

Unilateralismo y constitucionalismo*

JED RUBENFELD**

*Excepto Somalia, que no cuenta con un gobierno reconocido internacionalmente, los Estados Unidos son la única nación del mundo que no ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, que fue adoptada por la ONU en 1989.****

*El rumbo de esta nación no depende de las decisiones de los demás.*****

SUMARIO

1. UNILATERALISMO DE LOS ESTADOS UNIDOS
2. LAS RAÍCES DEL UNILATERALISMO EN LOS ESTADOS UNIDOS
 - 2.1. LA IRONÍA DEL UNILATERALISMO DE LOS ESTADOS UNIDOS
 - 2.2. EL SIGNIFICADO DE LA GUERRA
 - 2.3. DOS TIPOS DE CONSTITUCIONALISMO
 - 2.4. TRES CONTRASTES
3. DESARROLLOS RECIENTES QUE FOMENTARON EL UNILATERALISMO DE LOS ESTADOS UNIDOS
 - 3.1. KOSOVO
 - 3.2. CRECIENTE ESCEPTICISMO ACERCA DEL DERECHO INTERNACIONAL
 - 3.3. PENA DE MUERTE Y ANTIAMERICANISMO
 - 3.4. 11 DE SEPTIEMBRE
4. DERECHO INTERNACIONAL Y DEMOCRACIA
 - 4.1. EL PROBLEMA DEMOCRÁTICO EN LA ESTRUCTURA LEGAL DE FORMACIÓN DE TRATADOS

- 4.2. EL DERECHO INTERNACIONAL EXIGE CORTES INTERNACIONALES
- 4.3. GOBIERNO MUNDIAL SIN DEMOCRACIA MUNDIAL

5. CONCLUSIÓN: PELIGROS DEL UNILATERALISMO DE LOS ESTADOS UNIDOS

* *Ponencia presentada en el seminario «Constitucionalismo europeo y americano». Organizado por la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho y la Universidad de Gotinga. (23 y 24 de mayo de 2003). Alemania. Traducido del inglés por Facesso S.R.L.*

** *Profesor de Derecho Constitucional de la Escuela de Derecho de Yale Law School Faculty.*

*** *COX COHAN, Carolyn. «International Mavericks: a Comparative Analysis of Selected Human Rights and Foreign Policy Issues in Iran and the United States». *George Washington International Law Review*, vol. 33, 2001, pp. 197-204.*

**** *BUSH, George W. «The State of the Union». *New York Times*, 29 de enero de 2003, p. A12.*

El unilateralismo de los Estados Unidos, aunque con frecuencia se exagera, es real y va en aumento. ¿Qué subyace a este fenómeno? ¿Qué lo justifica, de ser el caso? Estas preguntas eran importantes antes de Irak, y hoy en día revisten un carácter urgente. Los Estados Unidos pueden haber llegado a un momento decisivo en sus relaciones con el Derecho Internacional y la *comunidad internacional*. ¿Intentamos o no intentamos ser parte del sistema legal internacional que gira en torno a la Organización de las Naciones Unidas (ONU)?

La verdad es que los Estados Unidos es probablemente, al mismo tiempo, la nación más unilateralista y multilateralista del mundo. Hemos mostrado tendencias unilateralistas importantes en materia de derechos humanos, el medio ambiente, el procesamiento de crímenes de guerra y el uso de la fuerza militar. Por otro lado, éramos, no hace mucho, el motor que impulsaba la creación de las instituciones y normas internacionales a las que hoy oponemos resistencia. Además, seguimos siendo uno de los defensores más enérgicos del Derecho internacional y las instituciones multilaterales en materia de *economía* en el mundo: «marketización», inversión extranjera, protecciones de la propiedad intelectual y libre comercio.

Los Estados Unidos son, por ejemplo, la potencia dominante después del Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial) y el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) incluyendo la Ronda de Uruguay y la Organización Mundial del Comercio (OMC). La creación del Acuerdo Norteamericano de Libre Comercio (NAFTA) constituye otro ejemplo destacado y reciente del Derecho económico internacional que los Estados Unidos fomentó y adoptó. Si bien Estados Unidos ha sido acusado, naturalmente, de violar algunas de sus obligaciones de libre comercio, persiste un asombroso contraste entre, por un lado, el rol de liderazgo que tiene los Estados Unidos en los regímenes económicos internacionales y, por otro lado, nuestra resistencia cada vez más malhumorada y agresiva a los regímenes de Derecho internacional en el tema de los derechos humanos, la Corte Penal Internacional, el medio ambiente y los militares.

Este contraste refleja una esquizofrenia que puede observarse en ciertas reacciones muy familiares de *izquierda* y *derecha* hacia la globalización, las instituciones internacionales y al mismo tema del unilateralismo. La esquizofrenia a la que hago referencia no se da entre estas dos posiciones. Se da al interior de cada una de ellas.

Una crítica característica de izquierda hacia el tema de la globalización sostiene que el FMI y otras fuerzas de los mercados internacionales son los que dictan la política para los países en desarrollo e imponen al mundo una homogeneidad capitalista que destruye otras posibilidades culturales, económicas y sociales.¹ Pero quienes simpatizan con esta crítica de un orden mundial en lo que respecta al comercio, la *condicionalidad* de los préstamos y los mercados libres, tienden a ser fervientes defensores de un orden mundial cuando se trata de los derechos humanos, la protección del medio ambiente y el uso de la fuerza militar, entre otros.²

Al mismo tiempo, una crítica característica de derecha hacia el tema del Derecho internacional considera este Derecho como tendencioso o ilegítimo; y el orden mundial que intenta imponer, destructivo de aspectos fundamentales de la soberanía de los Estados Unidos.³ Este punto de vista mantiene vigilada la conocida posición prounilateralista.⁴

¹ Véase, por ejemplo, estas citas de AMNESTY INTERNATIONAL. «Amnesty International on Human Rights and Labor Rights». En: LECHNER, Frank J. y John BOLI (eds.). *The Globalization Reader*. 2000, p. 188: «El mero peso de la deuda pública en muchos países pobres, junto al poder del FMI, las empresas transnacionales y los inversores extranjeros, dejan a los gobiernos escaso poder para tomar sus propias decisiones o controlar sus asuntos internos»; «De este modo, en términos generales, parece estar surgiendo una nueva generación de *hiperorganismos*: las corporaciones comerciales multinacionales, la banca internacional y los organismos financieros y, las organizaciones económicas intergubernamentales regionales. Estos nuevos hiperorganismos normalmente comparten el mismo punto de vista, el mismo análisis y cultura» (pp. 188-189).

² Véase, por ejemplo, AMNESTY INTERNATIONAL. *International Justice Now! Time for an Effective International Criminal Court* (AI Index: IOR 40/15/98, May 1, 1998) <<http://web.amnesty.org/library/index/ENGIOR400151998>>.

³ Véase, por ejemplo, SAFIRE, William. «The Purloined Treaty». *The New York Times*, 9 de abril de 2001, p. A17 (artículo en el que se describe «el Tratado sobre el Derecho del Mar» como «prácticamente una entrega de la propiedad de los recursos oceánicos a una nueva burocracia de la ONU que supuestamente representa a *todo el género humano*», y a la Corte Penal Internacional como «el arma que tiene el resto del mundo para hacer entrar en vereda a la superpotencia excesivamente soberana»); y BOLTON, John R. «Kofi Annan's U.N. Power Grab». *The Weekly Standard*, 4 de octubre de 1999, p. 13 («Si la doctrina de Annan se deja sin respuesta, pronto tendremos noticias de las *nuevas e incipientes normas internacionales* que harán que cada vez sea más difícil para los Estados Unidos actuar independientemente al servicio de sus legítimos intereses. Y en vano esperaremos que nuestros adversarios sigan estas *normas*»).

⁴ SAFIRE, *op cit.* («Los tratados multilaterales que debilitan a los Estados Unidos no fortalecen la libertad en el exterior; *uni-* no significa *iso-*»).

Sin embargo, quienes rechazan la idea de un orden mundial multilateral en relación con los derechos humanos, el Derecho ambiental, las cortes penales internacionales y la fuerza militar, tienden a ser fervientes defensores de un orden mundial cuando se trata del Derecho internacional de propiedad intelectual, los tribunales internacionales de libre comercio y las instituciones multilaterales de crédito.⁵

En el presente trabajo, sostendré la idea de que tanto la izquierda como la derecha están en lo correcto, pero que ambas han omitido algo. Los de la derecha tienen razones para desconfiar de un orden mundial en materia de derechos humanos, pero la razón que ellos arguyen se aplica por igual al orden económico mundial. Los de la izquierda tienen razones para oponerse a un orden económico mundial, supervisado por instituciones internacionales como el FMI, pero su razón se aplica por igual a un orden mundial en materia de derechos humanos, supervisado por instituciones como la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, de la que Libia fue recientemente elegido presidente.

La primera parte del presente trabajo define el unilateralismo, resume brevemente la acción unilateral reciente de los Estados Unidos y aclara lo que se pone en juego al intentar comprender el unilateralismo de los Estados Unidos. Específicamente, señalo que no se puede investigar seriamente el unilateralismo de los Estados Unidos sin investigar, al mismo tiempo, el fenómeno equivalente: el internacionalismo europeo de posguerra. La segunda parte ofrece una explicación de los orígenes de este fenómeno doble que yo remonto a los significados fundamentalmente distintos que la Segunda Guerra Mundial tuvo en los Esta-

⁵ SAFIRE, William. «Laughter After NAFTA». *The New York Times*, 21 de octubre de 1993, p. A12 («Perot, Jackson y el resto de los más recalcitrantes defensores del nacionalismo norteamericano [...] nos hacían creer que un bloque de libre comercio de nuestro lado del Atlántico y el Pacífico diluye de alguna forma la soberanía de los Estados Unidos. Tonterías: la zona de libre comercio de NAFTA es la respuesta de la libre empresa a los planes de los burócratas de la ONU y *Law-of-the-Seaniks* (mares abiertos) para socializar nuestro sistema»). BOLTON, Jhon R. «Beijing's WTO Double-Cross; Surprise! China is Trying to Keep Taiwan Out of the World Trade Organization». *The Weekly Standard*, 14 de agosto de 2000, p. 19 («Defender la integridad de la OMC contra los esfuerzos de Beijing de politizarla [mediante la exclusión de Taiwán] refleja un profundo compromiso tanto con el principio de libre comercio como con la viabilidad a largo plazo de la OMC como institución»).

dos Unidos y en Europa, y a las formas fundamentalmente distintas de constitucionalismo que, por ende, se ha procurado instaurar en los Estados Unidos y en Europa desde el fin de esa guerra.

Los europeos aprendieron de la Segunda Guerra Mundial una lección profunda, antinacionalista e incluso antidemocrática; ese no fue el caso de los Estados Unidos. Debido a esta diferencia, los Estados Unidos y Europa tuvieron interpretaciones muy distintas del *boom* de posguerra en el Derecho internacional y las instituciones multilaterales. Los europeos, especialmente en el continente, estaban preparados para aceptar el Derecho internacional como una forma de Derecho constitucional. En otras palabras, el Derecho internacional tendría como punto central la creación de instituciones jurídicas más elevadas con autoridad y poder para contener a las asambleas legislativas nacionales, incluso a las asambleas legislativas nacionales elegidas democráticamente. Para Europa, el Derecho internacional es el vehículo de un nuevo constitucionalismo internacionalista. Sin embargo, en los Estados Unidos, este nuevo constitucionalismo antinacionalista nunca fue aceptado. A pesar de su liderazgo en la fundación de la ONU y la creación del nuevo sistema jurídico internacional, Estados Unidos sigue comprometido con una noción de constitucionalismo —que podría ser denominado constitucionalismo nacional democrático— muy diferente del que actualmente rige en Europa. Esta diferencia, que durante largo tiempo quedó suprimida en la Guerra Fría, empezó a dejarse sentir de forma mucho más descarnada después de 1989; y necesita ser comprendida mucho mejor, en ambos lados del Atlántico, si pretendemos entender hoy el fenómeno del unilateralismo de los Estados Unidos.

La tercera parte describe diversos episodios importantes que se produjeron en la década pasada, que contribuyeron a empujar a los Estados Unidos hacia el unilateralismo. La cuarta parte aborda, en términos más generales, la relación que existe entre el Derecho Internacional y la democracia. En síntesis, lo que allí propongo es que el Derecho internacional es, en realidad, independientemente de que su materia en consideración sean los derechos humanos o el libre comercio, una amenaza para la democracia. Esto no significa que los enormes avances del Derecho internacional de la segunda mitad del siglo pasado deban ser condenados, ni que el sistema de Derecho internacional deba ser dismantelado. Pero podría significar que el unilateralismo de los Estados Unidos, por lo menos en una parte importante, está justificado. Finalmente, la quinta parte aborda los peligros del unilateralismo de los Es-

tados Unidos y bosqueja los principios que, si se acepta el razonamiento anterior, deberían limitarlo.

1. UNILATERALISMO DE LOS ESTADOS UNIDOS

El unilateralismo, en el sentido atribuido al término en el presente trabajo, no implica *actuar por cuenta propia*. Un Estado puede ser unilateralista y, sin embargo, trabajar para obtener la cooperación de casi todos los países del mundo en la consecución de determinado objetivo. Puede esforzarse por actuar solo con el consentimiento de otras naciones y puede aceptar comprometer sus propias políticas con el fin de lograr la cooperación de otras naciones. Sin embargo, el rasgo distintivo del unilateralismo es la voluntad de actuar y la insistencia en el derecho de actuar sin dicho consentimiento o cooperación.

Un Estado unilateral opone resistencia a los regímenes de gobierno internacionales o multilaterales. Dichos regímenes pueden adoptar diversas formas. En grado mínimo, pueden someter las acciones estatales a las normas jurídicas internacionales, mientras dejan que cada Estado juzgue por sí mismo los requisitos de dichas normas. Con un poco más de complejidad, un régimen de gobierno multilateral puede requerir el consentimiento de los actores internacionales para que un Estado pueda tomar acciones específicas. En el punto de mayor exigencia, pueden colocar a los actores estatales bajo las órdenes directas y la autoridad de las personas responsables de adoptar decisiones a nivel internacional, incluyendo los tribunales judiciales internacionales.

En los últimos veinte años, los Estados Unidos se han involucrado en diversos actos de resistencia, de gran notoriedad, a los regímenes de gobierno internacionales de todas estas clases. Nos hemos negado a suscribir tratados internacionales a los que se han adherido en gran medida el resto de los países;⁶ hemos abrogado al menos un tratado im-

⁶ Entre los ejemplos recientes de acuerdos internacionales a los que nos hemos negado a sumarnos se pueden mencionar el Protocolo de Kyoto sobre cambios climáticos, véase U.N. Doc. FCCC/CP/1997/7/Add.2, 10 de diciembre de 1997, reimpresso en *ILM*, vol. 37, p.22, 1998; un acuerdo para elevar la edad de reclutamiento militar a los dieciocho años, véase Protocolo Opcional de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Menores en Conflictos Armados, abierto para su suscripción el 25 de mayo de 2000, G.A. Res. 54/263, U.N. GAOR, 54th Sess., 97th plen. mtg., Annex, Agenda Item 116(a), at 2, U.N.

portante que previamente habíamos suscrito;⁷ hemos rehusado a someternos a la jurisdicción de los tribunales internacionales;⁸ nos hemos negado a ejecutar las órdenes de las cortes internacionales cuya jurisdicción

Doc. A/Res/54/263 (2000) (todavía no entró en vigencia); la Convención sobre Minas Terrestres, véase ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, «Convención sobre la Prohibición del Uso, Acumulación, Producción y Traslado de Minas Antipersonales y sobre su Destrucción». *ILM*, vol. 36, p.1507, 18 de septiembre de 1997; y un acuerdo sobre monitoreo internacional de cualquier lugar «donde las personas estén o puedan estar privadas de su libertad». (Comisión de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos. «Proyecto de Protocolo Opcional de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes», res. 2002/33, annex, art. 4, 22 de abril de 2002).

A fines de la década de los ochenta y los noventa, los Estados Unidos ratificaron efectivamente varias convenciones internacionales importantes sobre derechos humanos, como la Convención sobre el Genocidio de 1949, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención contra la Tortura y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. No obstante, al suscribir estos acuerdos, los Estados Unidos agregaron un paquete de reservas, con lo cual se pretendía establecer que los tratados no modificaban la legislación de los Estados Unidos, no exigían ningún cambio en la legislación de los Estados Unidos y dejaban a los Estados Unidos en libertad de ignorar las interpretaciones internacionales en contrario —de modo que, en opinión de algunos, los Estados Unidos «aparenta asumir obligaciones internacionales pero en realidad no contrae ninguna»—. (HENKIN, LOUIS. «United States Ratification of Human Rights Conventions: The Ghost of Senator Bricker». *American Journal of International Law*, vol. 89. 1995, pp. 341-344).

⁷ En 2001, el presidente Bush anunció el retiro de los Estados Unidos del Tratado de misiles antibalísticos con Rusia de 1972. Véase «Tearing up the ABM Treaty». *The New York Times*, 13 de diciembre de 2001, p. A38.

⁸ De más reciente data y bien conocido es el hecho de que los Estados Unidos se ha negado a suscribir el Estatuto de Roma para una Corte Penal Internacional (CPI), 17 de julio de 1998, U.N. Doc. A/CONF. 183/9, reimpresso en *ILM*. vol. 37, pp. 999-1002 (entró en vigencia el primero de julio de 2002). El presidente Clinton firmó el tratado el 31 de diciembre de 2000, pero no lo propuso al senado y le recomendó la misma política a su sucesor. Véase «The Right Action». *The New York Times*, 1.º de enero de 2001, p. A6. En el año 2002, los Estados Unidos notificaron formalmente a la ONU que no tenían la intención de constituirse en parte del Estatuto de Roma. Véase «International Criminal Court: Letter to U.N. Secretary General Kofi Annan», firmada por el subsecretario de Estado John R. Bolton, hecha pública el 6 de mayo de 2002, <<http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2002/9968.htm>>. Más allá de la Corte Penal Internacional, las reservas de los Estados Unidos hacia los tratados de derechos humanos ratificados en las décadas de los ochenta y noventa se niegan a someterse a la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en relación con las disputas que surjan en ese marco. Véase HENKIN, *op. cit.*, pp. 344-345.

dicción reconocemos,⁹ y hemos usado la fuerza militar sin la autorización de la ONU.¹⁰

La guerra acometida en Irak en la que se hizo caso omiso a la negativa del Consejo de Seguridad de aprobar una resolución en el 2003

⁹ En el año 1999, en un procedimiento entablado por Alemania contra los Estados Unidos de conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (en virtud de la cual los Estados Unidos ha accedido a la jurisdicción de la CIJ), la CIJ emitió órdenes cautelares prohibiendo la ejecución de Karl LaGrand, pero los funcionarios norteamericanos ignoraron las órdenes; la Corte Suprema se rehusó a ejercer jurisdicción para cumplirlas y LaGrand fue ejecutado. Véase «Symposium: Reflections on the ICJ's LaGrand Decision: Foreword». *Yale Journal of International Law*, vol.27, 2002, pp.423-424). En su sentencia definitiva, véase «LaGrand Case» (*F.R.G. v. U.S.*), 2001 I.C.J. 104 (27 de junio), la Corte resolvió que los Estados Unidos habían violado la Convención de Viena, pero las cortes norteamericanas, en lo fundamental, han ignorado la opinión de la CIJ, y se adhieren al precedente del tribunal de circuito y la Corte Suprema de los Estados Unidos, que interpretaba la Convención de Viena de otra forma. Véase DRINAN, Cara. «Note, Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: Private Enforcement in American Courts After LaGrand». *Stanford Law Review*, vol. 54, 2002, pp. 1303 y 1303-1310.

En otro ejemplo conocido, los Estados Unidos, en la década de los ochenta, anunciaron su intención de ignorar las decisiones de la Corte Mundial (así se llamaba entonces) en lo relativo a Nicaragua. «[E]n 1986, los Estados Unidos ignoraron su propio compromiso, adquirido anteriormente, de aceptar la jurisdicción de la Corte Mundial e incluso anunciaron su negativa a cumplir con la sentencia de la Corte basada en el fondo de la causa, en virtud de la cual la Corte ordenaba a los Estados Unidos pagar una indemnización por haber violado el Derecho internacional al llevar a cabo ciertas operaciones militares en Nicaragua». HEAD, Jhon W. «What Has Not Changed Since September 11— The Benefits of Multilateralism». *Kansas Journal of Law and Public Policy*, vol. 7, 2002, p.1-3.

¹⁰ Un ejemplo muy importante fue el bombardeo de Kosovo por tropas de la OTAN encabezadas por los Estados Unidos en 1999. Si desea consultar el punto de vista habitual en el sentido de que el bombardeo violó el Derecho internacional, debido a la falta de asentimiento del Consejo de Seguridad, véase SIMMA, Bruno. «NATO, U.N. and the Use of Force: Legal Aspects». *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, p. 1.

La invasión de los Estados Unidos de Granada en 1983, durante el gobierno del presidente Reagan, bien podría haber violado el Derecho internacional. Véase, WESTON, Burns. «The Reagan Administration Versus International Law, 19 Case W.» *Res. Journal of International Law*, 1987 p. 295. Nuestro ataque a Libia en 1985, también durante el gobierno de Reagan, podría haber constituido otra violación. Véase HENKIN, Louis. «The Use of Force: Law and U.S. Policy». En: HENKIN, Louis. *Right v. Might: International Law and the Use of Force* 1989, pp. 37 y 45-46.

que autorizara el uso de la fuerza, consumó estos arrebatos de unilateralismo de los Estados Unidos como la apoteosis de una exhibición de fuegos artificiales. Si es posible hablar de ilegalidad en un sistema que carece de un intérprete autorizado de la ley, quienes afirman que la guerra violó el Derecho internacional¹¹ casi con certeza están en lo correcto. Por cierto, este punto no fue reconocido por los Estados Unidos ni Gran Bretaña, pero los argumentos legales de los dos gobiernos tuvieron un carácter improvisado. Ambos países reivindicaban su autoridad para invadir Irak bajo el amparo de las resoluciones de la ONU adoptadas en relación con la Guerra del Golfo de los años 1990-1991¹² —un argumento que, de ser aceptado, suponía que cualquier estado miembro de la ONU, por ejemplo Rusia o Irán, podría haber invadido legalmente Irak en el 2003, aun cuando el Consejo de Seguridad se negara a autorizar una guerra de tal naturaleza— y según la resolución 1441, adoptada por el Consejo de Seguridad en noviembre de 2002.¹³

¹¹ Véase, HONGJU KOH, Harold. *On American Exceptionalism*, 2003, pp. 45-47. Afirmar que la guerra violó el Derecho internacional fue la posición adoptada, desde luego, por Francia, Rusia y China, así como por el secretario general de las Naciones Unidas Kofi Annan. Véase «Pro, Con and Muddled». *The Economist*, 23 de marzo de 2003.

¹² El Procurador General de Gran Bretaña asumió esta posición. Véase «Legal Basis for Use of Force Against Iraq» [informe del procurador general, Lord GOLDSMITH], 17 de marzo de 2003, <<http://www.pmo.gov.uk/output/Page3287.asp>>. Al menos indirectamente, también fue la posición del presidente Bush. Véase «President Bush's Remarks Monday Night on Iraq», 17 de marzo de 2003, <<http://www.usatoday.com/news/world/iraq/2003-03-17-bush-iraq-text>>. Un argumento por el estilo, más completo, fue formulado en una carta de John Negroponte, embajador de los Estados Unidos en la ONU, al Presidente del Consejo de Seguridad, <http://www.usembassy.it/file2003_03/alia/A3032109.htm>. Para revisar sólidos puntos de vista contrarios, véase «Pro, Con and Muddled», *supra* nota 6, (donde se informa que Vaughan Lowe, profesor de Derecho Internacional de Oxford, calificó este argumento de «evidentemente absurdo»); LOBEL, Jules y Michael RATNER. «Bypassing the Security Council: Ambiguous Authorizations to Use Force, Cease-Fires and the Iraqi Inspection Regime». *American of Journal International Law*, vol. 93, 1999, pp. 124 y 139-141.

¹³ Véase «Powell Says Res. 1441 "Is Probably Enough Authority" to Take Action», [resumen del Departamento de Estado de los Estados Unidos de la entrevista difundida en Radio France al secretario de Estado Colin Powell], 18 de febrero de 2003, <<http://usinfo.state.gov/topical/pol/arms/03021908.htm>>. Este argumento implicó diversas dificultades serias. La referencia de la resolución 1441 a «consecuencias serias» si Irak no cumplía (véase S.C. Res. 1441, para. 13, U.N. SCOR,

Pero estos argumentos de algún modo siempre resultaron superfluos. Washington, de palabra y obra, mostró todos los indicios de que los Estados Unidos, en última instancia, seguiría su propio criterio si la ONU no autorizaba la guerra.¹⁴ Y, desde luego, eso fue lo que ocurrió. Como resultado de ello, a pesar de la sociedad de Inglaterra y de la cooperación de algunos otros Estados, la guerra en Irak fue librada principalmente en los Estados Unidos, y marcó un desdén potencialmente decisivo hacia el marco de Derecho internacional que gira en torno a la ONU.

Analizar estos actos de resistencia al Derecho internacional causa la impresión de que el fenómeno en cuestión —el fenómeno que necesita estudio, explicación, evaluación— es el *excepcionalismo* de los Estados Unidos. Pero plantear las cosas de esa manera es ver solo la mitad de la historia. Desde el punto de vista histórico, la insistencia de los estados poderosos en su derecho de actuar como lo estimen conveniente de ninguna manera llama la atención. Lo que hace que el excepcio-

57th Sess., U.N. Doc. S/Res/1441, 2002), fue un cambio deliberado del estilo «todos los medios necesarios» (modo diplomático de referirse a la guerra) usado en anteriores resoluciones de la ONU sobre Irak. Véase, e.g., SC Res. 678, U.N. Doc. S/RES/678, 29 de noviembre de 1990, reimpresa en *ILM*, vol. 29, p.1565, 1990 (donde se autorizaba a los Estados miembros «a usar todos los medios necesarios para [...] restablecer la paz y seguridad internacionales en la zona»). Además, la resolución 1441 señalaba que el Consejo de Seguridad seguiría «agarrado de este asunto», SC Res. 1441 para. 14, una frase expresada con la intención de sugerir que el Consejo de Seguridad tendría jurisdicción para decidir si Irak había o no cumplido.

¹⁴ El 12 de septiembre de 2002, el presidente Bush advirtió a la ONU y al Consejo de Seguridad que los Estados Unidos actuaría por cuenta propia si la ONU no tomaba medidas para asegurar el cumplimiento de la obligación de desarme de Irak. Véase, e.g., «On Iraq, U.N. Must Face Up to its Founding Purpose», *New York Times*, 13 de septiembre de 2002, pp. A1 y A10 («Las Naciones Unidas estará al servicio del propósito que inspiró su fundación, o ¿será este intrascendente?»). El 10 de octubre, la Casa Blanca obtuvo del Congreso una resolución que autorizaba el inicio de la guerra contra Irak sin supeditarla a la aprobación de las Naciones Unidas. Véase H.J. Res. 114, 107th Cong., 10 de octubre de 2002 (aprobada). El 25 de octubre, los Estados Unidos propusieron al Consejo de Seguridad una resolución por medio de la cual se autorizaba incondicionalmente la guerra, pero el presidente Bush nuevamente advirtió que no sería disuadido de su propósito si la medida era rechazada. «Si las Naciones Unidas no tienen la voluntad o el valor de desarmar a Saddam Hussein», señaló, «los Estados Unidos encabezará una coalición para desarmar a Saddam Hussein». («Iraq Makes U.N. Seem “Foolish,” Bush Asserts», *The New York Times*, 29 de octubre de 2002, p. A15).

nalismo de los Estados Unidos se destaque es el éxito creciente del internacionalismo en Europa y en otros lugares desde la Segunda Guerra Mundial.

En otras palabras, el unilateralismo de los Estados Unidos no puede ser comprendido independientemente de su equivalente: el hecho de la unión en Europa, que reviste gran importancia y, en términos más generales, el extraordinario crecimiento del Derecho internacional y las instituciones jurídicas internacionales en los últimos cincuenta años. El excepcionalismo de los Estados Unidos no sería de interés periodístico —no sería precisamente excepcional— si todas las naciones de Europa opusieran tanta resistencia como los Estados Unidos al Derecho internacional, las cortes internacionales, las estructuras multilaterales de mando militar, entre otros. Por consiguiente, investigar el unilateralismo de los Estados Unidos es también investigar simultáneamente el internacionalismo europeo.

Hoy, una parte importante de la explicación tanto del unilateralismo norteamericano como del internacionalismo europeo es demasiado obvia como para que requiera un debate más extenso. El unilateralismo apela naturalmente al poder económico y militar más importante del mundo. De modo similar, es prácticamente inimaginable que una nación como Francia hubiese renunciado al franco y a otros aspectos de su soberanía en caso de que hubiese conservado la preeminencia política, militar y cultural que alguna vez tuvo, o si Francia no veía que la Unión Europea le sería útil a sus intereses particulares. Como ocurre con la mayoría de las naciones más pequeñas, oponer resistencia a la corriente del internacionalismo no es una opción real, en vista de sus necesidades económicas y de seguridad.

El punto obvio, en otras palabras, es que las naciones se conducen en función de sus intereses particulares. Los Estados Unidos es unilateralista porque está en condiciones de serlo, mientras la mayoría de las otras naciones son internacionalistas porque deben serlo. Este es el análisis desde la perspectiva de la *realpolitik*, y encierra una verdad, pero es una verdad incompleta.

Detrás del unilateralismo de los Estados Unidos se esconden genuinas diferencias en la historia política y la ideología de los Estados Unidos. Centrarse exclusivamente en el interés particular como una explicación del unilateralismo de los Estados Unidos no solo restaría importancia a estos otros factores; significaría además dejar de reconocer que estos factores pueden ser necesarios para explicar la explicación misma del interés particular.

Después de todo, hay un argumento bastante poderoso en el sentido de que, hoy más que nunca, los Estados Unidos necesitan del carácter multilateral en atención de su interés particular. El unilateralismo provoca obvia resistencia y hostilidad hacia los intereses de los Estados Unidos en todo el mundo. Por consiguiente, el hecho de que muchos norteamericanos, incluidos los actuales huéspedes de la Casa Blanca, parezcan creer instintivamente que el unilateralismo sirve al interés particular de los Estados Unidos no debería tomarse como una obviedad. Este es, en sí mismo, un fenómeno que exige una explicación. El unilateralismo de los Estados Unidos tiene profundas raíces y el punto central del presente trabajo es poner al descubierto algunas de ellas.

2. LAS RAÍCES DEL UNILATERALISMO EN LOS ESTADOS UNIDOS

¿Cuáles son, entonces, las raíces del unilateralismo en los Estados Unidos? La discusión que se ofrece a continuación no pretende tratar exhaustivamente el tema. El propósito es simplemente captar una parte importante de la historia.

El unilateralismo de los Estados Unidos no surgió de la noche a la mañana ni por accidente. Pero sería un error remontar los orígenes del unilateralismo de los Estados Unidos a la doctrina del aislacionismo del siglo XVIII en los Estados Unidos.¹⁵ Los Estados Unidos no han sido aislacionistas durante mucho tiempo, si alguna vez lo fueron, además, el unilateralismo es un fenómeno muy distinto.

Un país aislacionista se retira del mundo, aun cuando los demás países lo invitan a formar parte del mundo; un país unilateralista se siente libre para proyectarse —su poder, su economía, su cultura— por todo el mundo, aun cuando los otros países le pidan que se contenga. Existen conexiones entre estos dos fenómenos, pero difícilmente puede afirmarse que son iguales. Y aunque pueda subsistir en los Estados Unidos de hoy un hilo conector con el aislacionismo, el unilateralismo que es la tendencia ampliamente dominante no puede ser reducido al fenómeno aislacionista ni es fructífero intentar hallar sus orígenes en el mismo.

¹⁵ Para revisar una valiosa recopilación de trabajos, véase KAPLAN, Morton A. (ed.) *Isolation or Interdependence? Today's Choices for Tomorrow's World*. 1975.

Un punto de inicio mucho mejor es el fin de la segunda guerra mundial.

2.1. LA IRONÍA DEL UNILATERALISMO DE LOS ESTADOS UNIDOS

En 1945, con la victoria en la mano y a pocas horas de su muerte, Franklin Roosevelt escribió que el mundo debe procurar no solo ponerle «fin a la guerra», sino también ponerle «fin al inicio de todas las guerras». ¹⁶ Con ese propósito, debía crearse un nuevo sistema de Derecho internacional y gobierno multilateral, concebido para impedir futuras guerras antes de su inicio. De ahí, la famosa ironía de nuestra posición actual: más que ningún otro país, los Estados Unidos es responsable de la creación del sistema de Derecho internacional al que hoy oponemos resistencia. ¹⁷

Este es el período decisivo que debemos comprender, aproximadamente desde el fin de la guerra hasta el presente: un período que fue testigo del nacimiento de un nuevo orden jurídico internacional, por no decir, según se afirma comúnmente, la extinción del Estado-nación. El liderazgo de los Estados Unidos en el nuevo internacionalismo fue, en un principio, tan fuerte que uno podría estar tentado de ver el unilateralismo actual de los Estados Unidos como un cambio radical de postura. Bajo este punto de vista, el reciente unilateralismo de los Estados Unidos sería visto como diametralmente opuesto al papel fundador anterior que tuvo los Estados Unidos en el nuevo internacionalismo; el unilateralismo de los Estados Unidos incluso podría ser percibido como

¹⁶ ROOSEVELT, Franklin D. «Undelivered Jefferson Day Address» (11 de abril de 1945) <<http://www.cviog.uga.edu/Projects/gainfo/FDRspeeches/FDRspeech45-1.htm>> («Más que poner fin a la guerra, deseamos ponerle fin al inicio de todas las guerras»). Roosevelt escribió este discurso la noche anterior a su muerte; se emitiría en transmisión radial a nivel nacional desde Georgia, el 14 de abril de 1945. Véase *ibidem*.

¹⁷ Véase *infra* notas 18-22. «Empezando por los juicios de Nuremberg y continuando con la fundación de las Naciones Unidas, la [...] introducción del *estado de derecho* en el sistema internacional es en gran medida el producto de los esfuerzos y convicciones de los Estados Unidos [...] [L]os Estados Unidos han tenido una enorme participación en el desarrollo del actual sistema de Derecho Internacional, creando un cuerpo de leyes que es en gran parte el reflejo de los intereses y filosofía de los Estados Unidos». SYLVESTER, Douglas J. «Customary International Law, Forcible Abductions, and America's Return to the *Savage State*». *Buffalo Law Review*, vol. 42, 1994, pp. 555-612.

una aberración, un arrebató temporal que todavía puede apagarse antes de ocasionar demasiados daños. En este panorama de un ansioso redescubrimiento del multilateralismo por parte de los Estados Unidos que este mismo país contribuyó a fundar y por el que solía abogar, se supone que los Estados Unidos y Europa estaban comprometidos en un proyecto internacionalista común después de la Segunda Guerra Mundial. Esa es la hipótesis que pretendo cuestionar en el presente trabajo.

Sin duda, el caso es que, tras la Segunda Guerra Mundial, siguiendo el camino que Roosevelt había trazado, los Estados Unidos conduciría a Europa y al mundo hacia un internacionalismo nuevo y sin precedentes. Seríamos el motor que impulsaría a las Naciones Unidas.¹⁸ Los norteamericanos estaríamos entre los principales legisladores y partidarios de las primeras convenciones internacionales de derechos humanos¹⁹ y abogaríamos por el desarrollo de nuevas instituciones jurídicas internacionales encargadas de controlar las violaciones de los derechos humanos y de administrar el uso de la fuerza militar.²⁰ De hecho, los Estados Unidos insistirían en plantearle a Europa la idea de la unión europea misma —y Francia sería el principal foco de resistencia.²¹ Al

¹⁸ Véase LEFEVER, Ernest. *Ethics and United States Foreign Policy*, 1957, p. 87; RUSSELL, Ruth. *A History of the United Nations Charter: The Role of the United States 1940-1945*, 1958. El nombre *Naciones Unidas* fue elegido en honor a Franklin Roosevelt, quien lo propuso. KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations*, 1950, p. 3.

¹⁹ Véase GLENDON, Mary Ann. *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*. 2001; RUSSELL, *supra* nota 18, p. 327; HENKIN, Louis. «Rights: American and Human», *Columbia Law Review*, vol. 79, 1979, p. 405-415.

²⁰ Véase, e.g., ROBINSON, Jacob. *Human Rights and Fundamental Freedoms in The Charter Of The United Nations: A Commentary*. p. 48, 1946 (donde se describe cómo los Estados Unidos insistieron en la creación de una Comisión sobre Derechos Humanos por las objeciones del Reino Unido, la Unión de Repúblicas Soviéticas y Bélgica). RUSSELL, *supra* nota 18 (donde se describe el papel de los Estados Unidos en la creación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para regir el uso de la fuerza militar extraterritorial).

²¹ Véase WALDEN, George. *The Shoeblick and the Sovereign: Reflections on Ethics and Foreign Policy*. 1988, p. viii, («suele olvidarse cuánto le debe la creación de la Comunidad Económica Europea después de la segunda guerra mundial a la continua acción de la diplomacia de los Estados Unidos»). Sobre la oposición francesa en la década de los cincuenta y sesenta, véase NAVARRETE, Donato F. y Rosa María F. EGEA, «The Common Foreign and Security Policy of the European Union: A Historical Perspective». *Columbia Journal of European Law*, vol. 7, 2001, pp. 41, 45-49.

mismo tiempo, los Estados Unidos fomentarían un nuevo constitucionalismo por toda Europa y el mundo,²² un constitucionalismo en el que los derechos fundamentales, así como la protección de las minorías, serían incorporados como parte de la legislación básica del mundo, aparentemente fuera del alcance de los procesos políticos normales.

¿Cómo ocurrió entonces, que los Estados Unidos pasara de esta posición de liderazgo mundial de posguerra en el nuevo orden internacional a su posición actual de caso atípico?

Desde luego, la guerra fría jugó un papel esencial, fracturando el nuevo orden mundial antes de que echara raíces. Por otro lado, esta también tuvo el efecto de mantener intacta la alianza atlántica durante muchas décadas con lo que suprimía las divisiones que solo se mostrarían con toda su fuerza después de 1989. Cuando, en la década de los noventa, los Estados Unidos surgió como la última superpotencia, se hizo mucho más fácil el avance de las fuerzas de la Unión Europea y la aparición de las fisuras enterradas que existían en la relación entre los Estados Unidos y sus aliados europeos.

De estas divisiones, la fundamental era la menos visible. El *boom* de la posguerra en el Derecho internacional y constitucional tuvo, desde un inicio, significados muy distintos en los Estados Unidos y Europa; la razón fue que la segunda guerra mundial significó cosas muy distintas para ambos.

2.2. EL SIGNIFICADO DE LA GUERRA

Para los europeos —me refiero, por cierto, a aquellos europeos que no se sumaron a la causa del Eje — la segunda guerra mundial, con sus casi 60 millones de muertes,²³ vino a ejemplificar los horrores del nacionalismo. «[L]a soberanía nacional», escribió Lord Lothian en 1939, «es la causa fundamental de los males más apremiantes de nues-

²² Véase, e.g., HENKIN, Louis. *Human Rights*. 1999, p. 279; RAPACZYNSKI, Andrzej. «Bibliographical Essay». En: HENKIN Louis y A. ROSENTHAL (eds.). *Constitutionalism, Democracy, and Rights: The Influence of the U.S. Constitution*. 1990, pp. 405, 424-439.

²³ Véase FERGUSON, Niall. *The Cash Nexus: Money and Power in the Modern World, 1700-2000*. 2001, p. 33. (donde se calcula que el total de muertes durante la segunda guerra mundial fue de 57 millones de personas, cifra que incluía 37.8 millones de civiles).

tra época y del retroceso constante de la humanidad hacia la catástrofe trágica y la barbarie». ²⁴ Para los alemanes, especialmente, la guerra dejó una profunda cicatriz antinacionalista.

El trauma del fracaso nacionalsocialista llevó a los alemanes de un pico de autoestima sin límites, provocado por la denominada “filosofía” nacionalista, a precipitarse a un abismo de desprecio universal. A partir de entonces, cualquier cosa que oliera, en lo más mínimo, al ideal nacional fue declarado anatema en la literatura alemana y en la prensa. ²⁵

Pero más en concreto, la guerra ejemplificó los horrores del nacionalismo *popular*. El nazismo y el fascismo fueron manifestaciones de la soberanía popular. Hitler y Mussolini llegaron al poder por medio de elecciones y procesos parlamentarios. ²⁶ Ambos aseguraban hablar por su pueblo, no solo antes de haber asumido los poderes dictatoriales, sino también después, y ambos eran, de hecho, muy populares, como lo eran el nacionalismo, el militarismo, la represión y, en el caso de Hitler, el genocidio que practicaban. ²⁷ Desde el punto de vista europeo de posguerra, por consiguiente, la victoria de los Aliados fue una victoria no solo contra el nacionalismo, sino además contra la soberanía popular, contra el exceso democrático.

La forma en que los Estados Unidos experimentó la victoria no pudo haber sido más diferente. Para los norteamericanos, ganar la guerra fue una victoria *para* el nacionalismo — para *nuestra* nación, nuestro tipo de nacionalismo. Fue una victoria *para* la soberanía popular (nuestra soberanía popular) y, fundamentalmente, una victoria *para* la democracia (*nuestra democracia*). Sí, para los norteamericanos, la guerra trajo una lección sobre los peligros de la democracia; pero la lección fue que las naciones de Europa continental habían demostrado ser incapaces de manejarla cuando tuvieron que arreglárselas solas. Si el deseo era que Europa se desarrollara democráticamente, necesitaría la

²⁴ LOTHIAN, Lord. «The Ending of Armageddon». En: LIPGENS, Walter (ed.) *Documents on the History of European Integration*, vol. 1, 1986, p.38.

²⁵ STRAUSS, Franz Josef. *Challenge and Response. A Programme for Europe*. 1970, p. 92.

²⁶ Véase SHIRER, William L. *The Rise and Fall of the Third Reich: A History of Nazi Germany*. pp.152-166, 1960. GREGOR, A. J. *Italian Fascism and Developmental Dictatorship*. 1979, pp.172-176.

²⁷ Véase ARENDT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. 1976, p. 306.; GOLDHAGEN, Daniel Jonah. *Hitler's Willing Executioners: Ordinary Germans and the Holocaust*, 1996.

tutela y asistencia de los Estados Unidos. Si el deseo era que Europa superara sus patologías nacionalistas, probablemente tendría que convertirse en los Estados Unidos (de Europa). Ciertos países europeos podrían incluso necesitar que se les impusieran algunas instituciones democráticas, aunque, por cierto, sería mejor si adoptaran estas instituciones por sí mismos —o al menos si pudieran decirse a sí mismos que así lo hicieron.

Estas lecciones contrastantes configuraron profundamente, de modos divergentes, la experiencia que europeos y norteamericanos tuvieron del *boom* de posguerra en las instituciones políticas internacionales y el Derecho internacional.

Para los europeos —por cierto, incurro en una generalización excesiva, pero con la esperanza de transmitir con mayor claridad el punto que deseo explicar— el aspecto fundamental del Derecho internacional era encarar los horrores potenciales del nacionalismo. El tema del que debía ocuparse el Derecho internacional, y particularmente la legislación internacional de derechos humanos, era *controlar la soberanía nacional*, incluyendo categóricamente la soberanía popular nacional. «El fascismo y el hitlerismo han [...] contaminado la opinión pública europea» y «se han infiltrado en nuestros países», dijo un delegado francés en el debate sobre la creación de la Convención Europea de Derechos Humanos. «Detrás del Estado, cualquiera sea su forma, incluso si se tratara de una democracia, esta razón de Estado acecha siempre, como una permanente tentación [...] Incluso las mayorías parlamentarias se ven, de hecho, algunas veces tentadas a abusar de su poder. Incluso en nuestros países democráticos debemos cuidarnos de la tentación de sucumbir a las razones de Estado».²⁸

Esta es una interpretación perfectamente lógica del Derecho internacional, y sigue siendo actualmente la interpretación dominante en Europa. Las Naciones Unidas, la Unión Europea y el Derecho internacional, en términos más generales, son entendidos expresamente en Europa como *antinacionalistas*; constituyen restricciones al nacionalismo y a la soberanía nacional, cuyos catastróficos peligros nos dejó tan en claro la segunda guerra mundial.²⁹ Con la misma importancia, y por las mismas

²⁸ *Council of Europe, Collected Edition of the «Travaux Préparatoires», 1975, p. 40 (comentarios de M. Teitgen).*

²⁹ HAAS, ERNST B. *Beyond the Nation-State: Functionalism and International Organization.* 1964, p. 452, (donde se describen las actitudes que están detrás de

razones, también son entendidos, aunque a menudo más encubiertamente, como restricciones a la *democracia*, al menos en el sentido de que se coloca cada vez mayor poder en manos de los actores internacionales —burócratas, tecnócratas, diplomáticos y jueces— a considerable distancia de la política popular y la voluntad popular.

En los Estados Unidos, el internacionalismo de posguerra tuvo y tiene un significado muy distinto. Para los norteamericanos, la razón de ser del Derecho internacional no podría ser en última instancia antidemocrática —ni siquiera podría ser antinacionalista— debido a que la victoria de los Aliados en la guerra había sido una victoria de la democracia (la democracia norteamericana) y de la nación (la nación norteamericana) ¿Pero cuál era, entonces, el significado del nuevo internacionalismo para los norteamericanos? ¿Qué estaba haciendo los Estados Unidos —qué pensaba Estados Unidos que estaba haciendo— cuando fomentó el internacionalismo en Europa y en todo el mundo?

Dado su pasado y su experiencia infinitamente distinta de la Segunda Guerra Mundial, los Estados Unidos del período de posguerra no podían adoptar un orden internacional antinacionalista y antidemocrático con la misma presteza que Europa. Los Estados Unidos necesitaban otro panorama de internacionalismo, otra historia que pudiera narrarse a sí mismo acerca de su propia campaña de promoción del nuevo orden internacional. A los fines del presente trabajo, no es particularmente importante determinar si esta contrahistoria ya era preponderante en 1945, o si lo fue más adelante.

La contrahistoria es la siguiente. Para ser muy simplista, pero en este caso posiblemente no simplista en exceso, lo que los norteamericanos hicieron —cuando fundaron las Naciones Unidas; cuando ayudaron a elaborar la Carta de las Naciones Unidas; cuando redactaron las primeras convenciones sobre derechos internacionales; cuando crearon constituciones para Alemania y Japón; cuando fomentaron la creación

la integración económica en Europa Occidental: «El desencanto con la nación como precursora de la buena vida era omnipresente, un desencanto compartido por los trabajadores, las unidades de negocios eficientes y más nuevas, los intelectuales y burócratas, así como por la mayoría de los partidos políticos que atraían a estos grupos»). SIEGHART, P. *The Lawful Rights of Mankind: An Introduction to the International Legal Code of Human Rights*. 1985 (donde se describe el sistema internacional de derechos humanos como un «repliegue substancial del antes sagrado principio de soberanía nacional»).

de los Estados Unidos de Europa— fue obsequiar el Derecho norteamericano, particularmente el Derecho constitucional norteamericano, al resto del mundo.

Desde este punto de vista, aunque Europa pudiera usar una frase distinta —«derechos humanos»— para describirlos, los «nuevos» derechos fundamentales garantizados por el Derecho internacional, no serían otros que las garantías consagradas por la Constitución de los Estados Unidos. ¿Acaso los Estados Unidos no le llevaba a Europa continental años luz en el camino de la democracia? De lo que debía ocuparse el nuevo internacionalismo, en lo que concernía a los norteamericanos, era de transmitir los principios norteamericanos al resto del mundo.

Los norteamericanos fueron figuras destacadas entre los artífices y forjadores de los derechos humanos internacionales, y el constitucionalismo norteamericano fue modelo y fuente de inspiración principal para ellos. Por ende, gran parte de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y posteriormente el Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos, son en esencia derechos constitucionales norteamericanos proyectados en todo el mundo.³⁰

De ahí que el Derecho internacional sería, fundamentalmente, Derecho norteamericano, hecho aplicable a otras naciones. Naturalmente, los Estados Unidos podía ser el partidario más entusiasta del nuevo orden internacional. ¿Qué razones tendría los Estados Unidos para no apoyar el proyecto de hacer al mundo más norteamericano?

Pero justamente por esta razón, en la imaginación norteamericana, todo este internacionalismo, todo este multilateralismo, era algo *para* el resto del mundo, no para nosotros. Lo que Europa reconocía como Derecho internacional era una legislación que nosotros ya teníamos: legislación que generosamente difundiríamos al resto del mundo. La noción de que las prácticas consideradas constitucionales por nuestras cortes en el marco de nuestra Declaración de Derechos pudieran violar el Derecho internacional era, desde este punto de vista, una posibilidad conceptual descartada. O, en todo caso, nuestra voluntad de promover y adherirnos al Derecho internacional no podría ser superada por nada, salvo cuando se tratara de cualquier convención que pudiera exigir un cambio en la legislación o política de los Estados Unidos. La idea de

³⁰ HENKIN, *supra* nota 22, p. 415.

que el Derecho internacional pudiera ser un medio de modificar la legislación *interna* o *nacional* de los Estados Unidos tuvo una enérgica resistencia; no, desde luego, de parte de todos los norteamericanos, pero sí de los principales órganos de política exterior de los Estados Unidos. El Departamento de Estado asumió este punto de vista en una circular publicada poco después de la guerra.³¹ Fue famosa la negativa del Senado de los Estados Unidos de ratificar las primeras convenciones de derechos humanos.³² El resto del mundo podía necesitar la legislación norteamericana, el resto del mundo podía necesitar una constitución inspirada en los Estados Unidos, pero nosotros ya la teníamos. Todo lo que necesitábamos —y todo aquello por lo que tendríamos que rendir cuentas— era la legislación que nosotros mismos nos habíamos impuesto.

Esta actitud excepcionalista desde luego reflejaba el desmedido orgullo y el triunfalismo norteamericano tras la segunda guerra mundial. En parte, también fue expresión de la mentalidad provinciana de los Estados Unidos. Y en parte también aplacó los temores sureños, en el sentido de que la participación de los Estados Unidos en los acuerdos

³¹ «Una circular del Departamento de Estado publicada en aquel momento señalaba que “los tratados deberían ser concebidos para promover los intereses de los Estados Unidos, asegurando la acción de los gobiernos extranjeros de una forma juzgada ventajosa para los Estados Unidos. *Los tratados no deben ser usados como mecanismos a los fines de hacer efectivos los cambios sociales internos, ni para intentar sortear los procedimientos constitucionales establecidos en relación con lo que, en esencia, constituyen asuntos de interés nacional*”» (énfasis añadido). THOMAS, Dorothy Q. «Advancing Rights Protection in the United States: An Internationalized Advocacy Strategy», *Harvard Human Rights Journal*. vol. 9, n.º 20, 1996, pp 15-20; HANNUM, Hurst and Dana D. FISCHER (eds.). *U.S. Ratification of the International Covenants on Human Rights*. 1993, p. 15.

³² La resistencia del Senado a ratificar las convenciones internacionales de derechos humanos empezó en los primeros años que siguieron al fin de la guerra. En 1953, en parte para sofocar un movimiento liderado por el Senador Bricker de Ohio que pretendía enmendar la Constitución para dejar sin efecto todos los tratados sin una ley parlamentaria que les diera efecto, *que habría sido constitucional en ausencia del tratado* (de esta forma, anulando *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 417 (1920)), el gobierno de Eisenhower anunció que los Estados Unidos no suscribirían convenciones o pactos internacionales de derechos humanos. Véase «Statement by Secretary of State Dulles». *Treaties and Executive Agreements: Hearings Before a Subcomm. of the Senate Comm. on the Judiciary*. 1953, p. 825. HEVENER KAUFMAN, Natalie. *Human Rights Treaties and the Senate: A History of Opposition*, cap. 4, 1990.

internacionales relativos a derechos pudiese soltar el yugo que oprimía a los negros norteamericanos.³³ Pero también reflejó algo más, algo fundamental: una concepción distinta de la democracia constitucional, que no había sido debilitada —por el contrario, había sido afianzada— por la guerra. No era posible para los norteamericanos percibir el nuevo constitucionalismo internacional como una restricción impuesta al nacionalismo democrático, en la forma en que los europeos lo percibían. Asumir este punto de vista habría contradicho la interpretación básica de democracia constitucional que tenía los Estados Unidos.

2.3. DOS TIPOS DE CONSTITUCIONALISMO

Actualmente, existen en el mundo dos concepciones muy distintas de constitucionalismo y su relación con la democracia. Esta importante división dista mucho de ser conocida o comprendida como debería ser. De hecho, la mera existencia de estas dos concepciones de constitucionalismo, por no mencionar sus diferencias, suele ser pasada por alto.

Por sentido práctico, voy a denominar a una de estas dos concepciones de constitucionalismo, *norteamericano*, a la otra, *europeo*, pero deseo enfatizar desde un inicio que solo se trata de rótulos que facilitan la mención. Ambas concepciones tienen defensores y ejemplos en ambos lados del Atlántico. Además, dentro de Europa existen tendencias de constitucionalismo múltiples, bien diferenciadas y en competencia, de la misma forma que existen muchas perspectivas de constitucionalismo en los Estados Unidos. No obstante, una de las dos concepciones que se describirá más adelante es, como lo sugeriré, más profunda y típicamente norteamericana, mientras que la segunda es más propia de la Europa contemporánea y, aunque este argumento ha sido sistemáticamente ignorado hasta la fecha, las diferencias entre las dos concepciones son fundamentales para comprender el unilateralismo de los Estados Unidos y el internacionalismo europeo actuales.

A continuación, presento una forma de interpretar el constitucionalismo. Los principios fundamentales del Derecho constitucional se basan en principios universales y liberales; son los principios de la Ilus-

³³ Véase, TANANBAUM, Duane. *The Bricker Amendment Controversy, A Test of Eisenhower's Political Leadership*. 1988; GOLOVE, David M. «Treaty-making and the Nation: the Historical Foundations of the Nationalist Conception of the Treaty Power». *Michigan Law Review*, vol. 98, 2000, pp. 1075, 1273-1278.

tración. De ahí que reivindiquen una legitimidad y una autoridad superior a la de la política nacional, incluso, desde luego, la política democrática nacional. Esta autoridad especial, que radica en una esfera normativa por encima o anterior a la política y los Estados-nación, es lo que le permite al Derecho constitucional desplazar adecuadamente a la política nacional, incluida la política democrática nacional. Es esta autoridad suprapolítica y universal lo que permite que los principios constitucionales, interpretados por jueces no electos, revoquen toda acción gubernamental, incluidas las leyes debidamente promulgadas por legisladores elegidos democráticamente.

Bajo este punto de vista, en teoría, internacionalizar el orden constitucional no representa un problema. Puesto que, el Derecho constitucional está por encima y es anterior a la política nacional, es razonable pedirles a los actores internacionales que elaboren constituciones que establezcan obligaciones internacionales vinculantes que interpreten estas constituciones y, en general, que creen un sistema de constitucionalismo internacional que rija a los Estados-nación.

Se trata de propuestas abstractas. Para hacer más concreta esta actitud hacia el constitucionalismo, permítaseme narrar una historia que ilustra el caso. El Consejo de Europa tiene una división cuasijudicial: la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho —también denominada la Comisión de Venecia. Durante varios años, me he desempeñado como el representante u observador de los Estados Unidos en esta Comisión. Una de mis primeras funciones en la Comisión de Venecia fue ser miembro de una subcomisión a la que se le había encomendado la tarea de redactar una Constitución, o en realidad una protoconstitución, para Kosovo.

La Comisión de Venecia había emprendido esta tarea bajo los auspicios del mando militar de las Naciones Unidas en Kosovo. La subcomisión estaba compuesta de unos doce distinguidos juristas y constitucionalistas de toda Europa. Nos reunimos en París y Venecia. Las reuniones fueron profesionales y expertas en todos los aspectos. Sin embargo, no hubo kosovares presentes.

No tenía la certeza de que esta ausencia hubiese sido deliberada, de modo que hice algunas indagaciones entre los miembros de la subcomisión. Fue deliberada. La elaboración de una Constitución era un tema delicado y serio; permitir la participación de los kosovares habría sumido a la comisión en luchas internas. Por cierto, la información acerca de las condiciones locales era esencial. De ahí, que la comisión visitara Kosovo; se había llevado a Pristina una misión de investigación de tres

días. Pero permitir que los kosovares mismos participaran en la elaboración de su Constitución habría sido un impedimento sin duda innecesario para el trabajo de la comisión.

¿Habría sido aconsejable, por consiguiente, redactar un documento explícitamente transitorio, inspirado en la constitución provisional sudafricana, creando instituciones a través de las cuales la redacción y ratificación local de una carta permanente podría haberse producido a partir de entonces? No, fue la respuesta de la comisión. Lo que estábamos redactando era una *Constitución*, y las constituciones están pensadas para ser permanentes. La Constitución kosovar debía ajustarse a los principios y normas constitucionales internacionales; los kosovares no debían ser invitados para que jugaran con estos principios y normas después de haberse instaurado su nueva Constitución.

Mi intención no es restarle importancia al trabajo realizado por la comisión. La redacción del documento fue ejemplar. Mi objetivo es simplemente ilustrar la competencia entre dos interpretaciones muy distintas de Derecho constitucional.

La actitud de la subcomisión ejemplificó el *constitucionalismo europeo* o *internacionalista*. Bajo este punto de vista, no es particularmente importante que una Constitución sea el producto de un proceso político participativo nacional, expresando los valores o compromisos fundamentales de la nación. Lo que importa es que la Constitución reconozca los derechos humanos, proteja a las minorías, instaure el Estado de Derecho y cree instituciones políticas estables y democráticas, de preferencia del tipo parlamentarista, en las que el jefe ejecutivo no sea elegido directamente por el pueblo. Este último principio fue seguido para la organización del gobierno local en nuestra protoconstitución para Kosovo. Los alcaldes de cada ciudad serían elegidos por un concejo deliberante, no por sufragio popular. Cuando pregunté la razón, los miembros de la comisión respondieron, aparentemente desconcertados por el hecho de que yo todavía desconociera la respuesta, que esto haría que el cargo de alcalde *fuera más democrático*.

En esta cosmovisión Constitucional, la ratificación nacional, si llegara a buscarse, es principalmente por razones de conveniencia. La ratificación de una nueva constitución podría ser un instrumento valioso: un medio de obtener consentimiento, ya sea de la población en general o de los actores políticos pertinentes. Pero en principio, encargarle a una comisión de expertos juristas la redacción de una Constitución sería plenamente satisfactorio. Imponer esa constitución a través de una potencia ocupante sería algo delicado, pero admisible siempre que la

potencia ocupante fuera reconocida como legítima en el marco del Derecho internacional, y siempre que el pueblo no se sublevara contra ella.

La otra concepción es el *constitucionalismo nacional democrático de los Estados Unidos*. Bajo este punto de vista, la Constitución no ha de ser conceptualizada como algo anterior o externo al proceso democrático de la nación. Por el contrario, la Constitución de una nación debería ser elaborada *a través* del proceso democrático de dicha nación, debido a que el objetivo de la Constitución es, en lo fundamental, expresar los compromisos políticos y jurídicos esenciales del sistema de gobierno. Estos compromisos incluirán los derechos fundamentales que se oponen a toda acción estatal por debajo de la Constitución, y la acción estatal que representa fielmente la voluntad de la mayoría. Pero estos derechos «contra-mayoritarios» (*counter-majoritarian*) no son, por consiguiente, contrarios a la democracia, y la razón por la que no son contrarios a la democracia *no* está en que protejan las condiciones o procesos del gobierno de la mayoría. La razón por la que estos derechos constitucionales son democráticos está en que representan el Derecho impuesto por la propia nación, adoptado a través de una política especial constitucional y democrática. Con el tiempo, bajo este punto de vista, el Derecho constitucional evolucionaría y crecería de forma que continúe expresando las interpretaciones y reinterpretaciones nacionales de estos compromisos fundamentales.

Se objetará, con mucha razón, que los norteamericanos a menudo han intentado imponer agresivamente al mundo sus formas constitucionales. Sin embargo, siempre ha habido en los Estados Unidos una fuerte corriente de pensamiento y práctica en virtud de la cual el Derecho constitucional debe ser el Derecho impuesto por la propia nación: Derecho impuesto *democráticamente*. Desde esta perspectiva, un proceso democrático de elaboración de una Constitución, especialmente cuando se trata de la ratificación, es de crucial importancia.

Pero el trabajo de redacción y ratificación solo es el comienzo. El trabajo de interpretación constitucional reviste la misma importancia, por no decir una mayor importancia. Desde el punto de vista de los Estados Unidos, el Derecho constitucional debe, de algún modo, no perder su condición de ley impuesta por la propia nación, aun cuando sea adaptada a través de la interpretación y la reinterpretación judicial. En el constitucionalismo europeo, la interpretación de la Constitución por un cuerpo de juristas internacionales es, en principio, no solo satisfactoria; es *superior* a la interpretación local, que invariablemente involucra

al Derecho constitucional en disputas políticas internas, partidistas e ideológicas. Por contraste, en el constitucionalismo de los Estados Unidos, un proceso de interpretación nacional es tan decisivo como lo es el proceso de elaboración de una Constitución nacional.

Las batallas políticas sobre los nombramientos de la Corte Suprema de los Estados Unidos resultan terribles para la mentalidad jurídica europea. Más aún, la naturaleza casi abiertamente política del Derecho constitucional de los Estados Unidos deja anonadados a los europeos. Pero estos rasgos del sistema norteamericano están en la raíz de las diferencias que existen entre el constitucionalismo norteamericano y el europeo. Las afirmaciones acerca de un «realismo norteamericano» suelen ser exageradas, pero existe sin duda, en los Estados Unidos, en comparación con Europa, una comprensión más acusada de que todo Derecho —incluido el Derecho elaborado por los jueces— (es decir, las decisiones judiciales), y hasta las leyes *constitucionales* elaboradas por los jueces, es un producto político. Por consiguiente, si la ley ha de ser democrática, la ley y las cortes que la interpretan deben conservar sólidas relaciones con el sistema político democrático de la nación. Desde el punto de vista de los norteamericanos, los procesos a través de los cuales ha surgido el Derecho de la Unión Europea, hasta el momento, delatan un alarmante déficit democrático —una desconexión con, o incluso una falta de respeto por los procesos democráticos— eso sería inadmisibile como base de una transformación constitucional en los Estados Unidos.³⁴

Los norteamericanos, en el fondo, no creen en las afirmaciones de un Derecho constitucional neutral y apolítico. Saben que los valores de los jueces invariablemente dan forma al Derecho constitucional. Los europeos tienen una tradición muy distinta en esta materia, una historia larga y complicada a la que solo haré referencia en este momento. Por cierto, hubo durante largo tiempo —y tal vez todavía haya— una tradición europea de desconfianza en los jueces, y especialmente desconfianza en los jueces constitucionales, compartida por el pensamiento político europeo de derecha e izquierda. Sin embargo, este escepticismo acerca de un «gobierno por parte del Poder Judicial» convivía con la

³⁴ Para una visión crítica de los aprendizajes antidemocráticos mostrados hasta el momento en el tránsito hacia la Unión Europea, véase SIEDENTOP, Larry. *Democracy in Europe*, 2000.

confianza en la posibilidad de una racionalidad burocrática experta y neutral y, de modo conexo, en las afirmaciones del Derecho universal y en la lógica de una razón jurídica dogmática y apolítica.³⁵ El resultado fue una actitud profundamente ambigua hacia la revisión judicial y el Derecho constitucional.

Esta ambigüedad se expresó perfectamente en el tremendamente influyente modelo de Derecho constitucional de Hans Kelsen, en el que a un consejo judicial —lo denominaré corte, aunque Kelsen no lo denomine precisamente así— se le había encomendado la tarea de garantizar que la acción gubernamental se ajustara a la voluntad soberana del pueblo expresada en un documento constitucional. El tribunal constitucional kelseniano *no* tendría competencia para hacer cumplir los *derechos* constitucionales, porque, a criterio de Kelsen, el objetivo de hacer cumplir los derechos fundamentales era de un carácter tan inexorablemente político, que los jueces que intentaran llevar a cabo esta función se verían inevitablemente envueltos en el proceso normativo, de carácter soberano.³⁶ Por consiguiente, el constitucionalismo de Kelsen se situó en un equilibrio no resuelto, con un pie en la política y el otro en el derecho. El constitucionalismo era lo suficientemente neutral, racional y legal para garantizar que la acción estatal se ajustara a los principios estructurales fundamentales. Pero no era lo suficiente neutral, racional o legal para garantizar que la acción estatal se ajustara a las garantías fundamentales de justicia o libertad.

El modelo de constitucionalismo europeo de posguerra ha repelido esta ambigüedad. El constitucionalismo europeo actual inviste a las cortes de plena jurisdicción sobre los derechos constitucionales, con lo que se distancia así, radicalmente, de sus raíces kelsenianas.³⁷ Pero todavía no ha enfrentado por completo la trascendencia de este distanciamiento; no ha enfrentado por completo los profundos problemas de autoridad

³⁵ Véase, SHAPIRO, Martin y Alec STONE SWEET, *On Law, Politics, and Judicialization*. 2003, p. 203 («Los juristas europeos trabajan continuamente para separar el Derecho de la política y, por extensión, distinguir lo que hacen las cortes constitucionales de lo que hacen las instituciones políticas»).

³⁶ Por ejemplo, KELSEN, Hans. «La Garantie Jurisdictionnelle de la Constitution». *Révue du Droit Public*. vol. 44, 1928, p. 197; véase SCHWARTZ, Herman. *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*. 2000, p. 17-18; STONE SWEET, Alec, *Governing with Judges*. 2000, p. 36.

³⁷ Véase SCHWARTZ, *supra* nota 36, p. 18; STONE SWEET, *supra* nota 36, pp. 37-38.

democrática creados cuando las cortes se arrogan la facultad de interpretar y hacer cumplir los derechos fundamentales, o la verdad contenida en el discernimiento de Kelsen en el sentido de que las decisiones acerca del significado de los derechos constitucionales son, en cierto sentido indeleble y fundamental, de naturaleza política.³⁸ Por el contrario, lo que hace que el nuevo constitucionalismo europeo constituya una unidad —lo que les da a los tribunales constitucionales europeos su derecho a la legitimidad— es la ideología de los «derechos humanos internacionales» o universales, que no le deben su existencia a la Constitución de ninguna nación en particular, y que poseen, en consecuencia, un carácter supranacional y casi supraconstitucional, lo que los hace prácticamente inmodificables y particularmente adecuados para la interpretación por parte de expertos jurídicos internacionales.

Por contraste, en los Estados Unidos, donde los jueces todavía pueden censurar la introducción de precedentes internacionales como si estuvieran en presencia de las primeras esporas del virus del SIDA,³⁹ sería un verdadero escándalo sugerir que las cuestiones constitucionales de los Estados Unidos fueran decididas por un tribunal internacional, que reclamara supremacía sobre nuestro sistema legal, como nuestra Corte Suprema reclamó supremacía sobre los Estados a principios del siglo XIX. En otras palabras, desde la perspectiva norteamericana, los

³⁸ Stone Sweet lo expresa de esta forma: «Aunque actualmente los especialistas en Derecho parecen repetir mecánicamente la teoría constitucional de Kelsen, también afirman que los tribunales constitucionales funcionan intrínsecamente para proteger los derechos constitucionales, y que esta función es básica para la legitimidad de la revisión [...] La posición ortodoxa [...] consiste en que los derechos poseen un estatus "supraconstitucional" (su contenido no puede ser modificado por revisión constitucional), que es afín a una postura de derecho natural, no a una postura positivista. En una sola frase, el saber constitucional ortodoxo en Europa adopta solo parcialmente elementos de la teoría constitucional de Kelsen, y rechaza implícitamente el positivismo fundamental del resto de su pensamiento. En consecuencia, los kelsenianos defienden lo que no puede ser defendido, a saber, que los jueces constitucionales son solo legisladores negativos». STONE SWEET, *supra* nota 36, pp. 135-136.

³⁹ Véase, e.g., *Printz v. United States*, U.S. vol. 521, n.º 11, 1997, pp. 898-921 («La opinión discrepante del Juez Breyer nos hizo considerar los beneficios de que otros países, y la Unión Europea, consideren que tienen su origen en sistemas federales que difieren de los nuestros. Consideramos que dicho análisis comparativo es inadecuado para la tarea de interpretar una constitución, aunque, por cierto, fue bastante pertinente para la tarea de redactar una»).

tribunales constitucionales nacionales son un rasgo esencial del Derecho constitucional, y es de crucial importancia que estos tribunales mantengan conexiones fundamentales con los procesos políticos de la nación.

Hay diversas formas importantes en que los tribunales constitucionales y el Derecho constitucional, desde el punto de vista de los norteamericanos, se mantienen inextricablemente unidos con los procesos de autogobierno democrático de la nación. Una de ellas, como ya se observó, es el fenómeno de un mecanismo de designación judicial con carga política. Pero hay otras: por ejemplo, (i) el hecho de que los jueces mismos sean miembros del sistema de gobierno nacional y estén imbuidos de la cultura política y jurídica particular de la nación; (ii) la siempre abierta posibilidad de enmienda a través de procesos políticos nacionales; y, tal vez el aspecto más importante pero el menos comprendido, (iii) las periódicas, pero decisivas, contiendas entre el sector político y el poder judicial.

Dichas contiendas periódicas son, y siempre han sido, una característica conocida del constitucionalismo de los Estados Unidos. La primera se realizó en 1800, cuando, en un acto famoso, Thomas Jefferson intentó revertir la preponderancia de los federales en el poder judicial que Adams procuró lograr en sus últimos días de gobierno.⁴⁰ Jefferson ganó en buena parte esta batalla, pero podría afirmarse que la Corte Suprema ganó la guerra, ya que estableció su poder de revisión constitucional judicial en el famoso caso de *Marbury v. Madison*.⁴¹ La más intensa de las batallas del siglo XX involucró el plan de recomposición de la Corte de Roosevelt (*court-packing plan*) para superar la oposición judicial al *New Deal*.⁴² Aquí se puede afirmar que la Corte Suprema ganó la batalla (contra la recomposición de la Corte), pero perdió la guerra.

Hay una amplia literatura sobre los impactos sísmicos que experimentaron los sistemas político y judicial como consecuencia de estas

⁴⁰ Véase, ELLIS, Richard E, *The Jeffersonian Crisis: Courts and Politics in the Young Republic*, 1971.; SIMON, James F. *What Kind of Nation: Thomas Jefferson, John Marshall, and the Epic Struggle to Create a United States*, 2002, pp. 104-190.

⁴¹ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Véase, O'FALLON, James M. «Marbury». *Stanford Law of Review*, vol. 44, pp. 219, 221-242, 1992. Solo seis días después de *Marbury*, la Corte confirmó la eliminación que hizo Jefferson de una serie de cargos judiciales designados por federalistas. Véase *Stuart v. Laird*, 5 U.S. (1 Cranch) p. 299, 1803.

contienda periódica. Pero estos enfrentamientos son retratados con demasiada frecuencia como episodios de crisis que debían ser evitados a toda costa, episodios en los que los sectores políticos intentan (algunas veces con éxito) aplastar al poder judicial con presiones indebidas.⁴³ De hecho, pueden desempeñar un papel crucial en el propósito de mantener el arraigo del poder judicial y las conexiones con el desarrollo democrático a largo plazo de una nación particular.⁴⁴

No ha de pensarse en estas conexiones como sucedáneos fallidos o incipientes de las cuentas que debe rendírsele a la voluntad popular. El ideal no es hacer que los tribunales constitucionales sean receptivos a la voluntad popular o a las opiniones populares. Si ese fuera el ideal, elegir regularmente a los jueces constitucionales sería un medio mejor y más sencillo de lograr el resultado deseado. Crear un poder judicial que respondiera a la voluntad política o popular en cualquier momento dado marcaría el fin de la independencia judicial. El punto es otro: crear una institución de Derecho constitucional que responda, con el tiempo, al proyecto de autodeterminación política de la nación.

Para resumir, entonces, he intentado distinguir dos concepciones de democracia constitucional:

1. El constitucionalismo europeo o internacional contempla un orden constitucional que plasma los derechos y principios universales que deben su autoridad a fuentes externas o anteriores a los procesos democráticos nacionales. Estos derechos y principios representan frenos y restricciones a la democracia, así como a todas las formas de soberanía estatal. Debido a que estos derechos y principios son

⁴² Véase, ALSOP, J. and T. CATLEDGE. *The 168 Days*, 1938; BAKER, L. *Back to Back: The Dual Between FDR and the Supreme Court*, 1967.

⁴³ Véase, GARDNER GEYH, Charles y Emily FIELD VAN TASSEL. «The Independence of the Judicial Branch in the New Republic». *Chicago Kent Law Review*, vol. 74, 1998, pp. 31, 88-89; EPSTEIN, Richard A. «The Proper Scope of the Commerce Power». *Virginia Law Review*, vol. 73, 1987, pp. 1387, 1388, 1443.

⁴⁴ Para una explicación por el estilo, véase la matizada descripción del profesor Whittington del episodio de la recomposición de la Corte, que sugiere precisamente que las acciones de Roosevelt evitaron una crisis constitucional y enfatiza los aspectos en que Roosevelt y el Congreso se mantuvieron dentro de sus facultades constitucionales mientras luchaban con una Corte recalcitrante. WHITTINGTON, Keith E. «Yet Another Constitutional Crisis?». *William & Mary Law Review*, vol. 43, 2002, pp. 2093, 2133-2138.

supranacionales, pueden, y en teoría deberían, ser creados e interpretados por expertos internacionales neutrales, más que por actores políticos nacionales, quienes probablemente involucren el Derecho constitucional en conflictos partidarios.

2. El constitucionalismo norteamericano o nacional democrático considera que el Derecho constitucional plasma los compromisos legales y políticos fundamentales que una nación particular se impone democráticamente. En cualquier momento dado, estos compromisos operan como frenos y restricciones a la voluntad democrática nacional, pero en su creación y con el tiempo, el Derecho constitucional no es antinacional, y se puede negar categóricamente su carácter antidemocrático. Por el contrario, aspira a la democracia con el tiempo. Por consiguiente, es fundamental que el Derecho constitucional sea elaborado e interpretado no por expertos internacionales, sino por jueces y actores políticos nacionales.

2.4. TRES CONTRASTES

Para explicar con mayor detalle las diferencias que existen entre estas dos concepciones de constitucionalismo, permítaseme ofrecer una serie de tres contrastes. El primero es histórico, el segundo es teórico, el tercero práctico.

1) El contraste histórico, en cierto sentido, inauguró o al menos prefiguró al resto. En 1789, la asamblea popular de Francia promulgó una Declaración de los Derechos del Hombre.⁴⁵ Este documento habló en el idioma del Derecho universal. Lo que se discutía eran los derechos del *hombre*, no simplemente los derechos de los *franceses*.

El mismo año, en 1789, el Congreso de los Estados Unidos promulgó una Declaración de Derechos que, lejos de proclamar el Derecho universal, ni siquiera había sido concebida para aplicarse a los Estados de los Estados Unidos.⁴⁶ Por ejemplo, aunque la primera enmienda de

⁴⁵ «Declaration of the Rights of Man and of the Citizen», 1789, reimpressa en HUNT, Lynn (ed.), *The French Revolution and Human Rights: a Brief Documentary History*, 1996.

⁴⁶ La Declaración de Derechos se aplicó originalmente solo al gobierno federal, no a los gobiernos estatales. Véase, *Barron v. Baltimore*, U.S. (7 Pet.), vol. 32, 1833, p. 243.; AMAR, Akhil Reed, *The Bill of Rights*, 1998, pp. 140-162.

los Estados Unidos prohibió originalmente establecer religiones oficiales *nacionales*, no hizo esta misma prohibición para los *Estados*.⁴⁷ Si los habitantes de los distintos Estados deseaban establecer una religión oficial, ese era un asunto que solo les concernía a ellos. La Constitución de los Estados Unidos habló no en el idioma de los derechos universales, sino más bien en el idioma de la soberanía popular.

Aquel es el mito rector, en todo caso, del Derecho constitucional de los Estados Unidos: el Derecho común supremo es y debe ser el Derecho que la propia gente se impone. Por consiguiente, el Derecho constitucional de los Estados Unidos fue entendido, desde un inicio, como una pieza del proyecto político de autogobierno popular, no como una fuerza externa que frenara ese proyecto.⁴⁸ Esta es la razón por la que es mucho menos típico para los norteamericanos (en comparación con los europeos) hablar de «derechos humanos». El idioma norteamericano de los derechos constitucionales, correctamente entendido, no reivindica la autoridad del Derecho universal. Reivindica más bien la autoridad de la democracia —de la ley impuesta por uno mismo. Para los norteamericanos, los derechos constitucionales son aquellos derechos que reflejan los compromisos legales y políticos fundamentales de la nación, cuya obligatoriedad no depende de si otras naciones los adoptan, y cuya autoridad se mantiene independientemente de su universalidad.

2) El segundo contraste plantea el mismo argumento a nivel de la teoría constitucional. Los teóricos constitucionales contemporáneos de los Estados Unidos tienen un interés sin fin por la denominada «dificultad 'contra-mayoritaria'», es decir, el problema que plantea el hecho de que el Derecho constitucional ha sido concebido para permitir a los jueces no electos invalidar los resultados del proceso legislativo democrático.⁴⁹ Los europeos solían compartir esta obsesión, que en parte subyacía a su rechazo general del Derecho constitucional.⁵⁰ Pero esto

⁴⁷ Véase, e.g., AMAR, *supra* nota 46, pp.32-42 y 324.

⁴⁸ Véase RUBENFELD, Jed. *Freedom and Time: A Theory of Constitutional Self-Government*, 2001, pp. 165-68.

⁴⁹ Para la formulación canónica, véase BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*, 1962, pp. 16-17.

⁵⁰ Antes del siglo XX, y de hecho, en muchos países hasta mucho después, la revisión judicial fue condenada por toda la Europa parlamentaria, los cuales aducían que violaba el requisito de la supremacía parlamentaria. Véase, e.g., Raymond CARRÉ DE MALBERG, *La Loi, expression de la Volonté Générale*, 1984 (donde se describe la primera visión francesa dominante durante dos siglos después de la re-

dejó de ser así. Aunque, desde luego, persiste en Europa cierta ansiedad por la enorme participación que tiene el poder judicial en los temas constitucionales,⁵¹ la idea de que el derecho constitucional como tal enfrenta una dificultad teórica fundamental para explicar su propia legitimidad democrática —particularmente para explicar la legitimidad democrática de la revisión judicial ‘contra-mayoritaria’— ya no ha calado tanto en Europa como en los Estados Unidos. Como lo expresa el profesor Ferreres Comella de Barcelona:

[Ha] surgido en muchos ámbitos [por toda Europa] la opinión de que el «gran problema de la legitimidad» atañe a la pregunta de qué debería hacer el Tribunal Constitucional con una ley particular cuando pareciera contravenir la Constitución, y no a la pregunta de cuál es la interpretación correcta de la Constitución y quién debería tener la autoridad para responder a esta pregunta. El hecho de que el Tribunal tuviera la facultad de imponer su interpretación de la Constitución en los sectores populares no parece para algunos estudiosos europeos plantear en absoluto un problema de legitimidad democrática.⁵²

volución francesa, en virtud de la cual, la injerencia judicial en la legislación, entendida como expresión de la voluntad popular, era considerada un delito); DICEY, A.V. *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, 1908, p. 87 («No existe en ninguna parte del Imperio Británico ninguna persona o grupo de personas, ejecutivo, legislativo o judicial, que pueda declarar nula cualquier ley aprobada por el Parlamento Británico aduciendo que dicha ley se opone a la constitución, o bajo cualquier otro argumento, salvo, por cierto, que fuera derogada por el Parlamento».); KOMMERS, Donald P. «The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany», cap. 1-2, 1989; DAVIS, Michael. «The Law/Politics Distinction, the French Conseil Constitutionnel, and the U.S. Supreme Court». *American Journal Comp. Law*, vol.34, 1986, pp. 45-47.

⁵¹ De hecho, los rasgos distintivos del modelo básico de revisión constitucional en Europa por ejemplo, la existencia de un solo tribunal constitucional centralizado, la revisión «abstracta» y las limitaciones en la legitimación procesal activa — fueron concebidos para evitar el «gobierno del poder judicial». Véase STONE SWEET, *supra* nota 36, p. 37; DAVIS, Michael, «A Government of Judges: An Historical Re-View». *American Journal Comp. Law*, vol. 35, 1987, pp. 559-574 (citando a FAVOREU, L. *Rapport Général Introductif, Cours Constitutionnelles Européennes et Droits Fondamentaux*, 1982, p. 26-27) («[L]a referencia obligatoria y cuasi exclusiva a la “Corte Suprema” se ha convertido en parte de nuestra mitología constitucional, junto a otras ideas recibidas: el sistema norteamericano es bueno, pero dicho sistema es peligroso porque conduce a un “Gobierno de los Jueces”»).

⁵² FERRERES COMELLA, Víctor. «Is the European Model of Constitutional Review in Crisis», trabajo presentado en la Universidad de Washington, Saint Louis, noviembre de 2001 (manuscrito archivado por el autor). La principal nación europea para

La razón es que los constitucionalistas europeos han interiorizado la ideología de «derechos humanos internacionales», que hace que la idea fundamental detrás de la «dificultad ‘contra-mayoritaria’» parezca equivocada o simplemente obtusa. Si la razón de ser del Derecho constitucional es hacer cumplir los derechos contra-mayoritarios y, de este modo, frenar el exceso democrático, ¿qué sentido puede tener acusar al Derecho constitucional de ser *contramayoritario* o *no democrático*? El hecho de que los tribunales constitucionales o internacionales refrenen la soberanía popular es cierto pero intrascendente, debido a que la soberanía popular no tiene relación con la validez del Derecho internacional sobre derechos humanos. Aunque un pueblo en particular eligiera abolir derechos humanos particulares en su país,

[...] el jurista internacional respondería que existen ciertas cosas que una sociedad no puede elegir hacerse a sí misma. Cuando [...] se trata de los derechos humanos, el Derecho Internacional observa pasar la ficción que subyace a la metáfora del contrato social y prescribe normas que atañen a los ciudadanos individuales. Los puntos de vista de las mayorías políticas simplemente no guardan ninguna relación con la validez de dichas normas. De hecho, estas normas solo son significativas como derechos «contra-mayoritarios» [...].⁵³

Bajo este punto de vista, el constitucionalismo internacional está por encima de la política. El constitucionalismo —en su forma actual,

la que esta observación tiene menor validez es Inglaterra. Véase, BROWNE-WILKINSON, Lord. «A Bill of Rights for the United Kingdom—The Case Against». *Texas International Law Journal*, vol. 32, 1997, pp. 435-436 («Un pequeño grupo de activistas judiciales ha expresado la opinión tentativa de que los tribunales no estarían obligados a aplicar legislación que no guardara coherencia con los conceptos básicos de un estado democrático. Pero la abrumadora corriente de opinión todavía adhiere al concepto básico de que la validez de una Ley del Parlamento no puede ser objetada aduciendo que es inconstitucional o viola derechos fundamentales»). Incluso después de la promulgación de la Ley de Derechos Humanos, 1998, c.42 (Eng.), es cierto que la *validez* de una ley del Parlamento no puede ser objetada aduciendo que viola los derechos fundamentales (no existen atribuciones y facultades judiciales que anulen la legislación), pero se exige que los jueces, «[e]n la medida de lo posible», *interpreten* toda legislación de forma que se evite una incompatibilidad con ciertos artículos de la Convención Europea de Derechos Humanos. *Ibid.* § 3(1).

⁵³ FOX, Gregory H. y Georg NOLTE, «Intolerant Democracies». *Harvard International Law Journal*, vol. 36, 1995, pp.1-60. El doctor Nolte es uno de los representantes alemanes en el Consejo de Europa.

enérgica, postkelseniana, de respeto de los derechos humanos— llegó a Europa principalmente en y a través del Derecho internacional, no a través de los desarrollos democráticos nacionales. Así, para los europeos, el nuevo constitucionalismo es percibido naturalmente como un tipo de empresa diplomática y jurídica de alto nivel y supranacional, no como un asunto público, no como algo que pertenece al pueblo y a su política.

Para los norteamericanos, por contraste, el Derecho constitucional no puede estar fuera de la política de esta manera. No puede simplemente frenar la democracia. Debe responder a la democracia. Debe tener su fuente y fundamento en una política constitucional democrática. Debe ser siempre, de alguna manera, parte de la política —parte de la política democrática, ostensiblemente— aunque pueda invalidar los resultados del proceso democrático en cualquier momento dado.

3) El tercer contraste es práctico. Es importante para los actuales conflictos entre Europa y los Estados Unidos. Implica la diferencia entre el constitucionalismo europeo y el norteamericano en lo relacionado con el tema de si debe existir un orden de derechos humanos aplicable a todas las naciones. Desde el punto de vista europeo, los derechos humanos trascienden la política nacional. Por lo tanto, al menos idealmente, los derechos humanos deberían ser uniformes en todo el mundo. Por contraste, desde el punto de vista de los norteamericanos, las naciones democráticas pueden discrepar en temas de derechos fundamentales.

Por ejemplo, los Estados Unidos no son de la opinión de que todas las naciones del mundo deben entender la libertad de expresión de la forma en que los Estados Unidos la entiende. Es un hecho conocido que la libertad de expresión en los Estados Unidos es más estricta y marcada que en muchas otras naciones. En los Estados Unidos, una persona tiene el derecho constitucional de expresar cualquier opinión a favor del nazismo que podría significarle la cárcel en Alemania.⁵⁴ Sin embargo, los Estados Unidos no exige que Alemania modifique su ley a este respecto ni que Alemania sea expulsada de las organizaciones internacionales por esta causa.

⁵⁴ DOUGLAS-SCOTT, Sionaidh. «The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches». *William and Mary Bill of Rights Journal*. vol. 7, 1999, pp. 305, 343-44.

Además, en los Estados Unidos, durante más de 100 años ha sido un principio de base de la libertad constitucional que no debe haber iglesias oficiales en ningún nivel del gobierno.⁵⁵ Pero la posición de los Estados Unidos no es que, en consecuencia, todos los países deben establecer una separación entre el Estado y la Iglesia. La mitad de los países de la Unión Europea tienen una religión oficial (o lo que en los Estados Unidos sería considerado como la institución de una religión).⁵⁶ Las naciones democráticas, desde el punto de vista de los Estados Unidos, pueden discrepar con este principio.

Pero pasemos al tema de la pena de muerte y las actitudes de la Europa contemporánea al respecto. La pena capital es percibida hoy en día como una violación de los derechos humanos por parte de la comunidad europea, y por esta razón, los europeos habitualmente vilipendian a los Estados Unidos, donde la pena de muerte sigue vigente en algunas jurisdicciones.⁵⁷ Los diplomáticos y políticos europeos frecuentemente exigen que los Estados Unidos sean expulsados de las organizaciones internacionales debido a esta «violación de los derechos humanos».⁵⁸ Esta posición es lógica dada la concepción europea de constitucionalismo. Los derechos humanos son «universales». En consecuencia, una vez que la pena de muerte ha sido considerada como una vio-

⁵⁵ Véase, e.g., *Lee v. Weisman* 505 U.S. 577, 1992; *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145, 1878.

⁵⁶ Inglaterra, Grecia, Dinamarca, Suecia y Finlandia en lo fundamental tienen iglesias nacionales, y otros estados europeos, como España e Italia, otorgan a iglesias específicas (la iglesia Católica, en el caso de España) reconocimiento o privilegios especiales. Véase, EVANS, Carolyn. «Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights», 2001, pp. 19-22; BIJSTERVELD, Sophie C. van «Church and State in Western Europe and the United States: Principles and Perspectives». *BYU Law Review*, vol. 2000, p. 989, 2000.

⁵⁷ Véase KOH, Harold H. «A United States Human Rights Policy for the 21st Century». *Saint Louis University Law Journal*, vol. 46, 2002, pp. 293-309, n. 41.

⁵⁸ El Consejo de Europa promete reiteradamente expulsar a los Estados Unidos de su condición de observador en ese organismo por esta razón. Véase, «Abolition of the death penalty in Council of Europe Observer states», Res. 1253, 25 de junio de 2001, <<http://assembly.coe.int/documents/adoptedtext/ta01/eres1253.htm>> [en lo sucesivo citado como Abolition of the death penalty]. Véase también, e.g., KOH, *supra* nota 57, p. 310, n. 42 («Prácticamente no tengo dudas de que el hecho de que los Estados Unidos haya continuado con la práctica ha socavado nuestro derecho al liderazgo moral en materia de derechos humanos internacionales, y probablemente contribuyó a la reciente apabullante pérdida de nuestra condición de miembro en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas»).

lación de los derechos humanos, es una vergüenza que cualquier nación se niegue a acatar el mandato.

Para los europeos, un gran indicador del desarrollo constitucional exitoso es el *consenso y uniformidad* internacionales. Los internacionalistas europeos mencionarán este consenso como señal de suma validación, como si el hecho de un acuerdo en toda la «comunidad internacional» fuera en sí mismo una fuente de validación legal y autoridad. A este respecto, pueden estar siguiendo la retórica del *jus cogens* y el «Derecho internacional consuetudinario»,⁵⁹ pero también está el detalle adicional de que, desde el punto de vista europeo, la afirmada universalidad de los derechos humanos significa que estos derechos *deberían* ser universalmente aceptados. Si un derecho es universal, debe tener vigencia en todas partes. Una *diferencia fundamental de valores* en materia de derechos constitucionales es, por consiguiente, problemática y *deplorable*,⁶⁰ mientras que el logro de consenso se convierte en un indicador de éxito, una prueba de que el principio convenido tiene realmente la universalidad que reclama. Cuanto mayor consenso y uniformidad haya en toda la comunidad internacional acerca de un principio constitucional, mayor será la solidez de ese principio, y mayor será el éxito constitucional.

Los norteamericanos no comprenden del todo este punto de vista. En todo caso, no lo comparten.

⁵⁹ Según estas doctrinas, una norma de Derecho internacional —de hecho, incluso un tratado— puede devenir en «obligatoria para todos los estados», incluso para aquellos que no han manifestado su conformidad con la misma, solo en virtud de su generalizada aceptación por parte de otros estados. Véase, CHARNEY, Jonathan. «Universal International Law». *American Journal International Law*, vol. 87, pp. 529-541, 1993. Para revisar un ejemplo que viene al caso, véase, PETERSMANN, Ernst-Ulrich. «How to reform the United Nations: Lessons from the International Economic Law Revolution». *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 2185, 1997-98, p. 186 («el número cada vez mayor de convenciones sobre derechos humanos de nivel regional e internacional, además del creciente número de miembros que participan de ellas, han llevado a la muy extendida opinión de que la mayoría de los derechos humanos enumerados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se han convertido en Derecho consuetudinario que obliga a todos los Estados»).

⁶⁰ Véase «Abolition of the death penalty», *supra* nota 58, § 10 («La Asamblea deplora la diferencia fundamental de valores en lo que concierne a la abolición de la pena de muerte entre el Consejo de Europa, por un lado, y Japón y los Estados Unidos, por el otro»).

Los norteamericanos están acostumbrados a pensar independientemente en temas constitucionales. Están acostumbrados a pensar que vale la pena defender sus propios fallos constitucionales, incluso durante períodos en que la mayoría de las naciones de Europa los han desdénado o desobedecido. Para los norteamericanos, el Derecho constitucional de una nación democrática tendría que reflejar los compromisos legales y políticos fundamentales de esa nación. De ahí que el consenso en la comunidad internacional no pueda ser considerado en los Estados Unidos como la fuente forzosa de autoridad legal o constitucional que se pretende en la perspectiva europea.

Con estas consideraciones y contrastes ya expresados, estamos a punto de llegar al final de la historia que estoy narrando. Para los europeos, los principios y derechos constitucionales —junto con los sistemas internacionales que codifican y hacen valer estos derechos— son restricciones al nacionalismo y restricciones a la democracia. Para los Estados Unidos, el Derecho constitucional es una expresión del nacionalismo democrático. Mientras que el derecho de los Estados Unidos y el Derecho internacional conserven una congruencia razonable, o en todo caso, mientras el derecho de los Estados Unidos proteja los derechos en un grado mayor que el Derecho internacional, esta diferencia fundamental podía ser eliminada. Pero, como tenía que suceder, cuando el derecho de los Estados Unidos y el Derecho internacional empezaron a tomar rumbos distintos, dándose algunas veces el caso de que el Derecho internacional exigía mayores protecciones que el Derecho de los Estados Unidos, esta diferencia ya no pudo ser eliminada.

Ya sea que provenga del orgullo desmedido o de los principios —o de ambos— los Estados Unidos no han comprendido que su apoyo al Derecho Internacional y a las instituciones internacionales implica una renuncia de su propio compromiso con el autogobierno. Mientras que los europeos entendieron la doble aceptación del derecho constitucional y el Derecho internacional, que hicieron en la posguerra, como un acto que implica en lo fundamental la renuncia de cierta medida de soberanía nacional; los Estados Unidos nunca comprendieron que debían ceder un paso del principio de autogobierno. Por consiguiente, en cuanto surgió la necesidad de elegir entre el Derecho internacional y el autogobierno —una elección que los europeos conocerán más y más en los próximos años— los Estados Unidos tuvo que elegir el autogobierno.

Esto quiere decir que, cuando el sistema internacional se hizo más poderoso y el Derecho internacional tomó un rumbo distinto del Dere-

cho norteamericano, Estados Unidos tuvo que empezar a mostrar tendencias unilateralistas. Este unilateralismo surgió no solamente debido al poder y al interés particular. También surgió debido a que los Estados Unidos están comprometidos con el autogobierno democrático.

Las naciones de Europa nunca han tenido este compromiso en la misma medida. Con sus pasados monárquicos, a los que, en muchos casos, permanecen unidas, sus culturas aristocráticas supervivientes y su tendencia a favorecer el gobierno centralizado y burocrático, las democracias de Europa continental siempre han sido considerablemente menos democráticas que la democracia norteamericana. No es de extrañarse, entonces, que las naciones europeas estén más cómodas con el gobierno de burócratas y expertos internacionales ubicados en Bélgica o Estrasburgo. Para bien o para mal, ese no es el estilo de los Estados Unidos.

3. DESARROLLOS RECIENTES QUE FOMENTARON EL UNILATERALISMO DE LOS ESTADOS UNIDOS

Para añadir más datos a esta historia, resulta útil observar el papel desempeñado por cuatro desarrollos específicos, durante la década pasada, que contribuyeron a empujar a los Estados Unidos hacia el unilateralismo.

3.1. Kosovo

Para muchos, la intervención militar de Kosovo sirve hoy en día al menos en los Estados Unidos, como un precedente unilateralista. A pesar de la proliferación de justificaciones legales *post hoc*, el hecho fue que el Consejo de Seguridad no aprobó nunca el uso de la fuerza en Kosovo; de ahí que el bombardeo conducido por los Estados Unidos fuera, según explicaciones estándar del Derecho internacional, tanto entonces como en el presente, visiblemente ilegal: una clara violación del Derecho internacional.⁶¹ Sin embargo, esta afirmada ilegalidad no ha

⁶¹ «Indiscutiblemente, la intervención de la OTAN a través de su campaña de bombardeos violó la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho Internacional» (CHARNEY, Jonathan I. «NATO's Kosovo Intervention: Anticipatory Humanitarian Intervention». *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999, pp. 834-834).

llevado a los norteamericanos a lamentar la intervención de Kosovo. Por el contrario, para muchos, confirma la opinión de que los acontecimientos ocurridos en la ex Yugoslavia representaron un terrible fracaso de parte del sistema de Derecho internacional, la ONU y las naciones europeas en particular.

Desde la perspectiva de los Estados Unidos, fue como si las naciones de Europa estuvieran contentas de retorcerse las manos mientras se producía otro genocidio en su patio trasero, un genocidio comparable en tipo, si bien no en números, a las matanzas de hace sesenta años. Si el sistema de Derecho internacional que gira en torno a la ONU no pudo convencerse de autorizar el uso de la fuerza en Kosovo —si ese sistema declaró ilegal la guerra conducida por los Estados Unidos en Kosovo— ese sistema había demostrado ser incapaz de cumplir con la responsabilidad que es corolario esencial de la autoridad.

Los Estados Unidos no tenían intereses territoriales, imperiales o económicos de peso que exigieran la intervención militar en Kosovo. O al menos así es como los norteamericanos se inclinan a verlo. La intervención conducida por los Estados Unidos tuvo, más bien, como objetivo evitar crímenes manifiestos, atroces y genocidas. (Nuevamente, esta es al menos la versión de los Estados Unidos). Por consiguiente, para muchos norteamericanos, Kosovo muestra que Estados Unidos algunas veces puede verse obligado a emprender acción militar fuera del sistema de Derecho internacional, acción que, de hecho, puede incluso ser ilegal en el marco del Derecho internacional.

Kosovo es un precedente importante —no estoy afirmando, permítaseme que lo enfatice, que es necesariamente un precedente para una guerra de agresión o de *legítima defensa preventiva*— cuyo significado no ha de subestimarse. Esto es así por dos razones distintas. La primera tiene que ver con la magnitud de las atrocidades que se produjeron en Kosovo. El sistema de la ONU no respondió a la más flagrante, la más gratuita y la más masiva de las violaciones de los derechos humanos. ¿Cómo se podría confiar entonces en que ese sistema reconociera y respondiera a amenazas más insidiosas y menos demostrables, pero tal vez más peligrosas? Si la ONU no pudo responder en Kosovo, ¿cómo se podría confiar en su criterio práctico en circunstancias más difíciles y complicadas?

La segunda razón por la que Kosovo es un precedente tan significativo tiene que ver con la situación jurídica de los tratados internacionales que giran en torno a la ONU, tal como se los percibe en los Estados Unidos. La observancia de los Estados Unidos de la Carta de las

Naciones Unidas no es, en tanto asunto legal, discrecional. La Carta es un tratado que el Presidente de los Estados Unidos firmó y ratificó. El cumplimiento de este tratado no solo es obligatorio en el marco del Derecho internacional; conforme a la Constitución, los tratados son el Derecho común supremo. El hecho importante que ha de ser enfrentado en este punto es que el universo legal de los Estados Unidos fue y es en lo fundamental indiferente a la legalidad del bombardeo de Kosovo. La afirmada ilegalidad del bombardeo en el marco de la Carta de las Naciones Unidas simplemente no parecía tener importancia.

Por cierto, algunos especialistas norteamericanos en Derecho internacional están interesados en este tema, pero el resto del entorno legal de los Estados Unidos los ve como si hablaran una lengua extranjera, o más bien, en realidad no una lengua, sino una especie de galimatías, un lenguaje grociano ininteligible en el que los significantes legales giran en infinitas cadenas de autorreferencias, desprovistos de la gramática básica necesaria para darle a la ley un significado. ¿Qué gramática? La gramática de la fuerza, de la aplicabilidad, que de por sí le da al lenguaje legal el sostén que necesita para tener un significado.

En otras palabras, la importancia de Kosovo es que simboliza no simplemente una circunstancia excepcional y apremiante que justificó que los Estados Unidos se saliera del marco de las Naciones Unidas, sino más bien toda una actitud hacia ese marco, según la cual, el sistema de la ONU no es considerado en absoluto como Derecho, sino como algo que no es Derecho pero que se disfraza de Derecho.

3.2. CRECIENTE ESCEPTICISMO ACERCA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Pero, si desde cierto punto de vista norteamericano, la ONU y sus tejemanajes no representan el Derecho, ¿qué representan entonces? Hay diversas posibles respuestas a esta pregunta, ninguna de ellas muy halagüeña: palabrería; burocracia corrupta; un ente que actúa como si fuera la personificación de la democracia mundial, cuando en realidad sus delegados representan a autocracias ilegítimas y opresivas; un ingrato paraíso donde Libia puede ser elegido para ejercer la presidencia de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, solo dos años después de que se votara por la expulsión de los Estados Unidos de esta entidad debido a nuestra continua indiferencia por las normas internacionales.

El escepticismo acerca del Derecho internacional saca parte de su fuerza de la proliferación de convenciones multilaterales de derechos

humanos sistemáticamente violadas por los Estados que las suscriben. En los círculos internacionales, la firma de tratados parece haberse convertido en algo casi más importante que el cumplimiento de los tratados.⁶² Un buen ejemplo es la convención que prohíbe la discriminación de la mujer.⁶³ Los Estados Unidos ha sido objeto de considerable crítica debido a su negativa a firmar este tratado. Por cierto, aquí los Estados Unidos es un caso atípico; prácticamente somos los únicos que se niegan a firmar. Pero, ¿qué se puede pensar del hecho de que las naciones signatarias incluyan a Arabia Saudita y otros estados que no son precisamente famosos por respetar la igualdad de las mujeres?

3.3. PENA DE MUERTE Y ANTIAMERICANISMO

Un tercer episodio que ha contribuido a empujar a los Estados Unidos hacia el unilateralismo es la posición asumida por la comunidad internacional en relación con el uso persistente, en algunas jurisdicciones de los Estados Unidos, de la pena capital.

La mayoría de los norteamericanos, al margen de cuál sea su verdadera opinión acerca de la pena capital, pueden comprender y respetar los argumentos morales que condenan la pena de muerte. Pero lo que a muchos norteamericanos les cuesta comprender o respetar es el esfuerzo concertado para condenar a los Estados Unidos como un violador de los derechos humanos debido a la pena de muerte, y para expulsarlo de las organizaciones internacionales por esta razón. No me refiero en este momento al argumento ya expuesto: que los norteamericanos aceptan una cierta medida de diferenciación, entre los estados democráticos, en materia de derechos fundamentales, mientras que los europeos conciben los derechos humanos en términos universales. Hay algo menos teórico

⁶² Véase, HATHAWAY, Oona A. «Do Human Rights Treaties Make a Difference?». *Yale Law Journal*, vol.111, 2002, pp. 1935, 2005-2008 (donde se observa que «el control y cumplimiento de las obligaciones contenidas en los tratados de derechos humanos suelen ser mínimos» y que en la verdadera práctica internacional, «la ratificación de tratados puede convertirse en un sucedáneo, más que en un acicate, de una verdadera mejora en las prácticas de derechos humanos»).

⁶³ Los Estados Unidos firmó este tratado hace 20 años, pero nunca lo ratificó. Véase, «Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women», G.A. Res 34/180, U.N. GAOR, 34th Sess., Supp. n.º 46, en 194, U.N. Doc. A/34/830 (1979), *I.L.M.* vol. 19, 1980, p. 33.

en juego —algo que se percibe como más claramente político— en la disputa sobre la pena de muerte.

Cuando la comunidad internacional arroja el guante sobre el tema de la pena de muerte en los Estados Unidos, mientras simplemente se aclara la voz en Yugoslavia, los norteamericanos mal pueden ser culpados si ven en la pena de muerte una especie de pretexto. El conflicto acerca de la pena de muerte no tranquiliza a los norteamericanos asegurándoles que la comunidad internacional está realmente dedicada a hacer respetar los derechos humanos. Por el contrario, para los norteamericanos, el esfuerzo de los europeos de describir a los Estados Unidos como un violador de los derechos humanos por causa de la pena de muerte, y de expulsarlo de los organismos internacionales por este motivo, es una señal de que puede esperarse que el criterio selectivo y el sesgo antiamericano se expresen a través del Derecho internacional.

No se trata de una inquietud meramente especulativa. Ya mencioné que los académicos expertos en Derecho internacional dirán de buena gana que la intervención militar conducida por los Estados Unidos en Kosovo fue ilegal. ¿Ello significa que los funcionarios norteamericanos podrían ser responsabilizados penalmente por los bombardeos? No, dicen los académicos; los norteamericanos no tienen que temer a las repercusiones penales debido a que el Derecho internacional distingue *claramente* entre *jus ad bellum* y *jus in bello*, la ley que determina si el uso de la fuerza militar es legal, y la ley que determina si las acciones particulares emprendidas durante las hostilidades armadas constituyen un crimen. Pero la certeza de los académicos sobre el *claro* significado de la ley nunca ha sido un elemento confiable para predecir de qué forma será interpretada realmente la ley por las cortes.

Los norteamericanos saben muy bien lo que los jueces pueden hacer con grandilocuentes conceptos legales como *crímenes de guerra*. Es difícil para los norteamericanos estar seguros de que el sistema de Derecho internacional resistiría la lógica perfectamente razonable en virtud de la cual un bombardeo *ilegal* se convierte en un acto *criminal*, especialmente cuando debía esperarse víctimas civiles, y, más especialmente, cuando los norteamericanos encabezaron la intervención militar.⁶⁴ (Incluso desde un punto de vista conceptual, puede ser imposible

⁶⁴ Véase, DAVID, Marcella. «Grotius Repudiated: the American Objections to the International Criminal Court and the Commitment to International Law».

distinguir herméticamente el análisis de los crímenes de guerra, que inevitablemente apunta a criterios de necesidad militar, del análisis de la legalidad del uso de la fuerza armada *ab initio*). Posibilidades como esta, tal vez, contribuyan a explicar la resistencia norteamericana a la Corte Penal Internacional.

3.4. 11 DE SEPTIEMBRE

Diré poco acerca de los descomunales acontecimientos del 11 de septiembre de 2001. Pero ese día tuvo claras repercusiones para el unilateralismo de los Estados Unidos.

Hubo un período crítico, en las semanas que siguieron a la masacre, cuando un renovado multilateralismo de los Estados Unidos parecía ser una clara posibilidad. Muchas voces, dentro y fuera de los Estados Unidos, enfatizaron la importancia que tendría una alianza internacional en la «guerra contra el terrorismo». Además, los norteamericanos estaban atónitos por la preponderancia e intensidad de los sentimientos antiamericanos expresados en todo el mundo. Incluso los europeos que condenaron los ataques con frecuencia agregaban comentarios de otro tipo: insinuaciones, algunas veces implícitas, algunas veces explícitas, de que los Estados Unidos se lo tenían merecido; que los norteamericanos necesitaban comprender por qué estaban siendo atacados; que las motivaciones que llevaron a tal acto eran, después de todo, comprensibles y justificables, aunque el acto mismo no lo era; y que en última instancia, la prioridad principal era garantizar que los Estados Unidos no reaccionara de forma exagerada ni violara los derechos humanos como respuesta.

Lo que siguió en los Estados Unidos fue un período de introspección. Nosotros, los norteamericanos, en nuestra forma provinciana, nos preguntábamos cómo podía ser, y qué significaba, que se nos tuviera tanto rencor, e incluso odio, en casi todas partes del mundo. Este período de introspección duró unas dos semanas: un mes a lo sumo. Culminó con una reacción característicamente norteamericana: *al diablo con ellos*.

Esta reacción inició la espiral de retórica que hoy continúa en ascenso, una espiral en la que la Casa Blanca asume posiciones cada vez más beligerantes y provocan crecientes denuncias de nuestros matonescos e irreflexivos compatriotas en el sentido de que cada vez sentían con mayor claridad que se los obligaba a pelear esta guerra mundial por sí mismos. Los enfrentamientos en Afganistán solo fortalecieron esta reacción. Por la razón que fuese, las naciones europeas —con excepción de Inglaterra— al final de cuentas prácticamente no contribuyeron en nada a esta guerra. Con una débil alianza con Afganistán, los Estados Unidos prácticamente libró solo la guerra, mientras los diplomáticos y juristas europeos en Derecho internacional ofrecían serias advertencias de que la guerra podía ser ilegal, que los bombardeos podían ser crímenes de guerra si morían demasiados civiles, y que, en todo caso, sería imposible ganar la lucha una vez que los adversarios tomaran las montañas.

¿Ganamos la guerra? Eso todavía está por verse, pero la experiencia de la guerra que tuvo los Estados Unidos fue una experiencia de aplastante e inesperadamente rápida victoria, una victoria alcanzada, en lo fundamental, sin la ayuda de la comunidad internacional. Así, el 11 de septiembre, más que cualquier otro acontecimiento, ha llevado al unilateralismo de los Estados Unidos a un primer plano.

4. DERECHO INTERNACIONAL Y DEMOCRACIA

He sugerido que la resistencia de los Estados Unidos al Derecho Internacional obtiene su verdadera fuerza y significado del compromiso norteamericano con el autogobierno democrático. ¿Cuál es, entonces, la relación entre el Derecho internacional y la democracia?

Existe, entre los juristas del Derecho internacional, la vaga noción de que el surgimiento de la «comunidad internacional» en el mundo del Derecho y la política es en sí un desarrollo democrático. Es la misma nube de confusión— mitad dogmática, mitad fantástica —que permite a ciertos internacionalistas retratar el *jus cogens* como una expresión de la incipiente opinión mundial, y por lo tanto, como un vehículo de democracia mundial, en lugar de una absurda ficción legal que permite a los estados que han firmado un tratado (si un número suficiente de ellos lo han firmado) declararlo obligatorio también para los Estados no signatarios.

El Derecho internacional es en realidad una amenaza para la democracia. Es una de las más grandes amenazas a las esperanzas de la polí-

tica democrática en todo el mundo. Para algunos, esa puede ser una razón para apoyar el internacionalismo; para otros, constituye una razón para oponerse; pero de cualquier forma, los conflictos fundamentales entre la democracia y el Derecho internacional deben ser reconocidos.

Hay al menos tres aspectos en los que el Derecho internacional está enfrentado con la democracia. Los describiré en orden ascendente de importancia, del menos importante al más importante.

4.1. EL PROBLEMA DEMOCRÁTICO EN LA ESTRUCTURA LEGAL DE FORMACIÓN DE TRATADOS

Al igual que en los Estados Unidos, la formación de tratados en muchos países se rige por un proceso distinto del proceso de la legislación ordinaria. El rasgo característico y distintivo del proceso de formación de tratados consiste en que, en contraste con la creación del derecho nacional, la asamblea legislativa desempeña un papel considerablemente menor.⁶⁵ Históricamente, comprender esto no ofrece ninguna dificultad en particular; dado un mundo de Derecho internacional en el que los tratados incumbían a las relaciones entre estados, especialmente en escenarios extraterritoriales, era natural confiar en buena parte la facultad de suscribir tratados al ejecutivo; o, en todo caso, suprimir esa facultad del proceso legislativo interno ordinario. Actualmente, sin embargo, como los tratados inciden cada vez más en los asuntos internos, los antiguos procedimientos de formación de tratados tienen menos que recomendarles.

Los tratados son excepciones a la actividad legislativa ordinaria. Son ley creada fuera del proceso legislativo ordinario y democrático. Y pretenden ser una excepción en un sentido más. En muchos países pretenden sustituir el proceso legislativo, afirmando imponer obligaciones a una nación que la asamblea legislativa de una nación no puede violar.⁶⁶ Generalmente, los actos de una asamblea legislativa pueden ser anulados por una asamblea posterior. En principio, una asamblea legis-

⁶⁵ Para revisar un valioso estudio de procesos de elaboración de tratados de numerosos Estados, véase *Council of Europe, Expression of Consent by States to be Bound by a Treaty*, 1987.

⁶⁶ Para revisar un valioso estudio, véase JACOBS, Francis G. y Shelley ROBERTS (eds.). *United Kingdom National Committee of Comparative Law: The Effect of Treaties in Domestic Law*, 1987, p. 7.

lativa pasada no puede obligar a una futura. Esta norma básica de legislación democrática garantiza que la ley creada hoy esté siempre sujeta a revocación el día de mañana a través del proceso democrático ordinario. La gran excepción a esta norma es, desde luego, el Derecho constitucional, cuya importancia reside precisamente en su condición de ley que no puede ser modificada a través del proceso legislativo ordinario. Esta es la razón por la que las promulgaciones constitucionales son de especial interés en los países democráticos, y demandan formas especialmente acentuadas de movilización y participación democrática si pretenden que se les reconozca autoridad legítima.

Pero los tratados también pueden presentarse como excepciones a esta norma fundamental de legislación democrática. Los tratados también pueden afirmar ser ley fuera del poder de modificación que tiene una asamblea legislativa democrática. Sin embargo, a diferencia de las constituciones, los tratados exigen *menos*, no más, movilización y participación democrática a fin de ser aprobados. Con frecuencia son redactados en secreto, suscritos por funcionarios ejecutivos y, de ser ratificados, ratificados por un ente menos representativo que la asamblea legislativa nacional. De ahí, que su pretensión de sustituir el proceso legislativo ordinario sea sumamente problemática, desde el punto de vista de la democracia.

En los Estados Unidos, este problema es mejorado sustancialmente por la norma que señala que una ley parlamentaria promulgada posteriormente sustituye un tratado adoptado en el pasado.⁶⁷ Los europeos de Estados sin esta práctica suelen escandalizarse cuando se enteran de la existencia de esta norma.⁶⁸ Es literalmente incomprensible para algunos

⁶⁷ Véase, e.g., *Breard v. Greene*, 523 U.S. pp.371-376, 1998. La norma posterior en el tiempo, que también permite que un tratado posterior invalide una ley anterior, suele remontarse a *Taylor v. Morton*, 23 F. Cas. 785 (C.C.D. Mass. 1855) (No. 13,749) (Curtis, J., on circuit), confirmado sobre otros fundamentos, 67 U.S. (2 Black) 481, 1862.

⁶⁸ Y no solo los europeos: considérese la reacción del Ministro de Relaciones Exteriores chino ante *Chae Chan Ping v. United States (The Chinese Exclusion Case)*, 130 U.S. 581, 1899 (que confirma una ley federal a pesar de su violación de un tratado que garantizaba los derechos de los inmigrantes chinos que residían en los Estados Unidos antes de 1880 de salir y volver a ingresar libremente a los Estados Unidos). «En mi país nos hemos conducido con la convicción de que cuando dos naciones adoptan de forma deliberada y solemne las estipulaciones de un tratado, en virtud de ese acto constituyen un pacto sagrado del que no pueden ser eximi-

de ellos que los Estados Unidos puedan declarar tan abierta y oficialmente que se considera libre, en materia legal, de faltar a sus obligaciones de Derecho internacional si aquella es su elección.

He aquí, entonces, otra manifestación no solo de la diferencia fundamental entre las concepciones norteamericana y europea de democracia constitucional, sino de las repercusiones de esta diferencia para el Derecho internacional. Los norteamericanos siempre han considerado los enredos extranjeros como una amenaza a su capacidad de gobernarse independientemente (es en este punto se superponen el aislacionismo y el unilateralismo). El hecho de que el Presidente maneje principalmente las relaciones exteriores de los Estados Unidos exacerba, en lugar de aliviar, las preocupaciones constitucionales de los Estados Unidos acerca de la capacidad que tienen los tratados para invalidar el proceso legislativo ordinario. Desde el punto de vista de los Estados Unidos, cuando se considera la relación entre la ley que emana de un tratado y la ley del Parlamento, no es un punto a favor del tratado el hecho de que sea el Presidente quien lo haga entrar en vigencia, con el consentimiento del Senado, y no a través del proceso legislativo ordinario.⁶⁹ Por ello, no causa sorpresa el hecho de que los Estados Unidos se hayan decidido, hace ya tiempo, por la norma, que de otro modo habría resultado escandalosa, que señala que una ley del Congreso supera un

dos de manera honorable, salvo a través de negociaciones amistosas y un nuevo acuerdo. Por consiguiente, no estaba preparado para enterarme, a través de ese gran tribunal, de que había una forma reconocida en la ley y la práctica de este país en virtud de la cual su Gobierno podía eximirse de las obligaciones emanadas del tratado sin la consulta ni el consentimiento de la otra parte de lo que nos habíamos acostumbrado a considerar un instrumento sagrado» (carta de Chang Yen Hoon, ministro plenipotenciario de China, dirigida a James G. Blaine, secretario de Estado de los Estados Unidos, 8 de julio de 1889; 1890 Foreign Relations of the United States 132, 133).

⁶⁹ «Un tratado es suscrito por el Presidente y el Senado. Las leyes son elaboradas por el Presidente, el Senado y la Cámara de Representantes. La adición del último órgano a los otros dos en la elaboración de una ley no hace, por cierto, que esta deba ser menos respetada, en lo que respecta a su derogación o modificación, que un tratado suscrito por los otros dos. Si hubiera alguna diferencia a este respecto, parecería ser a favor de un acto en el que participaran los tres órganos. Y, de hecho, ese es el caso de una declaración de guerra, que debe ser formulada por el Congreso, y que, una vez formulada, usualmente suspende o destruye los tratados vigentes entre las naciones por consiguiente en guerra» (*Edye v. Robertson*, 112 U.S. pp. 580-599, 1884).

tratado, a pesar del carácter contractual de los tratados, la *sagrada norma* de *pactum sunt servanda*, la aparente certeza, que cualquier abogado y economista habría pronosticado, que otras naciones (una vez informadas de nuestra norma) dejarían de concertar acuerdos, entre otras cosas.

Para los europeos, todo el edificio del Derecho internacional descansa sobre la idea de que el Derecho Internacional es superior al Derecho nacional. Si no fuera así, el Derecho internacional no podría lograr su objetivo esencial, que consiste en frenar la soberanía nacional, incluyendo la soberanía popular nacional. Para los europeos, el Derecho que emana de los tratados internacionales es un sucedáneo del Derecho constitucional. Desempeña el rol del Derecho constitucional, presentándose como un cuerpo de leyes superiores que frena el poder de las asambleas legislativas nacionales ordinarias.

Hoy, desde el punto de vista del constitucionalismo nacional democrático —al que he denominado también constitucionalismo norteamericano—, un Derecho internacional no democrático no puede funcionar como un sucedáneo del derecho constitucional. Se supone que el derecho constitucional tiene que ser democrático, y los tratados son decididamente no democráticos. Pero desde la perspectiva del constitucionalismo internacionalista, no es necesario que el Derecho constitucional sea creado democráticamente. Reclama una autoridad superior a la de la política nacional, y se supone que plasma los principios universales de poder y justicia, aplicables a todos los Estados. Por consiguiente, para los europeos, la naturaleza no democrática de la formación de tratados no es en lo fundamental problemática; o en todo caso, no es tan problemática para ellos como lo es para nosotros.

4.2. EL DERECHO INTERNACIONAL EXIGE CORTES INTERNACIONALES

Nuevamente, con excepción del Derecho constitucional, la elaboración judicial de leyes (si se me permite el término, y el permiso para usarla se concederá con mayor facilidad en los Estados Unidos que en Europa) en una democracia generalmente ocurre en las cortes nacionales, cuyos funcionarios son nombrados por actores políticos y cuyas decisiones puede ser invalidadas por acción legislativa. Aunque el Derecho internacional pueden, desde luego, ser ventilado en las cortes nacionales, el destino jurídico natural del Derecho internacional es un tribunal internacional, aunque no obedezca a otra razón que el hecho de que la interpretación del Derecho internacional por las cortes nacionales

siempre será vulnerable a acusaciones de partidismo. En una reciente reunión de juristas en su mayoría latinoamericanos, no tardó en llegarse al consenso de que las cortes norteamericanas no eran las instancias adecuadas para adoptar decisiones en el tema de si las detenciones de Guantánamo violaban las Convenciones de Ginebra; la razón, desde luego, fue que una disputa de Derecho internacional exigía un árbitro *neutral*, y un tribunal internacional podía reclamar naturalmente esta neutralidad, mientras que una corte norteamericana no podía hacerlo.

El tránsito de las cortes nacionales a los tribunales internacionales tiene serias repercusiones para la democracia. Estas repercusiones, una vez más, no resultan evidentes para la mayoría de los internacionalistas. Su razonamiento discurre de la siguiente forma. Cuando se asume que un asunto o disputa es cuestión de *Derecho*, eso significa que se ha considerado que el asunto *no* es adecuado para su resolución política. Y si el asunto es adecuadamente situado en el terreno de la ley, no el de la política, no supondría una gran diferencia si la corte que resuelve los conflictos legales es un tribunal nacional o internacional. Lo importante es que la corte interprete correctamente la ley. Sea el tribunal nacional o internacional, la política tendría que ser dejada de lado. De ahí que la única pregunta sea qué tribunal tiene probabilidades de ser un mejor órgano decisorio.

Nuevamente, desde este punto de vista, la ley que emana de los tratados es percibida como si fuera una especie de derecho cuasiconstitucional, superando a la voluntad legislativa y reivindicando un carácter fundamentalmente apolítico. Cuando un asunto legal es confiado al terreno del Derecho constitucional, ¿acaso ello no significa que el asunto ha sido completamente retirado del ámbito de la política? Y si una sociedad está preparada para llevar un asunto a la vía judicial, ¿acaso ello no significa que la sociedad desea que el asunto sea resuelto por actores completamente apolíticos?

La respuesta es no — al menos desde la perspectiva de los Estados Unidos. Los jueces pueden, en cierto sentido, ser actores apolíticos, pero el poder judicial es, no obstante, una institución gubernamental, arraigada dentro de un proceso político mayor, y supone una enorme diferencia, democráticamente hablando, si el fallo se produce en los tribunales nacionales o internacionales. Como hemos visto, esto es así incluso con los fallos constitucionales, donde las conexiones indirectas entre un poder judicial y los procesos democráticos de la nación son fundamentales para garantizar que el derecho constitucional siga siendo lo que debe ser — una elaboración de los compromisos que la propia

nación se ha impuesto democráticamente— a fin de conservar su derecho a la autoridad legítima. Pero es tanto más así con el Derecho que emana de los tratados, que en los Estados Unidos no son derecho constitucional.

La relación de subordinación entre la asamblea legislativa y los tribunales, junto con el arraigo del poder judicial dentro de un proceso político democrático mayor, se ve afectada por el fenómeno de los tribunales internacionales. Estos tribunales no se sitúan claramente por debajo de la asamblea legislativa de ninguna nación en particular. No responden claramente a la asamblea legislativa de ninguna nación. Además, pueden reivindicar una autoridad superior a —no revocable por— la asamblea legislativa de cualquier nación. En ausencia de una democracia mundial, la elaboración judicial de leyes por un tribunal internacional es muy problemática desde la perspectiva democrática. Es la elaboración de leyes separada de la política democrática. Es el gobierno del poder judicial.

Un internacionalista podría responder que las cortes no crean leyes y que, por consiguiente, la dificultad que describo no existe. Esta respuesta solo pondría de relieve el argumento ya expuesto: que la perspectiva internacionalista se basa en una dicotomía entre el derecho y la política que no suena convincente para los oídos norteamericanos. Y no debería sonar convincente para los oídos europeos en este momento, dadas las decisiones judiciales que resultaron de Estrasburgo.

Los tribunales internacionales —por lo demás, al menos en ausencia de un gobierno democrático mundial— tienen un carácter institucional de flotación libre. Como mínimo, colocan el Derecho a una distancia todavía mayor del ruedo de la política democrática, colocándolo, en ciertos sentidos importantes, fuera del alcance de la política democrática. (Todavía existe, típicamente, una política dentro de la cual los tribunales internacionales permanecen atrapados, pero se trata de una política mucho más impenetrable, una política diplomática internacional, que no está abierta ni responde a los procesos legislativos ordinarios). Desde luego, suele ser el propósito expreso de los tribunales internacionales evitar que los asuntos estén en manos de los procesos democráticos de cualquier nación. En este punto no discuto la conveniencia de que el Derecho, o los asuntos de los que se ocupa el Derecho internacional, se distancien de la política democrática. El punto es simplemente reconocer lo que ocurre.

4.3. GOBIERNO MUNDIAL SIN DEMOCRACIA MUNDIAL

Pero, con mucho, la amenaza más seria que el Derecho Internacional representa para la democracia hoy en día trasciende estas cuestiones de proceso. El Derecho Internacional representa una ideología de gobierno que compite con las premisas básicas del autogobierno democrático, y es operado a través de un conjunto de instituciones legales destinadas a privar a la política democrática de su vitalidad. Bajo las condiciones actuales, el Derecho Internacional aspira al gobierno mundial en ausencia de una democracia mundial, de ahí que las organizaciones internacionales de gobierno sean necesaria e irremediamente antidemocráticas.

Las cualidades antidemocráticas de las organizaciones internacionales de gobierno actuales —su centralización, su impenetrabilidad, su lejanía de la política popular o representativa, su elitismo, su imposibilidad de rendir cuentas— son conocidas.⁷⁰ «[L]a internacionalización “casi siempre significa una pérdida de democracia”».⁷¹ Las instituciones internacionales de gobierno y sus funcionarios tienden a ser burocráticos, diplomáticos y tecnocráticos — cualquier cosa menos democráticos. En los últimos diez años más o menos, se hizo común entre los internacionalistas responder a este problema señalando la creciente influencia de las «Organizaciones No Gubernamentales» (ONG) en los círculos de Derecho internacional, como si estas ONG que igualmente se abstienen de rendir cuentas, son autoproclamadas y poco representativas, ejemplificaran de algún modo la opinión pública mundial, y como si la naturaleza antidemocrática del gobierno internacional fuera una especie de pequeño vacío de responsabilidad que estas ONG podrían llenar.⁷² Esta invocación de las ONG como democratizadoras

⁷⁰ Véase, CHRYSOCHOOU, Dimitris N. *Democracy in the European Union* 1998, p. 107.; KEOHANE, Robert O. «International Institutions: Can Interdependence Work?» *Foreign Policy*, 1998, pp. 82-92; ROSENAU, James N. «Governance and Democracy in a Globalizing World». En: ARCHIBUGI Daniele, David HELD y Martin KOHLER (eds). *Re-Imagining Political Community: Studies in Cosmopolitan Democracy*. 1998, p. 28.

⁷¹ STEIN, Eric. «International Integration and Democracy: No Love at First Sight», *American Journal International Law*, vol. 95, pp. 489-490, 2000. (citando a DAHRENDORF, Ralf. «The Third Way and Liberty: An Authoritarian Streak in Europe's New Center». *Foreign Affairs*, septiembre/octubre, 1999, pp. 13-16).

⁷² Para revisar una descripción y crítica muy efectiva del «romance» simbiótico de las instituciones internacionales de gobierno con las Organizaciones no Guberna-

mundiales sirvió únicamente para destacar cuán desconectados están muchos internacionalistas de lo que sería realmente necesario para democratizar el Derecho internacional.

Sin embargo, el punto crítico no es que las organizaciones internacionales de gobierno tengan un carácter no democrático. El punto verdaderamente crítico es que el Derecho internacional constituye una amenaza para las esperanzas y la vitalidad de la política democrática en cualquier parte. Este punto debería ser familiar. Todas las naciones de América Latina lo comprenden. Cada vez que los órganos monetarios internacionales imponen a estas naciones una política interna determinada desde fuera, la democracia sufre un severo golpe.

Podríamos afirmar que, actualmente, existen dos amenazas mundiales a la democracia, suponiendo que el terrorismo o el militarismo no desbaraten completamente el proyecto democrático. La primera es el mercado global; la segunda es el Derecho internacional. Las dos se presentan juntas bajo la forma de la OMC, el FMI, el Banco Mundial y otros organismos. En un grado cada vez mayor en todo el mundo en vías de desarrollo, la política democrática está siendo desplazada por incesantes demandas de «competitividad» y «crecimiento», cuya interpretación autoritaria (por parte de los órganos internacionales) exige la implementación de un paquete designado de políticas sociales, políticas y económicas, que hasta el momento parecen haber tenido un éxito más bien desigual en su intento de llevar competitividad y crecimiento, pero que parecen haber contribuido a diversas catástrofes nacionales, por ejemplo, recientemente en Argentina.

La ironía, como ya se observó, es que Estados Unidos sigue siendo el más grande defensor y promotor mundial del internacionalismo en asuntos económicos. Los países más débiles consideran correctamente que los programas de préstamos y «marketización» conducidos por los Estados Unidos reducen profundamente su capacidad de decidir por sí

mentales, véase Kenneth Anderson, «The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non-Governmental Organizations and the Idea of International Civil Society». *European Journal of International Law*, vol. 11, 2000, pp. 91, 95, 104. Véase, también FALK, Richard. «The United Nations and Cosmopolitan Democracy: Bad Dream, Utopian Fantasy, Political Project». En *Re-imagining Political Community*, supra nota 15, pp. 308 y 321-328; KOHLER-KOCH, Beate. «Organized Interests in European Integration: The Evolution of a New Type of Governance». En: WALLACE, H. y A. R. YOUNG (eds.). *Participation and Policy-making in the European Union*, 1997, pp. 50 y 54-56.

mismos cuáles deberían ser sus políticas sociales y económicas. Por cierto, los Estados Unidos no imponen precisamente la política económica a otros países; las élites dirigentes aceptan la castración de las políticas de sus países a fin de poner mano al dinero. Pero el resultado es el mismo: la democracia es privada de su contenido.

Por consiguiente, es preciso hacer algunas puntualizaciones a todo lo que se ha dicho acerca del unilateralismo de los Estados Unidos. Los Estados Unidos desempeñan roles totalmente contradictorios en el escenario internacional, abogando por el multilateralismo en el frente económico y oponiéndole resistencia en otros frentes. El motivo que tienen los Estados Unidos para promover las convenciones multilaterales de libre comercio, los tribunales económicos internacionales y las instituciones de marketización global, tales como el FMI, es, desde luego, que ha reparado en que el libre comercio y la marketización mundial sirven a los intereses de los Estados Unidos. (Cuando los Estados Unidos consideren que el proteccionismo interno es de interés nacional, al parecer está preparado para revertir también en este caso el unilateralismo). Pero si un compromiso con la democracia es lo que subyace actualmente al creciente unilateralismo de los Estados Unidos en materia de guerra, Derecho penal, derechos humanos y medio ambiente, el mismo compromiso es violado cada vez que las organizaciones económicas internacionales conducidas por los Estados Unidos paralizan las posibilidades de democracia bajo el disfraz de los principios del libre comercio o el carácter condicional de los préstamos.

Según un punto de vista que se remonta al pensamiento antiguo, la democracia sostiene que la política desempeña un papel especial en las aspiraciones y libertad humanas. Sostiene que, a través de la política, la gente debería determinar los principios y objetivos fundamentales que desea que su sociedad persiga. Sostiene, en suma, que el Derecho debería ser elaborado por los ciudadanos para ellos mismos, a través de un proceso colectivo de deliberación, interacción y decisión denominado política.

Por ahora, el caso es que todavía la política democrática solo puede darse —de ser el caso— a nivel de la nación y las instancias complementarias de la nación. (La Unión Europea (UE) todavía no ha demostrado ser un contraejemplo; pero si la UE se forjara satisfactoriamente como una meganación democrática, se convertiría en un ejemplo de este punto, no un contraejemplo). Actualmente, no existe democracia mundial ni ninguna perspectiva de que exista. Si hubiese tal perspectiva, Estados Unidos, como es lógico, utilizaría su poderío para oponerle

resistencia, porque es muy probable que la adopción de decisiones públicas mundiales le sería hostil a los Estados Unidos. De manera que, en este sentido, los Estados Unidos no es amigo de la democracia mundial. Pero Estados Unidos debería ser amigo de las esperanzas de un mundo *de* democracias — un mundo de Estados-nación autónomos, cada uno de ellos una democracia en su propia política.

Si hubiera democracia mundial, el Derecho internacional no sería una amenaza para la democracia. Sería una necesidad. Pero por ahora, las esperanzas de la política democrática están atadas a las vicisitudes del Estado-nación.

Según Habermas, la alianza de la democracia con la idea del estado-nación es un producto fortuito e ingrato del hecho (o lo que él considera ser el hecho) de que la democracia en el mundo moderno «nació de la Revolución Francesa».⁷³ Pero la interpretación de Habermas de la relación entre nacionalismo y democracia es característicamente europea, lo que significa que es simultáneamente francocéntrica y germanofóbica, traumatizada por la segunda guerra mundial. Por ende, tiende a hacer oídos sordos a las posibilidades de autogobierno nacional y constitucionalismo democrático nacidos de la Revolución Americana. Al mismo tiempo, tiende a ignorar o minimizar el daño que el constitucionalismo universal, que Habermas apoya, inflige a las perspectivas de variación, experimentación y cambio radical que abre la democracia nacional. Mientras la democracia esté aliada con el autogobierno *nacional* —y no con el gobierno *mundial*— la democracia seguirá siendo un ideal experimental: está dedicada a la posibilidad de variación, tal vez de variación radical, entre gente con diferentes valores y objetivos. El constitucionalismo nacional democrático puede ser provinciano *dentro de una nación determinada*, pero es cosmopolita cuando *atraviesa* diversas naciones. A los demócratas se les permite, incluso se espera de

⁷³ «El Estado-nación y la democracia son gemelos nacidos de la Revolución Francesa [...] La conciencia nacional y la convicción republicana en cierto sentido demostraron su buena disposición para luchar y morir por su propio país. Esto explica la relación complementaria que originalmente imperó entre el nacionalismo y el republicanismo: uno se convirtió en vehículo para el surgimiento del otro. Sin embargo, esta conexión socio-psicológica no significa que ambos estén vinculados a nivel conceptual». HABERMAS, Jürgen. «Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy», 1996, pp. 493-495 (P. Rehg trans., 1996) (no se muestran los cambios de párrafo).

ellos, que tomen rumbos distintos. Se les permite, incluso se espera de ellos, que se vayan al diablo a su manera.

Esto es lo que la ideología de derechos humanos internacionales y de un mercado global no permitirán. Ambas presionan para que se logre una uniformidad entre las naciones —una uniformidad acerca de algunas de las cuestiones más básicas de valor, significado, libertad y política— una uniformidad impulsada por fuerzas globales externas. Ambas, por consiguiente, se oponen a la democracia.

Por cierto, en la derecha, la respuesta será que una economía de mercado es condición previa para una democracia floreciente. El libre comercio internacional y las instituciones de crédito, se afirmará, no pueden ser llamadas antidemocráticas; son, por el contrario, condiciones necesarias (o la mayor esperanza) para el surgimiento de la democracia en todas partes. A esta objeción, la izquierda sin duda contestaría que la existencia de una economía capitalista, o al menos la forma particular que adopte, es en gran medida un asunto que las naciones independientes deben decidir por sí mismas. En consecuencia, la izquierda no se dejaría engañar por la afirmación de la derecha en el sentido de que existe una necesidad democrática trascendental del FMI o la OMC.

Pero la izquierda, por su parte, insistirá en que el orden internacional de derechos humanos, junto con, quizás, un orden mundial ambiental y militar, es condición previa para una democracia floreciente. Las convenciones y los tribunales internacionales de derechos humanos no pueden ser llamados antidemocráticos, se afirmará; por el contrario, los derechos humanos son condiciones necesarias de la posibilidad de democracia. Ante estas afirmaciones, la derecha responderá que la existencia de estos derechos, o al menos la forma particular que adopten, es en gran medida un asunto respecto del cual las naciones democráticas pueden discrepar.

La cuestión de las condiciones previas de la democracia es difícil y ha sido muy fustigada. La pregunta de si los mercados deberían preceder a la democratización, o la democratización a los mercados, en las sociedades en desarrollo, es un ejemplo particular de este debate. En este punto no intentaré decir nada nuevo sobre la materia. Pero las afirmaciones de que cualquier orden mundial particular, impuesto por las instituciones multilaterales, es una necesidad democrática trascendental deberían ser recibidas con sumo escepticismo. Por lo general, no nos dejamos engañar por estas afirmaciones cuando se hacen en nombre de ideologías o políticas con las que concordamos; deberíamos ser igual-

mente escépticos de estas afirmaciones cuando se hagan en nombre de ideologías o políticas que apoyamos.

Por cierto, en casos de crisis nacional y colapso político, el gobierno internacional ha producido —o al menos puede ser la mayor esperanza de que se produzca— estabilidad y democratización. Muchas de las naciones del mundo son actualmente incapaces de preservar una política democrática floreciente. Para ellas, el Derecho Internacional representa la esperanza de reforma económica y política que no pueden lograr por sí mismas. Pero cada vez que una nación se abandona a la tierna clemencia de los regímenes económicos o políticos internacionales, hay un precio que debe pagarse. Hay una pérdida para las esperanzas y perspectivas de democracia; un sacrificio de la idea de que los hombres y las mujeres pueden ser sus propios gobernantes, los artífices de su propia ley.

No discuto en este punto lo que ha de hacerse con los estados fallidos o autocráticos. El punto central es qué actitud debería adoptar una nación en funcionamiento y autodeterminada —una nación capaz de reivindicar su propio autogobierno— hacia el Derecho internacional, y a este respecto, los verdaderos beneficios que el gobierno internacional pueda haber logrado en la ex Yugoslavia u otras zonas de desastre no son pertinentes. No queda en claro cuántos Estados, fuera de Occidente, están en condiciones de luchar por la democracia en sus propios términos. Pero la noción de que la explicación de autogobierno nacional dada aquí es un lujo que solo se pueden permitir las naciones desarrolladas de Occidente es sin duda errada. Brasil y China son claros ejemplos de naciones cuya magnitud y éxito les permiten ir en pos del autogobierno en sus propios términos.

La justificación del unilateralismo que he esbozado aquí no justifica el imprudente desdén de los Estados Unidos hacia los puntos de vista de otras naciones. Por el contrario, Estados Unidos debería mostrar siempre un respeto amable hacia las opiniones de la humanidad. Los Estados Unidos sería un lugar mucho más seguro y saludable si pudiéramos recuperar parte del apoyo y afecto que hemos perdido. Siempre es mejor actuar con, y no sin, la espontánea cooperación de otras naciones, especialmente las naciones democráticas. Muchos problemas que los gobiernos enfrentan hoy tienen dimensiones internacionales, lo que hace que la necesidad de cooperación internacional sea más apremiante que nunca. El unilateralismo no tiene una reacción desfavorable frente a la cooperación internacional o la formación de coaliciones. Lo que le genera una reacción hostil es el cambio que se produce cuando

esta cooperación internacional adopta la forma de acuerdos obligatorios que deben ser administrados, interpretados y aplicados por organismos multilaterales. Naturalmente, este es el tránsito de la *cooperación* internacional al *Derecho internacional*. Puesto que, si el deseo es que la ley se cree democráticamente, en las condiciones actuales ello no puede hacerse internacionalmente.

El punto central es, entonces, el siguiente: el compromiso de los Estados Unidos con el autogobierno democrático le da, por cierto, razones para mostrarse escéptico ante los regímenes legales internacionales, estructurados, como lo están actualmente, en torno a principios antinacionalistas y antidemocráticos. Le da a los Estados Unidos, así como a otras naciones democráticas, razones para oponer resistencia al Derecho internacional y el gobierno internacional.

5. CONCLUSIÓN: PELIGROS DEL UNILATERALISMO DE LOS ESTADOS UNIDOS

Finalmente, deseo manifestar algunas ideas sobre los peligros que representa el unilateralismo de los Estados Unidos. En relación con la política exterior de los Estados Unidos, casi no necesito explicarlos en detalle. Desde el punto de vista global, el unilateralismo de los Estados Unidos puede ser el peor de todos los mundos. Los Estados Unidos se sienten libres de proyectar su economía, fuerza militar y cultura por todo el mundo, mientras se niega, cada vez más, a constituirse en parte de las convenciones internacionales o a someterse a las estructuras de gobierno multilaterales.

Por cierto, vale la pena recordar que el mundo también estaría amenazado de ciertos peligros si los Estados Unidos fuera aislacionista o internacionalista, en lugar de ser unilateralista. Un Estados Unidos aislacionista no habría rescatado a Europa de los alemanes hace sesenta años. Un Estados Unidos completamente internacionalista no habría llevado a la OTAN a detener el genocidio en Kosovo. Pero los peligros que representa un ejército norteamericano agresivo y unilateralista son, obviamente, enormes.

Pero el unilateralismo de los Estados Unidos, si se interpreta a través del lente que he descrito, violará su propio espíritu y principios si se convierte en un instrumento del imperio. El tipo de unilateralismo que he descrito obedece a las aspiraciones de la democracia. No justificaría —por el contrario, condenaría enfáticamente— una nueva auto-proclamada misión de los Estados Unidos para civilizar al mundo por

la fuerza, para colonizar y americanizar. Contemplaría con el mayor escepticismo y hostilidad cualquier intervención militar de los Estados Unidos en la política interna de otros Estados democráticos.

Pero el gran hecho inquietante del gobierno global del siglo XXI es que los Estados Unidos está condenado a convertirse en una especie de policía del mundo. En cierto sentido, la frase es absolutamente inadecuada, porque sugiere una obligación o autoridad para intervenir en todo quebrantamiento de la paz en cualquier parte del mundo, una autoridad que los Estados Unidos no reclamará ni ejercerá.⁷⁴ Pero en otro sentido, la idea de los Estados Unidos como policía del mundo es acertada e inevitable. Con el desarrollo de pequeñas e incontenibles tecnologías nucleares, y con la incapacidad de la ONU para hacer este trabajo, los Estados Unidos se acostumbrará a usar la fuerza en países extranjeros contra actividad criminal real o presunta —contra movimientos terroristas y Estados terroristas (o Estados que colaboren con los terroristas)— en mucho mayor medida que antes. Este nuevo rol de los Estados Unidos no es en sí ilegítimo o censurable. Pero es sumamente peligroso.

Es peligroso para el resto del mundo debido a que el mundo dependerá de las decisiones de los Estados Unidos acerca de qué amenazas a la paz mundial son suficientes para requerir la intervención militar. Será peligroso para los Estados Unidos por una razón igualmente evidente: la probabilidad de eventuales, si bien aislados, actos terribles de represalias contra nosotros por los movimientos terroristas que elegimos como blancos. Pero los Estados Unidos enfrentará otro peligro más sutil que este.

Los presidentes norteamericanos estarán tentados de usar el rol de policía del mundo como una justificación para, o un vehículo de, un nuevo militarismo norteamericano, en el que los Estados Unidos esté constantemente en camino o preparación para la guerra. Si Irak es solo la primera de una serie de guerras agresivas, los Estados Unidos se convertirá en algo que nunca ha sido —o, en todo caso, en algo que nunca debería ser. Llevará a la quiebra no solo su erario, sino además su ética democrática en el proceso. Ya en los Estados Unidos, el presidente ha asumido la postura de que los ciudadanos —no los prisioneros de guerra, no las personas capturadas con las fuerzas talibán en Afga-

⁷⁴ Reisman [citado].

nistán, sino los ciudadanos norteamericanos detenidos en nuestras propias calles— pueden ser encarcelados simplemente en virtud de una declaración presidencial de estatus de «enemigo».⁷⁵ Las democracias pueden emprender una guerra cuando sea necesario, pero no pueden convertirse en Estados militares sin renunciar al espíritu de libertad que hace que la democracia valga la pena.

Debido a estos peligros, tanto para los Estados Unidos como para el mundo, soy antiunilateralista dentro de los Estados Unidos. Pero en este punto ya no me refiero al unilateralismo de los Estados Unidos en relación con otras naciones. Me refiero al unilateralismo del Presidente de los Estados Unidos en relación con el Congreso y el Poder Judicial de los Estados Unidos.

A partir del 11 de septiembre, la Casa Blanca ha mostrado una marcada predilección por evitar la participación de los sectores coordinados del gobierno federal. La insistencia inicial del Presidente en que no necesitaba la aprobación del Congreso para emprender la guerra contra Irak⁷⁶ constituyó un vívido ejemplo de este unilateralismo *intranacional*. Otro ejemplo es la creación de un enclave presidencial de los Estados Unidos en Cuba, regido por las fuerzas militares de los Estados Unidos, supuestamente fuera de la jurisdicción del poder legislativo y judicial de los Estados Unidos.⁷⁷ Y otro ejemplo es el tratamiento impuesto por el Presidente dentro de los Estados Unidos de «enemigos combatientes», sujetos a detención indefinida a discreción del ejecutivo, sin revisión judicial.⁷⁸

A medida que Washington escapa del multilateralismo del orden jurídico internacional actual, que gira en torno a la ONU, los frenos y equilibrios proporcionados por la Constitución de los Estados Unidos se vuelven proporcionalmente más decisivos en la tarea de imponerle restricciones al ambicioso alcance de las acciones presidenciales. Este aspecto del unilateralismo de los Estados Unidos suele ser desatendido con demasiada frecuencia. Actualmente, la Casa Blanca es de hecho doblemente unilateralista. No solo asume la posición de que es libre de actuar con o sin el consentimiento de la comunidad internacional. Asume además la posición de que es libre de actuar con o sin el consenti-

⁷⁵ [Citado].

⁷⁶ [Citado].

⁷⁷ [Citado].

⁷⁸ [Citado].

miento del Congreso o el poder judicial de los Estados Unidos. No solo es unilateralista en el exterior, sino además unilateralista en su propio país.

Si los norteamericanos están dispuestos a apoyar a su Presidente en el primer tipo de unilateralismo, tienen una responsabilidad especial y cada vez mayor de oponer resistencia al segundo tipo. Y los demás participantes en el gobierno de los Estados Unidos tienen la misma responsabilidad. Por ejemplo, si el ejecutivo de los Estados Unidos está dispuesto a proyectar su fuerza de forma unilateral fuera del territorio de los Estados Unidos, las cortes tienen la correspondiente obligación de ampliar, en todos los lugares donde se emplee la fuerza norteamericana, las protecciones y restricciones al ejecutivo impuestas por las leyes emanadas del Parlamento o el Derecho constitucional de los Estados Unidos. El unilateralismo internacional no solo se vuelve especialmente peligroso cuando se combina con el unilateralismo intranacional, sino que el segundo desobedece abiertamente los únicos principios —los principios del autogobierno constitucional— sobre los que el primero podría descansar justificadamente.

Sin embargo, los indicios en este frente no son optimistas. El Congreso de los Estados Unidos no parece funcionar como un freno a la ambición global presidencial. El Poder Judicial ha restringido, y no extendido, el alcance extraterritorial de las protecciones legales de los Estados Unidos,⁷⁹ y parece, en el frente interno, estar capitulando frente a los flagrantes abusos del ejecutivo.⁸⁰ El pueblo norteamericano mismo no parece esperar o exigir otra cosa.

Hay fracasos muy graves. Un Congreso y un Poder Judicial rígidos no cumplirían con las responsabilidades esenciales al poder mundial de los Estados Unidos. Hoy en día no es claro si el sistema norteamericano puede proporcionar o proporcionará los contrapesos que necesita el unilateralismo presidencial. Y si no podemos refrenar nuestro propio poder global, el mundo podría quedarse sin ninguna instancia a la que recurrir, salvo el cielo.

⁷⁹ [Caso que confirma, en contra del cuestionamiento constitucional, la captura de acusados extranjeros y su retorno forzoso para su juzgamiento aquí].

⁸⁰ [Citado. Casos que confirman las limitaciones del derecho a reunirse y hacer marchas de protesta en la ciudad de Nueva York; confirman el tratamiento de «combatientes enemigos»; confirman la nueva mayor laxitud de los requerimientos para realizar vigilancias].