buscaron metas bastante más humildes; discutir cuáles eran las normas del Derecho Internacional y cómo estas se aplicaban a casos particulares; ocasionalmente discutían cuál regla era la que se debía aplicar.

Durante esta época también, los filósofos del Derecho montan la más sostenida crítica

sobre la fuerza de obligatoriedad del Derecho Internacional. Hans Kelsen, a diferencia de John Austin, quien concebía el Derecho Internacional como un sistema no impuesto por mandato soberano, afirmó, en cambio, que el Derecho Internacional constituye una forma primitiva de Derecho, basado en la libre disposición⁷⁰. Herbert Hart, aceptando el desafío, argumentó que el Derecho Internacional carece de dos características que se consideran centrales en el concepto mismo de la ley: En primer lugar, “las normas secundarias de cambio y adjudicación que prevén la legislatura y los tribunales”, y en segundo lugar, “una regla unificadora que permita el reconocimiento, especificando ‘fuentes’ de la ley y el establecimiento de criterios generales para la identificación de sus reglas”⁷¹.

Hasta que los actores dentro de la comunidad internacional internalicen tanto las normas guías de reconocimiento cuanto las normas secundarias para ordenar el nuevo sistema, decía Hart, el Derecho Internacional sólo podrá consistir en un conjunto de normas primarias, en las cuales las naciones sólo verán un modelo moral, sin nada que las obligue a obedecerlo. En efecto, Hart define la noción misma de “obediencia” del Derecho Internacional, y la distingue del concepto de “cumplimiento”. Las normas internacionales, por tanto, son las que los países pueden cumplir o incumplir, pero no “obedecer”, en el sentido de la aceptación o la incorporación de esas normas a la legislación nacional interna, es decir hay obediencia, mas no necesariamente **legalidad**.

Sin embargo, incluso en esta época, el Derecho Internacional como auténtico productor de fuerza coercitiva tuvo sus defensores dentro del campo de las Relaciones Internacionales. Teóricos de la escuela kantiana americana de tendencia liberal internacionalista⁷² y la escuela británica **grociana** de la “Sociedad

⁶⁸ KENNAN, George. Op. cit. p. 95.

⁶⁹ Ver: BOYLE, Francis Anthony. “World Politics and International Law”. Durham: Duke University Press. 1985. pp. 3-76.

⁷⁰ Ver: KELSEN, Hans. “Principles of Public International Law”. Nueva York: Holt, Rinehart and Winston. 1952. pp. 417-418.

⁷¹ Ver: HART, Herbert. “The concept of law”. Segunda edición. Cambridge: Harvard University Press. 2004. Ver también: MACCORMICK, Neil. “The Legal Reasoning and the Legal Theory”. Oxford: Clarendon Press. 1978. p. 284.

⁷² Stanley Hoffmann había calificado al **internacionalismo liberal** como una de las dos grandes corrientes ideológicas mundiales tras la Segunda Guerra Mundial, la otra ideología que Hoffmann consideraba era el comunismo. Ver: HOFFMANN, Stanley. “The crisis of Liberal Internationalism”. En: Foreign Policy 98. 1995.

Internacional” continuaron argumentando a favor de la pertinencia del Derecho Internacional⁷³. Ambos, sin embargo, seguían emitiendo un análisis vago sobre cómo precisar por qué las naciones obedecen. Posteriormente, se publicaría el libro “Sistema Internacional y el Derecho Internacional”, en 1965, en el cual un destacado internacionalista liberal escribió que “la base de la obligación es la misma en cada ordenamiento jurídico: Una conciencia entre los sujetos que este orden es necesario si se quiere llegar a un fin común”⁷⁴.

Teóricos europeos, tal vez menos impulsados emocionalmente por una necesidad de apoyar la hegemonía estadounidense, nunca aceptaron plenamente un cisma entre el Derecho Internacional y las Relaciones Internacionales⁷⁵. Estudiosos ingleses como Martin Wight (1913-1972) y Hedley Bull (1932-1985) desarrollaron la idea de una conciencia común entre los Estados. Sobre la base de la cadena “solidaria” identificada por Brierly y Verdross, invocaron expresamente la noción de Grocio concerniente a desarrollar una “sociedad internacional”. Dentro de esta sociedad internacional⁷⁶, razonaron, las naciones cumplirían el Derecho Internacional por razones esencialmente comunitarias: No sólo a causa de los cálculos de costo-beneficio sobre transacciones particulares, sino también porque las reglas particulares se anidan dentro de un tejido mucho más amplio en un curso de relaciones comunitarias que terminan por incluir a los Estados.

Surgió un enfoque basado en Kant y Grocio para analizar las nociones estadounidenses emergentes dentro del proceso legal internacional. Esta corriente siguió dos caminos distintos: La llamada “Ciencia Política” o “Escuela de New Haven de Derecho Internacional”, pionera en Yale por Myres McDougal, Harold Lasswell, y sus asociados⁷⁷, y el **enfoque de la abogacía** fundado en Harvard, el cual se cristalizó en la “Escuela del Proceso Legal Internacional” de Abram Chayes, Thomas Ehrlich, y Andreas Lowenfeld⁷⁸. Ambas corrientes argumentaron que el cumplimiento de los actores transnacionales con el Derecho transnacional podría ser explicado por referencia al proceso por el cual estos actores interactúan en una variedad de foros públicos y privados. A través de este proceso interactivo, se sugiere que el Derecho ayuda a traducir las reivindicaciones de autoridad legal sobre el comportamiento meramente nacional.

Las dos escuelas de la teoría del proceso legal crecieron de raíces distintas. La escuela de New Haven surgió de la escuela americana de realismo legal, la cual se concentró en la interacción entre las reglas y los procesos sociales al momento de enunciar la ley⁷⁹. Dicha escuela buscó “desarrollar una crítica funcional al Derecho Internacional en términos de fines sociales [...] la cual debe concebir al sistema legal como un **proceso** y no una condición”⁸⁰. “Dentro del proceso de toma de decisiones”, escriben McDougal y Lasswell, “el centro de nuestro interés está en el proceso legal, con lo

⁷³ Ver: BULL, Hedley. Op. cit. p. 39.

⁷⁴ HOFFMANN, Stanley. Op. cit. p. 149.

⁷⁵ Andrew Hurrell argumentó que “uno de los planteamientos más impactantes de la Europa previa a 1914 era como pocos teóricos aceptaran la dicotomía entre la sociedad doméstica y la anarquía internacional”. En: HURRELL, Andrew. “International Society and the study of Regimes: A reflective approach”. En: RITTBERGER, Volker. “Regime Theory and International Relations. Oxford: Clarendon Press. 1993.

⁷⁶ Ellos definieron la sociedad internacional como “un grupo de Estados, o mejor dicho, un grupo de diferentes comunidades políticas independientes, que no necesariamente han de conformar un sistema, en el sentido que el comportamiento de cada una de las naciones es un factor necesario para el cálculo que puedan realizar las otras respecto a lo acontecido por obra de un actor, sin embargo, el diálogo y el consenso serán las reglas de uso corriente en estas relaciones, reconociendo nuestro interés común por mantener nuestros acuerdos”.

⁷⁷ Como la mayoría de escuela la escuela de New Haven no incluía todos los abogados internacionalistas que residían en New Haven. Uno de los estudiantes de esa escuela manifestó: “La escuela de New Haven no describe los diferentes procesos y decisiones que se dan en la comunidad internacional por medio de la clásica dicotomía entre el Derecho nacional y el Derecho Internacional, sino que describe esta variable en términos de la interpretación e **inter penetración** de diversas fuentes de autoridad exterior en la brújula doméstica, es decir, establecer patrones comunes dentro y fuera de las fronteras.

⁷⁸ Ver: CHAYES, Abram, Thomas EHRlich y Andreas LOWENFIELD. “International Legal Process”. Nueva York: Little, Brown & Co. 1968.

⁷⁹ Ver: LASSWELL, Harold. “Jurisprudence for a free Society: Studies in Law Science and Policy”. New Haven: New Haven Press. 1992. pp. 249-267.

⁸⁰ Ver: ROSCOE, Pound. “Philosophical Theory and International Law”. Citado en: MCDUGAL, Myres. “International Law, Power and Policy: A Contemporary Conception”. 1995. p. 137.

cual nos queremos referir al proceso de toma de decisiones autoritativas y de control”⁸¹. En su forma moderna de escuela de “orden público internacional”, los líderes de la escuela de New Haven, Myres McDougal y Michael Weisman, argumentaron que el Derecho Internacional es en sí mismo un “proceso constitutivo mundial de toma de decisiones autoritativas” y no un simple juego de reglas cuyo fin es la imposición mundial de los derechos que conlleva la dignidad humana, diseñado para servir a fines y valores particulares a través de un complejo sistema de control⁸².

Casi simultáneamente, Chayes, Ehrlich y Lowenfeld publicaron una compilación de casos estudiados, la cual se tituló “Proceso Legal Internacional”, que pretendía ilustrar el papel de la ley en el proceso de las decisiones políticas en el ámbito internacional. A diferencia de la escuela de New Haven, que se basó en la escuela nacional de Yale de la Ciencia Política, Chayes y sus colegas señalaron explícitamente a Henry Hart y sus famosos materiales nacionales inéditos, y a Albert Sacks en su obra “El Proceso Legal”. Los materiales de Chayes, deliberadamente, “cruzan a través de las categorías del Derecho Internacional, por lo que muchas veces son concebidos como ‘Derecho Internacional Público’, ‘organizaciones internacionales’ o ‘problemas legales de negocios internacionales’”⁸³. Preguntaban explícitamente “¿cómo y qué tanto debían la ley, los abogados y las instituciones legales operar para afectar el curso de los asuntos internacionales? ¿Cuál es el proceso mediante el cual se ajustan los intereses y se toman las decisiones en el escenario internacional?”⁸⁴.

La escuela de Hart y de Sacks había hecho la reclamación relativamente estrecha de que las técnicas legales y de doctrina no son una mera auto-definición, sino más bien se desarrollan a partir de la interacción

entre las instituciones y los procedimientos, ejercidos en casos particulares frente a foros tanto públicos cuanto privados. Aplicado al Derecho Internacional, Chayes y sus colegas argumentaron que este proceso interactivo opera de una forma bastante particular, ya que en gran medida se desarrolla sin especificar la asignación de recursos, la organización de la actividad e incluso cómo resolver y contener los conflictos. Los materiales de Chayes eran más descriptivos que prescriptivos, haciendo la modesta afirmación de que la Ley no suele ser determinante en los asuntos internacionales, pero que “la Ley es importante y el papel de los abogados es aún más importante”⁸⁵. Sin negar la importancia de las normas jurídicas sustantivas, el equipo Chayes sostuvo, caso tras caso, que el proceso legal asigna la competencia de toma de decisiones entre actores a cargo de esas decisiones, sean nacionales o internacionales, y en particular especifica regulaciones para determinados temas, refrena y reorganiza el comportamiento nacional particular, y se relaciona con la situación política, económica y cultural establecida en cada Estado. Como el propio Chayes más tarde lo puso, los teóricos internacionales del proceso legal creen que el Derecho Internacional y el doméstico afectan a la acción política mediante su operación conjunta “primero, como una limitación de la acción; en segundo lugar, como la base de la justificación o legitimación de la acción, y tercero, como fuente que proporciona estructuras organizativas, procedimientos y foros “en el que las decisiones políticas pueden ser alcanzadas”⁸⁶.

Aunque algunos estudiosos del Derecho Internacional se mantuvieron abiertos y exclusivamente afiliados a la escuela internacional del proceso legal, las dos caras del proceso legal pronto se convirtieron en la tradición dentro de la cual se define la mayor parte

⁸¹ MCDUGAL, Myres y Harold LASWELL. “The identification and Appraisal Diverse Systems of Public Order”. En: American Journal of International Law 53. 1959.

⁸² Como miembro prominente de esta escuela, Dame Rosalyn Higgins declaró: “El Derecho Internacional es un proceso, un sistema de toma de decisiones, no es meramente un sistema neutral para la aplicación de reglas”.

⁸³ CHAYES, Abram, Thomas EHRlich y Andreas LOWENFIELD. Op. cit. p. 81. Los temas incluidos en este acápite van desde adjudicación, Derecho doméstico, tratados bilaterales y multilaterales hasta comercio, regulación y demás acuerdos de orden económico.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibid.* p. 49.

⁸⁶ CHAYES, Abram. “The Cuban Missile Crisis: International Crisis and the Role of Law”. Nueva York: Oxford University Press. 1974.

de América después de la guerra, como la corriente en la cual la mayoría de especialistas en Derecho Internacional comenzaron a operar⁸⁷. La escuela de New Haven ha sostenido que el Derecho Internacional no es un conjunto de normas, sino un proceso de autoridad en la toma de decisiones⁸⁸. Myres McDougal y Michael Reisman han desarrollado el reclamo de la Ciencia Política en varias áreas del Derecho Internacional Público⁸⁹, junto con académicos de tan diversa orientación política como Richard Falk⁹⁰, John Norton Moore⁹¹, Rosalyn Higgins⁹², y Bums Weston⁹³, con quienes compartió la metodología del proceso de la escuela sin adoptar sus fines sociales o sus valores políticos. Mientras tanto, Abram y Antonia Chayes persiguieron siempre el aplicar el análisis jurídico internacional de procesos, sobre todo en áreas como el control de armas y el uso de la fuerza⁹⁴; Roger Fisher hizo lo mismo para las negociaciones internacionales⁹⁵, y Milton Katz, Kingman Brewster⁹⁶ y Andreas Lowenfeld⁹⁷ para las transacciones comerciales internacionales; Richard Lillich de los Derechos Humanos internacionales⁹⁸; Frederick Kirgis para organizaciones internacionales⁹⁹, y John Jackson¹⁰⁰ y Robert Hudec para Derecho Mercantil Internacional¹⁰¹.

Sin embargo, durante estos años, es sorprendente que pocos estudiosos intentaron plantear respuestas directas a la pregunta de por qué los países obedecen. Para la Escuela del Proceso Legal Internacional, el intento más completo apareció en el muy citado libro de Louis Henkin "Cómo se comportan las Naciones", publicado por primera vez en 1968¹⁰². Una lectura atenta de Henkin permite que uno se detenga en la discusión de la "política de observancia de la ley", donde muestra que su defensa del Derecho Internacional se basa en gran medida en precedentes utilitarios, locales y racionalistas¹⁰³. Parte, pues, del supuesto "de que las naciones actúan de forma deliberada y racional, después de ir reuniendo cuidadosamente y sopesar con precisión todos los hechos y factores pertinentes se tomará una decisión". Además, Henkin postula "que, salvo un acto irracional poco frecuente, las naciones no dejan de considerar las obligaciones internacionales, a menos que su violación garantice un importante saldo de ventaja sobre el costo"¹⁰⁴. Pudo identificar varios factores en las Relaciones Exteriores y en el ámbito doméstico, sin separarlos de aquellos factores que dependían del interés nacional

⁸⁷ Ver: KOH, Harold. Op. cit. p. 207.

⁸⁸ Ver: Simposio "McDougal's jurisprudence: utility, influence and controversy". En: American Society of International Law 79. 1985. pp. 283.

⁸⁹ Para una visión más completa de la vasta literatura, recomiendo consultar autores como McDougal y Lasswell, sobre todo en su publicación conjunta: "Human Rights and World Public Order". 1980.

⁹⁰ Ver: FALK, Richard. "The Status of Law in International Society". Princeton: Princeton University Press. 1970. pp. 642-659.

⁹¹ Ver: NORTON MOORE, John. "Prolegomenon to the Jurisprudence of Myres McDougal and Harold Lasswell". En: Virginia Law Review 54. 1968.

⁹² Ver: HIGGINS, Rosalyn. "Problems and Process". Oxford: Clarendon Press. 1994. pp. 89.

⁹³ Ver: BURNS, Weston; FALK, Richard y Anthony D'AMATO. "International Law and World Order". Segunda edición. Saint Paul: West Publishing. 1990.

⁹⁴ Ver: CHAYES, Abram. "The Cuban Missile Crisis: International Crisis and the Role of Law". p. 94. Aquí, el autor discute el uso del Derecho en la política exterior de los Estados Unidos. Para mayor información, ver: CHAYES, Abram. "An Inquiry in to the workings of Arms Control Agreements". En: Harvard Law Review 85. 1961.

⁹⁵ Ver: FISHER, Roger. "Bringing Law to Bear on Governments". En: Harvard Law Review 74. 1972.

⁹⁶ Ver: KATZ, Milton. "Law of International Transactions and Relations". Londres: Stevens & Sons. 1960.

⁹⁷ Ver: LOWENFELD, Andreas. "International Economic Law". Charlottesville: University of Virginia Press. 1975.

⁹⁸ Ver: LILLICH, Richard. "International Human Rights: Problems of Law, Policy and Practice". Boston: Little Brown. 1991.

⁹⁹ Ver: KROB, Frederic. "International Organizations in their Legal Setting". 1977.

¹⁰⁰ Ver: JACKSON, John. "The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations. 1989.

¹⁰¹ Ver: HUDEC, Nathan. "Enforcing International Trade Law". Pie de página número 2. 1968.

¹⁰² Ver: HENKIN, Louis. "Politics: Values and Functions". En: Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye 216. 1989.

¹⁰³ *Ibid.* p. 49.

¹⁰⁴ *Ibid.* p. 47.

o en temas de reputación¹⁰⁵. Ni siquiera las “razones domésticas” distinguían claramente entre los factores derivados de la identidad nacional¹⁰⁶, que resultan de la incorporación al Derecho interno de normas internacionales¹⁰⁷ o que constituyen motivos burocráticos o psicológicos relacionados a la “aceptación interna”¹⁰⁸. Henkin reconoció que “con la aceptación [de las normas internacionales] viene la observancia, la costumbre y la inercia de la continua observancia”¹⁰⁹. Sin embargo, ninguna parte explora el grado en el cual la observancia del Derecho Internacional es en sí misma una actividad constructivista, que se alimenta en aras de modificar la legislación interna, reformar la burocracia nacional y cambiar la actitud de los actores, es decir, de los tomadores de decisiones nacionales.

La escuela de New Haven, en cambio, siguió un curso que era, a la vez, expresamente normativo y abiertamente científicista¹¹⁰. En el mismo año en que el análisis de Henkin apareció, su colega de Columbia, Oscar Schachter busca responder a la pregunta de por qué las naciones obedecen aplicando los aportes de Lasswell-McDougal como marco para la investigación en el proceso global de la autoridad la toma de decisiones¹¹¹. Schachter ofreció “una definición ‘procesal’ del formación de obligación”¹¹², argumentando que “cinco procesos constituyen las condiciones necesarias y suficientes para

el establecimiento de un marco jurídico obligatorio”¹¹³. Pero, al final, Schachter concluyó: “[T]odo el proceso que tiene por fin el degenerar obligaciones es intencional, si está dirigido a la satisfacción de intereses y demandas humanas, por lo tanto, penetrante y ‘orientado a un análisis valorativo’”¹¹⁴. Con el tiempo, New Haven se convirtió en el foco primordial de la escuela de orientación hacia el valor, llegando a preocupar incluso a los que simpatizaban con sus ambiciones metodológicas. Así, conectando el proceso y el contexto con una serie de valores normativos, los críticos decían que la escuela de New Haven sostenía la idea de que “un tratado o norma internacional podía no ser cumplido o cumplida si éste o ésta no concordaba con alguna finalidad fundamental de la comunidad internacional”¹¹⁵, un fin muchas veces equiparable a los intereses internos de los Estados Unidos. Algunos años después, el mismo Schachter llegó a lamentar que “subordinando la ley a la política, el enfoque de McDougal disuelve las restricciones impuestas por las reglas y abre el camino a las políticas subjetivas disfrazadas de Derecho”¹¹⁶.

Así, al final de esta era, la tradición del proceso había divergido en dos corrientes distintas: El enfoque de la escuela del Proceso Legal Internacional, que concibe el proceso como una herramienta para la restricción de la política de

¹⁰⁵ Entre otros factores de la política exterior, Henkin incluye el interés común de mantener las relaciones internacionales en un contexto amigable, es decir, que a través de sus comportamientos, la mayoría de las naciones tiende a mantener un ambiente de cordialidad y entendimiento a fin de cuidar su reputación y sus intereses.

¹⁰⁶ Henkin se basa en la separación de poderes y en la carta constituyente de cada Estado como ejemplos de lo que él ha denominado “factores políticos domésticos” los cuales interactúan con los factores internacionales a fin de crear un orden jurídico único.

¹⁰⁷ Ver: HENKIN, Louis. Op. cit. p. 67.

¹⁰⁸ *Ibíd.* pp. 58-63.

¹⁰⁹ *Ibíd.*dem.

¹¹⁰ La escuela de New Haven había argumentado que el Derecho Internacional, no es sino el resultado final de un proceso autoritario para la toma de decisiones, influido por el contexto social y que promueve el cumplimiento de intereses comunes y reconoce valores transnacionales y culturales como la dignidad humana.

¹¹¹ Ver: SCHATCHER, Oscar. “Towards a Theory of International Law”. En: *Virginia Journal of International Law* 8. 1968.

¹¹² *Ibíd.* p. 319.

¹¹³ *Ibíd.* p. 307. Los factores contemplados por Schachter fueron: (i) La designación de un comportamiento o de una serie de comportamientos requeridos; (ii) la comprobación de la capacidad y voluntad de los actores en el proceso; (iii) la determinación de cierta **audiencia** que pudiera emplear este caso como un precedente; (iv) transmisión de los comportamientos requeridos a la audiencia antes referida; (v) la aceptación por parte de la audiencia del caso particular como un precedente vinculante que podrá ser empleado en la defensa de su interés en un eventual proceso análogo.

¹¹⁴ *Ibíd.* p. 319.

¹¹⁵ Ver: Simposio “McDougal’s jurisprudence: Utility, influence and controversy”. p. 271. Aquí se remarca y profundiza la tesis de Schachter.

¹¹⁶ Ver: DUXBURY, Neil. “Patterns of American Jurisprudence”. Oxford: Clarendon Press. 1995. p. 197.

los Estados, frente al enfoque de la escuela de New Haven, que lo ve como una justificación de la política internacional. La escuela de New Haven vio el Derecho Internacional como un proceso en sí mismo, dedicado a la institución de una serie de valores normativos, mientras que la escuela del Proceso Legal Internacional vio dicha rama del Derecho como un conjunto de reglas promulgadas por una comunidad pluralista de los Estados, bajo cuyo contexto se cobija el proceso de toma de decisiones entre los Estados¹¹⁷.

Al final, ninguna escuela intentó, mucho menos ofreció o propuso, una convincente explicación de por qué los países obedecen. Hasta que los Chayes retomaron la pregunta varias décadas después, la escuela de Proceso Legal Internacional sólo sugirió, pero nunca explicó, por qué el participar en el proceso lleva a las naciones a obedecer. La Escuela de New Haven fusionó la ley con la política, y al hacerlo, concluyó con demasiada facilidad que lo que constituye la política correcta es, *per se*, legal. Por asumir que los países más poderosos no **pueden** desobedecer al Derecho Internacional, pues ellos lo crean, la escuela de New Haven “perdió de vista el rasgo distintivo del Derecho, en tanto método de control social, quitando a la ley su esencia normativa con el pretexto de hacer más rígida la disciplina”¹¹⁸.

E. Interdependencia y transnacionalismo

Entre las décadas de 1970 y 1980, el panorama legal había cambiado significativamente, dado que durante estos años se dio el vertiginoso crecimiento de los regímenes e instituciones internacionales¹¹⁹, de la mano con la proliferación de actores no estatales¹²⁰, así como una creciente interpenetración de productos nacionales en sistemas económicos internacionales. Todos estos factores inauguraron los que se conocería como la era de las “relaciones transnacionales”, definidas por

un erudito como “interacciones regulares más allá de las fronteras nacionales, en las cuales al menos uno de sus agentes es un agente no estatal o no funciona en nombre de un gobierno nacional o una organización intergubernamental”¹²¹. De esta forma, las empresas multinacionales, organizaciones no gubernamentales y personas privadas resurgieron como actores importantes en el escenario transnacional. En particular, durante la crisis del petróleo de la década de 1970 se puso de relieve la interdependencia entre la política y la economía en la nueva economía transnacional, y se creó la disciplina de la economía internacional¹²². Esta materia, en lugar de centrarse estrictamente en los Estados-nación como actores globales, se enfocó más bien en buscar las redes transnacionales entre los actores no estatales, instituciones internacionales y estructuras políticas nacionales como importantes fuerzas que median en la sociedad internacional, es decir hallar la estructura detrás de los actores sin centrarse exclusivamente en los mismos.

La pregunta ahora impuesta a los estudiosos de Relaciones Internacionales es ¿cómo, a pesar de la bipolaridad del régimen de la Guerra Fría, la cooperación interestatal había persistido? Tales expertos se hallaban en una posición en la cual no podían ignorar el notable crecimiento del acceso de la población a beneficios como la educación formal, así como también fueron testigos del avance de los regímenes informales, públicos y no públicos que promovieron la evolución de las normas, reglas y procedimientos para la toma de decisiones y cómo los Derechos Humanos, el control de armas, el Derecho Económico Internacional, y el Derecho Ambiental Internacional habían creado un nuevo paradigma, más diverso y menos centralizado. En respuesta a todas estas nuevas variables a considerar, los institucionalistas liberales y los economistas

¹¹⁷ Ver: Simposio “McDougal’s jurisprudence: utility, influence and controversy”. p. 267.

¹¹⁸ HOFFMAN, Stanley. “The study of International Law and the Theory of International Relations”. En: American Society of International Law 57. 1963. pp. 26-27.

¹¹⁹ JACOBSON, Harold. “Networks of Interdependence”. Nueva York: Alfred A. Knopf. 1979.

¹²⁰ Ver: MANSBACH, Richard. “The Web of World Politics, Non-State Actors and the Transformation of International Relations”. 1976. Del mismo autor: “Pressure Groups in the Global System: The Transnational Relations of issue oriented Non-Governmental Organizations”. Nueva York: St. Martin’s Press. 1982.

¹²¹ RISSE-KAPPEN, Thomas. “Bringing Transnational Relations Back In”. Cambridge: Cambridge University Press. 1995.

¹²² KEOHANE, Robert y Joseph NYE. “Power and Interdependence”. Boston: Little Brown. 1997. pp. 12-15.

político- internacionales desarrollaron, finalmente, la denominada **teoría de régimen**, la cual era un estudio detallado de principios, normas, reglas y procedimientos para la toma de decisiones, que confluyen en determinadas áreas temáticas¹²³. “Al hacer esto, ellos cambiaron el enfoque de la investigación del funcionamiento de las organizaciones internacionales *per se* por un fenómeno más amplio, la **cooperación internacional**, las relaciones **interinstitucionales**, como se ejemplifica en los regímenes internacionales de mantenimiento de la paz internacional¹²⁴ o de gestión de la deuda externa”.

De un solo golpe, este análisis ha creado un nuevo marco teórico para el Derecho Internacional dentro de la teoría las Relaciones Internacionales y la Ciencia Política, siendo este último campo el que ha llegado a reconocer que las normas jurídicas, de hecho, fomentan el cumplimiento del régimen de normas, proporcionando canales para la solución de controversias, la demarcación e incluso para la activación de acciones de represalia, sin mencionar que los Estados requieren que se les proporcione información sobre las implicancias del cumplimiento. El principal trabajo teórico sobre el cumplimiento en esta época fue hecho por los politólogos Robert Keohane¹²⁵, Robert Axelrod¹²⁶ y Oran Young¹²⁷. Pero, como los seguidores de Chayes irónicamente suelen relatar acerca de las diferencias que existen entre el trabajo elaborado por un abogado y el realizado por un politólogo, lo que más choca a un abogado internacionalista al leer esta clase de literatura –un estudio de Ciencia Política– es la persistente renuencia, y hasta rechazo, de los científicos políticos de mencionar “la palabra con L (Ley)”¹²⁸. Por otra parte, los teóricos del

régimen decidieron explicar la cooperación casi en su totalidad en términos racionalistas: Ellos entendieron que el cumplimiento del Derecho Internacional resulta casi en su totalidad en los beneficios funcionales que proporciona dicho cumplimiento, es decir que tanto el cumplimiento puede afectar o servir a sus intereses particulares¹²⁹.

Los racionalistas por su parte, dominaron por completo la teoría de las Relaciones Internacionales durante los ochentas con su análisis funcionalista de por qué los países obedecen el Derecho Internacional. En Estados Unidos, el estudio de los procesos legales continuó dominando el estudio del Derecho Internacional¹³⁰. Siguiendo el ejemplo de Chayes, Ehrlich y Lowenfeld, los estudiosos del Derecho comenzaron a evitar, como restringiendo intencionalmente, la tradicional dicotomía en las categorías público/privadas y nacionales/internacionales en favor de lo que Philip Jessup había llamado “Derecho transnacional”, el cual había sido definido para abarcar “toda ley que regula las acciones o eventos que trascienden las fronteras nacionales” y que incluye “tanto el Derecho Internacional Público como el Privado, más otras reglas que no terminarían por caer en su totalidad en estas categorías estándar”¹³¹.

Al revisar el libro de casos de Harvard, originalmente desarrollado por Milton Katz y Kingman Brewster, Henry Steiner y Detlev Vagts optaron por centrarse en los “problemas legales transnacionales”. Dicha categoría es expresamente mixta, mezclando Derecho nacional e Internacional, y Público y Privado, a través de áreas temáticas que van desde los Derechos Humanos, el Comercio y el Medio

¹²³ KRASNER, Stephen. “International Regimes”. Ithaca: Cornell University Press. 1983.

¹²⁴ KEOHANE, Robert. “Two Cheers for Multilateralism”. En: Foreign Policy. 148. 1985. pp. 165.

¹²⁵ KEOHANE, Robert. “Cooperation and Discord in the World of Political Economy”. Princeton: Princeton University Press. 1984.

¹²⁶ Ver: AXELROD, Robert. “The evolution of cooperation”. Nueva York: Basic Books. 1986. Ver también: TAYLOR, Michael. “Anarchy and Cooperation”. Londres: Wiley. 1976; Del mismo autor: “The possibility of Cooperation”. Cambridge: Cambridge University Press. 1987.

¹²⁷ YOUNG, Oran. “Compliance and Public Authority: A Theory with International Applications”. Ithaca: Cornell University Press. 1979.

¹²⁸ CHAYES, Abram. “The New Sovereignty Compliance with International Regulatory Agreements”. p. 303.

¹²⁹ Ver: KEOHANE, Robert. “International Institutions: Two Approaches”. En: KEOHANE, Robert. “International Institutions and State Power”. Boulder: Westview Press. 1992. pp. 125-158.

¹³⁰ En los años de la posguerra, las Relaciones Internacionales se volvieron “La ciencia social predominante en Norteamérica”. Y esto se expresa explícitamente en la siguiente publicación: HOFFMANN, Stanley. “An American Social Science: International Relations”. En: Daedalus 106. 1977.

¹³¹ JESSUP, Philip. “Transnational Law”. New Haven: Yale University Press. 1956.

Ambiente, hasta abarcar inclusive los negocios internacionales y la política exterior de EE.UU.¹³². Todos los temas de transacciones legales, dijeron ellos, “ocupan distintas posiciones a lo largo de un espectro cuyos extremos son lo ‘nacional’ y lo ‘internacional’, lo ‘privado’ y lo ‘público’” y que puede ser revisado usando términos procesales genéricos¹³³.

El libro de casos de Steiner y Vagts no es una pieza teórica que pueda ignorarse a la ligera, ya que inauguró lo que ahora se denomina como el estudio explícito del **proceso legal transnacional**: La teoría y la práctica de la forma en la que actúan los actores públicos y privados, incluyendo los Estados-Nación, las organizaciones internacionales, las empresas multinacionales, empresas, organizaciones no gubernamentales y particulares, todos terminan por establecer relaciones en una serie indeterminada de foros públicos y privados, nacionales e internacionales para luego, interpretar, asimilar y aplicar las normas del Derecho Transnacional¹³⁴. Lo que distingue al **proceso legal transnacional** de su antepasado, el **proceso legal internacional** es su concentración en el carácter transnacional, normativo y constitutivo del proceso legal global.

Al centrarse en las transacciones transnacionales, la aproximación fue expresamente **no tradicional**, yendo más allá de la histórica dicotomía entre lo privado/público, y lo nacional/internacional ya que los actores a estudiar no se agotan, ni siquiera, en los Estados-Nación. Al centrarse en la contraposición del proceso legal con aquellos estudios de corte más político o social, el enfoque examinó el carácter distintivo de

la ley como un medio de ejercer autoridad y control social entre elementos dispares. Este acercamiento enfatizó la normatividad de la ley: Cómo las normas legales generadas por la interacción que se acontece entre los actores transnacionales moldean y guían las futuras transacciones. Al enfocarse menos en áreas relacionadas con temas particularmente substantivos y concentrarse en aquellas relacionadas a temas trans-substantivos, dicho enfoque remarcó el hecho de que la ley internacional es, al mismo tiempo, dinámica y constitutiva, en el sentido de que opera para reconstituir los intereses nacionales, sirve a estos y, a su vez, crea un precedente sobre el cual apoyar los mismos¹³⁵.

Muchos de los escritos en revistas de Derecho Internacional entre los años 1970 y 1980 abrazaron estudios particulares, es decir, centrados en la evaluación de incidentes por separado en base a una teoría general. De esta forma, fueron examinados casos, demandas, y episodios institucionales que pusieron de manifiesto la riqueza del proceso legal transnacional¹³⁶. Sin embargo, la única monografía que abordó la cuestión de cumplimiento a cabalidad, es decir, en términos de un proceso legal transnacional, fue la que elaboró Roger Fisher¹³⁷. Rechazando tanto las distinciones entre lo público/privado como lo doméstico/internacional, Fisher adoptó un enfoque netamente transnacional¹³⁸. Su argumento ha sido reconocido por la importancia que tuvo al promover el cumplimiento de la interacción institucional regular¹³⁹, la interpretación de las normas¹⁴⁰ y la interiorización de tales normas a las escalas locales de diversas naciones receptoras¹⁴¹.

¹³² Ver: STEINER Henry; KOH, Harold y Detley VAGTS. “Transnational legal problems”. Cuarta Edición. Nueva York: West Group. 1994.

¹³³ *Ibid.* p. 141.

¹³⁴ Ver: KOH, Harold. *Op. cit.* En: 183-184.

¹³⁵ KLOTZ, Audie. “Norms Reconstituting Interests: Global Racial Equality and U.S Sanctions Against South Africa”. En: *International Organization* 49. 1995.

¹³⁶ REISMAN, Michael y Andrew WILLARD. “International Incidents”. Princeton: Princeton University Press. 1988.

¹³⁷ FISHER, Roger. “Improving Compliance with International Law”. Charlottesville: University of Virginia Press. 1981.

¹³⁸ *Ibid.* p. 17.

¹³⁹ Fisher distinguió entre lo que él denominó “cumplimiento de primer orden”, el cual era el cumplimiento en base a una clara interiorización de las normas y “cumplimiento de segundo orden”, donde hay aun aparente incumplimiento pero el actor rápidamente desiste de su incumplimiento.

¹⁴⁰ Es importante tener en cuenta las siguientes instituciones domésticas como las cortes, ya que éstas están perfectamente en capacidad de denunciar violaciones contra las leyes del Derecho Internacional.

¹⁴¹ Como Fisher escribió: “Uno de las mejores maneras para incrementar el respeto inicial que una nación tiene ante el Derecho Internacional es tener leyes substantivas a escala local que puedan interrelacionarse con las normas internacionales que se pretende introducir”.

Ahora bien, si el libro de Fisher marcó la respuesta que la **escuela del proceso** daba a los racionalistas, Thomas Franck, desde la Filosofía del Derecho, responde que es el poder de las naciones lo que justifica la legitimidad y da sentido al proceso. Durante estos mismos años, se produjo también el resurgimiento del kantismo en toda su amplitud, manifestándose en la jurisprudencia angloamericana, y con ella, un renacimiento de la tradición filosófica kantiana, tanto en las Relaciones Internacionales¹⁴² cuanto en el Derecho Internacional¹⁴³. De esta forma, aplicando esta filosofía en las Relaciones Internacionales, se recurre a lo que Kant llamó **el compromiso a un triple conjunto de derechos**: En primer lugar figura “la libertad de la autoridad arbitraria, a menudo llamada la ‘libertad negativa’”; en segundo lugar, “los derechos necesarios para proteger y promover la capacidad y las oportunidades, las ‘libertades positivas’ y, como tercer factor, “el liberalismo democrático como sistema circundante y garante de los acuerdos sostenidos”¹⁴⁴.

Respecto a la aplicación de estos valores como fuente de legitimidad del Derecho Internacional, Franck planteó la siguiente pregunta: “¿Por qué lo hacen?, ¿Por qué potentes y poderosas naciones obedecen reglas impotentes?”¹⁴⁵. Explícitamente adaptando la teoría y la terminología de Ronald Dworkin, John Rawls y Jürgen Habermas, Franck respondió: “[L]a obediencia se reside pues en que, como Estados, perciben que ante la desobediencia se establecería un precedente legítimo de descrédito institucional, lo cual podría afectar al Estado desobediente o a sus intereses en el futuro”¹⁴⁶. Tomemos, pues, en cuenta que en este texto se definió la legitimidad como “la característica que posee una norma o institución para ejercer

una atracción hacia cumplimiento, dado que el Estado, en cuanto es institución, reconoce sus principios en esta legitimidad y concibe estos principios comúnmente aceptados como propios y elementales del proceso correcto”¹⁴⁷. Afirmando que “la legitimidad ejerce una atracción para el cumplimiento que es fortalecida por la calidad de la regla” y partiendo de esta máxima, Franck propuso cuatro indicadores de la legitimidad de una norma: Primero, su claridad o “determinación”; segundo, su validación simbólica por medio de formalidades; tercero, su coherencia conceptual y, finalmente, su adhesión al “proceso justo” o su conformidad con la “jerarquía normativa organizada” del sistema de reglas internacionales¹⁴⁸.

Como era de esperar, el análisis de Franck atrajo críticas por parte de cada una de las otras escuelas, las cuales enfocaron la mayoría de sus ataques en la Cuestión del Cumplimiento. Funcionalistas, como Robert Keohane, argumentaron que el esfuerzo de Franck por vincular la “legitimidad” y la conformidad era esencialmente circular, esto es, que redundaba y no era concluyente, además de considerarlo carente de un nexo de cuestión causal importante¹⁴⁹. Otros kantianos auto-proclamados criticaron a Franck por exaltar la legitimidad sobre la justicia y construir, así, un principio “que sacrifica la moralidad y la primacía del respeto a la autonomía individual en favor de la regularidad del procedimiento”¹⁵⁰.

Sin embargo, la crítica más encarnizada vino de la “nueva corriente” de críticos del estudio del Derecho Internacional, los cuales rechazaron la afirmación de Franck sobre “cumplimiento por legitimidad”, a la cual calificaron como “otra versión del positivismo liberal neo-kantiano”¹⁵¹. Muy pocos de estos académicos trataron de

¹⁴² Ver: DOYLE, Michael. Op. cit.

¹⁴³ Ver: TESÓN, Fernando. Op. cit.

¹⁴⁴ Ver: DOYLE, Michael. Op. cit. pp. 206-207. Ver también: BEITZ, Charles. “Political Theory and International Relations”. Princeton: Princeton University Press. 1979.

¹⁴⁵ FRANCK, Thomas. “The power of legitimacy among nations”. p. 3.

¹⁴⁶ *Ibíd.* p. 24.

¹⁴⁷ *Ibíd.* p. 25.

¹⁴⁸ *Ibíd.* pp. 41-207. Franck establece una relación análoga entre la legitimidad de las normas internacionales con las convenciones sociales e incluso con el reglamento un club social.

¹⁴⁹ KEOHANE, Robert. “International Relations and International Law: Two Optics”. Discurso en la Escuela de Derecho de Yale. 1978.

¹⁵⁰ TESÓN, Fernando. Op. cit. p. 95.

¹⁵¹ KOSKENNIEMIMI, Martti. “Social Theory and the Vanishing of International Law”. American Journal of International Law 86. 1992. pp. 175-177.

abordar por su cuenta la pregunta respecto a la conformidad que Franck enmarcó, en parte porque veían al Derecho Internacional como algo indeterminado y, por ello, encontraron incoherente la noción de un actuar estatal “afín” a dictámenes y pautas internacionales¹⁵². De este modo, defendiendo el principio de que “El Derecho Internacional no tiene poder”, los académicos izquierdistas se aliaron, de algún modo, con los políticos realistas de derecha¹⁵³ dado que compartían elementos comunes ambos consideraban al poder bruto como la base y requisito indispensable para motivar y consumir el cumplimiento.

F. Después de la Guerra Fría: El nuevo orden mundial

El fin de la Guerra Fría y el colapso subsiguiente de un mundo basado en la bipolaridad inauguró una nueva era. La era de **la Ley global** en la cual vivimos ahora. En los vertiginosos días que le siguieron a la caída del Muro de Berlín, el futuro parecía inusualmente brillante para el “Nuevo Orden Mundial” que abanderaba Occidente con los Estados Unidos de América. El escenario era propicio; la democracia estallaba por todas partes¹⁵⁴. El multilateralismo y las normas internacionales parecían resurgir con la derrota de Saddam Hussein en la Operación Tormenta en el Desierto¹⁵⁵. La Unión Soviética hizo un notable cambio de actitud, primero acogiendo el Derecho Internacional¹⁵⁶ y luego, al desintegrarse, dejando a los Estados Unidos como la única “nación indispensable del mundo”¹⁵⁷. El Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (en adelante, NAFTA) y el Tratado de Maastricht terminaron por marcar toda una nueva vitalidad para la organización regional y la liberalización del comercio. Pero la euforia se desvaneció de golpe, así como las

posibilidades de la nueva ley global¹⁵⁸. Cuando el comunismo se derrumbó, los Estados no adoptaron una **monovisión** occidental como se previó, sino que se fragmentaron incluso en su plano doméstico; el fin del mundo bipolar expuso a las naciones que se encontraban bajo su esfera a que perdieran la identidad común que las acogía, lo cual provocó violentas oleadas de nacionalismo étnico. El caso más conocido es lo que fue una guerra brutal de campañas genocidas en la antigua Yugoslavia. Las organizaciones regionales como el NAFTA y la Unión Europea, así como regímenes mundiales de comercio y medio ambiente, se enfrentan ahora a los inclementes retos que trajo consigo esta nueva transición global: El intervenir en conflictos internos cuando estos afectan los Derechos Humanos o la misma estabilidad de la región; la siempre presente discusión sobre la disolución y ocupación de los Estados fallidos como Somalia, Ruanda y Haití por sus profundas crisis, sin mencionar que tales tragedias entre otros efectos sociales, provocaron un notable flujo de refugiados que empezaron a desafiar la compasión global y a los políticos de turno¹⁵⁹.

La era posterior a la Guerra Fría ha sido testigo de cómo el Derecho Internacional, los actores transnacionales, las decisiones y compromisos asumidos en los foros, y los modos de regulación fueron mutando en formas híbridas fascinantes. El Derecho Internacional comprende ahora una mezcla compleja de costumbre, ley positiva, ley declarativa¹⁶⁰ y de Derecho blando¹⁶¹; tales factores no tratan simplemente de ratificar el sistema vigente, sino de legitimarlo. La soberanía como prisma absoluto de las Relaciones Internacionales ha perdido su predominancia, por lo cual, en materia de Derecho Internacional no estamos ante un paradigma único, sino más bien ante una especie

¹⁵² PURVIS, Nigel. “Critical Legal Studies in Public International Law”. Harvard Law Review 32. 1991. pp. 81-110.

¹⁵³ Comparar KENNAN, George. Op. cit. con PURVIS, Nigel. Op. cit. p. 110.

¹⁵⁴ ACKERMAN, Bruce. “The Future of Liberal Revolution”. New Haven: Yale University Press. 1992.

¹⁵⁵ Ver: “Transcript of News Session by President Bush”. New York Times. 23 de Agosto de 1990. Página A 16.

¹⁵⁶ HOFFMANN, Stanley. Op. cit. p. 169.

¹⁵⁷ “The Inauguration: Transcript of President Clinton’s Second Inaugural Address to the Nation”. New York Times. 21 de Enero de 1997. Página A 14.

¹⁵⁸ HOFFMANN, Stanley. Op. cit. Loc. cit.

¹⁵⁹ LOESCHER, Gil. “Beyond Charity: International Cooperation and the Global Refugee Crisis”. Oxford: Oxford University Press. 1993.

¹⁶⁰ CHODOSH, Hiram. “Neither Treaty nor Custom: The Emergence of Declarative International Law”. En: Texas International Law Journal 26. 1991. p. 87.

¹⁶¹ PROSPER, Weil. “Towards Relative Normativity in International Law”. En: American Journal of International Law 77. 1983. pp. 413-414.

de **cubo Rubik** con una variedad abrumadora de secuencias, caras y combinaciones. En tal sentido, los Estados-Nación, las organizaciones inter-gubernamentales regionales, las organizaciones no gubernamentales, y los regímenes y las redes informales no son jugadores independientes, sino por el contrario, son organismos dependientes entre sí para impulsar la nueva dinámica internacional¹⁶².

El sistema internacional se ha ido convirtiendo en uno de tipo **neomonístico**, esto es, con nuevos canales abriéndose a la interpretación del Derecho nacional e internacional a través de decisiones judiciales, ejecutivas y legislativas, siendo el Derecho Internacional un producto de distintas fuentes que no deja de ser un *corpus* único que cobija a la variedad de actores antes descrita¹⁶³. Por ello, nuevas formas de resolución de conflictos¹⁶⁴, de acción ejecutiva, toma de decisiones administrativas y de gobierno, así como la legislación, se han convertido en parte de un proceso legal transnacional que influye en la conducta nacional, transforma los intereses nacionales, y ayuda a constituir e incluso reconstruir identidades nacionales¹⁶⁵, dando a entender que el Derecho Internacional no es sólo una vía para la consecución de intereses particulares, sino donde manifestar y hasta formar una identidad nacional.

En los últimos cinco años, estos avances han devuelto, una vez más, la pregunta sobre el cumplimiento al centro del escenario de la polémica académica, lo cual se hace manifiesto en las revistas de la teoría internacional. Es así

como un significativo número de estudiosos de Relaciones Internacionales han abordado partes del problema, particularmente en las áreas de control ambiental y tráfico de armas, los cuales se encuentran en vertiginoso auge¹⁶⁶. Por su parte, especialistas en Ética Internacional han seguido examinando la cuestión, por lo general, desde una perspectiva tan Kantiana como Rawlsiana¹⁶⁷. Además, un número pequeño, pero creciente, de especialistas en Derecho Internacional han comenzado a explorar los problemas en torno a la Cuestión del Cumplimiento desde una perspectiva interdisciplinaria¹⁶⁸. Entre los estudiosos del Derecho y de las Relaciones Internacionales interesados en las normas, se ha venido dando un valioso y revelador diálogo interdisciplinario que, además de complementar ambos enfoques, parece compenetrarlos, al punto que algunos estudiosos incluso sugieren que se considere a estos avances como una emergente *joint discipline* para examinar la cuestión de cumplimiento y las cuestiones conexas¹⁶⁹.

Tras estos incidentes, la literatura referida al cumplimiento ha seguido tres vías explicativas distintas; cada una tiene sus orígenes en una de las raíces históricas de la Teoría de Cumplimiento¹⁷⁰. La primera, como es lógico, es una teoría instrumental-racionalista, que ve las normas internacionales como instrumentos mediante los cuales los Estados tratan de conseguir y garantizar sus propios intereses, tales como la estabilidad, riqueza, poder, etcétera¹⁷¹. Estudiosos de las relaciones internacionales, como Robert

¹⁶² WEISS, Thomas y Leon GORDENKER. "NGO's, the UN and Global Governance". Boulder: Lynn Rienner. 1996. Ver también: CHARNOVITZ, Steve. "Participation of non-governmental organizations in the World Trade Organization". En: University of Pennsylvania Journal of International Business 17. 1996. p. 331.

¹⁶³ Ver: STEINER Henry, Harold KOH y Detley VAGTS. Op. cit. pp. 514-994.

¹⁶⁴ Ver: KOH, Harold. "Transnational Public Law Legislation".

¹⁶⁵ Ver: KOH, Harold. "Refugees, the Courts and the New World Order". En: Utah Law Review 3. 1994. pp. 1014-1018.

¹⁶⁶ Ver: DUFFIELD, John. "International regimes and alliance behavior: explaining NATO conventional force levels". En: Oregon International Law Review 46. 1992. pp. 819-835.

¹⁶⁷ BROWN, Chris. "International Relations Theory, New Normative Approaches". Londres: Harvester Wheatsheaf. 1992.

¹⁶⁸ En adición a lo señalado, en el libro de Chayes y en la extensa obra de Thomas Franck, otros académicos han incluido cuestiones a esta tesis en el mismo sentido de los renombrados maestros, por tanto sugiero la obra de los siguientes autores: Jose Alvarez, Richard Bilder, Michael Byers, Mark Janis, David Kennedy, Benedict Kingsbury y Edwin Smith.

¹⁶⁹ KENNETH, William. "Elements of a Joint Discipline International Law and International Relations Theory: Building Bridges". En: American Society of International Law 86. pp. 167-168. 1992.

¹⁷⁰ *Ibid.* pp. 47-61.

¹⁷¹ KEOHANE, Robert. "International Relations and International Law: Two Optics".

Keohane, Duncan Snidal¹⁷² y Oran Young, y los estudiosos del Derecho, tales como Kenneth Abbott¹⁷³ y John Setear¹⁷⁴, han aplicado cada vez técnicas más sofisticadas de la teoría de la elección racional para argumentar que los Estados-Nación obedecen el Derecho Internacional cuando sirve a beneficiarlos en sus intereses, sean de corto o largo plazo. En esta concepción racionalista, con sus concepciones ya siendo proyectadas a un nivel de sistema de comunidad internacional, lleva al siguiente razonamiento: Las naciones emplean estrategias de cooperación para perseguir un complejo y multifacético interés nacional a largo plazo, y el cumplimiento de las normas legales y su negociación son sólo meras partes de una estrategia, que recién empieza a dar frutos al largo plazo. Aunque los racionalistas empedernidos generalmente tienden a adoptar alguna variante de “la fórmula cínica” de Henkin¹⁷⁵, los más sofisticados instrumentistas, antes de reducir todo a una máxima o fórmula, están dispuestos a desglosar el Estado en sus distintos componentes, introduciendo a las instituciones internacionales y a los actores transnacionales para, de ese modo, incorporar nociones de interés a largo plazo y examinar de esta forma la cuestión dentro de un contexto de un gran juego de varias partes¹⁷⁶.

Una segunda vía explicativa sigue un enfoque kantiano liberal. El enfoque kantiano se divide en dos líneas identificables: Una basada en la noción de Franck de “reglas- legitimidad”¹⁷⁷ y otro que hace afirmaciones más amplias sobre el papel causal que juega la identidad nacional. Los teóricos de las Relaciones Internacionales inclinados a la doctrina **liberal**, como Andrew Moravcsik y Anne-Marie Slaughter, han argumentado que el factor determinante referido a si las naciones obedecen se puede encontrar

no a nivel sistemático, sino que este reside en la estructura interna. Bajo este punto de vista, el cumplimiento depende en gran medida de si el Estado puede ser caracterizado como **liberal** en su identidad, es decir, que cumple con determinados requisitos que lo harían acreedor de esta categoría como tener una forma de gobierno representativo, garantías de los derechos civiles y políticos, y un sistema judicial dedicado al Estado de Derecho. Moviendo de un tirón la ahora familiar máxima kantiana de que “las democracias no deben luchar entre sí”, estos teóricos postulan que las democracias liberales tienen más probabilidades de **crear Derecho** entre ellas, mientras que las relaciones entre Estados liberales y no liberales tenga lugar, más probablemente, en el ámbito de la política¹⁷⁸.

La tercera línea es una propuesta **constructivista**, basada ampliamente en los conceptos de formación de la identidad y de la sociedad internacional. A diferencia de los teóricos instrumentales del interés, los cuales tienden a tratar a los intereses del Estado como un hecho, los “constructivistas” han argumentado desde hace tiempo que los Estados y sus intereses están construidos socialmente sobre “principios filosóficos generalizados, los cuales forman arquetipos de identidades, normas de comportamiento, e incluso términos comunes de discurso”¹⁷⁹. Antes que decir que los actores internacionales y sus intereses son los que crean las reglas, los constructivistas sostienen que “existen reglas y normas que determinan cómo se llevará a cabo el juego internacional, quiénes serán los actores, qué reglas deben seguir si uno quiere asegurarse determinadas consecuencias de determinados actos, y cómo los títulos posesorios pueden establecerse y transferirse”¹⁸⁰. Así, los constructivistas

¹⁷² SNIDAL, Duncan. “Coordination Versus Prisoner’s Dilemma: Implications for International Cooperation and Regimes”. En: *American Political Science Review* 79. 1985.

¹⁷³ Ver: ABBOTT, Kenneth. “The Trading Nation’s Dilemma: the Functions of the Law of International Trade”. En: *Harvard International Law Journal* 26. 1985.

¹⁷⁴ BYERS, Michael. “Response, Taking the Law out of International Law: A Critique of the Iterative Perspective”. En: *Harvard International Law Journal* 38. 1997.

¹⁷⁵ GRIECO, Joseph. “Cooperation Among Nations: Europe, America, and Non-tariff Barriers to Trade”. Nueva York: Cornell University Press. 1990.

¹⁷⁶ KEOHANE, Robert. “International Relations and International Law: Two Optics”.

¹⁷⁷ *Ibid.* pp. 142-148

¹⁷⁸ BURLEY, Anne-Marie. “Law Among Liberal States: Liberal Internationalism and the Act of State Doctrine”. En: *Columbia Law Review* 92. pp. 1920-1921. 1992.

¹⁷⁹ FINNEMORE, Martha. “National interests in international society”. Ithaca: Cornell University Press. 1996. p. 15.

¹⁸⁰ WOODS, Ngaire. “The uses of theory in the study relations”. En: WOODS, Ngaire. “Explaining international relations since 1945”. Oxford: Oxford University Press. 1996.

ven cómo las normas desempeñan un papel fundamental en la formación de identidades nacionales.

La escuela constructivista, predominantemente americana, tiene estrechos lazos familiares con la escuela inglesa de la “sociedad internacional”, herencia de Hugo Grocio¹⁸¹. Al igual que los constructivistas (y a diferencia de los instrumentistas más sofisticados), los estudiosos contemporáneos de la comunidad internacional ven a las normas, los valores y la estructura social de la comunidad internacional como elementos indivisibles que vienen ayudando en conjunto a la formación de la identidad de los agentes que operan en ella. Las naciones, portanto, obedecen las reglas internacionales no sólo por cálculos sofisticados acerca de cómo el cumplimiento o incumplimiento de tales normas afectará a sus intereses, sino porque un comportamiento reiterado y compartido de tales normas les otorga un espacio para legitimar sus propuestas e intereses, de tal forma que la alternativa del incumplimiento es descartada o, cuando menos, considerada arriesgada. En palabras de Andrew Hurrell, “gran parte del grado de cumplimiento del que gozan las normas internacionales se deben a la relación entre el individuo –siendo entendido el término **individuo** como nación particular– y el patrón de acción y procedimiento más amplio en la comunidad internacional, de tal forma que los Estados, en general, mantienen fidelidad a las normas internacionales, aun así si éstas podrían estar en contra de un apetito o de un interés coyuntural, dado que su preservación protege intereses aún más elevados, los intereses a largo plazo del Estado por ser considerado un actor legítimo en la comunidad internacional”.

Cada uno de estos hilos explicativos tiene un poder persuasivo importante, al punto que cada uno bien podría ser complemento de su contraparte. Sin embargo, mi punto de vista se detalla en la Parte III –la cual se presentará a continuación. Mi opinión es la siguiente: Ninguno de estos enfoques proporciona una teoría suficientemente **gruesa** o **robusta** sobre el papel del Derecho Internacional en

la promoción del cumplimiento con normas compartidas globalmente. Solo son una respuesta corta a la pregunta, “¿por qué las naciones obedecen al Derecho Internacional? ¿El Derecho es acaso simplemente “interés”, “identidad”, “formación de la identidad”, y/o ser parte de la “sociedad internacional”? Una respuesta completa debe también tomar en cuenta la importancia de los elementos de la interacción en el proceso legal transnacional, la interpretación de las normas internacionales, y finalmente, la internalización de las normas nacionales como determinantes de por qué los países obedecen. Lo que falta, en resumen, es una propuesta que vendría a ser una cuarta corriente histórica en base al proceso legal transnacional para justificar la Cuestión del Cumplimiento.

Sin embargo, esta afirmación, que se enriquecerá a continuación, plantea dos cuestiones importantes. En primer lugar, ¿cuál es el conocimiento actual sobre el proceso por el cual las naciones y otros actores transnacionales, promueven el cumplimiento, y en última instancia, la obediencia? En segundo lugar, ¿qué es lo que determina la legitimidad de las normas globales que se internalizan a través de este proceso? Tanto el enfoque gerencial de los seguidores de Chayes cuanto el enfoque de la valoración intrínseca de la justicia de Franck nos ayudan a aproximarnos a la respuesta.

II. EL ENFOQUE GERENCIAL Y EL ENFOQUE DE EQUIDAD

Tanto Chayes cuanto Franck buscan librarse del anteriormente preponderante paradigma realista en un esfuerzo por explicar qué papel juega el Derecho Internacional en el mundo posterior a la Guerra Fría, es decir la era contemporánea. Los libros¹⁸² de ambos autores son hitos importantes en el debate académico en torno a la Cuestión del Cumplimiento, así como también son obras culminantes del proceso filosófico que cada uno abandera. Cada uno elige aproximarse al cumplimiento a través de un único filtro analítico: La gestión y la equidad, respectivamente. Sin embargo, al igual que todos los lentes, estos filtros aclaran **por qué distorsionan**, es decir, recurren a

¹⁸¹ Los académicos contemporáneos se esfuerzan por incluir en esta compilación teórica los trabajos de Andrew Hurrell, John Vincent, Barry Buzan, Gerritt Gong, Richard Little, and Michael Donclan.

¹⁸² HURRELL, Andrew. “International Society and the study of Regimes: A reflective approach”. p. 59.

una simplificación incluso excesiva con tal de reducir la materia a conceptos claros y sencillos. Entonces, ¿qué es lo que ven y qué aquello que terminan por obviar?

A. Cumplimiento sin cumplimiento: Enfoque gerencial de Chayes

“La nueva soberanía” es una magnífica obra que reúne la vasta experiencia de Chayes, dándole énfasis a su aproximación práctica, así como numerosas discusiones llevadas a cabo a lo largo de su extensa carrera basada en enseñar y escribir sobre la arquitectura de los regímenes internacionales y los patrones de cumplimiento de los tratados de control de armamentos y del medio ambiente¹⁸³. El libro “Deliberadamente descriptivo y prescriptivo” trata de describir cómo la regulación internacional se lleva a cabo a través de lo que podríamos denominar **regímenes de los tratados**. Este rótulo pretende detallar por qué ciertos **regímenes de los tratados** tienen éxito, es decir, logran generar cumplimiento entre las naciones que celebran estos tratados o, por el contrario, fracasan en generar tal cumplimiento.

A través de sus capítulos, el libro postula encuadrar el análisis en tres factores: Eficiencia, interés nacional, y propensión de las normas del régimen para promover el cumplimiento de los Estados-Nación. ¿Por qué, entonces, las naciones se apartan de esas normas? Los discípulos de Chayes explican que dicho incumplimiento surge como un producto derivado de la ambigüedad e indeterminación del texto (del tratado), las limitaciones en la capacidad de las partes para llevar a sus compromisos de tratados, y lo que ellos llaman **la dimensión temporal**: Retrasos evitables o inevitables que afectan el cumplimiento del tratado, sea por parte de un actor estatal o no estatal interactuando con un organismo de su misma naturaleza o no¹⁸⁴.

Sin embargo, teniendo en cuenta que existen ciertos impulsos que conducen al incumplimiento, ¿cómo pueden ser estas desviaciones mantenidas en niveles al menos aceptables? Los autores dan respuesta a esta pregunta a través del contraste generado a partir de dos estrategias alternativas para promover el cumplimiento del tratado en cuestión. Primero, se desarrolla un **modelo de aplicación**, y luego de revisar los distintos dispositivos coercitivos disponibles —sanciones militares y económicas contempladas en virtud de tratados—, se concluye que usualmente está condenado al fracaso¹⁸⁵. Ellos argumentan que “la autoridad sancionadora es raramente concedida por un tratado, rara vez se utiliza, dado que el cumplimiento se da por sentado, además que la misma sanción puede ser ineficaz cuando se utiliza”¹⁸⁶. De igual forma, el reiterado uso de las sanciones implica altos costos para el sancionador y puede plantear problemas graves en su legitimidad y en cómo se proyecta a la comunidad internacional¹⁸⁷.

Siendo así, como alternativa se ofrece un **modelo de gestión**, en el cual los actores nacionales tratan de promover el cumplimiento de los tratados, no motivados a través de la coacción, sino más bien a través de un modelo cooperativo de cumplimiento, que trata de introducirlo por medio de procesos interactivos, los cuales combinan la justificación, el discurso y la persuasión¹⁸⁸. Soberanía, según afirman, ya no significa la ausencia de agentes exteriores que interfieran en la política doméstica, sino más bien la libertad de participar en las Relaciones Internacionales como miembro válido de regímenes internacionales¹⁸⁹. “La nueva soberanía” no comprende ya aristas como el control territorial o la autonomía de gobierno, sino que ahora sirve como **status reivindicador** de la nación como actor internacional¹⁹⁰. Ahora, el impulso de estos

¹⁸³ CHAYES, Abram. “Compliance Without Enforcement: State Behavior Under Regulatory Treaties”. En: *Negotiation Journal* 7. 1991.

¹⁸⁴ CHAYES, Abram. “The New Sovereignty Compliance with International Regulatory Agreements”. p. 15.

¹⁸⁵ *Ibid.* pp. 2-3.

¹⁸⁶ *Ibid.* pp. 32-33.

¹⁸⁷ *Ibid.* p. 54.

¹⁸⁸ *Ibid.* pp. 109-111.

¹⁸⁹ Respecto a la soberanía, Chayes sugiere que en nuestros días este concepto antes imperante se ha transformado en una categoría residual del “compromiso internacional”. Cuando la interrelación y la capacidad de participación en los foros internacionales constituiría una “nueva soberanía”.

¹⁹⁰ *Ibid.* p. 27.

actores para el cumplimiento no es tanto el miedo de ser sancionados; el motivo auténtico sería el miedo, pero no por la sanción, sino por el descrédito y la falta de legitimidad en la que podría caer la nación infractora ante sus pares de la comunidad internacional¹⁹¹.

Dado el carácter contingente de “la nueva soberanía”, es necesario hacer una precisión de cómo estos **regímenes de tratados** gestionan el cumplimiento del Estado con el Derecho Internacional. Aquí, Chayes da muestra de su herencia positivista, otorgando una respuesta más funcional que filosófica. Una y otra vez se señala que estamos ante un **proceso interactivo** basado en un **discurso justificativo** entre los miembros del régimen; no niega la existencia de las sanciones, pero dado el costo que suponen las mismas y su poca versatilidad no son, pues, el factor principal en la Cuestión del Cumplimiento¹⁹². Al igual que la monografía de Roger Fisher publicada en 1981¹⁹³, la tesis de Chayes nos presenta una suerte de caja de herramientas con las que cuenta un político. Estas **herramientas** son dispositivos diseñados para fomentar un mayor cumplimiento de lo dispuesto por las normas dentro del **régimen**: Son **instrumentos de gestión activa** como la investigación, el recojo de información y datos, la constante verificación y vigilancia, la creación de un procedimiento para la resolución de conflictos, el desarrollo de una estrategia para la evaluación y revisión de los intereses, y los canales por los que serán manifestados. Por medio del uso prudente de estas herramientas, según argumentan, tanto los organismos no gubernamentales y las instituciones intergubernamentales son revitalizadas como instrumentos de gestión para velar por el cumplimiento de los tratados.

El Libro de Chayes es todo un clásico de la restauración del proceso jurídico internacional. Es, quizá, la más profunda

y completa descripción **transubstantiva** del papel que juega la ley en el proceso normativo internacional. Las corrientes de estudios basadas más en el análisis de casos particulares que en la doctrina terminan por ignorar este factor clave al hacer un estudio meramente transversal de los ámbitos público y privado¹⁹⁴.

Sin embargo, a pesar de todas las virtudes del libro, dos preguntas aún persisten. En primer lugar, ¿cómo precisamente hace un enfoque general para hacer todo el trabajo respecto al cumplimiento de los tratados? En segundo lugar, ¿qué importancia, y aplicación tendría este planteamiento en el vasto reino del Derecho consuetudinario, a diferencia del Derecho Internacional basado en tratados?

El enfoque gerencial de Chayes “requiere tanto de un gerente (el régimen) cuanto de un proceso (el discurso)”¹⁹⁵. Los autores rechazan la representación simplista del régimen como “un sistema de conmutación, lo que facilita la independencia interacciones de los Estados independientes ‘en favor’ del papel activo del régimen de modificación de las preferencias, la generación de nuevas opciones, persuadir a las partes a avanzar a aumentar el cumplimiento de las normas del régimen, y orientar la evolución de la estructura normativa en la dirección de los objetivos generales del régimen¹⁹⁶. Es así como el **régimen de los tratados** administra un **proceso interactivo para asegurar el cumplimiento**, el cual se lleva a cabo en siete etapas: (i) La recopilación y desarrollo de los datos de la situación particular y la conformidad de las partes con el Reglamento; (ii) la identificación de los comportamientos que serán útiles a la Cuestión del Cumplimiento; (iii) el diagnóstico de las fuentes que señalen comportamientos aparentemente irregulares; (iv) el examen de la parte en falta para evaluar su capacidad de cumplir con sus obligaciones; (v) las ofertas de

¹⁹¹ Ningún Estado puede considerar siquiera ignorar las normas internacionales porque existen demasiadas audiencias, tratados, foros y alianzas que podrían reprobarnos tal atrevimiento con las obvias consecuencias de tal rechazo a los intereses del Estado infractor.

¹⁹² *Ibíd.* p. 25.

¹⁹³ *Ibíd.* Pies de página 137-141.

¹⁹⁴ Los ejemplos son palpables en el plano *inter alia*, manifiesto en el uso de la fuerza, sanciones económicas, Comercio Internacional, Derecho Ambiental, Derecho del Mar, Derecho de Transporte y Comunicaciones, Derechos Humanos, desnuclearización y normas de desarme, reducción de deuda soberana, etcétera.

¹⁹⁵ Chayes al respecto afirma: “El discurso entre los Estados, Organizaciones Internacionales y algunas instituciones públicas se da en base a las normas análogas o comunes”.

¹⁹⁶ *Ibíd.* p. 229.

capacitación, guía, asistencia técnica de estar ante un actor con capacidad insuficiente; (vi) la invocación de mecanismos de solución para la controversia, y (vii) a veces, la conclusión de que las normas del tratado mismo deben ser adaptadas a la conducta no conforme con el tratado original¹⁹⁷.

De tal suerte, “La nueva soberanía”, por medio de un análisis más exhaustivo, se convierte en una fuerte reminiscencia de un artículo clásico de Abram Chayes, “El proceso jurídico interno”¹⁹⁸. Allí, Chayes, desde un enfoque netamente procedimentalista, argumentó que, en la era post-Brown, el litigio nacional había pasado por una crisis que lo forzó a voltear la mirada sobre el paradigma del Derecho Privado, el cual se iría convirtiendo, a través de sus figuras y alcances, en un potencial nuevo Derecho Público. Dentro de este nuevo paradigma, el juez ejerce una gestión abierta, interpretando el texto constitutivo, exigiendo y supervisando la información que le es presentada, y declarando normas de uso amplio para que sean afines a las herramientas del cumplimiento legal de las partes, como la persuasión y la estimulación. Tanto para Chayes cuanto para Richard Neustadt, la fuerza primordial del juez es el poder de persuadir¹⁹⁹, sirviéndose para tal fin de los medios formales sirviendo como punto de influencia y moneda de cambio del ejercicio discursivo para la creación de normas en el proceso.

En “La nueva soberanía”, Chayes, igualmente, sostiene que el **régimen de los tratados** ha asumido un papel de gestor en relación con el cumplimiento de sus Estados miembros, al igual como sucede en los litigios públicos donde los jueces poseen este mismo papel de gestores. “El tratado (regulatorio) y el régimen en el que se encuentra incrustado no deben verse como elementos de un

conjunto de normas prohibitivas, sino como instituciones y figuras diseñadas para garantizar el cumplimiento dentro de cada área a través del tiempo”²⁰⁰. El papel clave del supervisor legal o juez es la solución de pleitos internos, y en el caso del **régimen de tratados** se da un proceso interactivo, dialéctico en el discurso justificativo, en el cual se invocan las normas, interpretándolas y elaborando un ambiente de presión internacional que garantice el cumplimiento de tales normas²⁰¹.

A pesar de parecer adecuado en cierto nivel, el modelo de gestión se muestra incompleto en cuatro aspectos. Primero, éste enfatiza su poder y exagera la debilidad del modelo aplicativo, creándose la ilusión de que ambos son modelos alternativos. La verdad es que ambos son marcadamente complementarios. El modelo de litigación pública funciona no sólo porque las partes hablan a través del juez, sino porque este conserva el máximo poder sancionador²⁰². En los **regímenes de los tratados**, el modelo de gestión no tiene éxito meramente por el poder discursivo, sino que este factor se complementa con la posibilidad o, dicho coloquialmente, con la **sombra de ser sancionado**, por más remota que esta posibilidad pueda ser. También es necesario, cuando menos, detallar cómo se enarbolan los eslabones de la cadena del cumplimiento. Tenemos, entonces, a las partes interactuando dentro de un **régimen de los tratados**, lo cual conducirá a la enunciación de la norma²⁰³; luego se pasa a la liquidación, acaece el cumplimiento de la norma y, finalmente, se manifiesta la obediencia constante.

En segundo lugar, la obra de Chayes sugiere que el impulso final para la Cuestión del Cumplimiento no es la sanción, sino el temor a un daño en su reputación. Mas la pérdida de

¹⁹⁷ Ibid. p. 109-286.

¹⁹⁸ CHAYES, Abram. “The role of judge in Public Law litigation”. En: Harvard Law Review 89. 1976.

¹⁹⁹ Ver: NEUSTADT, Richard. “Presidential power and the modern presidents: The politics of leadership from Roosevelt to Reagan”.

²⁰⁰ CHAYES, Abram. “The New Sovereignty Compliance with International Regulatory Agreements”. p. 228.

²⁰¹ Ibid. p. 112. Dice: “La esencia del proceso legal internacional es una dialéctica que enfatiza el rol de cada etapa y cómo opera en la creación de presión societaria entre los miembros para alcanzar un óptimo cumplimiento de las normas emanadas”.

²⁰² Ver: COVER, Robert. “The Supreme Court 1982 Term-Foreword: Nomos and narrative”. En: Harvard Law Review 97. 1983.

²⁰³ Ver: MNOOKIN, Robert y Lewis KORNHAUSER. “Bargaining in the Shadow of the Law: the case of divorce”. En: Yale Law Journal 88. 1979.

reputación, sólo se dará si una de las partes desconoce el comportamiento de la otra; es decir, si no hay un desafío a la interpretación sólida del tratado mutuamente aceptada, entonces no hay **incumplimiento**²⁰⁴. De hecho, una de las funciones clave que cumple el **régimen de los tratados** es la de servir como un intérprete definitivo de sus propias normas y el **régimen de los tratados** no es otro que la interpretación mutuamente reconocida por las partes²⁰⁵. Entonces, por mucho que el juez de Derecho Público interprete la Ley, el **régimen** hace lo propio con sus tratados en orden de determinar si ha ocurrido una violación. Sin embargo, existen excepciones dentro del Derecho Internacional, sobretudo en áreas tales como los Derechos Humanos, en las cuales es la comunidad internacional la que interpreta y determina si una norma ha sido violada, incluso más allá de lo que pueda considerar un Estado particular o los Estados involucrados²⁰⁶.

Tomemos, por ejemplo, la norma mundial en contra del genocidio o de los crímenes de lesa humanidad. Analicemos esta propuesta ahora a partir de un ejemplo. Aunque los Estados que forman parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos (**régimen de los contratos**) puedan estar facultados para interpretar las palabras y las disposiciones de este texto, esta capacidad de interpretación no les da un poder exclusivo o absoluto para dar una interpretación definitiva de una norma tan amplia. Lo que sí sucede es, en cambio, que existen otros organismos, elementos de una red que, pese a la complejidad de relaciones y variedad de instituciones que interactúan en esta red, incluso en distintos niveles, todo es un *corpus* dispuesto para un mismo fin, o la interpretación de una misma norma. De allí que existan otros intérpretes legítimos de las

normas internacionales respecto al genocidio, como los tribunales nacionales, regionales e internacionales; los tribunales especiales, las legislaturas nacionales y regionales, entidades ejecutivas (como el Consejo de Seguridad de la ONU), publicistas internacionales, organizaciones no gubernamentales²⁰⁷, entre otros. En suma, la norma se encuentra sujeta a un régimen interpretativo de frentes múltiples, es decir, aquellos que interpretan e incluso **re-ensamblan** el significado de la norma son a menudo parte de un grupo de instituciones mucho más grande y variado que las partes que componen el tratado particular²⁰⁸.

En tercer lugar, la imagen que nos brinda la postura de Chayes omite cualquier descripción detallada de cómo es que los Estados internalizan normas restrictivas. No se menciona pues, para nada, medios tales como la incorporación judicial²⁰⁹; lo cual es “la cristalización ejecutiva o legislativa de la aceptación a nivel doméstico, por la cual las naciones cumplidoras hacen explícita la interiorización de la norma internacional pertinente”. Como los autores reconocen, el cumplimiento de los tratados debe ser entendido como un juego de dos niveles: En el primer nivel se hallan las relaciones que se establecen entre un actor y sus socios en el tratado, y en el segundo nivel se manifiestan los efectos a escala internacional, sin dejar de mencionar que todo este proceso se da en coherencia con el Derecho interno de los actores²¹⁰. Sin embargo, la propuesta de Chayes no examina cómo este vínculo jurídico transnacional entre lo doméstico y los niveles internacionales realmente opera. Esta aclaración pendiente no ha de ser ignorada, dado que éste es el enlace que determina el grado de influencia que tiene **el proceso de gestión** para llevar los intereses de un Estado

²⁰⁴ Ver: CHAYES, Abram. Op. cit. p. 120.

²⁰⁵ *Ibid.* p. 118.

²⁰⁶ Ver: COVER, Robert. Op. cit. p. 45.

²⁰⁷ La norma contra el genocidio, por ejemplo, se encuentra en el Convenio para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio, del 12 de enero de 1951.

²⁰⁸ Los Chayases reconocen esto al definir abiertamente el régimen de tratados como “un proceso interactivo muy complejo que involucra no sólo a los Estados y a sus representantes sino que también, cada vez más, a distintas organizaciones internacionales y a sus miembros, organizaciones no gubernamentales, científicos, gerentes de ventas, académicos y otros actores no estatales”.

²⁰⁹ A pesar de los Chayases son, ellos mismos, expertos en el funcionamiento de las cortes domésticas, irónicamente, su discusión acerca de los instrumentos de gerencia activos no dice nada acerca del rol que cumplen en los juzgados nacionales.

²¹⁰ CHAYES, Abram. Op. cit. pp. 201-207.

a una negociación de escala mundial, para remodelar los intereses nacionales e incluso la identidad de los participantes²¹¹. Los detalles que mencionaré a continuación habrían permitido a la tesis de Chayes aplicar sus procedimientos y marcos teóricos de gestión fuera del ámbito del Derecho positivo, el cual, si bien se funda sobre tratados, empieza a sufrir una cada vez mayor y más notoria injerencia de la esfera de la costumbre y de la Ley internacional declarativa²¹².

En cuarto y último lugar, al concentrarse de forma casi exclusiva en el proceso, Chayes pasa por alto, y quizá podría interpretarse que hasta toma a la ligera, la necesidad de analizar y detallar el contenido y hasta la naturaleza de las normas que son aplicadas por ese mismo **proceso gerencial** que propone²¹³. No obstante, no todos los tratados son concebidos de forma igualitaria, proporcional o equitativa²¹⁴. Tampoco el asegurar el cumplimiento pleno de todos los tratados siempre es bueno *per se*. En efecto, asegurar el cumplimiento puede en sí no ser deseable si los tratados en cuestión son de por sí injustos o consagran ofertas poco sinceras o hasta coercitivas. Consciente de esta crítica, Chayes admite que la **legitimidad** de su enfoque procesal depende, primordialmente, de la equidad procesal, la aplicación equitativa y no discriminatoria²¹⁵. Pero lo que queda aún por especificar son las formas que el proceso debe tener en cuenta a fin de garantizar tal equidad que dotará, consecuentemente, de legitimidad al tratado celebrado. ¿Cuáles son los medios que impulsan al proceso de gestión para mejorar la garantía de cumplimiento en tratados no vinculantes y sobretodo, en temas donde los Estados tienen pocos incentivos para cumplirlos? Y, ¿por cuáles medios debe este mismo modelo evaluar ciertas normas del régimen como injustas, desiguales,

ilegítimas y por tanto inaplicables? Una vez planteadas estas preguntas, que colocan sobre el tapete conceptos como **justicia** o **legitimidad**, es que la lectura del libro de Franck resulta apropiada.

B. Legitimidad y justicia de distribución: Enfoque de equidad de Franck

La pregunta planteada por el eminente Thomas Franck en su *magnum opus*, “La lealtad en el Derecho y las Instituciones Internacionales”, no se refiere a por qué las naciones obedecen, sino a si es justo el Derecho Internacional²¹⁶. Franck hace esta pregunta partiendo de la consideración que las naciones tienen pocos incentivos o, en todo caso, un pobre sentido de obligación para obedecer reglas que responden a un criterio de equidad que muta de nación en nación.

Como “la nueva soberanía”, que parte del trabajo anterior de Chayes en el proceso legal internacional, la **justicia** también debe ser leída a la luz de su progenitor intelectual, la influyente obra de Franck “The power of legitimacy among nations”²¹⁷. En la teoría de Franck, las reglas ilegítimas son aquellas que poseen poco respeto por parte de las naciones y que quedan invalidadas por su bajo grado de cumplimiento en la práctica. Elementos como el **proceso jurídico internacional** o la **justicia** deben ser leídos a la luz de Franck, quien hace hincapié, al igual que Chayes, en la transformación del Derecho Internacional desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, cuyo fin acompañó –o en todo caso, produjo– un profundo cambio en el concepto de soberanía²¹⁸. Sin embargo Franck, a diferencia de Chayes, no restringe su visión de la Ley meramente en tratados; él considera también en su análisis elementos como el poder de las normas basadas en la costumbre²¹⁹. Porque,

²¹¹ PUTMAS, Robert. “Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two Level Games”. En: International Organization 42. 1988.

²¹² Ver el Capítulo III, más adelante en el texto.

²¹³ TRIBE, Laurence. “The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories”. En: Yale Law Journal 89. 1980.

²¹⁴ Las naciones hallan incentivos en los beneficios adquiridos, pero bien podríamos afirmar que la “obligación” es en sí un incentivo.

²¹⁵ CHAYES, Abram. Op. cit. p. 127.

²¹⁶ FRANCK, Thomas. “Fairness in International Law and Institutions”. p. 6.

²¹⁷ FRANCK, Thomas. “The power of legitimacy among nations”. p. 6.

²¹⁸ FRANCK, Thomas. “Fairness in International Law and Institutions”. pp. 3-4.

²¹⁹ Como Franck recientemente acotó: La sociedad internacional es el “progenitor de un vasto grupo de instituciones especializadas que sirven de puente entre los estados particulares y las normas transnacionales”.

según él considera, el Derecho Internacional se encuentra ahora en una etapa **post-ontológica**. Franck, de esta forma, afirma que ya no se requiere defender la existencia de un tratado, sino meramente hacer referencia a los valores allí incluidos y analizar el contenido del mismo servirá para evaluar si sus disposiciones son exigibles, mutuamente entendidas y sobretodo, justas²²⁰. Aunque el núcleo de la respuesta de Franck sigue siendo el liberalismo kantiano, su argumento se basa en la ecléctica empleada en episodios históricos decisivos en torno a la Cuestión del Cumplimiento.

Al igual que los racionalistas, Franck reconoce que las naciones, evidentemente, tenderán intrínsecamente a cumplir las reglas cuando los beneficios del cumplimiento excedan por buen margen los costos. Mas, al igual que los teóricos de la **sociedad internacional**, este autor ve el impulso hacia el cumplimiento por parte del actor transnacional no como un derivado de una serie compleja de cálculos costo-beneficio, sino que lo concibe a través de la arraigada **presión del grupo comunitario**, es decir, esta comunidad internacional y solidaria de naciones que se asumen como miembros de un club y que temen perder su reputación a vista de los demás miembros²²¹. Por otra parte, al igual que los constructivistas, Franck acepta el poder de las normas para remodelar los intereses nacionales. Por último, al igual que los teóricos del proceso, Franck ve que la legitimidad de las normas depende en gran medida del Estado en el cual fueron promulgadas, si sus coyunturas corresponden a un proceso justo²²². Al igual que Chayes, Frank abarca lo que bien podríamos denominar como **proceso del discurso, del razonamiento y la negociación**, entendiendo el Derecho Internacional más como un **proceso** que como un conjunto de **reglas** cuya justicia se determina a través de un proceso de conversaciones, razonamiento y negociación²²³.

Sin embargo, mientras que el volumen de Chayes es un ejercicio de excelencia legal aplicada a la teoría del proceso, el libro de Franck representa fundamentalmente los planteamientos de Rawls aplicados a la filosofía, con recomendaciones orientadas a políticas ocasionales salpicadas por todas partes²²⁴. El último capítulo de la obra de Franck, titulado “¿Por qué no la justicia?”, aplica la metodología de la teoría de la justicia combinada con las aproximaciones de Rawls al Derecho Internacional; con lo cual, concluyó que la justicia entre las naciones no puede ser construida por analogía a sus posiciones originales²²⁵. La legitimidad, no la justicia, razonó Franck, debe ser el primer objetivo de un sistema de reglas internacionales. “La legitimidad del proceso, tiene su propia moral.” Y esta tesis no se refiere al manifiesto y natural orden moral en la justicia, porque, en el caso de Franck se trata más bien de la creencia en un proceso correcto, que la creencia en resultados correctos (planeamiento sustantivo)²²⁶.

La **denegación de justicia** de Franck generó numerosas críticas, la mayoría de ellas provenientes de otros analistas kantianos, los cuales denunciaron que estaban ante su proceso estéril ya que privilegiaba la apariencia y una supuesta **legitimidad** sobre los valores que Rawls estudió como la justicia o como la equidad²²⁷. Finalmente, Franck examina la cuestión y ahonda sus conceptos. De tal forma, Franck divide la equidad en dos aspectos: Como concepto previo a la legitimidad, siendo la equidad fuente del **justo proceso** en la creación y cumplimiento de las normas así como una noción rawlsiana de justicia sustantiva distributiva. Estos dos aspectos de la justicia, señala, se encuentra en constante tensión: El primero favorece el *status quo*, mientras que el segundo favorece el cambio. Franck utiliza esta concepción bifocal a fin de tener dos frentes de investigación y examinación del Derecho Internacional y sus instituciones. Así

²²⁰ *Ibíd.* p. 9.

²²¹ *Ibíd.* p. 196.

²²² *Ibíd.* p. 7.

²²³ *Ibíd.* p. 7.

²²⁴ *Ibíd.* p. 14.

²²⁵ FRANCK, Thomas. “The power of legitimacy among nations”. pp. 208-246.

²²⁶ *Ibíd.* p. 288.

²²⁷ TESÓN, Fernando. *Op. cit.* pp. 93-99.

Franck, por ejemplo, analiza las estructuras institucionales y el procedimiento que sigue las Naciones Unidas, incluido el Secretario General, el papel y alcances del Consejo de Seguridad²²⁸, y la Corte Internacional de Justicia²²⁹ bajo la rúbrica del procedimiento equitativo, que de cierta forma se asemeja al examen genérico del proceso que puede ser encontrado en los libros de Chayes. Sin embargo, mientras Chayes veía las normas del Derecho Internacional, las normas sustantivas de equidad, la autodeterminación, la territorialidad, la seguridad colectiva, el Derecho Ambiental, el comercio y las inversiones internacionales como distintos depósitos de legitimidad o de ausencia de la misma, Franck las presenta y evalúa su eficacia en la medida que son agentes de la justicia distributiva²³⁰.

Al igual que la nueva soberanía, la tesis de la equidad muestra un notable dominio de la clásica dicotomía entre los ámbitos público y privado²³¹. “Como era de esperarse, un tratado sintético de este tipo posee varios capítulos que derivan de labor anterior análoga”²³². A pesar de los defectos innegables²³³, si lo evaluamos como un todo, el volumen de Franck refleja admirablemente aspectos que bien complementarían la tesis de Chayes. En efecto, Franck muestra a profundidad aspectos como la justicia distributiva de la cual carece Chayes, pero tiene menos precisión y detalle al momento de explicar el proceso, el cual es el fuerte de Chayes. La introducción del concepto de la equidad muestra los sorprendentes cambios que está sufriendo el pensamiento de Franck en torno a la legitimidad de la justicia, siendo parte esto de un esfuerzo por encontrar una rúbrica lo suficientemente amplia como para entender a partir de ella las normas internacionales.

Porque si la legitimidad es fundamentalmente positivista y orientada al proceso, ésta estará centrada en el desarrollo de pruebas que determinen la fuerza de cumplimiento como una función derivada de la percepción de su legitimidad procesal percibida. La equidad invoca, en cambio, deliberadamente a Kant, Rawls y Dworkin, en un esfuerzo para hacer frente a las cuestiones normativas y las opiniones en tanto a la emergente justicia distributiva.

Desafortunadamente, a pesar de la variedad y el vigor de fondo que nos brindaba la discusión de Franck, su descripción de cómo un proceso discursivo termina por sumarse a la obligatoriedad y a la fuerza de las normas es explicada con menor pericia que en la obra de Chayes. Aparte de los distintos foros creados por las Naciones Unidas y sus instituciones de asistencia, Franck menciona muy poco sobre los distintos modos de interacción entre actores a través de los cuales se interpretan las normas en la era post-ontológica. Otra crítica viene por el lado de que Franck es un tanto ingenuo, ya que tiene una marcada creencia en la buena fe de la política exterior estadounidense, así como el papel de los tribunales nacionales e instituciones de orden transnacional en el cumplimiento de sus funciones²³⁴. También se niega a aclarar cómo es que las normas internacionales se internalizan o, para decirlo de otra forma, se interpretan y acoplan a los sistemas jurídicos domésticos.

“Si hemos llegado a una decisión que sintetice la discursividad sobre la legitimidad de la justicia”, afirma Franck, “es más probable que las normas se apliquen y menos probable, por consecuencia, que éstas sean

²²⁸ Comparar la obra de Franck “Fairness in International Law and Institutions” con la del mismo autor en “Nation against Nation: what happened to the UN dream and what the US can do about it”.

²²⁹ Para trabajos anteriores de Franck, ver: FRANCK, Thomas. “Judging the World Court”. Nueva York: Printing Press Publications. 1986.

²³⁰ FRANCK, Thomas. “Fairness in International Law and Institutions”. pp. 351-473.

²³¹ Vale mencionar que Franck había sido director del Instituto de las Naciones Unidas de Entrenamiento e Investigación (UNITAR) por sus siglas en inglés.

²³² Por ejemplo, el capítulo 6 de la Secretaría General de las Naciones Unidas se presta de Thomas Franck la idea de los “buenos oficios del Secretario General”. El artículo de Franck con este nombre aparece en: ROBERTS, Adam y Benedict KINGSBURY. “United Nations, divided world”. Oxford: Clarendon Press. 1993.

²³³ El análisis filosófico de la **justicia** a veces se ve demasiado influido por el trabajo del colega de Franck en la Universidad de Nueva York, Ronald Dworkin. Ver: FRANCK, Thomas. Op. cit. p. 45.

²³⁴ Ver: FRANCK, Thomas. “Political questions/judicial answers. Does the rule of law applies to foreign affairs?”. Princeton: Princeton University Press. 1992.

desobedecidas”²³⁵. Pero ¿por qué esto tendría que ser así? ¿Por medio de qué proceso la **aplicación** de la norma se produce? y ¿cómo esta **síntesis discursiva** termina modificando los incentivos y las prioridades de los actores transnacionales? Los críticos de Franck, sostienen que el elemento causal faltante no es la justicia, sino el proceso legal transnacional.

III. PROCESO LEGAL TRANSNACIONAL

A pesar de sus diferencias metodológicas, tanto Franck cuanto Chayes, en última instancia, llegan a la misma respuesta intuitiva de por qué los países obedecen. Si nuestro objetivo ha de ser una mejor aplicación de las normas mundiales, su razonamiento los lleva a sostener que el mecanismo preferido debe ser la obediencia voluntaria, no un cumplimiento forzado u obligado²³⁶. Si las naciones internamente **perciben** una regla que les permita obrar de forma justa, afirma Franck, es más probable que la obedezcan. Si las naciones deben justificar periódicamente sus acciones a la luz de las normas del tratado y precisamente, rendir esas cuentas a los socios con los que celebra el tratado, sugiere Chayes, es mucho más probable que estas naciones cumplan **voluntariamente** esas normas pactadas. Ambos análisis sugieren que la llave para mejorar el cumplimiento es que éste sea un cumplimiento motivado en base a que ha sido interiorizado. Este razonamiento yo lo resumo en lo que he llamado **obediencia**. Pero, ¿mediante qué proceso se produce esta interiorización de las normas? ¿Cómo se transforma un cumplimiento de las normas globales meramente ocasional o incluso reticente en una obediencia habitual?

Como ya he indicado con anterioridad, este proceso debe ser visto en tres etapas²³⁷. Primero, uno o más actores transnacionales

generan una **interacción** (o una serie de interacciones). Lo anterior los obliga a generar una **interpretación** o una enunciación de una norma mundial aplicable a tal situación. De este modo, la parte activa busca motivar a que la otra parte **interiorice** la nueva interpretación de la norma internacional a su sistema normativo doméstico. El objetivo es **atar** a la otra parte a obedecer la interpretación enunciada como parte de su conjunto de valores internos. Tal proceso normativo es transnacional, dinámico y constitutivo. La transacción genera una norma jurídica que se orienta a las futuras interacciones que puedan darse entre las partes. Las transacciones futuras cumplen el papel de interiorizar aun más las normas, ya que éstas se van sosteniendo en la práctica. Es decir, finalmente, la participación continua y repetida en el proceso ayudará a reconstruir los intereses e incluso la identidad de los participantes de este mismo proceso²³⁸.

El debate para la reinterpretación del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos (Tratado ABM, por sus siglas en inglés) se nos presenta como un ejemplo reciente del fenómeno descrito, presente en la política exterior de los Estados Unidos²³⁹. La historia de este tratado es compleja y antigua. En 1972, los Estados Unidos de América y la Unión Soviética firmaron el mencionado tratado bilateral, el cual prohíbe expresamente el desarrollo de sistemas de defensa territorial basados en ataques espaciales²⁴⁰. Trece años más tarde, en Octubre del año 1985, la administración de Ronald Reagan propuso la Iniciativa de Defensa Estratégica; éste sistema fue popularmente conocido como *Star Wars*, el cual asciende un misil antibalístico hasta el espacio para la defensa del territorio estadounidense. Para poder sortear la obvia barrera que suponían las disposiciones del

²³⁵ Ver: FRANCK, Thomas. “Fairness in International Law and Institutions”. p. 481.

²³⁶ No es sorpresa que a esta conclusión también llegaran los psicólogos sociales cuando estudiaron por qué la gente obedece a la Ley. Ver: TYLER, Tom. “Why people obey the law?”. New Haven: Yale University Press. 1990.

²³⁷ Lo que sigue es una visión necesariamente incompleta de mi posición, que va a completarse en mi próximo libro. En él se va a tratar una teoría más amplia de la conformidad con el Derecho Internacional, tratando a las distintas teorías como complementarias, no como opuestas.

²³⁸ Bajo examinación, este proceso se puede explicar si combinamos el enfoque gerencial de Chayes y la postura de Franck ligado al concepto intrínseco de justicia.

²³⁹ KOH, Harold. “The Treaty Power”. En: University of Miami Law Review 43. 1988.

²⁴⁰ Para un análisis más detallado revisar: CHAYES, Abram y Antonia Handler CHAYES. “Testing and development of exotic sistemas under the ABM treaty: The great reinterpretation caper”. En: Harvard Law Review 99. 1986.

Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos, la administración de Reagan propuso **reinterpretar** tal tratado, de tal manera que se permitiese la creación e implementación de la Iniciativa de Defensa Estratégica. Esto modificaría radicalmente el tratado, siendo esto llevado a cabo sin el consentimiento del Senado americano o de la misma Unión Soviética. Semejante decisión provocó una auténtica batalla retórica, que duró ocho años, entre los funcionarios en cargo y sus predecesores, entre ellos seis secretarios de Defensa y numerosos senadores clave (entre los que destacó Sam Nunn, presidente del Comité de Servicios Armados del Senado)²⁴¹, quienes se manifestaron en apoyo de la interpretación original del tratado. Una de las figuras claves en contra de la reinterpretación del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos fue Gerard C. Smith, el principal negociador estadounidense en SALT I y también el principal negociador del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos, presidió las juntas de dos organizaciones no gubernamentales influyentes, la Asociación para el Control de Armas y el Comité Nacional para salvar el Tratado²⁴².

La controversia sobre el Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos desató acaloradas discusiones en diversos foros: Audiencias del Senado, debates sobre otros tratados de control de armas, artículos de revistas y columnas de opinión. Al final, el Senado emitió una Resolución sobre la Interpretación del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos, en la cual reafirmó que éste debe ser entendido en su sentido original y, en 1988, el Senado adjunta una condición para el Tratado de Misiles de Alcance Intermedio, la cual especifica explícitamente que los Estados Unidos interpretan este nuevo tratado en conformidad con la comprensión compartida entre el Presidente y el Senado²⁴³. En respuesta, los gobiernos de Reagan y Bush mantuvieron su postura, es decir, que la reinterpretación por la que

abogaban era **jurídicamente correcta**, pero, pese a esto cumplirían con la interpretación original por una cuestión de **política**. En el año 1993, este episodio llegó a su fin cuando el presidente Clinton repudió la reinterpretación unilateral de Reagan y anunció que su gobierno respetara la interpretación original del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos²⁴⁴.

Pese a su intensidad, esta disputa legal jamás alcanzó ningún tribunal. De hecho de haberse trazado un proceso para resolver la disputa en 1987, hubiera sido, ciertamente probable que Estados Unidos, en efecto, hubiese violado el tratado en un intento por salirse con la suya. Sin embargo, al final, una poderosa nación como los Estados Unidos volvió a cumplir con las normas del Derecho Internacional. Por sí solos, ni el interés, la identidad, o la presión de la sociedad internacional llegan a proporcionar una explicación suficiente de por qué el gobierno de los Estados Unidos obedeció la interpretación original del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos. Es de suponer que el interés nacional de Estados Unidos en implementar la Iniciativa de Defensa Estratégica se mantuvo igual bajo cualquier interpretación jurídica. Si la respuesta de la sociedad internacional, representada en sus miembros y socios bajo el Convenio de Resistencia a la Reinterpretación, no fue suficiente para bloquear las pretensiones americanas en 1985, no es claro por qué esta misma resistencia se volvió abrumadora en 1993.

En mi opinión, una explicación del proceso legal transnacional nos ofrecerá los enlaces desaparecidos. Actores transnacionales, como el senador estadounidense Sam Nunn, una norma privada reconocida por el empresario Gerard Smith²⁴⁵ y varias asociaciones no gubernamentales, la Asociación para el Control de Armas y el Comité Nacional para salvar el Tratado Bilateral de

²⁴¹ Ver: 133 Cong. Rec. S6089-31. Fechado en el 20 de Mayo de 1987. Declaración de Sam Nunn.

²⁴² Ver: SMITH, Gerald. "Disarming Diplomat". Landham: Madison Books. 1996. pp. 169-173.

²⁴³ Ver: KOH, Harold. "The National Security Constitution: Sharing Power After the Iran-Contra Affair". New Haven: Yale University Press. 1990.

²⁴⁴ De acuerdo a una audiencia entre el encargado de Asuntos Exteriores del Senado y el Director de la Agencia de Control de Armamento y Desarme de los Estados Unidos, llevada a cabo en mayo de 1993, la postura oficial del gobierno Clinton era que la interpretación del tratado "estrechamente y ateniéndose al texto" era la correcta.

²⁴⁵ Ver la nota al pie de página 53.

Misiles Antibalísticos formaron en conjunto una **comunidad epistémica** para abordar desde una perspectiva legal este conflicto²⁴⁶. Esta comunidad movilizó desde sectores de la élite hasta sectores populares y provocó una serie de interacciones con el gobierno de los Estados Unidos en una variedad de foros. Ellos desafiaron el intento por reinterpretar una norma, teniendo éxito en internalizar a nivel de sociedad lo contemplado por el tratado y volverlo parte su sistema de valores, al punto de ser exigible a su propio gobierno cuando se percibe la vulneración de esa norma. Por ello, el éxito definitivo estuvo en la respuesta del Poder Ejecutivo estadounidense que, rodeado de críticas, cedió y aceptó internalizar y cumplir con la interpretación original del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos. Por lo tanto el episodio fue tan normativo (o, usando el término de Robert Cover, “*ius-generativo*”²⁴⁷) como reconstitutivo de los intereses nacionales de Estados Unidos, ya que había en él un sector mayoritario que apoyaba la interpretación original del tratado pese a las intenciones iniciales de sus gobernantes²⁴⁸. El episodio estableció, de esta forma, un precedente a considerar en los debates venideros en cuestiones referidas a misiles antibalísticos, los cuales podrían surgir durante el siguiente periodo de Clinton²⁴⁹.

Este ejemplo práctico pone de manifiesto cómo es que las diversas explicaciones teóricas que la Historia nos ha ido ofreciendo para resolver la Cuestión del Cumplimiento no son excluyentes sino, al contrario, complementarias. En su declaración clásica del neorrealismo, “El hombre, el Estado y la Guerra”, Kenneth Waltz postula tres niveles de análisis en las que las Relaciones Internacionales pueden ser aplicadas: Como un sistema internacional (figura sistémica), en el Estado particular (política interna), y en los

individuos y grupos que conforman el Estado (imagen psicológica/burocrática)²⁵⁰.

Estas imágenes no son mutuamente excluyentes, sino que se asientan una encima de la otra como si se tratasen de las distintas capas de un pastel, por lo que nos ofrece un retrato completo. Esto, debido a que los teóricos de la sociedad internacional se centran demasiado en la materia a nivel de sistema internacional, mientras que los teóricos de la identidad, por su parte, analizan la materia desde la estructura política nacional. Los analistas de los procesos legales transnacionales, por el contrario, tratan de complementar las explicaciones por medio de una evaluación a nivel de los motivos e incentivos que tienen los actores en la transacción, es decir, examinan la interacción, la interpretación y la internalización de las normas internacionales en las estructuras legales nacionales. Mientras, los enfoques del interés, la identidad y la sociedad internacional, brindan información útil, pero ninguno por separado proporciona una explicación lo suficientemente sólida respecto a la Cuestión del Cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Por ejemplo, la teoría del interés, de corriente claramente instrumentalista, mediante la especificación de sus variables (Costos de cumplimiento, costos de transacción, beneficio a largo plazo, etcétera) busca reducir los elementos de la Cuestión del Cumplimiento y del complejo sistema internacional a un juego teórico basado meramente en el análisis costo-beneficio, donde todas las sociedades son la misma, razonan igual y que son motivadas por el mismo espectro sancionatorio²⁵¹. Esta teoría funciona mejor en áreas temáticas globales como el comercio o el control de armas, en las que los Estados-Nación quedarían como protagonistas²⁵², pero adolecería la falta de la revolución

²⁴⁶ HASS, Peter. “Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination”. En: International organization 46. 1992.

²⁴⁷ COVER, Robert. Op. cit. p. 40.

²⁴⁸ KLOTZ, Audie. Op. cit. pp. 432-451.

²⁴⁹ Ver: “Does America Need a Missile Defense?”. En: Wall Street Journal. Publicado el 5 de Julio de 1996. p. 6.

²⁵⁰ WALTZ, Kenneth. “Man, the State and War: A Theoretical Analysis”. Nueva York: Columbia University Press. 1959. Ver también: BUZAN, Barry. “The Level of Analysis Problem in International Relations Reconsidered”. En: BOOTH, Ken y Steve SMITH. “International Relations theory today”. University Park: Pennsylvania University Press. 1995.

²⁵¹ GREEN, Donald e Ian SHAPIRO. “Pathologies of Rational Choice theory: a critique of applications in political science”. New Haven: Yale University Press. 1994.

²⁵² Ver: ABBOTT, Keneth. Op. cit.

transnacional²⁵³. No debe sorprendernos, pues, que los postulados de la teoría del interés hasta ahora hayan sido pobres en el desarrollo de áreas como los Derechos Humanos, los derechos ambientales, la restructuración de la deuda externa o transacciones comerciales internacionales, donde abundan los actores no estatales, y donde esta misma diversidad trae consigo objetivos múltiples y complejos, donde se manifiestan desde las más fluidas negociaciones hasta **juegos de suma cero**, además de una constante interacción entre regímenes informales²⁵⁴.

Del mismo modo, la teoría de la identidad, basada en la doctrina **liberal**, en mi opinión, ha prescindido erróneamente de la revolución **neo-monista**, la cual se haya representada por el desarrollo de los Derechos Humanos y del Derecho Comercial Internacional. Su análisis esencialista trata a la identidad de un Estado como algo exógeno o dado de forma permanente, casi inalterable. Sin embargo, como los estudiosos constructivistas han reconocido desde hace buen tiempo ya, las identidades nacionales, al igual que los intereses nacionales, se construyen socialmente; en otras palabras, son productos de un proceso de aprendizaje, de adquisición de nuevos conocimientos, el empleo de prácticas culturales e ideológicas²⁵⁵. Naciones como Sudáfrica, Polonia, Argentina, Chile y la República Checa no han sido de forma permanente seguidoras u opositoras del canon liberal, sino que su identidad y correspondencia con cierto sistema de valores ha dependido fundamentalmente de idas y venidas entre regímenes dictatoriales y democráticos a nivel interno, y transacciones normativas transnacionales a nivel internacional²⁵⁶. El análisis en base a la identidad deja sin respuesta a la siguiente interrogante constructivista: ¿En qué medida el cumplimiento de la legislación internacional propiamente dicha ayuda a un Estado particular a reafirmarse en su identidad

como un Estado respetuoso de la Ley y, por tanto, exhibirse como un Estado **liberal**?²⁵⁷ Por otra parte, la caprichosa afirmación de que “los Estados liberales establecen acuerdos, transacciones y normas solamente entre ellos”, tiende a ser no sólo parcializada, sino inexacta, sobre todo en materia del Derecho Internacional Comercial, donde los Estados tienden a respetar las normas y los acuerdos celebrados sin tomar en cuenta necesariamente si se está pactando con una democracia representativa o no²⁵⁸. Más aún, así como sucede con el desacreditado “relativismo cultural” de los Derechos Humanos²⁵⁹, decir que los Estados no liberales no participan de un sector del Derecho rechaza la tendencia universalista del Derecho Internacional y condena, efectivamente, a dichos Estados a participar de un mundo donde la política prima sobre el Derecho.

Un enfoque constructivista de la sociedad internacional, al menos, reconoce los efectos positivos de la participación repetida de los Estados bajo cierto marco jurídico que incluso termina transformando futuras relaciones y participaciones²⁶⁰; sin embargo, no explica completamente la importancia de los factores que van surgiendo en el proceso. No solamente hay que destacar la existencia de una comunidad internacional, sino también hay que referirnos a las múltiples transacciones que se dan dentro de ella. Las transacciones, así sean celebradas por actores gubernamentales o no gubernamentales, siguen generando el fenómeno de interpretación e internalización. En la medida en que tales normas sean interiorizadas con éxito es que se convertirán en factores determinantes para saber por qué es que las naciones obedecen.

Los teóricos de la sociedad internacional reconocen que este proceso tiene lugar, pero han realizado un estudio insuficiente

²⁵³ Ver: RISSE-KAPPEN, Thomas. Op. cit. p. 7.

²⁵⁴ Ver: CHAYES, Abram. “The New Sovereignty Compliance with International Regulatory Agreements”. p. 123.

²⁵⁵ Ver: FINNEMORE, Martha. “National interests on International society”. Ithaca: Cornell University Press. 1996.

²⁵⁶ Ver: WITCHEHEAD, Lorence. “The international dimensions of democratization: Europe and the Americas”. 1996.

²⁵⁷ KLOTZ, Audie. Op. cit. p. 478.

²⁵⁸ BERMAN, Harold. “World Law”. En: Fordham International Law Journal 18. 1995.

²⁵⁹ Sobre materiales respecto al universalismo o el relativismo de los Derechos Humanos, se puede revisar: STEINER Henry; KOH, Harold y Detley VAGTS. Op. cit.

²⁶⁰ Ver: HURRELL, Andrew. Op. cit. p. 59.

de lo que yo he denominado *la correa de transmisión o banda transportadora*, por la cual las normas internacionales se infiltran en la legislación nacional. Estas explicaciones son conceptualmente complementarias a fin de dar una explicación más rica de por qué el cumplimiento del Derecho Internacional se produce o no en determinados casos particulares. Tomemos, por ejemplo, un episodio reciente: El proceso de paz en Medio Oriente, la firma del acuerdo de separación de Hebrón de 1997. Como líder de la oposición de derecha del partido Likud de Israel, Benjamin Netanyahu había prometido no volver a reunirse con el líder palestino Yasser Arafat²⁶¹. Netanyahu, a su vez, se declaró opuesto de forma inalterable a la extensión de la soberanía palestina y, tras postular al cargo, ganó el puesto de Primer Ministro en base a una campaña que negaba toda negociación con Palestina²⁶². En particular, se refirió como **fallidos** a los llamados Acuerdos de Oslo, los cuales eran una serie de acuerdos de paz firmados por el gobierno laborista israelí en 1993. Coherente con su política confrontacional, Netanyahu instó a que se diera la derogación de estos tratados e incluso organizó protestas callejeras en contra de la firma de los nuevos acuerdos de Oslo²⁶³. Sin embargo, para el año 1997, Netanyahu había retomado el diálogo con las autoridades palestinas, incluido Yasser Arafat, ejecutando un acuerdo en el cual añadiría la siguiente disposición a los acuerdos de Oslo: El volver a implementar la presencia de tropas israelíes en las áreas pobladas por árabes de la ciudad cisjordana de Hebrón²⁶⁴. Los más firmes partidarios de Netanyahu lo condenaron ferozmente por este proceder, lo que consideraban poco menos que una

traición²⁶⁵. Sin embargo, bajo el liderazgo de Netanyahu, la coalición conformada por conservadores, religiosos y nacionalistas participó de un proceso de negociación del cual no habrían participado antes y al que se opusieron ferozmente por casi cuatro años.

¿Por qué ahora Israel prefiere obedecer los acuerdos de Oslo? Los intereses, la identidad y el rol de la sociedad internacional, una vez más, nos brindan partes de la explicación. Antes de convertirse en Primer Ministro, Netanyahu había manifestado sus dudas respecto a si el reconocimiento de las autoridades palestinas era útil o no a los intereses de Israel. De igual forma, los acuerdos de Oslo trajeron a Israel beneficios económicos en forma de inversión extranjera, así como una mejora en sus relaciones con Europa y los Estados árabes más moderados²⁶⁶. Una vez que inició el proceso de Oslo, más actores participaron; no solamente Israel y Palestina, sino que también hubo un rol casi protagónico de naciones como Estados Unidos, Jordania y Egipto. La participación de estos países hizo patente que el único marco a través del cual la paz puede ser lograda es por medio del involucramiento de la sociedad internacional, además que estos países ejercían también un rol correctivo, al responder con un marcado criticismo las intenciones iniciales de Netanyahu por derogar los acuerdos de Oslo²⁶⁷. Por lo tanto, estos acuerdos marcaron un punto de quiebre a través del cual se aprecia la interacción entre Israel y la sociedad internacional, no solamente representada por los palestinos, sino por las demás naciones partícipes del proceso de paz, lo cual condujo a la remodelación y reconstrucción de los intereses nacionales²⁶⁸.

²⁶¹ Ver: COLP, Judith. "Diverging Roads: Hard line, no cross". En: Jerusalem Post. Publicado el 23 de mayo de 1996. p. 11.

²⁶² Ver: BRUCK, Connie. "The wounds of peace". En: New Yorker. Publicado el 14 de octubre de 1996. p. 64.

²⁶³ Ver: HONIG, Sarah. "Netanyahu: Elections are referendum for peace". En: Jerusalem Post. Publicado el 20 de marzo de 1996. p. 1.

²⁶⁴ Ver: SCHMEMANN, Serge. "Mideast accord: overview. Netanyahu and Arafat Agree on Israeli pullout in Hebron". En: New York Times. Publicado el 15 de enero de 1997. p. A1.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ BRUCK, Connie. Op. cit. p. 84.

²⁶⁷ Tal como un reportero había notado con anterioridad, Israel tiene mucho más que perder hoy del poco riesgo que suponía en ese entonces, cuando se firmaron los acuerdos de Oslo, cuando su condición internacional era la de un Estado casi paria al inicio de los noventas. Ahora, en cambio, sus relaciones ha mejorado drásticamente dado que ahora mantiene buenas relaciones con buena parte del oriente moderado y, por consecuencia, mejorando sus relaciones con sus vecinos en la región.

²⁶⁸ GROSSMAN, David. "Israel's Fight for Real Peace". En: New York Times. Publicado el 28 de Septiembre de 1996. p. A23.

Una vez que comenzó a darse el proceso de transformación del interés nacional, se empezó a gestar también la apertura de Israel hacia la sociedad internacional, sobre todo ante el asedio de distintos canales: Opinión pública, foros, publicaciones, medios de comunicación y hasta mecanismos para una pública rendición de cuentas por parte de Netanyahu y sus partidarios²⁶⁹. Tan importante como el proceso legal transnacional, son los mecanismos de negociación que se pusieron en marcha en virtud al acuerdo de Oslo, creando de esta forma una estructura base para la interacción en pro de la paz²⁷⁰. De esta forma, la interacción sostenida por las partes en múltiples ocasiones fue convirtiendo a los acuerdos de Oslo en un medio para enmarcar la posición de las partes. De esta forma, tanto Israel cuanto Palestina empezaron a invocar términos incluidos en los acuerdos y así, unidos aunque desde distintos ángulos, fortalecieron la interpretación e interiorización de este acuerdo²⁷¹. Otro paso se dio cuando el Parlamento israelí (el Knesset) aprobó formalmente los acuerdos de Oslo, internalizando él mismo las normas suscritas en dichos acuerdos²⁷². Esta interiorización tuvo el efecto de establecer los acuerdos de Oslo como un hecho consumado, lo cual aumentó dramáticamente los costos internos que podría sufrir Israel si Netanyahu decidía incumplir lo dispuesto por los acuerdos de Oslo²⁷³. Todos estos factores fueron los que finalmente llevaron al recalcitrante Netanyahu a firmar el acuerdo de Hebrón con Yasser Arafat, lo cual condujo por extensión al partido Likud a asumir los acuerdos de Oslo como una pauta de comportamiento para el futuro. El tratado de Hebrón hacía aún más difícil atacar y desconocer un proceso en el que ya estaba involucrado²⁷⁴. En resumen,

este proceso por etapas acabó por **enfriar** la vehemente actitud inicial de Netanyahu contra los acuerdos de Oslo²⁷⁵. Es decir, el cumplimiento se había dado a través del sistema interactivo por medio del cual ambas partes manifestaron sus intereses y sus identidades, las cuales luego fueron analizadas por la comunidad internacional, que otorgó normas transnacionales que a través de la interacción constante terminaron por internalizarse en cada una de las partes. Este episodio muestra el poder del proceso legal transnacional para promover, a través de la interacción, la generación de normas y el refuerzo de las mismas, además de la incorporación de estas normas a los ordenamientos jurídicos nacionales.

Ahora bien, el proceso no es en absoluto una panacea y, en este momento, el futuro del proceso de paz en Medio Oriente sigue siendo incierto y convulsionado²⁷⁶. Pero incluso en el peor escenario posible, si los acuerdos de Oslo colapsan o son desconocidos de forma definitiva, el incidente de Hebrón todavía permite ilustrar cómo las normas internacionales por medio de procesos transnacionales pueden perfectamente penetrar e influir en nuestra política interna. Es por medio de los comportamientos constantes y aceptados de los actores que interactúan entre sí que se forman patrones que luego maduran en instituciones, acuerdos, regímenes y redes transnacionales. Las normas emanadas de esta evaluación no sólo guían de forma general la conducta externa, sino que, incluso, otorgan significados e interpretaciones específicas en materias especializadas (pensemos, por ejemplo, en la interpretación del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos), que a su vez mutan

²⁶⁹ Thomas Friedman describió a Netanyahu como una respuesta ante la presión conjunta de múltiples fuerzas democráticas.

²⁷⁰ Mucha de la repercusión que generaron los acuerdos de Oslo se basó en el improbable compromiso de Israel y las Autoridades Palestina, lo cual ha generado increíbles debates y soluciones a controversias múltiples como el caso de Hebrón, lo que derivó en el ya detallado "Acuerdo de Hebrón".

²⁷¹ GORDON, Evelyn. "Government: PA charter must be amended". En: Jerusalem Post. Publicado el 27 de enero de 1997. p. 12.

²⁷² MAKOVSKY, David y John IMMANUEL. "Knesses to vote on Hebron pact today". En: Jerusalem Post. Publicado el 16 de enero de 1997. p. 1.

²⁷³ HONIG, Sarah. "Netanyahu: we will continue peace process". En: Jerusalem Post. Publicado el 22 de Abril de 1996. p. 12.

²⁷⁴ Ver: "One Battle Over, On to the Next". En: The Economist. Publicado el 18 de Enero de 1997. p. 41.

²⁷⁵ GREENBERGER, Robert. "Netanyahu and Arafat go front Antagonism to Working Together". En: Wall Street Journal. Publicado el 14 de Febrero 1997. p. A1.

²⁷⁶ WATSON, Russell. "Bringing Up Bibi". En: Newsweek. Publicado el 24 de Marzo de 1997. p. 52.

en estructuras legales y políticas nacionales manifiestas en la acción ejecutiva, la labor legislativa e inclusive las decisiones judiciales. De esta forma, se gestan ideologías jurídicas que prevalecen frente a los apetitos nacionales que puedan surgir en los gobernantes dado que estos apetitos bien pueden poner en riesgo al estado de ser catalogado de infractor e incluso percibido como usuario de un comportamiento abiertamente **ilegal**. La toma de decisiones nacionales se convierte, por tanto, en una labor enraizada con las normas jurídicas internacionales, como los acuerdos institucionales celebrados para la elaboración y el mantenimiento de un proceso internacional que se arraigue en la prestación de un servicio doméstico²⁷⁷. De tal forma, instituciones jurídicas nacionales, políticas simbólicas, estructuras legales, procedimientos regulados de trabajo así como otros mecanismos internos se ponen al servicio del proceso para mantener el cumplimiento deseado de la norma internacional ya interiorizada²⁷⁸. Estas instituciones se transforman así en **portadoras de la historia**, es decir, de la línea del tiempo en la cual se fue consolidando la retroalimentación entre el plano local e internacional, así estas instituciones evolucionan en diferentes sentidos a fin de no entrar en un conflicto de normas interiorizadas²⁷⁹.

Tales hábitos institucionales conducen al establecimiento de patrones predeterminados de cumplimiento. Por lo tanto, en palabras de Henkin la conclusión sería: “[C]asi todas las naciones observan casi todos los principios del Derecho Internacional... casi todo el tiempo”²⁸⁰. “Cuando una nación se desvía del patrón (la presunción del cumplimiento) se crean fricciones”²⁸¹. Y, precisamente, para evitar tales fricciones en las continuas interacciones de las que inevitablemente será parte la nación es que sus líderes tienen la potestad de cambiar a tiempo su política

desde la abierta infracción al esperado cumplimiento. Es por medio de este proceso legal transnacional, esta suerte de ciclo repetido de interacción, interpretación e internalización, que el Derecho Internacional adquiere su “adherencia”, que los Estados adquieren su identidad, y que las naciones lleguen a **obedecer** el Derecho Internacional porque lo perciben afín a su interés propio.

La participación en el proceso ayuda, entonces, a reconstruir los intereses nacionales para, en consecuencia, restablecer la identidad de los actores como agentes respetuosos de la ley, así como usar este *status* adquirido de **actores obedientes** para legitimarse ante sus pares. Esto ocurre a menudo con las economías emergentes en la sociedad internacional. Como ya he descrito, el proceso legal transnacional nos da una explicación teórica de por qué los países obedecen y un plan estratégico (práctico) que motiva a las naciones a obedecer. ¿Cómo, entonces, se debe abordar el estudio de este proceso? Aunque una aproximación completa requerirá en buena cuenta un análisis interdisciplinario, he de plantear algunas preguntas básicas, utilizando los Derechos Humanos como ejemplo. En lo que hemos denominado el **régimen de los tratados**, la defensa de los Derechos Humanos es bastante débil, dado que los gobiernos, por razones económicas o mero empleo de la *Realpolitik*, son renuentes a denunciar los abusos perpetrados por otros gobiernos²⁸². En tal área, donde los mecanismos del cumplimiento son débiles, pero las normas consuetudinarias gozan de vigor, están claramente definidas y con frecuencia son imperativas (*ius cogens*), la mejor estrategia para lograr el cumplimiento no es el modelo de gestión o un régimen de interacción **horizontal**, sino, más bien, estrategias verticales de interacción, la interpretación y la internalización.

²⁷⁷ Ver: KEOHANE, Robert. “Compliance with international commitments: Politics within a framework of Law”. En: American Society of International Law 86.

²⁷⁸ EDELMAN, Lauren; PETTERSON, Stephen; CHAMBLISS, Elizabeth y Howard ERLANGER. “Legal ambiguity and the politics of compliance: Affirmative action officer’s dilemma”. En: Law and Policy 13. 1991.

²⁷⁹ OSTROM, Elinor. “A Grammar Institutions”. En: American Political Science Review 89. 1995.

²⁸⁰ HENKIN, Louis. Op. cit. p. 42.

²⁸¹ Por ello, cuando una nación en desarrollo no paga, por ejemplo, una deuda soberana, eso perjudica su capacidad de asegurarse nuevos préstamos. Cuando un gobierno niega la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia en un caso en que es demandado, esa decisión perjudica su capacidad de llamar a la Corte en caso quiera éste demandar.

²⁸² CHAYES, Abram. “The New Sovereignty Compliance with International Regulatory Agreements”. p. 123.

Si los actores transnacionales obedecen el Derecho Internacional como resultado de repetidos procesos de interacción con otros actores en el proceso legal internacional, entonces el primer paso debe ser capacitar a más actores a participar. Es aquí donde la aplicación del papel de las organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales, entidades empresariales, y colectivos ciudadanos merece un estudio cuidadoso²⁸³. ¿Cómo es que, por ejemplo, las redes de Derechos Humanos y comunidades epistémicas se forman entre organizaciones internacionales y regionales, organizaciones no gubernamentales y nacionales, y fundaciones privadas?²⁸⁴ ¿Cómo estas redes se entrecruzan y complementan con el régimen internacional de los Derechos Humanos, a saber, el sistema mundial de normas y procedimientos dispuesto por las Naciones Unidas, el bloque regional europeo, las organizaciones de Latinoamérica, Norteamérica, Asia, África y Oceanía, el Derecho Laboral Internacional, las normas contra la discriminación racial, etcétera?²⁸⁵ Dentro de los gobiernos nacionales y las organizaciones intergubernamentales, ¿Qué papel juegan los abogados y asesores jurídicos en asegurar que las políticas del gobierno se ajusten a las normas jurídicas internacionales y cómo provocar que las agencias gubernamentales tomen posturas proactivas de denuncia ante violaciones de los Derechos Humanos?²⁸⁶

Luego, si la meta de la interacción es producir una **interpretación** de las normas de Derechos Humanos, ¿qué foros están abiertos para la elaboración y enunciación de normas, tanto dentro como fuera de los actuales regímenes de Derechos Humanos? Si éstos no existen, ¿de qué manera podrían adaptarse los foros existentes a este fin²⁸⁷, o tal vez nuevos foros,

como las Cortes Penales Internacionales para el caso de Ruanda o de Yugoslavia?

Tercero, ¿Cuáles son las mejores estrategias para **internalizar** las normas internacionales de Derechos Humanos? Uno puede distinguir entre **internalización social, política y legal**. La internalización social se adquiere cuando una norma obtiene tanta legitimidad pública, que lo general es que todos la obedezcan²⁸⁸. La internalización política ocurre cuando las élites políticas aceptan una norma internacional y la adoptan como política de gobierno. La internalización legal ocurre cuando una norma internacional es incorporada al Derecho doméstico a través de alguna acción ejecutiva, decisión jurisprudencial, acción legislativa o alguna combinación de éstas. Así pues, la controversia del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos ejemplifica de forma cabal la incorporación de una norma (interpretación original de los tratados) en el Derecho y política interna de los Estados Unidos, lo cual se dio tras un proceso de interacción entre el Presidente, la Asociación para el Control de Armas y la Administración de Desarme. La internalización judicial puede ocurrir cuando algún litigio doméstico suscita la incorporación de alguna norma internacional referida a los Derechos Humanos, tanto implícitamente, interpretando alguna norma nacional a la luz de los tratados internacionales de la materia²⁸⁹; cuanto explícitamente, a través de lo que se llama "litigación internacional pública"²⁹⁰. La internalización legislativa se da cuando el **lobbying** doméstico incrusta al Derecho Internacional dentro de la legislación interna vinculante o incluso la incorpora a escala constitucional²⁹¹.

De tal suerte que la relación entre la internalización social, política y legal puede ser

²⁸³ Ibid. pp. 53-54.

²⁸⁴ SIKKINK, Kathryn. "Human Rights, Principled Issue-Networks, and Sovereignty in Latin America". En: *International Organization* 47. 1993.

²⁸⁵ DONNELLY, Jack. "Universal Human Rights in Theory & Practice". Londres: Cornell University Press. 1989. pp. 205-228.

²⁸⁶ CASSESE, Antonio. "The Role of Legal Advisers in Ensuring that Foreign Policy Conforms to International Legal Standards". En: *Michigan Journal of International Law* 121.1992.

²⁸⁷ Ver: WEILER, Joseph. "The transformation of Europe". En: *Yale Law Journal* 100. 1991.

²⁸⁸ Por ejemplo, considerar el principio de equidad racial universal, discutido en: KLAUTZ, Audie. Op. cit.

²⁸⁹ Ver el caso *Murray v. Schooner Charming Betsy*, discutido en: STEINHARDT, Ralph. "The role of international Statutory Construction". En: *Vanderbilt Law Review* 43. 1990.

²⁹⁰ Ver: KOH, Harold. "Transnational Public Law Litigation".

²⁹¹ Las constituciones nacionales de Irlanda, los Países Bajos e Italia, por ejemplo, reconocen a la incorporación de principios legales internacionales como una meta política.

compleja. En el caso de los refugiados haitianos²⁹², por ejemplo, la demanda por el respeto de su integridad en coherencia con los Derechos Humanos inicialmente no logró interiorizarse a través de un tratado o una norma, sin embargo, posteriormente y luego de manifestar una profunda y creciente indignación social sobre el trato que recibían los refugiados en Estados Unidos es que se empezó a dar el proceso de internalización. De allí que se creara durante la administración de Bill Clinton la **Comisión para la administración de los refugiados haitianos**²⁹³. De manera similar, y comenzando con el caso *Finartiga v. Penalrala*²⁹⁴, los litigantes estadounidenses de los Derechos Humanos han comenzado a promover la incorporación judicial a la Ley Nacional de Normas Internacionales que Prohíben la Tortura, de forma que esto presionó al entonces presidente Bush a ratificar la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, así como presionó al Congreso a promulgar la Torture Victim Protection Act de 1991²⁹⁵.

En el Reino Unido, la cuestión de la internalización legislativa se viene dando de forma similar poniendo de manifiesto como el partido opositor, el Partido Laborista prometió que, de ser elegido, incorporará al Reino Unido a la Convención Europea sobre los Derechos Humanos, siendo esta propuesta una de las más controvertidas y prestas para el debate desde 1950, durante la gestión de Attlee Clement, siendo él el primero en ratificar la Convención en tal año. Desde entonces, la Convención ha sido interiorizada en parte a través de la construcción judicial. Sin embargo, la negativa del Poder Judicial Británico de incorporar de forma explícita la Convención, ha dado un nuevo impulso al debate en torno al proceso de interiorización. Como se puede corroborar, no todo proceso de internalización es automático, llano o

simple, de hecho puede ser accidentado y tener idas y venidas en su desarrollo²⁹⁶.

Por lo tanto, el concepto de proceso legal transnacional está repleto de implicancias importantes, no sólo para los teóricos de las Relaciones Internacionales, sino para los activistas políticos, los gobernantes, incluso para ciudadanos curiosos. Para los activistas, el papel constructivo del Derecho Internacional se manifiesta con mayor énfasis en la era de la posguerra Fría, dado que durante las cinco décadas que duró este episodio histórico el paradigma realista y la aplicación de la *Realpolitik* dominó las Relaciones Internacionales y, por tanto, tanto los activistas independientes cuanto aquellos que formaron parte de organizaciones no gubernamentales intentan apenas tímidamente participar, influir y en última instancia hacer cumplir las normas del proceso legal transnacional. De igual forma, los gobernantes y líderes políticos con cierta sensatez en materia de política exterior fueron extremadamente cautos ya que para garantizar el acierto de sus decisiones deben considerar no sólo las reglas globales, sino el contexto político global, así como entender su plano local, a fin de que una vez entendiendo los mecanismos del legislativo, ejecutivo y judicial se pueden emplear los mismos para incorporar las normas jurídicas internacionales en su ordenamiento doméstico²⁹⁷.

En 1992, Oran Young preguntó, “¿por qué es que un actor adquiere cierto sentido de obligación, de necesidad de ajustar su conducta a los dictados o requisitos que le impone un régimen o una institución? Creo que hay diferencias entre estar **obligado a hacer algo** y hacerlo **motivado por una razón moral, normativa o legal**”²⁹⁸ [El énfasis es nuestro]. Aunque Young sólo especificó estos distintos tipos de razones, yo considero, personalmente, que todas

²⁹² Ver el caso *Sale v. Haitianos*.

²⁹³ Ver: KOH, Harold. “Transnational Legal Process”. Ver también: KLOTZ, Aussie. Op. cit.

²⁹⁴ 630 F.2d 876. 1980.

²⁹⁵ 106 Stat. 73. 1992.

²⁹⁶ ZANDER, Michael. “A bill of Rights?”. Cuarta Edición. London: Sweet & Maxwell. 1997.

²⁹⁷ En mi siguiente libro, sugiero aplicar esta dinámica de interiorización y potenciarla. Esto se logrará en la medida que los agentes del gobierno reconozcan el fenómeno y decidan aprovecharlo para hallar en el Derecho Internacional soluciones a problemas o controversias locales.

²⁹⁸ Ver: SLAUGHTER, Anne-Marie. “International Law and International Relations Theory”. En: American Society of International Law 86. 1992.

se hallan en conjunto en la cuestión de la **obediencia**. Un actor transnacional siente la obligación moral de cumplir una norma en medida que ésta constituye una obligación legal y tal *status* de legalidad es sólo alcanzado por medio de la interpretación y asimilación de la norma en el orden jurídico interno. Tanto Chayes cuanto Franck son ejemplares consumados de dos tradiciones filosóficas distintas que se refieren al proceso legal transnacional, sin embargo, ambos aceptan que el Derecho Internacional es más propenso a ser cumplido por los actores en la medida que ellos ven reflejado en él la legitimidad de su orden doméstico.

Es precisamente esta **aceptación interna** el concepto del que carecía Hart cuando afirmó que el Derecho Internacional no cumple con el concepto de Derecho. Aún en los propios términos de Hart, el proceso legal transnacional es capaz de lograr la internalización de las normas globales y

ofrecer normas secundarias, así como **reglas de reconocimiento**, las cuales Hart consideró ausentes en el Derecho Internacional²⁹⁹. Esta revisión de diversos ensayos, propuestas, publicaciones y corrientes, que lejos de ser un fenómeno novedoso, la internalización de dictámenes internacionales en ordenamientos locales para garantizar su cumplimiento tiene raíces históricas profundas y vasto eco teórico. La participación en el proceso legal transnacional crea una normatividad dinámica y constitutiva. La interpretación de las normas mundiales e internalización de éstas en la legislación internacional se traduce en la reconstrucción de los intereses nacionales, la identidad nacional y finalmente, el rol en la sociedad internacional. En una era post ontológica, caracterizada por la **nueva soberanía**, la riqueza de la propuesta del proceso legal transnacional puede proporcionar la llave requerida para desbloquear el antiguo enigma de por qué las naciones obedecen.

²⁹⁹ Ver pie de página 71.