

En *La Montaña Mágica*: Enseñar Derecho Internacional Público*

GERRY SIMPSON**

ABSTRACT

En este ensayo, el autor identifica un malestar en la enseñanza del Derecho Internacional proveniente del miedo a ser confinado a las periferias académicas. Este temor crece de la sensación de que los abogados que se dedican al Derecho Internacional no son considerados ni como “verdaderos” abogados por algunos de nuestros colegas en las escuelas de leyes, ni lo suficientemente conocedores de las realidades globales de acuerdo a algunos académicos de las relaciones internacionales. La respuesta a estos miedos lleva consigo una serie de compromisos entre el “legalismo” y el “realismo.” Las consecuencias de estos compromisos incluyen la incoherencia teórica y la despolitización del objeto de estudio. Estas fallas teóricas llevan a los profesores a un modo al cual el autor denomina “romántico.” El modo romántico es atractivo pero a su vez superficial y finalmente amenaza con vaciar aún más al Derecho Internacional de su contenido político. El autor sugiere tres posibles soluciones a estos problemas. La primera, es adoptar un abordaje teórico más integral al enseñar el Derecho Internacional. La segunda, es abrazar un método político más explícito en donde la enseñanza del Derecho Internacional

* SIMPSON, Gerry, “On the Magic Mountain: Teaching Public International Law”, en *European Journal of International Law*, vol. 10 (1999), p. 70. Traducido al castellano por Brian Frenkel y Milton Fellay. Los editores desean agradecer la generosidad del autor y los editores originales en permitir la traducción y reproducción del artículo.

** Profesor Adjunto de Derecho Internacional en la Australian National University. Fui influenciado para la elaboración de este trabajo por las contribuciones al “Australian International Law Teaching Workshop” de 1997, y por incontables alumnos de la Melbourne University y la ANU. Philip Alston, Deborah Cass, Greg Carne, Hilary Charlesworth, Ian Holloway, Benedict Kingsbury y Outi Korhonen leyeron los primeros borradores de este trabajo y cada uno hizo valiosas sugerencias.

sea capaz de ser un acto imaginativo de disidencia. Finalmente, el autor sugiere una manera de enseñar el contexto que evita lo que se describe en este trabajo como el malestar romántico.

Settembrini: *Lo importante es que sobre la jurisprudencia explícita de los estados nacionales existe una jurisdicción superior facultada para decidir entre los conflictos de intereses por medio de los tribunales de arbitraje.*

Naphta: *¡Tribunales de arbitraje! ¡El nombre mismo es idiota! ¡En una corte civil expedirse sobre cuestiones de vida o muerte, comunicar la voluntad de Dios a los hombres y decidir el curso de la historia! Bien, bastante de las "alas de palomas". Ahora, sobre los "piñones de las águilas", ¿qué hay sobre ellas?*

THOMAS MANN, *La Montaña Mágica*¹

PARTE 1. INTRODUCCIÓN²

En *La Montaña Mágica* de Thomas Mann, ambientada en los inicios del 1900, el italiano Settembrini representa un liberalismo urbano y burgués que, en el diálogo antes transcrito, encuentra su expresión en un destilado y profético legalismo. En este pasaje, Settembrini está inten-

¹ MANN, Thomas, *The Magic Mountain* (Der Zauberberg) (1929 Engl. transl. 1960), pp. 383-384.

² Este ensayo es parte de un proyecto sobre viejos y nuevos cosmopolitanismos en el Derecho Internacional. Para consultar material australiano acerca de la enseñanza del Derecho Internacional ver: CRAWFORD, "Teaching and Research in International Law in Australia" 10 *Australian Yearbook of International Law* (1981-1983) 176; ídem, "Teaching and Research in International Law in Australia", en *Australian Law News* (1983) 29; SHEARER, "The Teaching of International Law in Australia", en *Adelaide Law Review* (1983) 61. Para consultar fuentes más antiguas, ver: DUPUY, R., *The University Teaching of Social Sciences: International Law* (1967); EDWARDS, R., *International Legal Studies: A survey of Teaching in American Law Schools, 1963-64* (1965); RIGGS, F., *International Studies: Present Status and Future Prospects* (1971); WILSON, I., *The Teaching of International Law: An Assessment and Bibliography* (1973); BIN, Cheng, *International Law: Teaching and Practise* (1982); LACHS, M., *The Teacher in International Law: Teachings and Teaching* (2nd ed., 1986); GREGORY, "The Study of International Law in Law Schools", en 2 *Am Law School Review* (1907) 41; FRANKLIN, "Needed: more and Better Courses in International Law", en 4 *Journal of Legal Education* (1952) 326; MACDONALD, St. J., An Historical Introduction to the Teaching of International Law in Canada: Pt 4' 21, en *Canadian Yearbook of International Law* (1983) 235. Para una bibliografía completa de fuentes hasta 1984, principalmente americanas, ver CHAMP, Johnson, "Selected Readings on Teaching International Law", en 18 *International Lawyer* (1984) 197.

tando convencer a Naphta, un declarado realista, que un nuevo orden cosmopolita está a punto de descender sobre Europa. Este orden, afirma, será uno altamente administrativo en donde las disputas entre los grandes poderes serán resueltas judicialmente.³ Naphta rechaza esto tachándolo de sin sentido, prefiriendo describir al próximo siglo XX como una era de terror donde las potencias más beligerantes continuarán dominando a los pequeños Estados y abusando de sus ciudadanos como consecuencia de la ausencia de mecanismos legales intervinientes.⁴ Este debate tiene lugar en un sanatorio ubicado en los Alpes Suizos, donde los pacientes están siendo tratados por tuberculosis. De hecho, toda la novela está ambientada en este confinado lugar donde los hombres y las mujeres internados discuten los grandes dilemas de la filosofía y de la política internacional, mientras abajo, en las tierras llanas, Europa se prepara para la guerra. Los irónicos subtextos de la novela son la inminencia de la Primera Guerra Mundial y la sugerencia de que ninguno de los pacientes se termina curando.

Esta entretenida e inconclusa conversación entre un legalismo “esperanzado” y que se considera “moralmente superior”, y un realismo “seguro de sí mismo” y “despectivo” (todo situado a gran altitud mientras la acción real parece tener lugar abajo), resultará familiar para cualquiera que haya enseñado Derecho Internacional Público en la academia.⁵ Esta dialéctica y sus consecuencias para la enseñanza del Derecho Internacional son los sujetos de este artículo.⁶

La estructura del argumento de mi ensayo es el siguiente: la enseñanza del Derecho Internacional es atraída y a la vez simultáneamente

³ En cierta medida, este idealismo legal ya ha sido expresado en la Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes (1899). Ver PARRY, *Consolidated Treaty Series*, vol. 187 (1979) 410.

⁴ Todas las consecuencias de este debate para la estructuración del sistema de las Naciones Unidas están dispuestas en SLAUGHTER, “The Liberal Agenda for Peace: International Relations Theory and the Future of the United Nations”, en 4 *Transnational Law and Contemporary Problems* (1994) 377, pp. 377-396.

⁵ Esta oposición entre realismo y formalismo está explorada en KOSKENNIEMI, “International law in a Post-Realist Era”, en 16 *Australian Yearbook of International Law* (1995) 1.

⁶ También son, en cierta medida, el tema de KOSKENNIEMI Martti, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (1989).

escéptica de dos polos, los cuales son a su vez mutuamente hostiles⁷. Estos son el legalismo (representado por la imagen del Derecho Internacional como transparente, textual y “basado en reglas”) y el realismo (representado por una versión centrada en el Estado y antilegal de la teoría de las Relaciones Internacionales). Otra forma de decir esto es caracterizando al Derecho Internacional como una combinación precaria de dos estilos académicos reflejados en las disciplinas de la política internacional y el Derecho doctrinario (digamos como el Derecho de los contratos). Entonces estas dos disciplinas nos atraen y repelen de igual manera.⁸

Voy a sugerir que nosotros, como profesores, a menudo nos encontramos oscilando entre el realismo y el legalismo a causa del temor de ser relegados a los márgenes. No somos considerados lo suficientemente “verdaderos abogados” por muchos de nuestros colegas en las Facultades de Derecho ni comprendemos lo suficiente acerca de las realidades globales de acuerdo a algunos académicos de las relaciones internacionales. Nuestra respuesta a estos miedos puede ser una serie de concesiones resultantes de la incoherencia teórica y la despoltización del objeto de estudio. Estos fracasos teóricos nos conducen hacia un modo al cual denomino romántico. Este modo romántico es atractivo pero superficial y finalmente amenaza con vaciar de contenido político al Derecho Internacional.

Sugeriré tres posibles soluciones a este malestar. La primera es adoptar un acercamiento teórico más integrado a la enseñanza del Derecho Internacional. Argumentaré a favor de esta solución en la parte 2 (*Reglas*). La segunda solución posible consiste en abrazar un método más políticamente explícito en donde la enseñanza del Derecho Inter-

⁷ Cada vez que nos referimos al Derecho Internacional en este trabajo, nos estamos refiriendo al Derecho Internacional Público. De todas formas, muchos de los problemas que planteo se podrían extender al campo del Derecho Internacional Privado, o al Derecho del Comercio Internacional, pero la mayoría de mi enfoque es realizado acerca de los cursos de Derecho Internacional Público. Por ejemplo no me concentro en la difusión del Derecho Internacional Humanitario. Ver “Teaching Humanitarian law in Universities and Law Schools”, en *Symposium 31 American University Law Review* (1981-1982) 805.

⁸ Koskenniemi muestra como la combinación es rara vez tan estable como esta descripción sugiere, ver *supra* nota 5.

nacional sea capaz de ser un acto imaginativo de disentimiento. Explicaré este argumento en la parte 3 (*Política*). Por último, en el apartado 4 (*Romance*), sugiero que repensemos nuestra enseñanza del contexto con el objeto de evitar lo que denominamos en este artículo el malestar romántico.

Este ensayo pretende ser sugestivo más que prescriptivo.⁹ No pretende ser una narrativa definitiva sobre cómo enseñar o no Derecho Internacional, ni es tampoco un análisis teórico de la enseñanza del Derecho Internacional (aun a pesar de que, parcialmente, es acerca de la teoría). Tampoco es un análisis de los fenómenos propios de las aulas (por ejemplo, no discuto acerca de las jerarquías en la clase, las subculturas o la experiencia de los estudiantes¹⁰). En cambio, es mayoritariamente acerca de mis propios fracasos y aciertos como un educador en el Derecho Internacional— estas experiencias, así también como numerosas charlas con mis compañeros colegas, son mi crudo y puro material.¹¹ En consecuencia, pienso como un profesor de Derecho Internacional. En varias oportunidades he descontextualizado normas (o presentado un tipo de contexto incorrecto), además de haber enseñado una versión trunca de la política e incluso de una teoría fatalmente indiferente. Este ensayo reflexiona sobre la inquietud que siento cuando enseñé en este campo del Derecho al cual le tengo gran afecto. Espero que pueda contribuir a un diálogo ya iniciado sobre estos temas.¹²

⁹ Ver, por ejemplo, JOHNSTONE, "Flexible Law Teaching for the late 1990s", en 3(1) *Alta Newsletter* (1996) 1 (advirtiendo sobre la imposición de un único método de enseñanza).

¹⁰ Algunas de estas cuestiones se recogen de la enseñanza de los daños. Por ejemplo ver BOYLE, James, "Anatomy of a Torts Class", en 34 *American University Law Review* (1985), 1003. Existe también una sorprendente cantidad de literatura acerca de la enseñanza del Derecho Internacional Privado. Ver *supra* nota 2.

¹¹ Es interesante el modo poco consciente en que nos comportamos en relación con una tarea que ocupa gran parte de nuestras energías y tiempo. Como lo explica Boyle "nadie escribe sobre la enseñanza". Ver *ibid.*, 1003.

¹² Ver, por ejemplo, OTTO, "Integrating Questions of Gender into Discussion of «The Use of Force»", en 6 *Legal Education Review* (1995) 219; ORFORD, "Citizen Sovereignty and Globalisation: Teaching International Law in the Post-Soviet Era", en 6 *Legal Education Review* (1995) 251; MRCORQUODALE, "International Law in the 21st Century", en *Australian/New Zealand Society of International Law Proceedings* (1997) 1.

PARTE 2. REGLAS E INSEGURIDADES ONTOLÓGICAS

a) *El malestar*

La enseñanza del Derecho Internacional es parcialmente guiada por el miedo.¹³ Nuestra fobia es el temor a la periferia.¹⁴ Éste es el lugar al cual siempre somos exiliados con nuestras glamorosas presentaciones cabalgando detrás de las banderas insignia de las Facultades de Derecho – el Derecho Constitucional, el Derecho Real o el Derecho de los Contratos.¹⁵ Con algunas notables excepciones, el Derecho Internacional ha sido visto como un Derecho boutique o como un curso decorativo o marginal; interesante pero no esencial.¹⁶ Incluso, en el tan aclamado mundo interdependiente, el Derecho Internacional es visto como opcional. Hay consenso general que el mundo es global pero restan dudas acerca de si el nuevo medio ambiente global está regulado por el Derecho o por un Derecho que las profesiones legales nacionales o locales encuentren relevante.¹⁷

¹³ Por cierto que hay momentos de confianza intelectual e indiferencia mezclados, por ejemplo, la afirmación de Michael Reisman de que el Derecho de la Propiedad Intelectual no es necesariamente parte del programa de las Facultades de Derecho porque “cuando tienes un caso con un componente propio del Derecho de la Propiedad Intelectual (...) probablemente puedas enseñarte a ti mismo lo que específicamente necesitas para el caso”. Ver REISMAN, “The Teaching of International Law in the Eighties”, en *20 The International Lawyer* (1996) 987-989.

¹⁴ Como señala Vanderbilt: “Creo que se puede señalar con cierta seguridad que ni siquiera un abogado entre quinientos, o incluso, ni siquiera un abogado entre mil, han tomado siquiera alguna vez un curso en Derecho Internacional”. VANDERBILT, “The Responsibilities of Our Law Schools to the Public and the Profession”, en *3 Journal of Legal Education* (1950) 207-209.

¹⁵ Sin embargo, ver: Introducción a “Special Feature: The State of International Legal Education in the United States”, en *29 Harvard Law Journal of International Law* (1988), p. 239, donde los editores señalan “otros ven la disciplina como víctima de su propio éxito; en el curso de ser aceptada como parte de la educación legal, el Derecho Internacional ha pasado de tener un status característico propio de un campo de estudio elitista a unirse con el resto de las materias standard”.

¹⁶ La obvia excepción en Australia es el curso obligatorio de la University of Sydney Law School. De todas formas, encontramos favorables avances en otros lugares. En la ANU Law School, Derecho Internacional será obligatorio a partir de 1999 y la Melbourne Law School está integrando el Derecho Internacional en muchos de sus cursos obligatorios.

¹⁷ Otra posibilidad para explicar el status opcional del Derecho Internacional puede ser encontrado en lo que Michael Reisman llama la “inercia curricular”. Ver REISMAN, *supra* nota 13, p. 987.

De hecho, en vez de estar en expansión, los que nos dedicamos al Derecho Internacional nos encontramos constantemente a la defensiva, justificando nuestra propia existencia en un mundo de escasos recursos de enseñanza.¹⁸ Esta inseguridad tiene un sinnúmero de consecuencias interesantes.¹⁹ Por ejemplo, en Australia, ocasionalmente nos deleitamos cuando los jueces toman nota de la existencia del Derecho Internacional. En casos como *Mabo*,²⁰ *Polyuklovih*,²¹ y *Teoh*,²² el Tribunal Superior parece confirmar nuestra existencia y nos da razón para creer. Especialmente, esto es así cuando la Corte aplica mal o malentiende la doctrina del Derecho Internacional. Álvarez-Machain y la disidencia del Juez Bork en el fallo *Tel-Oren* parecen tener el mismo efecto estimulante del otro lado del Pacífico.²³ En nuestros momentos más oscuros, sin embargo, nos preguntamos si el Tribunal Superior de Almirantazgo Inglés estaba en lo cierto cuando, en 1788, remarcó, mordazmente, que “Un hombre pedante encerrado en su closet dictó el Derecho de las Naciones; todo el mundo lo cita, pero a nadie le importa”.²⁴

En un nivel más profundo, el temor a los márgenes nos lleva a cuestionarnos el mismísimo significado de la disciplina. Éste puede ser un ejercicio intelectualmente liberador, como sugeriré posteriormente, pero que usualmente nos lleva a callejones jurisprudenciales sin salida. El ejemplo más prominente de esto último es la siguiente premisa: ¿es el

¹⁸ “Otra vez, enseñar e investigar en el Campo del Derecho Internacional Público debe ser constantemente justificado y defendido”. Ver GOTTLIEB, “Remarks”, en 78 *ASIL Proceedings* (1984), pp. 208-212.

¹⁹ De hecho, esta actitud defensiva está fuera de lugar. Por ejemplo, parece que los profesores de Derecho Internacional están mejor representados proporcionalmente en las escuelas de elite de los Estados Unidos que en las escuelas que no pertenecen a la elite. Ver GAMBLE and SHIELDS, “International Legal Scholarship: A perspective on Teaching and Publishing”, en *Journal of Legal Education*, p. 45.

²⁰ “*Mabo vs. Queensland*” (nro. 2) (1992) 175 CLR 1.

²¹ “*Polyukhovich vs. Commonwealth*” (1991) 172 CLR 501.

²² “*Minister for Immigration and Ethnic Affairs vs. Teoh*” (1995) 128 ALR 353.

²³ “*United States vs. Alvarez-Machain*”, 112 S. Ct. 2188 (1992); LOWENFIELD, “Still more on Kidnapping”, en 85 *AJIL* (1991) 655; “*Tel-Oren vs. Libyan Arab Republic*”, 726 F.2d.774 (D.C.Cir.1984) cert denied. 470 U. S. 1003 (1985).

²⁴ *The Renard*, 1 Hay & M 222-224 I. Rose PC (1778) citado en VEDROSS & KOECK, “Natural Law: The Tradition of Universal Reason and Authority”, en MACDONALD, R. St. J. y D. JOHNSTON, *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (1983).

Derecho Internacional realmente Derecho? El despiadado refrán nos sigue de cerca a cada paso.²⁵ Cuando nuestros colegas de las Facultades de Derecho o estudiantes escépticos nos hacen está pregunta, buscamos las respuestas en nuestro bolso de trucos teóricos. Pocos de estos trucos son tan sofisticados o iluminantes como la autoreferencial *Teoría de la Legitimación* de Thomas Franck.²⁶ De este modo, recurrimos a falsas analogías entre las instituciones legales locales y sus contrapartes internacionales o hacemos referencia a los asesinos que permanecen sin ser detenidos (así como las superpotencias no son castigadas por sus invasiones). Probablemente estemos ligeramente avergonzados de estos paralelismos no tan exactos.

La cuestión ontológica, cuando es planteada y resuelta de esta forma, tiene el potencial de ser dañina. La exploración de la verificación y la función dentro de un sistema, es un valioso instrumento educativo pero puede ser dañino y profundamente despolitizante, si cuestiones más fundamentales de valores, ideología y cultura quedan sin explorar.²⁷ Myres McDougal, en 1954, reconoció esta cuestión cuando instó a los abogados dedicados al Derecho Internacional a ir más allá de lo que él llamó:

tradicionales ejercicios de formulación técnica para determinar qué conducta es acorde al derecho o contraria a éste en vez de la cuestión más urgente de determinar y recomendar aquel derecho internacional que está mejor diseñado para promover una sociedad mundial libre.²⁸

²⁵ Parece haber una común y errónea creencia entre los estudiantes que el Derecho Internacional y los Derechos Humanos no son realmente Derecho. Ver, por ejemplo, "Teaching International Human Rights in Law Schools and Universities", en *PAIL Institute*, October 1980, citado en LILLICH, "The teaching of International Human Rights Law in U.S. Law Schools", en 77 *AJIL* (1983) 855-856.

²⁶ FRANCK, T., *The Power of Legitimacy among Nations* (1990).

²⁷ Ver OTTO, D., "The International Law Curriculum", ensayo presentado en *Teachers Workshop*, ANU 31 mayo de 1997.

²⁸ McDOUGAL, M., *International Law Power and Policy: A Contemporary Conception* (1954), p. 140. La sociedad libre mundial de McDougal era quizás demasiado dependiente de un familiar constitucionalismo norteamericano. La idea de que la dignidad humana puede servir como una norma fundamental para juzgar el Derecho Internacional era demasiado específica culturalmente y teóricamente abstracta para el trabajo que se le requería.

McDougal estaba advirtiendo sobre una respuesta en particular a la cuestión del status del Derecho Internacional. Esta respuesta implica la enseñanza del Derecho Internacional en el modo formalista (o legalista). Al darle al Derecho Internacional la apariencia del Derecho común, deseamos que mágicamente se transforme en un sistema con un acorde grado de seguridad y status. De este modo, pasamos una desproporcionada cantidad de tiempo enseñando jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en comparación con, digamos, el funcionamiento del sistema postal internacional, la práctica de los Estados de Asia, la OMC y sus aranceles o el funcionamiento del Derecho Internacional en la mente de los burócratas de los ordenamientos legales locales.²⁹ Este enfoque se produce, yo diría, porque la C. I. J es una Corte y las cortes son, por lo menos en apariencia, jurídicas, más allá de su importancia real en el sistema. Para los estudiantes esto es dañino ya que produce brotes de injustificado entusiasmo (“Aquí hay un Tribunal Internacional de Justicia”) seguido del cinismo que puede surgir de la comprensión de que las instituciones judiciales tienen un papel relativamente modesto con relación a la obtención de legalidad dentro del sistema (esto significa que no hay, por lo tanto, Derecho Internacional).³⁰ La muy real contribución de la Corte se pierde, de este modo, por completo.

Este énfasis en las instituciones judiciales se corresponde con la atención dada a los textos o reglas formales. Es posible que nos hayamos convertido en textualistas, puesto que nuestra capacidad para medir la práctica es limitada. Éste es un error comúnmente realizado por los estudiantes –la idea de que los textos son autovalidantes, o incluso siendo más optimista, autovinculantes– pero es tentador también para nosotros, los profesores, el describir y analizar decisiones aparentemente autoritarias sin siquiera inquirir acerca de su validez o su poder.

²⁹ Ver FISHER, “Bringing Law to bear on Governments”, en 74 *Harvard Law Review* (1961), 1130.

³⁰ Ver FALK, “New Approaches to the Study of International Law”, en 61 *AJIL* (1967) 477, pp. 479/80. Falk denomina esto como la versión mecánica de la equivalencia funcional. Ver también KENNEDY, “International Legal Education”, en 26 *Harvard International Law Journal* (1985), 362. David Kennedy reconoce también “la inconfortable oscilación entre el entusiasmo y el escepticismo que sentí como estudiante de Derecho Internacional”.

A veces nos recluimos en el legalismo, exponiendo tal o cual norma, perdidos en el placer de lo arcano.

No es de extrañar que debamos enfatizar las normas. Nuestras definiciones acerca de lo que hacemos están estrechamente ligadas a nuestra lealtad a las reglas y a los razonamientos basados en los textos. La mayoría de las definiciones del Derecho Internacional que se encuentran en los principales libros de texto enfatizan la naturaleza basada en las normas que caracterizan al sistema. Por ejemplo, un texto comienza:

En términos sencillos, el Derecho Internacional comprende un sistema de reglas y principios que gobiernan las relaciones internacionales entre los estados soberanos³¹.

Esta reclusión en las normas, o en el reconocimiento de las mismas, como característica fundacional parece desactualizada hoy en día cuando los jueces de la Corte Internacional de Justicia son realistas.³² Después de todo, la jueza Rosalyn Higgins comenzó su reciente seminario en La Haya con el recordatorio: "El Derecho Internacional no es norma".³³

Para concluir, como respuesta a la pregunta si el Derecho Internacional es Derecho, el legalismo es una especie de rendición. Las normas acarrear varios problemas. Éstos han sido exhaustivamente detallados por generaciones de académicos,³⁴ e incluyen los siguientes: las normas no se aplican por sí mismas; las normas no son transparentes; la interpretación de normas requiere alguna teoría preexistente acerca de la buena vida; el lenguaje es opaco; las normas no pueden resolver casos concretos; no hay una división clara que pueda establecerse entre normas y políticas,

³¹ DIXON, M., *Textbook on International Law* (1991), p. 3.

³² Myres McDougal sugirió en 1985 que los abogados que se dedican al Derecho Internacional han fallado en absorber las lecciones del Realismo Americano. La misma falta de reconocimiento puede ser vista en relación con el reciente trabajo emanado de la escuela crítica del derecho (CLS). Ver MCDUGAL, Comments, "Special Feature", *supra* nota 15, p. 267.

³³ HIGGINS, R., *Problems and Processes* (1993), p. 1.

³⁴ En el Derecho Internacional, en particular por los académicos de New Haven y de New Stream. Para una visión representativa ver MCDUGAL, *supra* nota 28, 144, y CASS, "Navigating the New Stream", en 65 *Nordic Journal of International Law* (1996) 341.

etc. Estos mismos argumentos son los que deberían alertarnos acerca de los riesgos de presentar al legalismo como respuesta a nuestras dudas existenciales. Sin embargo, creo que hay otra razón, incluso más convincente para rechazar al modo formalista como respuesta a nuestro temor a los márgenes. En vez de adoptar esta postura mimética, defensiva, debemos abrazar las posibilidades inherentes a una disciplina que obliga a la introspección. Destaco alguna de estas posibilidades en la siguiente sección.

b) Tres posibles respuestas

Una manera de responder al problema de la existencia del Derecho Internacional es adoptar el problema como parte de una profunda teorización de la disciplina y del Derecho mismo.³⁵ Dicho de otro modo, podríamos usar al Derecho Internacional para cuestionar la categoría de "Derecho" y no en sentido inverso. No hay necesidad de adoptar una actitud defensiva. Hay por lo menos tres maneras en las cuales la falta de confianza característica del Derecho Internacional puede ser usada productivamente. Destacaré brevemente estas tres posibilidades antes de hacer un llamado a un abordaje teórico más integral en la enseñanza de esta disciplina.

La primera posibilidad es ver al Derecho Internacional como un ejercicio de Derecho Comparado, sobre todo cuando hay tan pocos cursos de este estilo en las universidades británicas y australianas. El ordenamiento jurídico internacional es un sistema dramáticamente diferente al típico ordenamiento jurídico angloamericano, pero no tan diferente en algunos aspectos a los sistemas consuetudinarios encontrados entre los grupos indígenas. Afirmaciones como la siguiente acerca de la singularidad del Derecho indígena sonarán familiares a los oídos de los abogados dedicados al Derecho Internacional:

...en la mente europea, acostumbrada como está a las posiciones de auto-
ridad, este estado de orden anárquico plantea un conjunto de problemas

³⁵ Ver BERMAN, Comments en "Special Feature" *supra* nota 15, p. 242: "Una falla que veo en los estudios del Derecho Internacional fue y es una falta de énfasis (...) en la teoría, incluyendo lo que se puede llamar la gran teoría".

intelectuales y emocionales: ¿cómo sabe la gente qué hacer? ¿Quién castiga a los malhechores? ¿Cómo se protege a los débiles de los fuertes?...³⁶

El Derecho Internacional, como gran parte del Derecho Consuetudinario indígena de Australia y Canadá, está estructurado horizontalmente en vez de ser administrado jerárquicamente. Las fuentes del Derecho se encuentran tanto en la práctica y la costumbre como en el texto y la forma. De este modo, en vez de cuestionarnos si el Derecho Internacional es Derecho, la existencia del orden de Derecho Internacional puede ser usada para demostrar cuán cultural e históricamente específica es la visión de Austin del Derecho. El Derecho en sí mismo, entonces, pasa a ser la categoría inestable. Nos preguntamos, en cambio, si no hay algo extremadamente peculiar acerca de este particular sistema normativo caracterizado por su legislación, sus jueces y su ordenamiento vertical. El estudio del Derecho Internacional nos ayuda a trascender las particularidades de nuestro propio ordenamiento jurídico y de su propia estructura jerárquica. Dicho estudio nos proveería al mismo tiempo de un antídoto al crecimiento de la especialización y provincialización de gran parte del estudio legal.³⁷

Uno de los debates jurisprudenciales y criminológicos centrales para la academia jurídica da lugar a una segunda respuesta posible: es el concerniente a la relación entre el cumplimiento de las normas y la coerción. Estudiantes y profesores se obsesionan por igual con una pregunta aparentemente hipotética que puede plantearse sin rodeos. ¿Obedeceríamos la ley sin el control policial? ¿Cuánto influye en nuestro comportamiento la amenaza de la coerción? ¿Cómo sería un sistema legal ante la ausencia de prácticas coercitivas centralmente dirigidas? Por lo menos una respuesta puede ser brindada por el estudio de un sistema que sí prospera en ausencia de coerción y castigo uniformes; un sistema que

³⁶ Ver HIATT, "Aboriginal Political Life", en EDWARDS, W. H. (ed.), *Traditional Aboriginal society: A Reader* (1987) citado en CLARKE, "Law and Race", en BOTTOMLEY, S., and S. PARKER (eds.), *Law in Context* (1996), p. 264.

³⁷ Esta aspiración probablemente me marca como un comparativista trágico en la patología de los tipos de Derecho Comparado de Gunther Frankenberg. Ver "Stronger than Paradise: Identity and Politics in Comparative Law", en 2 *Utah Law Review* (1997), pp. 266/67.

depende de la reciprocidad y el consenso. Ese sistema es el ordenamiento jurídico internacional.³⁸

Esta brecha entre la ley descrita en los libros y su aplicación en el contexto político (o el abismo entre la retórica y la realidad) es claramente un problema para el ordenamiento jurídico internacional, pero no es sólo un problema propio del Derecho Internacional. La brecha existe virtualmente en todo orden jurídico, aunque no sea demasiado explorada por la mayoría de los programas de las Facultades de Derecho.³⁹ De hecho, esta brecha y la forma en la cual es manejada es el enfoque de buena parte del trabajo que cae bajo la rúbrica de “estudios socio-jurídicos”.⁴⁰ Esta brecha plantea “(...) un gran problema intelectual y pedagógico”⁴¹ pero podemos apreciar la disonancia entre texto y vida como un reto, una oportunidad para replantear la enseñanza del Derecho Internacional de modo general. Esto ocurriría abriendo un gran campo de investigación en lo relativo a la aplicación de las normas, el significado de las regulaciones y las ideologías que eliden la brecha entre las reglas y su invocación.

La pregunta formulada constantemente en el Derecho Internacional no debería ser ¿es esto Derecho?, sino ¿es Derecho efectivo o implementado? No hay nada inusual acerca del Derecho Internacional en ese sentido. Este tipo de pregunta puede ser transplantada, con resultados muy útiles, a virtualmente cualquier otro campo de estudios (pensemos por ejemplo en contratos inexigibles o en la “regulación” medioambiental). El Derecho Internacional debe continuar trabajando y sirviéndose del largo debate entre positivistas (Derecho como norma) y los realistas (Derecho como comportamiento oficial).

Una tercera posibilidad involucra una interacción entre el Derecho Internacional y uno de los principales proyectos liberales de las últimas tres décadas. Éste ha sido definido en el trabajo de John Rawls como el intento de alcanzar consenso entre una comunidad radicalmente plura-

³⁸ Tom Franck ha explorado esta cuestión en detalle en el libro *The Power of Legitimacy*, *supra* nota 26.

³⁹ Para ver excepciones ver BOTTOMLEY and PARKER, *supra* nota 36; HUNTER, R., R. INGLEBY and R. JOHNSTONE, *Thinking about Law* (1994).

⁴⁰ BOTTOMLEY and PARKER, *supra* nota 36, en los capítulos 4-7.

⁴¹ *Ibid.*, 191.

lista.⁴² En una época anterior, en la cual las sociedades eran relativamente homogéneas, el Derecho podía asegurar el acuerdo apelando a valores fundamentales compartidos, a prácticas culturales o a una moral comprensiva. Ahora la apelación a valores procedimentales o a los procesos de toma de decisión como mecanismos legitimantes ha reemplazado la búsqueda de acuerdos de fondo o sustanciales sobre los objetivos de orden superior. Rawls, por su parte, ha intentado encontrar un acuerdo sobre principios políticos mediante el diseño de una concepción fina y, según él, metafísicamente neutral del individuo.⁴³ Este individuo es una persona capaz de desarrollar una moral política (por ejemplo, un compromiso con la democracia representativa o con la igualdad formal) desvinculada de arraigadas concepciones moralistas (por ejemplo, la creencia en Dios, o una conciencia pacifista). De este modo, es posible lograr un consenso coincidente sobre la cuestión de la moral política de una comunidad en un modo que sería imposible en el caso de las doctrinas religiosas. Para Rawls, esta figura es central para su proyecto de desarrollar principios justos que puedan ser aplicados a la gobernación pública teniendo en cuenta el “razonable pluralismo”⁴⁴ concerniente a los principios morales y a las enseñanzas doctrinales dentro de la comunidad.

Este proyecto se ha vuelto importante para los liberales a la luz del multiculturalismo y de la diversidad. Los abogados especializados en el Derecho Internacional, por supuesto, se han enfrentado a esta dificultad por años. El orden jurídico internacional es la comunidad multicultural *non pareil*. Con cierta frecuencia, este pluralismo ha sido visto como un problema único del Derecho Internacional. ¿Cómo podemos alcanzar un acuerdo cuando los Estados y los pueblos continúan siendo cultural y socialmente tan dispares? En una solución al problema, la tradición dominante en el Derecho Internacional, el positivismo liberal, se ha apoyado en una construcción jurídica similar al concepto de persona de Rawls, en este caso el Estado metafísicamente neutral.⁴⁵ Se asume que todos los

⁴² RAWLS, J., *Political Liberalism* (1992).

⁴³ *Ibid.*, pp. 29-35.

⁴⁴ *Ibid.*, p. XVIII, Cf. RAWLS, *A Theory of Justice* (1971).

⁴⁵ El mismo Rawls parece menos dispuesto a transplantar este individuo en particular desde lo local al campo de lo internacional. Ver RAWLS, “The Law of Peoples”, en *Oxford Amnesty Lectures on Human Rights* (1993).

Estados comparten los mismos intereses públicos, la preservación de la soberanía, el mantenimiento de la esfera de la jurisdicción local, la vigencia del principio de no-intervención, etcétera. Estos intereses forman la base del ordenamiento jurídico internacional. Las preferencias morales o ideológicas sustantivas de estos Estados (el Islam, la democracia, el patriarcado) son vistas como propias de la esfera privada, no siendo relevantes para la creación de lo que Rawls podría llamar una moralidad política internacional. Sin embargo, la realidad de la diversidad continúa persiguiendo nuestros intentos de crear una sociedad internacional más genuina en donde se persiguen bienes sustanciales de manera colectiva. En cualquier caso, nuestro esfuerzo intelectual por lidiar con las consecuencias del multiculturalismo transnacional ofrece una excelente introducción al problema de la gobernabilidad (y el Derecho) en un Estado liberal.

c) *Algo de teoría*

La discusión precedente demuestra que el Derecho Internacional es endémicamente teórico. Es un ejercicio de teoría legal en la medida que constantemente plantea una serie de cuestiones jurisprudenciales fundamentales. Como Rosalyn Higgins señala: “no es posible separar la filosofía legal de las normas sustantivas en la solución de problemas en casos particulares”.⁴⁶ Pero, muchos cursos y libros de texto tratan a la teoría como un tema distinto, separado de los argumentos doctrinales sobre fuentes, tratados o responsabilidad.⁴⁷ La teoría es tratada típicamente en una breve clase o sección acerca de “la naturaleza del Derecho Internacional”. Luego de esto, se hunde rápidamente en el fondo como si estas cuestiones fundamentales sobre política, interpretación y cultura pudieran ser amputadas del cuerpo principal del Derecho sin pérdida de integridad. El feminismo, el Derecho natural, el voluntarismo, el “estudio crítico del Derecho” y las “perspectivas del tercer mundo”, realizan al principio actuaciones especiales antes de retirarse cortésmente cuando el trabajo doctrinario genuino comienza.⁴⁸ Ocasionalmente, el feminismo

⁴⁶ HIGGINS, *supra* nota 33, p. 267, citado en CARTY, “Theory of/ or Theory instead of/ International Law”, en 1 *EJIL* (1990) 181, p. 181.

⁴⁷ Ver BERMAN, *supra* nota 35.

⁴⁸ Ver CARTY, *supra* nota 46, p. 181.

y el Derecho natural serán repetidos al discutir sobre los derechos humanos, por lo demás la cuarentena es efectivamente completa.

Esto es perjudicial en tres sentidos interconectados. Primero, al dar la impresión de que teoría y doctrina son separables. Esto puede tener consecuencias fatales para ambos. Segundo, dado que la mayoría de estas teorías son críticas, la forma en que son confinadas refuerza su situación marginal. Tercero, esta disociación entre teoría y doctrina simplemente significa que alguna teoría oculta anima el resto del curso o estructura el uso de materiales en el resto del texto. Incluso una decisión tan teóricamente inocente como la dedicación de un capítulo o sección al estudio de la C. I. J. es parte de un compromiso a una especie de legalismo (ver arriba). Uno podría simplemente decidir no abordar a la C. I. J. totalmente y adoptar un enfoque más funcionalista examinando la regulación de las telecomunicaciones transnacionales.⁴⁹

¿Cuál es tal teoría oculta pero dominante? A menudo, nuestra teoría es una mezcla de formalismo desarticulado (aquí están las reglas, aprenda estos textos), realismo jurídico (los textos no importan, lo importante es la práctica de los Estados), realismo político (los Estados son malos y rompen las reglas), y varias formas de cosmopolitismo (los Estados son irrelevantes, la globalización, los derechos humanos o la sociedad civil son los que cuentan).

Si esto suena confuso para nosotros como profesores, entonces, ¿cómo le parecerá a los estudiantes? Llamo a esta teoría "eclecticismo", aun cuando lo que he descrito quizás carece de algunos de los atributos que asociamos con la palabra "teoría" y las asociaciones positivas que atribuimos a la palabra "eclecticismo".

El problema no es que el Derecho Internacional sea algunas veces incoherente, sino que lo enseñamos como si nunca lo fuera. Los estudiantes lo encuentran difícil de captar, no porque seamos malos profesores o ellos sean alumnos poco inteligentes (dos explicaciones comunes), sino por los profundos defectos en nuestras metodologías bifurcadas. La

⁴⁹ "El enfoque funcionalista no es así una solución milagrosa, pero permite un medio para lograr evitar la atmósfera propagandista de las asambleas políticas internacionales, y juntar a las naciones en cuestiones prácticas de interés y beneficios mutuos". FRIEDMANN, W., *An Introduction to World Politics* (5ª ed., 1965) p. 57, citado en FALK, *supra* nota 30, p. 492.

teoría está aquí y la ley/doctrina está allá. Los estudiantes frecuentemente caen en la brecha entre ambas.

Me vienen a la mente dos posibles soluciones. La primera es bastante obvia y deriva de mi preocupación sobre separar teoría y doctrina; esto es, aplicar una serie de interpretaciones conceptuales a áreas específicas de la doctrina y no necesariamente a aquellas que parecen más acogedoras para la teoría (por ejemplo la relación feminismo/derechos humanos). Por ejemplo, la escuela del feminismo jurídico internacional tiene mucho que decir sobre las categorías de interpretación usadas en el campo de la responsabilidad del Estado, tales como el daño, o la división implícita, tanto de la vida social doméstica como global, en esferas pública y privada.⁵⁰ Sin embargo, poco de esto ha encontrado su camino hacia los libros de texto o los cursos, cuando en su lugar la tradición impone el estudio de *Trail Smelter*⁵¹ o *Lac Lanoux*⁵² aunque más no sea para concluir que estas decisiones ya no reflejan las realidades jurídicas y políticas (¿por qué son importantes estos casos?, ¿por qué los enseñamos? ¿Porque son casos?). Lo mismo puede decirse del enfoque feminista sobre el uso de la fuerza, que provee una alternativa interesante a los interminables y doctrinariamente irresueltos debates sobre el alcance de, por ejemplo, la legítima defensa anticipada.⁵³

De la misma manera, los distintos enfoques sobre el Derecho Internacional de los académicos y los Estados del mundo en vías de desarrollo han sido menospreciados en los últimos años.⁵⁴ Por ejemplo ¿cuántos libros o cursos reflexionan seriamente sobre el Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI)? Con frecuencia el NOEI es menospreciado como irrelevante y anacrónico aun cuando su estudio por lo menos desafíe el dominio del capitalismo tardío (o el eufemismo preferido, “globalización”) en nuestro pensamiento sobre el Derecho Internacional. Puede incluso introducir en la discusión el muy necesitado contexto economí-

⁵⁰ Ver WALKER, “An Exploration of Article 2(7) of the United Nations Charter as an Embodiment of the Public/Private Distinction in International Law”, en 26 *NYUJ Int. Law and Politics* (1994) 173.

⁵¹ *Trail Smelter Arbitration*, en 3 *RIAA* 1905 (1941).

⁵² “Spain vs. France”, 24 *ILR* 101 (1957).

⁵³ Ver OTTO, *supra* nota 12, p. 221.

⁵⁴ A veces, sólo un autor es elegido como “la perspectiva del Tercer Mundo”. La creciente influencia de la teoría racial crítica puede transformar esta imagen.

co. Más en general, una pequeña dosis de economía política no estaría de más para la comprensión de las categorías de la doctrina del Derecho Internacional.

Una segunda estrategia involucra usar la teoría para desmontar y reensamblar las posiciones argumentales que se encuentran en todo el Derecho Internacional. En lugar de presentar a los alumnos una caja de sorpresa de principios y reglas aparentemente contradictorias, deberíamos enseñarles que la mayoría de ellos se pueden organizar en una serie de secuencias binarias. James Boyle describe un esquema de esta metodología en su artículo "Of Ideals and Things"⁵⁵ de 1985, mientras que el revolucionario estudio de Martii Koskenniemi, *From Apology to Utopia*⁵⁶ aplica una versión más elaborada de ésta a una gama de áreas doctrinales.⁵⁷

Una de las paradojas del libro de Koskenniemi es que mientras parece más denso y teórico que, por ejemplo, *Modern Introduction* de Akehurst,⁵⁸ en realidad simplifica y reduce el Derecho Internacional a un número de simples oposiciones.⁵⁹ Por ejemplo, la soberanía es convertida de una enigmática e inestable categoría, incomprendible para los estudiantes, en una simple contradicción- la libertad de acción de un Estado y el derecho de un Estado a excluir otros Estados o, para decirlo de manera más general, los idénticos deseos de autonomía y comunidad.⁶⁰ La incompatibilidad de estas dos posiciones y la forma en que sin embargo son sostenidas simultáneamente en la argumentación es revelado expertamente por Koskenniemi.

⁵⁵ Ver BOYLE, "Of Ideals and Things: International Law Scholarship and the Prison-House of Language", en 26 *Harvard International Law Journal* (1985).

⁵⁶ KOSKENNIEMI, *supra* nota 6.

⁵⁷ Estos escritores y la Nueva Corriente (New Stream) en general no fueron los primeros en notar que el Derecho Internacional consistía en normas complementarias. Ver McDUGAL, "The Ethics of Applying Systems of Authority: The Balanced Opposites of a Legal System", en LASSWELL, H. y H. CLEVELAND (eds.), *The Ethics of Power* (1962), pp. 221/40. Ver también, FALK, *supra* nota 30, p. 479.

⁵⁸ MALANCZUK, P., *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (7ª ed., 1997).

⁵⁹ "Irónicamente, mientras la nueva escuela es descaradamente teórica (lo que explica quizás por qué ha sido ignorada), también prescribe su propio antídoto para la teoría", BEDERMAN, "Review of *Apology to Utopia*", en 23 *NYJ International Law and Politics* (1990), 217, p. 218.

⁶⁰ Para la opinión de que el Derecho Internacional es más simple y accesible de lo que nosotros como profesores sugerimos, véase KENNEDY, *supra* nota 30, p. 362.

Permítanme ofrecer un ejemplo de esta especie de teoría correspondiente al tema de la jurisdicción. Comúnmente, las cinco bases de la jurisdicción son enseñadas secuencialmente desde la base territorial a las distintas bases no territoriales (el principio de personalidad pasiva, el universal, el de nacionalidad, el de protección). Organizar estas bases jerárquicamente puede ser muy complicado puesto que más de un Estado puede recurrir a cualquiera en distintos momentos por distintos motivos para afirmar su jurisdicción sobre actividades o personas.

Los intentos para resolver conflictos entre distintas afirmaciones de jurisdicción prescriptiva no son usualmente exitosos. Los estudiantes se quedan con la sensación de que la jurisdicción territorial es decisiva en cuestiones de jurisdicción de ejecución, mientras que la jurisdicción prescriptiva es una especie de pantano doctrinario donde las respuestas son escasas.

Otra forma de conceptualizar el tema es ver a la jurisdicción como dialéctica de la soberanía donde no puede haber resolución legal al conflicto porque la propia soberanía es intrínsecamente contradictoria. Argumentos de soberanía, comunidad, autonomía y equidad parecen caer en ambos lados de cada disputa. Cuando los Estados Unidos extienden el alcance de la jurisdicción de su legislación sobre defensa de la competencia a Australia (*Re Uranium AntiTrust Litigation; Westinghouse Electric Corp v. Rio Algom Limited*⁶¹) los abogados internacionalistas generalmente concluyen que “no hay reglas aceptadas internacionalmente para definir «jurisdicción excesiva»”.⁶² El razonamiento de Koskenniemi es que no es posible derivar tales reglas de los conceptos *legales* fundacionales. En este caso, la soberanía de Australia (el derecho a excluir a otros Estados del propio territorio) entra en directa e irreconciliable oposición con la soberanía de los Estados Unidos (el derecho a legislar contra actos que pueden tener efectos perniciosos en el territorio norteamericano). En *Re Uranium* la Corte lo reconoce al decir “es simplemente imposible equilibrar judicialmente estas acciones totalmente contradictorias y mutuamente negatorias”.⁶³ Para poder comprender por qué esto es verdad es

⁶¹ 480 *Fed Sup* 1138 (1979) (USDC, Illinois).

⁶² Ver REICHER y SIMPSON, “Sovereignty and Jurisdiction”, en REICHER, H. (ed.), *Australian International Law* (1995), p. 284.

⁶³ *Ibid.*, p. 289.

necesario contar con una “teoría” sobre la soberanía. La de Koskenniemi es una de las mejores que tenemos.

d) Conclusión

En esta parte (2. Reglas) he discutido las concesiones del Derecho Internacional al legalismo y por qué el refugio en las reglas crea más problemas que soluciones para los abogados internacionales. Este enfoque legalista a la enseñanza del Derecho Internacional es seductor porque ofrece una respuesta afirmativa a la pregunta de si el Derecho Internacional es Derecho. Sin embargo, sostengo que es la respuesta afirmativa incorrecta porque deforma el sistema. El Derecho Internacional no es un sistema basado en reglas de la misma forma en que lo es la mayoría del derecho interno. Por eso, enseñarlo como si fuera análogo al derecho interno es erróneo (2A. El malestar). Una forma mejor de pensar sobre él es el pensar teóricamente sobre el Derecho Internacional y el derecho en general. Indiqué tres formas en que un profesor puede incorporar esta metodología al enseñar el Derecho Internacional como Derecho Comparado, como una teoría sobre el cumplimiento de las normas y como un ejercicio de filosofía liberal (2B. Tres posibles respuestas). Concluyo pidiendo un enfoque más integrado de la teoría que evite la tendencia a distinguir entre teoría y doctrina. En esta sección final, ofrezco dos ejemplos de este enfoque, aunque uno podría pensar en muchos otros (2C . Algo de teoría).

En la próxima sección de este texto, me vuelvo hacia las concesiones al realismo y hacia una posible respuesta a nuestros miedos sobre la política.

PARTE 3. LA POLÍTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL

a) Adoptando el Realismo

La periferia también está presente en nuestra fobia a las relaciones internacionales. Cuando dicto la primera clase de un seminario de Derecho Internacional, comúnmente paso la primera media hora refiriéndome a reportes periodísticos actuales. Llevo la atención del grupo a crisis tras crisis, apilando una sobre otra. La sugerencia es que cada crisis tiene un

ángulo desde el Derecho Internacional: Irlanda y la libre determinación, Tibet y los derechos humanos, Ruanda y el uso de la fuerza, Irak y las sanciones. Aquí, realizo mi ruego anual por la relevancia. Sin embargo, en última instancia, el Derecho Internacional aparece en todas partes y en ninguna parte en las páginas de estos periódicos. Hay un patetismo en sus alegatos fantasmales- un dedo acusador de Polonius apuntando a los malhechores del Derecho Internacional pero incapaz de actuar.⁶⁴

A veces, ante esta ausencia, este miedo de los márgenes, los abogados internacionalistas simplemente se desploman en una forma de política escéptica o realismo, por ejemplo, el egoísmo del Estado o los realismos de contención, correspondientes a las que alguna vez fueron las tradiciones dominantes de la teoría de las relaciones internacionales.⁶⁵ Aquí, los estudiantes (y en menor medida los mismos académicos) aprenden el lenguaje de la diplomacia o el “realismo” y lo enuncian solemnemente en cada oportunidad. Para dar un ejemplo, cada año involucro a mis estudiantes de Organizaciones Internacionales en una simulación o “juego de roles” en la que cada uno asume la posición de un delegado estatal ante el Sexto Comité, que está debatiendo sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.⁶⁶

La idea es hacerlos pensar el Derecho Internacional como un proceso de negociación, concesión y diferimiento. Los estudiantes invariablemente hacen un trabajo demasiado bueno. Su idea de jugar un rol es adoptar una de dos posiciones, ya sea un cómico centrismo en el Estado o una postura conservadora, que imita los proyectos de Estatutos existentes. No-

⁶⁴ Como lo señala Barbara Stark, “Cuando hablamos de guerra (...) no hablamos de derecho”. Ver STARK, “What We Talk When We Talk About War”, en 32 *Stanford Journal of International Law* (1996), p. 91.

⁶⁵ “La mayoría de los cientistas políticos conciben al derecho internacional como una especialidad ‘marginal’, bien intencionada, incluso noble, pero ingenua e irrelevante en el mundo real”. Ver GAMBLE and SHIELDS, *supra* nota 19, p. 39. Ver también los grafitos contenidos en este artículo indicando que sólo el 1% de los artículos encontrados en revistas de Ciencia Política norteamericana, hablan sobre el Derecho Internacional.

⁶⁶ Esta simulación ha sido desarrollada a lo largo de algunos años en colaboración con Tim McCormack en la Facultad de Derecho de la Universidad de Melbourne. Incluso, en algunas clases, se han realizado propuestas muy imaginativas. Para una descripción completa véase MCCORMACK, T. y G. SIMPSON, “Simulating treaty-Making” (borrador, disponible en el archivo del autor).

tablemente, las clases a veces terminan sin cambios al Estatuto recientemente adoptado en Roma. Cualquier idealismo que los estudiantes puedan haber compartido es escondido de la vista rápidamente.

Esta clase es un gran éxito. Los estudiantes la disfrutan y son inspirados por ella y dos de los propósitos (llevarlos a pensar como representantes del Estado y mejorar sus habilidades para manipular la doctrina) son alcanzados. Efectivamente, el ejercicio entero se parece al tipo de Derecho Internacional aplicado que favorezco.⁶⁷ No obstante, el otro propósito de la clase, el llevar a los estudiantes a pensar como ciudadanos globales críticos, usualmente no es alcanzado.⁶⁸ La atracción del realismo es demasiado grande, la absorción del mensaje de que la búsqueda del interés propio del Estado es el *modus operandi* de la vida social internacional es demasiado completa.

Como he dicho, los educadores del Derecho Internacional a veces tienen la misma tendencia. Nosotros, los académicos, en las conferencias o reuniones con funcionarios del gobierno, nos preocupamos de no parecer ingenuos y por eso instantáneamente marginales, hacemos lo posible para limpiarnos de la mancha del idealismo excesivo. Quizás esto es así porque, como abogados internacionalistas, sospechamos que el Derecho Internacional no es central para las deliberaciones políticas de los Ministerios de Relaciones Exteriores, y desde luego es verdad que muchos de ellos o son despectivos con el Derecho Internacional, o creen en una versión de éste que coincide con la política exterior del gobierno.⁶⁹ Empero, aun cuando los asesores legales de los gobiernos prometen obediencia al Derecho Internacional, los abogados internacionalistas permanecen escépticos. Vean esta descripción realizada por Leo Gross:

El asesor legal del Departamento de Estado, Abraham Soafer, brindó una conferencia (...) sugiriendo que cada acción encarada por el Depar-

⁶⁷ Véase STARK, *supra* nota 64, p. 102 (describiendo las muchas virtudes del modelo del juego de roles en la enseñanza del uso de la fuerza).

⁶⁸ Para ser justo, este propósito casi nunca es completamente articulado por mí como profesor. Usualmente, desde la perspectiva legal los estudiantes sí sugieren modificaciones muy imaginativas al proyecto existente, las cuales buscan alcanzar un compromiso razonable entre posiciones antagónicas.

⁶⁹ Ver por ejemplo, la posición australiana sobre Timor Oriental, o la justificación de los Estados Unidos por su campaña de bombardeo al azar contra Irak.

tamento, ha estado de acuerdo con el derecho internacional. Obviamente tiene una mente muy creativa e imaginativa.⁷⁰

Somos entendiblemente temerosos de que los políticos no nos consideren seriamente (al igual que nosotros no los consideramos a ellos seriamente). Sin embargo, la solución no consiste en adoptar las formas de realismo que he descrito. Tenemos que ser cuidadosos de no perder de vista las posibilidades del Derecho Internacional y de su enseñanza como la disidencia en un área donde la estrecha cooperación con el gobierno es personal y profesionalmente gratificante. Los abogados internaciona- listas del gobierno están involucrados en un ejercicio fundamentalmente distinto al de los abogados académicos o nuestros estudiantes. Las funciones de racionalización y asesoramiento, centrales para la abogacía bu- rocrática, deberían ser ajenas a la abogacía pedagógica o académica.⁷¹ Esto tiene importantes consecuencias para la forma en que enseñamos. Esto significa que la enseñanza del Derecho Internacional no es sólo acerca de la formación de futuros funcionarios gubernamentales o una nueva generación de profesores o incluso de abogados globales. Es principalmente un intento por educar “ciudadanos globales éticamente conscien- tes”⁷² capaces de usar el Derecho Internacional como ciudadanos tanto en contextos domésticos como en internacionales.

Vivimos en una era ideal para la creatividad en los estudios lega- les internacionales: la era de la interdependencia, un período de flui- das relaciones internacionales. Sin embargo, corremos el riesgo de dejar la disciplina severamente desinflada y peligrosamente comprometida si aceptamos ciertas formas de realismo en lugar de una base intelectual independiente y crítica.

Hay, por supuesto, perspectivas explícitamente políticas, posrealis- tas, pero éstas son generalmente ignoradas o cooptadas. Un ejemplo de esto último es la más reciente edición del más destacado libro nortea-

⁷⁰ Gross, “Comments”, en “Special Feature”, *supra* nota 15, p. 247.

⁷¹ Pero ver la noción de McDougal de la *dedoublement fonctionnel* (desdoblamiento fun- cional) donde el encargado de tomar decisiones es “alternativamente solicitante y juez, puede servir simultáneamente tanto a la política nacional como a la mundial”. FALK, *supra* nota 30, p. 490.

⁷² Véase ORFORD, *supra* nota 12, p. 252.

americano de Derecho Internacional, que comienza con el trascendental anuncio “el derecho es política”.⁷³ Pero esta “política” resulta ser una bestia bastante predecible al servicio del sentido común más que del radicalismo.

En el mismo sentido, muy pocos estudiosos del Derecho Internacional niegan la aplicación de la política a la disciplina.⁷⁴ Pero aún hay una irresistible tendencia a enseñar las reglas en abstracto, o bien a tratar a la política como si fuera una categoría no problemática de la vida social o un telón de fondo denominado “realidad política” que constantemente infringe en la acción, perturbando nuestras buenas intenciones, pero que queda sin examinar. No es suficiente notar que el Derecho Internacional es creado por los Estados, que los Estados son políticos y que por lo tanto el Derecho Internacional también es político. La pregunta más interesante sigue siendo: ¿qué o de quiénes es o debería ser esa política? Esta pregunta tiende a permanecer poco investigada.

b) *Otra política*

Para nosotros, como docentes de Derecho Internacional, ¿qué significa todo esto? Primero, debemos reconocer que el Derecho Internacional es una poderosa herramienta. Uno no tiene que ser un aficionado a Foucault para entender que una forma de ver al mundo que es absorbida anualmente por miles de estudiantes de elite es un instrumento retórico poderoso. La educación establece muchas de las condiciones para la construcción del “mundo real” (aunque la ficción de que ambos son separables sirve a algunos útiles fines ideológicos).

Es muy fácil ceder a los imperativos de una realidad predestinada. De esta forma, convertimos a ansiosos estudiantes de potenciales ciudadanos globales en cínicos hobbesianos. Los educadores del Derecho Internacional pueden asumir una política posrealista y convertirla en un efectivo recurso pedagógico. Ahora muchos están de acuerdo con la ob-

⁷³ HENKIN, L., R. C. PUGH, O. SCHACHTER and H. SMITH, *International Law, Cases and Materials* (3^a ed., 1993).

⁷⁴ Un ejemplo típico de esto es el comentario de Oscar Schachter: “hay que ir más allá de la doctrina y la jurisprudencia en la consideración de los valores que buscan promover y las consideraciones políticas que influyen en su desarrollo”. “Comments”, in “Special Feature”, *supra* nota 15, p. 273.

viedad de que el Derecho es política por otros medios. Pero sólo muy pocos parecen capaces de articular una política real que pueda estimular estudios sobre el Derecho Internacional.

Entonces, ¿qué clase de política podría ser ésta? La política que podríamos considerar enseñar se puede ilustrar mejor haciendo referencia a una serie de preguntas que raramente formulamos y perspectivas que rara vez escuchamos. El estudiante debería ser forzado a comprometerse, casi inmediatamente, con la sombra política del Derecho. ¿Qué es una comunidad? ¿Cómo se articulan normativamente los intereses de una comunidad? ¿Integran la comunidad todos los actores del sistema o sólo los más poderosos o visibles? ¿Los valores de quiénes son dominantes en el sistema? ¿Cuánto podemos aprender de la práctica de, por ejemplo, el Estado serbio, la perspectiva del gobierno sudanés o la experiencia colonialista mongola? ¿En qué medida este sistema genera ventajas personales a mí y a mis compatriotas o aliados de “clase”? Éstas son algunas de las preguntas sin formular del Derecho Internacional.

Es trascendental que adoptemos una política alternativa como previsión a los períodos de crisis y morbosidad del sistema. Es precisamente en esos momentos que el abogado como agente moral debe informar las prácticas del abogado como profesional. Es importante no entregarse ni a la versión realista de la política (usualmente una especie de estatismo cínico) ni a la teoría a medio digerir de la globalización que forma actualmente parte de una comprensión de sentido común de la política.⁷⁵ Si buscamos, hay otras políticas, otras agendas intelectuales. Estas incluyen la política de la crítica radical (por ejemplo, el feminismo, el [post-] marxismo), el desentierro de las historias frescas de nuestra disciplina⁷⁶ y el nuevo compromiso con la vida diaria y el informalismo institucional. Cada una representa una ruptura con el compromiso del Derecho

⁷⁵ Para visiones más matizadas de la globalización, véase: CLARK, I., *Globalisation and Fragmentation* (1997), y “Symposium: The Changing Structure of International Law Revisited”, en 8 *EJIL* (1997) 3.

⁷⁶ Ver, por ejemplo, SCHMIDT, B., *The Political Discourse of Anarchy: A Disciplinary History of International Relations* (1998); KINGSBURY, “Confronting Difference: The Puzzling Durability of Gentili’s Combination of Pragmatic Pluralism and Normative Judgment”, en 92 *AJIL* (1998), pp. 713/24, y los trabajos de Nathaniel Berman sobre nacionalismo y Derecho Internacional.

Internacional (y del realismo) con el actor soberano, la voz pública y el agente del Estado abstracto.⁷⁷

c) *El Estado y otra política*

Todo esto no es para negar que el Estado siga siendo importante para nuestra comprensión del Derecho Internacional como una empresa política y para nuestro enfoque sobre la enseñanza del Derecho Internacional. Las oscilaciones entre el legalismo y el realismo que describo reflejan una ambivalencia preocupada por el rol del Estado. En el legalismo⁷⁸ (especialmente en sus versiones positivistas), se requiere el consentimiento del Estado para crear reglas (por lo tanto, proveer certeza), pero este consentimiento parece carecer de una fuente de poder normativo legítimo. Por consiguiente, el Estado es considerado central para la creación de reglas, pero su legitimidad es simplemente asumida. En el caso del realismo primitivo,⁷⁹ he discutido que las reglas son despreciadas en pos de un énfasis excesivo en una realidad política inexplorada. Esta realidad política a menudo consiste en una serie de afirmaciones poco convincentes de que el Estado rompe las reglas todo el tiempo, que los Estados poderosos usan y abusan del Derecho Internacional, que los Estados buscan su propio interés y que el Derecho Internacional refleja de alguna forma la voluntad de esos Estados poderosos.

Anne-Marie Slaughter ha señalado que mientras parece que estas tradiciones están en conflicto, en realidad, comparten ciertas presunciones fundamentales. El sentido más obvio en que esto se visualiza es la centralidad que cada una le asigna al Estado como un participante unitario y abstracto del sistema internacional.⁸⁰ Los teóricos liberales como Michael Reisman y Thomas Franck han reimaginado el Derecho Interna-

⁷⁷ Ver KENNEDY, "A New World Order: Yesterday, Today and Tomorrow", en 4 *Transnational Law and Contemporary Problems* (1994) 329, p. 350; BISHOP, Elizabeth, "Lullaby. Let nations rage, Let nations fall. The shadow of the crib makes an enormous cage upon the wall", citada por RUSHDIE, Salman, "Notes on Writing and the Nation", en 25 *Index on Censorship* (1997).

⁷⁸ Ver SLAUGHTER, *supra* nota 4, p. 377.

⁷⁹ Uso el término "primitivo" para distinguir este realismo de comportamiento del "realismo" representado por personas como Hedley Bull o Martin Wight.

⁸⁰ SLAUGHTER, *supra* nota 4, p. 377.

cional a fin de alinearlo con los imperativos de la gobernabilidad democrática.⁸¹ Pero aun aquí, el pasaje del legalismo (consentimiento del Estado) y realismo (egoísmo del Estado) a la gobernabilidad democrática (soberanía popular) continúa privilegiando al Estado. Para estos académicos, el foco de nuestro trabajo debe estar en el funcionamiento constitucional interno del Estado en lugar las normas externas impuestas (legalismo) o los intereses específicos (realismo) que lo motivan en otras teorías. Por lo tanto:

La principal fuente de las preferencias y limitaciones del Estado es interna más que externa. La fuerza e intensidad de las preferencias del Estado, determinadas como la sumatoria de las preferencias individuales y de los grupos de actores representados en un Estado en particular, definirán el resultado de las interacciones del Estado.⁸²

Pero el modelo liberal democrático también parece inadecuado para la tarea de entender la política del capitalismo tardío. En la idea de estos intelectuales, el Estado y el Derecho Internacional han sido rehabilitados por un compromiso con alguna forma de democracia.

Sin embargo, si los teóricos de la globalización están en lo cierto, la rehabilitación del Estado a través de la teoría de la gobernabilidad democrática coincide con su incipiente desaparición como una forma de respuesta a los estímulos democráticos.⁸³

d) *Conclusión*

En última instancia, parte de la enseñanza del Derecho Internacional permanece encadenada a la vieja política; a gestos a la globalización aquí, a la democracia allí, pero todo enseñado de acuerdo a una serie de categorías del siglo XIX – territorio, reconocimiento, condición de Estado, tratados, responsabilidad del Estado. Estas categorías y divisiones están construidas casi enteramente sobre los modelos obsoletos de terri-

⁸¹ Ver FRANCK, "The Emerging Right to Democratic Governance", en 86 *AJIL* (1992) 46. Para una crítica ver SIMPSON, "Imagined Consent", en 15 *Australian Yearbook of International Law* (1994) 120.

⁸² Ver SLAUGHTER, *supra* nota 4, p. 398.

⁸³ Ver, por ejemplo, STRANGE, S., *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World Economy* (1996).

torialización y capitalismo clásico.⁸⁴ ¿Tienen estas categorías algún apoyo en la era de la supraterritorialidad donde “la escala de la actividad económica ya no corresponde al territorio del Estado-Nación”?⁸⁵

Es probable que la mayoría de los libros y cursos de Derecho Internacional dediquen mucho más espacio y tiempo a la definición de soberanía de *Isla de Palmas* (ahora más o menos reemplazada) que a si las instituciones multilaterales pueden controlar a los mercados de divisas del mundo (que actualmente involucran intercambios por US\$ 1.230 billones por día) usando el Derecho Internacional.⁸⁶ Esta asignación indebida de energía nos condena a los márgenes que más tememos.

Mientras tanto, nos consolamos con que nos hemos embarcado en una búsqueda interminable por modernizar y actualizar el Derecho Internacional. Parece que permanentemente estamos al borde de la creación de las instituciones ideales si sólo los Estados tienen la voluntad de hacerlo. Casi siempre el Derecho es visto como la herramienta para el progreso: una Corte Penal Internacional, un nuevo Tratado de Derechos Humanos, un mejor acuerdo sobre control de armas o recientes tratados sobre medio ambiente.⁸⁷ Empero, el mundo no aparenta estar mejorando muy rápidamente o del todo, y nosotros parecemos ser incapaces o no estar equipados para explicar esta disonancia a nuestros estudiantes.

Parte de la razón para que esto ocurra es que, pese a todo nuestro progresismo, inyectamos poco utopismo en nuestra enseñanza. Escribir sobre “posibles historias del futuro”⁸⁸ (en la deliciosa frase de Richard Falk) no forma parte de nuestros esfuerzos académicos. Los estudiantes terminan sintiendo que el sistema actual es inmutable, pero no porque les digamos que lo es, sino porque raramente sugerimos alternativas. La vitalidad de nuestra disciplina depende de esas “voces que van en contra de los principios”.⁸⁹ Irónicamente, estos principios fueron establecidos

⁸⁴ Para una crítica de estos modelos, Ver HIRST, “The Global Economy-Myths and Realities”, 73 (3) *International Affairs* (1997) 409.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ SCHOLTE, *Global Capitalism and the State*, en 73 (3) *International Affairs* (1997) 427, p. 433, citando *The Financial Times*, 11 march 1996, p. 1.

⁸⁷ Ver KENNEDY, *supra* nota 77, p. 370.

⁸⁸ Ver FALK, *supra* nota 30, p. 487.

⁸⁹ Ver DERIAN, Der, “Introduction: Critical Investigations”, en DERIAN, J. Der (ed.), *International Theory: Critical Investigations* (1995), p. 9.

sucintamente treinta años atrás por el decano del realismo norteamericano de posguerra, Hans Morgenthau, cuando le recordaba a los académicos de las relaciones internacionales que “es una tarea legítima y vital para una teoría de la política el anticipar los cambios drásticos en la estructura de la política y en las instituciones que deben responder a una nueva necesidad”.⁹⁰ En lugar de eso, la perpetua defensiva descripta en la Parte 2 ha resultado en la sospecha de todos los estigmas del “idealismo”.

La tendencia no ha sido adoptar estas posibilidades, sino el intentar escapar a las seducciones del legalismo y el realismo operando en un modo que yo denomino “romántico”. En la próxima sección lo describo, así como sus deficiencias, y sugiero un modo posible de redimir nuestra enseñanza del contexto político y social (4. *Romance*).

PARTE 4. CONTEXTO: EL MODO ROMÁNTICO Y SU REDENCIÓN

Hans Castorp: La atmósfera aquí arriba es tan internacional. Yo no sé quién podría encontrar más placer en esto, Settembrini por el bien de la república mundial burguesa, o Naphta por su cosmópolis jerárquica. Como puedes ver, tengo mis oídos abiertos, pero aun así lo encuentro poco claro. Al contrario, el resultado fue más confusión que otra cosa.⁹¹

Para cualquiera que haya mirado con amor un mapa del mundo o hecho girar un globo terráqueo en la penumbra, el Derecho Internacional es el cuaderno de viaje hecho Derecho. Desde Kinshasa hasta Managua, desde Goa hasta Entebbe, viajamos por la tierra asombrados por una disciplina con conexiones con lugares tan exóticos. El Derecho local carece del glamour indiscutible de su equivalente internacional. En nuestras ficciones (exámenes, estudio de casos, simulaciones) intercambiamos las tribulaciones contractuales de “Sr. Black de Whitehills” por el histrionismo global del Estado de Atlántida en su lucha titánica con la vecina Kokomo, sin mencionar los problemas perennes con los indígenas Beshini

⁹⁰ MORGENTHAU, “The Intellectual and Political Functions of Theory (1970)”, en *ibid*, p. 51.

⁹¹ MANN, *supra* nota 1, p. 386.

(El modelo para esta especie de juego de roles es, por supuesto, la *Jessup International Law Moot*, de la que hablaré más en un momento.⁹²)

Pero hay peligros. Si los periodistas son autores fallidos (en las palabras de C. P. Snow), entonces los abogados internacionales son seguramente aspirantes a corresponsales trayendo noticias de eventos en lugares lejanos a los estudiantes. No hay necesidad de pasaportes y pasajes de avión en este mundo, mucho menos de chaleco antibalas y jeeps. Tenemos en cambio un par de párrafos descriptivos acerca de “la situación en el Congo” o de “la guerra en Corea” en los libros relevantes. De este modo, nos convertimos en viajeros mundanos pronunciándonos sobre el destino de millones de desconocidos. Richard Falk describe esta forma de enseñanza como “impresionismo”.⁹³ Para los estudiantes, así como para el joven héroe de Thomas Mann, la atmósfera es internacional pero el resultado es confuso. Un memorable mundo de sueños, pesadillas, heridas y esperanzas es reducido y encasillado hasta que deja de ser significativo, y menos aún inspirador.⁹⁴

La autodeterminación, área en que enseño, es casi siempre enseñada de este modo romántico. Pequeñas naciones en lugares alejados, de las que sabemos poco, buscan su independencia. Todo es puesto en una caja llamada descolonización o secesión. La historia y los contextos políticos y culturales en que los movimientos por la autodeterminación operan a menudo son ignorados. Y sin embargo, estos contextos definen el tema. Sin ellos se convierte alternativamente en una búsqueda infructuosa de una teoría de la autodeterminación, en un ejercicio de análisis de texto divorciado de la práctica y la experiencia, o en un bien intencionado retorcimiento de manos en señal de angustia por la maldad de los Estados.⁹⁵

⁹² BROWN, “The Jessup Mooting Competition as a Vehicle for Teaching Public International Law”, 16 *Canadian Yearbook of International Law* (1978) 332.

⁹³ FALK, *supra* nota 30, p. 487.

⁹⁴ Ver KOSKENNIEMI, “Book Review of G. Evans, *Cooperating for Peace*”, en *Australian Yearbook of International Law* (1995).

⁹⁵ No es necesario decir que este modo romántico es profundamente insatisfactorio. David Kennedy lleva esto a una astuta, lógica conclusión en el ensayo “Autumn Weekends”, un alegre cuento de supersofisticación atrozmente irónica en una conferencia de derechos humanos. Ver KENNEDY, “Autumn Weekends”, en SARAT, A. y S. KEARNS (ed.), *Law and Everyday Life* (1993).

Los abogados internacionalistas se enfrentan a una dificultad familiar al confrontar estos contextos. Demasiada amplitud y terminamos con una teoría en lo que todo lo enseñado por el profesor es superficial. ¿Cuánto puede un académico del Derecho Internacional revelar sobre la Historia, Antropología o Sociología de docenas de Estados, naciones o regiones? Por otra parte, un enfoque legalista limitado fracasará por la falta de poder explicativo. La solución consiste en una severa, probablemente traumática, limitación del enfoque, seguida por una ampliación de la perspectiva. Esto parece preferible a lo opuesto donde aspiramos a una mayor cobertura –Somalia, Yugoslavia, Lockerbie, Biafra– pero sacrificamos profundidad y entendimiento.

El reconocimiento de la necesidad de intensificar la cobertura en vez de ampliarla no es algo nuevo. Cuarenta años atrás, Myres McDouglas nos rogó que describiéramos las “tendencias en la decisión, en términos de los efectos sobre los valores y la identificación en el mayor grado posible de las variables –ambientales y de predisposición– que afectan a decisiones particulares”.⁹⁶ Es bastante imposible cumplir con este mandato mientras se insiste también en cubrir numerosos sucesos. Lo que puede y debe ser cubierto son, por supuesto, las categorías doctrinales básicas y los puntos de referencias textuales del panorama del Derecho Internacional. Confinarnos a un puñado de casos de estudio, nos libera para emplear y manipular esas reglas y doctrinas en un contexto significativo.

Así, el modo romántico puede redimirse sólo a través de un compromiso, difícil y que lleva mucho tiempo, con el contexto.⁹⁷ Quizás, en lugar de hacer turismo, deberíamos vivir (intelectualmente) en un lugar por un semestre. Esto permitiría estudiar uno o dos casos con verdadera profundidad, haciendo que los estudiantes conozcan los hechos y trayendo los contextos múltiples desde los que determinado caso es enfocado y entendido a través del Derecho Internacional. La guerra en la ex Yugoslavia es un claro ejemplo de cómo puede hacerse esto.⁹⁸ Aquí, podemos pasar

⁹⁶ MCDUGAL, *supra* nota 57, p. 141.

⁹⁷ Ver STARK, *supra* nota 67, p. 95 (explicando por qué el compromiso con el contexto tiene que ser frustrante para poder ser efectivo). Pero también ver FRANKENBERG, *supra* nota 27, p. 268, sobre la trágica elección entre volverse nativo (la imposibilidad de inmersión) y no volverse nativo (la probabilidad de proyecciones imperiales).

⁹⁸ *Ibid.*, p. 110.

mucho tiempo con las condiciones históricas que llevaron a la ruptura de dicho Estado, en vez de postular a la –aún sin teorizar– enemistad nacional como la única causa de su desaparición. Esto podría mitigar parcialmente la falta de historicismo del Derecho Internacional, tal como fue expuesto inteligentemente por Anne Orford en su reciente ensayo, “Locating the International”.⁹⁹ Este método les enseñaría a los estudiantes del Derecho Internacional que las “controversias” no surgen de ningún lugar, preexistentes, ofreciéndose a sí mismas para ser resueltas jurídicamente. Por ejemplo, este método nos permitiría explorar cómo las técnicas legales han sido utilizadas en el pasado,¹⁰⁰ cómo puede haber contribuido el Derecho al conflicto¹⁰¹ y cómo algunos conceptos tales como “nación”, “estado” y “gobierno” son casi siempre categorías arbitrarias de comprensión. Permitiría también la exploración de las experiencias de la opresión: ¿cuándo fue la última vez que escuchamos a un refugiado “hablar” en un libro de Derecho Internacional o en los contenidos de una clase?¹⁰² Sobre todo, los estudiantes se sumergirían en un caso de estudio.

El tiempo empleado en enseñar un nuevo conjunto de hechos engañosos, parciales y superficiales, podría ser empleado en su lugar para interrogar sobre la misma serie de “hechos” y aplicarles una amplia gama de técnicas y métodos del Derecho Internacional a fin de sacar a relucir ciertos problemas legales fundamentales.¹⁰³ Harold Berman señaló este punto en 1988:

⁹⁹ ORFORD, “Locating the International: Military and Monetary Interventions After the Cold War”, en 38 *Harvard International Law Journal* (1997) 443.

¹⁰⁰ Ver, por ejemplo, BERMAN, “But the Alternative is Despair: Nationalism and the Modernist Renewal of International Law”, en 106 *Harvard Law Review* (1993) 1792.

¹⁰¹ Ver, ORFORD, *supra* nota 99.

¹⁰² No quisiera subestimar los dilemas, morales y pedagógicos, a enfrentar al adoptar este enfoque. Enseñar derechos humanos parece particularmente lleno de tensión desde la perspectiva del contexto. Aquí, los profesores deben confrontar la terrible realidad del mundo, en la que los abusos de los derechos humanos ocurren a escala industrial acompañados por un incremento de los usos perversos de la tecnología. ¿Cómo documentamos como docentes esos sufrimientos? ¿deberíamos? Cualquier profesor sensible de la materia debe enfrentar estas cuestiones. El peligro de caer en el voyeurismo debería ser obvio. Los profesores deberían ser cautelosos de presentar despiadadamente pruebas de los abusos de derechos humanos a los estudiantes. No tengo una respuesta a este problema más que reconocerlo.

¹⁰³ Falks lo llama el enfoque “fenomenológico”. Ver FALK, *supra* nota 30, p. 488.

“Estoy preocupado por la noción generalizada de que lo único que se necesita es amplitud, como en una encuesta. A menudo, es mejor hundirse en profundidad en algunos ejes, en lugar de inspeccionar el campo completo”.¹⁰⁴

El mérito de esta metodología puede ser completamente apreciado cuando consideramos el éxito de la *Jessup Moot Competition*.¹⁰⁵ En ella, los estudiantes se focalizan en un caso ficticio que involucra distintos temas de Derecho Internacional. Ellos analizan el caso intensamente por un semestre. Claramente, esto resulta en una capacidad de analizar una gama de problemas legales internacionales con un alto nivel de sofisticación. Esta profundidad de estudio es universalmente reconocida por los estudiantes como estimulante e inspiradora. Esto se puede contrastar con los ocasionales brotes de apatía que surgen al enseñar bajo el modo romántico.

A pesar de su éxito, la Jessup Moot es un ejercicio más bien ficticio, que recompensa una especie de competitividad complaciente tanto como la colaboración beneficiosa. Me parece que las virtudes de la Jessup (el estudio detenido, la colaboración, la aplicación), sin alguna de sus fallas, se encuentran en lo que uno puede describir como educación legal internacional clínica, y esa educación legal clínica, es *una* de las formas de hacer valer mis reclamos sobre contexto y profundidad.

¿Cómo se vería esto? Esta clase de estudio probablemente funciona mejor en el Derecho de los Derechos Humanos, donde se pueden establecer programas clínicos con el potencial de llevar al verdadero litigio.¹⁰⁶ Exis-

¹⁰⁴ BERMAN, *supra* nota 35, p. 241.

¹⁰⁵ No me ocupan aquí algunos de los obvios beneficios de competir en la Jessup. Éstos incluyen el desarrollo de habilidades de discusión y de defensa en general, la fertilización cruzada de ideas inherente a una competencia internacional. Ver, por ejemplo, BROWN, *supra* nota 92.

¹⁰⁶ Ver para una discusión general, LILLICH, *supra* nota 25, pp. 145/51. El Derecho de los Derechos Humanos es a menudo -y erróneamente- visto como una alternativa más fácil por los estudiantes. Promete una cierta combinación de superioridad moral y de escasez de normas codificadas que hagan más difícil su estudio. El cumplimiento de esta promesa es fatal para el proyecto entero. Es quizás el momento de volver a unir el Derecho de los Derechos Humanos con las materias con las que tiene afinidad natural, como por ejemplo, libertades civiles, el litigio civil, el Derecho Administrativo, el Derecho Constitucional. Estos programas clínicos son obviamente una forma de hacerlo.

ten modelos en Estados Unidos, la más notable la “Haitian Refugee Clinic” de Yale de Harold Koh.¹⁰⁷ Los frutos de este tipo de educación legal serían percibidos en un mayor uso del Derecho Internacional para realizar reclamos progresivos en las cortes locales.¹⁰⁸ Esto es una posibilidad relativamente subutilizada en Australia, pero la *Optional Protocol Network*, la comunicación de Toonen¹⁰⁹ y el uso del Derecho Internacional en los reclamos de los indígenas australianos¹¹⁰ proveen ejemplos de posibles vías de exploración.¹¹¹ En el Reino Unido, la mayor interconexión del ordenamiento legal británico con el sistema europeo de derechos humanos debería llevar a oportunidades similares para ese tipo de trabajos.

La educación legal internacional clínica es entonces *un ejemplo* del método contextual que promete un nuevo compromiso con la ética y la práctica, así como un alejamiento de las rutinas del formalismo, el realismo y el romance. Por supuesto, es sólo un método posible.

Lo que he propugnado en este ensayo son métodos de enseñanza que son mayormente autoreflexivos y autocríticos. Más sustancialmente, he abogado por una pedagogía del Derecho Internacional cuyos vínculos con el Derecho comparativo, la filosofía legal y la filosofía política se vuelven fuente de una gran creatividad (Parte 2), por una disciplina que toma su propia rica y multipolar tradición teórica seriamente y que fomenta las ideas disidentes en los órdenes del antiguo y nuevo mundo.

CONCLUSIÓN

Este ensayo ha expuesto cierto malestar en la enseñanza del Derecho Internacional. Las experiencias que he descripto no serán familiares para

¹⁰⁷ Ver Koh, “Transnational Public Law Litigation”, en 100 *Yale Journal of International Law* (1991), p. 2347.

¹⁰⁸ Es extremadamente difícil hacerlo, dado que requiere un tipo de experiencia general y habilidad de sintetizar que la mayoría de nosotros no posee. Sin embargo, es una aspiración valiosa. Ver LILLICH, *supra* nota 25, p. 859.

¹⁰⁹ Ver “Toonen v. Australia”, *nro.* 488/1992. *UN Doc CCPR/50/D/488/1992*, 4 de abril de 1994.

¹¹⁰ Ver, por ejemplo, “Kruger vs. Commonwealth”, 146 *ALR* 126.

¹¹¹ Ver también, “Limbo vs. Little” (1989) 65 *NTR* 19 (en Australia), “Doe vs. Karadzic”, 866 F. Supp. 734 (S. D. N. Y. 1994) and “Kadic vs. Karadzic” 70 F.3d 232 (1995) (en los EE. UU.), “Shimoda vs. The State”, 32 *ILR* p. 626 (en Japón).

todos y no pueden ser probadas empíricamente. Sólo puedo apelar a un sentido compartido de propósito y duda. He intentado describir cómo las persistentes dudas existenciales, resultantes de nuestra habitación de una frontera entre las relaciones internacionales y el Derecho nacional, han engendrado ciertas defensas que resultaron en tres modos insatisfactorios. Estos son el legalismo (el refugio en las normas), el realismo (el refugio en la política estatal) y el romance (la tentación de enseñar el Derecho Internacional como el reverso de un folleto de vacaciones-breves ilustraciones de lugares que no nos gustaría visitar). Cada uno de estos modos amenaza nuestro -ya tenue- vínculo con miles de historias sobre lo que pasa en el mundo.

Las distintas alternativas que he explorado, básicamente, involucran una nueva teorización y politización del Derecho Internacional. La interpenetración entre la micropáctica (por ejemplo, la educación legal clínica) con el macroentendimiento (por ejemplo la teoría crítica)¹¹² me parece una alternativa muy auspiciosa a los modos que he menospreciado en este trabajo y representa una alternativa del Derecho Internacional como una serie de doctrinas independientes de la práctica, la historia y la dinámica del capitalismo global contemporáneo.¹¹³

¹¹² Aquí vienen a mi mente el trabajo de Andrew Linklater (en relaciones internacionales), Roberto Unger (en teoría legal) y Martti Koskenniemi (en Derecho Internacional).

¹¹³ Martti Koskenniemi parece sugerir que deberíamos adoptar esta posición “desarrollando una cultura profesional que podría ser caracterizada por un constante movimiento entre distancia e intimidad, reflexión y compromiso”. Ver KOSKENNIEMI, *supra* nota 5, p. 19.

Fecha de recepción: 23/02/11

Fecha de aceptación: 03/03/11