

La Institucionalización del Derecho Internacional

José E. Alvarez

La presente edición de la Revista Estadounidense de Derecho Internacional [*American Journal of International Law*] (AJIL) (vol. 100, no. 2), recientemente publicada, presenta impactantes evidencias tanto de los sorprendentes éxitos como de los tristes fracasos de las instituciones intergubernamentales que inspiraron a quienes participaron en la creación de la Sociedad, tales como Elihu Root y James Brown Scott. A pesar de que la última edición de la AJIL abarca el habitual rango de temas, enfatiza tanto explícita como implícitamente el grado en que (en las sugerentes palabras de David Kennedy)(*) el “desplazamiento hacia las instituciones” del siglo XX ha cambiado al derecho internacional. Los tres ensayos centenarios incluidos en la revista (y no solamente el mío, que se centra exclusivamente en las organizaciones internacionales (u OIs), son, a mis ojos, consecuencias de las OIs (*). Tal como enfatiza mi trabajo en esa edición, es difícil imaginar el tema de Dinah Shelton (el surgimiento de jerarquías normativas en el derecho internacional) o el de Steve Charnovitz (el creciente impacto de las organizaciones no gubernamentales (ONGs)) sin considerar el rol de las OIs como colaboradoras y fomentadoras de ambos fenómenos. Las OIs merecen su parte del crédito (o culpabilidad) por haber inspirado la noción de una “comunidad internacional” contra las cuales se miden las obligaciones “jus cogens” o “erga omnes”, y son en gran parte responsables de haber promulgado tales conceptos jerárquicos; también son al menos parcialmente responsables por el poder adquirido pro las ONGs, tanto como observadoras en las OIs o como participantes en presentaciones *amici* ante órganos institucionalizados de resolución de disputas.

Un enfoque implícito en las OIs y su creciente producción normativa prosigue en la sección de acontecimientos recientes de esa publicación, dedicada a los avances en ese (reconocidamente lento) motor de acontecimientos-paralelos-a-codificación que es la Comisión de Derecho Internacional (CDI)(*), su sección de decisiones internacionales (revisando la última jurisprudencia producida por los árbitros de la ICSID y las aun más institucionalizadas Cortes Europeas de Justicia y de Derechos Humanos, respectivamente), y su sección de práctica contemporánea en Estados Unidos. La última incluye numerosas acciones nacionales en reacción, o anticipación a, acontecimientos ocurridos ante instituciones internacionales, incluyendo la CIJ (y los sucesos post-Avena en los tribunales estadounidenses)(*), el Consejo de Seguridad (y el apoyo del gobierno estadounidense a una “responsabilidad de proteger”)(*), el Comité de la ONU sobre Tortura (y la legislación estadounidense aprobada poco antes de que Estados Unidos tuviera que presentarse ante ese comité)(*), la Corte Penal Internacional (CPI)(y los esfuerzos de Estados Unidos para morigerar su beligerante postura frente a ella)(*); los esfuerzos para detener el programa nuclear iraní (*); y un número de otras organizaciones (incluyendo las iniciativas de la Organización Mundial de la Salud y la Organización de Alimentos y Agricultura de la ONU para detener la gripe asiática)(*).

Incluso los realistas inclinados a dudar de la realidad y/o efectividad del derecho inspirado por las OIs debieran concederle algún grado de respeto a estas instituciones ya que, después de todo, sus ondas normativas parecen estar teniendo efectos sobre los poderosos. De hecho, si la sección de acontecimientos actuales de esta edición sirven de alguna indicación, incluso la naciente CPI pareciera estar impulsando a que la nación más poderosa de la tierra cambie su actitud.

Y la presente edición de la AJIL sugiere también que la influencia de las OIs sobre los académicos internacionalistas permanece inalterada. Esta circunstancia es sugerida de una manera evidente por la sección de reseñas de libros. En ella se analizan libros sobre los poderes presidenciales de guerra (*), la resolución de disputas en la Convención del Derecho del Mar (*), los avances en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*), las normas anti-terrorismo (*) y las obligaciones *jus cogens* y *erga omnes* (*). Todos estos trabajos reflejan labor académica o tendencias entre los estudiosos que han sido afectados de manera indeleble por (o en reacción a) las organizaciones internacionales – incluso cuando, como en el caso el libro de John Yoo sobre los poderes de relaciones exteriores tras el 11 de septiembre de 2001, sus autores parecen hostiles al multilateralismo institucionalizado que representan las OIs.

Todo el volumen 100 N° 2 de la AJIL, y no sólo mi ensayo dentro de él, sugiere que los idealistas guerreros mesiánicos del multilateralismo – que crearon la Sociedad y las OIs post Segunda Guerra Mundial – tuvieron enorme éxito en cambiar las fuentes del derecho internacional, su contenido, los actores encargados de crear las normas, y sus herramientas para una ejecución cada vez más institucionalizada o socializada.

Pero esta edición de la AJIL resalta también las crecientes insatisfacciones asociadas con la considerable producción normativa de las OIs. Éstas incluyen las crecientes dudas que incluso las normas más fundamentales reafirmadas de manera retórica (y repetida) por las OIs o por los tribunales internacionales institucionalizados serán tomadas en serio alguna vez por alguien (o, para ser más precisos, por estado alguno) – tal como sugieren los comentarios de Dinah Shelton respecto del compromiso con el *jus cogens*; el efecto negativo generado por los esfuerzos de las ONGs (cuyas

acciones a menudo involucran los foros de OIs que les dan voz) – tal como sugiere la revisión de Knox de la jurisprudencia del NAFTA (*); el peligro de un derecho internacional fracturado que representan los propios decisores institucionalizados de disputas – como sugieren tanto el trabajo de Knox como el resumen del caso Leon Van Parys realizado por Patricia Egli (*); o bien la aparente falta de “controles” (judiciales o de otra naturaleza) sobre algunas de las formas más potentes de “legislación” de OIs producidas hasta la fecha – tal como sugiere la revisión de Frank Hoffmeister del fallo Boshprous Hava Yollari Turizm pronunciado por la Corte Europea de Derechos Humanos (rechazando un cuestionamiento de derechos humanos a las normativas de la CE para la implementación de las decisiones del Consejo de Seguridad)(*). Además, tal como sugieren algunos de los acontecimientos analizados en la sección de práctica actual, la producción de algunas OIs – tales como las decisiones de la CIJ – le está planteando problemas especiales a las formas de gobierno asociadas con estados federales tales como Estados Unidos que pretenden reservar algunos asuntos a los estados que los componen, a pesar de la institucionalización de la globalización (*).

La creciente preocupación sobre los impactos normativos de las OIs no se limita a Estados Unidos. No son solamente aquellos que, como sugiere Jeb Rubinfeld, han estado históricamente apegados a nociones de “soberanía popular” nacionalista o auto-gobierno democrático, quienes se preocupan por si las OIs están actuando de manera responsable (*). Es evidente que tales preocupaciones se extienden más allá de Estados Unidos cuando son un ítem de la agenda de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), cuerpo que obedece a los dictámenes de la Asamblea General de la ONU y cuya composición es ampliamente representativa.

Tal como indica el análisis de Michael Matheson de la 57ª sesión de la CDI, ese organismo está trabajando para adaptar a las OIs su esfuerzo anterior de delinear artículos sobre responsabilidad estatal. Como sostiene Matheson, tal iniciativa se ha traducido hasta la fecha en un seguimiento bastante fiel de la redacción y la estructura de los empeños previos de la CDI, de manera que, por ejemplo, los artículos propuestos “confirmen que una organización internacional, como un estado, puede ser responsable por ayudar, asistir o dirigir y controlar a otra entidad en la comisión de un acto ilegal internacional...”.

Personalmente, creo que el esfuerzo de la CDI está fundamentalmente mal concebido. Si bien simpatizo con la proposición general de que los estados no debieran ser libres de hacer de manera colectiva lo que les está prohibido realizar de manera individual, un “borrar y reemplazar” global que coloque “organización internacional” en vez de la palabra “estado” en los artículos de responsabilidad estatal no parece ser una manera viable de proceder. Aun asumiendo que una decisión proveniente del Consejo de Seguridad, el Banco Mundial, el FMI o la OMC contribuyera de manera material a un acto ilegal internacional, sospecho que los miembros de estas respectivas organizaciones no pretendían que su organización fuera encontrada “responsable” o incluso que pensarán en lo que ello significa. Asumiendo que una falta de supervisión del Consejo de Seguridad contribuyó al hurto de valiosas propiedades iraquíes durante el escándalo de dinero-por-petróleo, ¿qué significa decir que la ONU es “responsable” de esto? ¿Hasta qué punto queremos que la “organización” sea considerada responsable de las acciones de sus muchos agentes, desde miembros del Secretariado hasta los expertos que contratan? ¿Cómo debieran entenderse las concepciones de responsabilidad de las OIs

que discute la Comisión de Derecho Internacional respecto de los complejos regímenes de privilegios e inmunidades existentes para las OIs, que en su mayor parte no contienen una excepción “comercial”, ya sea para las OIs o sus agentes? ¿O es que los artículos propuestos por la CDI presumen que esas inmunidades debieran permanecer operativas y sólo considerarse a los miembros de las OIs responsables de manera derivativa por los actos de sus agentes organizacionales? De ser así, ¿están los estados listos para tratar los actos de las OIs como los actos de sus “agentes”, o para levantar el “velo de la OI” como a veces hacemos con las sociedades comerciales? Y si bien entendemos los medios de reparación que implica la responsabilidad estatal, ¿se aplican remedios semejantes con respecto a la responsabilidad de las OIs? ¿Son todos los miembros de la ONU responsables de indemnizar de manera derivativa por el hecho de pagar indemnizaciones ya que pagan sus cuotas de la organización, o son sólo responsables de los perjuicios los miembros del órgano más directamente responsable de la OI, por ejemplo, en el caso de dinero-por-petróleo, el Consejo de Seguridad? (O bien, en última instancia, debieran ser responsables únicamente los miembros que tenían derecho a veto?).

Mientras es posible que los miembros de la Comisión de Derecho Internacional hayan resuelto todas estas cuestiones, sospecho que los estados no lo han hecho. Sospecho también que hacer más responsables frente al imperio de la ley – tanto nacional como internacional – a las OIs y las normas que ellas producen, interpretan, influyen o ejecutan, implicará esfuerzos bastante más complejos que el mero jugar con las reglas de responsabilidad estatal. Tal como sostiene mi ensayo centenario en el volumen 100 N° 2 de la AJIL, las fallas que se perciben en la creación normativa de las OIs por asuntos democráticos ideológicos, de enfoque principio-agente, o de problemas

administrativos/burocráticos, son más bien complejas. Remediarlas requerirá de múltiples – y no menos complejos – esfuerzos en diferentes niveles de gobierno. Las maneras más factibles de imponer más responsabilidad a nuestros nuevos creadores de normas de OIs pueden involucrar acciones menos positivistas y más prácticas, incluyendo aquellas delineadas por un grupo de estudio de la Asociación de Derecho Internacional (ILA) (*) que incluyen participación parlamentaria en los procesos de las OIs, establecimiento de formas de *ombudsmen* e insistencia en mayor transparencia y acceso.

*Ver versión en inglés de esta columna para obtener las referencias adecuadas.