

GAYO, VATTEL Y EL NUEVO PARADIGMA JURÍDICO GLOBAL (*)

A Juan Miquel, in memoriam

RAFAEL DOMINGO OSLÉ

1. INTRODUCCIÓN.—2. LA TRIPARTICIÓN GAYANO-JUSTINIANA DEL DERECHO: PERSONAS, COSAS Y ACCIONES.—3. LA TRIPARTICIÓN DE EMER DE VATTEL: ESTADO, RELACIONES ENTRE ESTADOS, GUERRA.—4. EL NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO GLOBAL: A) *La comunidad humana global*. B) *Asuntos globales*. C) *Global rule of law*.—5. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Los juristas europeos de los siglos XVI, XVII y XVIII elaboraron la doctrina jurídica internacional a partir de conceptos y categorías tomadas del Derecho romano. Con las siguientes palabras, no exentas de cierta crítica, el jurista y diplomático americano Henry Wheaton (1745-1848) reconocía este hecho hace ya más de ciento cincuenta años: «Aunque los romanos tuvieron un conocimiento muy imperfecto de la moralidad internacional como ciencia y muy poca consideración por ella como regla práctica de conducta entre Estados, sin embargo, su jurisprudencia contribuyó a proporcionar los materiales para la construcción del nuevo edificio del Derecho público en la Europa moderna» (1).

(*) Se reproduce, con permiso del editor de la revista, una versión en castellano del artículo «Gaius, Vattel, and the New Global Law Paradigm», publicado recientemente en inglés en la *European Journal of International Law*, vol. 22 (2011), págs. 627-647.

(1) Henry WHEATON, *History of the Law of Nations in Europe and America* (Nueva York, Goulds Banks & Co., 1845), pág. 29: «Though the Romans had a very imperfect knowledge of international morality as a science, and too little regard for it as a practical rule of conduct between

En el Derecho internacional clásico encontramos con facilidad la impronta tanto del *ius fetiale* como del *ius gentium* romano, en sus más variadas manifestaciones: *ius legationis*, *ius belli*, etc. (2). Pero también del más genuino *ius civile*, así como del *ius naturale*. Una lectura atenta de las obras de un Alberico Gentili, un Hugo Grocio, un Richard Zouche o un Cornelis Bynkershoek así lo confirman. Pero lo que quiero mostrar en estas páginas, porque quizás hasta ahora no se le haya prestado suficiente atención, es la relación que existe entre la estructura de la obra *Les droit des gens* (1758) (3) del jurista suizo Emer de Vattel, que dominó la ciencia jurídica internacional hasta inicios del siglo XX, y la de las *Instituciones* del enigmático jurista romano Gayo (4).

La tripartición del Derecho en personas, cosas y acciones que nos ofrece Gayo fue adoptada y canonizada por el emperador Justiniano en sus *Instituciones* (5), del año 533, una de las obras didácticas más influyentes de la literatura jurídica universal. Esta tripartición jurídica ha estructurado y ordenado la enseñanza del Derecho civil y del *common law* durante siglos, y ha servido para elaborar un paradigma o marco jurídico conceptual que ha permitido el desarrollo de la ciencia jurídica en Occidente por centurias y ha mantenido cierta unidad, dentro de la genuina diversidad existente, entre el Derecho continental europeo y el *common law*.

Tantas veces, los paradigmas acaban siendo expresados con palabras o frases sencillas, que ponen las bases de un marco de elaboración doctrinal posterior. Así, la expresión *Senatus Populusque Romanus*, la tríada revoluciona-

states, yet their national jurisprudence contributed to furnish the materials for constructing the new edifice of public law in modern Europe.»

(2) Sobre este tema, Rafael DOMINGO, *The New Global Law* (Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press, 2010) págs. 3-11.

(3) Emer DE VATTEL, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 3 vols. (Washington, Carnegie Institution of Washington, 1916). El vol. III contiene una traducción al inglés cuidada por Charles G. Fenwick, con una introducción de Albert de Lapradelle, cuyo original francés se encuentra en vol. I.

(4) Sobre este jurista, Tony HONORÉ, *Gaius* (Oxford, Clarendon Press, 1962); Gyorgy DIÓSI, *Gaius der Rechtsgelehrte*, en Hildegard TEMPORINI (ed.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt II. Prinzipat XV* (Berlín, Nueva York, Walter de Gruyter, 1976), págs. 605-631 con extensa bibliografía recopilada por Ronald Wittmann (págs. 623-631). Más recientemente, Detlef LIEBS, «Gayo», en Rafael DOMINGO (ed.), *Juristas universales*, I. *Juristas antiguos* (Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2004), págs. 179-184 con bibliografía. Sobre el descubrimiento de las Instituciones de Gayo, Cristina VANO, *Der Gaius der Historischen Rechtsschule: eine Geschichte der Wissenschaft vom römischen Recht* (traducción alemana, Fráncfort del Meno, Klostermann, 2008).

(5) *Institutiones Iustiniani* 1.2.12 (ed. Paul KRÜGER, 16.^a ed. *Institutiones, Corpus Iuris Civilis*, vol. I, Berlín, Weidmann, 1954): «Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones.»

ria «libertad, igualdad, fraternidad», o la clásica tradicionalista «Dios, patria, rey», entre otras, sirvieron para explicar, racionalizar y fijar doctrinas políticas concretas constituyéndose de esta manera en el sustento y apoyo de auténticos paradigmas. Algo parecido ha sucedido, en la tradición jurídica occidental, con la tripartición gayano-justiniana en personas cosas y acciones, muy particularmente en el ámbito del Derecho privado.

En *Le droit des gens* de Vattel, la tripartición gayano-justiniana de personas-cosas-acciones fue sustituida —pero, a su vez, tenida muy en consideración— por la tríada «Estados-relaciones entre Estados-guerra». En efecto, en el ámbito internacional, el sujeto de derecho por antonomasia pasó a ser el Estado, no la persona; las cosas quedaron reducidas a «derechos y deberes interestatales» y la manera de resolver los conflictos entre Estados, una vez agotada la vía diplomática, fue —por desgracia, también lo es con frecuencia en nuestros días— la guerra, no las acciones legales. Esta tripartición ilustrada ha quedado superada actualmente, debido a la importancia que está cobrando de nuevo la persona en el ordenamiento internacional, y al hecho de que la humanidad, a causa de la globalización, se ha configurado, al menos incidentalmente, como comunidad política.

Esta circunstancia obliga a modificar el paradigma internacional estatista ilustrado, ya obsoleto, por uno cosmopolita que recupere la idea de persona como integrante de la comunidad humana global. Muchos son los pasos que se han dado en esta dirección, especialmente a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos; pero no son, ni con mucho, suficientes. Largo es el camino que queda por recorrer. Para este fin, el papel de un constitucionalismo cosmopolita, liberado de las exigencias conceptuales de la noción de Estadonación, puede ser determinante, ya que la humanidad, aunque existente como unidad moral, debe ser ordenada como comunidad política global, diferente, por tanto, de la sociedad de Estados. La comunidad humana global necesita un nuevo paradigma jurídico global, superador del paradigma internacional estatista, pero anclado en el paradigma clásico configurador del Derecho continental europeo y del *common law*. Se me puede acusar de cierto occidentalismo. Y no falta razón. Muchas son las cosas que nos aporta Oriente, pero el Derecho, la ciencia del Derecho, ha sido principalmente un producto de Occidente: *ex Oriente lux; ex Occidente, ius*.

2. LA TRIPARTICIÓN GAYANO-JUSTINIANEA DEL DERECHO EN PERSONAS, COSAS Y ACCIONES

En el libro I de sus *Institutiones*, Gayo afirma: «Omne autem ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones», es decir, que «todo el Derecho que observamos se refiere a las personas, a las cosas o a las acciones» (6). Esta clasificación es de hecho la que guía toda esta importante obra gayana, dividida en cuatro libros: el primero sobre las personas (ej., patria potestad, poder marital, tutela, curatela), los libros segundo y tercero, sobre las cosas (ej., propiedad, herencia, obligaciones) —la parte más amplia, por tanto—, y el cuarto, sobre las acciones (ej., acciones de la ley, acciones civiles, pretorias, personales, reales). Es probable que Gayo no haya sido el autor material de la tripartición, sino que tan sólo, como profesor de Derecho romano en provincias que fue, se limitara a recoger en sus *Institutiones* una *divisio* tradicional empleada también por otros autores didácticos. Pero esta cuestión poco nos afecta en este momento (7).

Tampoco vamos a detenernos en el estudio del significado *persona*, *res* y *actio* en el pensamiento romano (8). Nos conformaremos, en esta ocasión, con indicar su significado común. Persona no fue un concepto jurídico técnico, como lo es en nuestros días. Los juristas romanos no elaboraron una teoría jurídica de la personalidad, ni tampoco de los derechos humanos. Persona (*persona*) era todo ser humano, sea libre o esclavo (9), fuera o no conside-

(6) GAYO, *Institutiones* 1.8 (ed. Francis de Zulueta, *The Institutes of Gaius. Part I Text with Critical Notes and Translation*, Oxford, Clarendon Press, 1946, pág. 4). La frase ha sido reproducida también en el Digesto de Justiniano 1.5.1 (ed. Theodor MOMMSEN y Paul KRÜGER, *Digesta. Corpus Iuris Civilis*, vol. I, 16.^a ed., Berlín, Weidmann, 1954).

(7) Algunos argumentos de interés en contra de la autoría de Gayo pueden verse en William W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian* (3.^a ed., revisada por Peter Stein, Cambridge, Cambridge University Press, 1963), págs. 56-57 con bibliografía.

(8) Sobre los conceptos de persona, cosa y acción en el Derecho romano, pueden verse, por todos, las excelentes explicaciones de Max KASER, *Das römische Privatrecht*, I (2.^a ed., Múnich, Beck Verlag, 1971), pág. 270 (*persona*), pág. 376 (*res*), págs. 223-224 (*actio*), con abundante bibliografía, así como de William W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian* (3.^a ed., revisada por Peter Stein, Cambridge, Cambridge University Press, 1963), págs. 56-61 (*persona*); págs. 180-186 (*res*) y págs. 604-606 (*actio*). De gran utilidad es también el comentario de Francis de Zulueta a las *Institutiones* de Gayo; *vid.* Francis DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius. Part II. Commentary* (Oxford, Clarendon Press, 1953), esp. págs. 23-24 (*persona*), pág. 55 (*res*) y pág. 221 (*actio*).

(9) GAYO, *Institutiones* 1.9: «Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.»

rado sujeto de derechos y deberes, tenga o no capacidad jurídica. La unidad jurídica por excelencia era la familia, gobernada por el *pater familias*. Todos sus integrantes, aunque fueran ciudadanos romanos, estaban sometidos a su patria potestad. De hecho, el Derecho romano fue configurado principalmente como un Derecho entre familias gobernadas por un *pater*. Este esquema, en parte, pasó al Derecho internacional moderno del Antiguo Régimen, como Derecho que regula las relaciones entre naciones gobernadas por un monarca. Las personas jurídicas o morales no fueron consideradas personas en sentido estricto (10).

La palabra cosa (*res*) es empleada por los juristas romanos en su sentido más genérico, que abarca el patrimonio de las personas, formado por cosas corporales (*quae tangi possunt*) e incorporeales (*qua tangi non possunt*), así como todo cuanto puede ser objeto de litigio (*res litigiosa*): los derechos y los deberes, las obligaciones entre partes, los contratos, los daños y delitos privados, las adquisiciones realizadas por las personas *in potestate*, etc. El *ius rerum* ordena todo cuanto es susceptible de valoración; no, por este motivo, la libertad, ni la *patria potestas*, ni la *civitas*, tratadas a propósito del *ius personarum*.

Por último, el Derecho se refiere a las acciones. *Actio* tuvo un significado técnico muy preciso en el Derecho arcaico (*legis actio*) y en el proceso formulario clásico, como actuación del demandante, pero poco a poco fue ampliando su sentido para referirse, en general, a los recursos jurídicos [*ius persequendi iudicio* (11)] para hacer valer los derechos, a las distintas formas de litigar.

Gayo, y posteriormente el emperador Justiniano, apoyado en la tradición jurídica romana, vio en esta clasificación una conexión lógica y funcional, capaz por sí misma de abarcar el Derecho en su conjunto. Si el Derecho ha sido constituido a causa de los hombres (12), todo análisis del Derecho (*omne ius*) debe comenzar desde la persona, y ha de servir para resolver cualquier objeto (*res*) de controversias que surjan entre ellas mediante los recursos procesales oportunos (*actiones*). Aunque analizados separadamente, toda relación jurídica

(10) Cfr. en este sentido, Rafael DOMINGO, *The New Global Law* (Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press, 2010), págs. 126-128.

(11) Cfr. *Institutiones Iustiniani* 4.6 pr.: «actio nihil aliud est quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur».

(12) *Institutiones Iustiniani* 1.2.12: «nam parum est ius nosse, si personae, quarum causa statutum est, ignorentur»; cfr. también HERMOGENIANO, *Digesto*, 1.5.2 (ed. Theodor MOMMSEN y Paul KRÜGER, *Digesta. Corpus Iuris Civilis*, vol. I, 16.^a ed., Berlín, Weidmann, 1954): «Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris, ordinem edicti perpetui secuti et his proximis atque coniunctos applicantes titulos ut res patitur, dicemus.»

operada en el marco de un ordenamiento jurídico exige la interacción de los tres términos (13).

La mencionada división gayana, universalizada por Justiniano, dominó por siglos, la ciencia jurídica de Occidente tanto en la tradición del Derecho europeo continental como en la del *common law*, especialmente en el campo del Derecho privado. Lo cual no significa necesariamente que haya de ser circunscrita exclusivamente al ámbito del iusprivatista. Por lo demás, los romanos no diferenciaron con la precisión actual, sin duda excesiva, el Derecho privado del Derecho público (14). En este sentido, no estoy del todo de acuerdo con Francis de Zulueta, excelente traductor al inglés y comentarista de las *Instituciones* de Gayo, cuando afirma, en su comentario al fragmento gayano (1.8), que echa en falta una división preliminar en Derecho privado y público, que no se da (15).

En el ámbito de la tradición del Derecho continental europeo, la tripartición personas, cosas y acciones, multiseccularmente reconocida, recibió un fuerte impulso al ser utilizada para ordenar la estructura del Código civil francés (1804), así como de otros muchos códigos europeos y latinoamericanos, entre ellos el nuestro español, inspirados en él, a los que no me referiré en esta ocasión. El *Code civil* dedica el libro I a las personas (*Des personnes*); y los libros II (*Des biens et des différentes modifications de la propriété*) y III (*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*), a las cosas. Aunque las acciones iban a ser tratadas en un libro IV dedicado a ellas, finalmente lo hicieron en un código procesal separado (*Code de procédure civile*), que entró en vigor en 1806. Debido a la importancia adquirida por la Parte General (*Allgemeiner Teil*) impuesta por la estructura pandectista, la tripartición gayano-justiniana quedó bastante más diluida, aunque no oculta, en el Código civil alemán (BGB) de 1900 (16).

(13) En este sentido Álvaro D'ORS, «Personas-cosas-acciones en la experiencia jurídica romana», en *Historia, Instituciones, Documentos* (Sevilla), 20 (1993), pág. 288: «Toda relación jurídica debe verse como conjunción de los tres términos.»

(14) Max KASER, *Das römische Privatrecht* I (2.ª ed., Múnich, Beck Verlag, 1971), pág. 197: «Vielmehr erweisen sich die beiden Begriffe [ius publicum and ius privatum] als untechnisch und mehrdeutig.» La mejor diferenciación en las fuentes es la de *Institutiones Iustiniani*, 1.1.4: «publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet.»

(15) Francis DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius. Part II. Commentary* (Oxford, Clarendon Press, 1953), pág. 23: «[...] we expect, but are not given, a preliminary division of law into public and private, with an announcement that the latter is to be our subject (perhaps faintly implied by *ius quo utimur*).»

(16) Un estudio detallado de todas estas cuestiones puede verse en la monumental obra coordinada por Helmut COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III. *Das 19. Jahrhundert*, vols. 1-5 (Múnich, Beck Verlag, 1976-1988).

La tripartición personas-cosas-acciones fue recibida en la tradición del *common law* a través de la obra de Henry de Bracton (ca. 1210-1268), *De legibus et consuetudinibus Angliae*, que repite literalmente el texto de las *Instituciones* de Gayo, pero aplicado a las leyes de Inglaterra: «todo Derecho de que tratamos se refiere a las personas, a las cosas o a las acciones, de acuerdo a las leyes y costumbres inglesas» (17).

Decisivo para el éxito de la tripartición gayano-justiniana en la tradición del *common law* fue el hecho de que la tripartición inspirase, al menos parcialmente, la estructura de los influyentes *Commentaries on the Law of England*, de William Blackstone (1723-1780) (18), con los que se educaron la mayor parte de los juristas ingleses y americanos del siglo XVIII y XIX. Así, en el libro I (*Of the Rights of Persons*) de sus comentarios, Blackstone se refiere a las personas; en el libro II (*Of the Rights of Things*), a las cosas; en el libro III (*Of Private Wrongs*), fundamentalmente a las acciones y procedimientos civiles; y, en el libro IV (*Of Public Wrongs*), a los crímenes y procesos penales. La gran aportación de Blackstone, en cuanto a la tripartición se refiere, fue su capacidad de integrar el Derecho público y el privado dentro de ella, lo que le conduce a incorporar las instituciones políticas (Rey y del Parlamento) en el libro I, por estar constituidas por personas.

El hecho de que algunas de las más influyentes obras didácticas de Occidente —no necesariamente las mejores— hayan sido ordenadas conforme a la tripartición gayano-justiniana ha servido para configurar, a la postre, un paradigma jurídico clásico occidental —presente también en algunos países de Asia, como Japón o Corea del Sur— que ha iluminado la ciencia jurídica durante siglos y, en cierta manera, la continúa iluminando.

(17) Henry DE BRACON, *De legibus et consuetudinibus Angliae (On the Law and Customs of England)* (ed. George E. WOODBINE y Samuel E. THORNE, Cambridge Massachusetts, Selden Society, Harvard University Press, 1968), vol. II, pág. 29: «[...] sed quia omne ius de quo tractare proponimus pertinet vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones secundum leges et consuetudines Anglicanas...»

(18) William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vols. I-IV (ed. Wayne MORRISON, Londres, Sydney, Cavendish Publishing Limited, 2001). En *Commentaries*, libro I, §122 (vol. I, pág. 91), Blackstone señala que influyó de una manera decisiva en la división de su comentario la definición de ley que ofrece Cicerón en la Filípica XI, 28 («Est enim lex nihil aliud nisi recta et a numine deorum tracta ratio imperans honesta, prohibens contraria»). Esta definición fue recogida posteriormente por Henry de Bracton (libro I, §11; vol. II, pág. 22): «[...] tamen specialiter significat sanctionem iustam, iubentem honestam, prohibentem contraria» [... its special meaning is a just sanction, ordering virtue and prohibiting its opposite]».

3. LA TRIPARTICIÓN DE EMER DE VATTEL: ESTADO, RELACIONES ENTRE ESTADOS, GUERRA

La tripartición personas, cosas y acciones, configuradora del paradigma jurídico clásico, fue inteligentemente alterada por Emmer de Vattel (1714-1767) (19) en la estructuración de su tratado *Les droit des gens; ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1758). A pesar de su falta de originalidad, Vattel ocupa un puesto de honor tanto en la teoría como en la práctica del Derecho internacional, que él todavía denomina Derecho de gentes (*droit des gens*).

El tratado de Vattel supuso la plasmación real de la idea de un Derecho internacional como ciencia autónoma, positivizada, diferente, por tanto, del *ius civile* y del *ius naturale*, continuando así la obra de Richard Zouche y Christian Wolff. El hecho mismo de que la obra de Vattel fuera escrita en francés y no en latín sirvió también para marcar la diferencia con respecto a aquellas obras clásicas que trataban conjuntamente el *ius gentium* y del *ius naturale*. Fue tal la fama alcanzada y la influencia lograda (20) por el tratado de Vattel que Robert von Mohl no dudó en calificarlo, casi cien años después (1855), de «gran autoridad» (*eine grosse Autorität*), ni de considerarlo como «una suerte de oráculo» (*Art von Orakel*) para diplomáticos y particularmente para cónsules, tenido en cuenta incluso en documentos de Estado como prueba irrefutable (21).

Le droit des gens de Vattel fue un clásico también en los Estados Unidos. En agosto de 1913 Charles G. Fenwick afirmaba que «no existía, en el ámbito del Derecho internacional, un comentario tan relevante, por su precisión y am-

(19) Sobre este autor, puede verse, Emmanuelle JOUANNET, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique* (París, Editions A. Pedone, 1998); Andrew HURRELL, «Vattel; Pluralism and its Limits», en Ian CLARK e Iver B. NEUMANN, *Classical Theories of International Relations* (Nueva York, Martin's Press, 1996), págs. 233-255, y Francesco MANCUSO, *Diritto, Stato, Sovranità. Il pensiero politico-giuridico di Emer de Vattel: tra Assolutismo e Rivoluzione* (Nápoles, Roma, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002).

(20) Sobre el éxito de esta obra y su difusión, *vid.* la introducción de Albert de Lapradelle, a la edición de EMER DE VATTEL, *Le Droit des Gens, ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, I (Washington, The Classics of International Law, Carnegie Institution of Washington, 1916), págs. XXVII-XXXIII (con traducción inglesa en vol. III, págs XXVII-XXXIII).

(21) Robert VON MOHL, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, I (Erlangen, F. Enke, 1855), pág. 386: «Vattel ist bekanntlich eine grosse Autorität [...] Es gilt bei Diplomaten und namentlich bei Consuln als eine Art von Orakel, wird nicht selten sogar in Staatsschriften als ein unbeantwortbarer Beweis angeführt, und bietet somit das eigenthümliche Schauspiel eines fast zum positiven Gewohnheitsrechte gewordenen Lehrgebäudes dar.»

plitud» como el de Vattel (22). Con todo, reconoce, pocas líneas después, que, aunque siguiera siendo citado, «tanto el nombre como el tratado de Vattel han pasado al remoto campo de la historia del Derecho internacional».

La obra de Vattel sentaba las reglas de juego de esta nueva sociedad internacional, nacida en Westfalia y confirmada en Utrecht, de Estados reconocidos como tales, iguales, libres e independientes, ordenada bajo un Derecho positivo de las naciones, sea voluntario, convencional o consuetudinario, e informada por un Derecho necesario de las naciones, que consiste en la aplicación del Derecho natural a las naciones (23).

No sorprende, por estas y otras muchas razones, que el tratado de Vattel predominara en la ciencia internacional durante más de una centuria y sirviera para configurar el paradigma de un Derecho de gentes renovado, al que Jeremy Bentham, tras eliminar cualquier rastro de iusnaturalismo, lo denominó Derecho internacional (*international law*) (24). Este nuevo Derecho internacional necesitaba un nuevo paradigma, que en gran manera se elaboró a partir de la obra de Emmer de Vattel. Así, por una parte, Vattel es un conservador, por cuanto partió del paradigma clásico gayano-justiniano; por otra, un revolucionario, pues lo alteró sustancialmente o, al menos, puso las bases para que ello pronto ocurriera.

Tras unas cuestiones preliminares, de extraordinaria importancia para comprender su pensamiento, Vattel divide su obra en cuatro libros (como Gayo sus *Instituciones*): el primer libro (*De la Nation considérée en elle-même*) lo dedica a las naciones en cuanto tales, que identifica con los Estados soberanos (25). El

(22) Charles G. FENWICK, «The Authority of Vattel», en *American Political Science Review* vol. 7, núm. 3 (agosto, 1913), págs. 395-410; pág. 395: «There is no more significant commentary on the growth of international law, both in precision and in comprehensiveness, than an estimate of the relative authority of the name of Vattel in the world of international relations a century ago and in that of today.» Y añade: «Vattel's treatise on the law of nations was quoted by judicial tribunals, in speeches before legislative assemblies, and in the decrees and correspondence of executive officials. It was the manual of the student, the reference work of the statesman, and the text from which the political philosopher drew inspiration.»

(23) VATTEL, *Le droit des gens*, Preliminaires §7.

(24) Jeremy BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (2.ª ed., cuidada por James H. Burns y Herbert L. A. Hart, con una nueva introducción de Frederick Rosen, Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 1996), cap. 17, núm. 25, pág. 296: «These may, on any given occasion, be considered either as members of the same state, or as members of different states: in the first case, the law may be referred to the head of internal, in the second case, to that of international jurisprudence». Y añade a nota al pie de página: «The word international, it must be acknowledged, is a new one; though, it is hoped, sufficiently analogous and intelligible».

(25) Cfr. VATTEL, *Le droit des gens*, Preliminaires, §1: «Les nations, ou États sont des corps politiques, des sociétés des hommes unis ensemble pour procurer leur salut et leur avantage, à forces réunies.» Esta misma definición la vuelve a repetir en libro I, cap. I, §1.

libro segundo (*De la Nation considérée dans ses relations avec les autres*) se centra en los derechos y obligaciones comunes entre Estados; el libro III (*De la guerre*) en todo cuanto afecta a la guerra (declaración, causas, neutralidad, enemigo), y el libro IV, en la restauración de la paz y las embajadas (*Du rétablissement de la paix et des Ambassades*). En realidad, estos dos últimos libros forman una unidad en torno a la guerra y sus consecuencias.

Existe un paralelismo grande entre la estructura de la obra de Vattel y la tripartición gayano-justiniana de que venimos hablando, a pesar de que Vattel no se refiera expresamente a ella. Y es que, en el fondo, Vattel no supo o no pudo desprenderse del paradigma clásico, que tan bien conocía y con el que se sentía, como todo jurista de su época, perfectamente familiarizado, sino tan sólo modificarlo para adaptarlo a las necesidades de las relaciones internacionales europeas de su época. En efecto, a lo largo de toda la obra de Vattel, late la tripartición gayano-justiniana de personas, cosas y acciones, que el jurista centroeuropeo sustituyó por la nueva tríada «Estados, derechos y deberes entre Estados y guerra».

Veamos la razón del cambio. En primer lugar, las naciones ocuparon el lugar que corresponde a la persona en la tríada gayano-justiniana. Como casi todo en Vattel, el motivo último de su razonamiento se halla en la obra de su maestro Christina Wolff, de quien siempre se consideró su discípulo, aunque en ocasiones no acepte sus postulados (26). Así en su *Jus gentium*, Wolff señala que «las naciones se consideran como sujetos libres que viven en estado de naturaleza. Ellas están formadas por una multitud de hombres unidos en un Estado. Por lo tanto, dado que los Estados son considerados sujetos libres que viven en un estado de naturaleza, las naciones deben también considerarse en sus relaciones mutuas como una persona individual libre que viven en un estado de naturaleza» (27).

Siendo, para Vattel, el Derecho internacional «la ciencia que enseña los derechos subsistentes entre las naciones o Estados y las obligaciones correspondientes a tales derechos» (28), era comprensible esta mutación de Estado por persona, máxime si, como advierte al comienzo de su obra, los Estados son «personas morales» (29). Se convertían así los Estados soberanos, libres e in-

(26) VATTEL, *Le droit des gens*, Preface, califica a Wolff de gran filósofo (*grand philosophe*) y reconoce la mucha ventaja obtenida de la lectura de las obras de Wolff (pág. XII).

(27) Christian WOLFF, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum, Prolegomena*, §2 (Oxford, The Classics of International Law, Clarendon Press; Londres, Humphrey, Milford, 1934). Pero ya también en el prefacio.

(28) Emer DE VATTEL, *Le droit des gens*, Preliminaires, §3.

(29) Emer DE VATTEL, *Le droit des gens*, Preliminaires, §2.

dependientes, en los sujetos exclusivos de un Derecho internacional, totalmente positivizado, que sólo entrará en crisis a partir de la Segunda Guerra Mundial.

Vattel dedica el libro II a las relaciones entre naciones, es decir, a los derechos y deberes originados por las relaciones entre naciones soberanas. Esto, en terminología clásica, es lo mismo que hablar de «cosas» (*res*) entre Estados. No es momento de detenerse en esta importante mutación jurídica, que afectó, no sólo a la ciencia del Derecho internacional, sino a la ciencia jurídica en su conjunto a partir de la Edad Moderna. En efecto, la orientación subjetiva que imprimió el iusnaturalismo racionalista al Derecho, desarrollado, en parte, en las teorías del estado de la naturaleza y del contrato social, hizo que predominara el binomio subjetivo derecho-deber frente al monomio objetivo «cosa» (*res*). Particularmente desde Samuel Pufendorf, fue la perspectiva del deber la que prevaleció frente al derecho en las relaciones internacionales (30), en la medida en que la ciencia del Derecho internacional fue tenida ante todo por una rama de la Ética: de los deberes surgían los derechos y no viceversa. Vattel, como discípulo de Wolff, se entronca en esta escuela. En *Preliminaires*, §3, el jurista suizo lo advierte ya claramente: «es evidente que el derecho deriva de un deber u obligación pasiva».

Cualquier jurista romano hubiera considerado como «cosas», en el sentido amplio al que nos hemos referido, todo cuanto Vattel trata en su segundo libro: deberes comunes de una nación hacia las otras (cap. I), a modo de introducción; comercio entre naciones (cap. II); dignidad e igualdad de las naciones, títulos y otros símbolos honoríficos (cap. III); garantías e independencia de las naciones (cap. IV); propiedad, usucapión y prescripción (cap. VII-XI) (31); tratados (caps. XII-XVIII); y, cerrando el libro, un extenso capítulo sobre el modo de resolver las disputas entre las naciones (cap. XVIII), en clara conexión con el libro III.

Vattel, por último, dedica los libros III y IV a la guerra y sus consecuencias. En el paradigma internacional de Vattel, las acciones, tercer elemento de la tripartición gayano-justiniana, fueron sustituidas, con cierto sentido, por la guerra. Vattel, siguiendo una tradición centenaria, de la que ya nos da buena cuenta

(30) La prevalencia del derecho frente al deber se observa ya en la obra de Georg Frederich VON MARTENS (1756-1821), *The Law of Nations: Being the Science of National Law* (versión inglesa, 4.^a ed., Londres, William Cobbet, 1829).

(31) El cap. VIII del libro II podría considerarse una excepción por referirse a las reglas en relación con los extranjeros (*Règles à l'égard des étrangers*), pero no creo que lo sea en realidad. De los residentes no ciudadanos (*habitants*), trata Vattel en el libro I, §213. Aquí tan sólo se refiere a las relaciones con los extranjeros transeúntes por un Estado (seguridad, cosas que transportan, etc.). Siendo el Estado el sujeto por antonomasia del Derecho internacional y no formando parte del Estado el extranjero, se entiende que, en cierta manera «cosificado» Vattel se refiera a él en este libro II.

Titio Livio (32), considera la guerra como un instrumento jurídico coactivo para la resolución de conflictos interestatales (33). Por eso, todo lo que constituye un ataque contra los derechos de las naciones es una ofensa que puede ser causa de una guerra justa (34). Para un internacionalista ilustrado, nada más lógico que una guerra —una guerra justa, por supuesto— como medio de resolución de conflictos entre Estados, una vez agotada la vía diplomática.

Para expresar su concepción del Estado moderno en el cosmos de la sociedad de Estados, Vattel tuvo en cuenta la figura del *pater familias* romano, en sus relaciones con los restantes *patres familias*, en cuanto sujetos de pleno derecho del *ius civile*. En el fondo, para Vattel, cada Estado era como una familia romana, sujeta al poder absoluto de un *pater*. Las relaciones entre padres de familia, siempre de carácter privado, eran semejantes a las relaciones entre Estados. De ahí que, aunque público, el Derecho internacional empleara, tantas veces y a la postre, conceptos jurídicos privados. Este hecho lo refleja muy bien el propio Grocio (35). Para explicar el segundo elemento de su tripartición, Vattel tuvo en mente el concepto romano de *dominium*, como poder pleno sobre una cosa. Por último, en su concepción de la guerra, late el concepto romano de guerra justa (*bellum iustum*), una de las más importantes aportaciones de Roma a la cultura occidental. Así pues, la tríada personas, cosas y acciones fue alterada en Estados, relaciones entre Estados, guerra, basada en los conceptos romanos de *patria potestas-dominium-bellum iustum*.

La tripartición del Derecho internacional propuesta por Vattel tuvo una buena acogida en la ciencia jurídica, también en el ámbito del *common law* (36). Aunque el esquema de distribución del tratado ofrecido por Vattel no fue necesariamente seguido por los posteriores tratadistas, más centrados en la relación sujeto-objeto o derecho-deber, el nuevo paradigma del Derecho internacional nacido en parte

(32) Tito LIVIO, *Ab Urbe condita*, 38.38.17 observa que las controversias se resuelven mediante un proceso judicial o, cuando las partes así lo acuerdan, mediante una guerra: «controvesias inter se iure ac iudicio disceptant aut, si utrisque placebit, bello».

(33) Emer DE VATTEL, *Le droit des gens*, libro 3, cap. 1, §1.

(34) Emer DE VATTEL, *Les droit des gens*, libro 3, cap. 3, §26.

(35) Hugo GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, libro 1, cap. 1, §6 (Washington, The Classics of International Law, Carnegie Institution of Washington, 1913), pág. 2, señala que el poder del rey contiene tanto el poder paterno como el dominical: «sic regia potestas sub se habet et patriam et dominicam potestatem».

(36) El voluminoso tratado de Robert Joseph PHILLIMORE, *Commentaries upon International Law*, 4 vols. (Londres, Butterworths, 1879-1889) se apoya en el esquema de Vattel. Así, tras una primera parte introductoria, le sigue una segunda parte sobre los «sujetos del Derecho internacional. Estados», una tercera sobre «objetos del Derecho internacional», y una cuarta y última sobre el «principio de intervención».

de la tripartición vatteliana, y aceptado casi universalmente, fue el que permaneció, por supuesto, adaptado y reinterpretado, hasta bien entrado el siglo XX.

Contrario al pensamiento de Vattel, fue August Wilhelm Heffter (1796-1880). En su tratado sobre *ius gentium europaeum*, Heffter intentó recuperar el paradigma del antiguo *ius gentium* romano rechazando el reduccionismo de Vattel, así como la nueva terminología de «Derecho internacional» propuesta por Bentham. En efecto, para Heffter, este nuevo paradigma estatista ilustrado se alejaba innecesariamente del paradigma clásico porque abarcaba sólo una parte del Derecho de gentes, referida a las relaciones entre Estados. El Derecho de gentes romano era más que eso, ya que comprendía también los derechos comunes a los hombres (*allgemeines Menschenrecht*) (37). Por lo demás, aunque el Derecho internacional no reconociese, en sentido estricto, una autoridad humana superior entre Estados independientes, y su tribunal supremo fuese la historia, debía tender por naturaleza a unir la familia de la humanidad en una gran comunidad en armonía (38).

Coherente con su visión del Derecho internacional, Heffter dedica la sección primera del libro I de su tratado a «los sujetos del Derecho de gentes», entre los que, por supuesto, en primer lugar, se encuentran los Estados, pero también los soberanos (apartado segundo) y las personas individuales (apartado tercero). Dentro siempre del libro I, se refiere, en la sección segunda, a las cosas (*Rechte der Sachen*) y, en la sección tercera, a las obligaciones (*Das Recht der Verbindlichkeiten*) con claras resonancias iusromanistas. El libro II lo dedica a los derechos de actuación del Estado (*Actionenrechte der Staaten*) en tiempos de hostilidad, y el libro III, a las formas del comercio internacional, sea en tiempos de paz o guerra. A la vista de esta estructura, puede decirse que Heffter fue el último gran defensor de un Derecho internacional integrado en el paradigma jurídico tradicional y anclado en el Derecho de gentes romano.

Aunque en ocasiones tachado de antiguo, por aplicar conceptos jurídico-privados a las relaciones internacionales (39), en Heffter encontramos algunas de las bases del nuevo Derecho global en la medida en que vio, con claridad meridiana, que el Derecho internacional como Derecho interestatal era insuficiente para resolver los problemas de la comunidad humana. La separación entre el

(37) August WILHELM HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart, auf den bisherigen Grundlagen* (8.ª ed., cuidada por Müller, Berlín, 1888), §1, pág. 1: «Es enthielt demnach theils ein äusseres Staatenrecht, theils ein allgemeines Menschenrecht.»

(38) August WILHELM HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart, auf den bisherigen Grundlagen* (8.ª ed., cuidada por Müller, Berlín, 1888), §2, pág. 4.

(39) En este sentido, Arthur NUSSBAUM, *A Concise History of the Law of Nations* (Nueva York, The MacMillan Company, 1947), pág. 230.

Derecho internacional público y el Derecho internacional privado fue una de las primeras consecuencias de la adopción del nuevo paradigma estatista, al que tanto se opuso Heffter (40). Se trataba, en realidad, de un reajuste necesario ante afirmaciones totalmente contundentes acerca de la naturaleza exclusivamente interestatal del Derecho internacional. Estas rígidas teorizaciones eran del todo contrarias a la cada vez más creciente economía libre transnacional, que iba abriéndose camino luchando contra un orden estatal burocratizado y positivo, no dispuesto, bajo ningún concepto, a convertir el «Derecho internacional privado» en un «Derecho privado internacional».

El nuevo paradigma internacional se consolidó al mismo tiempo, pero totalmente al margen, del nuevo constitucionalismo emergente en el siglo XVIII. Siendo, entonces, el Derecho internacional un Derecho entre Estados y afectando sólo a las relaciones entre ellos, el constitucionalismo quedó reservado para las cuestiones domésticas, separando, hasta nuestros días, el Derecho internacional del Derecho constitucional, como si de dos polos opuestos se trataran. Para una mente como la de Vattel, el Derecho internacional no podía constitucionalizarse, pues no cabía, por lógica jurídica, ninguna suerte de comunidad constituida, ni menos todavía de gobierno, por encima de los Estados. De ahí que, en el fondo, el nuevo paradigma internacional estatista, aunque parezca una paradoja, no necesitara del Derecho público en sentido estricto (el Derecho entre dos partes no iguales: Estado y ciudadano), pues todos los Estados eran por definición iguales, por lo que sus relaciones podían resolverse por la vía meramente contractual, o, en su caso, acudiendo a la guerra. Esta escisión entre el constitucionalismo y el Derecho internacional ha tenido unas consecuencias nefastas para la ciencia jurídica, que han llevado a desnaturalizar la esencia misma del Derecho constitucional, reduciéndolo al Derecho básico de los Estados, pero también del propio Derecho internacional, como un Derecho interestatal.

El paradigma ofrecido por Vattel ha sido del todo superado en nuestros días. Los tres elementos de la partición vatteliana se han mostrado completamente insuficientes para ordenar las relaciones internacionales conforme a Derecho, muy particularmente en la era de la globalización. El primer elemento, el Estado, ha perdido el monopolio tras haber dejado de ser sujeto exclusivo del Derecho internacional. A partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la persona (41) ha ido ganando paulatinamente un mayor protagonismo

(40) Sobre este tema, Rafael DOMINGO, *The New Global Law* (Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press, 2010), págs. 32-35.

(41) En este sentido, es muy acertado el título de los estudios reunidos de Antonio CASSESE, *Human Dimension of International Law* (Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2008).

en el Derecho internacional hasta el punto de haber sido reconocida como sujeto de derechos internacionales con capacidad limitada para ser parte en litigios internacionales. Hoy es una cuestión de hecho que cada persona posee un estatus legal internacional (42). También las organizaciones internacionales han ido ganando protagonismo en la arena internacional (43). Resulta muy difícil comprender el *modus operandi* del Derecho internacional de nuestros días sin estas instituciones globales, cada vez más presentes y con una con mayor capacidad de decisión. Por otra parte, el paradigma internacional, al centrar su atención en el Estado, como integrante de una sociedad de Estados, ha desatendido la naciente comunidad humana global en que la humanidad se ha convertido a consecuencia de la globalización.

La pérdida del monopolio exclusivo por parte de los Estados ha alterado el segundo elemento de la tripartición vatteliana, referido a las relaciones interestatales. Las «cosas» de la tripartición justiniana quedaron reducidas a «los deberes y derechos entre Estados» como objeto único del Derecho internacional. Sabido es, sin embargo, que las relaciones internacionales han dejado de ser exclusivamente *inter nationes* para convertirse en un entramado de redes y relaciones transnacionales, cuando no supranacionales, generadas por una gran variedad de actores internacionales no estatales: compañías públicas internacionales, empresas transnacionales, ONG, etc. (44).

Por último, la guerra, tercer elemento de la tripartición vatteliana, ha dejado de ser propiamente un instrumento jurídico para la resolución de conflictos entre Estados, gracias a la renuncia multilateral y voluntaria al uso de la amenaza o la fuerza armada entre Estados (art. 2.4 Carta de Naciones Unidas), salvo en caso de derecho a la legítima defensa, regulado en el artículo 51 de la Carta.

4. EL NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO GLOBAL

Así las cosas, el Derecho internacional debe abandonar definitivamente su paradigma estatista y, a partir del paradigma clásico, configurar uno nuevo adap-

(42) Una visión poco avanzada en este tema de tanta trascendencia es la ofrecida por Ian BROWNLIE, *Principles of Public International Law* (7.ª ed., Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2008), pág. 65.

(43) Sobre su papel, me remito a las obras de José E. ÁLVAREZ, *International Organizations as Law-Makers* (Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2005), y Jan KLABBERS, *An introduction to International Institutional Law* (2.ª ed., Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press, 2009).

(44) En este sentido, Anne-Marie SLAUGHTER, *A New World Order* (Princeton, Princeton University Press, 2004).

tado a las necesidades impuestas por la globalización. En efecto, el paradigma clásico surgido de la tripartición «personas-cosas-acciones» continúa siendo válido, en esencia, tanto en el ámbito del Derecho privado como en el público, y sólo requiere de una nueva concreción en el área emergente Derecho global.

El nuevo paradigma global podría elaborarse a partir de la siguiente tripartición, que escribiré en inglés por ser el idioma de la globalización: «*global community-global issues-global rule of law*». A diferencia del paradigma estatista, el paradigma global que surgiría de la tripartición no supondría una ruptura con el modelo clásico de personas, cosas y acciones, sino, como digo, una adaptación. Sí rompería, en cambio, con la tríada *patria potestas-dominium-bellum iustum* informadora del paradigma internacional.

Para la configuración del nuevo paradigma del Derecho global, como veremos, urge rescatar el concepto de constitución, pero ya no asociado a la idea de Estado, ni menos todavía de documento escrito que desarrolla el Derecho fundamental de un Estado, sino en su sentido más genuino de «constituere» (*cum statuere*), es decir, de establecer, fijar o instituir conjuntamente el modelo de organización y funcionamiento de una comunidad política identificada como tal. En este sentido, la *Res Publica Romana*, aunque nunca tuvo un texto o documento escrito fundacional, contó, por supuesto, con una constitución. Lo mismo puede decirse de Inglaterra o Israel. Porque una constitución no nace necesariamente en un momento histórico, sino que se va configurando con el correr del tiempo, sin poderse finalmente advertir con exactitud cuándo fue establecida. Con preciosas palabras, Cicerón expresa esta misma idea en su diálogo *De re publica* (45): «[...] nuestra república está fundada no sobre el talento de un hombre, sino de muchos; no sobre una generación, sino sobre largo período de siglos y épocas». De ahí que bien pueda hablarse con propiedad y acierto, como lo ha hecho Bruce Ackerman, de «momentos constitucionales» (*constitutional moments*) (46). Es más, pienso que nos encontramos ante uno de ellos, pero a nivel mundial.

Por eso, de la misma manera que un pretendido constitucionalismo internacional, sujeto al paradigma estatista es una *contradictio in terminis*, un constitucionalismo cosmopolita (47) elaborado a partir del paradigma del nuevo

(45) CICERO, *De re publica*, 2.2: «nostra autem res publica non unius esset ingenio, sed multorum, nec una hominis vita, sed aliquot constituta saeculis et aetatibus».

(46) Bruce A. ACKERMAN, *We the People*, I. *Foundations* (Cambridge, Massachusetts, Belknap Press of Harvard University Press, 1991).

(47) Sobre este paradigma constitucional cosmopolita, *vid.* Mattias KUMM, «The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and Beyond the State», en Jeffrey L. DUNOFF y Joel P. TRACHTMAN (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism*,

Derecho global es una necesidad imperiosa, exigida por la propia naturaleza de la nueva comunidad global. No sorprende, por ello, el empeño de ciertos juristas por constitucionalizar el Derecho internacional (48), que es tanto como dar carta de naturaleza al nuevo paradigma jurídico global emergente, que nada tiene que ver, como repetiré una y otra vez, con la creación de un Estado Mundial Global, sino más bien todo lo contrario.

A) *La comunidad humana global*

El centro del Derecho es la persona. Sin persona no hay Derecho, pues el Derecho, a la postre, nace de ella (*ius ex persona oritur*) (49). Por eso, el paradigma global asume a pie juntillas el primer elemento del paradigma clásico, la persona, pero la contempla, no sólo en sí misma, o como miembro de una comunidad política menor, sino como integrante de la humanidad. En el paradigma internacional estatista, el Estado ocupó el lugar de la persona; en este nuevo paradigma, la comunidad global, es decir, la humanidad, no sustituye, ni siquiera desplaza, a la persona sino que la integra de forma natural. De ahí que en este nuevo paradigma global la persona sea sujeto primario del Derecho y no quede relegada como sucedió en la aplicación del paradigma internacional (50).

Nuestra actual comunidad internacional no puede identificarse todavía con la misma humanidad, pues, a pesar de los profundos cambios acaecidos en la segunda mitad de la pasada centuria, especialmente a partir de la Segunda Guerra Mundial, sigue firmemente anclada en la idea de soberanía, siendo, por tanto, más una comunidad de Estados, guiados por el *self-interest*, que una comunidad humana en sentido estricto, ordenada al bien común. Con acierto, afirma Antonino Cassese que «la comunidad internacional continúa siendo dominada

International Law, and Global Governance (Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press, 2009), págs. 258-324.

(48) Jan KLABBERS, Anne PETERS y Geir ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law* (Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2009), y Jeffrey L. DUNOFF y Joel P. TRACHTMAN (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance* (Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press, 2009).

(49) Sobre este tema, me remito a mi libro Rafael DOMINGO, *The New Global Law* (Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press, 2010), págs. 123-126.

(50) En esta misma dirección apunta con acierto Anne PETERS, en Jan KLABBERS, Anne PETERS y Geir ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law* (Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2009), pág. 157: «In a constitutional world order, natural persons are the primary international legal personal and the primary members of the global constitutional community.»

por Estados soberanos, cada uno de los cuales persigue principalmente su interés a corto o medio plazo» (51). Tampoco puede identificarse con la Society of Peoples, compuesta por «liberal and decent peoples», es decir, «well-ordered peoples» a que se refiere John Rawls en su conocida monografía (52), ya que la Society of Peoples no comprende a la humanidad en su totalidad, sino tan sólo a una parte de ella. Ni una ni otra incorporan la dimensión comunitaria total, de la que en seguida hablaremos. Esto hace que, por años, hayan de convivir dos comunidades, no del todo coincidentes, superpuestas, solapadas, y que en tanto la comunidad internacional no se transforme o quede absorbida en la comunidad humana global, pervivan los dos paradigmas: el paradigma estatista, informador del Derecho internacional, y el nuevo de la comunidad humana global, informador del incipiente Derecho global.

El nacimiento de la humanidad como comunidad política no ha sido fruto de un acuerdo social, sino de un hecho social incuestionable, como digo: la globalización. La «desunited multitude» de seres humanos, como llama Hobbes a la humanidad (53), empieza a parecerse cada vez más a una asamblea multitudinaria unida por el consenso en el Derecho y la utilidad del bien común (*coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*), al que se refiere Cicerón en su diálogo *De re publica* (54).

Tras el hecho social, viene el Derecho que lo regula, no viceversa. Son los hechos, los *nova facta* los que obligan al jurista a buscar nuevas soluciones ante los retos que se plantea la sociedad. Pensar otra cosa es convertir el Derecho en problema no en solución. Desde una perspectiva jurídica, hoy por hoy, la humanidad se trata de una comunidad naciente que, parafraseando a los juristas romanos, podríamos llamar incidental (*communio incidens*), originada sin acuerdo explícito previo, pero no por ello menos comunidad, ni menos llamada

(51) En este sentido, Antonio CASSESE, «Soliloquy», en Antonio CASSESE, *The Human Dimension of International Law. Selected Papers* (Oxford, New York, Oxford University Press, 2008), pág. LXXVII: «The world community continues to be dominated by sovereign states, each of which is primarily bent on the pursuit of its own short- or medium term interests»; y pág. LXXVII-LXXVIII: «In sum, the world community is still bedeviled by the huge gap between generous and visionary legal rhetoric and the harsh reality of states each substantially pursuing its own national interests.»

(52) John RAWLS, *The Law of Peoples, whit the Idea of Public Reason Revisited* (Cambridge, Massachusetts, Londres, Harvard University Press, 1999), págs. 4-6, 62-78.

(53) Cfr Thomas HOBBS, *Leviathan*, cap. 18, núm. 2 (Oxford, Nueva York, ed. J. C. A. Gaskin, Oxford University Press, 1996), pág. 115.

(54) CICERO, *De re publica*, 1.39: «Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus.»

a desarrollarse como tal. Por eso, es necesario la institucionalización jurídica del «contrato social global» (55).

En su *Leviathan*, Thomas Hobbes diferencia con acierto dos formas (*two ways*) de creación de las comunidades en general: cualquier comunidad (*commonwealth*) se genera por institución o por adquisición (56). Aplicado a la humanidad, se puede afirmar que la humanidad o bien se institucionaliza como comunidad política mediante una suerte de consenso mundial o bien acabará siendo dominada, conquistada por la fuerza (*by force*), por plutocracias imperialistas o criptocracias económicas sin escrúpulos. La reciente crisis económica ha confirmado el alcance de este posible fenómeno adquisitivo.

El establecimiento de la humanidad como comunidad política tiene, en mi opinión, un alcance y unas consecuencias jurídicas que apenas podemos vislumbrar por el momento y es precisamente lo que justifica el tránsito del Derecho internacional hacia un nuevo Derecho global, como siglos atrás, tras el nacimiento de los Estados nación, se produjo la transformación del Derecho de gentes en un Derecho internacional (57).

Toda comunidad establecida necesita de un Derecho, de unas reglas de juego garantes de la justicia y la paz. Se trata de una emanación del principio más elemental de justicia: *ubi societas ibi ius* (58). Y donde hay una comunidad, a la postre, debe existir un *ordo iuris*, un ordenamiento jurídico que integra el Derecho privado y el público, que es tanto como decir elaborado a partir de un paradigma constitucional. Así, el paradigma del Derecho global es, por definición, un paradigma de naturaleza constitucional y cosmopolita, en el sentido expresado, con acierto, por Mattias Kumm (59).

(55) En este sentido, David HELD, *Global Covenant, The Social Democratic Alternative to the Washington Consensus* (Massachusetts, Polity, Malden, 2004), págs. 161-169.

(56) Cfr Thomas HOBBS, *Leviathan*, parte II, cap. 17, párrafo 15, núm 88 (Oxford, Nueva York, ed. J. C. A. Gaskin, Oxford University Press, 1996), pág. 115, y el consiguiente desarrollo en capítulos 18 a 20. La diferencia entre una y otra la explica Hobbes con claridad en parte II, cap. 20, párrafo 2, núm. 102 (pág. 132): «And this kind of dominion, or sovereignty, differeth from sovereignty of institution, only in this, that men who choose their sovereign, do it for fear of one another, and not of him whom they institute: bit in this case, they subject themselves, to him they are afraid of.»

(57) Sobre este tema, me remito a mi libro Rafael DOMINGO, *The New Global Law* (Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press, 2010), págs. 3-32.

(58) Un comentario a este aforismo ofrezco en Rafael DOMINGO (ed.), Javier ORTEGA, Beatriz RODRÍGUEZ ANTOLÍN y Nicolás ZAMBRANA, *Principios de Derecho global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados* (Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006), §959.

(59) Mattias KUMM, «The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and Beyond the State», en Jeffrey L. DUNOFF y Joel P. TRACHTMAN (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance* (Cam-

La principal consecuencia jurídica que tiene la conversión de la humanidad en una comunidad política es la necesidad de establecer un ordenamiento jurídico global (*ordo iuris universalis*) que la regule y organice. Este ordenamiento jurídico, *sui generis* por definición, ha de integrar todos los ordenamientos jurídicos existentes en el planeta, lo que es compatible con una gran variedad de tradiciones jurídicas y contenidos normativos (60). Así, la contraposición entre monismo y dualismo, tan actual como estéril en el debate constitucional contemporáneo, pierde su razón de ser con el nuevo paradigma global, capaz por sí mismo, gracias a un carácter constitucional, de unir sin uniformar, de armonizar sin igualar, de integrar sin equiparar: *plures in unum*. La Humanidad, siendo por naturaleza incluyente, por ser única, permite una diversidad interna muy superior a la ofrecida por la sociedad de Estados. Esta dimensión incluyente de la humanidad ha de ser tenida en consideración por el Derecho.

El Derecho, siempre personal, o corresponde a una persona determinada (dimensión individual), o se refiere a un grupo de personas (dimensión social) o a la totalidad de las personas, es decir, a la humanidad como tal (dimensión total). Esta tridimensionalidad tiene relevancia jurídica por sí misma, en el sentido de que no es lo mismo aplicar el Derecho individual, social o totalmente. Cuando el Derecho se aplica tridimensionalmente alcanza su plenitud, y puede hablarse en sentido estricto de un ordenamiento jurídico completo. Por eso, en tanto los Estados no asuman el Derecho global, el ordenamiento jurídico estatal seguirá siendo incompleto por cuanto no tiene en cuenta a la persona como integrante de la humanidad, como comunidad política superior.

Así, el yo (*ego*) de la dimensión individual, el nosotros (*nos*) de la dimensión social y el todos (*omnes*) de la dimensión total tienen efectos jurídicos diferentes, ya que afectan al Derecho de forma distinta. Las tres dimensiones están interrelacionadas por ser esencialmente personales, pero son cualitativamente distintas. Cuando la dimensión jurídica individual no considera la social, se cae en el individualismo jurídico, y el Derecho se cierra a la solidaridad. Cuando la dimensión social no tiene en cuenta la dimensión total se desemboca fácilmente

bridge, Nueva York, Cambridge University Press, 2009), págs. 263-264: «Cosmopolitan constitutionalism establishes an integrative basic conceptual framework for a general theory of public law that integrates national and international law.» En mi opinión, sin embargo, el constitucionalismo cosmopolita es todavía más amplio en la medida en que ha de integrar también el privado; de otra manera, no es realmente constitucional. Así, la diferencia entre lo público y lo constitucional es que lo constitucional integra, por definición, lo público y lo privado. Lo constitucional abarca más que lo estrictamente público.

(60) Sobre este ordenamiento, Rafael DOMINGO, *The New Global Law* (Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press, 2010), págs. 121-153.

en el imperialismo, que busca imponer el criterio propio de una comunidad política en la comunidad global. Si la dimensión total desatiende las otras dos dimensiones, se asfixian los derechos personales y se congela el autogobierno de las instituciones convirtiéndose el mundo en una jungla incompatible con el imperio de la ley.

B) *Asuntos globales*

En el nuevo paradigma global, las «cosas» ya no se refieren exclusivamente a las «relaciones entre Estados», sino a aquellas cuestiones que realmente afectan a la humanidad en su conjunto (*global issues*). Y estas son relativamente pocas y cambiantes. Asuntos globales, entre otros, serían, a modo de ejemplo, aquellos referidos fundamentalmente a la conservación del planeta (ej., cambio climático, protección del medio ambiente), a la supervivencia de los seres humanos (ej., erradicación de la pobreza, prevención y reparación de desastres naturales, supresión del armamento nuclear) y a la seguridad mundial (ej., terrorismo internacional, persecución de delitos de lesa humanidad). La protección de los derechos humanos ocuparía un lugar prioritario, pero sólo en la medida en que ellos no estuvieran suficientemente amparados por los ordenamientos jurídicos de las distintas comunidades políticas. La determinación y el alcance de los *global issues* deberían estar siempre informados por los principios de subsidiariedad y solidaridad.

El paradigma del Derecho global apuesta por un marco competencial de carácter material, ya que lo territorial y lo personal forman, por naturaleza, parte constitutiva de comunidad global. Estos asuntos globales gozarían de una suerte de reserva de globalidad, quedando sometidos al dominio jurídico global (*global legal domain*). La determinación de estos asuntos globales correspondería a un parlamento mundial. Esta debería ser su única competencia para evitar que adquiriera un poder excesivo. Estos *global issues* serían gestionados desde instituciones globales creadas *ad casum*, cuya labor sería judicialmente controlada por tribunales pertinentes. No me detendré más en esta materia, pues ha sido objeto de una detallada explicación en otra sede, a la que me remito (61).

(61) Rafael DOMINGO, *The New Global Law* (Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press, 2010), págs. 144-147.

C) Global rule of law

El tercer elemento conformador del paradigma global sería el *global rule of law*, que vendría a sustituir a la guerra en el paradigma estatal y a completar el concepto romano de *actio* del paradigma clásico, ya superado, tanto teórica como prácticamente, por la ciencia del Derecho. La diversidad de conflictos jurídicos y la variedad de sistemas de resolución de disputas en el ámbito transnacional nos conducen indefectiblemente hacia un concepto más general de aplicación del Derecho como garante de las libertades y del orden social. Este concepto debe ser, en mi opinión, el de supremacía del Derecho o «rule of law». De esta manera, tanto la comunidad humana global, primer elemento de nuestra tripartición, como los asuntos globales, segundo elemento, deben estar sometidos al imperio del Derecho (*rule of law*), formando así el núcleo constitutivo de un ordenamiento jurídico global, que interrelaciona y unifica todos los ordenamientos jurídicos del mundo.

Este tercer elemento del paradigma global se encuentra en la entraña misma de la tradición del *common law* (62). Como bien observa el famoso historiador inglés William S. Holdsworth, la doctrina del *rule of law* es quizás «la más específica, y ciertamente la más saludable de todas las notas del Derecho constitucional inglés» (63). La gran ventaja que ofrece este tercer elemento de la tríada global frente al concepto de Estado de Derecho (*Rechtsstaat*) es que, históricamente, es anterior a la idea moderna de Estado. De ahí que no sea demasiado difícil imaginar un concepto de *rule of law* más allá del Estado (64), y

(62) No ha perdido interés la lectura de William S. HOLDSWORTH, «Rule of Law», en *Some Lessons from Our Legal History* (Nueva York, The McMillan Company, 1928), págs. 109-169. En cierta manera, Holdsworth previó el fenómeno de la globalización del Derecho (pág. 155): «[...] the inventions of modern science have diminished the size of the world, and have thus made it possible for new legal and political ideas to assume a cosmopolitan character.» Un excelente resumen de la historia del *rule of law* ofrece William S. HOLDSWORTH en *A History of English Law*, vol. 10 (Londres, Methuen, 1938), págs. 647-650, y remisiones internas a la obra. Para una visión de conjunto de la historia del concepto, *vid.* Pietro COSTA, «The Rule of Law: a Historical Introduction», en Pietro COSTA, Danilo ZOLO; with the cooperation of Emilio Santoro (eds.), *The Rule of Law: History, Theory and Criticism* (Dordrecht, Springer, 2007), págs. 73-149. De gran interés es también el ensayo de Daniel ZOLO, «The Rule of Law: A Critical Reappraisal», *ibidem*, págs. 3-71.

(63) William S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. 10 (Londres, Methuen, 1938), págs. 647: «the most distinctive, and certainly the most salutary, of all the characteristics of English Constitutional Law».

(64) Así titula precisamente su interesante artículo Gianluigi PALOMBELLA, «The Rule of Law Beyond the State. Failures. Promises and Theory», en *International Journal of Constitutional Law*, núm. 7 (2009), págs. 442-467. Sobre este tema, puede verse también, entre otros, Leonardo

sí, en cambio, un Estado de Derecho (*Rechtsstaat*) más allá del mismo Estado. Por lo demás, la construcción de un Estado mundial sería, en palabras de Hannah Arendt, «[...] no sólo una pesadilla amenazante de tiranía, sino el final mismo de la vida política tal y como la entendemos» (65).

Para evitar que suceda lo que, con cierta ironía y mucha razón, comenta Joseph Raz —precisamente en su conocido ensayo sobre el *rule of law* (66)—, concretaré en tres puntos lo que supone el *global rule of law*, parafraseando al constitucionalista inglés Albert V. Dicey (67): En primer lugar, reclama la absoluta supremacía o preponderancia del Derecho global sobre cualquier influencia de un poder arbitrario; en segundo lugar, exige la igualdad ante el Derecho global, es decir, la idéntica sujeción de toda la comunidad política global a los tribunales de justicia. Por último, conlleva que el Derecho global sea parte integrante y constitutiva de cada ordenamiento jurídico menor en la medida en que todos los seres humanos y las instituciones y comunidades políticas establecidas por él formamos parte de la comunidad humana global.

El *global rule of law* exige, por tanto, la plena integración y armonización de los distintos ordenamientos jurídicos, de los que el paradigma global ha de ser constitutivo. Pero sobre todo parece demandar una autoridad por encima de los Estados que haya de quedar sujeta al Derecho. De lo contrario, no puede actuar el *rule of law* como tal, más pensado para una relación vertical que horizontal. Esta autoridad política global no sería otra que un Parlamento global, por ser la institución democrática por excelencia y la única capaz de cumplir a pie juntillas lo que considero, siguiendo la terminología de H. L. A. Hart (68), la «regla de reconocimiento» del nuevo Derecho global: «quod omnes tangit ab

MORLINO y Gianluigi PALOMBELLA (eds.), *Rule of Law and Democracy. Internal and External Issues* (Leiden y Boston, Brill Publications, 2010), así como Gianluigi PALOMBELLA y Neil WALKER (eds.), *Relocating the Rule of Law* (Oxford, Portland, Oregón, Hart Publishing, 2010).

(65) Hannah ARENDT, «Karl Jaspers: Citizen of the World?», en *Men in Dark Times* (San Diego, Nueva York, Londres, A Harvest Book, Harcourt Brace & Company, 1995), pág. 81: «[...] not only a forbidding nightmare of tyranny, it would be the end of all political life as we know it.» En pág. 82, Arendt insiste en la misma idea: «The establishment of one sovereign world state, far from being the prerequisite for world citizenship, would be the end of all citizenship. It would not be the climax of world politics, but quite literally its end.»

(66) Joseph RAZ, *The Authority of Law* (Oxford, Oxford University Press, 1979), pág. 210: «Not uncommonly when a political ideal captures the imagination of large numbers of people its name becomes a slogan used by supporters of ideals which bear little or no relation to one it originally designated.»

(67) Albert V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8.ª ed., Londres, McMillan, 1915), págs. 198-199.

(68) Herbert L. A. HART, *The Concept of Law* (2.ª ed. with a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 1997), esp. págs. 95-110.

omnibus approbetur»: lo que afecta, y sólo lo que afecta y en la medida en que afecta, a todos, es decir, a la humanidad, debe ser aprobado por todos, es decir, por la humanidad (69). Esta y no otra es la forma de democratizar hasta sus últimas consecuencias el nuevo paradigma jurídico global.

5. CONCLUSIÓN

La tripartición gayano-justiniana del Derecho en personas, cosas y acciones sirvió para poner las bases de la elaboración del paradigma jurídico clásico, que ha perdurado durante siglos tanto en la tradición del Derecho continental europeo como del *common law*. Esta tripartición gayano-justiniana, aunque se desarrolló principalmente en el ámbito del Derecho privado, no debe restringirse a él. William Blackstone, por ejemplo, la aplicó con especial maestría al Derecho público. En el campo del Derecho internacional, Emer de Vattel sustituyó, en su obra *Les droits des gens*, la tripartición clásica «personas, cosas y acciones» por «Estados, relaciones entre Estados y guerra». Esta tripartición sirvió para configurar un nuevo paradigma estatista en el ámbito del Derecho internacional, centrado exclusivamente en la noción de Estado nación. Este paradigma internacional estatista ha quedado del todo superado en la era de la globalización. El nuevo paradigma global, sucesor del paradigma estatista, debe construirse a partir del paradigma clásico, adaptándolo a las nuevas exigencias de la sociedad global. El paradigma global debería desarrollarse a partir de la tríada: *global human community*, *global issues*, *global rule of law*. Estos tres elementos constituirían el marco cognitivo básico en el que podrían desarrollarse los principios de un incipiente ordenamiento jurídico global. Para esta misión, la función de un constitucionalismo cosmopolita, desapegado de la noción de Estado-nación, es determinante.

RESUMEN

Emer de Vattel (1714-1767), en su influyente obra *Le droit des gens*, estableció un nuevo paradigma internacional de carácter estatista, rompiendo con la clásica tripartición del Derecho en «personas, cosas y acciones» (*personae, res, actiones*). El nuevo paradigma internacional sustituyó la «persona» por el «Estado», redujo el concepto genérico de «cosa» a las «relaciones obligacionales entre Estados» y cambió el concepto

(69) Sobre este tema, me remito a mi libro Rafael DOMINGO, *The New Global Law* (Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press, 2010), págs. 144-145.

de «acción» por el de «guerra», como remedio jurídico de resolución de los conflictos entre Estados. Este paradigma internacional ilustrado o paradigma estatista ha pervivido, en la práctica internacional casi hasta nuestros días. Hoy, sin embargo, el paradigma estatista resulta a todas luces insuficiente por no contemplar a la humanidad como comunidad política en sentido estricto, ni reflejar la tridimensionalidad del fenómeno jurídico global. La transformación del Derecho que rige nuestra comunidad internacional (Derecho internacional), en un Derecho que sirva para ordenar la nueva comunidad humana global (Derecho global) exige la creación de un nuevo paradigma, a partir de la tríada: *global human community*, *global issues*, *global rule of law*. En la fijación de este nuevo paradigma global, es mucho lo que puede aportar un constitucionalismo de carácter cosmopolita.

PALABRAS CLAVE: Derecho global; Derecho internacional; Gayo; Vattel; comunidad jurídica global.

ABSTRACT

Emer de Vattel (1714-1767), in his influential work *The Law of Nations*, established a new international statist paradigm which broke with the classical partition of the law into the three realities of «persons, things and actions» (*personae, res, actiones*). This new paradigm substituted the state for the person, downgraded the generic concept of «things» to the obligations among states in their relations, and changed the focus of the concept of «action» to that of «war» as a legal remedy to resolve conflicts between and among states. This international paradigm (or statist paradigm), a product of the Enlightenment, has survived almost up to our time in international praxis. Nonetheless, today the statist paradigm appears in every way insufficient, since it does not consider humanity as a genuine political community, nor does it reflect the three-dimensionality of the global law phenomenon. The transformation of the law that governs our international community (international law) into a law that is capable of properly ordering the new global human community (global law) demands the creation of a new paradigm, originating in the following conceptual triad: global human community, global issues, and global rule of law. In the construction of this new global paradigm, cosmopolitan constitutionalism could play a key role.

KEY WORDS: global law; international law; Gaius; Vattel; global human community.

