

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

28

(1999)

Continuità e trasformazione:
la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica

TOMO II



giuffrè editore milano

BARTOLOMÈ CLAVERO

POSITIVE MORALITY:
LA INCÓGNITA DECIMONÓNICA DEL DERECHO
INTERNACIONAL

(A propósito de *Potenza e Ragione* de Stefano Mannoni) ⁽¹⁾

1. *Down by Law*: moralidad positiva internacional. — 2. *Up by Courtesy*: derecho positivo internacional. — 3. *Up and Down*: derecho y moralidad internacionales.

1. *Down by Law*: *moralidad positiva internacional*.

No es difícil encontrar por todo el siglo XIX europeo y americano juristas que niegan la existencia de un *derecho internacional*, corifeos y secuaces al fin y al cabo de unos Estados, los europeos y los americanos, que, afirmándose como soberanos, no parecen muy dispuestos a reconocer ordenamiento superior a ellos mismos. Intentando determinar estrictamente *the province of jurisprudence*, el dominio de una ciencia del derecho, frente a la relajación del propio lenguaje hacia las alturas de mediados de siglo, el británico John Austin niega que *the law of nations or international law*, el derecho de gentes o derecho internacional, mereciera con propiedad, falto del aval por lo visto entonces esencial de *sovereignty*, de soberanía, la denominación de *law*, el identificativo exacto de *derecho*. He aquí una de las negativas más afamadas que no dejaba de situarse entre unos matices usualmente en cambio olvidados ⁽²⁾.

Pues resulta que, según la visión de Austin, se puede carecer de la condición de *law*, de derecho, pudiéndose tener todavía el carácter de *rule*, de ordenamiento de otro tipo, de alguno que se genere, no en *sovereignty*, en soberanía de signo político, sino en *general opinion*, en opinión de carácter general, con un alcance tan *positive*, tan positivo en

⁽¹⁾ Stefano MANNONI, *Potenza e Ragione. La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)*, Milán (Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, 54) 1999.

⁽²⁾ John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, edición de Wilfrid E. RUMBLE con registro de procedencias textuales entre publicaciones primera de 1832 y postumísima de 1885, Cambridge 1995, voces en el índice analítico de *ius gentium*, *law of nations* y, por lo que ahora veremos, *opinion*.

la acepción de establecido, como el derecho mismo. Son órdenes el del *law* y el de la *opinion* que diferirían por sus *sources*, por sus fuentes. Con soberanía tenemos *positive law*, derecho positivo; con opinión, *positive morality*, moralidad igualmente positiva, otro posible cuerpo de *rules*, de reglas. Pese al equívoco del sustantivo, el *international law*, el derecho internacional, sería una *branche*, una rama, de la *positive morality*, de la moralidad positiva, y no del *positive law*, del derecho positivo. También se nos subraya que en dicho sintagma no se significa bondad de conducta ni cualificación ética ninguna, sino existencia de regla, con la expresión de moralidad. Moral va en el sentido de practicado o consuetudinario. Y positiva es calificativo igualmente neutro ⁽³⁾.

La moralidad positiva conoce reglas en el ámbito internacional pues tiene materia que regular. Por ejemplo, se pregunta Austin, «¿cuándo se eleva una colonia rebelde, como la que ahora constituye la nación mexicana, desde la condición de provincia insurgente hasta la de comunidad independiente? ¿En qué momento ha autorizado el derecho internacional a las naciones neutrales para reconocer la soberanía de México?». La respuesta habría de darla el propio Estado mexicano o, antes incluso, la propia sociedad mexicana. Cuando ésta dejó de prestar obediencia a España por habérsela transferido al nuevo Estado, entonces, con ello, «se vieron autorizadas las naciones neutrales, por la moralidad existente entre ellas, para admitir la independencia de México y la soberanía del Estado mexicano», del *Mexican government*. La concurrencia de Estados es como un espejo que hace principio común el principio propio. La soberanía es regla entre soberanías. Podía serlo y así entonces lo era ⁽⁴⁾.

«The so called law of nations consists of opinions or sentiments current among nations generally», lo que se llama derecho internacional consiste en opiniones o sentimientos compartidos entre naciones. «Positive international morality», la moralidad positiva internacional, se identifica con «the rules which actually obtain among civilized nations in their mutual intercourse», con las reglas que realmente median las relaciones entre naciones civilizadas. Aquí tenemos implícita una fuente última para la opinión que forma moralidad en esta vertiente internacional. Es la *civilization*, la civilización que se entiende propia y común de las determinadas naciones constituyentes de Estados soberanos, de esta verdadera comunidad, si no de derecho positivo, de ordenamiento también efectivo. Lo que definitivamente con todo esto no se admite es la idea de un *ius gentium* como *ius naturale*, de un derecho de naciones como orden de naturaleza por encima de los

⁽³⁾ J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, pp. 110-112 y 123.

⁽⁴⁾ J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, pp. 175-176.

Estados y sin control así de positividad, de efectiva práctica entre ellos ⁽⁵⁾.

Positive morality no es una expresión que suene hoy tan neutra como es de suponer que podría llegar a hacerlo en tiempos de Austin cuando así la adopta. La acuñación no ha tenido éxito ni tiene curso. Se presta a la confusión de entenderse algo tan ajeno al derecho como alguna bondad redoblada por moral y por positiva. El equívoco también podría darse entonces pues Austin se ocupa de prevenirlo. No encontraría mejor expresión para algo tan elusivo como un ordenamiento que no constituía derecho en un contexto que quería distinguir estrictamente la misma dimensión jurídica de vecinas como la ética. Y lo era que podía constituir por costumbre y por doctrina ordenamiento de base nada menos que para los Estados, para las soberanías que determinaban el derecho mismo. Aquí y ahora no me interesa la ubicación de la ocurrencia en el pensamiento de Austin ni tampoco en la historia doctrinal del derecho internacional. Intento identificar el objeto para entrar en materia.

2. Up by Courtesy: *derecho positivo internacional*.

He ahí un objeto realmente escapadizo para una historia del derecho, más todavía por encontrarse hoy en manos de parte interesada. No se trata de un fenómeno de ciclo cumplido y pasado. El derecho internacional es ahora, en nuestro tiempo, un dominio bien tangible con especialistas y profesionales que no desprecian el crédito o incluso la legitimación de una historia figurada a la propia imagen y semejanza. Puede pasar con la proyección por derecho lo que no lo fuera sin cuestión siquiera para otras posibilidades pretéritas de ordenamientos sociales e incluso políticos. El mismo terreno de uno *internacional* se encuentra en situación de notable abandono por parte de la historiografía jurídica que pudiera ser más sensible para con configuraciones caducas de objetos vivos. Hay que felicitarse por la aparición y el aporte del libro de Stefano Mannoni, por la iniciativa y el resultado de su estudio sobre *diritto internazionale* entre 1870 y 1914, en unas décadas de *crisi dell'equilibrio europeo*.

Démosle la bienvenida pues la merece. Mannoni se mueve con verdadera soltura por la problemática internacional del largo siglo XIX, hasta la crisis de la guerra del 14, y entre escritos doctrinales centro-europeos y norteamericanos básicamente. Se adentra en este terreno descuidado por la historiografía jurídica con tal dominio de la materia que crea la impresión de estarse moviendo por territorio conocido. Lo resulta tras su exploración y por ella. Aunque sólo fuera por esta recuperación de objeto y materiales, el recibimiento está merecido. Hay

(5) J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, pp. 124, 142 y 160.

libros que abren campo. Y los hay que también hacen camino. Es el caso. Stefano Mannoni traza, bajo el título de *Le vie della pace*, todo un mapa de situación bien circunstanciado de la doctrina internacional del XIX, para centrarse luego en los problemas internos de la quiebra de la paz, del bloqueo de dichos caminos para beligerantes, *Il problema della guerra*, y para no beligerantes, *Vicissitudini della neutralità*.

Son los títulos de los tres grandes capítulos en que se divide el libro, resultando el primero de un alcance más general y viniendo los otros a centrarse en las cuestiones del *ius in bello*, de algo de entrada tan imposible bajo supuestos de soberanía como el ordenamiento interno de la guerra, no ya la premisa también problemática del derecho a hacerla, pues experimentó un notable proceso de positivización entre siglos, a partir de la guerra civil estadounidense y a través de conferencias diplomáticas, simposios científicos y convivios híbridos, para saltar por los aires el 14, de lo cual se ocupa un *Epilogo* de dos epígrafes expresivos: *La sovranità contestata* y *Conflitto di paradigmi*. A falta de mejor palabra y no convenciéndome para el caso la suya, llamo *positivización* a lo que Mannoni identifica como *codificación*, la formulación expresa de un *derecho internacional* tras el periodo en el que ha llegado a negarse su existencia.

El anágrafe del libro no veo que le haga completa justicia, pues título se pasa y subtítulo no llega. *Potenza e ragione* resulta demasiado genérico, pudiendo haberse contraído, si el nombre no existiera, a *Guerra e pace*, pero a su vez el subtítulo, *La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)*, parece en cambio que se queda corto. No sólo se trata de una *ciencia* del orden internacional, sino también de los retos de desorden interestatal que debe afrontar, con lo que entramos en materia más sustantiva, si la doctrina ya no lo fuera, de derecho internacional. El panorama además no se limita a Europa ni a las décadas entre siglos, aunque en una y en otras venga efectivamente a centrarse.

Ante todo se ofrece el mapa de latitudes y coordenadas para la navegación por las aguas procelosas del derecho internacional más o menos existente y más o menos reconocido durante el XIX, esto más general e inédito de lo que, aun con el riesgo de cometer injusticia con la parte más monográfica del libro, la de *guerra e pace*, quiero ocuparme ⁽⁶⁾. Bajo el título de *Le vie della pace* encontramos tal portulano no sólo de rutas y rumbos de paz, sino más generalmente de derecho. Partimos del *declino del iusnaturalismo* privando de legitimidad a la doctrina jurídica no resignada al *positivismo* de Estado, a esta forma contemporánea de *assolutismo giuridico*. No se adopta esta categoría historiográfica, pero es de su punto histórico de donde realmente

⁽⁶⁾ B. CLAVERO, *Diritto della Società Internazionale*, Milán 1995, para mero acercamiento.

partimos (7). *Lo Stato sopra il diritto, o il verdetto di Hegel e Austin*, es uno de los epígrafes de estas *Vie della pace* bien expresivo al efecto.

Como si fuera el único entonces pensable o al menos realista, la exposición se sitúa decididamente en el mismo terreno *positivista* del derecho, sin mayor atención a la *moralidad* que dijera el propio Austin. Pero el asunto de fondo no deja de entrar por derivaciones imprevistas para el británico como, formándose epígrafes de las *Vie della pace*, a través del arbitraje, la cooperación y otras formas de relaciones multilaterales entre Estados concertados por intereses y presunciones comunes. Un apartado de *Colonialismo e civiltà* pone en especial de relieve esto último. La idea de *civilización* que legitima y fomenta colonialismo resulta la fuente por excelencia de la *moralidad positiva* que diría Austin. He ahí todo un *derecho internacional* para un tiempo que negaba por lo común su existencia.

« Only by courtesy », únicamente por cortesía, podría entenderse que el *international law* es derecho, aseguraba uno de los poquísimos juristas británicos atentos entonces el planteamiento de Austin. Sólo sería « the formulated view of the civilized world upon the graver questions which may arise between governments », la determinada visión del mundo civilizado sobre los extremos más graves que puedan suscitarse entre Estados. ¿No es mucho lo que se encierra en *la cortesía*? ¿No tendríamos que empezar reconstruyendo todo lo que se presupone como ordenamiento no menos efectivo por no ser jurídico de dicho *mundo civilizado* y no sólo para sí mismo, sino para la humanidad entera? Mannoni no lo entiende evidentemente así. El planteamiento de Austin, aquel *verdetto* compartido con Hegel, lo reduce a esto: « Il diritto internazionale è niente più che una morale », nada más que una moral y punto, sin las especificaciones que hemos visto (8).

El propio caso británico ofrece, junto al estadounidense, buenas pistas que al mismo Mannoni no se le escapan. Continuamente ha de marcar el contrapunto de un entendimiento que puede decirse anglosajón del derecho internacional. Comienza por no ser tan *positivista*, por este aspecto más general que ahora interesa. No resulta significativa del propio caso, el británico, la posición de Austin, como antes tampoco la de Jeremy Bentham todavía más negatoria de la posibilidad jurídica del derecho internacional. La audiencia fue parca en su medio. Ni en Gran Bretaña ni en Estados Unidos se excluía la incorporación normativa del *ius gentium*, del mismo derecho de naciones que se venía tradicionalmente concibiendo como *ius naturale*, orden de naturaleza. No suele alcanzar ahora, en el XIX, esta fuerza ni este reconocimiento, pero tiene valor y presencia. Es lo que Mannoni entiende como

(7) Paolo GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milán 1998, con esta contención a derecho privado.

(8) S. MANNONI, *Potenza e Ragione*, pp. 29 y 61-62, con la cita también del otro jurista, Thomas Erskine Holland.

Sincretismo anglosassone, otro epígrafe de las *Vie della pace*, testimonio de que Bentham y Austin no son profetas en su patria. Como había dejado en claro Blackstone, *the law of nations*, incorporada por el *common law*, « is held to be a part of the law of the land », es parte integrante del propio derecho británico ⁽⁹⁾. Mannoni lo registra y lo comprueba también respecto a los Estados Unidos, considerando casos jurisprudenciales. Aquí, por el espacio anglosajón, si hay un *assolutismo giuridico*, cancela *ius naturale*, pero no por ello *ius gentium*.

Mannoni habla de *sincretismo* para el supuesto porque su exposición se mueve del *iusnaturalismo* al *positivismo* como términos que se repugnan entre sí y cuya unión produce híbrido. Ambas referencias no acaban a mi entender de precisarse del todo. La primera se mueve entre el *ius naturale* socialmente indisponible por su impronta tradicional y los *iura naturalia* políticamente intangibles por su carácter constitucional. No es lo mismo, pero la contraposición nunca se plantea frontalmente como tal. Una postura como la de Pasquale Fiore situándose en el segundo terreno, el de los derechos constitucionales, aparece registrada como expresión del *iusnaturalismo* tradicional de cuya superación se trata con un *positivismo* de perfiles igualmente vagos ⁽¹⁰⁾. Cuando en el medio anglosajón se hace entonces lo propio con unos *rights* o derechos venidos a tal posición de signo constitucional, resulta la ubicación más fácil gracias a dicho marchamo de *sincretismo*. ¿Mas no es *positivismo* también el *constitucional* aun en el caso de que predique con lenguaje *naturalista* derechos de libertad? No hay epígrafe ni modismo que lo distinga en la exposición de Mannoni. Ni el mismo *Epilogo* llega a identificar como *paradigma* ni variante un *iusnaturalismo* distintamente constitucional que, por basarse en derechos, por esto exactamente, compromete al Estado y a los Estados, al ordenamiento entre ellos tanto como al interior.

Potenza e ragione concluye, como anuncia, en 1914. No entra entre sus objetivos adentrarse ni mucho menos en el tiempo posterior. Pero se asoma y ofrece una vista en la que se vislumbra sin cobrar cuerpo dicha alternativa constitucional. El panorama responde justamente a la historia, pues aún tomaría casi medio siglo y la más cruenta de las guerras, con holocaustos industrial y nuclear, el planteamiento resuelto por un derecho internacional de derechos constitucionales, de los *derechos humanos*. Nada de esto ciertamente es materia del libro. Sin embargo, no sé si el detalle de no haberse distinguido el *internacionalismo* de derechos que no falta en tiempo anterior a 1914, con todos sus

⁽⁹⁾ William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford 1765-1769 (reprint 1979), vol. IV, *Of Public Wrongs*, cap. 5, *Of Offences against the Law of Nations*, p. 67.

⁽¹⁰⁾ S. MANNONI, *Potenza e Ragione*, la voz de Fiore en el índice de autores, primera aparición.

desencajes, hurta problemática de esta misma época. No habría anacronismo en la distinción.

Obsérvese el efecto por la cara negativa de la moneda. ¿Qué panorama acaba ofreciendo el apartado más incisivo para el reconocimiento del derecho internacional existente en el tiempo cuando se negaba por lo común su existencia o de la *positive morality* a fin de cuentas, de algo que es y no es derecho? Me refiero obviamente al ya señalado a este propósito, el que se dedica a *Colonialismo e civiltà*, a la civilización en la que no sólo se reconocen, sino por la que también se ordenan los Estados.

El apartado traza con buen pulso el mapa de los sujetos de un orden internacional. Aparecen en posición activa los Estados que se tienen a sí mismo por *civilizados* y cuya civilización se muestran dispuestos generosamente a participar. Quedan de diverso modo en la posición pasiva cuantos colectivos humanos no alcanzan el reconocimiento. Dicho de otro modo, la propia idea de civilización funda un colonialismo que se entiende a sí mismo como humanitario incapacitando a la mayor parte de la humanidad en la medida en la que logra imponerse el ordenamiento que de este modo más cultural que normativo se destila. Es evidencia que en la exposición de Mannoni manifiesta un carácter más accidental que constitutivo del derecho internacional de entonces. «Sono rari i giuristi che mostrano una schietta sensibilità verso il problema della parità di diritto con le nazioni extraeuropee» ⁽¹¹⁾, pero yo no encuentro ninguno ni europeo ni americano que demuestre tal franca sensibilidad para con un pie de igualdad. La disparidad parece constitutiva, de donde se arrastrarán problemas de fondo en el mismo ámbito del derecho internacional a todo lo largo del siglo XX.

La exposición se asoma al tiempo inmediato, al de una Sociedad de Naciones que, tras la guerra, se propondrá asumir «la responsabilità dei popoli civili per la *guardianship* dei loro *pupilli*», humanidad no europea ni asimilada. Se anunciaría así, según *Potenza e ragione*, un tiempo de respeto, «di rispetto», por otros pueblos mediante un acrecentamiento de la protección, de dicho régimen de *tutela*, que condujera a su educación y bienestar, «alla loro educazione e benessere» ⁽¹²⁾. Así es como concluye el capítulo sobre *Colonialismo e civiltà*. Confieso mi perplejidad. Siguen todos los problemas como si fueran ahora soluciones. No entro, como no lo hace Mannoni, en una historia posterior que, con descolonización y todo, no abona precisamente dicho panorama de futuro entonces. Me pregunto sólo por el grado en el que una relativa asunción de la misma presunción civilizatoria que ha constituido derecho internacional no está estorbando la percepción del

⁽¹¹⁾ S. MANNONI, *Potenza e Ragione*, p. 107.

⁽¹²⁾ S. MANNONI, *Potenza e Ragione*, pp. 119-120.

propio objeto histórico, de todo ese volumen de ordenamiento no menos efectivo por no tener formulación normativa ni reconocimiento jurídico cuya punta mínima de iceberg podía ser la idea austiniana de *positive morality*.

Al presentar tal panorama conclusivo de un tiempo y al referirse en concreto a la responsabilidad de la *guardianship* o tutela de unos pueblos por otros, Mannoni apunta en nota: « Un precedente importante in tal senso era quello del trattamento degli indiani di America, assimilati anch'essi a *pupilli* »⁽¹³⁾. La fórmula internacional pasaría por la geografía americana, por el tratamiento estadounidense de la población indígena. He ahí un hilo de unión entre *ius gentium*, que ya establecía dicho régimen de tutela, y *derecho internacional*, que acaba efectivamente asumiéndolo como cosa propia. La advertencia resulta tan incitante que está clamando por desarrollo. El escenario de *Potenza e ragione* es el europeo, pero en más de una ocasión debe mirarse a América o en concreto a Estados Unidos, pues es latitud que interesa a la positivización más general de derecho internacional. Por esto el libro se extiende a la consideración de casos no sólo británicos, sino también estadounidenses, respecto a la vigencia interior del *ius gentium*, pero ninguno de ellos toca a dicha cuestión del tratamiento indígena. Los hay, pudiendo abrir todo un horizonte de continuidad encubierta a partir del *ius gentium* con lo que esto supone de derecho internacional en el tiempo en el que más se niega su existencia y en el posterior que la reconoce⁽¹⁴⁾.

Mannoni se ocupa más de *derecho positivo* emergente que de *moralidad positiva* operante, dicho sea en los términos de Austin, con lo cual creo que se le escapa una dimensión primaria del asunto, la que quizá constituye entonces el reto principal para el mismo *internacionalismo*. Ciertamente es que su objeto y sus materiales son de *scienza del diritto* y no de otra cosa, pero en esta misma *ciencia*, en la doctrina del derecho, hay silencios y presunciones, entrelineados e intertextualidades, no menos expresivos o más reveladores incluso que las escrituras y otros signos aparentes. Y éstos conducen a aquellos. Los tiene ante la vista y

⁽¹³⁾ S. MANNONI, *Potenza e Ragione*, p. 119, n. 377.

⁽¹⁴⁾ Robert A. WILLIAMS JR., *The American Indian in Western Legal Thought. The Discourses of Conquest*, Nueva York 1990; Philip P. FRICKEY, *Marshalling Past and Present: Colonialism, Constitutionalism, and Interpretation in Federal Indian Law*, en *Harvard Law Review*, 107, 1993, pp. 381-440; Francis P. PRUCHA, *American Indian Treaties. History of a Political Anomaly*, Berkeley 1994; Jill NORGREN, *The Cherokee Cases. The Confrontation of Law and Politics*, Nueva York 1996. Pero puede ser también punto ciego en Estados Unidos: Peter ONUF y Nicholas ONUF, *Federal Union, Modern World: The Law Of Nations in an Age of Revolutions, 1776-1814*, Madison 1993; Francis A. BOYLE, *Foundations of World Order: The legalist approach to international relations*, Durham 1999; o también que, advirtiéndose, se ciega: Bruce ACKERMAN, *We the People*, vol. I, *Foundations*, vol. II, *Transformations*, Cambridge 1991-1998, a no ser que lo remedie el vol. III, *Interpretations*, pendiente.

a mano. No dejan de comparecer por ejemplo James Brown Scott, la Carnegie Foundation y su empeño por reconstruir un derecho internacional a la entrada del siglo XX de cara a la humanidad entera, inclusive Europa, con materiales del *ius gentium*, sus afamados *Classics of International Law*, a estas alturas y para tales anchuras ⁽¹⁵⁾, una especie de contrabando de doctrina cual mercancía rediviva entre tiempos históricos y espacios presentes como luego constataremos. La noticia desnuda se registra. ¿Cómo no llama la atención, causa sorpresa y sirve de pista?

Para Mannoni el personaje merece otra presentación: «James Brown Scott (1866-1943) è il tipico esponente della migliore accademia nordamericana di fine secolo», además de «consulente giuridico del Dipartimento di Stato» y «direttore della divisione per il diritto internazionale della Fondazione Carnegie» ⁽¹⁶⁾. Y pesa lo primero, la excelencia de academia. Es autoridad de la que fiarse sin mirar entre líneas. Se guarda respeto a textos y autores. Se les fotografía en su mejor postura. Resultan agraciados. Entre otras utilidades, *Potenza e ragione* presenta la de ofrecer biografías profesionales someras de la sucesión de internacionalistas que van compareciendo. Lo hace en nota cuando se trata de datos que tal vez merecieran más relieve y desenvolvimiento. Se nos dice justamente de una «Internazionale» *dei professori*, otro epígrafe del capítulo de las *Vie della pace*. La ubicación de alguno de tales profesores, entre Alemania y Francia por ejemplo, a veces se apunta como circunstancia a tener en cuenta para entender posiciones. Abren el apetito y saben a poco sugerencias tan telegráficas entre textos.

Si ello es así, si hay tal *Internazionale dei professori* aunque sea entre comillas, ¿no convendría adentrarse a fondo en las redes que iban tejiéndose entre *ciencia* y diplomacia, entre doctrina y política internacionales, y en cuyo entramado se producía el cultivo, la cosecha y el cocinado de la positivización de un ordenamiento? ¿Y antes que nada, con todas sus reticencias y también complicidades, con su escamoteo de derecho, no existía la *Internazionale* precisamente de Estados? Hay aquí textos tratados como científicos que podían ser normativos, positivizaciones incentivadas de la *positive morality*, del derecho que no era derecho ⁽¹⁷⁾. Sus motivaciones y servidumbres, esta intertextualidad, hubieran debido quizás interesar. Queda historia del derecho internacional, del inexistente y del existente, desde luego por hacer. Podrá

⁽¹⁵⁾ Christopher R. ROSSI, *Broken Chain of Being. James Brown Scott and the Origins of Modern International Law*, La Haya 1998.

⁽¹⁶⁾ S. MANNONI, *Potenza e Ragione*, p. 28, n. 55.

⁽¹⁷⁾ Pienso particularmente en el caso quizá nada único, entre textos utilizados por Mannoni, de Alpheus Henry SNOW, *The Question of Aborigines in the Law and Practice of Nations*, Nueva York 1921 (reprint 1972), que puede situarse por Russell Lawrence BARSH, *Indigenous North America and Contemporary International Law*, en *Oregon Law Review*, 62, 1983, pp. 72-125.

abordarse ahora gracias a Stefano Mannoni. *Potenza e ragione* abre campo y hace camino.

3. Up and Down: *derecho y moralidad internacionales*.

No todo es durante el XIX superación del *iusnaturalismo* por el *positivismo* ni vuelta más o menos atrás mirándose hacia delante, la depuración de lo segundo por lo primero. También cabe que esto sea aquello, moralidad o derecho que se pensara o dijera, pero orden entendido y operativo al cabo, todo *positivo*. El fenómeno es común para Europa y para América. Si se manifiesta más llana y paladinamente por ésta, es debido a sus condiciones coloniales internas y a la mayor precariedad consiguiente de partida de los propios Estados. Por unas y otras latitudes existe en el XIX una *positive morality* que funge de derecho internacional en aspectos básicos. Por América se identifica y trata este orden de modo más neto. Tenemos de entrada para un tiempo constitucional lo mismo que de salida para la fase anterior. Es, sin ir más lejos, el *ius gentium* que venía predicándose como *ius naturale*. Si no se le considera ya siempre expresión de naturaleza, se trata de convención que rige entre Estados. La *positive morality* era ante todo el derecho de gentes o la *law of nations* equivalente en un grado superior al que con más formalidad se reconociera por latitudes anglosajonas.

Rige el *ius gentium* ante todo como orden relativamente interior respecto a territorios que se tienen por propios sin guardarse la misma consideración para con poblaciones que se resisten. Se les aplica un tratamiento poco acorde a derecho cuya legitimación y cobertura se endosa de entrada a la salida, al susodicho *ius gentium*, al mismo derecho que sirvió para la invasión y conquista europeas. Ahí se tiene un ordenamiento interno al margen del propio derecho o una división normativa a espaldas de la constitucional propia; dicho todavía de otro modo, una *positive morality* distinta e impermeable al *positive law* general. El caso más transparente, por más formalizado ayer y más estudiado hoy, es el estadounidense. Un *Indian law*, un derecho indiano contemporáneo, se produce y mantiene así al margen y a las espaldas del propio ordenamiento constitucional. En éste, pero no en aquel, pueden valer derechos de libertad. De esta esquizofrenia exactamente se trataba ⁽¹⁸⁾. Cuando avanzado el siglo se quieran positivizar aspectos de dicha *positive morality*, los Estados Unidos van a poder encontrarse

⁽¹⁸⁾ John R. WUNDER, « *Retained by the People* ». *A History of American Indians and the Bill of Rights*, Nueva York 1994; Sidney L. HARRING, *Crow Dog's case. American Indian sovereignty, tribal law, and United States law in the nineteenth century*, Cambridge 1994; Blue CLARK, *Lone Wolf v. Hitchcock. Treaty Rights and Indian Law at the end of the nineteenth century*, Lincoln 1994; David E. WILKINS, *American Indian Sovereignty and the U.S. Supreme Court. The Masking of Justice*, Austin 1997.

en una posición de conocimiento y experiencia envidiables para Europa. *Potenza e ragione* no deja de ofrecer indicios.

Desde un principio el asunto no es en exclusiva americano porque efectivamente participa Gran Bretaña, el otro caso de vigencia reconocida del *ius gentium*. Como no deja de reflejar Mannoni, el mantenimiento sobre todo se debe a la dimensión imperial. Problemas provocados por la expansión política y la actividad naval tanto comercial como militar son los que vemos que llevan a tomarse judicialmente en cuenta el *law of nations* de tracto anterior, la versión y acomodación del *ius gentium*. Y no es lo único, puesto que Gran Bretaña no renuncia a una presencia americana más allá de Canadá. Abriga un diseño de establecimiento directo por zonas del litoral atlántico entre la Patagonia y el Yucatán, lo que acabaría reduciéndose a Guyana, Belice e islas por las Antillas y Falkland, y también el empeño de hegemonía menos directa sobre los Estados latinoamericanos, lo que terminaría al final chocando con el reverdecimiento de una Doctrina Monroe continentalizada. De esto último se ocupa Mannoni ⁽¹⁹⁾, no del resto. Y ello reviste interés no sólo por ser caldo de cultivo compartido a doble banda, tanto con Estados latinoamericanos como más problemáticamente con pueblos indígenas, para un mantenimiento menos sectorializado y no tan clandestino del *ius gentium*, sino también por el mismo cuestionario de otro signo, de uno constitucional, que se origina en este ámbito común de derecho internacional entre Europa y América.

Estados Unidos goza de predicamento constitucional por América arrancando por el derecho a la propia independencia. Gran Bretaña compite en este mismo terreno del constitucionalismo. No se limitaba al reconocimiento sin más de unos nuevos Estados, esto que le parecía tan automático a Austin y cuya problemática de entonces sigue más bien inédita pese a estudios ⁽²⁰⁾. Llegaba a plantearles a dichos Estados una especie de encuesta o verdadero test de constitucionalidad. Habían de pasar un examen para Gran Bretaña. Entre sus preguntas figuraba la abolición de la trata, no de la esclavitud misma, y extremos también de orden interno acerca de reconocimiento de derechos y establecimiento de poderes, pero nada que afectase a la *positive morality*. No hay signo de preocupación por la posición jurídica que la independencia deparara a la población de procedencia no europea comenzándose por la que entonces constituía notoria mayoría, la indígena ⁽²¹⁾. Así se concurría a la determinación de un derecho entre Estados con *apartheid* de una

⁽¹⁹⁾ S. MANNONI, *Potenza e Ragione*, pp. 125-129, *Dottrina Monroe*, también epígrafe de las *Vie della pace*.

⁽²⁰⁾ M.J. PETERSON, *Recognition of Governments. Legal Doctrine and State Practice, 1815-1995*, Londres 1997.

⁽²¹⁾ Puede perseguirse el asunto en C.K. WEBSTER (ed.), *Gran Bretaña y la Independencia de la América Latina, 1812-1830. Documentos escogidos de los Archivos del Foreign Office* (1938), Buenos Aires 1944.

humanidad a la que se le resevaba otro orden, aquel de positiva moralidad o derecho de gentes impermeable al constitucional. Mannoni se ocupa de la trata, cuestión visible desde Europa ⁽²²⁾, no del resto, tampoco en sí de la esclavitud.

La positivización de un orden entre Estados por América se acaba planteando en la segunda mitad de siglo, reverdecendo la Doctrina Monroe, como un reto propio. Aquí encontramos a nuestro contrabandista, J.B. Scott, y a la empresa que organiza el curso, la Carnegie Foundation. No sólo recuperan como *Classics of International Law* textos nada inocentes del *ius gentium*. Apadrinan cumbres para la positivización más actualizada particularmente de un derecho *inter* o *panamericano*. Entendiendo que así se hacen partícipes de uno europeo para ordenación propia, proclaman principios: *res nullius et uti possidetis*, y marcan objetivos: *eugenics and homiculture*, por ejemplo y a pares. He aquí un orden particular americano que podía presentarse sin faltar mucho a la justicia como espejo del derecho internacional de cuna europea y vocación general ⁽²³⁾.

La negación de existencia de *res nullius* como principio que se entiende de contigüidad de fronteras estatales con indiferencia de su efectividad nulifica ante todo presencia indígena. Lo hace conforme al principio paralelo y no menos ficticio de un *uti possidetis* de tracto colonial sin necesidad de entrarse así en problema interno ninguno de título pues esto hubiera ante todo situado frente al dominio efectivo indígena no sólo por zonas de frontera. Y aquí se encierra algo tan poco ficticio como la legitimación internacional y panamericana de guerra ofensiva sin reglas de derecho, aquella que se hiciera frente a población indígena reluctante. Todo un arte del siglo XX, el cine, nos ha acostumbrado a contemplarlo como cosa normal y natural. Forma parte de nuestra *positive morality*. Más olvidado anda el otro par, el de unos objetivos de *eugenics and homiculture*. Lo segundo, homiculture, se decía como puericultura o también como agricultura, cultivo de humanidad como de tierra. Pues se le reservaba el tratamiento de menor bajo tutela, para la población indígena, para toda ella, podía ser puericultura ⁽²⁴⁾.

Igual que la guerra, los objetivos se dirigían al cumplimiento de la ficción. Con eugenesia y homiculture se miraba sin tapujos a la homogeneización de la población, a la racial como a la cultural, a ambas complementariamente y en sintonía. Importa ahora más la predicación de principios y objetivos que un éxito diversificado y relativo. Así se

⁽²²⁾ S. MANNONI, *Potenza e Ragione*, pp. 95-97, como punto de *La scoperta della cooperazione*, epígrafe de las *Vie della pace*.

⁽²³⁾ James Brown SCOTT (ed.), *The International Conferences of American States*, 1889-1928, Nueva York 1931, pp. 44, 239-240 y 313.

⁽²⁴⁾ Nancy Leys STEPAN, « *The Hour of Eugenics* ». *Race, Gender, and Nation in Latin America*, Ithaca 1991, también para la *homiculture*.

definía un derecho internacional por América al que Europa no hacía ascós. Luego ha podido escandalizar y avergonzar ante la vuelta de tuerca del nazismo. Conviene hacer memoria, por dolorosa que sea, aunque sólo fuera para no hacernos ilusiones con aquella *scienza del diritto internazionale*. No sólo era asunto entre *guerra e pace* por Europa. Lo dicho también se encerraba en las empresas científicas de Scott, Carnegie y compañía sin plantear problema constitucional ni por uno ni por otro continente.

Puede pesar si no tomamos conciencia. Repudiada como objetivo la eugenesia tras el horror nazi, queda todavía la *homicultura*, no otra cosa que la *positive morality* que diría Austin, la presunción *civilizatoria* en suma. Y no digamos nosotros de unos principios, *res nullius* en negativo y *uti possidetis* en positivo, pues están más intocados. Para recuperarse perspectiva, conviene también registrar que en América y para relaciones interculturales, como derecho internacional, no sólo había *ius gentium*, sino también orden de recibimiento, acuerdo y concierto generado por la parte indígena, la de mejor derecho estando en tierra propia, o con su concurrencia ⁽²⁵⁾.

Mannoni ya sabemos que concluye con el *Conflitto di paradigmi*, pero no estoy muy seguro de que hubiera entre siglos y a las alturas de 1914 uno que pudiera entrar como tal, por representar a este nivel alternativa, en conflicto con el canon establecido. Mannoni trata variantes de importancia ciertamente efectiva, pues entre ellas se dirime nada menos que la guerra y la paz en el mundo *civilizado* de los Estados, pero me parece que seguimos, por fieles a la época, situados en la *positive morality*. Mal puede superársele cuando ni siquiera ha sido identificada. Como no era derecho, no podía venir al campo de los derechos. Autores que entonces partían de éstos y que ya también procuraban mirar a más humanidad, podían reproducir sin problema la esquizofrenia por no saber moverse en otro terreno que el de la *positive morality* con su contraposición más o menos graduada entre presunciones tales como *civilización y barbarie*, hogar lo uno y no lo otro para unos derechos de libertad, para el orden constitucional.

Pasquale Fiore, aquel jurista de perfil desdibujado en *Potenza e ragione*, puede ilustrarlo con tratamientos que merecieron audiencia ⁽²⁶⁾. Partía de un *naturalismo* de derechos de libertad como base constituyente de la relación entre Estados igual que para cada Estado en particular y tomaba en consideración la existencia de humanidad excluida por falta de cobertura estatal propia, pero no extraía la

⁽²⁵⁾ R.A. WILLIAMS JR., *Linking Arms Together. American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, Nueva York 1997, que puede contrastarse con la rúbrica de *Political Anomaly* endilgada por el citado F.P. PRUCHA al asunto desde la independencia cuando menos.

⁽²⁶⁾ Pasquale FIORE, *Tratado de Derecho Internacional Público*, traducción y adiciones de Alejo GARCÍA MORENO, Madrid 1879-1884, entre otras recepciones hispanas.

consecuencia de un defecto de reconocimiento en pie de igualdad por parte del propio derecho internacional. Pesaba la *positive morality* común por dominante no sólo entre Estados, sino también dentro de la « *Internazionale* » *dei professori*. He ahí en todo caso un *sincretismo* que no era anglosajón, sino latino. Tuvo presencia e incluso en momentos fuerza por Europa y por América, por latitudes aquí descuidadas (27). Quizás la modalidad distintiva principal ya entonces pasase más por el punto constitucional que por el espacio al fin confuso entre *iusnaturalismo*, *positivismo* y algún que otro *sincretismo*.

Constitucionalismo por entonces no superaba *positive morality*. Porque tuviese principios, no por ello concebía espacio para un derecho internacional que resultara menos esquizoide, para un orden sin presunción de cultura ni imposición de tutela y que así no necesitara desdoblarse en *moralidad*. Que pudiera ser por fin *derecho*. En el seno de Naciones Unidas, pues no anteriormente en el de Sociedad de Naciones, ha llegado a cobrarse formalmente conciencia (28). No es historia que pueda requerírsele desde luego a *Potenza e ragione, 1870-1914*, pero constituye paradigma hacia el que no abre horizonte ni siquiera como problema ya palpable, por intertextual, en aquella época.

Mas sería definitivamente injusto concluir de forma polémica. Entre *guerra e pace*, entre tragedia y esperanza, Stefano Mannoni nos franquea con decisión y solvencia el campo histórico del derecho internacional, nada más y nada menos. No abundan los libros de los que pueda decirse una cosa ni de lejos semejante.

(27) B. CLAVERO, *Legislación universal para pueblos modernos (1868-1914): Un programa de textos para una comunidad de naciones*, en Víctor TAU ANZOATEGUI (ed.), *La revista jurídica en la cultura contemporánea*, Buenos Aires 1997, pp. 31-55, con protagonismo de Alejo García Moreno, el citado traductor de Pasquale Fiore.

(28) Hurst HANNUM, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination. The accommodation of conflicting rights*, Filadelfia 1990; S. James ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, Nueva York 1996; Giuseppe PALMISANO, *Nazioni Unite e autodeterminazione interna. Il principio alla luce degli strumenti rilevanti dell'ONU*, Milán 1997; Sarah PRITCHARD (ed.), *Indigenous Peoples, United Nations and Human Rights*, Londres 1998.