

Derecho internacional, teoría de los juegos, y moralidad

Fernando Tesón *

Traducción de Lelia Mooney Sirotnsky

INTRODUCCIÓN

A partir de la obra de Grocio, los juristas han identificado al consentimiento de los estados como el fundamento del derecho internacional.¹ De acuerdo con esta teoría (llamada positivismo), solamente las dos formas standard del consentimiento, la costumbre y el tratado, crean derecho internacional.² La costumbre es consentimiento agregado a través del tiempo, o aquiescencia de la mayoría o algunos de los estados (costumbre universal o regional) a un comportamiento mutuo; un tratado es el producto del consentimiento dado en un acto. Existen distintas versiones del positivismo, pero la más difundida afirma que los estados prestan consentimiento motivados por el *interés*.³ Desde este punto de vista, los estados crean derecho internacional en dos etapas: primero identifican temas de interés común, y luego prestan consentimiento a aquellas normas que mejor respetan tales intereses. Los estados celebran tratados y crean costumbre a fin de cooperar, si sus intereses convergen; o de alcanzar compromisos aceptables, si sus intereses divergen. Ellos prestan su consentimiento al derecho internacional a partir de su interés particular, y a su turno, su consentimiento crea obligaciones jurídicas. Así, el positivismo descansa sobre dos pilares: el interés nacional y el consentimiento estatal. De acuerdo a la tesis que aquí examino, los estados actúan motivados por el interés nacional

* Profesor de Derecho, Arizona State University y Universidad Torcuato Di Tella. Este trabajo forma parte de su libro *A Philosophy of International Law* (Westview Press, 1998).

1. Sería demasiado extenso incluir una lista de autores positivistas de derecho internacional. Un ejemplo representativo incluye: Louis Henkin, *How Nations Behave* (1979); Thomas P. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations* (1990); Ian Brownlie, *Principles of International Law* (1990); George Schwarzenberg, *The Inductive Approach to International Law* (1965); Lassa Oppenheim, *International Law* (H. Lauterpacht 8va. edición, 1955). Hans Kelsen, posiblemente el positivista más profundo plantea problemas especiales porque rechaza expresamente el consensualismo. Ver Hans Kelsen, *Principles of International Law*, págs. 152-155; 311-317 (1952). En otro lugar he demostrado por qué considero que Hans Kelsen es un consensualista. Ver Fernando R. Tesón, "International Obligation and the Theory of Hypothetical Consent," *Yale Journal of International Law*, vol. 15, 1990, págs. 84, 98, 99. El positivismo como una teoría de jurisprudencia internacional es una subespecie del positivismo como una teoría general de la jurisprudencia, pero no son idénticas. Ambas rechazan las apelaciones a la moralidad o al derecho natural. Pero mientras el positivismo internacional descansa en el consentimiento del estado, el positivismo general simplemente cree que la verdad de las proposiciones jurídicas no depende de la verdad de proposiciones morales.

2. No exploro aquí "los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas," (artículo 36 (c) del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia) debido a que son menos importantes en la práctica y también porque la mayoría de los autores los conciben de manera positivista, como aquellos principios del derecho reconocidos en las leyes internas de los estados. Ver, Walter Friedmann, "The Uses of 'General Principles' in the Development of International Law," *American Journal of International Law*, vol. 57, 1963, págs. 279, 282-83.

3. Ver, por ejemplo, Henkin, en nota 2, págs. 32-37 de *A Philosophy of International Law*.

cuando se enfrentan con otros estados y crean, como resultado de dicha interacción, normas que regulan temas de interés común. Según los positivistas, pues, el derecho internacional surge como una solución normativa al conflicto de intereses nacionales en las relaciones entre estados.

En el presente trabajo afirmo que el positivismo así concebido es insostenible, en virtud de tres razones que a continuación describiré brevemente. Primero, la apelación simultánea que efectúan los positivistas al interés nacional y al consentimiento del estado les impide explicar adecuadamente el concepto de *obligación* internacional. Segundo, las naciones pueden prestar su consentimiento a cosas inmorales. Tercero, el consentimiento de un gobierno a una norma no implica el consentimiento de la población de ese estado a la norma. Por otra parte, si bien rechazo el positivismo como tesis conceptual defiendo, al mismo tiempo, la explicación normativa de la obligación internacional ofrecida por los juristas, en contra de la explicación preferida por los especialistas en relaciones internacionales. Esta última descansa en la atribución exclusiva de razones prudenciales a los estados. En la próxima sección presento algunos problemas surgidos de la aplicación del Dilema del Prisionero a las relaciones internacionales. En la sección III, explico por qué la teoría de los juegos resulta insuficiente para explicar la opción moral. La sección IV (A) analiza el concepto de tratado y concluye afirmando que la teoría de los juegos no puede explicar la obligación de respetar tratados. La sección IV (B) propone un análisis del concepto de costumbre basado en la teoría de los juegos y concluye afirmando que si bien la teoría de los juegos es útil para predecir el nacimiento de la costumbre, no puede explicar por qué obligan las normas consuetudinarias. La sección V sugiere que los principios *pacta sunt servanda* y *opinio juris* se entienden mejor como condenas morales a la defección unilateral de las normas internacionales creadas para resolver el Dilema del Prisionero. En la sección VI muestro que el consentimiento del estado no puede generar obligaciones si uno acepta que los gobiernos no pueden válidamente prestarlo para fines inmorales; esto es, si uno acepta, como lo hacen los juristas, el concepto del *jus cogens*. Finalmente, la sección VII reformula, en términos de la teoría de los juegos, la crítica al estatismo que esbocé en trabajos anteriores.⁴ En el Apéndice ilustro el Dilema del Prisionero con un ejemplo.

EL INTERÉS NACIONAL Y LA TEORÍA DE LOS JUEGOS

El positivismo ofrece una respuesta simple a la pregunta más antigua del derecho internacional: ¿por qué los estados deben obedecer el derecho internacional? No obstante ser la más antigua, esta pregunta es también ambigua, ya que quien la formuló podría estar indagando sobre cualquiera de las siguientes cuestiones:

- 1 ¿Qué motiva *de hecho* a los estados a obedecer el derecho internacional?
- 2 ¿Existe una razón *prudencial* para que los estados obedezcan el derecho internacional?
- 3 ¿Existe una razón *moral* para que los estados obedezcan el derecho internacional?

4. Ver mis trabajos *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, segunda edición (Transnational Publishers, 1997); y *A Philosophy of International Law*, op.cit., especialmente los capítulos 1 y 2.

La primera ha atraído la atención de la mayoría de los juristas.⁵ Su respuesta requiere una investigación sobre la motivación del estado y consistirá en un estudio descriptivo y sociológico de por qué éste se comporta de la manera en que lo hace. La segunda pregunta exige un análisis más complejo: uno tendría que determinar cómo se deberían comportar las naciones si comprendieran correctamente cuál es su interés nacional. Finalmente, la tercera pregunta es normativa y exige recurrir a una teoría normativa (político- moral) de las relaciones internacionales.

La apelación al interés nacional vincula el positivismo a una tradición diferente en el estudio de las relaciones internacionales: el Realismo.⁶ Esta tradición no se concentra en la tercera pregunta (razones morales existentes para obedecer el derecho internacional) sino que lo hace en las dos primeras. El comportamiento internacional de los estados, afirman los Realistas, está determinado por la naturaleza del sistema internacional examinado a la luz de la estructura de incentivos enfrentada por los gobiernos de estados soberanos en sus relaciones mutuas. El análisis Realista descansa en la importancia central de los incentivos *estratégicos* –aquellos que tienen los gobiernos racionalmente interesados a la luz del comportamiento esperado de los demás. La explicación Realista del comportamiento internacional ubica en lugar primordial el cálculo, por parte de los gobiernos, de los costos y beneficios, o réditos, generados por la interacción estratégica. El instrumento teórico que los autores han utilizado para este análisis es la teoría de los juegos.⁷ La teoría de los juegos es particularmente útil para las relaciones internacionales porque la ausencia de un gobierno mundial ubica a los actores internacionales en una situación de interacción puramente estratégica, en la que están únicamente restringidos, en su prosecución del interés nacional, por los límites que les impone el comportamiento de los demás. Si los estados se niegan a cooperar entre sí uno no puede recomendar la intervención gubernamental (como rutinariamente podría hacerlo cuando los individuos dentro del estado se niegan a cooperar) por la buena razón de que no existe un gobierno mundial. Contrariamente a lo que sucede en el ámbito del derecho nacional, en la mayoría de las situaciones internacionales los réditos esperados para los estados no se alteran por la amenaza de sanciones debido a que éstas son inexistentes o débiles.⁸ Así, los incentivos estratégicos ocupan un lugar central en la conducción de la política exterior.

La teoría de los juegos enseña que, aún siendo eficiente, la cooperación internacional es difícil porque muchas situaciones internacionales toman la forma del Dilema del Prisionero (PD). (El lector que no esté familiarizado con la lógica del Dilema del Prisionero hallará útil consultar el Apéndice.) Este análisis de las relaciones internacionales explica por qué los estados, que operan en una situación semi-anárquica y a quienes les convendría cooperar, sin embargo

5. Ver, por ejemplo, Harold Koh, "Why Do Nations Obey International Law?", *Yale Law Journal*, vol. 107, 1997, pág. 2599.

6. Escribo "Realismo" con mayúscula para evitar confusión con el uso ordinario del término.

7. Para una discusión general del uso de la teoría de los juegos en el ámbito de las relaciones internacionales, ver Duncan Snidal, "The Game Theory of International Politics", en *Cooperation Under Anarchy*, vol. 25, 1986 (Kenneth A. Oye, ed.)

8. Para un estudio sobre la teoría de los juegos en el derecho nacional, ver Douglas C. Baird & Robert H. Gertner, *Game Theory and the Law* (1994).

frecuentemente se niegan a hacerlo: la cooperación mutua no es automática aún cuando sea preferible a la deserción mutua. A menudo, los estados se niegan a cooperar porque temen ser explotados por otros estados. La estrategia dominante para cada uno es desertar; y como todos los estados razonan de la misma manera el resultado más frecuente es la deserción mutua.⁹ Como en la gran mayoría de los casos la comunidad internacional carece de poder para restringir las deserciones, todos quedan atrapados en la lógica corrosiva del Dilema del Prisionero.

Sin embargo, este análisis obliga a formular algunas observaciones. En primer lugar, no todas las situaciones internacionales toman la forma del PD.¹⁰ Los estados pueden hallarse tanto en situaciones de conflicto como en situaciones de cooperación; más usualmente, pueden abordar cuestiones comunes que comprendan simultáneamente el conflicto y la cooperación.¹¹ En una situación de conflicto cualquier cambio en el resultado transforma a un jugador en más rico y a otro en más pobre. Una situación de puro conflicto es aquella en la cual *cualquier* cambio en el resultado deja a un jugador más rico y al otro más pobre. En cambio, en una situación de cooperación cualquier cambio que enriquece a un jugador enriquece también al resto. Si los intereses de dos estados coinciden, su comportamiento racional es cooperar siempre. No necesitan negociar entre ellos o comunicarse porque están guiados por una mano invisible. Los teóricos de las relaciones internacionales llaman a esta matriz Armonía.¹² Los estados no necesitan cooperar porque el interés particular de uno convergerá con el interés igualmente particular del otro: no surgen beneficios de la deserción. El comportamiento en propio interés converge en una armonía espontánea y no necesitan cooperar o coordinar conscientemente. A la inversa, a veces los estados no pueden alcanzar el beneficio mutuo de la cooperación porque no existen intereses comunes. Este es el juego de la Traba.¹³ Los estados carecen de intereses comunes: un estado puede no obtener nada si decide cooperar aún cuando el otro estado también decida cooperar. En ambas situaciones, cada estado carece de incentivos para preocuparse por el comportamiento del otro. Se benefician ignorándose entre ellos.

Algún optimista podría confundir las situaciones de Armonía o Traba con casos genuinos de PD. Si dos estados vecinos inician la carrera armamentista, esto puede ocurrir porque cada uno teme ser explotado por el otro si se desarma (PD); o porque no existe ventaja alguna, suceda lo que suceda, en desarmarse, independientemente de lo que haga el otro (Traba). Igualmente, si dos estados se desarman, esto puede ocurrir ya sea porque han decidido cooperar o bien porque espontáneamente les conviene. En el primer caso, por ejemplo, podrían estipular garantías adecuadas o represalias por incumplimiento (una solución para el PD). En el segundo caso, a cada uno le conviene desarmarse sin importarle qué haga el otro (Armonía).

9. Para una definición de la estrategia dominante ver id. pág. 306.

10. Ver Kenneth A. Oye, "Explaining Cooperation Under Anarchy: Hypotheses and Strategies," en *Cooperation Under Anarchy* págs. 1, 6; 1986 (Kenneth A. Oye ed.)

11. Adopto las definiciones que siguen de Russel Hardin, *Morality Within the Limits of Reason* págs. 32-33, 1988.

12. Ver Oye, nota 9 supra, págs. 6-7; también ver Robert Keohane, *Después de la Hegemonía*, págs. 51-55, 1984.

13. Ver Oye, nota 9 supra, págs. 6-7. Keohane lo llama Discordia. Keohane, nota 10 supra, en págs. 51-54.

Así lo describe Kenneth Oye:

Si uno observa una situación de conflicto es lógico pensar en la Traba -la ausencia del interés mutuo- antes de preguntar por qué no se alcanzó el interés mutuo. Si uno observa una situación de cooperación es lógico pensar en Armonía -la ausencia de beneficios por deserción- antes de preguntar por qué los estados fueron capaces de trascender las tentaciones del abandono.¹⁴

Las situaciones internacionales pueden también adoptar la forma del Dilema de la Coordinación.¹⁵ En esta matriz, la cooperación es el resultado eficiente, pero existen varias opciones cooperativas y las partes no pueden identificar fácilmente cuál de ellas escogerán las otras. Tomemos el caso de los fabricantes de discos compactos y de los reproductores de discos compactos. Las dos industrias están interesadas en cooperar para vender sus productos a los consumidores. Para que esto ocurra es crucial que lleguen a un acuerdo sobre el tamaño standard del disco compacto. No importa mucho el tamaño, pero deben acordar uno en especial para lograr con éxito su objetivo común. Luego de que hayan arribado a un acuerdo sobre el tamaño, resulta irracional alejarse de la norma. Esto ocurriría, por ejemplo, si un fabricante de CDs o reproductores de CDs los produjera de un tamaño diferente: no se obtendrán ganancias comportándose de esta manera. Todos saben que serán más ricos si escogen un tamaño en conjunto. Si no coordinan sus acciones no habrá cooperación. Así, en estas situaciones las partes cooperan cuando una de ellas identifica una alternativa cooperativa y hace notar a las otras su intención de comportarse de acuerdo a ella.

Esta opción se transforma en la característica *predominante* de la interacción, y se incrementa cuando se reitera indefinidamente.¹⁶ El resultado es estratégicamente estable porque ninguna parte tiene interés en desertar. Por ejemplo, los estados parte de un tratado multilateral tienen interés en conocer qué reservas formulan otros estados como así también cuándo y cómo pueden objetar a tales reservas. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prevé algunas reglas de procedimiento para presentar y objetar a reservas.¹⁷ Presumiblemente, a los gobiernos no les importa demasiado cuáles sean tales reglas (por ejemplo, si la fecha límite para objetar a una reserva debería ser 12 ó 18 meses) pero sí quieren que todos los estados acepten una de las dos alternativas. Mientras en la matriz de la Coordinación los estados enfrentan obstáculos iniciales a la cooperación causados por su incertidumbre sobre los movimientos de los demás, dichos obstáculos no son tan graves como en el caso del PD y hay, por tanto, mayores oportunidades de cooperación mutua.

Una segunda observación es también standard: cuando se repite el PD, la cooperación puede surgir como una estrategia a largo plazo. Los jugadores pueden alejarse de la estrategia dominante de la deserción mutua cuando contemplan la posibilidad de relacionarse nuevamente en el futuro- esto se llama

14. Ver Oye, nota 9 supra pág. 7.

15. Ver Edna Ullman-Margalit, *The Emergence of Norms*, págs. 77-83, 1977.

16. Ver Martin Hollis, *The Cunning of Reason*, pág. 32, 1987.

17. Ver la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, artículos 19-23, *Documento de las Naciones Unidas A/Conf. 39/27* (luego de la Convención de Viena). La interacción estatal puede tomar otras formas estratégicas: el juego de la gallina, el juego de la negociación, etc. Ver generalmente Ullman-Margalit, nota 15 supra.

reiteración.¹⁸ Tal como lo demostró Robert Axelrod, si los actores tienen esta expectativa, la mejor estrategia a largo plazo con la que cuentan puede ser cooperar.¹⁹ La motivación es puramente prudencial: uno tiene que encontrarse con los mismos actores en el futuro. Un ejemplo de reiteración se da cuando la comunidad posee *cohesión social*. La teoría de los juegos concibe a los estados como *agentes anómicos*, es decir, preocupados exclusivamente por su interés personal e incapaces de hacer promesas recíprocas.²⁰ Pero si existe una gran cohesión social en la comunidad internacional, la deserción es costosa: el desertor será sancionado en relaciones futuras con los mismos jugadores. Aquí la matriz reflejará las nuevas ganancias que serán modificadas por las consecuencias de largo plazo producto de la deserción. Además, que la comunidad internacional, o un subgrupo regional, tengan la suficiente cohesión como para reducir el número de deserciones es, por supuesto, un hecho contingente. Veamos el caso presentado por la alianza de naciones democráticas surgida luego de la guerra fría. Un análisis de la alianza a la luz de la teoría de los juegos puede verla como una comunidad relativamente cohesionada donde los gobiernos democráticos tienden a cooperar. Lo hacen porque prevén interacciones futuras y no están preparados para pagar el costo de una sanción por deserción. Esta descripción de la alianza liberal es, sin embargo, incompleta. Su deficiencia proviene de una debilidad de la teoría de los juegos: su dificultad para explicar la opción moral. En la siguiente sección exploro este problema.

LA DIFICULTAD DE LA TEORÍA DE LOS JUEGOS PARA EXPLICAR EL COMPORTAMIENTO MORAL

Desde el punto de vista de la filosofía moral, las personas son agentes éticos que, a veces, actúan éticamente motivados. ¿Cómo explica la teoría de los juegos el comportamiento ético? Supongamos que un gobierno democrático intente aislar un régimen tiránico por medio de sanciones comerciales. Otros gobiernos, sin embargo, se niegan a unirse a esta medida porque quieren aprovecharse del boicot y, así, poder comerciar con el régimen y ocupar el vacío comercial producido por tal medida. El primer gobierno continuará haciendo lo que cree correcto, aún cuando debido a eso se exponga a ser explotado por otros. Algunos autores denominan a esta conducta irracional o extra-irracional.²¹ Otros, sin embargo, explican las opciones morales de manera distinta. De acuerdo a Robert Keohane, un agente tiene una preferencia ética cuando prefiere ser explotado antes de actuar de manera inmoral.²² La matriz será la siguiente:

	Cooperador	Desertor
Cooperador	4\2	3\4
Desertor	2\1	1\3

18. El trabajo clásico es Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, 1984.

19. Id. págs. 12-24; ver también Keohane, nota 12 supra, págs. 75-78.

20. Ver Keohane, nota 12 supra, págs. 73-74.

21. Ver, por ejemplo, Russell Hardin, *Collective Action* 117-122, 1982.

22. Ver Keohane, nota 12 supra, pág. 74.

Aquí, el jugador de la Fila es ético mientras que el jugador de la Columna no lo es. Tratemos de hacer una posible interpretación de la actual situación en Cuba. Fila (los Estados Unidos) ha decidido aplicar sanciones comerciales al régimen de Castro basándose en las serias violaciones a los derechos humanos.²³ Al hacer esto, Estados Unidos sufre una pérdida económica debido a que Columna (digamos la Unión Europea) se niega a unirse al boicot y, en su lugar, comercia con el régimen cubano. Supongamos que el gobierno de Estados Unidos cree que es correcto hacer el boicot debido a la importancia de que los estados respeten los derechos humanos. Por ello decide imponer tal sanción aunque le resulte costoso. Según el análisis de Keohane, esto significa que el gobierno de los Estados Unidos prefiere actuar éticamente independientemente de lo que haga la Unión Europea. De esta manera, la matriz no es una estructura PD, como ya lo señalé. La primera preferencia de los Estados Unidos es efectuar el boicot y que la Unión Europea adhiera a él (cooperación mutua). La segunda preferencia de Estados Unidos es hacer el boicot aún cuando la Unión Europea no adhiera y comercie con Cuba (cooperación no correspondida). Desde esta perspectiva, el comportamiento ético *quiere decir* comportamiento que el actor escoge aún cuando sabe que otros se aprovecharán de él. El agente ético prefiere ser explotado en lugar de actuar de manera inmoral.

En una vertiente similar, Robert Cooter explica el proceso de internalización de una norma como la situación donde el agente experimenta un “carga de conciencia” por su violación. Es por ello que coopera para alterar los réditos psicológicos.²⁴ Podemos decir (siguiendo a Cooter *mutatis mutandi*) que la comunidad internacional comprende tanto a los cooperadores como a los desertores. A su vez, algunos cooperadores actúan motivados por respeto al derecho internacional (cooperadores principistas) mientras que otros lo respetan por conveniencia (cooperadores accidentales). Cooter define a un agente principista como aquel que coopera aún cuando el rédito objetivo que obtiene sea ligeramente menor que el que lograría por desertar.²⁵ Estos agentes han internalizado la norma. Los agentes accidentales, en cambio, son aquellos que cooperarán sólo si el rédito derivado de tal accionar es, como mínimo, tan alto como el de la deserción: no han internalizado la norma. Así, los gobiernos que actúan motivados por el respeto al derecho internacional están decididos a sacrificar sus intereses levemente, mientras que aquellos que lo obedecen meramente por conveniencia no renuncian siquiera a ese pequeño beneficio. En nuestro ejemplo de Cuba, tal vez la Unión europea podría unirse a las sanciones contra la isla si ello no les causara costo alguno. Pero si la condena al régimen de Castro les causa una pérdida económica mayor que los beneficios derivados de la condena, la Unión europea abandonará la medida. Por ello, de acuerdo al análisis de Cooter, la Unión europea podría ser un desertor o, como máximo, un

23. Ver *Amnesty International Report* 132 de 1997 por el tema de los derechos humanos en Cuba.

24. Ver Robert D. Cooter, “Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant,” *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144, 1996, págs. 1643, 1662-63. Cooter reconoce que los Kantianos están en desacuerdo con esta caracterización de la motivación moral. Id. pág. 1663.

25. Ver Id. en 1667. La discusión de Cooter sobre derecho consuetudinario incluye otros temas más relevantes para derecho internacional que no puedo tratar aquí, tales como el análisis de los costos de la obligación de cumplimiento horizontal del derecho.

cooperador accidental. Pudo no haber internalizado la norma moral que prescribe la condena a los regímenes despóticos. Por otro lado, en nuestro ejemplo el gobierno norteamericano sería un cooperador principista porque estaría dispuesto a sufrir pequeñas pérdidas por su comportamiento moral. Sin embargo, de acuerdo al esquema de Cooter, cuando las pérdidas son altas (como presumiblemente lo serían si los Estados Unidos decidieran condenar a China por los abusos a los derechos humanos) Estados Unidos desertaría. Desde esta perspectiva, el gobierno de este país continuará siendo un agente principista, porque está dispuesto a pagar *algún* costo por ser fiel a sus principios. Esta visión parece implicar que cuando el costo de la virtud es alto, el comportamiento principista es irracional.

Si bien la teoría de los juegos puede ayudar a comprender muchos aspectos del comportamiento humano, la justificación que ofrece del comportamiento ético es insatisfactoria. Dicha explicación no da cuenta de la diferencia entre una mera preferencia y una opción moral. En efecto, estas dos acciones difieren sustancialmente en cuanto a su naturaleza.²⁶ Si un agente escoge éticamente, no está eligiendo simplemente un curso de acción a otro en función de un cálculo de réditos esperados en su propio interés. Simplemente lo hace porque piensa que es lo correcto. Si su decisión está genuinamente motivada por un sentido del deber, ella anula a las demás opciones. Esto significa que el agente ético no efectúa un cálculo de réditos en función de su interés personal (al menos, tal vez, hasta el punto donde el costo para el agente se vuelve prohibitivo). Un agente moral no ejecuta su tarea porque así incrementa sus réditos; de hecho, la situación es exactamente opuesta: el agente ético a menudo escoge *en contra* de sus inclinaciones, en contra de sus preferencias.

En las relaciones internacionales, el actor moral genuino no está simplemente sopesando las alternativas en términos de réditos esperados para los intereses nacionales, como las propuestas de Keohane y Cooter parecen sugerir. Lo que caracteriza al deber moral es que estamos obligados a hacerlo *especialmente* cuando es costoso para nosotros, cuando frustramos algunos de nuestros intereses o preferencias. Por ello, la opción moral no puede ser descripta adecuadamente por un análisis estratégico.

Como lo hace notar Kant, la postura según la cual la opción ética es simplemente una preferencia más deriva de la ambigüedad de la palabra "bueno".²⁷ La palabra puede significar algo que es bueno en sí mismo, o bueno sólo en forma relativa, como medio para lograr un fin ulterior. El acto de cumplir con un principio moral, sin referencia a un fin ulterior, cae dentro de la primera categoría y entonces es *esencialmente* diferente del acto de búsqueda de nuestro interés, nuestra felicidad.²⁸ Esta confusión resulta en una segunda ambigüedad: la de la palabra "preferencia". Es tautológicamente cierto que si un agente decide hacer X en lugar de Y (por cualquier razón, incluyendo una razón moral) entonces prefiere X a Y.²⁹ Los teóricos de juegos tratan a esta tautología como

26. Ver Immanuel Kant, "On the Common Saying: 'This May be True in Theory, But It Does Not Apply in Practice,'" en Kant's Political Writings págs. 61, 67-68 (Heiss ed.), 1991. Aquí sigo la interpretación del ensayo de Kant hecho por Jeffrie G. Murphy en su espléndida pieza, "Kant On Theory and Practice," 37 Nomos 47, 1995.

27. Ver Kant, nota 26 supra, pág. 67.

28. Ver Id.

29. Ver Murphy, nota 26 supra, pág. 60-1.

una verdad de fondo, como comprobación de que todos los agentes tienen preferencias (llámense como se llamen, inclusive “acción moral”). Pero si X es el deber moral del agente y éste actúa por motivación moral, entonces X no es una preferencia más, en el sentido más estrecho en que el término es utilizado por los economistas y teóricos de juegos, es decir el sentido de optar por X porque así maximiza su interés con respecto a Y. Si el agente tiene una razón deontológica para realizar X, entonces tal acción no es sólo otra preferencia relativa. Tal como Jeffrie Murphy lo presenta: el conflicto entre deber e inclinación no es conflicto *dentro* de mi persona empírica sino *con* mi persona empírica.³⁰ El corolario de la objeción es el siguiente: a veces los gobiernos actuarán éticamente, por deber, y esto no es reducible a un intento de acrecentar el interés nacional. Esta conclusión no condice con la postura según la cual el comportamiento ético es irracional o extra-razional. Por supuesto, el comportamiento moral es irracional en el sentido trivial de que no es estratégico, pero no existe razón alguna para confinar el comportamiento racional al comportamiento estratégico. El comportamiento ético es el resultado de la motivación que los teóricos de juegos no pueden, por definición, aceptar la motivación moral. Sólo necesitan saber que el agente ejecutó X; y este conocimiento es suficiente para que ellos postulen, sin más, que la decisión fue estratégica. Los kantianos necesitan saber *por qué* el agente ejecutó X antes de determinar la naturaleza de la decisión.

La cooperación dentro de la alianza liberal ilustra las diferencias entre los Kantianos y los Realistas. Para estos últimos, como hemos visto, las democracias cooperan porque se encuentran en una situación de PD reiterada. La deserción es muy costosa porque los gobiernos esperan relacionarse en el futuro y los desertores enfrentarán así el castigo. Los primeros, sin negar la importancia de las motivaciones prudenciales, sugieren que la inclinación de los gobiernos democráticos por cooperar deriva, a veces, de su adhesión a los principios y valores liberales de la democracia y el respeto por los derechos humanos. Por supuesto, a veces los gobiernos democráticos poseen razones de interés nacional para cooperar pero no creo que esta explicación sirva para todos los ejemplos de cooperación. Es posible que en países democráticos la gente (y el gobierno que los representa) estén sinceramente convencidos del valor moral de la democracia y el respeto por los derechos humanos. Si esto es así, a veces cooperarán entre sí precisamente por tal razón, la cual es independiente del cálculo del interés. A veces, las democracias tienen intereses opuestos (son ejemplo de esto las diferencias comerciales entre los Estados Unidos, la Unión Europea y Japón), y por ello algunas veces están tentados de desertar. Sin embargo, podemos suponer que, a menudo, cooperan porque creen que es lo correcto, sin considerar los réditos futuros. Como veremos a continuación, esta deficiencia de la teoría de los juegos trae aparejadas consecuencias serias para el positivismo, es decir, para la postura según la cual el interés más el consentimiento forman el fundamento del derecho internacional.

DERECHO INTERNACIONAL Y TEORÍA DE LOS JUEGOS

¿Cómo podemos analizar el derecho internacional a la luz de la teoría de los juegos? Hemos visto que de acuerdo a la doctrina tradicional, los estados

30. Id., pág. 57.

crean normas consuetudinarias o convencionales para realizar sus intereses. Algunas normas jurídicas derivan de la matriz Armonía; otras de la opción cooperativa en situaciones de PD; otras, en fin, de la opción cooperativa en la matriz Coordinación. La teoría de los juegos define la fuerza obligatoria del derecho internacional como la mera expectativa de que otras naciones respetarán las normas y por razones de interés. Sin embargo, los Positivistas afirman que las normas son creadas por consentimiento. Los gobiernos se relacionan en una variedad de situaciones y, voluntariamente, crean reglas para regular su comportamiento mutuo. Es cierto que esto lo hacen motivados por el interés, pero el fundamento del derecho internacional es, para los positivistas, su consentimiento a las normas en cuestión. La pregunta que me interesa ahora es la siguiente: ¿La teoría de los juegos (que cuando se aplica a las relaciones internacionales es un modelo para el análisis de la búsqueda del interés nacional) provee un fundamento para el positivismo? ¿Por qué los estados, que actúan exclusivamente por interés, se sienten obligados por normas a las que ellos consienten? ¿Es posible, en fin, considerar simultáneamente al interés nacional y al consentimiento como los pilares del derecho internacional?

La teoría de los juegos debería dar una respuesta a estas preguntas, ya que es un instrumento analítico para predecir los resultados de las diversas combinaciones de intereses nacionales en la arena global. La idea es que el derecho internacional surge como un resultado de las relaciones de los estados a través del tiempo. Esta afirmación suena bastante trivial. Sin embargo, sugiero tres afirmaciones no triviales asociadas a ella. La primera es que el tipo de interacción que genera normas internacionales es estratégica, en el sentido descrito precedentemente. La segunda es que las normas internacionales (tratados y costumbres) surgen como una solución a los problemas de cooperación, tales como la Coordinación y situaciones de PD. La tercera es que los estados respetan el derecho internacional porque ello es en su propio interés, cuando tal interés se define correctamente. Ahora examinemos el tratado y la costumbre desde esta perspectiva.

El tratado

Un tratado es un acuerdo internacional entre dos estados efectuado en forma escrita y gobernado por el derecho internacional.³¹ Un tratado es, entonces, un acuerdo explícito entre estados (y organizaciones internacionales). La doctrina tradicional trata de explicar cómo surgen los tratados. Dos o más gobiernos comparten un tema de interés común (cooperación potencial) o sostienen una disputa que desean solucionar (conflicto potencial). Por ello inician negociaciones hasta que arriban a una posición común. Ésta pudo haberse logrado por medio de persuasión, concesiones mutuas, amenazas encubiertas, o cualquier otra combinación surgida de estas situaciones. En este estadio, las partes comprenden que no pueden ganar más y, entonces, formalizan el acuerdo. Cuando el tratado se perfecciona obliga legalmente en virtud de una norma de derecho internacional consuetudinario que prescribe el respeto por los

31. Convención de Viena, nota supra 18, en el artículo 1 (a). La Convención se hizo obligatoria el 27 de enero de 1980. Para mediados de 1994, 74 estados eran parte de la misma.

tratados: *pacta sunt servanda*.³² También existen reglas que reglamentan la terminación de tratados por violación de una de las partes, por vicios del consentimiento (fraude, error, coerción) o por cambio fundamental de las circunstancias.³³ En principio, los estados pueden adoptar medidas en respuesta a la violación de los tratados, pero según el artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas no pueden exigir su cumplimiento por medio de la fuerza.

¿Cómo surge un tratado? ¿Por qué los estados recurren al tratado para abordar temas de interés común? De acuerdo a la teoría de los juegos, un tratado puede ser definido como una *norma* que surge como una *solución* a los problemas presentados por la interacción estratégica que enfrentan aquellos gobiernos que actúan en interés propio dentro del marco de sus relaciones con otros estados.³⁴ Varias situaciones son posibles. Primero, supongamos que la matriz bajo la cual operan es Armonía. En este caso las partes *no necesitan* un tratado, porque su comportamiento espontáneo las lleva a la satisfacción de sus intereses (la mano invisible). Su comportamiento está coordinado espontáneamente, y no poseen incentivos para formalizar una cooperación mientras persista ese interés común.

Por ejemplo, Estados Unidos permite a sus ciudadanos la libertad de información y la gente en Canadá recibe, como resultado, libros y diarios que, a su vez, gozan de libre circulación. Así, el comportamiento espontáneo de los gobiernos de Estados Unidos y Canadá lleva a una mejora Paretiana para ambas naciones. No existe un acuerdo entre estos dos gobiernos y no lo necesitan mientras la mano invisible siga operando.³⁵

La segunda posibilidad es que las partes se encuentren en un dilema de Coordinación. Si es así, necesitarán un tratado como medio de identificación de la opción cooperativa. Adoptan el tratado para *comunicar* qué acciones cooperativas han elegido: en otras palabras, coordinan sus acciones.³⁶ Como las partes tienen un interés común en cooperar, la estrategia cooperativa es dominante con respecto a la estrategia de deserción. Sin embargo, existe más de una manera de cooperar, más de un punto de equilibrio. Como la elección de uno en particular por un agente depende de cuál elegirá el otro agente, a veces la desconfianza o incomunicación les impedirá alcanzar una solución a la que podrían arribar en conjunto. Una manera de solucionar estos problemas es la negociación.³⁷ Cuando los gobiernos se comunican por medio de la negociación toman conciencia de las ventajas mutuas que esto les acarrea y, por ello, concluyen el tratado. Un acuerdo explícito, como es el tratado, identifica el punto de equilibrio y se transforma en “el más firme imán de las expectativas de las partes.”³⁸

32. Ver, Mark. W. Janis, *An introduction to International Law*, págs. 10-11, 1993, 2da. edición. Ver Id. pág. 65 (*pacta sunt servanda* no es ni una ley consuetudinaria ni una regla convencional sino una regla del *jus cogens*). También se puede encontrar la regla en la Convención de Viena, en nota 17 supra, art. 26.

33. Ver la Convención de Viena, nota 17 supra, en artículos 42-64.

34. Ver Ullman-Margalit, nota 15 supra, pág. 9.

35. La doctrina internacional no describiría este modelo como una norma consuetudinaria aunque existen incontables instancias de coordinación espontánea de un comportamiento de esta naturaleza. Creo que la razón es que reservan este término para aquellos casos donde existen obstáculos para cooperar, donde sería racional que algunos estados decidan desertar como en los casos de matrices de Coordinación o PD.

36. Aquí me copio de Ullman-Margalit, nota 15 supra, especialmente el capítulo tres.

37. Para un análisis clásico de cómo los tratados y otros regímenes de cooperación ayudan a superar la falta de confianza y otros costos de transacción, ver Kohane en nota 12 supra págs. 85-109.

38. Ullman-Margalit nota 15 supra, pág. 116.

Más aún, el tratado contiene en sí la motivación para su cumplimiento: ambas partes tienen incentivos para cumplir con lo acordado porque la solución alcanzada por medio de él es un punto de equilibrio. Por ejemplo, Argentina y la Unión Europea tienen un interés común en comerciar. Argentina puede vender productos comestibles y Europa puede vender productos industriales. Supongamos que, como resultado de tal intercambio, ambas partes experimentan una mejora económica. Sin embargo, hay varios procedimientos posibles para implementar este intercambio, todos ellos igualmente plausibles. Sin embargo, la cooperación puede frustrarse si las partes no saben cómo comerciar o cómo efectuar los pagos. Al estipular mecanismos claros de intercambio un tratado de comercio resuelve esos problemas y permite que las partes se beneficien mutuamente.³⁹

La matriz Coordinación difiere de la matriz Armonía descrita precedentemente. En ambas convergen los intereses de las partes. Pero, contrariamente a lo que sucede en la Armonía, en la Coordinación el comportamiento de cada una de ellas es afectado por el comportamiento presente o futuro de la otra. Pueden beneficiarse mutuamente sólo si coordinan sus acciones; por ello necesitan comunicarse. A su vez, en la Armonía, la persecución independiente del interés personal conduce espontáneamente a un resultado óptimo para ambas. No hay necesidad de coordinar y, consecuentemente, la Armonía no es un dilema (contrariamente a lo que ocurre en la Coordinación).

Pero supongamos que las partes se relacionan mutuamente de acuerdo a una matriz PD. Aquí la situación es diferente. Cada estado tendrá un incentivo para desertar y aprovecharse del otro aun cuando la cooperación mutua sea más beneficiosa para ambos que la deserción mutua. En una estructura PD, las partes necesitarán el tratado para contener a los violadores potenciales. Por ejemplo, supongamos que las potencias nucleares desean negociar un tratado para lograr la eliminación gradual de las armas nucleares.⁴⁰ Las potencias nucleares se benefician colectivamente si eliminan todas las armas nucleares en lugar de mantenerlas. Sin embargo, la situación óptima *para cada estado individual* es conservar las armas propias y lograr que los demás estados eliminen las suyas. Aquí estamos frente a una situación PD. Muchos autores han notado que esta situación difiere significativamente del problema de la Coordinación.⁴¹ En el caso de la Coordinación todos pierden al abandonar el tratado porque él representa un punto de equilibrio estable. En la situación PD, el resultado colectivo óptimo es *inestable*: las partes siempre están tentadas a desertar, y es racional hacerlo para un estado si puede salirse con la suya.

¿Cuál es el status normativo de un tratado en una situación PD? La estructura de incentivos PD crea serios problemas para el positivismo (de acuerdo al cual, recordemos, el derecho internacional está fundado en el consentimiento derivado del interés). El problema es el siguiente: si las partes están motivadas exclusivamente por interés, no tendrán razón alguna para cumplir con el tratado

39. No estoy sugiriendo que todas las situaciones comerciales sean matrices de Coordinación. Pueden ser matrices Armonía, o PD. Cf. Keohane, nota 12 supra, págs. 54-55 (no se deberían usar modelos rígidos de teoría de juegos para explicar las relaciones comerciales).

40. Para una encuesta sobre los problemas surgidos del Tratado de no proliferación de armas nucleares, ver *Beyond 1995: The Future of the NPT Regime* (Joseph F. Pilat & Robert E. Pendley eds.) 1990.

41. Ver, *inter alia*, Ullman-Margalit, nota 15 supra, págs. 104-103.

si el hacerlo no redundaría en un beneficio. Aún en el caso de que las partes de un tratado hayan alcanzado una solución colectiva óptima (cooperación mutua), hay un incentivo para desertar si ésta puede hacerlo con impunidad (explotación). Violar el tratado puede ser racional para una de las partes si al hacerlo incrementa su interés particular. El tratado por sí mismo no puede crear una obligación porque la presunción de la teoría de los juegos es que las partes actúan por interés, no por respeto al derecho. Si, además, al afirmar que el tratado *obliga* queremos decir que es racional que el estado lo cumpla,⁴² entonces el tratado no obliga al potencial desertor exitoso, ya que para éste lo racional es violarlo.

Es cierto que mi crítica (según la cual no hay ni obligación ni incentivo racional para que un estado cumpla con un tratado en una situación PD) parece apresurada. Hay varias respuestas posibles que, si bien no la refutan, contribuyen a refinarla. Primero, alguien puede responder que en situaciones PD las partes de un tratado pueden agregar medidas para sancionar a los violadores.⁴³ Desde este punto de vista, un tratado obliga sólo si está respaldado por tales sanciones, ya que de otra manera las partes no podrían resolver satisfactoriamente la situación PD. Cuando las sanciones están estipuladas en el tratado (o sus posibilidades son conocidas de otra manera por las partes) los réditos cambian y la situación no es más una matriz PD.

Los posibles desertores son disuadidos por las sanciones y es en su interés, entonces, cumplir con el tratado.⁴⁴ En nuestro ejemplo, si el tratado de eliminación de armas nucleares autoriza a las partes, individualmente o por medio del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, a hacer cumplir sus términos (por ejemplo destruyendo las armas escondidas del violador) entonces no estaremos frente a una situación PD. Las sanciones que impone el tratado logran que sea razonable para el posible desertor renunciar a sus intenciones. Sin embargo, si el desertor potencial cree que puede ocultar su violación y así evadir las sanciones (por ejemplo, escondiendo sus armas nucleares en regiones remotas), entonces carecerá de una motivación racional para obedecer el tratado. Y si la afirmación de que el tratado es obligatorio es equivalente a la de que es racional obedecer sus términos, entonces éste no será obligatorio para nuestro potencial desertor.

Una segunda respuesta surge de la idea de la reiteración discutida previamente. Hemos visto que si la situación PD se repite con los mismos jugadores, los posibles desertores tendrán un interés a largo plazo en obedecer el tratado porque corren el riesgo de que su presente desertión sea sancionada en el futuro. De acuerdo a Axelrod, la cooperación en un PD puede ser alcanzada si los agentes son conscientes de que enfrentan la “sombra del futuro”-interacciones repetidas con los mismos jugadores. La idea central es la siguiente: una estrategia de represalia puede ser suficiente para disuadir a los potenciales violadores en el largo plazo (en un PD repetido, dicha estrategia consiste en hacer lo que otro hace pero nunca ser el primero en desertar).⁴⁵ Entonces en nuestro ejemplo del tratado de eliminación de armas nucleares, el posible desertor

42. Esta es la visión de Ullman-Margalit. Ver id. En 22, 38, 89.

43. Ver id., pág. 117.

44. Para una explicación sobre cómo las sanciones alteran las ganancias, ver Baird et al, nota supra 7 en 14-19.

45. Ver Axelrod, nota 18 supra, págs. 27-69.

puede beneficiarse en el corto plazo pero también puede convencerse de que la eliminación de sus armas le conviene en el largo plazo. Caso contrario será sancionado en la próxima situación donde deba relacionarse con las mismas partes. Por ejemplo, los demás podrán imponerle sanciones comerciales. El incentivo para cooperar en un PD reiterado requiere, sin embargo, dos condiciones: los agentes no deberán descontar demasiado el futuro, y además deberán estar capacitados para observar los movimientos de los otros.⁴⁶ Si al gobierno no le importan las relaciones futuras con las partes contra las que esta planificando su desertión, es decir, si todo lo que le importa es la preservación de sus armas nucleares, entonces no tiene razón alguna para cumplir con el tratado.

En suma: la reiteración no crea una obligación de obedecer el tratado. El posible violador se abstiene de su incumplimiento por razones de interés particular. En consecuencia, el principio *pacta sunt servanda* carece de relevancia. Si la reiteración es la verdadera razón de por qué a los estados les conviene obedecer los tratados, entonces la regla debe formularse de manera distinta. Debe rezar: “Un estado debería honrar los tratados si y sólo si el hacerlo incrementa su interés nacional en el largo plazo.” Bien podría ser que esta regla es todo lo que los juristas necesitan para explicar las obligaciones surgidas de los tratados, pero ella está bien alejada del principio *pacta sunt servanda*.

La reiteración no crea la obligación de cumplir; sólo advierte a los estados que calculen cuidadosamente sus intereses a largo plazo. En otras palabras, el derecho internacional tradicional trata al principio *pacta sunt servanda* como un principio deontológico no sujeto a cálculos de interés nacional. En contraste, la explicación de teoría de juegos lo trata simplemente como una generalización de la regla prudencial de que es en el interés nacional a largo plazo el respetar los tratados y, por ello, como una regla que *está* sujeta a cálculos sobre el interés nacional. Estas dos versiones son muy distintas, y sus diferencias, como lo dije en la sección precedente, residen en la estructura lógica que cada una de ellas posee. La teoría de los juegos no puede justificar el deber de cumplir con el derecho internacional.

Otra respuesta posible la ofrece Phillip Pettit. Según dicho autor, los agentes son motivados por la *estima* que reciben de otros. Según sus palabras:

La clave para entender la estrategia de creación de normas es reconocer que existe una estructura operativa de costo- beneficio que la teoría de los juegos ha ignorado: aquella asociada con el hecho de que la gente piensa bien o mal de otros.⁴⁷

Resulta una exageración la afirmación de que sólo las sanciones severas crean incentivos para que los agentes cumplan con los acuerdos. El deseo de aprecio, respeto o afecto puede ser suficiente para inducirlos a honrar sus acuerdos. Esta propuesta puede ser aplicada al derecho internacional: un estado tendrá un incentivo para cumplir un tratado en una situación PD no sólo cuando tema a la sanción, sino también cuando el deseo de *prestigio nacional* sea lo suficientemente intenso como para impedir la desertión. En nuestro ejemplo,

46. Ver Cooter, nota 24 supra, págs. 1658-59, 1996.

47. Phillip Pettit, “*Virtue Normativa: Rational Choice Perspectives*”, *Ethics*, vol. 100, 1989, págs. 725, 742.

un estado tentado a mantener sus armas nucleares podría querer que los demás lo consideren como una nación honorable que respeta el derecho y, precisamente por esta razón, podría querer respetar el tratado.⁴⁸

Si el deseo de prestigio es lo suficientemente grande, entonces no estamos más frente a una situación PD. El argumento previo (según el cual las sanciones alteran los réditos) difiere de éste respecto de la motivación de los gobiernos. Según la tesis de Pettit, los estados actúan motivados en parte por un deseo de que otros estados no piensen mal de ellos.⁴⁹ El deseo de prestigio, no el miedo a las sanciones, cambia los réditos. Pero la razón que justifica el cumplimiento del tratado sigue siendo el interés propio: incrementar el prestigio de la nación es parte del interés nacional que el gobierno intenta mejorar al respetar un tratado. Si el gobierno cree que el cumplimiento no incrementará el prestigio, o si las ventajas derivadas de la violación son lo suficientemente grandes, entonces el gobierno violará el tratado. Nuevamente, si la fuerza obligatoria del tratado depende del *interés*, entonces el tratado no obligará a ese estado.

El resultado del análisis de los tratados a la luz de la teoría de los juegos es el siguiente: los estados sólo poseen un incentivo para ejecutar un acto u omisión si éste les conviene. Esta situación no cambia cuando un estado presta su consentimiento a un tratado, porque un estado siempre tiene un incentivo racional para violarlo siempre que le convenga. Aún cuando los estados están suficientemente motivados en cumplir (por reiteración, o temor a la sanción o pérdida de prestigio, según vimos), la motivación siempre será de conveniencia y no moral. Bajo los supuestos de la teoría de los juegos, el consentimiento no desempeña *ninguna función normativa* en la explicación del comportamiento internacional. El tratado cumple, en cambio, dos funciones no normativas: identifica el punto saliente de cooperación en situaciones de Coordinación, y formula las sanciones que las partes decidan incluir. En suma: de acuerdo a la teoría de juegos, es imposible que el consentimiento genere la obligación de obedecer el tratado.

La Costumbre

La costumbre es una práctica constante y repetida que, eventualmente, se apoya en una opinión generalizada que critica la violación, elogia el cumplimiento o ambas.⁵⁰ Según la doctrina internacional, la costumbre consta de dos elementos: la práctica de los estados y la *opinio juris*. La práctica de los estados es el comportamiento diplomático; la *opinio juris* es la creencia de que tal comportamiento es jurídicamente requerido o permitido.⁵¹ Quiero analizar

48. Aquí estamos frente a una dinámica interesante. Podría ser que la nación en cuestión tenga una oportunidad secreta de mantener sus armas nucleares y evitar las sanciones. Pero en este caso, el gobierno no será capaz de cosechar beneficios para su prestigio nacional porque no estará en la posición de demostrar públicamente la destrucción de las armas del país.

49. Ver Pettit, nota 47 supra, pág. 745.

50. La definición clásica se encuentra en el artículo 38 (1) (c) del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia. Para una descripción tradicional, ver Karol Wolfke, *Custom in Present International Law*, 1993, 2ª edición.

51. Anthony D'Amato ha demostrado por qué esta explicación tradicional de la costumbre no es adecuada. Ver Anthony D'Amato, *The Concept of Custom*, 1971, págs. 47-72.

la afirmación de que el derecho consuetudinario surge, al igual que el tratado, como producto de la intersección de los intereses de los estados. Según esta postura, la costumbre crea derecho cuando los estados se comportan espontáneamente de un modo que otros aceptan y al cual responden. La costumbre surge espontáneamente. Una vez comenzada la costumbre, los estados continúan comportándose de la misma manera y comienzan a criticar a aquellos que no lo hacen. Cuando la crítica es fuerte hablamos, siguiendo a Hart, de normas obligatorias. Cuando la crítica es débil, hablamos de normas de cortesía.⁵² Desde una primera perspectiva, se podría definir a la *opinio juris* como la crítica generalizada fuerte a quienes se desvían de la práctica.

¿Cómo analizaría la teoría de los juegos el derecho consuetudinario? Los estados identifican espontáneamente aquellos rasgos de una situación que podrían servir como puntos posibles de equilibrio. Hemos visto que un punto de equilibrio es aquel punto de cooperación óptima que es también estable; es decir, aquel del cual resulta irracional apartarse. Como no existe más que un solo punto tal, los estados deben coordinar su comportamiento. La costumbre es la manera en que los estados, por medio de su comportamiento convergente, identifican un punto de equilibrio entre varios posibles, tal como lo hace un tratado. Si otros estados siguen el ejemplo se llegará a un punto de equilibrio y habrá surgido una norma consuetudinaria. Si este análisis es correcto, la norma consuetudinaria surge inicialmente para resolver una matriz de Coordinación. Como hemos visto, en un problema de coordinación es importante que los agentes sincronicen su comportamiento para que todos se beneficien. Una norma nace y persiste si resuelve eficientemente este dilema de coordinación. La naturaleza del problema es tal que los agentes ganan o pierden todos juntos.⁵³ Debido a que la norma consuetudinaria, entendida como la continuidad de un comportamiento, surge por el interés de todos los involucrados, su violación es irracional. Ullman-Margalit lo expresa con estas palabras, “la recompensa por estar de acuerdo con la continuidad en estas circunstancias. . . . consiste en el acto de conformarse, ya que ello garantiza algo deseado por todos: lograr un equilibrio coordinado.”⁵⁴

Pero ¿cómo es posible que la uniformidad repetida del comportamiento se transforme en una norma *obligatoria*? ¿Cuándo surge la *opinio juris*? Una respuesta plausible es la siguiente: un comportamiento uniforme se convierte en norma cuando los participantes originarios desean inducir a los que desean incorporarse al grupo a que también se comporten de esta manera.⁵⁵ Este es el caso de los nuevos estados dentro de la comunidad internacional. La identidad de los agentes involucrados en la práctica originaria cambia con la llegada de los nuevos estados, y no existe garantía alguna de que estos últimos querrán adherir a aquel punto de equilibrio específico que fuera escogido por los participantes originarios. Así, al describir la continuidad como una *norma consuetudinaria obligatoria*, éstos buscan asegurar la cooperación de nuevos estados. Este es el fenómeno que la doctrina tradicional trata de describir cuando

52. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 1994, 2da. edición, págs. 9-12, 85-87.

53. Ver Ullman-Margalit, nota 15 supra, págs. 78, 84.

54. Ver id. págs. 85 (énfasis en el original).

55. Id. págs. 85-86. Ella también menciona la necesidad de codificar una práctica para lograr una mayor precisión en la formulación de una norma (como opuesta a una mera regulación del comportamiento).

afirma que los nuevos estados están obligados *ipso facto* por el derecho internacional.⁵⁶

El presente análisis es también aplicable al cambio de *gobiernos*. Cuando el gobierno de un estado cambia también se produce un cambio en la identidad de los participantes de una práctica. Es cierto que el derecho internacional consagra el principio de la identidad del estado, pero esto es sólo una ficción que pretende convencer a los nuevos gobiernos de que respeten los compromisos contraídos por quienes los precedieron.⁵⁷ La conducta requerida por el derecho internacional sólo la puede realizar el gobierno. Si éste cambia, cambiará también la persona exigida.

Los gobiernos que han participado originariamente en la práctica quieren asegurarse de que los nuevos la seguirán efectivamente; es por ello que la describen como obligatoria. El nuevo gobierno no puede objetar a dicha práctica argumentando que ella no le conviene. De esta manera, la *opinio juris* surge cuando los participantes originales comienzan a tratar la conducta en cuestión como jurídicamente requerida. Logran esto por medio de una regularidad espontánea del comportamiento y, de este modo, se aseguran la adhesión de nuevos estados y gobiernos.

Sin embargo, cuando esto sucede cambia la matriz. No es más un problema de Coordinación sino un problema PD, y no sólo para los nuevos estados sino para todos, siempre que conservemos el supuesto de que la adhesión original a la práctica estaba motivada estratégicamente. Con la incorporación de nuevos miembros al grupo, la posibilidad de desertión destruye la automaticidad de la cooperación para todos. Los participantes originales deberán ahora protegerse contra la desertión, ya que todos poseen un incentivo para desertar. La solución normativa establecida por la práctica no es más estable. La *normatividad* que ahora se superimpone a la práctica (la *opinio juris*) pretende disuadir a los potenciales violadores alterando los réditos por desertión. Si la violación de una norma consuetudinaria acarrea sanciones, estamos frente a una situación casi idéntica a aquella en la que tenemos un tratado que contempla sanciones. La práctica original del estado, que inicialmente fuera una matriz Coordinación, se ha transformado ahora en una matriz PD. Esto explica el nacimiento de la *opinio juris*. (Sin embargo, como veremos más adelante, una explicación completa de ella también requiere un componente normativo).

Cuando surge una norma consuetudinaria internacional para resolver una matriz PD (que es, como hemos visto, una mutación de la matriz inicial de Coordinación) nos hallamos ante un *equilibrio mixto*.⁵⁸ Un equilibrio mixto es

56. Ver Mark Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 1985, págs. 17-18; Jonathan Charney, "Universal International Law", *American Journal of International Law*, vol. 87, 1993, págs. 529, 538, 541. En este *leading case*, la Corte Internacional sostuvo que el derecho consuetudinario no puede estar sujeto a "un derecho de exclusión unilateral a voluntad." *North Sea Continental Shelf (Germany v. Denmark and Netherlands)*, 1969 *International Court of Justice* 3, 38-39 (Feb. 20). El tema es controvertido. Sin embargo otros positivistas creen que los estados nuevos pueden escoger entre las reglas existentes del derecho internacional. Ver, R.P. Anand, *New States and International Law*, vol. 62, 1972.

57. Sobre el principio de identidad del estado, ver James Crawford, *The Creation of States*, 1979, 400-20; Brownlie, nota 1 supra, págs. 82-85. Ver también el Arbitraje Tinoco (Gran Bretaña c/Costa Rica), 1923 Taft Arbitration, RIAA (i) pág. 369.

58. Aquí sigo, *mutatis mutandi*, el análisis del derecho consuetudinario de Robert Cooter, nota 24 supra, págs. 1660-75.

aquel donde la mayoría de las naciones cooperan y algunas desertan (si la mayoría deserta no existe derecho consuetudinario). Aquellos estados que cumplen con la norma esperan réditos modestos en una alta proporción de interacciones, mientras que los estados violadores esperan ganancias altas en una baja proporción de interacciones. En un equilibrio mixto estas dos estrategias tienen el mismo valor esperado.⁵⁹ Por ejemplo, el derecho internacional consuetudinario requiere que los gobiernos se aseguren la autorización de los estados costeros antes de pescar dentro de su Zona Económica Exclusiva (EEZ).⁶⁰ Cuando un estado decide ignorar la norma y pesca en la EEZ de otro, espera que las consecuencias beneficiosas de este acto (el valor de la pesca) compensen las consecuencias dañosas de las posibles represalias. Más aún, en un equilibrio mixto algunos estados cumplen con normas consuetudinarias por razones de “principios”,⁶¹ otros siguen la norma por razones de interés, y otros desertan (el equilibrio mixto siempre incluye cooperantes y desertores).

Los teóricos de juegos definen al actor principista como aquel que coopera aun cuando la ganancia objetiva que obtendría por cooperar es un poco menor a la que recibiría por desertar. El gobierno que obedece la norma en interés propio (el jugador incidental) sólo lo hará cuando la ganancia objetiva obtenida por cooperar sea, como mínimo, tan alta como la que recibiría por desertar.⁶²

Si el análisis precedente es correcto, es improbable que una norma consuetudinaria surja *inicialmente* para resolver un problema PD, porque un estado que se encuentra en el dilema desertará racionalmente, si de esa manera lograra maximizar su interés. La llamada *costumbre instantánea* sólo será posible en una estructura de Coordinación de incentivos y no en una estructura PD.⁶³ Bajo un dilema de esta naturaleza, el estado que busca ganancias de la deserción no cuenta con incentivos para observar la práctica propuesta por otros. Parece improbable que un comportamiento uniforme y constante surja espontáneamente en una situación PD. Por definición, la cooperación de un estado en una situación PD es irracional si no persigue sus propios intereses. En un PD, la cooperación espontánea es difícil y, por tal razón, la costumbre no surgirá fácilmente: los estados desertarán en la primera oportunidad. El derecho consuetudinario es el resultado de una matriz de Coordinación inicial que luego cambia y se transforma en una matriz PD debido a la llegada de nuevos gobiernos o estados. El *surgimiento* de la costumbre requiere una matriz de Coordinación; la *duración* de la costumbre requiere que los participantes encuentren una solución para la matriz de PD.

Ahora estamos en condiciones de resumir la explicación del derecho consuetudinario internacional bajo los presupuestos de la teoría de los juegos. Las normas consuetudinarias surgen en las siguientes situaciones:

59. Ver id., pág. 1660.

60. Existe acuerdo general en que las provisiones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar sobre la Zona Económica Exclusiva se ha transformado en derecho consuetudinario en *dehors* la Convención.

61. En el sentido de Cooter sobre el comportamiento de principios. Ver nota supra acompañando las notas 25 y 26.

62. Id. pág. 1667.

63. La Corte Internacional de Justicia pareció reconocer la posibilidad de la costumbre instantánea. Ver *North Sea Continental Shelf*, 1969 *International Court of Justice*, vol. 3, pág. 42 (Feb. 20). Para una visión crítica de la costumbre instantánea ver Prosper Weil, “Toward Relative Normativity in International Law?” *American Journal of International Law*, vol. 77, 1983, págs. 413, 435.

1. Gobiernos que enfrentan una matriz Coordinación y necesitan identificar un punto de cooperación;
2. Situaciones repetidas de PD donde los gobiernos perciben a la interacción potencial futura como suficientemente importante, y
3. Situaciones donde la regularidad espontánea, en una situación de coordinación se transforma en una situación de PD por la llegada de nuevos estados y gobiernos. Cuando esto sucede, la norma consuetudinaria pierde su espontaneidad porque deja de representar el interés de las partes en continuar con la práctica. Los estados necesitan motivación adicional (sanciones o sus equivalentes) que son externas a la situación misma. Esta situación puede ser descripta como un equilibrio mixto.

La crítica del análisis de los tratados que he esbozado es igualmente aplicable al análisis de la costumbre bajo la teoría de juegos. Ésta puede explicar por qué los estados respetan ciertas prácticas, pero no puede explicar por qué *deben* respetarlas. La doctrina tradicional sostiene que una norma consuetudinaria es obligatoria para los estados y no simplemente conveniente para éstos. La teoría de los juegos no puede explicar esta postura; simplemente la ignora. Si la norma ha surgido para resolver una matriz de Coordinación, entonces es siempre racional que los estados cumplan con ella. Ni el consentimiento ni la *opinio juris* desempeñan función alguna en el argumento. Si, por otra parte, la norma surge para resolver una matriz PD (que, como vimos, resulta de una mutación a partir de una matriz de Coordinación), entonces esta norma debe ser formulada de la manera siguiente: los estados están motivados a cumplir si la violación es costosa, pero desertarán si la violación no lo es. Aquí también, el concepto de obligación está fuera de lugar. El interés no genera ni puede generar una obligación.

PACTA SUNT SERVANDA Y OPINIO JURIS

Como mencioné previamente, la doctrina tradicional de los tratados afirma que los estados negocian y concluyen tratados para resolver cuestiones de interés común. Si se pregunta por qué un tratado es obligatorio, la respuesta es que existe una regla de derecho consuetudinario de acuerdo a la cual éstos deben ser respetados *-pacta sunt servanda*.⁶⁴

Sin embargo, según vimos anteriormente, si uno cree en el modelo de agentes racionales y motivados por su interés particular, es predecible que *el principio pacta sunt servanda* no surgirá como regla consuetudinaria. En cambio, los actores racionales probablemente reflexionen del siguiente modo: “Cumpliré con los tratados que solucionan los problemas PD, a no ser que desertar represente un interés personal para mí, esto es, si yo puedo desertar y evitar las represalias”. Esto implica que, en un mundo de estados sólo preocupados por acrecentar su interés nacional, el principio *pacta sunt servanda* no puede ser

64. Si esto es correcto tal vez la razón por la cual la mayoría de los estados respeta el derecho internacional es primero, porque existen varias matrices Armonía; y, segundo, porque todo el derecho consuetudinario emergente y muchos tratados representan soluciones para los problemas de Coordinación, no para problemas PD.

una norma consuetudinaria. Esto se debe a que los gobiernos no apoyarán la regla de que los tratados deban ser cumplidos en toda situación, sin considerar los riesgos que el cumplimiento les traiga aparejado.⁶⁵ En otras palabras, los gobiernos no cumplirán con aquellos tratados que impongan un cumplimiento costoso.

¿Cuál es el status del principio *pacta sunt servanda*? Sugiero que es una regla *moral*, no una norma consuetudinaria. El principio descansa en otros dos principios morales más básicos. El primero es que es moralmente correcto mantener la palabra dada, especialmente cuando hacerlo nos es costoso. El segundo es que es moralmente incorrecto *explotar* a aquellos que, de buena fe, confían en nuestro comportamiento prometido. Pero la teoría de los juegos no puede descansar sobre esas premisas morales por la buena razón de que no existen premisas morales en la teoría de los juegos. En un modelo de interés racional, el comportamiento de los estados no puede sustentar el principio *pacta sunt servanda* porque los estados que actúan en base a su interés nacional sustentarán racionalmente una regla que permita una ruptura oportunista (como parece confirmarse por la historia diplomática). Es cierto que los gobiernos han adherido públicamente al principio *pacta sunt servanda* aun cuando, como mostré, no sea un principio que les convenga apoyar. La razón de esta discrepancia entre hechos y palabras es la siguiente: toda persona con percepción moral sabe que es correcto honrar los tratados y abstenerse de explotar a otros, pero cuando llega la hora de la acción el interés personal siempre se entromete. Esta es la razón por la cual la historia diplomática abunda en violaciones oportunistas del derecho internacional. ¿Por qué la doctrina tradicional ignora esta práctica y continúa afirmando que el principio *pacta sunt servanda* es una norma consuetudinaria? Como respuesta sugiero que la doctrina une un instinto moral correcto a una teoría errónea de la costumbre. Es claro moralmente que los estados deben respetar sus tratados, aún contra su propio interés. Una definición posible de agente moral nos dice que éste:

es quien, en una situación de PD, escoge la acción cooperativa creyendo que el otro también optará por lo mismo y quien no se aparta de su decisión, aún cuando tiene la certeza de que el otro no podrá castigarlo por haber desertado”.⁶⁶

Si bien esta definición es defectuosa porque ignora características cruciales del discurso moral, nos ayuda a entender el concepto de *pacta sunt servanda* dentro del ámbito del derecho de los tratados. Este principio es una norma obligatoria del derecho internacional *no* porque lo hayamos inferido de un supuesto examen objetivo de la práctica (cosa que, según vimos, es imposible en vista de las abundantes violaciones en el mundo real). Debemos postular la obligación de cumplir con los tratados porque postular la regla contraria (según la cual los estados pueden efectuar promesas con la reserva de que podrán violarlas a discreción) conduce a resultados moralmente intolerables.⁶⁷

65. *Pacta Sunt Servanda* es también una regla. Ver la Convención de Viena, nota 16 supra, en el artículo 28. Pero la Convención también es un tratado; por ello sólo puede obligar si uno presupone normas superiores no convencionales, tales como el principio *pacta sunt servanda*.

66. Ver Ullman-Margalit, nota 15 supra, pág. 41.

67. Kant pensó que las promesas mentirosas (hechas con la reserva de que quienes prometen, pueden violarlas cuando así les convenga) eran incoherentes porque contrariaban el imperativo categórico. Ver Immanuel Kant, *Grounding for the Metaphysics of Morals* (1785) (J.W. Ellington, 1980), págs. 14-15.

Es posible efectuar un análisis similar para el concepto de *opinio juris* entendida como elemento de la costumbre. Cuando afirmamos que existe una norma consuetudinaria estamos condenando moralmente a aquellos que violan la práctica originaria. En el derecho de los tratados, el propósito del principio de *pacta sunt servanda* es acentuar la fuerza moral de las promesas y condenar el comportamiento oportunista. De manera similar, no es posible inferir el derecho consuetudinario internacional meramente examinando la práctica de los estados.⁶⁸ Afirmar que X es una regla consuetudinaria significa condenar, por razones morales, la acción auto-interesada no cooperativa (por ejemplo, el gobierno que viola una práctica invocando su interés nacional). La propuesta inductiva no describe acertadamente lo que realmente ocurre. Es verdad que uno a menudo acepta las reacciones negativas de los gobiernos ante las desviaciones de la práctica como prueba del derecho consuetudinario. Sin embargo, frente a una práctica inconsistente o inexistente, los juristas y los tribunales internacionales constantemente afirman la existencia de normas internacionales. Si bien no lo dicen, creo que esta actitud presupone la creencia de que la norma afirmada es la mejor, la más correcta o la más justa.⁶⁹ El principio de que los estados deben respetar los derechos humanos nos brinda una ilustración interesante. ¿Cómo es posible que este principio forme parte del derecho consuetudinario si muchos gobiernos violan persistentemente los derechos humanos? Las explicaciones de teorías de juego no funcionan, porque es siempre racional para los gobiernos violar los derechos humanos si tal conducta incrementa su interés (por ejemplo si quieren suprimir el disenso). Pero la doctrina describe correctamente la obligación de respetar los derechos humanos como un imperativo moral que no está sujeto ni a la confirmación por la práctica del estado ni a la posibilidad de que los gobiernos supediten aquella obligación a su interés nacional. El gobierno que no respeta los derechos humanos viola una norma moral ideal. En otras palabras, cuando los defensores de los derechos humanos reclaman su respeto como una norma consuetudinaria están diciendo que la cooperación (respeto por los derechos humanos) es el resultado correcto; que es correcto para los gobiernos cooperar e incorrecto desertar. Pero esta norma no está apoyada por la práctica internacional debido a que ésta incluye a los violadores. El defensor de los derechos humanos interpreta la práctica como una interacción entre los cooperantes y desertores en un equilibrio mixto y opta por la cooperación como la norma correcta, el resultado correcto. Opta por la norma porque es la mejor, no (como la teoría tradicional supone) porque se infiera inductivamente de la práctica internacional.

Un breve examen de algunos de los casos donde la Corte Internacional de Justicia aplicó las reglas del derecho consuetudinario favorece mi argumento de que la comprobación de la costumbre no involucra ningún análisis inductivo serio. Uno tiene hasta la impresión de que la Corte se niega a utilizar los términos “costumbre” o “derecho internacional”.⁷⁰ En su lugar, utiliza expresiones vagas como “usos generalmente aceptados por representar

68. Efectué el mismo análisis en Fernando R. Tesón, *Humanitarian Intervention: An Inquiry Into Law and Morality*, págs. 11-15 (2da. Ed. 1997).

69. Ver algunos ejemplos en el párrafo siguiente.

70. Ver Wolfke, nota 50 supra, pág. 9.

principios de derecho”,⁷¹ “normas generales de derecho internacional”;⁷² “la práctica de ciertos estados”;⁷³ “práctica generalmente aceptada”;⁷⁴ “la práctica actual”; y “la *opinio juris* de los estados.”⁷⁵ Cualquiera sea el lenguaje utilizado, el punto crucial es el siguiente: *en ninguno de estos casos la Corte examinó la práctica de los estados*. Esta notable omisión es sumamente sorprendente si tenemos en cuenta que la Corte ha profesado el credo positivista, según el cual la costumbre debe ser comprobada “por medio de la inducción que se basa en el análisis de una práctica convincente y suficientemente extensiva y no en ideas preconcebidas.”⁷⁶ Pero la Corte no hace lo que dice que hace. Más bien escoge una norma (tal vez aquella que considera más justa o más eficiente, posiblemente aquella que representa un término medio entre los reclamos de las partes) y, luego, proclama que la “práctica general” fundamenta la norma escogida. El caso Nicaragua fue una instancia extrema, ya que la Corte determinó el contenido de los principios consuetudinarios de la no utilización de la fuerza y la no intervención sin consultar la práctica de los estados.⁷⁷ Contrariamente, la Corte *ignora* la evidencia inductiva si estima que no la conducirá hacia la obtención del mejor resultado.⁷⁸ Es fácil adivinar por qué la Corte es tan reacia a abandonar la ilusión positivista. Para la Corte parece ser importante mostrar que el derecho no proviene de la nada, sino que es el resultado de la acción volitiva de hombres y mujeres de carne y hueso, en suma, de gobiernos. Si no apelara a esta presunción, quizás sería acusada de inventar normas. Sin embargo, este loable fin no debe cegarnos ante lo que está sucediendo realmente: que en lugar de revelar un interés por encontrar modelos de comportamiento para los estados, las sentencias judiciales dejan descubierto el impulso por decidir los casos correctamente por medio de la aplicación de las reglas más eficientes, justas o equitativas y no un intento serio de develar el significado normativo de la práctica de los estados.⁷⁹

Esta discusión sobre el tratado y la costumbre ha demostrado que la teoría de los juegos tiene dificultades para explicar el status de aquellos jugadores que están tratando de actuar éticamente y de hacer lo correcto. Por tal motivo, es incapaz de explicar la obligación internacional; sólo puede justificar la motivación prudencial. El positivismo descansa tanto en la noción de interés nacional como en la noción de consentimiento. Sin embargo, sugiero que esta

71. Caso Lotus, 1927 *Permanent Court of International Justice* (ser.A) No. 10, pág. 18 (Sept. 7).

72. Caso Fisheries (Gran Bretaña c/ Noruega) 1951 *International Court of Justice*, págs. 116, 133 (Dec. 18).

73. Caso Nottebohm (Liechtenstein c/Guatemala), 1955 *International Court of Justice*. págs. 4, 22 (Apr. 6).

74. Sentencias del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo, Opinión Consejera, 1956 *International Court of Justice*, vol. 85.

75. Continental Shelf (Libia c/ Malta), 1985 *International Court of Justice*, págs. 13, 29-30 (junio 3).

76. Delimitación del límite marítimo del Golfo del Área de Maine (Canadá c/ Estados Unidos), 1984 *International Court of Justice*, págs. 246, 299 (Oct. 12).

77. Militares y Paramilitares a favor y en contra de Nicaragua (Nicaragua c/Estados Unidos), 1986 *International Court of Justice* 14, págs. 100-1 (Junio 27). La Corte sólo recurrió a las declaraciones no vinculantes de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

78. Ver North Sea Continental Shelf (Alemania c/ Dinamarca y los Países Bajos), 1969 *International Court of Justice* 3 (Feb. 20).

79. Por supuesto esta interpretación no implica que la Corte siempre aplique la mejor norma, solamente que esto es lo que intenta hacer.

empresa está condenada al fracaso: los positivistas no pueden afirmar simultáneamente que el interés nacional y el consentimiento estatal generan obligación internacional. Pueden afirmar que a veces las partes de un tratado tienen un interés en cumplir los acuerdos. O bien pueden afirmar que los acuerdos generan obligación. O bien, pueden afirmar que las partes tienen interés en cumplir y se sienten obligadas a hacerlo. *Pero no pueden afirmar que la obligación deriva del interés.* Es difícil ver cómo el positivista puede mantener su postura de que el estado auto-interesado debe cumplir con un tratado y admitir al mismo tiempo que dicho estado carece de incentivo para hacerlo.

Enfrentado a esta situación, sólo una estrategia está disponible para el positivista: admitir que el interés nacional no puede continuar justificando la obligación de cumplir con el tratado. Puede afirmar que el interés nacional es el motivador inicial, pero cuando las partes prestan su consentimiento a una norma generan obligaciones que adquieren vida independiente. Entonces el interés nacional genera consentimiento, pero una vez que el acuerdo existe éste es la base de la obligación. Esta descripción es correcta en un sentido: la obligación surge cuando los gobiernos legítimos celebran un tratado o participan de la creación de la costumbre. Sin embargo, el positivista debe pagar un precio muy alto: debe renunciar a afirmar que el consentimiento es el fundamento del derecho internacional. Si mi descripción del tratado y la costumbre son correctas, entonces para explicar la obligación necesitamos postular una norma *moral* que condene la deserción. En otras palabras: el positivismo descansa en la falacia naturalista⁸⁰ y, de esta manera, no puede sobrevivir a no ser que añada una premisa (moral) normativa que, por definición, es ajena al consentimiento de los estados. Reconocer la necesidad de una norma para explicar la obligación internacional es aceptar que el positivismo es falso. En efecto, su premisa máxima sólo descansa en el consentimiento de los estados y por ello rechaza la relevancia de las normas morales. Ahora me ocuparé de las otras dos objeciones a la tesis positivista.

CONSENTIMIENTO INMORAL Y *JUS COGENS*

Según la teoría de juegos, las normas surgen para solucionar problemas de cooperación: en el caso de un problema de coordinación, la norma identificará el punto de equilibrio. En un problema de PD la norma cambia los réditos de la diserción y torna racional el cumplimiento. La doctrina tradicional explica este fenómeno tomando al consentimiento como la base de la obligación. Los estados prestan su consentimiento a un tratado o a la costumbre y, así, estas normas se transforman en obligatorias debido a que el consentimiento genera obligación. Según lo hemos visto, no es posible defender esta postura apelando al modelo principista sugerido por la teoría de los juegos.

La tesis de que el consentimiento es la base de la obligación internacional es falsa, sin embargo, por una razón totalmente distinta: los estados pueden celebrar acuerdos inmorales y participar de costumbres inmorales. Cuando Molotov y Von Ribbentrop acordaron dividir Polonia, nadie en el completo uso de sus facultades

80. Es importante observar que es ésta precisamente la carga que los positivistas han enviado contra los teóricos del derecho natural. Ver Kelsen, nota 1 supra, págs. 149-50, 241.

mentales hubiera dicho que el acuerdo era obligatorio.⁸¹ Si no lo era, entonces el consentimiento por sí mismo no puede generar obligación. En este punto difieren las respuestas sugeridas por los teóricos de juegos y la doctrina jurídica internacional.

Según lo hemos visto, los teóricos de juegos definen a la persona moral como aquella que escoge la cooperación aún cuando se arriesga a ser explotada. Pero, tal como los comentaristas lo han hecho notar, esta definición pone de relieve el hecho de que la gente mala también coopera.⁸² La cooperación puede ser buena para aquellos que cooperan pero no es necesariamente buena para todos, y no es necesariamente defendible desde el punto de vista moral. El pacto Molotov-Ribbentrop fue (así lo pensaron) bueno para la Alemania Nazi y la URSS, pero no para el mundo, menos aún para Polonia; y, lejos de ser moralmente defendible, fue moralmente objetable.

Para responder a esta crítica, algunos autores han sugerido una enmienda a la definición de comportamiento moral: sólo se considerará que existe comportamiento moral en una situación PD si no existen desventajas para cualquier extraño a la situación.⁸³ Otra manera de formular esta condición puede sugerir que la cooperación en una matriz PD no debería causar externalidades negativas para que sea considerada como comportamiento moral. Es obvio que el Pacto Molotov-Ribbentrop causó efectos terribles en los polacos y el resto del mundo. Es por esto que no contó como comportamiento moral aún cuando fue un acto de cooperación (fue cooperación entre criminales). Muchos tratados y reglas consuetudinarias causan daño (externalidades negativas) a terceros, sin embargo nadie los considera contrarios a derecho o inmorales. Cuando las naciones europeas decidieron constituir un mercado común generaron externalidades negativas. Cuando los estados deciden cooperar muchas veces perjudican a terceros, pero ni los consideramos errados ni violatorios del derecho internacional.

La doctrina internacional es consciente del problema que trae aparejado el consentimiento inmoral. El derecho internacional invalida los acuerdos internacionales cuando ellos entran en conflicto con una norma perentoria, una norma de *jus cogens*. ¿Qué es una norma de *jus cogens*? De acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es “una norma que no permite derogación alguna según la aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los estados en su conjunto”.⁸⁴ Esta formulación es, sin embargo, tautológica: una norma que no admite derogación es una norma que no admite derogación. ¿Cómo sabemos cuándo una norma internacional no admite derogación? Los intentos efectuados en la literatura han sido en vano para encontrar un criterio sustantivo del *jus cogens*.⁸⁵ El lenguaje del artículo 53 adopta un criterio positivista: son normas *ius cogens* aquellas que son aceptadas

81. Izidors J. Vizulis, *The Molotov-Ribbentrop Pact of 1939*, 1990.

82. Ullman-Margalit, nota 15 supra, pág. 42.

83. Id.

84. Convención de Viena, nota 17 supra, en artículo 53.

85. Hay una gran confusión entre las obligaciones generadas en virtud del *jus cogens* y las obligación general de obedecer el derecho internacional. Por ejemplo, Lauri Hannikainen, en un libro donde trata esta problemática, proclama que *todos los actos* (no sólo los tratados) contrariamente a las normas de *jus cogens* son inválidos. Ver Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Ius Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status* 6 (1988). Pero esto se aplica también al *jus dispositivum* (derecho no perentorio). La distinción entre ambos tipos de derecho internacional debería formularse de otra manera. Una prohibición de *jus cogens* se presentaría de la siguiente manera: “Un estado puede no

como tales por la gran mayoría de los gobiernos.⁸⁶ Pero esta definición no puede ser correcta, ya que las obligaciones de *jus cogens* se aplican al acto de “aceptar y reconocer” una nueva norma de *jus cogens*. En otras palabras, la prohibición de contratar por respeto a normas de *ius cogens* debe reposar fuera de la voluntad de los estados, debido a que el propósito de aquellas es poner ciertos temas *fuera* del reino del consentimiento del estado. Mientras ni la Convención de Viena ni los especialistas ofrecen un criterio sustantivo que justifique una teoría de las normas de *ius cogens*, los autores han logrado arribar a cierto acuerdo sobre una lista plausible de tales normas.⁸⁷ Nadie sabe por qué lo son, pero todos parecen reconocerlas cuando las “ven”. En la sección anterior he demostrado, contrariamente a lo que postulan los positivistas, por qué esas normas no pueden ser inferidas inductivamente. Aún si efectuáramos un rápido examen de las listas propuestas de normas perentorias, comprobaríamos que éstas incluyen principios morales fundamentales. Por ello, sugiero también que es posible definir a las normas de *jus cogens* como normas *morales*.⁸⁸ La doctrina tradicional, al concebirlas como normas consuetudinarias, una vez más combina el instinto correcto con una teoría legal incorrecta. Comprende que el consentimiento inmoral no debería crear obligaciones aún cuando se mantiene erróneamente fiel a la visión de que sólo el consentimiento puede determinar qué es inmoral. Por ejemplo, según esta tesis, la única característica relevante que deriva de la prohibición de asesinar prisioneros de guerra es que ha sido acordada por la gran mayoría de los estados. Si, en su lugar, la gran mayoría de los estados hubiera acordado *permitir* el asesinato de prisioneros de guerra, entonces también sería correcto. En lugar de conducirnos a una concepción del derecho, el positivismo nos lleva su antítesis: el anti-derecho. La pregunta que busca solución a la Convención de Viena pone en evidencia la pobreza del pensamiento positivista: los estados pueden estar en desacuerdo con cosas excesivas, pero qué se entiende por excesivo será determinado por acuerdo de los mismos.⁸⁹

violar esta norma, y puede estar válidamente de acuerdo en alejarse de su cumplimiento bajo las prescripciones surgidas de los procesos de creación de leyes como el tratado o la costumbre”. Una prohibición normal (*jus dispositivum*) se podría formular de una manera diferente: “Un estado puede no violar esta norma aunque podría estar válidamente de acuerdo en alejarse de su cumplimiento bajo las prescripciones surgidas de los procesos de creación de leyes como el tratado o la costumbre.” Sin embargo, no puedo continuar con el tratamiento de este tema aquí.

86. Ver id. págs. 210-215.

87. Ver, por ej., id. en la Parte III.

88. La tesis del derecho internacional que prohíbe tratados inmorales (o costumbres) fue propuesta por Alfred von Verdross, “Forbidden Treaties in International Law,” *American Journal of International Law*, vol. 31, 1937, pág. 571. Posiblemente esto es lo que quiere decir la Convención de Viena cuando reclama que la comunidad internacional toda acepte una norma de *ius cogens*. Tal vez la idea que está detrás de la Convención es que aquellas normas son realmente imperativos morales pero que la única manera de acertar si un imperativo moral existe es consultando lo que piensa la gran mayoría de los estados. Basta decir que el *jus cogens* es derecho de mayor jerarquía que invalida el consentimiento bajo cualquiera de sus formas.

89. El Profesor Weisbrud también nota esta confusión y la respuesta que brinda sugiere desmantelar el *jus cogens*. Esto tiene sentido si se quiere mantener unido (como él lo hace) el dogma de que los estados tienen discreción ilimitada y no discutida para determinar las reglas del derecho internacional. Ver A. Mark Weisbrud, “The Emptiness of *Jus Cogens*, as Illustrated by the War in Bosnia-Herzegovina,” *Michigan Journal of International Law*, vol. 17, 1995, págs. 1, 24-40. Mi propuesta es, tal vez, cercana a lo que Weisbrud llama derecho natural (que él rechaza, sin llegar a convencer, págs. 30-31). La tesis de que los estados pueden no estar de acuerdo con un comportamiento inmoral requiere abandonar tanto el positivismo y el relativismo moral.

Para poder lograr una solución a este rompecabezas es necesario tomar distancia tanto del positivismo como de la teoría de los juegos y apelar a la filosofía político-moral. Como otras formas de cooperación, los acuerdos son objetables, no sólo cuando causan externalidades negativas sino cuando causan *injusticias* a las personas. No cualquier daño es inmoral: sólo aquél que causa un daño injusto. Y para decidir qué externalidades negativas pueden imponer los estados por medio del consentimiento y cuáles no, necesitamos una teoría político-moral, una teoría de la justicia. El principio de *jus cogens* simplemente nos dice que mientras el hecho de que un estado ha consentido en un comportamiento futuro provee una *razón moral* para cumplir con tal comportamiento. Sin embargo, en algunas ocasiones también pueden prevalecer otras razones morales. Cumplir acuerdos o prácticas consuetudinarias⁹⁰ puede traer aparejadas injusticias a terceros ya sea a la población de los estados parte o a terceros estados.

LA CONFUSIÓN DEL GOBIERNO CON LA GENTE

El derecho internacional trata el comportamiento de los gobiernos como si fuera *ipso facto* comportamiento de las naciones. He criticado esta tesis estatista, en otros trabajos;⁹¹ algunos autores la llaman la analogía doméstica; mientras otros se refieren a ella como la opacidad del estado.⁹² Utilizaré la teoría de los juegos para reformular mi crítica al estatismo. Cuando los especialistas de relaciones internacionales utilizan la teoría de los juegos para explicar el comportamiento del estado, asumen que el comportamiento internacional del gobierno *es* el comportamiento internacional del estado. El gobierno es quien determina qué es el interés nacional. Este actúa y, en la matriz, las ganancias son del estado, para todo el estado, sus ciudadanos, presentes y futuros.

Sin embargo, este análisis no describe correctamente lo que ocurre. Los gobiernos tienen sus propios intereses. No es necesario ser tan cínicos como los teóricos de la opción pública para darse cuenta de que los gobiernos tienen, en el mejor de los casos, intereses mixtos. En aras de la simplicidad, reduzcamos la motivación del gobierno a cuatro categorías: (a) el deseo de permanecer en el poder, (b) el deseo de adquirir prestigio y reconocimiento para sí, (c) el deseo de fomentar los intereses de sus ciudadanos, (d) el deseo de hacer lo correcto. Sea cual fuere esta mezcla (y sospecho que los componentes (a) y (b) son los más fuertes), casi por definición podemos afirmar que el comportamiento del gobierno no será aquel que responda al interés de los ciudadanos. Los gobiernos tienen sus propios intereses y, consecuentemente, ellos *obtienen réditos de la política exterior que, en la gran mayoría de los casos, difieren de los réditos de los gobernados*. Esto significa que una situación internacional PD es más compleja que una situación PD entre individuos: *para cada acto internacional existen dos matrices de réditos y, consecuentemente, dos matrices paralelas*. Una es la ganancia para el gobierno y la otra para la “nación” (el interés agregado de sus ciudadanos). En mi ejemplo previo de desarme nuclear, un país determinado eliminará o mantendrá su arsenal armamentista no sólo según cuánto

90. El derecho antiguo de conquista puede ser un ejemplo de la costumbre no moral.

91. Ver Tesón, nota 69 supra, Capítulos Tres y Cuatro.

92. Ver la discusión y referencias en supra Capítulo Dos.

los ciudadanos del país esperan obtener de cada alternativa, sino también cuánto espera ganar el gobierno (por ejemplo, incrementando sus posibilidades de reelección).⁹³ A lo sumo, la teoría de los juegos podría explicar con mayor exactitud el comportamiento internacional, en el sentido de predecir cuál será el comportamiento racional del gobierno. El positivismo, debido a su presunción estatista, priva a la gente de la capacidad de consentir autónomamente a actos de política exterior.

La misma observación es aplicable a una situación de Coordinación. Según los estadistas, los estados llegan a un punto de equilibrio (de entre varios) en interés mutuo. Pero olvidan decir que este punto de equilibrio puede no ser idéntico para gobierno y gobernados. Por ejemplo, en el caso del derecho de pasaje a través del territorio indio el problema era si dicho derecho constituía una costumbre bilateral o no entre Gran Bretaña (como administrador de la India) y Portugal (como administrador colonial de Goa, un enclave en territorio indio).⁹⁴ La Corte decidió que tal costumbre existía. Pero la pregunta sin respuesta fue por qué la India debía estar obligada por una costumbre que surgió entre los administradores coloniales.⁹⁵ El punto de equilibrio (la regularidad alcanzada con el derecho consuetudinario de pasaje) representaba los intereses de las potencias coloniales de Gran Bretaña y Portugal, pero no representaba necesariamente el interés de las personas de Goa e India a quienes el gobierno indio no pretendía representar. La situación planteaba en suma, dos matrices diferentes, una para el gobierno y otra para el pueblo, pero esta última había sido ignorada. Esta anomalía ocurre en distintas situaciones y lugares. Ella es válida para todos los gobiernos, democráticos o no. Lo que ocurre es que la matriz de réditos de un gobierno democrático en general difiere menos de la matriz de réditos de sus gobernados. Ello es así porque en una democracia la supervivencia del gobierno depende de la decisión electoral colectiva. El análisis incluye todos los actos internacionales, comprendiendo los actos de creación de normas como el tratado y la costumbre. La teoría de los juegos se ve forzada a abandonar la presunción de la “opacidad” del estado ya que, de otra manera, las matrices no estarían describiendo las consecuencias de la política exterior para el estado (entendido como población más territorio más gobierno) sino sólo para los gobernantes.

La tesis Kantiana promete un enfoque diferente del derecho internacional porque provee instrumentos para explicar lo que el positivismo deja sin explicar. La noción de legitimidad política es un concepto normativo que evita la confusión entre gobierno y gobernados. Vimos que el interés del gobierno casi nunca

93. No pienso en ejemplos atroces como el uso tiránico del poder, sobornos, o actos de corrupción. Me refiero a ejemplos tales como el deseo de “entrar en la historia” o incrementar las oportunidades de reelección.

94. Ver Oye, nota 9 supra, págs. 1, 6.

95. La India abordó el tema de la legitimidad de una manera particular. Cuestionó la competencia de la Corte con el argumento de que la disputa comprendía exclusivamente territorio indio (tratando la región del Goa como territorio realmente propio). Ver La Quinta Objeción Preliminar de la India, El Derecho de Pasaje A Través del Territorio Hindú (Portugal c/India), 1960 *International Court of Justice Pleadings*, vol I., págs. 122-185. La Corte rechazó este argumento también de una manera particular. El hecho de que la India discutiera la soberanía hizo que la disputa se transformara en “internacional”, y por ello se la trataría bajo los términos de la cláusula opcional. Derecho de Pasaje A través de Territorio Hindú (Portugal c/India), *International Court of Justice*, 1960, págs. 6, 32-33.

corresponde al interés de las personas. Pero sí es posible reducir los daños que causa tan triste realidad. Un posible intento de explicar las instituciones democráticas como fueran definidas en el presente trabajo (respeto por los derechos humanos más un gobierno realmente representativo) es viéndolas como intentos de poner límites a la búsqueda de los intereses particulares del gobierno a expensas del interés de la gente. En suma, el ideal es fundir en una a las dos matrices.

Cuando el derecho internacional prohíbe al gobierno la violación de los derechos humanos, está trazando los límites de aquellos caminos que quisiera transitar el gobierno para satisfacer sus intereses (por ejemplo, si con el objeto de perpetuarse en el poder suprimiera el derecho al disenso). Las elecciones democráticas periódicas, permiten reemplazar a los gobiernos malos, es decir, aquellos que sólo persiguen su interés particular a expensas de los gobernados. El análisis de la teoría de juegos, pues, brinda un argumento adicional a favor de la democracia. Típicamente, un gobierno es relativamente más democrático cuando su matriz de réditos se aproxima a la matriz de ganancias que representa los intereses agregados de la población. Si bien las dos matrices casi nunca coincidirán; en sistemas no democráticos se alejarán. Es posible que esta sea una forma de interpretar el argumento de Kant según el cual para garantizar la paz se necesita democracia porque los gobiernos no democráticos no incurren en mayores costos cuando envían a la gente a la guerra. La estructura de costos y beneficios del gobierno en una sociedad democrática se acerca a la estructura de costos y beneficios de la gente. En suma, la gente ejerce un control mayor sobre las decisiones gubernamentales.

Concluyo afirmando que la teoría tradicional sobre las fuentes del derecho internacional adolece de errores provocados por la persistente adhesión del positivismo a la tesis de que sólo los actos de los gobiernos crean derecho internacional. Debido a esta negativa a entender la motivación moral, los positivistas son guiados a desarrollar una teoría incoherente sobre la obligación internacional. Creen que el interés nacional es el motor de las relaciones internacionales, aún cuando insisten que la obligación se basa en el consentimiento, y aún en aquellos casos que es contrario al interés nacional. He demostrado que esta tesis sólo puede ser defendida apelando a principios morales que se encuentran más allá del consentimiento de los estados. Sin embargo, los positivistas *aparentan* rechazar el rol de los valores en la interpretación jurídica, pero no creo que esa sea su verdadera posición. No llegan a rechazar las normas morales. Al igual que los teóricos del derecho natural, los positivistas se basan en una norma no positiva: aquella que exige la preservación de los estados y gobiernos existentes. Pero (con notables excepciones como la de Michael Walzer) simulan que su visión es “objetiva.” Dicha objetividad es falsa, y el mundo de las ideas podría beneficiarse en gran medida si intentaran apoyar su presunción normativa con argumentos. A los positivistas les gusta recalcar que su tesis (la ley es creada exclusivamente por los estados) es respetuosa de la soberanía del estado (que ven como la encarnación jurídica de las diferencias culturales y nacionales) y, por ello, la creen superior a las alternativas propuestas por el derecho natural. Pero el énfasis que los positivistas ponen en el poder de los gobiernos no es una reivindicación de las diferencias nacionales legítimas, sino apenas una apología disfrazada del poder político.

El positivismo, entonces, es incoherente. Pero este artículo deja abierta la posibilidad de que el Realismo sea coherente. Tal vez sea posible explicar sin incoherencia el mundo social definiéndolo como el resultado exclusivo de personas que actúan como maximizadores racionales del interés particular y de estados que actúan como maximizadores racionales del interés nacional. Es posible que la idea de la obligación sea sólo una ilusión y que la motivación moral siempre puede ser reducida a explicaciones de teoría de juegos. Pero considero que ésta es una visión empobrecida. Si suscribimos al paradigma de la teoría de juegos donde todas las acciones, desde la más vil a la más sublime, pueden ser vistas como intentos de maximizar nuestro interés, corremos el riesgo de perder de vista dimensiones importantes del quehacer humano. Si la motivación moral es una ilusión, conviene sin embargo preservarla.

APÉNDICE: ILUSTRACIÓN DEL DILEMA DEL PRISIONERO EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Para ilustrar una relación de PD típica, imaginemos que dos estados (por ejemplo, Argentina y Brasil) están considerando incrementar la inversión militar para ampliar su arsenal armamentista. Supongamos que ambos países están compitiendo por la hegemonía en América Latina. Supongamos también que tampoco existen otros actores que puedan influir en la decisión de estos dos jugadores (por ejemplo, no existe presión alguna de los Estados Unidos para que alguno de ellos o ambos se desarmen). Cada gobierno sólo tiene que considerar el comportamiento del otro. La matriz que sigue a continuación demuestra una estructura posible de los réditos en una situación de este tipo:

		Argentina	
		A	B
A		2/2	4/1
D		1/4	3/3

Brasil

Los símbolos de esta matriz son los siguientes. Un jugador, Argentina, está representado en la columna; el otro, Brasil, está representado en la fila. La letra *A* representa la acción de armarse y la letra *B* la de desarmarse. Cada jugador puede escoger entre armarse o desarmarse. De esta manera, se generan cuatro combinaciones posibles de las dos opciones originales. Los números representan los réditos correspondientes a cada combinación, para cada uno de los jugadores. La medida del rédito (lo que gana cada uno) está representada por la medida ordinal que corresponde a la cantidad obtenida (para cada actor: $4 > 3 > 2 > 1$). El número de la derecha representa convencionalmente la ganancia del jugador ubicado en la columna; el número de la izquierda, el número del jugador ubicado en la fila.

En esta matriz, el mejor resultado de la Argentina (4) es armarse y lograr que Brasil se desarme porque, de esta manera, la primera alcanzará la hegemonía

hemisférica. Su peor resultado (1) es el reverso, esto es, desarme unilateral y así ser vulnerable a la hegemonía hemisférica armada de Brasil. Su segundo mejor resultado (3) se presenta si ambos países se desarman; y su mejor tercer resultado (2) ocurre si ambos se arman. Esto es peor que el desarme mutuo (debido al peligro de guerra más los costos que ella trae aparejados) pero mejor que estar dominado; la cooperación mutua (desarme) es el segundo mejor resultado; la deserción mutua (carrera armamentista) es el mejor tercer resultado; una cooperación no correspondida (desarme unilateral) es el peor resultado.

La estrategia dominante para cada país enfrentado a este dilema (algunas veces también llamado el Dilema de la Seguridad) es *no* cooperar y, por ende, armarse. Al hacerlo, cada uno de ellos se asegura contra el peor resultado posible (subyugación política) y así todavía conserva la chance de llegar, eventualmente, a obtener el mejor resultado si su adversario es lo suficientemente ingenuo como para desarmarse unilateralmente. Debido a que ambos gobiernos razonan de manera similar, ambos se armarán, alcanzando el primer cuadro de la izquierda (2/2, deserción mutua) en la matriz precedente. El resultado *colectivo* de esta deserción mutua, que es la opción racional para cada país considerada individualmente, es Pareto-inferior para la cooperación mutua. Cada uno de ellos obtendría mayores ganancias si ambos se desarmaran en lugar de armarse. Pero debido a que el desarme los expone a ser explotados por el otro, su estrategia dominante es la de armarse.