

Reseña

Mónica García-Salmones Rovira, *The Project of Positivism in International Law*
(Oxford University Press, 2013)

René Urueña

Universidad de los Andes

“Positivismo”, en el derecho internacional, se ha convertido en un rótulo que describe a este sistema como una manifestación del consentimiento estatal, en la cual los individuos y otros actores no estatales aparecen como beneficiarios indirectos de acuerdos entre estados y en la que, como lo dijo la Corte Permanente de Justicia Internacional en su famoso *dictum* sobre el S.S. *Lotus*, “las normas jurídicas vinculantes sobre los estados emanan de su propia libre voluntad”¹.

Por supuesto, ese “positivismo” nunca existió en realidad: aún en el supuesto zenit del positivismo jurídico internacional en la Europa del siglo XIX, la idea de que el derecho internacional es puramente voluntarista, derivado exclusivamente del consentimiento estatal, nunca tuvo mayor acogida². Por el contrario, esta idea de “positivismo” es, en realidad, una reconstrucción que sirvió como contraste para criticar retrospectivamente prácticas jurídicas dominantes y justificar así agendas de cambio³.

En particular, ese “positivismo” ha servido en América Latina de *bête noire* para justificar el proyecto constitucionalista del derecho internacional de los derechos humanos, específicamente implementado mediante doctrinas interamericanas como el control de convencionalidad⁴. Desde esta perspectiva, el derecho internacional “contemporáneo”, por oposición al “positivista clásico”, tiene como su centro al individuo, y limita a favor de este último la importancia del consentimiento estatal en la creación de obligaciones jurídicas internacionales⁵. De esta forma, el “positivismo” jurídico internacional se presenta en la orilla contraria

1 CPJI, S.S. ‘*Lotus*’ (*Francia v. Turquía*), sentencia del 7 de septiembre de 1927, PCIJ Series A n.º 10 (1927), 43-44.

2 Véase David Kennedy, “International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion”, *Quinnipiac Law Review* 17 (1998): 99-138, p. 100. Martti Koskeniemi, “The Legacy of the Nineteenth Century”, en *Routledge Handbook of International Law*, ed. David Armstrong (London; New York: Routledge, 2009), 141-153.

3 De manera similar a lo ocurrido con algunas manifestaciones de la recepción de Kelsen en nuestra región, véase Diego Eduardo López Medina, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana* (Bogotá: Legis, 2004), capítulo V.

4 Por ejemplo, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Conventionality Control the New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights”, *AJIL Unbound* 109 (2015): 93-99.

5 Por ejemplo, Antônio Augusto Cançado Trindade, “La humanización del derecho internacional y los límites de la razón de Estado”, *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n.º 40 (2001): 11-23.

del proyecto cosmopolita de la dignidad y los derechos humanos: el primero está centrado en el Estado, el otro, en el individuo; el primero basa su teoría de vinculatoriedad jurídica en el consentimiento soberano, el segundo admite vinculatoriedad basada en valores deontológicos externos al consentimiento, reflejados, por ejemplo, en normas *ius cogens*.

The Project of Positivism in International Law, de Mónica García-Salmones, propone una reconstrucción del positivismo jurídico internacional que nos permite colapsar esta distinción, reconstruyendo las continuidades que hay entre la expansión capitalista, el proyecto positivista del derecho internacional y el proyecto jurídico individualista contemporáneo —reflejado, este último, en el derecho de los derechos humanos, la protección internacional de inversiones y la responsabilidad internacional penal individual—. El libro desarrolla de manera sofisticada este argumento, reconstruyendo cuidadosamente el universo en el que surge el proyecto positivista y reflejando a su vez un ambicioso proyecto intelectual de la autora que merece ser debatido en América Latina.

García-Salmones es investigadora de la Universidad de Helsinki, y este libro es producto de su tesis doctoral, distinguida con numerosos reconocimientos cuando fue defendida. Para la autora, la noción de *interés* es la piedra angular del proyecto positivista. Para el positivista, el mundo político tiene una estructura atomizada, infinitamente fragmentada en diversos intereses que se oponen entre sí. Corresponde, entonces, al derecho internacional canalizar estos intereses y resolver los conflictos que surjan entre ellos —el proyecto del positivismo no es, por tanto, la construcción de un proyecto de bien común, sino la administración del conflicto entre intereses particulares, los cuales se oponen en su individualidad, y por definición, a un bien común—. Es este ambiente de lucha entre intereses particulares el que da su forma económica al proyecto positivista y marca su derrotero en términos de “ciencia”.

The Project of Positivism es, en esencia, una historia de las ideas que conformaron el proyecto del positivismo en derecho internacional. Para elaborar su argumento, el libro se desarrolla a través de la reconstrucción del recorrido biográfico e intelectual de dos personajes claves: Lassa Oppenheim y Hans Kelsen. Mediante una rica exploración de la vida, época y obra de estos juristas, García-Salmones pinta un completo paisaje de la transición intelectual que llevó los intereses al centro del positivismo jurídico internacional.

El primer personaje de la historia es Lassa Oppenheim: académico británico, nacido en Alemania⁶ y autor del que es, con toda probabilidad, el más influyente manual de derecho internacional de la historia: *International Law* (1905/1906), un texto que se mantiene vigente gracias a las reediciones a cargo de McNair (1926/1928), Lauterpacht (1935/1937), Jennings (1993) y, más recientemente, Higgins (2017, el tercer volumen sobre las Naciones Unidas).

Para García-Salmones, Oppenheim es el último eslabón de un proceso intelectual que pone a los intereses en el centro del proyecto positivista internacional:

Durante la Edad Media, la idea de *intereses* es puramente subjetiva, aproximación que se mantiene en Grocio a través del concepto de *sociabilidad*. Sin embargo, Hobbes introduce la noción objetiva de *intereses egoístas*, al postular que la *Commonwealth* es el resultado del conflicto de intereses. A partir de ese momento, la noción de “intereses” deviene una

6 Un fascinante detalle incluido en *The Project of Positivism*, entre muchos otros, indicativo tal vez de la determinación de nuestro personaje, es que Oppenheim sólo se convirtió en “Lassa Francis Lawrence Oppenheim” en 1900, cuando tenía 42 años. Originalmente, su nombre fue Lahsa, y comenzó a escribirlo como Lassa en el Reino Unido.

expresión común en el proyecto imperial británico, hasta Adam Smith, quien la usa como su descriptivo central, manifestado en su famoso pasaje en *La riqueza de las naciones*: “No es por la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero por lo que podemos contar con nuestra cena, sino por su propio *interés*”.

Mientras que Hobbes y Smith usan los intereses como dispositivo descriptivo, Bentham utiliza la noción como criterio normativo, edificando el test utilitarista. No obstante, hasta este punto, todas las aproximaciones se centraban en los intereses particulares. Es A. V. Dicey, conocido por proponer una de las primeras definiciones del “rule of law”, quien integra la idea de “intereses comunes”.

Este es el punto donde el proyecto del positivismo internacional de Lassa Oppenheim entra en escena. Para Oppenheim, la importancia de los intereses *comunes* de los estados radicaba en que a través de estos se constituía la sociedad internacional —y el papel del derecho era reconocerlos y protegerlos—.

El problema, García-Salmones es insistente en señalarlo, es que los “intereses” que terminaban constituyendo a la sociedad internacional eran en realidad los intereses económicos, y se creaba, entonces, una comunidad de comerciantes. Por oposición a estos, todos aquellos cuyo interés fuera diferente eran simplemente objetos de comercio o competidores. Por supuesto, la conexión con el imperialismo resulta evidente. Oppenheim logra que el derecho internacional deje de ser sobre “pueblos bárbaros”, pues a aquél no le corresponde regular la explotación económica de los territorios colonizados más allá de los acuerdos entre los miembros de la sociedad internacional (los estados europeos) y sus intereses. Para Oppenheim, los territorios colonizados, como realidad fáctica y geográfica, están más allá del derecho internacional, más allá de una comunidad de naciones, y viven literalmente en otra era, donde no hay modernidad, sino estado de naturaleza.

Poner a los intereses como la base de la sociedad internacional (y no, por ejemplo, al derecho natural, como pensaba Grocio) implica pasar de una teoría normativa a una teoría positiva de tal sociedad. Esta narrativa positiva tiene un efecto importante en términos doctrinales: se construye así el énfasis en el consentimiento estatal, que sirve como piedra angular del libro de Oppenheim, que es, sin embargo, incapaz de lidiar con el balance de poderes coloniales entre los británicos y los alemanes en el momento en que el libro está siendo escrito.

El segundo gran personaje de *The Project of Positivism* es Hans Kelsen, jurista ampliamente estudiado en nuestra región. El argumento central en este punto es que Kelsen crea una especie de positivismo jurídico-económico, en el que el derecho internacional debe administrar la lucha entre intereses. Para hacerlo, Kelsen desarrolla una normatividad jurídica vacía, que permite administrar lo que resulta ser, en la práctica, una economía de mercado estructurada por el conflicto de intereses. Y esto, en últimas, mina la posibilidad de sociabilidad humana.

The Project of Positivism argumenta que Kelsen hace un doble movimiento: por una parte, propone la universalidad de la forma jurídica, que a su vez sirve como vehículo de intereses particulares. Así, los intereses en Kelsen no generan la “comunidad internacional” de la que hablaba Oppenheim. Por el contrario, en Kelsen los intereses siempre están en conflicto, y corresponde al derecho manejar ese conflicto.

Esta descripción atomista del *Sein* no era para Kelsen algo político, sino una descripción científica de la realidad. Hay, por tanto, en Kelsen una veta de evolucionismo darwiniano, en el que cada cual lucha por lo suyo, que es radicalmente diferente del Kelsen neokantiano que es usualmente presentando en derecho internacional. La ciencia del derecho no sirve para entender el poder, sino para justificar esa lucha universal de intereses.

En este marco, la normatividad positivista vacía es el gran aporte de Kelsen, la cual permite mezclar intereses públicos y privados, reemplazar la normatividad del derecho natural y resolver los conflictos entre intereses particulares. Y para hacerlo se requiere un aparato administrativo y judicial que resuelva las disputas —lo cual justifica la creación de cortes y organizaciones internacionales fuertes, como la Corte Internacional de Justicia o las Naciones Unidas—.

Así mismo, la normatividad vacía también ayuda a explicar la reconocida tesis kelseniana de separación entre derecho y moral. Es importante separarlos, porque ambos operan exactamente de la misma forma. El proyecto positivista es, precisamente, hacer que el derecho opere como esa moralidad (aunque de manera independiente): el ser humano tiene impulsos y deseos que, a través del tiempo y de la sanción social, se convierten en moralidad. De similar forma, el ser humano tiene intereses que, mediante la autoridad política, se convierten en derecho. Ambos órdenes operan de similar forma, de manera paralela, y es precisamente por su similitud por lo que deben mantenerse separados.

El papel crucial que desempeñan los intereses tiene su manifestación, según García-Salmones, en tres construcciones jurídicas contemporáneas: el papel del individuo como sujeto de derechos humanos, el arbitraje inversionista-Estado y el principio de responsabilidad penal individual en derecho internacional. En cada una de estas construcciones el derecho internacional obliga al individuo a participar en el proceso judicial o administrativo internacional tomando una posición en contra de su Estado o afuera de él. Se crea así una contradicción necesaria entre el derecho internacional, como manifestación de intereses particulares, y la existencia en comunidad del individuo. La combinación entre universalismo e individualismo obliga al ser humano que quiere participar en el sistema internacional a ignorar las negociaciones políticas que requiere el vivir juntos en cierto espacio físico —en últimas, las exigencias básicas de sociabilidad humana—.

The Project of Positivism in International Law es una erudita contribución a la historia de las ideas en derecho internacional que, al cubrir el positivismo europeo de finales de siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, será de interés para quienes hayan encontrado útil el trabajo de Martti Koskenniemi sobre el periodo⁷. Es, además, una prudente contranarrativa a los recientes esfuerzos de recuperación del positivismo jurídico internacional, en particular las iniciativas de Jean d'Aspremont⁸ y Jörg Kammerhofer⁹, en donde se presiente la necesidad de responder a los estudios críticos legales con una rehabilitación, si se quiere, poscrítica de la normatividad vacía positivista. “No tan rápido —diría García-Salmones—: la forma jurídica positivista involucra, en su ADN, la opción política e ideológica del interés particular.”

Los capítulos sobre Kelsen serán de interés para aquellos que estudien al autor, sea o no desde la perspectiva del derecho internacional. La riqueza de detalles biográficos e intelectuales y la sutileza con que la autora teje la red de influencias sobre Kelsen seguramente darán

7 En particular, Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004).

8 Jean d'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford Monographs in International Law (Oxford; New York: Oxford University Press, 2011).

9 Jörg Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective* (London; New York: Routledge, 2011). Véase también Jörg Kammerhofer y Jean d'Aspremont, eds., *International Legal Positivism in a Post-Modern World* (Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2014).

nuevas ideas a teóricos en América Latina interesados en el positivismo en general. En particular, la discusión sobre la lectura de Kelsen de la teoría del Estado en Dante es extraordinaria, y merece ser leída, aún al margen de la discusión general del derecho internacional. Finalmente, la conexión entre positivismo e individualismo debería también aportar elementos de crítica a quienes trabajan en el sistema interamericano de los derechos humanos, como señalé al abrir esta reseña.

Este es un texto avanzado, que tendrá su público entre académicos y estudiantes de posgrado. En ocasiones, el argumento general se pierde con excursiones paralelas en autores cuya relevancia última no es del todo clara. Más de una vez me vi obligado a regresar varias páginas, y a revisar mis notas, para retomar el hilo de un argumento. Así mismo, el epílogo, donde se propone la conexión entre intereses y algunas áreas del derecho internacional contemporáneo, deja apenas sugeridas algunas conexiones que, desarrolladas en sus últimas consecuencias, podrían contribuir al vocabulario crítico contemporáneo. Sin embargo, este no es el objetivo de esta admirable construcción intelectual. En tanto reconstrucción y crítica del proyecto positivista en el derecho internacional, el magnífico trabajo de Mónica García-Salmones establece un punto de obligatoria referencia, que seguramente encontrará en América Latina lectores interesados y debería ser, por la misma razón, traducido al español.