

Tesis doctoral

Paz, política y derecho internacional

**Una contraposición entre el pacifismo jurídico de Hans Kelsen
y el realismo político de Hans J. Morgenthau**



**Presentada por
Jose Antonio García Saez**

**Dirigida por
Profa. Dra. Cristina García Pascual**

**Programa de doctorado
DERECHOS HUMANOS, DEMOCRACIA
Y JUSTICIA INTERNACIONAL**

2014



La presente tesis doctoral se ha realizado en el marco de una Beca del Programa de Formación del Profesorado Universitario (FPU) del Ministerio de Educación.

Se enmarca también dentro del proyecto de investigación CONSOLIDER INGENIO 2010 HURI-AGE, *El tiempo de los derechos*, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Código: 2008-2013, 2008/00463/001-CDS 2008-00007).

HURI-AGE
Consolider-Ingenio 2010

SUMARIO

Índice detallado	7
Lista de abreviaturas	15
Introducción	17
PARTE I. Piezas de una biografía comparada	
Capítulo I. Las vidas cruzadas de Kelsen y Morgenthau	31
PARTE II. <i>La paz a través del derecho:</i> El pacifismo jurídico de Hans Kelsen	
Capítulo II. La teoría pura y el derecho internacional	93
Capítulo III. El derecho internacional sobre la política	209
PARTE III. <i>La lucha por el poder y la paz:</i> El realismo político de Hans J. Morgenthau	
Capítulo IV. Una teoría realista de la política internacional	289
Capítulo V. La política sobre el derecho internacional	435
Conclusiones	511
Bibliografía	525

ÍNDICE DETALLADO

INTRODUCCIÓN	17
PARTE I	
Piezas de una biografía comparada	
Capítulo I. Las vidas cruzadas de Kelsen y Morgenthau	31
1.1. Weimar. Una convulsa república	31
1.1.1. <i>Los orígenes de Kelsen en Viena</i>	37
1.1.2. <i>Kelsen en Colonia</i>	44
1.1.3. <i>La etapa alemana de Morgenthau</i>	47
1.2. Ginebra. Un exilio común	55
1.2.1. <i>Morgenthau llega a Ginebra</i>	56
1.2.2. <i>Kelsen llega a Ginebra</i>	58
1.2.3. <i>La habilitación de Morgenthau ante Kelsen</i>	64
1.3. Estados Unidos. Dos destinos desiguales	68
1.3.1. <i>Morgenthau llega a América: Nueva York y Kansas City</i>	71
1.3.2. <i>Kelsen llega a América</i>	74
1.3.3. <i>Berkeley, Chicago y algunas cartas</i>	77
a) <i>Kelsen en Berkeley</i>	77
b) <i>La estabilidad para Morgenthau: Chicago</i>	80
c) <i>La correspondencia entre Kelsen y Morgenthau</i>	83

PARTE II

La paz a través del derecho:

El pacifismo jurídico de Hans Kelsen

Capítulo II. La teoría pura y el derecho internacional	93
2.1. Premisas epistemológicas y metodológicas en Kelsen	95
2.1.1. <i>Más allá de la tradicional Staatsrechtslehre</i>	93
2.1.2. <i>La pureza metodológica</i>	100
2.1.3. <i>Posicionamiento político y actitud científica</i>	102
2.2. Elementos de la teoría pura aplicados al derecho internacional	104
2.2.1. <i>Sistematicidad</i>	109
a) <i>La unidad del conocimiento jurídico</i>	109
b) <i>La teoría escalonada del ordenamiento jurídico</i>	114
A) <i>La constitución</i>	115
B) <i>La norma general (ley o reglamento)</i>	116
C) <i>La norma particular (sentencia, acto administrativo o negocio jurídico)</i>	116
c) <i>La norma fundamental</i>	119
d) <i>La introducción del derecho internacional en la pirámide normativa</i>	123
A) <i>La costumbre internacional</i>	126
B) <i>Los tratados internacionales</i>	128
C) <i>Las sentencias de los tratados internacionales</i>	131
e) <i>Ámbito de validez de las normas</i>	135
A) <i>Ámbitos de validez de las normas del derecho internacional</i>	137
B) <i>Ámbitos de validez de las normas del derecho estatal</i>	139
f) <i>Coherencia y plenitud en el ordenamiento internacional</i>	142

2.2.2. <i>Coactividad</i>	146
a) <i>La proposición jurídica y el concepto de lo antijurídico</i>	147
b) <i>La eficacia como requisito general de validez</i>	149
A) <i>La revolución triunfante</i>	149
B) <i>El nacimiento y la extinción del estado</i>	150
c) <i>La coactividad en el derecho internacional</i>	154
2.2.3. <i>Funcionalidad</i>	157
a) <i>El concepto de persona y la motivación de la conducta</i>	158
b) <i>La desmitificación del estado</i>	162
c) <i>El dogma de la soberanía estatal</i>	166
2.3. <i>Relaciones entre el orden internacional y el orden estatal</i>	170
2.3.1. <i>Las posibles relaciones entre dos órdenes normativos</i>	171
a) <i>Tres criterios: objeto, sujetos y fuente</i>	171
b) <i>Unidad del conocimiento jurídico y opciones lógicas de relación entre sistema</i>	175
2.3.2. <i>La teoría dualista</i>	177
a) <i>Objeto</i>	177
b) <i>Sujetos</i>	179
c) <i>Fuente</i>	180
d) <i>La transformación del derecho internacional en derecho interno</i>	182
e) <i>Consecuencias de la teoría dualista</i>	184
2.3.3. <i>El monismo estatalista</i>	185
a) <i>La teoría del reconocimiento</i>	186
b) <i>El derecho internacional como derecho estatal externo</i>	187
c) <i>Consecuencias de la teoría del primado del derecho estatal</i>	188
2.3.4. <i>El monismo internacionalista</i>	190
a) <i>Inusual presentación de la teoría</i>	190

<i>b) El principio de efectividad como punto de conexión</i>	193
<i>c) La crítica de Hart al monismo kelseniano</i>	196
<i>d) Una crítica al igual valor lógico-jurídico de ambas tesis monistas</i>	198
2.3.5. <i>Una elección en términos extra-jurídicos</i>	203
<i>a) Justificación previa</i>	203
<i>b) Dos hipótesis de la teoría del conocimiento</i>	204
<i>c) Dos teorías ético-políticas</i>	206
Capítulo III. El derecho internacional sobre la política	209
3.1. Guerra, paz y derecho	210
3.1.1. <i>El pacifismo jurídico kelseniano</i>	210
<i>a) Conceptualización del pacifismo jurídico</i>	210
<i>b) La paz en Kelsen</i>	215
3.1.2. <i>Coacción, guerra y autotutela en el derecho internacional</i>	219
<i>a) La guerra como sanción y sus defectos técnicos</i>	221
<i>A) Autotutela</i>	222
<i>B) Responsabilidad colectiva</i>	224
<i>C) Responsabilidad objetiva</i>	227
<i>D) Falta de proporcionalidad</i>	228
<i>b) Sobre las propuestas de desarme</i>	230
<i>c) ¿Guerra justa? Una breve comparación con Schmitt</i>	232
3.1.3. <i>La descentralización en el derecho internacional</i>	236
<i>a) Descentralización en la producción normativa</i>	237
<i>b) Descentralización en la aplicación normativa</i>	238
<i>c) Mecanismos de seguridad colectiva y policía internacional</i>	242
<i>A) Mecanismos de seguridad colectiva</i>	242

<i>B) Sobre la posibilidad de una policía internacional</i>	245
3.2. El progreso técnico del derecho internacional	246
3.2.1. <i>La Sociedad de Naciones</i>	249
3.2.2. <i>Las Naciones Unidas</i>	254
3.2.3. <i>Un tribunal internacional permanente</i>	261
<i>a) La jurisdicción obligatoria y el predominio del derecho</i>	261
<i>b) El tribunal de una liga permanente para el mantenimiento de la paz</i>	264
<i>c) La responsabilidad internacional del individuo</i>	270
3.3. <i>¿Hacia una civitas maxima?</i>	276
3.3.1. <i>Un derecho universal</i>	277
3.3.2. <i>Sobre el estado mundial</i>	279
3.3.3. <i>Una construcción federalista</i>	283

PARTE III

La lucha por el poder y la paz:

El realismo político de Hans J. Morgenthau

Capítulo IV. Una teoría de la política internacional	289
4.1. Premisas epistemológicas y metodológicas	292
4.1.1. <i>Ruptura con el liberalismo y el racionalismo</i>	296
<i>a) El desafío del fascismo</i>	299
<i>b) Contra el racionalismo</i>	302
<i>c) Contra el “liberalismo pacifista”</i>	305
<i>d) Sobre el nacionalismo y la democracia</i>	308
4.1.2. <i>Crítica al positivismo jurídico</i>	312

a) <i>Sobre la distinción entre ser y deber ser y “la realidad de las normas”</i>	312
b) <i>Positivismo filosófico y positivismo jurídico</i>	317
c) <i>Observaciones sobre el positivismo kelseniano</i>	324
4.1.3. <i>Otras influencias en el pensamiento de Morgenthau</i>	327
a) <i>Weber y Nietzsche: en búsqueda de la realidad</i>	328
b) <i>Simmel, Mannheim y Schütz: la determinación situacional del conocimiento</i>	332
4.2. <i>Lo político y lo jurídico en el ámbito internacional</i>	336
4.2.1. <i>El concepto de lo político</i>	336
a) <i>Definir los conflictos internacionales</i>	336
b) <i>La intensidad de lo político</i>	342
c) <i>La ambición por el poder</i>	345
4.2.2. <i>El concepto de derecho</i>	347
a) <i>Entre validez y eficacia</i>	348
b) <i>Sanción</i>	353
c) <i>Sistema jurídico y norma fundamental</i>	355
d) <i>La costumbre</i>	359
4.2.3. <i>El derecho internacional y su problemática</i>	361
a) <i>Estado y derecho internacional: construyendo un “pluralismo realista”</i>	362
b) <i>La realidad de las normas y el derecho internacional</i>	374
c) <i>Una non nata teoría funcionalista del derecho internacional</i>	382
d) <i>El derecho internacional visto desde fuera</i>	388
e) <i>La soberanía como hecho</i>	400
4.3. <i>Una caracterización del realismo político de Morgenthau</i>	408
4.3.1. <i>Antecedentes: qué entendemos por realismo político</i>	410

4.3.2. <i>Elementos del realismo político de Morgenthau</i>	414
a) <i>El estado como actor racional de las relaciones internacionales</i>	416
b) <i>Las relaciones internacionales como conflicto</i>	419
c) <i>La centralidad del poder</i>	424
4.3.3. <i>Algunos desarrollos e influencias</i>	427
a) <i>Del neorrealismo al neoconservadurismo</i>	428
b) <i>Contra las malas interpretaciones</i>	430
Capítulo V. La política sobre el derecho internacional	435
5.1. Guerra, paz y poder	436
5.1.1. <i>Concepciones de la guerra y de la paz</i>	436
a) <i>La guerra no sólo como sanción</i>	440
b) <i>Las limitaciones de la guerra</i>	442
c) <i>Los peligros de la guerra total</i>	443
d) <i>Las vías para la paz</i>	445
5.1.2. <i>Las propuestas de desarme</i>	447
5.1.3. <i>Seguridad colectiva y policía internacional</i>	450
a) <i>Mecanismos de seguridad colectiva</i>	450
b) <i>Una fuerza de policía internacional</i>	454
5.2. La crítica a las instituciones internacionales	457
5.2.1. <i>Los tribunales internacionales</i>	457
a) <i>Sobre la función judicial en el derecho internacional</i>	459
A) <i>Jurisdicción obligatoria</i>	459
B) <i>Jerarquía normativa</i>	462
C) <i>Stare decisis</i>	463
b) <i>Clasificación de los conflictos internacionales: disputas y tensiones</i>	466

<i>c) Sobre la responsabilidad internacional de los individuos</i>	470
5.2.2. <i>La Sociedad de Naciones</i>	474
5.2.3. <i>Las Naciones Unidas</i>	478
5.3. <i>La propuesta construcción normativa del orden internacional</i>	485
5.3.1. <i>Sobre el estado mundial</i>	485
<i>a) Las condiciones de un estado</i>	486
<i>b) El problema de un estado mundial</i>	490
<i>c) Imperialismo y federalismo</i>	492
5.3.2. <i>La diplomacia como clave para la paz</i>	493
<i>a) El arte de la diplomacia</i>	494
<i>b) El futuro de la diplomacia</i>	498
<i>c) La promesa de la diplomacia: sus nueve reglas</i>	502
CONCLUSIONES	511
BIBLIOGRAFÍA	525

LISTA DE ABREVIATURAS

Abreviatura Nombre completo en castellano

Obras de Kelsen

<i>PS</i>	<i>El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional. Contribución para una teoría pura del derecho (1920)</i>
<i>TGE</i>	<i>Teoría general del estado (1925)</i>
<i>TPD</i>	<i>Teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho (1934)</i>
<i>DPRI</i>	<i>Derecho y paz en las relaciones internacionales (1942)</i>
<i>PMD</i>	<i>La paz por medio del derecho (1944)</i>
<i>TGDE</i>	<i>Teoría general del derecho y del estado (1945)</i>
<i>PIL</i>	<i>Principios de derecho internacional (1952)</i>
<i>TPD2</i>	<i>Teoría pura del derecho, 2ª ed. (1960)</i>

Obras de Morgenthau

<i>NP</i>	<i>El concepto de lo político y la teoría de los conflictos internacionales (1933)</i>
<i>RN</i>	<i>La realidad de las normas. En particular de las normas del derecho internacional (1934)</i>
<i>SM</i>	<i>El científico contra la política del poder (1946)</i>
<i>PAN</i>	<i>Política entre las naciones. La lucha por el poder y por la paz (1948)</i>

Otros

<i>CPJI</i>	Corte Permanente de Justicia Internacional
<i>CIJ</i>	Corte Internacional de Justicia

INTRODUCCIÓN

Con la caída del Muro de Berlín se inició una época de optimismo para el derecho internacional. En la década de los noventa por fin se emprendía el camino para una reforma mundial que condujera hacia una paz estable y duradera. Florecieron ensayos y declaraciones políticas anunciándolo. El final de la era bipolar daría lugar a un escenario mucho más igualitario, donde la democracia y el respeto a los derechos humanos no encontrasen ya ninguna frontera. El tiempo de los derechos había llegado, pronosticó Bobbio¹. La historia había llegado a su fin, proclamó Fukuyama —desde una perspectiva ciertamente diferente a la del maestro turinés—². De una vez por todas la humanidad podía hacerse a la idea de que el liberalismo era el único de los sistemas políticos posibles y, a la vez, el capitalismo el único de los sistemas económicos viables. Sin embargo, los atentados del 11 de septiembre de 2001 marcaron un nuevo punto de inflexión. La caída de las torres del *World Trade Centre* significó de alguna manera también el desmoronamiento del derecho internacional. La hostilidad de la principal potencia mundial hacia las normas de la comunidad internacional, si bien no constituía ninguna novedad, experimentó a partir de ese momento un avance sustancial, que llegaría a poner en entredicho la existencia misma de la Organización de Naciones Unidas. La historia y, con ella, la política, había vuelto, advertiría Kagan³. Y había vuelto para quedarse.

Ese *retorno de la historia* implicó el resurgir de las teorías realistas. En sus distintas fórmulas, estas teorías coinciden —por utilizar la expresión de Posner y Goldsmith— en remarcar *los límites del derecho internacional*⁴. Los formalismos propios del

¹ BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís, prólogo de Gregorio Peces-Barba, Sistema, Madrid, 1991

² FUKUYAMA, Francis, *El fin de la historia y el último hombre*, Planeta, Barcelona, 2002 [1992]

³ *Vid.* KAGAN, Robert, *El retorno de la historia y el fin de los sueños*, trad. de Alejandro Pradera, Taurus, Madrid, 2008, p. 156

⁴ GOLDSMITH, Jack. L. y POSNER, Erich A., *The Limits of International Law*, Oxford University Press, 2005

derecho se presentan como inadecuados para gestionar el complejo y dinámico mundo de las relaciones internacionales. La fórmula de la *gobernanza global* poco tiene que ver con el derecho internacional⁵, al menos con el derecho internacional tal y como se había conocido hasta ahora. Se impone así la tendencia a sustituir la rigidez de los tribunales por la flexibilidad de los paneles de arbitraje; a privilegiar foros particulares como el G-20 —cuando no el más restringido G-8— en detrimento de órganos universales como la Asamblea General de Naciones Unidas; a preferir mecanismos de *responsabilidad social corporativa* que a regular la actividad de las empresas multinacionales; o a impulsar doctrinas como la *responsabilidad de proteger* frente a la norma básica de la Carta de Naciones Unidas que prohíbe el uso de la fuerza armada más allá de los casos autorizados por el Consejo de Seguridad o de legítima defensa.

En todos estos casos se pone de manifiesto la inevitable tensión que existe entre el derecho y la política en el ámbito internacional, que no es sino uno más de los múltiples ámbitos en los que esa tensión se deja sentir. Efectivamente, entre lo jurídico y lo político existe una tensión permanente. La relación que hay entre ellos ha sido fuente de inagotables discusiones para la teoría y la filosofía del derecho. Derecho y poder, se suele decir, son dos caras de la misma moneda. No hay derecho sin poder que lo sustente. Y tampoco hay poder que para mantenerse de forma estable no necesite valerse de las reglas del derecho. Del mismo modo que no podemos imaginar una ley que no esté respaldada por el poder coercitivo del estado, es difícil pensar en el derecho internacional como una esfera totalmente ajena a las relaciones políticas que tienen lugar entre los distintos estados. En el ámbito estatal la fórmula del estado de derecho (*lex facit regem*, y no *rex facit legem*) ha conseguido sujetar el poder a las formas, procedimientos y contenidos establecidos en la ley; aunque, por supuesto, esta fórmula no hace desaparecer en absoluto las tensiones entre el orden establecido como derecho y las distintas fuerzas políticas

⁵ Vid. KOSKENNIEMI, Martii, “Global Governance and Public International Law”, en *Kritische Justiz*, vol. 37, 2004, pp. 241-254

que tratan de conservarlo, modificarlo o derrocarlo. En el ámbito internacional, en cambio, esa sujeción del derecho a la ley no existe. Pese al enorme desarrollo de las instituciones y de los tratados internacionales al que hemos asistido en el último siglo, no se ha conseguido establecer nada parecido a un estado de derecho mundial. Las tensiones entre el derecho y la política, por lo tanto, se manifiestan en este campo con todo su vigor, de una manera casi ilimitada.

Esas tensiones son el gran asunto que subyace a esta tesis. A él nos aproximaremos a través de la obra de dos autores que son lo suficientemente representativos de cada una de las dos posiciones. Se trata de Hans Kelsen y de Hans J. Morgenthau. Ambos desarrollaron una rica y profunda reflexión en torno al problema de la paz y el orden internacional durante la convulsa época de los años treinta y cuarenta. El recorrido que va desde la crisis de la Sociedad de Naciones hasta la creación y puesta en marcha del sistema de Naciones Unidas es donde se concentran los mejores exponentes del pensamiento de cada uno de ellos. Mientras que Kelsen apostó por el desarrollo del derecho internacional como el instrumento por excelencia para construir una paz mundial estable y duradera, Morgenthau, por el contrario, defendió que era la política —y no el derecho— la disciplina que más tenía que aportar a la causa de la paz.

La relevancia de estos dos pensadores en sus respectivos campos justifica por sí misma el estudio de sus obras. No hace falta decir que Kelsen es considerado el jurista más importante del siglo XX, ni que Morgenthau es ampliamente reconocido como el padre de la disciplina de las relaciones internacionales⁶. Lo que sí resulta necesario justificar es la contraposición entre las teorías de ambos autores que se realiza en este trabajo. La contraposición entre el pacifismo jurídico de Kelsen y el realismo político de Morgenthau supone, como ya se ha dicho, una forma de aproximarnos al amplísimo problema de las relaciones entre el derecho y la política

⁶ *Vid.* HOFFMANN, Standley, “An American Social Science: International Relations”, en *Daedalus*, nº 106, 1977, pp. 41-60

en el ámbito internacional. Sus diferentes posturas respecto del problema de la construcción de la paz —exaltando el papel del derecho Kelsen, y reivindicando la fuerza de la política Morgenthau— suponen el reflejo de otras tantas tensiones que existen entre el ámbito de lo jurídico y lo político: entre el ser y el deber ser, entre validez y facticidad, o entre legalidad y legitimidad. En la teoría del derecho internacional de Kelsen y en la teoría de la política internacional de Morgenthau se encuentra la esencia de las posiciones que hoy en día defienden, respectivamente, o bien la necesidad de reivindicar una normatividad fuerte del derecho internacional, o bien la apuesta por degradar su estatuto acudiendo a fórmulas más flexibles y menos incompatibles con las relaciones de poder realmente existentes en la esfera internacional.

En la clasificación de las teorías modernas del derecho internacional que Martii Koskeniemi establece en *From Apology to Utopia*⁷, Kelsen es situado entre las teorías que defienden una aproximación normativa al derecho internacional, mientras que Morgenthau es tomado como el representante de la aproximación escéptica, que consideraría que las normas del derecho internacional tienen un ámbito de aplicación muy restringido y, dentro de ese ámbito, una débil fuerza vinculante. En otras palabras, mientras que en la teoría internacionalista de Kelsen se haya inscrita la *utopía* de considerar que puede existir un derecho internacional fuerte, capaz de sujetar la voluntad soberana de los estados, en la teoría realista de Morgenthau encontramos el gen de la *apología*, de la apología de la idea de que son las relaciones de poder entre los estados lo que inevitablemente configura la realidad normativa de la esfera internacional. Si la idea de la aplicación de la teoría pura kelseniana al derecho internacional puede ser contemplada como una clara exaltación de la racionalidad jurídica, en el núcleo de la teoría de Morgenthau reside, en cambio, una profunda desconfianza respecto del papel del derecho internacional. No por

⁷ Vid. KOSKENIEMI, Martii, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2005 [1989], pp. 158 y ss.

casualidad, siguiendo de nuevo a Koskenniemi⁸, Morgenthau y su obra *Politics Among Nations* (1948)⁹ marcan un hito fundamental en el proceso de declive del derecho internacional y en el correlativo auge de las relaciones internacionales en tanto que disciplina desde la que no sólo analizar, sino también configurar, la normatividad del ámbito internacional.

Aunque, por supuesto, la relación entre Kelsen y Morgenthau no ha pasado desapercibida para los teóricos e historiadores del derecho internacional y de las relaciones internacionales¹⁰, hasta ahora no ha sido objeto de un análisis específico y sistemático como el que se propone realizar esta tesis doctoral. La confrontación, hay que dejarlo claro desde el inicio, no se refiere al conjunto de las obras de ambos autores —cada una de ellas extraordinariamente extensas por sí misma— sino en particular a sus posicionamientos respecto de la construcción de la paz en el orden internacional. Esta delimitación material coincide parcialmente con una delimitación cronológica, puesto que los trabajos a los que más importancia se ha prestado se sitúan en torno a las décadas de los treinta y los cuarenta; ello sin perjuicio de que se hayan tenido que estudiar también numerosas obras anteriores y posteriores a ese periodo. Cabe advertir, además, que la extensión de las obras de Kelsen y de Morgenthau, así como la enorme relevancia de cada uno de ellos en sus respectivos campos, ha aconsejado que el análisis que aquí se presenta haya sido realizado fundamentalmente a partir de sus textos originales, acudiendo a las fuentes secundarias —tan abundantes como, en muchos casos, contradictorias entre sí— sólo de manera accesoria.

⁸ Vid. KOSKENNIEMI, Martii, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, 2001, pp. 413 y ss.

⁹ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace*, (7ª ed., revisada por Kenneth W. Thompson y W. David Clinton), McGraw Hill, Nueva York, 2006 [1948]

¹⁰ Además de la ya mencionada obra de Koskenniemi *The Gentle Civilizer of Nations*, en cuyo capítulo 6º se encuentra un esbozo de esta contraposición —si bien mediado por el papel jugado por Carl Schmitt—; entre las (escasas) comparaciones explícitas pueden destacarse: JÜTERSONKE, Oliver, *Morgenthau, Law and Realism*, Cambridge University Press, 2010 (cap. 3º, “Kelsen and the reality of norms”, pp. 75); o, muy brevemente, CARTY, Anthony, “The Continuing Influence of Kelsen on the General Perception of the Discipline of International Law”, en *European Journal of International Law*, nº 9, 1998, pp. 344-354, pp. 349-350

La perspectiva desde la que se afronta este trabajo es la perspectiva de la filosofía del derecho; concretamente la de la filosofía del derecho internacional, en tanto que especialización de la filosofía del derecho preocupada por la reflexión acerca de las particularidades que presenta el fenómeno jurídico en el ámbito internacional¹¹. Desde esa perspectiva, la confrontación que aquí se ofrece no pretende ser neutral ni aséptica. La finalidad de confrontar la teoría de Kelsen a la de Morgenthau no consiste en equiparar una y otra. No cabe duda, como veremos, de que la obra jurídica de Kelsen es considerablemente mucho más elaborada que la de un Morgenthau, que pronto abandonó el enfoque del jurista por el del analista de las relaciones exteriores. El éxito de ese cambio de enfoque —que representa tanto como el auge de las relaciones internacionales y el declive del derecho internacional—, es lo que hace que pueda merecer la pena comparar —sin equiparar— las obras de ambos autores. La teoría realista de la política internacional de Morgenthau puede ser vista como el espejo en el que se mira el pacifismo jurídico de Kelsen, donde saltan a la luz sus principales virtudes, pero también sus mayores defectos. Así, si este trabajo fuera una novela, podríamos considerar que Kelsen es el protagonista y Morgenthau, el antagonista. Como se intentará demostrar, existen suficientes elementos comunes pero divergentes para que esa novela, plagada de contrastes, sea escrita.

Los elementos comunes comienzan por la propia biografía de ambos personajes. Por eso se ha dedicado la primera parte, que coincide con el Capítulo I, a trazar un recorrido conjunto por las vidas de Kelsen y de Morgenthau. Haciéndolo, se pone de manifiesto hasta qué punto ambos siguieron, junto con tantos otros académicos judíos de su generación, una trayectoria vital similar que —a pesar de los desacuerdos teóricos— les condujo incluso a mantener una cordial relación personal,

¹¹ Pueden encontrarse diferentes perspectivas en: BESSON, Samantha y TASIOULAS, John (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, New York, 2010; o CARTY, Anthony, *Philosophy of International Law*, Edinburgh University Press, 2007

según se puede saber por su correspondencia (1934-1971)¹². Pero esta biografía cruzada, en realidad, más que para conocer los detalles personales, pretende servir para situar las obras de ambos autores en su adecuado contexto histórico, cultural y político. La República de Weimar y sus extraordinarias tensiones políticas, la Ginebra de los años treinta, o los Estados Unidos de los años cuarenta son los principales escenarios sobre los que transitan de forma paralela nuestros dos protagonistas. Escenarios sin los cuales no es posible entender los rumbos divergentes que emprendieron sus respectivas teorías.

Tras esbozar esa biografía comparada, la tesis intenta adoptar una estructura simétrica, con dos partes compuestas de dos capítulos cada una. En el primer capítulo de cada parte se trata de caracterizar, por un lado, la teoría del derecho internacional de Kelsen (Capítulo II) y, por otro lado, la teoría de la política internacional de Morgenthau (Capítulo IV). En el segundo capítulo de cada parte se trata de buscar la aplicación de las respectivas teorías respecto de problemas concretos de la realidad internacional. Así, en el Capítulo III se pretende reflejar cómo el pacifismo jurídico de Kelsen supone la prevalencia del derecho internacional sobre la política, mientras que en el Capítulo V, por el contrario, se mostrará cómo el realismo de Morgenthau significa la imposición de la política sobre el derecho internacional.

Concretando algo más, en el Capítulo II se detalla la manera en la que Kelsen traslada los presupuestos de su teoría pura al derecho internacional. A partir de los elementos de la sistematicidad, la coactividad y la funcionalidad se intenta realizar una reconstrucción de la teoría internacionalista kelseniana. Esta reconstrucción presenta interés no únicamente en tanto que el derecho internacional es contemplado como la principal herramienta para edificación de la paz, sino también porque los

¹² He podido revisar esta correspondencia gracias al archivo que se conserva en la *Library of the Congress*, (Washington D. C.): *Hans J. Morgenthau Papers* [en adelante, HJM], Contenedor 33, Carpeta 6

escritos de Kelsen sobre la cuestión internacional cobran —al menos desde la posición que mantendré— una importancia clave a la hora de entender en profundidad el conjunto de su teoría jurídica. Particularmente, la habitual asunción de la *Grundnorm* como una norma hipotética que se encuentra situada inmediatamente por encima de la constitución como la primera de las normas jurídicas positivas, será cuestionada y matizada por la interpretación aquí ofrecida. La unidad lógica del ordenamiento internacional y los ordenamientos estatales, así como la preferencia ético-política por la primacía del derecho internacional al derecho estatal, constituyen dos de las líneas maestras sobre las que se sustentará la posición pacifista kelseniana.

En un tiempo en el que la paz pendía de un frágil hilo, Kelsen puso todo su empeño en desarrollar una teoría del derecho internacional orientada a conservarla y promoverla. El Capítulo III está dedicado a dar cuenta de la plasmación del pacifismo jurídico kelseniano en diferentes situaciones y propuestas respecto del ámbito internacional. Tras repasar sus posicionamientos en relación con el fenómeno de la guerra —que estarán inevitablemente condicionados por su concepción coactiva del derecho—, el propósito es abundar en la propuesta que el maestro de Viena ofrece para construir la paz. Ésta es una propuesta que hunde sus raíces en la teoría del derecho internacional por él formulada, pero que, al mismo tiempo, constituye una explícita toma de posición política, donde se dejan ver a las claras sus simpatías cosmopolitas. Teniendo presentes las causas del fracaso de la Sociedad de Naciones, que desembocó en el mayor de los horrores, Kelsen publica en 1944 *La paz por medio del derecho*¹³, sin duda la obra en la que con mayor fuerza se condensan los ideales de su pacifismo jurídico y que pretende ser, al mismo tiempo, una guía para la nueva organización que habría de nacer tras la Segunda Guerra Mundial. En el centro de su propuesta, como es sobradamente conocido, se sitúa un tribunal internacional de jurisdicción obligatoria y con capacidad para enjuiciar a los

¹³ KELSEN, Hans, *La paz por medio del derecho*, estudio introductorio de Massimo La Torre y Cristina García Pascual, trad. de Luis Echávarri, Trotta, Madrid, 2003 [1944]

individuos. Lejos de consistir en una solución meramente técnica, tal propuesta encierra la idea fundamental de que la política sí puede ser sometida al derecho. También en el ámbito internacional. Es en esa idea, por lo tanto, donde reside el germen de considerar que una paz permanente es posible, pero sólo si los estados abandonan el “dogma” de su soberanía y consienten en plegarse a la razón del derecho.

Se trata de la misma idea que en el ámbito interno se había plasmado en la defensa kelseniana del control de constitucionalidad de la ley. La centralidad de la jurisdicción y, con ella, el sometimiento de lo político a lo jurídico, fue el objeto del gran debate que enfrentó a Kelsen con Carl Schmitt a propósito de la aplicación del famoso artículo 48 de la Constitución de Weimar¹⁴. A partir de ese debate, que ha sido objeto de sobrada atención por la doctrina¹⁵, puede establecerse un paralelismo con la contraposición entre Kelsen y Morgenthau que quiere componer esta tesis atendiendo al ámbito del derecho internacional. Como Schmitt, Morgenthau aborrecerá la idea de que un tribunal pueda poner límites a la actuación del poder político. Sobre esa consideración se afianzará el paso que le llevará desde el derecho internacional a las relaciones internacionales. Para comprender dicho paso, en el Capítulo IV se indagará en las premisas metodológicas y epistemológicas que sustentan su pensamiento. Si bien en la parte referida a Kelsen no se realizan demasiadas referencias a Morgenthau, en la parte sobre Morgenthau son abundantes las referencias a Kelsen. Es ahí donde cobra sentido la contraposición propuesta en este trabajo, porque Kelsen constituye un referente fundamental en la formación jurídica de Morgenthau. Con ese referente presente, se tratará de caracterizar la

¹⁴ KELSEN, Hans y SCHMITT, Carl, *La polémica Schmitt / Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución / ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 2009

¹⁵ *Vid.*, entre otros, LOMBARDI, Giorgio, “Estudio preliminar. La querrela Schmitt/Kelsen: Consideraciones sobre lo vivo y lo muerto en la gran polémica sobre la justicia constitucional del siglo XX”, en KELSEN, Hans y SCHMITT, Carl, *La polémica Schmitt / Kelsen sobre la justicia constitucional... cit.*, pp. IX-LXXII; CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, prólogo de Michelangelo Bovero, Fondo de Cultura Económica-UNAM, México, 2009; o DINER, Dan y STOLLEIS, Michael (eds.), *Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition*

concepción que Morgenthau tiene de la política y del derecho, a partir de la cual surge una particular manera de contemplar el derecho internacional, que en cierto momento el alemán propondrá denominar *teoría funcionalista del derecho internacional*. Esta teoría, que pretendía superar los condicionantes impuestos por el positivismo al derecho internacional a la hora de interactuar con la realidad política, pronto sería, sin embargo, abandonada por su autor para apostar por una teoría netamente política: una teoría realista de la política internacional, que contemplará el derecho únicamente desde el prisma de la lucha por el poder que tiene lugar entre los estados.

En el Capítulo V, por último, se ofrece una comparación más específica entre las distintas propuestas que Kelsen y Morgenthau formulan con el objetivo de contribuir a la paz mundial. En ese sentido, se intenta establecer el máximo número de problemas comunes sobre los cuales ambos autores presentan una solución diferente —cuando no completamente opuesta—. Cuestiones como el desarme, la seguridad colectiva o la policía mundial, o el análisis del funcionamiento de la Sociedad de Naciones y de las Naciones Unidas pondrán de relieve sus diferentes enfoques respecto de la realidad internacional. Pero la más representativa de sus diferencias será la que se refiera a la consideración del papel de la jurisdicción internacional. Si un tribunal internacional había constituido la principal apuesta de Kelsen en la construcción de la paz, Morgenthau se mostrará profundamente crítico con esta idea. Para él la soberanía estatal no será un dogma —como lo era para Kelsen—, sino una realidad de hecho. Una realidad con la que era preciso contar para afrontar los problemas internacionales; y esa realidad indicaba que los estados, soberanos como eran, no someterían nunca a la jurisdicción de un tribunal ningún asunto que pudiera afectar a su interés nacional. La fórmula que Morgenthau ofrece para encontrar una paz estable y duradera es la *paz por medio de la diplomacia*. Ésta sería una fórmula que, a diferencia de la *paz por medio del derecho*, no sería invasiva de la soberanía de los estados y que, por lo tanto, tendría como objeto acomodar de la mejor manera posible los múltiples intereses que los distintos estados manifiestan en el tablero de

la política internacional. Se trata de una fórmula, en definitiva, que no admite el sometimiento de la política al derecho, sino que busca soluciones más flexibles —o menos formales— que permitan compatibilizar el interés nacional de los estados con un orden internacional de pacífica convivencia entre ellos.

La contraposición entre posiciones de Kelsen y de Morgenthau pretende ser un reflejo, por lo tanto, de las múltiples tensiones que se dan entre el derecho y la política en el ámbito internacional. Sus posiciones, no obstante, no son unívocas ni proporcionan una respuesta simple. Como se intentará demostrar, ni Kelsen prescinde en absoluto del elemento del poder —antes bien, es un elemento sin el cual no se puede entender su teoría jurídica—, ni Morgenthau ignora por completo la importancia del derecho internacional, como un instrumento sin el cual no serían posibles muchas de las relaciones que tienen lugar entre los estados. De ahí que de la contraposición entre ambos autores surgirá una amplia gama de matices que cabrá tener presentes a lo largo de este trabajo.

Con todo lo anterior, puede decirse que el objetivo de esta tesis es doble. En primer lugar, pretende mostrar que existen importantes vínculos teóricos entre las obras de Kelsen y de Morgenthau que hasta ahora habían sido explorados por la filosofía del derecho internacional. Situar sus teorías frente a frente, comparando las diferentes respuestas que aportan a los mismos problemas relacionados con el gran problema de la paz, puede contribuir a evaluar los límites y potenciales de cada una de ellas.

En segundo lugar, si es cierto que pueden tomarse las posiciones de Kelsen y de Morgenthau como representativas de las posiciones contemporáneas dentro del debate acerca de la normatividad internacional, la contraposición aquí realizada puede servir para dotarse de argumentos con los que replicar a las teorías que hoy en día proclaman los límites del derecho internacional, intentando reducirlo a su mínima expresión. Quizá retomar —una vez más— a Kelsen pueda servirnos para mostrar que las relaciones internacionales, como pretendida disciplina ordenadora de la

normatividad internacional en la era global, presentan también sus límites. Límites que no son irrelevantes ni tienen que ver con aspectos puramente formales, sino que hacen referencia, precisamente, a su contrastada incapacidad para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos humanos, para regular y poner coto a la actividad de los mercados financieros globales, o para frenar la acelerada degradación medioambiental que conduce a la humanidad en su conjunto hacia un callejón sin salida.

PARTE I

Piezas de una biografía comparada

Capítulo I

Vidas cruzadas

1.1. Weimar. Una convulsa república

Alcanzados tras la Primera Guerra Mundial, los Acuerdos de Versalles abrieron una nueva etapa en la historia el derecho internacional. La creación de una organización como la Sociedad de Naciones que, con vocación universal, tuviera como fin garantizar la paz mundial fue en aquel momento un acontecimiento sin precedentes. Soplaban vientos de esperanza para los internacionalistas, convencidos de que había llegado por fin el momento en el que la humanidad emprendiera el firme camino hacia la paz perpetua. Pero los momentos de optimismo en el derecho internacional parecen ser siempre demasiado breves. Lejos de significar una época de paz y estabilidad, los tratados de Versalles inauguraron lo que Edward H. Carr calificó como *la crisis de los veinte años*¹⁶. En efecto, hoy recordamos aquella época como los años de *entre guerras*, los años que van de una gran catástrofe a una catástrofe todavía peor. La Sociedad de Naciones se mostraría incapaz de solventar los principales conflictos internacionales de aquel periodo. La invasión de Manchuria por parte de Japón en 1931 o la de Abisinia por Italia en 1935 pusieron de manifiesto la debilidad de la Sociedad¹⁷, que era a su vez el síntoma de la fragilidad del orden internacional que ella había creado.

Para Alemania, como gran perdedora de la guerra, Versalles significó una dolorosa humillación internacional. No solamente se acusaba a su káiser Guillermo II por una

¹⁶ CARR, Edward H., *La crisis de los veinte años (1919-1939). Una introducción al estudio de las relaciones internacionales*, prólogo de Esther Barbé, trad. de Emma Benzal, Catarata, Madrid, 2004 [1939]

¹⁷ La inacción de la Sociedad ante el alzamiento militar contra la Segunda República Española y la consiguiente Guerra Civil es otro ejemplo de su debilidad. *Vid.* WALTERS, Frank P., *Historia de la Sociedad de Naciones*, trad. de Fco. Fernández de Castillejo, Tecnos, Madrid 1971 [1952], pp. 699 y ss.

“ofensa suprema contra la moral internacional y la santidad de los tratados” (artículo 227), sino que también se determinaba la culpabilidad de Alemania por la guerra (artículo 231). Además, y lo que probablemente fue más importante, se establecían un conjunto de gravosas obligaciones internacionales: elevados pagos en concepto de reparación a las potencias vencedoras, estrictas restricciones en materia de producción y utilización de armamentos, o la pérdida de importantes territorios, que en total suponían una disminución de más de 70.000 km² y alrededor de siete millones de habitantes¹⁸. Los nacionalistas, inspirados por Fichte y sus *Discursos a la nación alemana* (1808) y por historiadores como von Ranke o von Treitschke, considerarían intolerable el mermado estatuto internacional que se le proporcionaba a su *Gran Nación*. Defender la legalidad internacional, en la medida en que ésta era producto de los Acuerdos de Versalles, implicaba casi irremediabilmente ser un traidor a la patria. De ahí que en este momento se pueda comenzar a sentir el principio del *fin del internacionalismo alemán* que venía gestándose en las universidades germanas desde finales del siglo XIX¹⁹.

Pero los nacionalistas no solamente encontraban el origen de sus males en las condiciones impuestas por el Tratado de Versalles. También lo situaban dentro de su propio país, y concretamente en la Constitución de la República de Weimar. Aprobada en 1919, la de Weimar es considerada la primera constitución social europea. Las resistencias²⁰ con las que se topó el ambicioso programa social que la república trató de poner en marcha dificultaron sobremanera el establecimiento de una coalición de gobierno estable. A eso hay que sumar el lastre de los pagos impuestos por Versalles, que desestabilizaron enormemente la economía, contribuyendo a crear una inflación que alcanzó proporciones grotescas²¹. Los ecos

¹⁸ Vid. MÖLLER, Horst, *La república de Weimar. Una democracia inacabada*, Machado, Papeles del tiempo, Madrid, 2012 [1985], p. 184

¹⁹ Vid. KOSKENNIEMI, Martii, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, 2001, pp. 236 y ss.

²⁰ Vid. PISARELLO, Gerardo, *Un largo termidor*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 129 y ss.

²¹ Vid. FERGUSSON, Adam, *Cuando muere el dinero. La pesadilla de la hiperinflación en la República de Weimar*, trad. de María Hernández, Alianza, Madrid, 2010 [1975]

de la reciente revolución rusa provocaban, además, que los avances que introducía la nueva república fueran vistos por la influyente oligarquía alemana como un paso hacia un régimen comunista que debía ser impedido a toda costa. En ese sentido, un presidente de origen obrero y sin estudios universitarios, como era Friedrich Ebert, podría sentar un precedente que inquietaba tanto a la tradicional aristocracia como a la ya consolidada burguesía industrial²².

Entre la literatura, Arthur R.G. Solmssen ha reflejado perfectamente el clima de hostilidad hacia el orden constitucional que se vivía en aquellos años en su novela *Una princesa en Berlín*²³. A través de sus páginas podemos escuchar las conversaciones de las potentes familias berlinesas, que se dividían entre quienes respetaban la constitución republicana y las sanciones impuestas por el tratado —los menos— y quienes de ningún modo estaban dispuestos a aceptar ese orden constitucional ni esas obligaciones —los más—. Éstos últimos miraban con cierta simpatía —cuando no apoyaban directamente— la creación de los *Freikorps*, escuadrones paramilitares fascistas que comenzaban a sembrar el terror por todo el país. Entre las víctimas más conocidas de estos escuadrones de la muerte siempre se recordará a Rosa Luxemburgo; pero también a Walther Rathenau, ministro de exteriores de la República de Weimar, que fue asesinado en 1922 precisamente por ser un convencido defensor de que Alemania debía cumplir con las obligaciones de pago impuestas por Versalles.

Martii Koskenniemi también ha descrito el clima de aquellos años: “Érase una vez una joven república en Alemania. Creada en 1919, nunca tuvo verdaderos partidarios, pero tuvo, en cambio, muchos enemigos. La Constitución de Weimar se mantuvo en pie simplemente porque fue proclamada. Era el sueño formalista de un derecho puro hecho realidad, pero con una irónica contrapartida: era válida sin el

²² Vid. MÖLLER, Horst, *La república de Weimar... cit.*, p. 21

²³ SOLMSSEN, Arthur R.G., *Una princesa en Berlín*, Tusquets, Barcelona, 2010 [1980]

apoyo de la sociedad”²⁴. En efecto, lo que estaba en juego en aquellos años era tanto como la determinación de las relaciones que existían entre el derecho y la política, entre el derecho y la sociedad. ¿Qué condiciones debía cumplir un ordenamiento jurídico para ser obedecido?, ¿era válido un ordenamiento que no era eficaz?, ¿podía existir el derecho más allá del estado?

Ésas son algunas de las cuestiones que trataba de resolver la teoría del estado y del derecho alemana, la famosa *Staatsrechtslehre*, que había dominado entre la doctrina durante las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del XX²⁵. El auge de la *Staatsrechtslehre* respondía sin duda a las necesidades justificativas del proceso de unificación nacional emprendido por el canciller Otto von Bismarck, que en 1871 había dado lugar al Imperio alemán; de ahí el fundamental papel que en ella cumplía el concepto de soberanía estatal. En su desarrollo fueron imprescindibles los trabajos de Max Weber, pero también los de Émile Durkheim y otros sociólogos que permitieron comenzar a aplicar una metodología científica a las ciencias sociales. En un contexto políticamente tan inestable, el avance hacia la objetivación de los procesos sociales implicaba el riesgo, advertido por Weber, de caer en el “desencantamiento del mundo”²⁶. Un desencantamiento que podía dar pie al florecimiento de cualquier ideología, que mostraba la tendencia a transformar las teorías políticas en *teologías* políticas²⁷.

²⁴ KOSKENNIEMI, Martii, “Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations”, en BYERS, Michael (ed.), *The Role of Law in International Politics. Essays in International Relations and International Law*, Oxford University Press, 2000, pp. 17-34, p. 73

²⁵ Una obra de referencia para entender la situación del derecho público alemán en aquellos años es: STOLLEIS, Michael, *A History of Public Law in Germany, 1914-1945*, trad. de Thomas Dunlap, Oxford University Press, 2004 [1999]

²⁶ Vid. WEBER, Max, *La ciencia como profesión*, en Id., *La ciencia como profesión / La política como profesión*, ed. y trad. Joaquín Abellán, Espasa-Calpe, 2007 [1919], p. 82. La edición citada traduce el concepto alemán original *Entzauberung* por “desmagificación”, pero el término más usado habitualmente en castellano es el de “desencantamiento”.

²⁷ Paradigmáticamente, vid. SCHMITT, Carl, *Teología política*, trad. de Fco. Javier Conde, epílogo de José Luis Villacañas, Trotta, Madrid, 2009 [1933]; en un sentido similar, habló Voegelin de “religiones políticas”, vid. VOEGELIN, Eric, *El asesinato de dios y otros escritos políticos*, prólogo de Peter J. Opitz, Hydra, 2009

Hermann Heller fue una de las voces que desde Weimar proclamó con más vigor la crisis de la tradicional *Staatsrechtslehre*²⁸. Los límites de la concepción formal del derecho y del estado defendida por el positivismo jurídico se presentaban como totalmente inapropiados para llevar a cabo, por un lado, el ambicioso programa social de la república; y, por otro lado, para frenar al incipiente fascismo. Las teorías de Kelsen y Morgenthau, si bien evolucionarán en sentidos muy distintos, suponen ambas una reacción a esa crisis. Kelsen no cuestiona los postulados principales del racionalismo en la filosofía, del liberalismo en la política y del positivismo en el derecho sobre los que la *Staatsrechtslehre* se fundamenta, sino que, antes al contrario, emprende la labor de refinarlos hasta el extremo mediante la aplicación de su metodología pura. La reacción de Morgenthau, por el contrario, será el rechazo de esos postulados. Para superar la crisis que se cernía ante ellos, cuya cara más espantosa era el horror del totalitarismo, no bastaba con una depuración metodológica, como pretendía hacer Kelsen, sino que era preciso construir la base de un nuevo pensamiento filosófico, político y jurídico. En la línea emprendida, entre otros por Carl Schmitt, lejos del ideal liberal de que el derecho podía jugar un papel central en la armonización de la sociedad, ese nuevo pensamiento apelaba a la naturaleza agonística de cualquier relación social. La historia, plagada de guerras y violencia, se había empeñado en demostrar tozudamente que los seres humanos, en cuanto que animales políticos, estaban destinados a vivir en permanente conflicto. Sólo entendiendo esa verdadera naturaleza humana, sólo superando las falsas ilusiones creadas por el racionalismo —que había sido posible en un espacio y en un lugar determinados, pero que no era capaz de ser reproducido universal y perpetuamente— se podía avanzar hacia una correcta comprensión del fenómeno jurídico.

²⁸ Vid. LA TORRE, Massimo, “La sovranità radicale: Hermann Heller”, en Id., *La crisi del novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Dedalo, Bari, 2006, pp. 55-129. Existe una versión en castellano: Id. “Un jurista en el crepúsculo de Weimar. Política y derecho en la obra de Hermann Heller”, trad. de Antonio Lastra, en HELLER, Herman, *El sentido de la política y otros ensayos*, Pre-textos, Valencia, 1996, pp. 9-54

En el extraordinario ambiente cultural e intelectual creado en torno a Weimar, permanentemente salpicado por convulsiones económicas y sociales, Kelsen encontró gran reconocimiento, pero también una acérrima oposición. Como ha destacado La Torre, “en la teoría del estado de la República de Weimar el ataque contra Kelsen es el signo distintivo, y casi el cemento teórico, de una serie de juristas de diversa extracción filosófica y jurídica, todos, en cualquier caso, bastante conservadores, empezando por Erich Kaufmann, pasando por Schmitt, Leibholz y Schmend, hasta llegar a los más radicales como Binder, Forsthoff y Larenz”²⁹. Morgenthau —si bien es cierto que no será nunca tan agresivo como llegaron a ser algunos de estos autores—, es otro más de los muchos juristas formados en la *Staatsrechtslehre* alemana que encuentra en la crítica a los postulados de Kelsen un punto de partida para sus propias teorías.

Es bajo estas coordenadas que se sitúa el origen de la contraposición entre Kelsen y Morgenthau en torno a la cual girará en esta tesis. En pocos sitios se trabajó más seriamente y con mayor profundidad acerca de la teoría del derecho internacional que en la Alemania que va de la creación del Imperio en 1871 hasta el advenimiento del régimen nazi en 1933³⁰. En una época y en un tiempo donde cualquier cosa podía suceder, ninguna teoría era inocente. Las posiciones divergentes adoptadas por nuestros dos protagonistas en torno al problema de la paz, por lo tanto, se convertían en representativas de dos formas opuestas de contemplar las relaciones entre el derecho y la política, y, con ellas, el mundo social en general. Dos posiciones que, sin embargo, encontrarán una proyección que va mucho más allá de la República de Weimar. Para seguir ese recorrido, a continuación se intentará construir una biografía paralela de ambos autores. A través de ella no solamente se pretende dar a conocer sus *vidas cruzadas* sino, lo que es más relevante, proporcionar una perspectiva suficiente del contexto en el que se desarrollan sus obras.

²⁹ LA TORRE, Massimo, “La sovranità radicale...”, *cit.*, p. 94

³⁰ *Vid.* KOSKENNIEMI, Martii, *The Gentle Civilizer... cit.*, pp. 181-182

1.1.1. Los orígenes de Kelsen en Viena

Para dar cuenta de esta historia es necesario salir de Alemania y viajar a Austria por un momento. Kelsen nació en Praga en 1881, pero creció en Viena desde los tres años. Una Viena, esa de finales del siglo XIX y de principios del XX, en la que floreció la cultura y el pensamiento como en pocos lugares y épocas de la historia europea. Esa Viena que con tanta precisión ha relatado Stefan Zweig³¹ en *El mundo de ayer*, en la que la Ópera Estatal y el *Burgtheater* eran los espacios de referencia de la ciudad, en la que se veneraba a músicos, cantantes y actores. La poesía de Hofmannsthal, el psicoanálisis de Freud y, por supuesto, la teoría pura del derecho kelseniana surgen en aquella Viena con vocación plural y cosmopolita³².

“El genio de Viena, un genio específicamente musical, había consistido desde siempre en armonizar en su seno todos los contrastes nacionales y lingüísticos, y su cultura era una síntesis de todas las culturas occidentales; quien vivía y trabajaba allí se sentía libre de la estrechez del prejuicio. En ningún otro lugar era más fácil ser europeo...”³³

Viena fue la capital y el principal exponente del Imperio Austro-Húngaro, estado que logró integrar en su seno más de diez lenguas distintas y otras tantas etnias. La madre de Kelsen, por ejemplo, proveniente de Bohemia, se consideraba perteneciente a la nación checa, pese a que ella y su familia eran germano-hablantes, según cuenta Kelsen en su autobiografía³⁴. El hecho de haber crecido en el seno de una familia situada en una circunstancia de *doble minoría*³⁵ —por religión y por lengua—

³¹ El escritor vienés Stefan Zweig, nacido como Kelsen en 1881, además de compartir con él la Viena de su juventud, también coincidió con Kelsen en su origen judío; circunstancia que obligó a ambos al exilio en más de una ocasión.

³² La sociedad vienesa de la época también ha sido descrita con todo lujo de detalles por Arthur Schnitzler en *Juventud en Viena. Una autobiografía*, Acantilado, Barcelona, 2004 [1968]; pero también por Robert Musil en *El hombre sin atributos*, Austral, 2010 [1930]

³³ ZWEIG, Stefan, *El mundo de ayer. Memorias de un europeo*, Acantilado, Barcelona, 2005 [1942], p. 44

³⁴ *Vid.* KELSEN, Hans, *Autobiografía*, traducción y presentación de Luis Villar Borda, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2008 [1947], p. 68

³⁵ LOSANO, Mario G., “Hans Kelsen: Una biografía cultural mínima”, en *Derechos y libertades*, n° 14, Época II, enero 2006, pp. 113-128; p. 114

seguramente influyó de forma decisiva en su consideración del estado como una realidad puramente reducible al ordenamiento jurídico; es decir, como un conjunto de normas que no se identifican con ningún pueblo determinado. La no identificación del estado con el pueblo encontraría su más claro exponente en la polémica mantenida con el constitucionalista Rudolf Schmend en la conocida obra *Der Staat als Integration* (1930)³⁶.

En su autobiografía Kelsen apenas narra acontecimientos de su vida privada o familiar³⁷; y escasamente detalla los hechos históricos que de forma tan determinante influyeron en su carrera profesional, a excepción de los relativos al desmoronamiento del Imperio Austro-Húngaro, en los que se recrea con más detalle seguramente debido a la privilegiada situación en la que le tocó vivir tal circunstancia. Por lo demás, en la autobiografía se relatan fundamentalmente los acontecimientos relacionados con su dilatado recorrido académico. Los primeros recuerdos proceden del *Gymnasium*, escuela secundaria donde estudiaban los jóvenes de familias burguesas, en un alto porcentaje de origen judío. Kelsen se declara un “escolar mediano”³⁸, y lamenta el poco interés que sus maestros lograron despertar en él por las materias académicas. No es de extrañar, teniendo en cuenta que los *Gymnasium* de la época, a pesar de la modernidad reinante, continuaban teniendo una “cara reaccionaria y fea”³⁹, como ha descrito Clemens Jabloner. O, con mayor detalle, Stefan Zweig: “para nosotros, la escuela era una obligación, una monotonía tediosa, un lugar donde se tenía que asimilar, en dosis exactamente medidas, la «ciencia de todo cuanto no vale la pena saber», unas materias escolásticas o escolastizadas que

³⁶ KELSEN, Hans, *El Estado como integración. Una controversia de principio*, Estudio preliminar y trad. de Juan A. García Amado, Tecnos, Madrid, 1997 [1930]

³⁷ A su mujer, Margarete Bondi, con quien estuvo casado 60 años sólo la menciona tres veces y de manera incidental. Ella fue su más estrecha colaboradora: desde los años 1910 hasta 1930 elaboró parcialmente las copias de los manuscritos y especialmente desde los años 40 llevó la mayor parte de los manuscritos a máquina de escribir. Con ella tuvo dos hijas, Hannah y María. (JESTAEDT, Matthias, “Estudio preliminar”, *cit.*, p. 42)

³⁸ KELSEN, Hans, *Autobiografía*, p. 68

³⁹ JABLONER, Clemens, “Kelsen and his Circle: The Viennese Years”, en *European Journal of International Law*, nº 9, 1998, pp. 368-385, p. 370

para nosotros no tenían relación alguna con el mundo real ni con nuestros intereses personales. Era un aprendizaje apático e insulso, dirigido no hacia la vida sino al aprendizaje en sí, cosas que nos imponía la vieja pedagogía⁴⁰. En este ambiente es en que el Kelsen comienza la lectura de filósofos como Schopenhauer, o Kant⁴¹, que marcarían definitivamente su visión del mundo (*Weltanschauung*).

Kelsen, de hecho, reconoce que su decisión inicial era estudiar filosofía, pero su propósito cambia tras la realización del servicio militar, que le hace decantarse por un *oficio práctico*. Confiesa: “decidí estudiar derecho con la probable perspectiva de ser abogado, pero con la callada esperanza de llegar a juez”⁴². De su época en la facultad recuerda que pocos profesores le motivaron en sus lecciones. Destaca que fue su amigo Otto Weininger⁴³, quien le influyó de forma determinante para que se decidiera a “trabajar científicamente”⁴⁴. Estudiando para preparar *Die Staatslehre des Dante Alighieri* (1905)⁴⁵, su primer trabajo, publicado antes aun de obtener el título de doctor, Kelsen comienza a interesarse por los problemas de la teoría del derecho, tales como la persona jurídica, el derecho subjetivo o el concepto de proposición jurídica. Destaca que lo que más le llamaba la atención era la forma imprecisa en la que la ciencia jurídica solía presentar sus conceptos y la indeterminación de sus propios límites, “la completa ausencia de exactitud y fundamento sistemático”⁴⁶. La idea de una rigurosa separación de la ciencia del derecho de las influencias de otras ciencias a través de la pureza del método se confirma definitivamente cuando Kelsen conoce la obra del neokantiano Hermann Cohen. No en vano, como es bien sabido,

⁴⁰ ZWEIG, Stefan, *El mundo de ayer... cit.*, pp. 51-52

⁴¹ KELSEN, Hans, *Autobiografía, cit.*, p. 71

⁴² *Ibid.*, p. 73

⁴³ Otto Weininger, autor de la entonces influyente obra *Geschlecht und Charakter*, se suicidó a los 23 años en la casa donde murió Beethoven.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 75

⁴⁵ KELSEN, Hans, *La Teoría Del Estado De Dante Alighieri*, traducción y estudio preliminar de Luis Requejo Pagés, KRK, 2007 [1905]. Aunque de forma todavía muy embrionaria, en esta obra se puede encontrar una primera reflexión relacionada con el ámbito internacional a propósito del ideal del imperio universal en Dante (pp. 262 y ss.).

⁴⁶ KELSEN, Hans, *Autobiografía, cit.*, p. 77

de la crítica kantiana a la razón pura y del neokantianismo se derivarán la mayor parte de los presupuestos filosóficos de la obra kelseniana [*infra*, 2.1.1].

Tras doctorarse en 1906, estudia tres semestres en Heidelberg gracias a una beca. Allí asiste al seminario de Georg Jellinek, entonces principal referencia en la teoría del estado alemana. El seminario, sin embargo, no cumplió con sus expectativas y la relación personal con Jellinek fue más bien escasa⁴⁷. Diferente fue la impresión que le causó el también profesor de Heidelberg Max Weber, aunque Kelsen confiese que sólo conocería su obra más tarde⁴⁸. El tiempo pasado en Heidelberg fue decisivo para preparar su primera gran obra sobre teoría jurídica: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911)⁴⁹ [en adelante, *Hauptprobleme*], que fue presentada como ejercicio para su habilitación como profesor asociado de teoría y filosofía del derecho en la Universidad de Viena.

En 1914, poco después de conseguir plaza como docente de derecho público en la Academia de Exportación, estalla la guerra y es obligado a alistarse como oficial de reserva. Por una infección pulmonar se le declaró *sólo apto para servicios de oficina*, lo que le permitió primero servir en la *Oficina de Auxilios de Guerra* y más tarde en el Departamento de Justicia del Ministerio de Guerra Imperial. Al poco tiempo, por conocer de él gracias a un texto⁵⁰ que había publicado en la *Revista de Derecho Militar*, el ministro reclamó su asistencia personal. En ese nuevo puesto, Kelsen fue encargado de redactar informes y elaborar proyectos de ley. El ministro pronto le consideró como hombre de confianza y con frecuencia le consultó incluso cuestiones

⁴⁷ Vid. MÉTALL, Rudolf A., *Hans Kelsen, obra y vida, cit.*, p. 28. Habría que decir, en este sentido, que resulta totalmente desproporcionado, como ha hecho Sara Lagi, hablar de la relación entre Jellinek y Kelsen como una relación de maestro y discípulo (vid. LAGI, Sara, *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920) Los orígenes de "De la esencia y valor de la democracia"*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2007, p. 18, 35, 226)

⁴⁸ KELSEN, Hans, *Autobiografía, cit.*, p. 85

⁴⁹ KELSEN, Hans, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, edición de Agostino Carrino, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1997 [1911, 2ª ed. 1923]

⁵⁰ Por la lista completa de publicaciones proporcionada por el *Hans Kelsen Institut*, se puede deducir que el texto era el siguiente: KELSEN, Hans, "Zur Reform der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wehrmacht Österreich-Ungarns", en *Zeitschrift für Militärrecht*, 1917, pp. 8-23

de carácter puramente político. Desde ese puesto gozó de una posición históricamente privilegiada para contemplar la caída del Imperio Austro-Húngaro.

Kelsen no asistió sólo a la caída de este imperio, sino también (de manera indirecta) a la del Imperio Alemán con la Primera Guerra Mundial y a la del Imperio zarista ruso, tras el triunfo de la revolución bolchevique de 1917. Todos estos acontecimientos influirán sin duda en la *desmitificación* que Kelsen realiza del Estado a través de la crítica radical al concepto de soberanía estatal [*infra*, 2.2.3.b]. Precisamente los tres años y medio que estuvo trabajando en el Ministerio de Guerra fueron determinantes para la preparación de su primera monografía sobre derecho internacional: *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920)⁵¹ [en adelante, *PS*]. En 1926 es invitado por la *Académie du Droit International* a dictar un curso de verano en La Haya. El tema elegido, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*⁵² [en adelante, *Les rapports de système*], consiste básicamente en una síntesis revisada de su obra de 1920.

Sólo después de la *Gran Guerra* se acredita como profesor titular en la Universidad de Viena, donde enseñaría hasta 1929. Recibió ofrecimientos para permanecer en el Ministerio con un alto rango, pero entonces ya tenía claro que quería dedicarse a la vida académica⁵³. Empezó entonces un tiempo tremendamente fructífero para Kelsen. Sería elegido decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas en 1921. Y pronto se formó en torno a él la llamada Escuela de Viena (*Wiener Schule*),

⁵¹ KELSEN, Hans, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, edición de Agostino Carrino, Giuffrè, Milán, 1989 [1920, 2ª ed., 1928]

⁵² KELSEN, Hans, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, Recueil des Cours 1926, Académie de Droit International, París, 1927, pp. 227-331

⁵³ Confiesa Kelsen que su posición en el Ministerio seguramente causó más impresión para obtener la plaza en la universidad que todas sus publicaciones (*Autobiografía, cit.*, p. 110)

algunos de cuyos discípulos⁵⁴ más destacados fueron Adolf Merkl⁵⁵, Alfred Verdross⁵⁶, Josef L. Kunz⁵⁷, Leo Gross⁵⁸, Felix Kaufmann o Hersch Lauterpacht. La Escuela encontró también su eco en el extranjero, incluyendo España, en los nombres de Luis Recasens y Luis Legaz⁵⁹.

De este periodo son también otras dos obras relevantes para este trabajo: *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (1922)⁶⁰ y la fundamental *Allgemeine Staatslehre* (1925)⁶¹ [en adelante, *TGE*]. En este tiempo se convirtió también en editor de la *Revista Austriaca para el Derecho Público*, cargo que se verá obligado a abandonar en 1934 por su origen judío⁶². No es la primera vez que Kelsen sufre este tipo de discriminación: también relata en su autobiografía que Bernatzik, quien había

⁵⁴ Una excepcional enumeración de sus discípulos se encuentra en la carta de Kelsen a Del Vecchio del 1 de febrero de 1932 recogida en LOSANO, Mario G., “Presenze italiane in Kelsen”, en KELSEN, Hans, y CAMPAGNOLO, Umberto, *Diritto internazionale e Stato sovrano*, ed. a cargo de Mario G. Losano, Giuffrè, Milán, 1999, pp. 7-77, p. 54 (hay traducción al castellano a cargo de Consuelo Ramón Chornet: *Derecho internacional y estado soberano. Un diálogo con Kelsen sobre paz, federalismo y soberanía*, Tirant lo Blanch-Publicacions Universitat de València, Valencia, 2007). También *vid.* JABLONER, Clemens, “Kelsen and his Circle: The Viennese Years”, *cit.*, p. 375

⁵⁵ Una buena muestra de las obras de Merkl en relación con la Escuela de Viena se recoge en MERKL, Adolf, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Giuffrè, Milán, 1987

⁵⁶ A Verdross corresponde, como reconoce el propio Kelsen, el mérito de haber teorizado por primera vez, en un ensayo publicado en 1914, las relaciones entre el derecho estatal y el derecho internacional desde el punto de vista de la teoría pura del derecho (*Vid.* KELSEN, Hans, *Problemi fondamentali... cit.*, p. 36)

⁵⁷ Una valiosa síntesis sobre la Escuela de Viena y el derecho internacional se encuentra en KUNZ, Joseph L., “The Viena School and International Law”, en *New York University Law Quarterly Review*, vol. 11, nº 3, 1934, 370-421

⁵⁸ Gross rindió homenaje a su maestro publicando una extensa cronológica tras su muerte, en 1973, *vid.* GROSS, Leo, “Hans Kelsen: October 11, 1881-April 15, 1973”, en *The American Journal of International Law*, vol. 67, nº 3, 1973, pp. 491-501

⁵⁹ Ambos juristas desempeñaron un papel fundamental en la introducción y la difusión de la teoría kelseniana en España desde finales de los años veinte (*vid.* RIVAYA, Benjamín, “Kelsen en España”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), nº 107, 2000, pp. 151-177).

⁶⁰ Versión utilizada: KELSEN, Hans, *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato. Studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto*, edición de Agostino Carrino, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1997 [1922, 2ª ed. 1928]

⁶¹ KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, Coyoacán, México, 2008 [1925]

⁶² Ello a pesar de los dos cambios de confesión que Kelsen ignora en su autobiografía, pero que son narrados por Jestaedt en el estudio preliminar: “en 1905 se bautizó católico-romano el originalmente judío Kelsen; en el año de 1912 ingresó junto con su futura mujer Margarete en el protestantismo luterano” (JESTAEDT, Matthias, “Estudio preliminar” a HANS KELSEN, *Autobiografía*, *cit.*, p. 42).

sido su mentor en Viena, intentó desanimarle para hacer carrera académica, recomendándole se dedicase a otra profesión que pudiera ser más fácil para un judío, como abogado, o empleado de banco⁶³. Y es que la Viena plural y cosmopolita de aquella época era también uno de los lugares donde con más fuerza comenzaba a gestarse un violento sentimiento antisemita que pronto se extendería por toda Europa.

Otro pasaje de su etapa vienesa que no puede dejar de mencionarse es la paternidad de la Constitución austriaca de 1920⁶⁴. En octubre de 1918 es convocado por el entonces Canciller del gobierno provisional germano-austriaco, el socialista Karl Renner⁶⁵, para colaborar en su elaboración. Kelsen reivindica como propia⁶⁶ la parte referida a las garantías constitucionales, especialmente la referente al sistema de tribunal constitucional, que fue el primero de la historia, y que simboliza con toda claridad la idea kelseniana de que el poder debe estar sometido al derecho. Pero no sólo en materia estrictamente constitucional encontrará su trascendencia esta norma. También en sus escritos sobre teoría del derecho internacional la Constitución austriaca será tomada frecuentemente de referencia en materias tales como la recepción del derecho internacional por parte del derecho interno o el tratamiento jurídico de los extranjeros.

En 1921 Kelsen fue elegido miembro del Tribunal Constitucional austriaco, y en él ejerció como ponente permanente —aunque de forma accesorio, puesto que siempre conservó su puesto como docente en la Facultad— hasta que abandonó Austria en 1929. La decisión de poner fin a su etapa en Viena estuvo motivada justamente por la disolución de este tribunal mediante una reforma constitucional. El origen de la

⁶³ Vid. KELSEN, Hans, *Autobiografía, cit.*, p. 83

⁶⁴ Cfr. FRISCH PHILIPP, Frisch, *La forma en que se plasmó la teoría pura del derecho de Hans Kelsen en la jurisdicción austriaca*, trad. de Elsa Bieler, Coyoacán, México, 2011

⁶⁵ La relación entre Kelsen y Renner respecto de la elaboración de la Constitución Austriaca y el papel de la democracia parlamentaria ha sido reconstruida con detalle por LAGI, Sara, *El pensamiento político de Hans Kelsen... cit.*, pp.125 y ss.

⁶⁶ Vid. KELSEN, Hans, *Autobiografía, cit.*, pp. 131-133

reforma fue una polémica provocada a raíz de un caso, el de las dispensas matrimoniales, en el que Kelsen estuvo directamente implicado y que también describe profusamente en sus memorias⁶⁷. Su decisión de abandonar Viena fue especialmente lamentada entre los círculos socialdemócratas, como recoge Jestaedt en una de las notas al pie de página con las que apoya la *Autobiografía*: “Una pérdida irreparable para la Universidad de Viena”, según publicó el *Wiener Allgemeine Zeitung*⁶⁸.

1.1.2. Kelsen en Colonia

Kelsen llega a Colonia el 2 de noviembre de 1930, con cincuenta años, en plena madurez de su vida intelectual y con un absoluto reconocimiento en el ámbito académico. Mientras que los años en Viena sirvieron para consagrar a Kelsen como un teórico y un constitucionalista de fama mundial, los años pasados entre Colonia y Ginebra lo confirmarían también como un prestigioso internacionalista⁶⁹. Reconoce que su estancia en Colonia fue un tiempo dedicado a estudiar en profundidad el derecho internacional positivo⁷⁰. Ese mismo año de 1930 el partido nacionalsocialista experimenta una mejora sustancial en sus resultados electorales, consolidándose como segunda fuerza política en el *Reichstag*; hecho que sin duda inquieta⁷¹ a Kelsen, no solamente por su origen judío sino también por su condición

⁶⁷ *Vid. Ibid.*, pp. 136-149

⁶⁸ *Wiener Allgemeine Zeitung* de 8 de julio de 1930 (citado en KELSEN, Hans, *Autobiografía*, cit., p. 150). De la misma manera, el *Frankfurter Zeitung* publicaba el 15 de julio un llamado hecho por la Sociedad Jurídica Vienesa con “la urgente y cordial petición de evitar la profundamente lamentable y severa pérdida para la vida y la creación intelectuales de nuestro país”. El llamamiento encontró, sin embargo, poco eco entre las autoridades (*Vid. MÉTALL, Rudolf A., Hans Kelsen. Obra y vida*, cit., p. 74)

⁶⁹ *Vid. LOSANO, Mario G., “Prefazione”, en KELSEN, Hans, Scritti autobiografici*, edición a cargo de LOSANO Mario G., Diabasis, Reggio Emilia, 2008, pp. 7-35, p. 11

⁷⁰ KELSEN, Hans, *Autobiografía*, cit., p. 150

⁷¹ En su visita a Kelsen en septiembre de 1932, Renato Treves encuentra a “un Kelsen pesimista y ya propenso a dejar europa”. Recogido en LOSANO, Mario G., “Prefazione”, en KELSEN, Hans, *Scritti autobiografici... cit.*, p. 22; también *cfr. ROEHRSEN, Carlo, “Le critiche a Kelsen durante la Repubblica di Weimar”, en Rivista internazionale di filosofia del diritto, IV serie, LXVII, 1990, pp. 305-307*

de pacifista y de persona afín a la socialdemocracia. En cualquier caso, el profesor austriaco recordará esa época con afecto por las buenas condiciones materiales de las que disfrutó en Alemania⁷². Fue el propio Konrad Adenauer, en aquel momento alcalde de la ciudad y administrador de la universidad, quien se ocupó de que Kelsen tuviera a su disposición un instituto de derecho internacional bien dotado y, por primera vez, ayudantes pagados⁷³.

Dentro del corto periodo de tiempo pasado en Alemania, y consolidando su prestigio como internacionalista, fue invitado en 1932 a enseñar en el *Institut Universitarie de Hautes Études Internationales* de Ginebra durante el semestre de verano y también volvió a ser llamado a dar uno de los cursos de la *Académie de Droit International* en La Haya. De este último curso procede su trabajo *Théorie générale du Droit International Public. Problèmes choisis*⁷⁴ [en adelante, *Problèmes choisis*], obra en la que adentrándose en el derecho positivo analiza problemas concretos del derecho internacional desde una aproximación estática⁷⁵. Igualmente, del tiempo que Kelsen pasó en Colonia debe destacarse, en relación con la teoría del Derecho Internacional, *Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht* (1932)⁷⁶, un extenso artículo que gira en torno a la aplicación de la teoría de la proposición jurídica al ámbito de las normas internacionales.

En julio de 1932 Kelsen fue elegido decano de la Facultad de Derecho de Colonia. No obstante, apenas pudo ejercer el cargo, ya que fue uno de los primeros profesores universitarios destituidos cuando Hitler llegó al poder a principios de 1933. Leyendo el diario, una mañana tuvo conocimiento de que su nombre figuraba entre las listas

⁷² Vid. KELSEN, Hans, *Autobiografía*, cit., p. 151

⁷³ Vid. MÉTALL, Rudolf A., *Hans Kelsen. Obra y vida*, cit., p. 75

⁷⁴ KELSEN, Hans, *Théorie Générale du Droit International Public. Problèmes choisis*, Recueil des Cours 1932, Académie de Droit International, París, 1932, pp. 120-349

⁷⁵ Para Kelsen, mientras que la vertiente estática de un ordenamiento jurídico tendría que ver con los problemas acerca de la validez y el ámbito de validez de las normas, la vertiente dinámica se relacionaría con los problemas de la producción normativa [*infra*, 2.2.2.e].

⁷⁶ KELSEN, Hans, “Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht” en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 12, 1932, pp. 481-608

publicadas en virtud de la nueva *Ley sobre la reorganización de los funcionarios* aprobada en abril de ese mismo año. Es destacable que Kelsen no es destituido por judío, sino por *marxista*⁷⁷, a pesar de que siempre rechazó afiliarse a cualquier partido político por no comprometer su independencia académica. Ante ello, los profesores de la Facultad de Derecho de Colonia firmaron un escrito para que se le restituyese en su posición, apelando precisamente a las severas críticas que Kelsen había formulado al marxismo⁷⁸. Tal petición no prosperó debido a la falta de una sola firma: la de Carl Schmitt⁷⁹, quien, por cierto, debía su posición en Colonia a una recomendación del propio Kelsen⁸⁰. Aunque se ha interpretado este gesto, con razón, como un intento por parte de Schmitt de eliminar del mapa a Kelsen, cabe pensar que, paradójicamente, esa acción pudo salvarle en realidad la vida, dado que si hubiera permanecido más tiempo en Alemania hubiera podido correr una suerte mucho peor. La expulsión de Kelsen constituye sólo una muestra, si bien altamente significativa, de la purga que se produjo entre los profesores que se dedicaban al derecho público en la universidad alemana⁸¹. Esa purga no significaba únicamente — aunque quizá sí principalmente— un paso más dentro del demente proceso de

⁷⁷ Vid. LOSANO, Mario G., “Presenze italiane in Kelsen”, *cit.*, p. 34; también LOSANO, Mario G., “Hans Kelsen: Una biografía cultural mínima”, en *Derechos y libertades*, n° 14, Época II, enero 2006, pp. 113-128; p. 119; y MÉTALL, Rudolf A., *Hans Kelsen, obra y vida*, *cit.*, p. 77

⁷⁸ En 1923 había publicado su conocido *Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus*. Trad. ita.: *Socialismo e Stato. Una ricerca sulla teoria politica del marxismo*, estudio introductorio de Roberto Racinaro, De Donato, Bari, 1978. Una colección de algunos de sus principales trabajos sobre socialismo puede encontrarse en KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, ed. a cargo de Juan Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988

⁷⁹ Vid. LOSANO, Mario G., “Presenze italiane in Kelsen”, *cit.*, p. 34; Id., “Hans Kelsen: Una biografía cultural mínima”, *cit.*, p. 119; y MÉTALL, Rudolf A., *Hans Kelsen, obra y vida*, *cit.*, p. 78. Para una reconstrucción específica del contacto entre Kelsen y Schmitt, *vid.* RÜTHERS, Bernd, “On the Brink of Dictatorship. Hans Kelsen and Carl Schmitt in Cologne 1933”, en DINER, Dan y STOLLEIS, Michael (eds.), *Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition*, *cit.*, pp. 115-122. El propio Schmitt se atrevió, muchos años más tarde (en una entrevista concedida en 1982), a negar esos hechos: “Con Kelsen yo siempre fui correcto (*kollegial*). Existen cartas sobre este tema. Después él emigró de repente de Alemania y pronto perdimos el contacto. Cuando yo llegué a Colonia Kelsen ya se había ido [!]” (SCHMITT, Carl, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, ed. a cargo de Giorgio Agamben, Neri Pozza, Vicenza, 2012 [2005], p. 163).

⁸⁰ Al parecer, incluso Adenauer había manifestado sus reservas sobre la llegada de Schmitt, temiendo que “pudiera destruir las relaciones de armonía que existían entre los miembros de la facultad” (RÜTHERS, Bernd, “On the Brink of Dictatorship...”, *cit.*, p. 120)

⁸¹ Según las estadísticas proporcionadas por Rütters, entre 1931 y 1938 fueron apartados de las facultades de derecho un total de 210 profesionales (*vid.* RÜTHERS, Bernd, “On the Brink of Dictatorship...”, *cit.*, p. 118)

depuración racial que el régimen nacionalsocialista había emprendido, sino también un claro intento de apropiarse de las universidades en tanto que centros de producción de ideología y pensamiento. De esta manera, académicos serviles al nacionalsocialismo como Schmitt —quien inmediatamente fue llamado a una cátedra en la Universidad de Berlín—,⁸² pudieron hacer una exitosa carrera justificando los horrores del régimen nazi⁸³. Mientras tanto, Kelsen se veía obligado a abandonar Alemania por la puerta de atrás, ayudado por un antiguo miembro del partido nazi que había sido un empleado administrativo de la Universidad⁸⁴.

1.1.3. La etapa alemana de Morgenthau

Es momento ahora de conocer al otro protagonista —o antagonista— de esta historia. Hans Joachim Morgenthau nace en 1904 (cuando Kelsen tenía ya 22 años) en la pequeña ciudad bávara de Coburg, en el corazón de Alemania. Hijo único de una familia judía de clase media, desde su niñez sufrió en carne propia el clima de creciente antisemitismo. Había pocos lugares peores para ser judío que Coburg, que tuvo el dudoso honor de ser la primera ciudad alemana en nombrar hijo adoptivo a Adolf Hitler⁸⁵. Ya en octubre de 1922, el joven Morgenthau había podido ver en persona al que se convertiría en *Führer*, y no fue una excepción en dejarse fascinar

⁸² Schmitt se afiliaría ese mismo año 1933 al partido nazi de la mano de su amigo Heidegger. Sobre Schmitt en el nazismo, *vid.* el capítulo I del libro de Hellen Kennedy, “Los años oscuros: 1933-1943”: KENNEDY, Hellen, *Carl Schmitt en la República de Weimar. La quiebra de una constitución*, prefacio de Eloy García, trad. de Pedro Lomba, Tecnos, Madrid, 2012 [2004], pp. 37-78; y más ampliamente, PREDIERI, Alberto, *Carl Schmitt, un nazista senza coraggio* (2 vols.), La Nuova Italia, Scandicci, 1998; en especial, pp. 339 y ss.

⁸³ De esa purga se resintió especialmente la disciplina del derecho internacional, una parte importante de cuyos más notables profesores eran judíos (*cfr.* KOSKENNIEMI, Martii, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, 2001, p. 261)

⁸⁴ KELSEN, Hans, *Autobiografía, cit.*, p. 153; también *vid.* MÉTALL, Rudolf A., *Hans Kelsen, obra y vida, cit.*, pp. 79-80

⁸⁵ El propio Hitler narra el episodio de Coburg con todo lujo de detalles en su *Mein Kampf* (*vid.* HITLER, Adolf, *Mi lucha*, 1ª ed. electrónica, Jusego, Chile, 2003 [1925], p. 324 y ss.)

por la fuerza de su discurso: “Nunca olvidaré la parálisis de la voluntad que se apoderó de mí mientras estaba escuchando a ese hombre”⁸⁶.

La crisis económica y la inflación de la posguerra —que alcanzó su momento álgido entre 1922 y 1923⁸⁷— golpeaban de lleno la vida de los habitantes de la ciudad, y los cerca de trescientos judíos que la poblaban constituían el chivo expiatorio perfecto. En ese contexto, uno de los episodios que más marcó la adolescencia de Morgenthau ocurrió pocos meses antes de la visita de Hitler a Coburg. Cada año se celebraba una ceremonia para homenajear al fundador del *Gymnasium*, el duque Johann Casimir. La tradición del *Gymnasium* —un *Gymnasium* que no era muy diferente de aquel al que había asistido Kelsen en Viena— era que el mejor estudiante de la promoción, coronado con un laurel, debía pronunciar un discurso dirigido a todos los coburgueses desde lo alto de la estatua del duque fundador. Morgenthau, que ya era un joven intelectualmente ambicioso y que, falto de amistades, se había refugiado totalmente en los estudios, era el alumno con el mejor expediente, y al que le correspondía pronunciar aquel discurso. Pero más que un honor se trataría de un castigo. Antes del acto los antisemitas repartieron panfletos con instrucciones para humillarle; y cuando comenzó la lectura recibió abucheos y escupitajos. El propio duque —figura de gran importancia en la ciudad, de declaradas simpatías hacia los nazis— se tapó la nariz mientras Morgenthau hablaba, en un claro gesto de desprecio que tristemente se propagaría por toda Alemania en aquellos años. “Fue terrible.

⁸⁶ MORGENTHAU, Hans J., “The Incarnation of Demonic Power”, en *Business Week*, n° 2276, 21 de abril 1973, p. 12

⁸⁷ Morgenthau da cuenta de lo grotesco de la inflación de aquellos años: “recuerdo que mi madre iba al mercado con una cesta entera llena de billetes para compra diaria. Mi padre aceptaba por sus servicios como doctor, mantequilla, huevos, un pollo, zapatos, ropa o cualquier cosa antes que dinero, puesto que éste simplemente desaparecía de las manos” (MORGENTHAU, Hans J., “Bernard Johnson’s Interview with Hans J. Morgenthau”, en THOMPSON, Kenneth y MEYERS, Robert J., (eds.), *Truth and Tragedy: A Tribute to Hans J. Morgenthau*, Transaction, New Brunswick, 1984, pp. 333-386, p. 336).

Absolutamente terrible”⁸⁸, “el antisemitismo alemán de la posguerra era cruel y absolutamente devastador”⁸⁹, contaría Morgenthau muchos más tarde.

Esas primeras experiencias, junto con el agrio carácter de su padre —afortunadamente compensado por el talante comprensivo de la madre—, forjaron la personalidad de Morgenthau, quien reconocía su timidez y su constante miedo a ser rechazado⁹⁰. *El reencuentro*, de Fred Uhlman⁹¹, nos proporciona un relato que permite imaginar cómo podría haber sido la vida de Morgenthau en su Coburg natal. Su protagonista, Hans Schwarz, es igualmente humillado por parte de sus compañeros, que también se tapaban la nariz en su presencia. Su padre, como el de Morgenthau, es un médico judío de estrictas costumbres, tan integrado en la clase media alemana que no es capaz de interpretar correctamente las alarmantes señales del odio que comenzaba a diseminarse. Tan patriotas como el más ario de los alemanes, tan contrarios a lo que significaban el Tratado de Versalles y la República de Weimar como la más pura aristocracia prusiana, los padres de Morgenthau y de Schwarz representan la última generación de aquella burguesía judía que se creía perfectamente integrada, sobre la que años antes Marx había reflexionado en su famoso escrito *Sobre la cuestión judía*⁹².

⁸⁸ MORGENTHAU, Hans J., “Bernard Johnson’s Interview with Hans J. Morgenthau”, en THOMPSON, Kenneth y MEYERS, Robert J., (eds.), *Truth and Tragedy: A Tribute to Hans J. Morgenthau*, Transaction, New Brunswick, 1984, pp. 333-386, p. 341

⁸⁹ *Ibid.*, p. 339

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ UHLMAN, Fred, *El reencuentro*, Tusquets, Barcelona, 2010 [1971]

⁹² Cfr. MARX, Karl, *Sobre la cuestión judía*, estudio preliminar de Antonio Hermosa Andújar, Prometeo, Buenos Aires, 2004 [1844]

Morgenthau, aunque muy joven, sí que parece ser totalmente consciente de que un profundo cambio está teniendo lugar, y así lo refleja en sus primeros escritos⁹³. Por eso, tan pronto como finaliza el *Gymnasium* abandona el envenenado ambiente de Coburg. En aquel momento parecía más importante cambiar de aires que tener un destino bien definido. Muestra de ello es que Morgenthau comienza a estudiar filosofía en la Universidad de Frankfurt en la primavera de 1923, pero pronto abandona la carrera decepcionado y, ante la negativa de su padre para financiarle estudios de literatura⁹⁴, decide matricularse al curso siguiente en la Facultad de Derecho de Múnich.

La forma en la que aborda sus estudios de derecho en Múnich es indicativa del rumbo que seguirá su futura producción académica. Ya desde el principio limita al mínimo su asistencia a las clases de jurisprudencia y se siente atraído únicamente por algunos seminarios muy concretos. Le influye particularmente el historiador Hermann Oncken, con quien siguió un curso sobre la política exterior de Bismarck y otro sobre las relaciones entre la política exterior y la política militar. Dotado de una extraordinaria sensibilidad, Oncken se había distanciado desde un primer momento del nacionalismo agresivo de von Treichschke⁹⁵, y proclamaba que la esencia de lo político no podía entenderse a través de fórmulas abstractas, sino que se relacionaba

⁹³ Es elocuente un escrito fechado en septiembre de 1922, titulado “Lo que espero para mi futuro y los fundamentos de esa esperanza”, en el que declara: “Mi relación con el ambiente social está determinado por tres factores: soy alemán, soy judío, y he madurado en el periodo siguiente a la guerra. Ciertos grupos dentro de nuestra sociedad, y particularmente aquellos dominantes, se inclinan por considerar responsables de todos los cambios y deficiencias de nuestro periodo de la historia al segmento de la sociedad al que yo pertenezco. Independientemente del valor de esas acusaciones, una cosa es cierta: yo soy inocente de aquello que se les reprocha a los judíos. Las acusaciones que se vierten directamente sobre mí como judío son totalmente injustificadas. Por lo tanto, considero que las acciones hostiles provocadas por esas acusaciones, como el ostracismo social destructivo de los vínculos de amor y amistad o los brutales insultos, son una lamentable injusticia y una humillación. Y, puesto que, ni puedo ser ni soy un mártir [...] sólo me queda la lucha contra los representantes de ese movimiento” (MORGENTHAU, Hans J., “Fragment of an Intellectual Autobiography: 1904-1932”, en THOMPSON, Kenneth y MEYERS, Robert J., (eds.), *Truth and Tragedy... cit.*, pp. 1-17, pp. 1-2)

⁹⁴ MORGENTHAU, Hans J., “Fragment of an Intellectual Autobiography: 1904-1932”, en THOMPSON, Kenneth y MEYERS, Robert J., (eds.), *Truth and Tragedy... cit.*, p. 4

⁹⁵ Cfr. HIRSCH, Felix. E., “Hermann Oncken and the End of an Era”, en *The Journal of Modern History*, vol. 18, nº 2, 1946, pp. 148-159

estrictamente con la propia realidad de la vida⁹⁶. Esa idea se convertirá, como veremos [*infra*, 4.2.1], en fundamental para la teoría política que más tarde desarrollaría Morgenthau. Igualmente influyente en su formación sería el seminario sobre la filosofía política y social de Max Weber, autor en el que encontró “las cualidades intelectuales y morales que había buscado en vano en la literatura contemporánea”⁹⁷, y a quien llegó a considerar como una de sus principales referencias intelectuales [*infra*, 4.1.3.a].

De entre las materias propiamente jurídicas de la facultad, el derecho internacional fue prácticamente la única que le llamó la atención. En sus memorias Morgenthau destaca el curso impartido por el profesor Karl Neumeyer⁹⁸, que consistía en analizar de forma exhaustiva un manual de la asignatura, palabra por palabra, buscando inconsistencias y contradicciones lógicas. “No avanzamos más de veinte páginas — cuenta Morgenthau— pero aprendí a no dar por sentado nada de la llamada literatura académica”⁹⁹. Durante el curso que estuvo en Berlín (entre 1925 y 1926) también asistió a las clases de dos importantes juristas que ya por aquel momento mantenían duros enfrentamientos teóricos con Kelsen: Heinrich Triepel y Rudolf Smend¹⁰⁰.

Poco después de acabar el último examen de la carrera, y todavía sin una vocación demasiado definida, Morgenthau comenzó a realizar prácticas en los tribunales de Bavaria en marzo de 1927. Al poco tiempo, sin embargo, contrajo una tuberculosis que le obligó a guardar reposo durante unos meses y que le costó la amputación de un pulmón, circunstancia que marcaría su frágil salud para el resto de su vida¹⁰¹. Una vez recuperado, en mayo de 1928, se reincorporó a las prácticas en los tribunales,

⁹⁶ FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p. 121

⁹⁷ MORGENTHAU, Hans J., “Fragment of an Intellectual Autobiography...”, *cit.*, p. 7

⁹⁸ También de origen judío, Neumeyer fue el primer profesor con el que Morgenthau estableció una relación personal. Él y su esposa perdieron la vida tras ser expulsados de su casa por los nazis. Morgenthau escribió un obituario por él en 1941: MORGENTHAU, Hans J., “Professor Karl Neumeyer”, en *American Journal of International Law*, vol. 35, nº 4, 1941, p. 672

⁹⁹ MORGENTHAU, Hans J., “Fragment of an Intellectual Autobiography...”, *cit.*, p. 8

¹⁰⁰ *Vid.* FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p. 32

¹⁰¹ *Vid. Ibid.*, p. 34

pero esta vez en Frankfurt, donde permanecería por algo más de tres años. Allí, destinado en los tribunales de lo social, conoció al eminente jurista Hugo Sinzheimer, en cuyo despacho pronto comenzó a trabajar como pasante. Sinzheimer, además de abogado y profesor de derecho del trabajo en la Universidad de Frankfurt, era un conocido político socialista, que había sido diputado en la Asamblea Nacional Constituyente de Weimar. A su aportación se debían precisamente algunas de las previsiones más garantistas de la Constitución de 1919 en materia de derechos laborales y de negociación colectiva¹⁰².

Fue Sinzheimer quien introdujo a Morgenthau en el famoso *Institut für Sozialforschung*, el también llamado “Castillo rojo”, sede de la Escuela de Frankfurt¹⁰³. Allí tuvo la ocasión de entrar en contacto con algunos de sus miembros más prominentes, entre los que en aquel momento se encontraban figuras como Max Horkheimer, Theodor W. Adorno, Ernst Fromm, Herbert Marcuse, Franz Oppenheimer o Karl Mannheim. Entre sus compañeros se contaban en esta época intelectuales de la talla de Ernst Fraenkel o Franz Neumann, que más tarde se convertirían en notables representantes de la ciencia política de la segunda postguerra. Aunque Morgenthau había leído a Marx y reconocía su importante aportación a la sociología, nunca sintió afinidad con el marxismo¹⁰⁴; y pese a que en aquellos años participó con frecuencia en los seminarios del “Castillo rojo”, siempre se consideró un *outsider*¹⁰⁵. El contacto con la Escuela de Frankfurt, en cualquier caso, le proporcionó nuevas perspectivas teóricas y metodológicas que más tarde aplicaría a su trabajo.

¹⁰² Vid. PISARELLO, Gerardo, *Un largo termidor*, cit., p. 130

¹⁰³ Cfr. WIGGERSHAUS, Rolf, *La Escuela de Frankfurt*, Fondo de Cultura Económica, México, 2010. Para una perspectiva sobre los debates en torno al concepto y la función del derecho, cfr. SCHEUERMAN, William E., *Between the Norm and the Exception. The Frankfurt School and the Rule of Law*, The MIT Press, Massachusetts, 1994

¹⁰⁴ Una versión diferente ha sido ofrecida en: SCHEUERMAN, William E., “Realism and the Left: the case of Hans J. Morgenthau”, en *Review of International Studies*, 34, nº 1, 2008, pp. 29-51

¹⁰⁵ MORGENTHAU, Hans J., “Fragment of an Intellectual Autobiography...”, cit., p. 8

Mientras tanto, su experiencia como práctico con Sinzheimer, no acababa de satisfacer sus expectativas. La visión que tiene del funcionamiento de los tribunales ya en este momento inicial se proyectará también en el resto de su obra: “lo decisivo no eran los méritos de las diferentes interpretaciones jurídicas, sino la distribución del poder político. Muchos de los jueces eran apasionada y a veces abiertamente hostiles a la República y a los partidos políticos y a la estructura social que la soportaba”¹⁰⁶. Cuando en 1931 llega a ser magistrado suplente de lo laboral durante algún tiempo, le angustia tener que tomar decisiones en el estricto marco ofrecido por la ley, sin poder valorar las consecuencias que podrían tener sus decisiones para las familias de los trabajadores despedidos, o bien para las empresas que se veían obligadas a readmitirlos¹⁰⁷.

Este descrédito que le producen los tribunales y, en general, el mundo del derecho¹⁰⁸, le conduce a la decisión definitiva de intentar hacer una carrera académica. En su etapa de Múnich, supervisado por Neumeyer, ya había iniciado a trabajar en una tesis doctoral sobre los límites de la jurisdicción internacional, pero el proyecto inicial quedó suspendido por su enfermedad. En Frankfurt sería el reconocido internacionalista Karl Strupp, quien se encargara de retomar la dirección de su tesis, que fue leída con sorprendente rapidez, a finales de 1928, y publicada como monografía en 1929. El trabajo, que se tituló *Die internationale Rechtspflege, ihr Wesen und ihre Grenzen*¹⁰⁹ (*La función judicial en el ámbito internacional, su naturaleza y límites*) [*infra*, 5.2.1] tuvo una calurosa acogida por parte de la doctrina. Internacionalistas como Paul Guggenheim, Hersch Lauterpacht u Otfried Nippold

¹⁰⁶ MORGENTHAU, Hans J., “Fragment of an Intellectual Autobiography...”, *cit.*, pp. 9-10

¹⁰⁷ *Vid. Ibid.*, p. 12

¹⁰⁸ Ya en su diario, el 30 de septiembre de 1927 anotaba: “[el derecho] es un campo de conocimiento superficial y, por lo tanto, efímero como todos los demás aspectos del mundo de las apariencias. Cualquiera que se dedique a él estará sirviendo sólo a intereses pasajeros; y en consecuencia no alcanzará la gloria eterna a través de la jurisprudencia, ni podrá nunca tener un impacto mundial” (citado en FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p. 37)

¹⁰⁹ MORGENTHAU, Hans J., *Die internationale Rechtspflege, ihr Wesen und ihre Grenzen*, Robert Noske, Leipzig, 1929. Existe una traducción parcial al italiano en *Il concetto del politico. “Contra” Schmitt*, ed. a cargo de Alessandro Campi y Luigi Cimmino, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009

escribieron halagadoras reseñas¹¹⁰ que hacían presagiar un buen futuro académico. Encontrar un sitio estable en la universidad, sin embargo, iba a requerir todavía un arduo y largo camino.

Puesto que su tesis pretendía ser una réplica parcial a la primera edición de *El concepto de lo político* (1927) de Carl Schmitt, Morgenthau le envió un ejemplar de la publicación. Al contestarle Schmitt con una carta llena de alabanzas, Morgenthau decide pedirle una entrevista personal. Sin embargo su desilusión será total. Schmitt le recibe en su despacho de Berlín, pero le dispensa un trato tan frío y poco cordial que tras la entrevista pensó “acabo de conocer al hombre más malvado sobre la faz de la Tierra”¹¹¹. Ese mal recuerdo a buen seguro está reforzado por el hecho de que, según él, como consecuencia de la lectura de su tesis Schmitt introduciría el concepto de *intensidad* en la segunda edición de *El concepto de lo político* (1932), sin ni siquiera citarle¹¹². La relación entre las posiciones de Schmitt y Morgenthau, que ha sido abordada por numerosa doctrina¹¹³ y en la que se profundizará más adelante, resulta ambigua, pero en sus escritos autobiográficos Morgenthau ya lo dice con toda claridad: “era inevitable que yo estuviera influenciado —no obstante, temporal y negativamente— por Carl Schmitt [...]. Ningún pensador político alemán del periodo de entreguerras se encontraba dotado de tanta habilidad intelectual, pero también es dudoso que alguien le superara en su carencia de principios y en su servilismo a los jefes nazis”¹¹⁴.

Mientras que prosigue con la práctica en los tribunales, comienza a preparar su habilitación y entra entonces en contacto con el profesor de filosofía del derecho

¹¹⁰ FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p.40

¹¹¹ MORGENTHAU, Hans J., “Fragment of an Intellectual Autobiography...”, *cit.*, p. 16

¹¹² Cabe relativizar, junto con Scheuerman, las veladas acusaciones de plagio lanzadas por Schmitt, dado que ciertamente el particular estilo literario de Schmitt le hacía omitir numerosas citas (*vid.* SCHEUERMAN, William E., *Carl Schmitt. The End of Law*, Rowman & Littlefield, Lanham, 1999, p. 225 y ss.).

¹¹³ *Vid. Infra* nota 3, Parte III

¹¹⁴ MORGENTHAU, Hans J., “Fragment of an Intellectual Autobiography...”, *cit.*, p. 15

Arthur Baumgarten¹¹⁵, de quien se convierte en asistente en la Universidad de Frankfurt. En verano de 1931 la situación se complica. Se acaban sus prácticas en los tribunales y su ayudantía en la universidad no se puede renovar. Su padre se niega a apoyarle financieramente y sobrevive sólo gracias a lo que le presta su prometida, Irma Thormann¹¹⁶. A pesar del apoyo de sus valedores, Sinzheimer y Baumgarten, la Universidad no concede la *venia legendi* a Morgenthau, quien lo atribuye a que el nazismo y el antisemitismo eran ya notoriamente influyentes también en Frankfurt¹¹⁷. Su biógrafo matiza que, siendo innegable el creciente sentimiento antisemita, también hay que tener en cuenta la catastrófica situación financiera de la época: “lo cierto es que las perspectivas para una generación entera de académicos en las universidades alemanas se había deteriorado seriamente a finales de los veinte”¹¹⁸.

Sea como fuere, la cuestión era que la situación de Morgenthau se volvía cada vez más precaria y todas las puertas de la universidad alemana parecían estar cerradas para él. Con este panorama, Baumgarten tiene conocimiento de una oferta abierta en la Facultad de Derecho de Ginebra y Morgenthau decide no dejar pasar la oportunidad. En febrero de 1932, a sus veintiocho años, deja Alemania pensando que se trataría de una ausencia temporal, pero los ecos de Weimar quedarían muy atrás.

1.2. Ginebra. Un destino común

La Ginebra de principios de los años treinta era un lugar de oportunidades y de acogida. Las sedes de la Sociedad de Naciones y de la Organización Internacional

¹¹⁵ Arthur Baumgarten (1884-1966), tras regresar de su exilio en Suiza durante el régimen nazi, se convirtió uno de los principales teóricos marxistas del derecho de la República Democrática Alemana.

¹¹⁶ Vid. FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p. 42

¹¹⁷ Vid. MORGENTHAU, Hans J., “Bernard Johnson’s Interview...”, *cit.*, p. 352

¹¹⁸ FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p. 42

del Trabajo ejercían como polo de atracción para multitud de juristas de toda Europa. Y teniendo en cuenta el cariz que estaban adquiriendo los acontecimientos en Alemania, con una escalada de odio y violencia sin precedentes, no es de extrañar que los dos protagonistas de esta historia hubieran de confluír en esa ciudad.

Posiblemente ninguna obra como la *Bella del Señor* de Albert Cohen¹¹⁹ para hacernos una idea de la Ginebra de aquellos años, en la que una decadente aristocracia se entremezclaba con los burócratas de las instituciones internacionales y con diplomáticos venidos de todo el mundo. Los funcionarios del *Palais de Nations* estaban más preocupados por el traje que lucirían en la próxima cena de gala que por resolver los serios asuntos que amenazaban la paz y la seguridad mundial. Desde las tranquilas orillas del lago Lemán la amenaza del totalitarismo probablemente parecía quedar más lejos de lo que en realidad se encontraba.

1.2.1. Morgenthau llega a Ginebra

Morgenthau llegó a Ginebra con el objetivo de adquirir una primera experiencia docente y de habilitarse como profesor. Pero, al contrario de lo que esperaba, ni una cosa ni la otra resultarían sencillas. Recuerda los tres años pasados en la capital suiza como un tiempo duro¹²⁰. La universidad no le autorizó para dar clases más que de forma muy limitada y restringida a ciertas materias “por carecer de las suficientes herramientas pedagógicas”¹²¹. Ello podía deberse a su poco fluido francés, pero también a la presencia de algunos profesores de ideología nazi que trataban de frenar su carrera académica. Humillado, llegó a interponer dos denuncias ante el decano de la facultad y el rector, aunque sin demasiado éxito. Sólo obtuvo la completa libertad académica en 1935, cuando ya había abandonado el país¹²².

¹¹⁹ COHEN, Albert, *Bella del Señor*, Anagrama, Barcelona, 2011 [1968]

¹²⁰ Vid. MORGENTHAU, Hans J., “Bernard Johnson’s Interview...”, *cit.*, p. 353

¹²¹ FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p. 44

¹²² *Ibid.*, p. 45

Pese a las dificultades, comienza a ejercer pronto como *Privatdozent*. Mientras tanto, en marzo de 1933 sus padres serían expulsados de su ciudad natal¹²³. Si hacemos caso al sentimiento de *post res perditas*, que según Portinaro caracterizaría el pesimismo de los autores realistas¹²⁴, esta circunstancia —el triunfo de la barbarie nazi, que conseguía expulsar a su familia de su propio país— tendría que ver con el pesimismo que mostrará en su trabajo de habilitación respecto de las potencialidades del derecho internacional. El moderado optimismo que podía reflejar su tesis doctoral —una versión de la cual había traducido al francés y publicado ese mismo año¹²⁵— desaparecería por completo en su tesis de habilitación. En ella, tomando como principal referencia la teoría normativa de Kelsen, se dedicaría a criticar la insuficiencia del derecho internacional por la ineffectividad de sus sanciones y propondría un enfoque que superase los límites del positivismo con el fin de llegar a comprender la realidad política y social del ámbito internacional [*infra*, 4.2.3.b].

En noviembre de 1933 la comisión evaluadora no le concede la habilitación por el trabajo en el que tanto se había esforzado. Ante ello Morgenthau no se queda de brazos cruzados y, convencido de la valía de su trabajo, solicita una segunda evaluación por otra comisión. Llama la atención que uno de los miembros de esa primera comisión es Paul Guggenheim, quien había publicado una de las elogiosas reseñas sobre su tesis, y al que conocía personalmente desde 1929. Guggenheim fue, de hecho, una de las principales amistades de Morgenthau a su llegada a Ginebra. Por eso éste se siente traicionado por la durísima y poco fundamentada evaluación de su hasta entonces amigo¹²⁶. Y más, porque Morgenthau pensaba que el auténtico motivo que llevaba a Guggenheim a actuar de esa forma no era una ninguna diferencia doctrinal, sino más bien el puro temor de verse sobrepasado por la mayor

¹²³ Encontrarían refugio en Italia, para más tarde partir hacia Nueva York en 1939 (FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p. 50)

¹²⁴ *Vid.* PORTINARO, Pier Paolo, *Il realismo politico*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 21

¹²⁵ MORGENTHAU Hans, J., *La notion du "politique" et la théorie des différends internationaux*, Recueil Sirey, París, 1933

¹²⁶ FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, pp. 46-47

proyección académica de su joven colega. De esta manera lo cuenta: “él tenía miedo de mi competencia. Así que me dijo «no deberías dedicarte al derecho internacional ni a las relaciones internacionales. Deberías dedicarte a la tributación internacional» [...] había un auténtico complot para acabar con mi carrera académica y aquel texto mío fue rechazado como carente de valor”¹²⁷.

Para presionar al decanato a convocar otra comisión, Morgenthau decide enviar una copia de su trabajo al prestigioso editor parisino Félix Alcan, que acepta publicárselo sin mayores problemas¹²⁸. A la vista de ello, la facultad accede por fin a que el trabajo vuelva a ser revisado. Pero esta vez la comisión estaría presidida por un miembro de excepción: el mismísimo Hans Kelsen, que acababa de llegar a Ginebra desde Colonia.

1.2.2. Kelsen llega a Ginebra

La posición académica absolutamente consolidada de Kelsen hizo que su llegada a Ginebra fuera mucho más sencilla que la de Morgenthau. Tras un breve paso por Viena sin que la universidad vienense le restituyera en su antiguo cargo, Kelsen había aceptado la oferta formulada por el *Institut Universitaire De Hautes Études Internationales* de Ginebra en otoño de 1933¹²⁹. Allí las condiciones también le parecieron óptimas para su trabajo, pues el hecho de tener que impartir únicamente dos lecciones y un seminario a la semana le permitían dedicar mucho tiempo a su actividad investigadora. A pesar de ello, en su autobiografía reconoce que hubo de realizar esfuerzos considerables para ser capaz de dictar clases en francés y confiesa

¹²⁷ MORGENTHAU, Hans J., “Bernard Johnson’s Interview...”, *cit.*, p. 353. En una carta a Karl Strupp fechada a 29 de diciembre de 1933 da más detalles: “él no puede soportar el hecho de que yo haya sido más citado que él en los últimos meses (Barandon, Lauterpacht); y ahora no dejará de intentar desacreditarme como académico” (citada en FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p. 47)

¹²⁸ MORGENTHAU, Hans J., *La réalité des normes. En particulier des normes du droit international*, Alcan, París, 1934

¹²⁹ *Vid.* LADAVAC, Nicoletta B., *Hans Kelsen à Genève. 1933-1940*, Thémis, Ginebra, 1996, p. 13

que al principio debía repetir algunas veces las lecciones antes de impartirlas en público¹³⁰. Pronto se estableció también un seminario privado en torno a Kelsen por el que pasarían algunas figuras que más tarde destacarían en el mundo académico, como John H. Herz, que tras emigrar a Estados Unidos se convertiría, junto con Morgenthau o Carr, en una de las principales referencias del realismo político clásico.

En Ginebra Kelsen escribió la que se considera su obra más importante, o, cuanto menos, la más conocida, la *Reine Rechtslehre* (1934)¹³¹ [en adelante, *TPD*]. En ella se recopilan con precisión y sencillez los principales puntos de su teoría pura del derecho. Por ese motivo Kelsen estaba especialmente interesado en difundirla por Europa lo antes posible¹³², ante la perspectiva de una huida apresurada por las cada vez más tensas relaciones políticas del continente. Esta circunstancia quizá sea la que estimuló al profesor de Praga para desarrollar una sólida teoría del derecho internacional encaminada a crear las condiciones normativas para una convivencia pacífica entre las naciones. De la etapa ginebrina son originarios importantes trabajos sobre el derecho internacional, como *Die Technik des Völkerrechts und die*

¹³⁰ *Vid.* KELSEN, Hans, *Autobiografía*, *cit.*, p. 155

¹³¹ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, estudio introductorio de Carlos Cossio, trad. de Jorge G. Tejerina, Losada, Buenos Aires, 1941 [1934]. Recientemente esta obra, que se encontraba fuera de catálogo desde hace décadas, ha sido afortunadamente reeditada en castellano a cargo de Gregorio Robles Morchón, Trotta, Madrid, 2011. Para un interesante estudio sobre las diferentes versiones de la *teoría pura*, *vid.* LOSANO, Mario, G., *Forma e realtà in Kelsen*, Edizioni di Comunità, Milán, 1981, pp. 42 y ss; también Id., “Il testo fondamentale della dottrina pura del diritto”, en LADAVAC, Nicoletta B. (ed.), *Con essatezza kelseniana. Precisazioni sulla dottrina pura del diritto nelle lettere di Kelsen a Losano*, Giuffrè, Milán, 2003, pp. 3-31

¹³² Esta urgencia se ve reflejada con claridad en el carteo entre Kelsen y Giorgio del Vecchio recogido por Losano. Ante el requisito impuesto por Del Vecchio de que lo publicado en su revista (*Rivista internazionale di filosofia del diritto*) no debía aparecer en ninguna otra publicación en el plazo de un año, Kelsen realizaba la siguiente petición: “Me complace mucho que esté usted dispuesto a aceptar mi artículo sobre *Método y conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*. No obstante le ruego vivamente, al menos por esta ocasión, que permita que el ensayo sea publicado en otros idiomas. No me atrevería a dirigirle esta petición si no lo exigiera con urgencia mi actual situación”, Carta de Kelsen a Del Vecchio, Viena, 1 de junio de 1933, citada en LOSANO, Mario G., “Presenze italiane in Kelsen”, *cit.*, p. 36

Organisation des Friedens (1934)¹³³, *Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter* (1934)¹³⁴, *The Legal Process and International Order* (1935)¹³⁵, *Contribution à la théorie du traité international*, (1936)¹³⁶, *La transformation du droit international en droit interne* (1936)¹³⁷, *De la séparation du Pacte de la Société des Nations et des traités de paix* (1938)¹³⁸, *Zur Lehre vom Primat des Völkerrechts* (1938)¹³⁹, *Legal Technique in International Law. A textual critique of the League Covenant* (1939)¹⁴⁰, *Théorie du droit international coutumier* (1939)¹⁴¹, o *La Théorie Juridique de la Convention* (1940)¹⁴².

En reconocimiento a lo que ya se podía considerar una extensísima obra —a la que aún le quedaba mucho por crecer—, estando en Ginebra Kelsen es distinguido doctor

¹³³ Este texto recoge el contenido de su lección inaugural en *Institut Universitaire De Hautes Études Internationales*. Trad. francesa: “La technique du droit international et l’organisation de la paix”, en *Revue de Droit international et de Législation comparée*, nº 61, 1934, pp. 5-24; recogido en KELSEN, Hans, *Ecrits français de droit international*, ed. a cargo de Charles Leben, Presses Universitaires de France, París, 2001, pp. 251-267. Existe también una traducción española a cargo de Luis Legaz: “La técnica del Derecho Internacional y la organización de la paz”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1935, pp. 769-789

¹³⁴ Trad. francesa: “Traité internationaux à la charge d’États tiers”, en *Mélanges offerts à Ernest Mahaim*, t.2, Liège, Recueil Sirey, París, 1935, pp. 164-172; recogido en KELSEN, Hans, *Ecrits français de droit international... cit.*, pp. 165-172

¹³⁵ KELSEN, Hans, *The Legal Process and International Order*, Constable and Co., Londres, 1935

¹³⁶ KELSEN, Hans, “Contribution à la théorie du traité international”, en *Internationale Zeitschrift für die Theorie des Rechts, Revue internationale de la théorie du droit*, 1936, pp. 253-292; recogido en KELSEN, Hans, *Ecrits français de droit international... cit.*, pp. 121-165

¹³⁷ KELSEN, Hans, “La transformation du droit international en droit interne”, en *Revue Générale de Droit International Public*, nº 43, 1936, pp. 5-49; recogido en KELSEN, Hans, *Ecrits français de droit international... cit.*, pp. 175-214

¹³⁸ KELSEN, Hans, “De la séparation du Pacte de la Société des Nations et des traités de paix”, en *La Crise Mondiale. Collection d’études publiée à l’occasion du Dixième Anniversaire de l’Institut Universitaire de Hautes Études Internationales par ses professeurs*, Éditions Polygraphiques, Zürich, 1938. VIII, pp. 143-173; recogido en KELSEN, Hans, *Ecrits français de droit international... cit.*, pp. 221-240

¹³⁹ Trad. francesa: “À propos de la théorie de la primauté du droit international”, en *Revue Générale de Droit International Public*, nº 45, 1938, pp. 504-506; recogido en KELSEN, Hans, *Ecrits français de droit international... cit.*, pp. 215-217

¹⁴⁰ KELSEN, Hans, *Legal Technique in International Law: a Textual Critique of the League Covenant*, Geneva Research Centre, Ginebra, 1939

¹⁴¹ KELSEN, Hans, “Théorie du droit international coutumier”, en *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. X, 1939, pp. 253-274; recogido en KELSEN, Hans, *Ecrits français de droit international... cit.*, pp. 61-84

¹⁴² KELSEN, Hans, “La Théorie Juridique de la Convention”, en *Archives de la Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, París, 1940, pp. 33-70; recogido en KELSEN, Hans, *Ecrits français de droit international... cit.*, pp. 85-120

honoris causa por las universidades de Harvard y Utrech¹⁴³. También llega a sonar su nombre como candidato a ocupar el puesto de juez que quedó vacante en 1935 por la muerte de Walter Schücking en la Corte Permanente de Justicia Internacional, de La Haya. La falta de una adecuada solicitud por parte de algún estado miembro, sin embargo frustró esa posibilidad¹⁴⁴. Visto con perspectiva, resulta legítimo preguntarse si un Kelsen magistrado hubiera sido capaz de fortalecer la Corte y, con ella, cambiar en alguna medida el rumbo de la Sociedad de Naciones en el sentido apuntado en sus escritos teóricos.

En el exilio ginebrino surge además la especial relación con Umberto Campagnolo¹⁴⁵, su único discípulo italiano, que consiguió doctorarse en el *Institut Universitarie De Hautes Études Internationales* a pesar de las explícitas controversias teóricas con su maestro. Campagnolo no sólo no compartía ninguna de las tesis kelsenianas respecto del derecho internacional, sino que ni siquiera aceptaba la existencia misma del derecho internacional. Para el joven filósofo de Padua el derecho internacional no consistiría más que en las relaciones que los estados mantenían entre sí y, por lo tanto, la solución al grave problema de la paz debía buscarse no en la mejora técnica del derecho internacional como sostenía Kelsen, sino más bien en el desarrollo del propio estado¹⁴⁶, que debería ir expandiéndose progresivamente a través del método federalista hasta llegar al estado mundial.

¹⁴³ Vid. KELSEN, Hans, *Autobiografía*, cit., p. 160

¹⁴⁴ Vid. MÉTALL, Rudolf A., *Hans Kelsen, obra y vida*, cit., p. 83

¹⁴⁵ Mario G. Losano se ha ocupado con especial profundidad de tal relación en una trilogía compuesta por las siguientes obras: 1) KELSEN, Hans, y CAMPAGNOLO, Umberto, *Diritto internazionale e Stato sovrano*, cit.; 2) CAMPAGNOLO, Umberto, *Verso una costituzione federale per l'Europa. Una proposta inedita del 1943*, ed. a cargo de Mario G. Losano, Giuffrè, Milán, 2003; y 3) CAMPAGNOLO, Umberto, *Conversazioni con Hans Kelsen: documenti dell'esilio ginevrino 1933-1940*, ed. a cargo de Mario G. Losano, Giuffrè, Milán, 2010. Sobre la trilogía, vid. "La trilogía su Umberto Campagnolo (1907-1976): Kelsen, il federalismo, la «guerra giusta» e la guerra europea", en *Memorie 35-36 (2011-2012) della Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche*, vol. 145, 2011, pp. 45-59 [Debo al profesor Losano la cortesía de compartir este escrito conmigo antes de su publicación].

¹⁴⁶ Esta postura se refleja ya perfectamente en el título del libro que se derivó de su tesis doctoral: vid. CAMPAGNOLO, Umberto, *Nations et droit. Le développement du droit international entendu comme développement de l'État*, Alcan, París, 1938

El espíritu *concordia discors*¹⁴⁷ que marcó la relación que mantuvieron Kelsen y Campagnolo en Ginebra es sin duda una de las mejores pruebas del talante comprensivo de Kelsen. “El valor intelectual es necesario dentro de la ciencia, como el valor moral lo es dentro de la vida y de la acción”¹⁴⁸, afirma en su curso de verano de 1926 en La Haya; y esa máxima parece ser la que aplica, no dejando que los conflictos personales o las diferencias políticas afecten a la vida académica. Además del caso de Campagnolo, se pueden citar, al menos, cinco ejemplos más de su extraordinario talante: 1) la intervención a favor de la habilitación del marxista Max Adler en la Universidad de Viena a pesar de sus claras diferencias ideológicas¹⁴⁹; 2) la recomendación de Fritz Sander para la Universidad Alemana de Praga, aun después de las graves acusaciones de plagio que éste había formulado contra su propio maestro¹⁵⁰ y que posteriormente se demostraron falsas¹⁵¹; y 3) la cordialidad¹⁵² que mantuvo hacia Carl Schmitt, aun cuando éste no intercedió por él ante su destitución de la Universidad de Colonia en 1933, teniendo en cuenta que fue

¹⁴⁷ La expresión es de Norberto Bobbio: “Nazioni e diritto: Umberto Campagnolo allievo e critico di Hans Kelsen”, en KELSEN, Hans, y CAMPAGNOLO, Umberto, *Diritto internazionale e Stato sovrano*, cit., pp. 81-98

¹⁴⁸ KELSEN, Hans, *Les rapports de système... cit.*, pp. 275-276

¹⁴⁹ Kelsen lo narra con estas palabras en su autobiografía: “Mi actitud en otro asunto personal, que me valió hacerme a muchos enemigos, fue la habilitación del doctor Max Adler. Él era, junto a Otto Bauer, el escritor líder entre los marxistas austriacos. A pesar de que yo no coincidía completamente con su concepción básica y había realizado con él una muy viva polémica en la cuestión de la teoría del estado —Adler había atacado severamente mi escrito *Socialismo y Estado* [1926], y yo le había replicado de manera menos mordaz— intervine muy enérgicamente a favor de su habilitación, pues sus trabajos estaban en un notable nivel científico” (KELSEN, Hans, *Autobiografía*, cit., pp. 122-123)

¹⁵⁰ “Por encontrarse libre una plaza de profesor para teoría del estado en la Universidad Alemana de Praga, se me solicitó un dictamen sobre Sander. A pesar de todo lo que había ocurrido entre nosotros el dictamen fue concedido a su favor y él recibió en vista de ello la cátedra. Esto no le impidió encontrarse entre quienes combatieron en la facultad jurídica de Praga mi convocación a esa Universidad, luego de mi destitución en 1933 de la Universidad de Colonia” (*Ibid.*, p. 127)

¹⁵¹ Kelsen llega a afirmar que Sander padecía de un *complejo de Edipo no resuelto*. Las relaciones personales entre Freud y Kelsen y, sobre todo, la influencia que la teoría del psicoanálisis freudiano ha tenido en la obra kelseniana han sido abordados por Jabloner en JABLONER, Clemens, “Kelsen and his Circle: The Viennese Years”, cit., pp. 382 y ss.

¹⁵² Prueba de esa cordialidad es que Kelsen ignora esta sangrante circunstancia en su autobiografía. Conocemos de ella por la biografía de Métall y por los trabajos de Losano. Igualmente, entre otros, La Torre recoge esta desigual animadversión: “dos grandes, influyentes iuspublicistas y teóricos del Derecho, adversarios el uno contra el otro; si bien con mayor agresividad en la obra de Schmitt que en la de Kelsen. El primero es en algunos pasajes violento en la crítica al otro; el segundo le responde con una actitud olímpica y bastante distante” (LA TORRE, Massimo, *La crisi del novecento... cit.* p. 274)

Kelsen quien propuso (pese a las ya claras diferencias existentes entre ambos) el nombre de Schmitt para ocupar la plaza como docente de derecho político que quedó vacante en Colonia tras el fallecimiento de su amigo Fritz Stier-Somlo¹⁵³; 4) la colaboración editorial con Arnaldo Volpicelli, a pesar de sus profundas diferencias políticas¹⁵⁴; y 5) la actitud que mantuvo hacia el propio Morgenthau en su tribunal de habilitación, que veremos con algún detalle en el siguiente apartado.

Antes, merece una mención aparte el episodio de Kelsen como profesor —también de derecho internacional— en la Universidad Alemana de Praga a partir de 1936. El propósito era compatibilizar la docencia en Ginebra con la de Praga, enseñando un semestre en cada universidad. Sin embargo, la estancia en su ciudad natal se produjo en una época de fortísimas tensiones, durante la cual Kelsen se vio constantemente intimidado y amenazado por los estudiantes nacionalsocialistas¹⁵⁵, que incluso llegaron a planear un atentado frustrado contra él¹⁵⁶. Sólo el empeño personal del presidente checoslovaco Benes hizo viable la docencia de Kelsen en Praga. Pero poco tiempo después la toma por parte de Hitler del territorio checo, en marzo de 1939, haría imposible el regreso a su ciudad natal. La ineficacia demostrada por la

¹⁵³ Vid. MÉTALL, Rudolf A., *Hans Kelsen, obra y vida, cit.*, p. 78

¹⁵⁴ Vid. LOSANO, Mario G., *Tra democrazia in crisi e corporativismo in ascesa: Il primo libro italiano di Hans Kelsen*, Arango, Turín, 2012, pp. 41 y ss. Este libro constituye un prefacio separado al volumen KELSEN, Hans y VOLPICELLI, Arnaldo, *Parlamentarismo, democracia e corporativismo (1930)*, ed. a cargo de Mario G. Losano, Arango, Turín, 2012

¹⁵⁵ Resulta impresionante leer la crónica que Métall hace de la primera clase que Kelsen imparte en Praga: “A las once de la mañana y en presencia del decano inició Kelsen su clase ante un auditorio compuesto en su mayoría de estudiantes nazistas, los mismos que minutos antes habían participado en las protestas y en las golpizas. A la mayoría de los alumnos inscritos en el curso se les había impedido entrar en el salón o se les había sacado por la fuerza. En contra de la costumbre académica, los estudiantes nazistas presentes se negaron a levantarse de sus asientos cuando Kelsen hizo su entrada. Kelsen dio comienzo a su curso con estas palabras: «Permítanme ustedes, señoras y señores, iniciar mi clase sobre derecho internacional con algunas palabras fundamentales». Sin embargo, fue inmediatamente interrumpido por un grito proveniente de las últimas bancas: «abandonen todos el salón, que sólo queden en él los judíos y los comunistas». Acto seguido los estudiantes nazistas salieron del auditorio, apostándose en los pasillos, de tal manera que impidieron la entrada de otras personas a la clase. Kelsen intentó continuar su clase ante el puñado de estudiantes que permanecían en el salón, empero, aun estos fueron expulsados violentamente de la sala por los estudiantes nazistas. Al abandonar Kelsen el edificio fue recibido por gritos y silbidos de los manifestantes” (MÉTALL, Rudolf A., *Hans Kelsen, obra y vida, cit.*, p. 88)

¹⁵⁶ Vid. KELSEN, Hans, *Autobiografía, cit.*, p. 164. También MÉTALL, Rudolf A., *Hans Kelsen, obra y vida, cit.*, pp. 88-89

Sociedad de Naciones para contener el avance del nacionalsocialismo en Europa es sin duda otro de los factores históricos que determinarán la visión kelseniana de las relaciones internacionales y de la teoría del derecho internacional.

Convencido de que las tensiones vividas en Alemania y Checoslovaquia se extenderían por toda Europa, Kelsen consideró —luego se vio que equivocadamente— improbable que Suiza pudiera mantenerse como un país neutral ante una posible guerra¹⁵⁷. Decidió entonces que debía huir de Europa, y el destino escogido para su tercer exilio sería Estados Unidos.

1.2.3. La habilitación de Morgenthau ante Kelsen

La llegada de Kelsen a Ginebra significó para Morgenthau un balón de oxígeno. Fue el propio Morgenthau el que solicitó a la facultad que el profesor austriaco se incorporara a la comisión que volvería a evaluar su trabajo de habilitación. No sólo por su enorme prestigio, sino también porque el trabajo se centraba precisamente en su teoría pura del derecho, Kelsen contaba con un voto de calidad en tanto que máxima autoridad. Y su dictamen cumplió las expectativas del joven aspirante:

“[El trabajo] habla bien de la seriedad y el vigor de los esfuerzos académicos del señor Morgenthau, que aborda el que quizá sea el problema más difícil de la teoría de las normas. Ha abordado este problema no solamente con un amplio conocimiento de la vasta literatura, no sólo con una profunda mirada respecto de las muchas cuestiones relacionadas, sino también con una gran independencia y con ideas que resultan realmente originales. Este estudio demuestra que el señor Morgenthau es una de las

¹⁵⁷ Ello pese a la declaración de mayo de 1938 en la que la Sociedad de Naciones reconoció expresamente la *neutralidad integral* de Suiza (vid MORGENTHAU, Hans J., “The end of Switzerland’s *differential* neutrality”, en *American Journal of International Law*, vol. 32, 1938, pp. 558-562).

escasas mentes que tienen algo importante que aportar a una ciencia exacta del derecho”¹⁵⁸.

La opinión era inapelable y la comisión no pudo hacer más que conceder la habilitación a Morgenthau. Rudolf A. Métall, biógrafo de Kelsen, también recoge el episodio: “contribuyó decisivamente para la habilitación de Hans Morgenthau, más tarde profesor en Chicago”¹⁵⁹. “Si no hubiera sido por Kelsen —reconoce Morgenthau—, mi carrera académica probablemente hubiera tenido un final prematuro”¹⁶⁰. El de Coburg guardaría una deuda de gratitud con Kelsen para toda la vida, como atestigua la correspondencia entre ambos, que se extendió entre 1934 y 1971, donde, como veremos, es patente la consideración de Morgenthau hacia el viejo profesor.

La ayuda de Kelsen, sin embargo, no sería suficiente para resolver todos los problemas del joven Morgenthau. En la universidad ginebrina no encontraba ninguna plaza que le permitiera vivir, y la vuelta a casa era ya imposible. Sus maestros también se verían forzados a huir de Alemania: Sinzheimer se trasladó a Amsterdam, donde fue hecho prisionero en un campo de concentración durante unos meses; Strupp se marchó a Estambul, y Baumgarten a Suiza. En el otoño de 1933, además, Morgenthau perdería definitivamente su puesto en la Corte del Trabajo de Frankfurt junto con sus derechos de jubilación¹⁶¹. Era el momento, pues, de recurrir a las múltiples organizaciones internacionales que se dedicaban a ayudar a los profesionales judíos exiliados¹⁶². No obstante, el hecho de que Morgenthau abandonara Alemania en 1932, sin ser directamente expulsado o privado de su posición académica —que nunca había llegado a tener— complicaba enormemente

¹⁵⁸ Fragmento del dictamen de Hans Kelsen, fechado a 15 de febrero de 1934, HJM-B65 (citado en FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p. 48)

¹⁵⁹ MÉTALL, Rudolf A., *Hans Kelsen, obra y vida, cit.*, p. 81

¹⁶⁰ MORGENTHAU, Hans J., “Bernard Johnson’s Interview...”, *cit.*, p. 354

¹⁶¹ *Vid.* FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p. 49

¹⁶² Algunas de las más conocidas eran la Fundación Rockefeller de Nueva York, el Consejo de Asistencia Académica de Londres o el Comité Judío Internacional de Amsterdam.

las cosas. Aún así, Morgenthau moviliza a todos los amigos y maestros que conoce para pedirles alguna carta de recomendación, entre ellos Kelsen, cuya carta es la primera de las que figuran en la carpeta con la correspondencia entre Morgenthau y Kelsen que se conserva en la *Library of the Congress* de Washington D.C.¹⁶³.

Por fin, a través del *Comité de Emergencia para Académicos Extranjeros Desplazados*¹⁶⁴, quién sabe si por la impresión que causó la carta de Kelsen, Morgenthau recibió una oferta para enseñar en el Instituto de Estudios Internacionales y Económicos de Madrid. Se trataba de un contrato por un año para ocupar el lugar que dejaba libre Leo Gross¹⁶⁵, uno de los discípulos de Kelsen en Viena. Morgenthau llegó al Madrid de la II República en la primavera de 1935¹⁶⁶. El Instituto de Estudios Internacionales y Económicos, que acogió a figuras de la talla de Hermann Heller¹⁶⁷, era una de las instituciones a través de las cuales la joven república trataba de regenerar la vida cultural del país. Allí Morgenthau vivió un corto periodo de felicidad, donde pudo contraer matrimonio y estabilizarse laboralmente como profesor de derecho internacional. A sus cursos asistía el por entonces joven estudiante Antonio Truyol y Serra, gracias a cuyos apuntes tenemos una buena referencia de la orientación que por aquel momento Morgenthau daba a la

¹⁶³ Carta de Hans Kelsen, fechada a 15 de febrero de 1934, HJM-B33/6. Nótese que la carta tiene la misma fecha que el dictamen que evaluó el escrito de habilitación de Morgenthau.

¹⁶⁴ Este Comité fue creado por el Instituto Internacional de Educación y puede encontrarse información sobre él en su página web: <http://www.iie.org/Who-We-Are/History> [fecha de consulta: 11 de agosto 2013]

¹⁶⁵ Vid. FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p. 53

¹⁶⁶ Pueden verse más detalles del paso de Morgenthau por España en: GARCÍA SAEZ, Jose Antonio, “A propósito del paso de Hans J. Morgenthau por España: *Positivismo mal entendido y teoría realista del derecho internacional*”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 30, 2014 [en prensa]

¹⁶⁷ Heller perdería la vida por un infarto dando clase en el propio Instituto. Sobre el paso de Heller por España, *cfr.* LÓPEZ PINA, Antonio, “Hermann Heller y España”, en HELLER, Hermann, *Escritos políticos*, Alianza, Madrid, 1985, pp. 335-382; también, MARTÍN, Sebastián, “Los fundamentos sociales, políticos y jurídicos del *Rechtsstaat*. Una relectura de Hermann Heller (1891-1933)”, en *Res Publica*, nº 25, 2011, pp. 151-175

enseñanza del derecho internacional¹⁶⁸. Tal orientación, que apuntaba hacia una *teoría realista del derecho internacional* [*infra*, 4.2.3.c], se refleja en el único artículo que Morgenthau publicó en nuestro país: “*Positivism mal compris et théorie réaliste du droit international*” (1936)¹⁶⁹.

En verano de 1936 su contrato en el Instituto es renovado por tres años y, feliz, escribe desde España a Kelsen “estoy verdaderamente satisfecho en todos los aspectos con mi posición en el Instituto”¹⁷⁰. En esa misma carta, no obstante, ya advertía preocupación por la cada vez más inestable situación política. Como vivió de primera mano en Weimar, el auge del fascismo ponía en riesgo la viabilidad de una joven república con vocación social. El 18 de julio, cuando se produjo el alzamiento militar que hizo estallar la Guerra Civil, Morgenthau se acababa de marchar de viaje a Italia para visitar a sus padres aprovechando el receso estival. Al igual que cuando salió de su Alemania natal, no imaginaba que sería ya imposible regresar a España, donde quedaron todas sus pertenencias, que no recuperaría hasta una vez pasada la guerra. Comenzó entonces un periplo de un año entero por Europa. Tras pasar errantes por París¹⁷¹, Ginebra¹⁷², Amsterdam o La Haya, el 17 de julio de

¹⁶⁸ Truyol destaca que “el concepto de derecho internacional público de Morgenthau en este curso era, a mi juicio, próximo al de Kelsen y, más todavía al de Scelle [...] como Kelsen, ve el criterio del carácter internacional de una norma jurídica en la índole de la sanción, en la medida en que el ámbito de su eficacia no se limita al territorio de un sólo estado” (TRUYOL y SERRA, Antonio, “Presentación”, en MORGENTHAU, Hans J., *Escritos sobre política internacional*, ed. y trad. de Esther Barbé, Tecnos, Madrid, 1990, pp. IX-XVIII, p. XIII).

¹⁶⁹ MORGENTHAU, Hans J., “Positivism mal compris et théorie réaliste du droit international”, en *Colección de Estudios históricos, jurídicos, pedagógicos y literarios ofrecidos a D. Rafael Altamira y Crevea*, Bernejo, Madrid, 1936, pp. 446-465

¹⁷⁰ Citado por FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p. 55 (esta carta no se encuentra junto con el resto de la correspondencia del archivo consultado)

¹⁷¹ En París intentó obtener sin éxito la ayuda del renombrado internacionalista Georges Scelle, a quien conocía de sus años en Ginebra (*vid.* MORGENTHAU, Hans J., “Bernard Johnson’s Interview...”, *cit.*, p. 364)

¹⁷² Fechada el 28 de marzo de 1937 en Ginebra, existe una segunda carta de recomendación de Kelsen: “El señor doctor Hans Morgenthau fue docente en la facultad de derecho de la Universidad de Ginebra, así como en el Instituto de Estudios Internacionales y Económicos de Madrid. Como resultado de las tensiones políticas se ha visto a dejado a dejar esta posición y, por lo tanto, a buscar una nueva base para su existencia. Conozco al señor Morgenthau desde hace años como un excelente estudioso. Trabaja no sólo en el ámbito jurídico, sino también sociológico y filosófico; y podría desempeñar cualquier posición como docente o en un instituto de investigación. Si lo solicitan, estoy dispuesto a proporcionar cualquier información adicional”. HJM-33/6

1937 Morgenthau y su mujer Irma embarcaron en el puerto de Amberes en el SS *Königstein*, el barco que les llevaría al continente americano para empezar una nueva vida.

1.3. Estados Unidos. Dos destinos desiguales

No nos gusta que nos llamen refugiados, decía Hannah Arendt: “es verdad que hemos tenido que buscar refugio; pero nunca cometimos actos [subversivos] y la mayoría de nosotros ni siquiera ha soñado con tener una opinión radical. Con nosotros el término «refugiado» ha cobrado un nuevo sentido. Ahora «refugiados» somos aquellos de nosotros que hemos sido tan desafortunados de llegar sin recursos a un nuevo país y hemos tenido que ser ayudados por los comités de refugiados”¹⁷³. Como Arendt, Kelsen y Morgenthau fueron dos de los miles de intelectuales de origen judío que llegaron a Estados Unidos escapando de la locura que comenzaba a gestarse en Europa. Como Arendt, ambos tuvieron que recurrir a la red mundial de solidaridad que se organizó para asistir a los refugiados, aun cuando ser salvado implicaba ser humillado y ser ayudado implicaba ser degradado¹⁷⁴. Como Arendt, sin embargo, ambos supieron encontrar un sitio desde el que continuar dedicándose a la vida académica, aunque la empresa no sería sencilla para ninguno de ellos.

El exilio esta vez no sólo implicaba cambiar de país o de idioma. Ahora el exilio significaba también un cambio cultural. Un cambio que incidía determinadamente en las estructuras académicas y en las formas de relacionarse con el conocimiento¹⁷⁵.

¹⁷³ ARENDT, Hannah, “We, refugees”, en ROBINSON, Marc (ed.), *Altogether Elsewhere. Writers on Exile*, Faber & Faber, Boston, 1994, pp. 110-119, p. 110 [1943]

¹⁷⁴ *Vid. Ibid.*, p.114

¹⁷⁵ Oliver Jütersonke ha explicado esta transición entre dos modelos culturales y su influencia en la producción del conocimiento científico en base a la conocida obra de Ludwik Fleck, *Génesis y desarrollo de un hecho científico* (1935), que desarrolla los conceptos de *Denkkollektiv* y *Dekstil* (*vid. JÜTERSONKE, Oliver, Morgenthau, Law and Realism, cit. pp. 32 y ss.*)

Una buena muestra de ello es que estudios sobre la teoría del estado o sobre la filosofía del derecho que con tanta fuerza habían florecido en la República de Weimar no podían ser equiparados en modo alguno a los estudios de ciencia política que se impartían en las universidades americanas. En la *Law School* se ofrecía una docencia específicamente orientada a la práctica de la abogacía, que dejaba poco espacio curricular a las materias de carácter teórico¹⁷⁶. Éstas se enseñarían más bien en las facultades de *Political Science*, pero la ciencia política no existía como tal en Weimar, sino que se abordaba fundamentalmente a través de los estudios de derecho público. Sobre esta circunstancia aporta datos reveladores un estudio elaborado por Alfons Söllner en base a sesenta y cuatro académicos exiliados entre 1933 y 1945 que, provenientes de países de lengua alemana, acabaron obteniendo una posición en ciencia política en universidades extranjeras¹⁷⁷. De los sesenta y cuatro académicos estudiados por Söllner —entre los que, por supuesto, se encuentran Kelsen y Morgenthau, pero también Hannah Arendt, Leo Gross, John H. Herz, Herbert Marcuse, Gerhart Niemeyer, Leo Strauss o Eric Voegelin—, treinta y tres habían obtenido su doctorado en derecho y diecinueve en humanidades. El 85% de ellos encontraría una plaza permanente en ciencia política en alguna universidad estadounidense¹⁷⁸, aproximadamente la mitad de los cuales se dedicarían al campo de las relaciones internacionales¹⁷⁹. Si bien estos autores constituyen un grupo heterogéneo y entre ellos encontramos una enorme pluralidad ideológica que va desde la extrema derecha (Strauss) hasta la extrema izquierda (Marcuse), un rasgo común de sus primeras investigaciones en Estados Unidos consiste en una profunda preocupación por los problemas derivados del totalitarismo y de la guerra; lo cual no es de extrañar a la vista de las duras experiencias vitales por las que habían pasado cada uno de ellos. Merece la pena rescatar de nuevo las palabras de Arendt:

¹⁷⁶ Vid. LOSANO, Mario G., “Gli anni americani di Hans Kelsen”, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, año XLI, nº 1, junio 2011, pp. 253-258, p. 256

¹⁷⁷ SÖLLNER, Alfons, “From Public Law to Political Science? The Emigration of German Scholars after 1933 and Their Influence on the Transformations of a discipline” en SÖLLNER, Alfons y ASH, Mitchell G., *Forced Migration and Scientific Change. Émigré German-Speaking Scientists and Scholars After 1933*, Cambridge University Press, 1996, pp. 246-272

¹⁷⁸ Vid. *Ibid.*, p. 254

¹⁷⁹ Vid. *Ibid.*, p. 259

“Perdimos nuestro hogar, que significa la familiaridad de la vida diaria. Perdimos nuestro oficio, que significa la confianza de pensar que servimos para algo en este mundo. Perdimos nuestro idioma, que significa lo espontáneo de las reacciones, la simplicidad de los gestos, la expresión de los sentimientos. Dejamos a nuestros parientes en los guetos polacos y nuestros mejores amigos han sido asesinados en los campos de concentración, y eso significa la ruptura de nuestras vidas privadas”¹⁸⁰.

La adaptación de Kelsen y de Morgenthau al nuevo contexto americano será muy desigual y estará directamente relacionada con el enfoque de sus respectivas obras. Como veremos, Kelsen realiza notables esfuerzos por presentar y adaptar en cierta medida su teoría pura al clima cultural estadounidense; pero el formalismo kelseniano casaba inevitablemente mal con el realismo imperante¹⁸¹. Por no hablar de que su propuesta de un orden internacional sometido al derecho significaba algo muy distinto de lo que la gran potencia americana pretendía para el nuevo orden mundial que se establecería con la creación de las Naciones Unidas. La suerte de Morgenthau será diferente. Él no solamente intenta adaptar su teoría, sino que la transforma por completo, realizando una transición que le colocaría en una posición completamente ajena al derecho [*infra*, 4.2.3.d]. Morgenthau dejará de ser un jurista para convertirse en un analista de las relaciones internacionales. El analista que desarrollará un enfoque que resultó ser exactamente el apropiado para cubrir las necesidades de legitimación de la nueva política exterior estadounidense. Por eso, mientras que el papel público de Kelsen en Estados Unidos será discreto, por no decir inexistente más allá del estricto mundo académico, Morgenthau alcanza a ser

¹⁸⁰ ARENDT, Hannah, “We, refugees”, *cit.*, p.110

¹⁸¹ Sobre la áspera recepción de Kelsen por el realismo jurídico americano, *cf.* TELMAN, D.A. Jeremy, “The Reception of Hans Kelsen's Legal Theory in the United States: A Sociological Model”, en *L'Observateur des Nations Unis*, vol. 24, nº 1, 2008; Id., “A Path Not Taken: Hans Kelsen's Pure Theory of Law in the Land of Legal Realists”, en WALTER, Robert, JABLONER, Clemens y ZELENY, Klaus, *Hans Kelsen Anderswo/Hans Kelsen Abroad*, vol 33 de *Schriftenreihe des Hans-Kelsen-Instituts*, Manz, 2010; o LAGI, Sara, “Kelsen e il diritto internazionale in Europa ed in America”, en LA TORRE, Massimo (ed.), *Tra apologia e utopia. Forma e decisione nel diritto internazionale (Il contributo di Martii Koskenniemi)*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2013, pp. 57-65

un personaje relevante tanto dentro como fuera de la academia. Fueron frecuentes sus artículos en la prensa de tirada nacional e incluso llegó a aparecer varias ocasiones en debates televisivos; aunque bien es cierto —hay que señalarlo— que su mayor relevancia pública vendría marcada no por ser complaciente con la administración estadounidense, sino por su posición contraria a los desarrollos de la Guerra de Vietnam.

1.3.1. Morgenthau llega a América: Nueva York y Kansas City

Los Estados Unidos eran conocidos como la tierra de las oportunidades, pero encontrar un sitio desde donde ejercer la docencia no fue fácil para Morgenthau ni para Kelsen. El país todavía se estaba recuperando de la *gran depresión* provocada por el *crack* del 29. El desempleo era elevado y la inversión pública en las universidades se veía recortada para poder asumir el gasto militar que significaría entrar en la Segunda Guerra Mundial. En ese contexto, Morgenthau desembarca en el puerto de Nueva York el 28 de julio de 1937, tres años antes de que lo hiciera Kelsen. Allí es ayudado por el profesor de derecho internacional de la Universidad de Columbia Philip Jessup. Jessup le proporcionó un buen número de direcciones y cartas de recomendación. Y Morgenthau se dedicó durante meses a llamar puerta por puerta ofreciendo sus servicios a muy bajo precio, pero con escaso éxito¹⁸². Por fin, en noviembre de 1937 recibió una llamada del Brooklyn College para cubrir una baja. Allí, por poco dinero —su salario se veía complementado con algunos donativos de organizaciones de apoyo a los refugiados¹⁸³—, debía dar clases nocturnas de materias sobre las que no había tenido una formación específica: ciencia política comparada, gobierno americano, o teoría política¹⁸⁴.

¹⁸² *Vid.* MORGENTHAU, Hans J., “Bernard Johnson’s Interview...”, *cit.*, p. 365

¹⁸³ *Vid.* FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p. 65

¹⁸⁴ *Vid. Ibid.*, p. 64

Las condiciones materiales en el Brooklyn College eran tan precarias que Morgenthau no dejó de buscar nuevas oportunidades. La primera surgió en la Universidad de Kansas City, adonde se trasladó en enero de 1939. El ambiente provinciano de Kansas por aquellos años bien podría ser como el reflejado por Truman Capote en *A sangre fría*¹⁸⁵. En contraste con Nueva York, los estudiantes de Kansas eran educados y formales, y las personas extremadamente amables, de forma que a Morgenthau el cambio le satisfizo en un principio. No obstante, pronto comenzaron los problemas. Como en Nueva York, Morgenthau se veía obligado a impartir muchas horas de clase, y de las materias más variadas, la mayoría muy lejos de su campo de especialización, como el derecho civil, penal o administrativo. La oficina que se le asignó, por otro lado, además de minúscula, había sido un antiguo baño, lo que provocaba constantes malos olores y situaciones embarazosas cuando debía recibir visitas¹⁸⁶. Sus quejas al rector por esa circunstancia acabarían provocando una enemistad manifiesta que terminaría incluso con su despido y posterior readmisión tras sus denuncias¹⁸⁷.

Aun cuando las condiciones en Kansas City eran pésimas para la investigación —la biblioteca de la universidad, por ejemplo, únicamente contaba con un libro sobre derecho internacional¹⁸⁸—, Morgenthau por fin encontró la estabilidad suficiente para retomar sus estudios. En ese periodo publicó “*Positivism, Functionalism, and International Law*” (1940)¹⁸⁹, que constituye, junto con su único trabajo publicado en España, un texto fundamental para comprender la transición que le lleva desde el campo de la teoría del derecho internacional a la teoría de la política internacional. Transición que se refleja también en los comentarios que escribe sobre un par de libros publicados en aquellos años por dos autores que, como él, provenían del

¹⁸⁵ CAPOTE, Truman, *A sangre fría*, Anagrama, Barcelona, 2007 [1966]

¹⁸⁶ FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p. 66

¹⁸⁷ *Vid.* FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, pp. 68-69

¹⁸⁸ *Vid. Ibid.*, p. 66

¹⁸⁹ MORGENTHAU, Hans J., “Positivism, Functionalism, and International Law”, en *American Journal of International Law*, vol. 34, nº 2 (Abril 1940), pp. 260-284

ámbito académico del derecho internacional europeo que al emigrar orientarían su carrera hacia la política internacional: Gergart Niemeyer¹⁹⁰ y Georg Schwarzenberger¹⁹¹, discípulos, respectivamente, de juristas tan estrechamente vinculados a la República de Weimar como fueron Hermann Heller y Gustav Radbruch¹⁹². El tiempo en Kansas fue decisivo, además, para preparar el que sería su primer libro americano¹⁹³: *Scientific Man vs. Power Politics* (1946)¹⁹⁴ [en adelante, *SM*].

En esos años Morgenthau probó también a ejercer como abogado, pero la experiencia fue muy breve. Únicamente llevó un caso ante los tribunales, el cual perdió. A partir de ese caso escribió dos artículos que, si se revisa un listado completo de sus publicaciones, llaman poderosamente la atención por tratarse de dos artículos sobre derecho administrativo¹⁹⁵. Aunque parece ser que estos artículos tuvieron algún impacto entre la doctrina administrativista norteamericana¹⁹⁶, Morgenthau pronto se alejaría definitivamente de esa materia y del derecho en general. En cualquier caso, estos trabajos suponen una buena muestra del interés de Morgenthau por el derecho, todavía en los primeros años de su etapa americana.

No conforme con las condiciones de Kansas, Morgenthau continuó buscando una nueva posición. Sólo en el verano de 1943 —año en que le fue concedida la ciudadanía americana— había enviado su currículum a más de cien universidades de

¹⁹⁰ MORGENTHAU, Hans J., “Review of Book: *Law without Force*, by Gerhart Niemeyer”, en *Iowa Law Review*, vol. 27, nº 2 (Enero 1942), pp. 350-355

¹⁹¹ MORGENTHAU, Hans J., “Review of Book: *Power Politics*, by Georg Schwarzenberger”, en *American Journal of International Law*, nº 36, 1942 pp. 351-352

¹⁹² *Vid.* SCHEUERMAN, William E., *The Realist Case for Global Reform*, Polity, Cambridge, 2011, p. 8

¹⁹³ *Vid.* MORGENTHAU, Hans J., “Bernard Johnson’s Interview...”, *cit.*, p. 367

¹⁹⁴ MORGENTHAU, Hans J., *Scientific Man vs. Power Politics*, University of Chicago Press, 1946

¹⁹⁵ MORGENTHAU, Hans J., “Implied Regulatory Powers in Administrative Law”, en *Iowa Law Review*, vol. 28, nº 4, 1943, pp. 575-612; *Id.*, “Implied Limitations on Regulatory Powers in Administrative Law”, en *Chicago Law Review*, vol. 2, nº 2, 1944, pp. 91-116

¹⁹⁶ *Vid.* MORGENTHAU, Hans J., “Bernard Johnson’s Interview...”, *cit.*, p. 368

todo el país¹⁹⁷. Por fin, en el otoño de ese mismo año recibiría una oferta que cambiaría definitivamente su suerte. La Universidad de Chicago le proponía un contrato de seis meses para sustituir a Quincy Wright, una de las máximas autoridades del derecho internacional en Estados Unidos y que entonces se trasladaba a Washington para asesorar al gobierno. Morgenthau por fin había encontrado un ambiente realmente estimulante en la que era una de las universidades punteras de los Estados Unidos. Allí estaría en contacto directo con el behaviorismo de Charles Merriam y de Harold Lasswell, con los que mantuvo profundos debates metodológicos¹⁹⁸. Tampoco se hallaría demasiado lejos del influyente conservador Leo Strauss; ni, por supuesto, de la célebre Escuela de Chicago que, con Milton Friedman a la cabeza, fue el auténtico centro de producción del pensamiento económico neoliberal. Los seis meses iniciales se prolongaron posteriormente por otros seis, y después por un año. Cuando Wright volvió a Chicago, a finales de 1945, Morgenthau ya había consolidado su posición y la universidad le ofreció un nuevo contrato. Así comenzaría el periodo más productivo de su carrera académica, que sirvió para convertirle en una referencia obligatoria en el estudio de las relaciones internacionales.

1.3.2 Kelsen llega a América

Carlo Nistch ha narrado con detalle¹⁹⁹ el tortuoso camino que debió recorrer Kelsen hasta encontrar una plaza estable en alguna universidad americana, aportando algunos datos que no conocíamos ni por su *Autobiografía* de 1947 ni por la biografía de Métall. Para poder entrar a territorio estadounidense era necesario ser invitado por alguna universidad, de modo que desde otoño de 1938 Kelsen trata de buscar apoyos

¹⁹⁷ Vid. FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p. 70

¹⁹⁸ Vid. JÜTERSONKE, Oliver, *Morgenthau, Law and Realism, cit.*, pp. 131 y ss.

¹⁹⁹ NITSCH, Carlo, “«Holmes Lectures, 1940-41» Studio storico-critico su Kelsen in America”, estudio introductorio a KELSEN, Hans, *Diritto e pace nelle relazione internazionale*, Giuffrè, Milán, 2009, pp. III-LXX. También en Id., *Diritto e forza nella comunità degli stati. Studi su Hans Kelsen e la teoria del diritto internazionale*, Satura, Nápoles, 2012

entre sus contactos americanos. Son elocuentes las cartas que escribe a sus colegas de la Universidad de Harvard, Roscoe Pound y Felix Frankfurter: “Me encuentro obligado [...] a buscar otra posición y quisiera encontrarla principalmente en los Estados Unidos”²⁰⁰.

Tras infructuosos intentos en Harvard, Princeton o Nueva York, la primera oferta provino de la Universidad de Chicago, donde le ofrecieron una plaza como *visiting professor* de Ciencia Política para el curso 1938-1939. Kelsen, sin embargo, rechazó esta primera propuesta alegando los compromisos adquiridos con el gobierno checoslovaco y su falta de dominio de la lengua inglesa, solicitando que este encargo se renovara para el curso siguiente²⁰¹. La oferta, en cambio, no pudo verse renovada debido a la falta de presupuesto. En septiembre de 1939 Kelsen viajaría a Harvard con motivo de un congreso internacional. Allí tuvo la oportunidad de recibir una nueva oferta del director de la *New York School for Social Research*. No obstante, esta oportunidad tampoco llegó a buen puerto al no conceder el consulado americano el visado a sus dos hijas²⁰².

Transcurridos algunos meses sin poder encontrar una plaza estable y ante el recrudecimiento de las circunstancias bélicas en Europa, Kelsen fue uno más de los miles de intelectuales de origen judío que tuvieron que abandonar Europa: “Con el corazón dolorido abandoné Ginebra con mi mujer en [enero de] 1940. Una ciudad donde había realizado un satisfactorio trabajo durante siete años, en un ambiente ideal. Cercano a la edad de sesenta años, iba a iniciar de nuevo y desde el principio mi carrera académica, en un país cuya lengua dominaba apenas muy imperfectamente”²⁰³. Él mismo acudió a las oficinas de la *Rockefeller Foundation*, que anteriormente le había negado su ayuda financiera alegando que su plaza en el

²⁰⁰ Hans Kelsen a Roscoe Pound, 11 oct. 1938 (citada en NITSCH, Carlo, “«Holmes Lectures, 1940-41»... *cit.*, p. IX)

²⁰¹ NITSCH, Carlo, “«Holmes Lectures, 1940-41»... *cit.*, p. XIX

²⁰² *Ibid.*, p. XXVI

²⁰³ KELSEN, Hans, *Autobiografía*, *cit.*, p. 169

Institut Universitaire de Hautes Études Internationales de Ginebra le proporcionaba un lugar lo suficientemente seguro. Ahora, sin embargo, Kelsen ya podía ser considerado un exiliado más y la fundación se comprometió a subvencionar las ofertas de trabajo que se le hicieran²⁰⁴. Esa contribución sería decisiva para que la Universidad de Harvard le ofreciera dictar las *Oliver Wendell Holmes Lectures* entre 1940 y 1941. El contenido de estas *Lectures* se plasmaría en la obra *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, (1942)²⁰⁵ [en adelante, *DPRI*]. Esta obra, junto con *La paz por medio del derecho* (1944) [en adelante, *PMD*], constituye uno de los exponentes más claros del pacifismo jurídico kelseniano en el cual profundizaremos más adelante.

El curso siguiente a las *Holmes Lectures* pudo continuar en Harvard como *research associate in Jurisprudence*, y rechazó un llamamiento de la Universidad de Chicago —que le podría haber convertido en colega de Morgenthau— confiando en que podría establecerse en Harvard. Pero pronto se le cerraron las puertas. La Universidad alegó que no estaba en condiciones de poder pagarle un salario acorde a su prestigio. “Dudo que ese fuera el verdadero motivo —dice Kelsen—. Ese fracaso me hirió bastante, con mayor razón cuando yo, como doctor *honoris causa* de la Universidad de Harvard, había esperado un mejor trato”²⁰⁶. Dolido por este hecho, pasa un semestre en el *Wellesley College* (Massachusetts), una institución de enseñanza femenina donde el año anterior había enseñado su discípulo en Viena Hersch Lauterpacht²⁰⁷. Por fin, en el verano de 1942 es invitado como profesor

²⁰⁴ NITSCH, Carlo, “«Holmes Lectures, 1940-41»... *cit.*, p. XXIX

²⁰⁵ KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, prólogo de Luis Récasens Siches, trad. de Florencio Acosta, Fondo de Cultura Económica, México, 1996 [1942]

²⁰⁶ KELSEN, Hans, *Autobiografía*, *cit.*, p. 171

²⁰⁷ *Vid.* MÉTALL, Rudolf A., *Hans Kelsen, obra y vida*, *cit.*, p. 95

visitante durante un año en la Universidad de Berkeley (California)²⁰⁸, donde permanecería el resto de su carrera académica.

1.3.3. Berkeley, Chicago y algunas cartas

a) Kelsen en Berkeley

El enorme prestigio de Kelsen hizo que pudiera encontrar acomodo en una gran universidad antes aun que Morgenthau, a pesar de haber llegado a Estados Unidos tres años más tarde él. Kelsen es contratado en Berkeley no como profesor de derecho, sino como *lecturer in Political Science*, lo que es significativo del ya comentado contraste entre la academia europea y la americana. No obstante, Kelsen, pese a sus múltiples intereses en el campo de las ciencias sociales, nunca dejaría de considerarse —y de ser considerado— fundamentalmente un jurista. A diferencia de Morgenthau y de tantos otros profesores europeos emigrados, que darían el salto definitivo a la ciencia política o a las relaciones internacionales para dejar atrás lo que se consideró como el anticuado lastre del formalismo. Muestra de que Kelsen continúa ocupándose eminentemente de los problemas jurídicos es que si por algo destaca su producción académica en esta última parte de su carrera —además de por su extensión— es por la cantidad de estudios dedicados al derecho internacional positivo²⁰⁹. Al mismo tiempo, no se puede dejar de reconocer el esfuerzo por adaptar su teoría pura al contexto teórico-jurídico norteamericano. Muestra de ello son

²⁰⁸ Tratándose de Kelsen es llamativa esa inicial inestabilidad laboral, pero puede comprenderse mejor acudiendo a la información sobre los académicos inmigrados que proporciona Söllner “se ha observado un cambio de posiciones profesionales en la fase del establecimiento. Por un lado sólo doce emigrados muestran solo un cambio hasta 1960; por otro lado, catorce cambiaron de posición tres veces, nueve cuatro veces, cinco seis veces...” (SÖLLNER, Alfons, “From Public Law to Political Science?... *cit.*, p. 254)

²⁰⁹ *Vid.* MÉTALL, Rudolf A., *Hans Kelsen, obra y vida, cit.*, p. 98; también *vid.* LOSANO, Mario G., “Gli anni americani...”, *cit.*

algunos artículos que publica sobre teoría general del derecho²¹⁰ y, sobre todo, la obra que supondría la presentación definitiva de su teoría pura al público estadounidense: *General Theory of Law and State* (1945)²¹¹ [en adelante, *TGDE*].

El contrato inicial de un año en Berkeley se renovó por otro año en 1943. Y, por fin, en 1945, el mismo año que adquirió la ciudadanía americana, fue nombrado *full professor*. Sólo entonces, a sus sesenta y cinco años, y después de tres exilios, Kelsen se convirtió en propietario de una casa por primera vez en su vida²¹². Pero, lejos de jubilarse, continuaría con tanto vigor como siempre una vida dedicada a ampliar y a perfeccionar su obra, así como a diseminarla por el mundo impartiendo innumerables conferencias y seminarios. No olvidemos que aún estaban por llegar obras tan relevantes como la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* (1960)²¹³ [en adelante, *TPD2*] o la póstuma *Allgemeine Theorie der Normen* (1979)²¹⁴.

A partir de 1944 es llamado varias veces a Washington para prestar asesoría jurídica en temas de derecho internacional. Particularmente, se ocupó de los preparativos técnico-jurídicos de los procesos de Nüremberg, pese a que en varios trabajos demostró su desacuerdo con la forma en la que éstos habían sido llevados a cabo [*infra*, 3.2.3]. Su asesoría en la elaboración de la Carta de las Naciones Unidas, que por aquellos meses tenía lugar en San Francisco, en cambio, no fue solicitada debido a la nefasta influencia de Leo Pasvolsky²¹⁵. Métall, no obstante, recoge que varios miembros de delegaciones, como la holandesa, la belga o la checoslovaca sí que

²¹⁰ Por ejemplo: KELSEN, Hans, “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, en *Harvard Law Review*, vol. 55, nº 1, 1941, pp. 44-70; Id. “The Law as a Specific Social Technique”, en *University of Chicago Law Review*, vol. 9, nº 1, 1941, pp. 75-97

²¹¹ KELSEN, Hans, *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, pref. de Ettore Gallo, intro. de Gaetano Pecora, ETAS, 2009 [1945]

²¹² Vid. MÉTALL, Rudolf A., *Hans Kelsen, obra y vida*, cit., p. 96

²¹³ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (2ª ed.), trad. de Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 2009 [1960]

²¹⁴ KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas*, Trillas, México, 2007 [1979]

²¹⁵ Vid. TELMAN, D.A. Jeremy, “Law or Politics? Hans Kelsen and the Post-War International Order”, en *Constellations*, vol.18, nº 4, 2011, pp. 513-528,

acudieron en privado a Kelsen para recabar su consejo²¹⁶. Curiosamente, el libro sobre las Naciones Unidas que Kelsen publicaría pocos años después, *The Law of the United Nations* (1950)²¹⁷, se convertiría en una referencia constante, citado reiteradamente en las discusiones que tuvieron lugar en los años cincuenta en la Asamblea General y en el Consejo de Seguridad²¹⁸.

En 1952 publica *Principles of International Law*²¹⁹ [en adelante, *PIL*], obra en la que puede decirse que se plasma su visión definitiva del derecho internacional. Una visión que es ya, de alguna manera, *defensiva* ante los enfoques realistas —como el de Morgenthau— que en aquel momento estaban cobrando todo el vigor, con el efecto de relegar al derecho internacional a ámbitos cada vez más reducidos y menos relevantes. Ese mismo año vuelve al *Instituto Universitaire des Hautes Études Internationales* de Ginebra como profesor invitado y a la *Académie de Droit International* de La Haya, donde expondrá el contenido de sus *PIL*. Poco después sería invitado también al *Naval War College* en Rhode Island para impartir un curso sobre seguridad colectiva, del cual deriva la última monografía sobre derecho internacional que publicaría: *Collective Security under International Law* (1957)²²⁰ [en adelante, *Collective Security*].

Las páginas finales de la biografía de Kelsen, como no podía ser de otra manera, están plagadas de los homenajes y reconocimientos que el viejo profesor recibió en esta última etapa de su carrera²²¹, entre ellos, once doctorados *honoris causa* en distintas universidades de todo el mundo. Pero lo realmente importante es el balance

²¹⁶ Vid. MÉTALL, Rudolf A., *Hans Kelsen, obra y vida, cit.*, p. 98

²¹⁷ KELSEN, Hans, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Lawbook Exchange, New Jersey, 2000 [1950]

²¹⁸ Vid. MÉTALL, Rudolf A., *Hans Kelsen, obra y vida, cit.*, pp. 100-101

²¹⁹ KELSEN, Hans, *Principles of International Law*, Lawbook Exchange, New Jersey, 2003 [1952, 2ª ed. 1967]. Hay traducción en castellano: *Principios de derecho internacional público*, trad. de Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida, estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2013.

²²⁰ KELSEN, Hans, *Collective Security Under International Law*, Lawbook Exchange, New Jersey, 2001 [1957]

²²¹ Vid. MÉTALL, Rudolf A., *Hans Kelsen, obra y vida, cit.*, pp. 113 y ss.

de su obra: más de 17.000 páginas, contando únicamente las publicaciones originales y sin incluir las traducciones²²². En total, casi 400 obras²²³, 106 de las cuales dedicadas al Derecho Internacional ²²⁴. Desde un punto de vista *bibliométrico*, por lo tanto, Kelsen puede ser considerado, ante todo, como un internacionalista; un gran teórico del derecho entre cuyas mayores inquietudes se encontraba el problema de la paz y el papel que el derecho podría desempeñar en su construcción.

b) La estabilidad para Morgenthau: Chicago y, luego, Nueva York

Consolidada su posición en la Universidad de Chicago, entre 1946 y 1951 Morgenthau publica los tres libros probablemente más importantes de su carrera: *Scientific Man* (1946), *Politics Among Nations* (1948) e *In Defense of the National Interest* (1951)²²⁵. También edita otros tres libros²²⁶ y publica decenas de artículos y comentarios de libros en revistas especializadas. *Politics Among Nations* [en adelante, *PAN*] es, especialmente, el libro que consagra su éxito. En septiembre de 1948, el mismo año de su lanzamiento, ya había sido adoptado como libro de referencia en las asignaturas de política exterior y de relaciones internacionales por las universidades de Harvard, Yale, Princeton, Columbia o Notre Dame²²⁷. A partir de ahí, su ascenso académico es meteórico. En 1949, a la edad de cuarenta y cuatro años, alcanza el estatuto de *full professor* en la Universidad de Chicago, y al año siguiente fundaría el *Center for Study of American Foreign and Militar Policy*, del cual fue director. A través de ese centro de estudios desarrollaría en los años

²²² JESTAEDT, Matthias, “Estudio preliminar” a HANS KELSEN, *Autobiografía*, cit., p. 26

²²³ LADAVAC, Nicoletta B., “Hans Kelsen (1881-1973) Biographical Note and Bibliography”, cit., p. 392

²²⁴ LOSANO, Mario G., “Hans Kelsen: Una biografía cultural mínima”, en *Derechos y libertades*, n° 14, Época II, enero 2006, pp. 113-128, cit. p. 114

²²⁵ MORGENTHAU, Hans J., *In Defense of the National Interest: A Critical Examination of American Foreign Policy*, Alfred A. Knopf, Nueva York, 1951

²²⁶ MORGENTHAU, Hans J. (ed.), *Peace, Security and the United Nations*, The University of Chicago Press, 1945; MORGENTHAU, Hans J. y THOMPSON, Kenneth W. (eds.), *Principles and Problems of International Politics. Selected Readings*, Alfred A. Knopf, Nueva York, 1950 Kenneth W., MORGENTHAU, Hans J. (ed.), *Germany and the Future of Europe*, The University of Chicago Press, 1951

²²⁷ FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p. 73

siguientes importantes proyectos de investigación y organizaría multitud de encuentros científicos. Debido en parte a los numerosos compromisos que asumió fuera de Chicago²²⁸, Morgenthau no se caracterizó por ser especialmente buen gestor, y tampoco mostró excesivo interés por ocupar ningún cargo la facultad o en la universidad.

Durante los casi treinta años que estuvo en la Universidad de Chicago Morgenthau se convirtió en un personaje importante entre la diplomacia estadounidense. Entre 1952 y 1965 fue requerido como asesor por el Departamento de Defensa y por otras agencias gubernamentales. La situación empezó a cambiar, no obstante, a partir de la intervención de Estados Unidos en Vietnam (1964), duramente criticada por Morgenthau, quien emprendió una campaña que le llevaría a varias apariciones televisivas y a la publicación de multitud de artículos de opinión en los principales diarios de tirada nacional. Desde ese momento empieza a deteriorarse su relación con la administración americana, hasta el punto que llega a ser objeto de una investigación por el FBI²²⁹. En cualquier caso, insiste su biógrafo, habitualmente se ha sobrestimado el papel de asesor que Morgenthau jugó dentro de los organismos oficiales²³⁰; puesto que su ocupación principal y su verdadera pasión fue siempre la enseñanza universitaria.

En 1971, al final de su carrera, se trasladó a la Universidad de Nueva York, donde ejercería como *full professor* y, a partir de 1974, cuando cumplió los setenta, como profesor emérito. En esta última etapa en Nueva York formó parte del círculo de amistades de Hannah Arendt, tan bien reflejado en la reciente película de Margueritte

²²⁸ Entre 1949 y 1977 —contabiliza su biógrafo Christoph Frei— Morgenthau detentó hasta veinte cargos de profesor invitado en universidades como Harvard, Yale, Columbia, o California. Entre 1950 y 1980 impartió más de trescientas formales, aunque fueron muchas más (unas dos mil) las que tuvo que rechazar (FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p. 75)

²²⁹ El propio Morgenthau relata la situación en MORGENTHAU, Hans J. y CHOMSKY, Noam, *El interés nacional y los documentos del Pentágono*, Cuadernos Beta, A. Recondo, Barcelona, 1973 [1972], p. 62; también *cfr.* BARBÉ, Esther, “Estudio preliminar”, en MORGENTHAU, Hans J., *Escritos sobre política internacional*, *cit.*, p. XXIX

²³⁰ FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p. 77

von Trotta (2012). En efecto, no fueron pocos los vínculos que le unían con la brillante pensadora, como reflejó en la necrológica que escribió a su muerte, en 1975²³¹.

El balance de una vida dedicada a los problemas de la realidad internacional es, como el de Kelsen, tremendamente amplio. Tras la época de febril productividad a la que ya se ha hecho alusión, Morgenthau únicamente publicó tres monografías más²³². Pero sí que publicó centenares de artículos (alrededor de 420), que en buena parte se han recogido en tres importantes antologías²³³. Entre 1950 y 1980 Morgenthau impartió más de trescientas conferencias a lo largo de todo el mundo²³⁴. Algunas encuestas cuantitativas que se realizaron en Estados Unidos a finales de los años sesenta le sitúan como al autor más importante entre quienes se dedican a las relaciones internacionales; así como a su *PAN* como la obra más relevante²³⁵.

Siete doctorados *honoris causa* atestiguan el reconocimiento a ese trabajo²³⁶. En 1958 es elegido para ingresar en la *American Academy of Arts and Sciences*, confirmándose así el pleno reconocimiento por parte de su país de acogida. El reconocimiento llegaría igualmente del país de sus orígenes, cuando en 1975 le fue concedida por el presidente de la República Federal Alemana la *Grosse Verdienstkreuz* (orden del mérito), que también había sido concedida unos años antes a Kelsen. Curiosamente, el encumbrado analista de la política exterior norteamericana visitaría en calidad de invitado de excepción aquellos lugares, como

²³¹ MORGENTHAU, Hans, J., "Hannah Arendt, 1906-1975," *Political Theory*, vol. 4, nº 1, 1976, pp. 5-8

²³² MORGENTHAU, Hans, J., *The Purpose of American Politics*, Alfred A. Knopf, Nueva York, 1960; Id., *A New Foreign Policy for the United States*, Praeger, Nueva York, 1969; Id., *Science: Servant or Master?*, New York American Library, Nueva York, 1972

²³³ MORGENTHAU, Hans, J., *Politics in the Twentieth Century* (3 vols.), The University of Chicago Press, 1962; Id., *Vietnam and the United States*, Public Affairs, Washington, 1965; Id., *Truth and Power: Essays of a Decade, 1960-70*, Praeger, Nueva York, 1970

²³⁴ FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p. 75

²³⁵ Vid. JÜTERSONKE, Oliver, *Morgenthau, Law and Realism, cit.*, pp. 187-188

²³⁶ FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p. 77

Frankfurt o Ginebra, en los que tantas dificultades encontró el joven teórico del derecho internacional que un día fue.

c) La correspondencia entre Kelsen y Morgenthau

Para finalizar esta biografía comparada puede tener algún interés sacar a la luz la correspondencia, hasta ahora inédita, que Kelsen y Morgenthau mantuvieron durante muchos años. Como veremos en los siguientes capítulos, sus formas de entender las relaciones entre el derecho y la política en el ámbito internacional y sus propuestas para alcanzar la paz serán divergentes, cuando no completamente opuestas. Mientras que Kelsen seguiría siendo ante todo un jurista, Morgenthau se transformó en un analista de las relaciones internacionales y de la política exterior al llegar a Estados Unidos. Esa circunstancia rompe en buena media las posibilidades de un diálogo científico directo entre ellos. Sin embargo, por las cartas que se cruzaron en su etapa americana, asentados ya como dos de los más grandes académicos en sus respectivos campos, podemos comprobar que no se ignoraron el uno al otro, sino que, al contrario, guardaron una relación muy cordial que les llevó a la colaboración mutua en más de una ocasión.

En sus cartas no discutieron sobre cuestiones de contenido²³⁷, pero seguir su trazo puede servir, además de para complementar sus biografías, para dar una nueva dimensión —más humana— a la confrontación de sus obras. Hoy en día se puede tener acceso a esta correspondencia gracias a la costumbre, casi la obsesión, de Morgenthau por guardar todos sus papeles, incluidas las cartas recibidas, y las enviadas por él, de las que conservaba una copia de carbón²³⁸. De la etapa americana, la primera carta que se conserva entre los archivos de Morgenthau podemos deducir

²³⁷ No se trata de una correspondencia conceptualmente tan rica como, por ejemplo, la mantenida entre Jhering y Gerber, cuidadosamente recopilada por Mario G. Losano en: *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*, Giuffrè, Milán, 1977. También *cfr.* Id., “Savigny en la correspondencia de Ihering y Gerber”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 18, 1978, pp. 321-340

²³⁸ “Morgenthau was a *paper saver*”, dice su biógrafo (FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p. 4)

que es la respuesta de Kelsen (desde Cambridge) a una felicitación de Morgenthau (todavía en Kansas) por su sesenta cumpleaños: “Muy querido colega —escribe Kelsen todavía en alemán²³⁹— le agradezco de corazón sus amables deseos. Su atención me ha causado un placer particular”²⁴⁰.

Estando ya ambos en sus lugares definitivos en Chicago y Berkeley, la relación se retoma, tras unos años de silencio, en marzo de 1948. Encontramos entonces una carta de Morgenthau a Kelsen agradeciéndole el envío de un artículo del *Yale Law Review*. Inequívocamente, debe tratarse del trabajo de Kelsen “*Law, State and Justice in Pure Law Theory*”²⁴¹, el cual supone uno más de los tantos esfuerzos del maestro vienés por hacer comprender su teoría pura en el contexto estadounidense, defendiéndola de críticas como las formuladas por Bergman²⁴². Morgenthau alaba ese esfuerzo diciendo “veo con deleite que su pluma es todavía tan punzante y afilada como lo era cuando usted retorció a Smend o a Hold von Ferneck. Usted no sólo mata a su oponentes, sino que deja sus cuerpos pulcramente diseccionados en el campo de batalla”²⁴³.

Unos meses más tarde Morgenthau vuelve a escribir a Kelsen agradeciéndole de nuevo el envío de algunos materiales. Esta vez se trata del trabajo sobre la teoría política del bolchevismo²⁴⁴ y de un artículo publicado en la *American Political*

²³⁹ Aunque la correspondencia es en su gran mayoría en inglés, Kelsen escribe algunas cartas en alemán, incluso (la última) en 1969, casi treinta años después de llegar a Estados Unidos. Morgenthau, en cambio, únicamente escribió en inglés. Si es que el idioma utilizado puede considerarse como un indicador del nivel de integración en la sociedad de acogida, este hecho delata una integración mucho mayor de Morgenthau que de Kelsen, lo cual es en buena medida entendible teniendo en cuenta la edad con la que llegaron cada uno al país de acogida.

²⁴⁰ Kelsen a Morgenthau, 16 de octubre de 1941

²⁴¹ KELSEN, Hans, “Law, State and Justice in Pure Theory of Law”, en *Yale Law Journal*, vol. 57, nº 3, 1948, pp. 377-390

²⁴² BERGMAN, G. Merle, “The Communal Concept of Law”, en *Yale Law Journal*, vol. 55, nº 1, 1947, pp. 55-82

²⁴³ Morgenthau a Kelsen, 18 de marzo de 1948

²⁴⁴ KELSEN, Hans, *The Political Theory of Bolshevism. A Critical Analysis*, University of California Press, Los Ángeles, 1948

*Science Review*²⁴⁵. En este último se incluyen los párrafos finales de *Wessen un Wert der Demokratie*²⁴⁶, y es significativa la opinión que Morgenthau expresa sobre esta obra: “si me lo permite, considero que usted nunca ha escrito nada tan sublime como esas líneas, y siempre he deseado que pudieran ser accesibles al público anglófono”²⁴⁷.

Esta carta es aprovechada por Morgenthau para manifestar a Kelsen su interés de pasar unos meses en la Costa Oeste: “si la Universidad de California estuviera interesada en cursos de relaciones internacionales y teoría política u otras materias relacionadas, le agradecería mucho si pudiera comunicarles de mi disponibilidad”²⁴⁸. No encontramos entre los archivos la respuesta de Kelsen a esa solicitud, pero sabemos que la atendió diligentemente por la nueva carta que Morgenthau le envía apenas un mes después: “Querido profesor Kelsen, quiero decirle que acabo de aceptar la invitación del profesor Odegard para enseñar en la Universidad de California durante la primera parte del próximo verano. Sé que le debo esta oportunidad a usted, y quiero agradeceréelo. Una de las principales atracciones que me brinda esta oportunidad es la de poder, después de mucho tiempo, volver a mantener algunas buenas conversaciones con usted”²⁴⁹. De la estancia que Morgenthau hizo en Berkeley en el verano de 1949²⁵⁰, no sabemos exactamente cuánto tiempo coincidió con Kelsen como era su deseo, porque, según Métall, Kelsen pasó los meses de julio y agosto de gira por Sudamérica²⁵¹. En cualquier caso, es más que probable que tuvieran algún contacto personal, puesto que a partir

²⁴⁵ KELSEN, Hans, “Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics”, en *American Political Science Review*, vol. 42, n° 5, pp. 906-914

²⁴⁶ KELSEN, Hans, *De la esencia y valor de la democracia*, traducción y estudio preliminar de Luis Requejo Pagés, KRK, Oviedo, 2006 [1920, 2ª ed. 1929]

²⁴⁷ Morgenthau a Kelsen, 8 de noviembre de 1948

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ Morgenthau a Kelsen, 13 de diciembre de 1948

²⁵⁰ Lo cual revela un error en la biografía elaborada por Frei, que data su estancia en Berkeley en 1947 (vid. FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p. 75)

²⁵¹ Vid. MÉTALL, Rudolf A., *Hans Kelsen, obra y vida, cit.*, p. 101

de ese momento se observa un cierto cambio en el tono de sus cartas, y con frecuencia se incluyen cordiales saludos para las respectivas esposas.

Entre la correspondencia analizada se encuentran también un buen número de cartas, fechadas entre 1950 y 1952 que dan cuenta de la activa participación de Morgenthau en la preparación del libro homenaje a Kelsen editado por George Lipsky y publicado en 1953. Ésa no fue la única contribución de Morgenthau²⁵² a un libro homenaje a Kelsen, sino que hay que sumar también la que realizó al volumen editado por Engel y Métall en 1964²⁵³.

En diciembre de 1952 Kelsen escribe desde Ginebra a Morgenthau, solicitando que atienda a uno de sus mejores amigos, que se encontraba de visita por Chicago. Y aprovecha para escribirle unas halagadoras palabras: “ahora estoy enseñando como profesor visitante en el *Institut* [...] de Ginebra donde estuvimos juntos hace tantos años. Puede ser interesante y también producirle cierta satisfacción saber —si no lo sabe todavía—, que usted goza en Suiza de una muy alta reputación entre los politólogos y especialmente entre los internacionalistas, y que su trabajo es bien conocido y por lo general considerado como una sobresaliente contribución a las ciencias sociales. Estoy muy contento de que sea así”²⁵⁴. Morgenthau le contesta pocos días después encantado con los elogios a su trabajo y confirmándole que ha atendido a su amigo como es debido. Pero además le hace una nueva propuesta de colaboración “¿Piensa regresar a los Estados Unidos este curso académico? Si es así, me gustaría conseguir las *Walgreen Lectures* para usted. Están bien pagadas, sobre

²⁵² MORGENTHAU, Hans, J., “Political Limitations of the United Nations”, en LIPSKY George A., (ed.), *Law and Politics in the Contemporary World: Essays on Hans Kelsen's Pure Theory and Related Problems in International Law*, University of California Press, Berkeley, 1953

²⁵³ MORGENTHAU, Hans, J., “The Impartiality of the International Police”, en ENGEL, Salo y MÉTALL, Rudolf A. (eds.), *Law, State, and International Legal Order: Essays in Honor of Hans Kelsen*, University of Tennessee Press, Knoxville, 1964

²⁵⁴ Kelsen a Morgenthau, 13 de diciembre de 1952

1.000\$ por seis conferencias más gastos de viaje [...]. Si me manda unas líneas expresando su interés, veré qué puedo hacer”²⁵⁵.

No volvió Kelsen a tiempo de su estancia en Europa, pero Morgenthau le organizó en Chicago las *Walgreen Lectures* para el año siguiente. Al recibir la invitación, Kelsen contesta agradecido: “sé que debo esta invitación a su iniciativa y quiero agradecerle muy calurosamente su amable interés. He sugerido como tema de mis conferencias *Los fundamentos de la democracia*, y me propongo realizar en esta ocasión algunas precisiones fuertemente críticas respecto de las conferencias pronunciadas en el mismo foro por el profesor Eric Voegelin, publicadas por la *Walgreen Foundation* bajo el título de *La nueva ciencia de la política*²⁵⁶. Espero que la fundación no considere inapropiada esta crítica”²⁵⁷. “No veo ninguna razón —responde Morgenthau— para que usted no deba, y veo muchas razones por las que usted debe ser crítico con el punto de vista de Voegelin en sus conferencias. Lo he hablado con el señor Kerwin, que comparte mi opinión”²⁵⁸. Gracias a estas cartas sabemos, por lo tanto, que debemos (al menos parcialmente) a Morgenthau la que es probablemente una de las más interesantes y claras discusiones acerca del método positivista de las mantenidas por Kelsen²⁵⁹.

²⁵⁵ Morgenthau a Kelsen, 23 de diciembre de 1952. Durante los años que Morgenthau estuvo en Chicago las *Walgreen Lectures* acogieron conferencias que luego fueron el origen de contribuciones tan relevantes a las ciencias sociales como *Natural Right and History*, a cargo de Leo Strauss en 1949 o *The Human Condition*, a cargo de Hannah Arendt en 1956.

²⁵⁶ VOEGELIN, Eric, *La nueva ciencia de la política. Una introducción*, Buenos Aires, Katz, 2006 [1952]

²⁵⁷ Kelsen a Morgenthau, 9 de enero de 1954

²⁵⁸ Morgenthau a Kelsen, 19 de enero de 1954

²⁵⁹ KELSEN, Hans, *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin*, ed. Eckhart Arnold, Buenos Aires, Katz, 2006 [2004]. Kelsen desistió de publicar este libro en su día, como explica Eckhart Arnold en el postfacio, puesto que deseaba proseguir la discusión con Voegelin, quien había sido discípulo suyo en Viena. Extrañamente, Arnold dice ignorar el contexto de la elaboración de la réplica de Kelsen, ignorancia que podría ser colmada gracias a la correspondencia entre Kelsen y Morgenthau para la preparación de las conferencias que Kelsen impartiría en abril de 1954 en Chicago (*vid.* ARNOLD, Eckhart, “Postfacio”, en KELSEN, Hans, *¿Una nueva ciencia de la política?... cit.*, pp. 245-296, pp. 258 y ss.) A cambio, Kelsen publicó parcialmente el contenido de aquellas conferencias en el artículo “Foundations of Democracy”, en *Ethics*, vol. 66, n° 1, 1955, pp. 1-101. Hay una versión castellana: “Los fundamentos de la democracia”, en *Escritos sobre democracia y socialismo*, ed. a cargo de Juan Ruiz Manero, Madrid, Debate, pp. 207-333

Continúan durante años los envíos de sus publicaciones y los intercambios de palabras afectuosas, que confirman sus encuentros ocasionales en eventos académicos. En julio de 1969 Morgenthau escribe a Kelsen contándole que a su paso por Viena encontró una carta suya de 1930, en la que decía que la decisión más importante de su vida había sido la de estudiar derecho, aun cuando su principal interés era la filosofía “quise comprar la carta y para presentársela, pero mi intención se vio frustrada [...] porque otro admirador ya la había comprado. Debo añadir que era bastante cara (200 shillings) pero estoy convencido de que su valor se incrementará con el tiempo”²⁶⁰. El reconocimiento de Morgenthau por el viejo profesor también creció con los años. En 1970 le escribe pidiéndole autorización para hacerle una dedicatoria en un libro: “le tengo que pedir un favor. Voy a publicar en este otoño una colección de ensayos bajo el título *Truth and Power*. No puedo pensar en nadie más digno que usted para la dedicatoria de un libro como este. Si lo he entendido correctamente, el trabajo de toda su vida ha consistido en decir la verdad al poder”²⁶¹. Kelsen considerará esa dedicatoria²⁶² como “un gran honor, por el que estoy profundamente agradecido”²⁶³. La última carta que se conserva, finalmente, es la que Morgenthau envía a Kelsen para felicitarle por su noventa cumpleaños:

“Querido profesor Kelsen: su vida ha significado una cosa para mí: la constante y audaz búsqueda de la verdad, sin temer hacia dónde pueda conducir. Su ejemplo me ha enseñado lo que es ser un académico. Por esa lección tengo con usted una deuda de gratitud que sólo podré pagar siguiendo su ejemplo”²⁶⁴.

Esta correspondencia, en definitiva, no deja lugar a dudas de que, a partir de su encuentro en Ginebra, Kelsen y Morgenthau mantuvieron siempre el contacto. Y no sólo eso, sino que gracias a ella podemos saber que conocían y respetaban sus

²⁶⁰ Morgenthau a Kelsen, 29 de julio de 1969

²⁶¹ Morgenthau a Kelsen, 28 de abril de 1970

²⁶² La dedicatoria finalmente fue la siguiente: “A Hans Kelsen, quien, con su ejemplo, nos ha enseñado a cómo decir la verdad al poder” (Morgenthau, Hans J., *Truth and Power...* cit., p. v)

²⁶³ Kelsen a Morgenthau, 4 de mayo de 1970

²⁶⁴ Morgenthau a Kelsen, 4 de octubre de 1971

respectivas obras. Los diferentes caminos teóricos que escogieron al llegar a América, como se ha dicho, hicieron muy difícil un diálogo teórico directo entre ambos. Las citas a Kelsen en las obras de Morgenthau se hacen ciertamente escasas a partir de su llegada a América, pero existen. Mucho más escasas son todavía las citas a Morgenthau en las obras de Kelsen²⁶⁵. El principal objetivo de esta tesis consiste precisamente en tratar de recrear cómo podría haber sido ese diálogo, que bien podría haberse producido en torno al gran tema de la construcción de la paz mundial. Para ello en los próximos capítulos se profundizará en los múltiples puntos de contacto y también en las innumerables divergencias que existen entre las obras de ambos autores.

²⁶⁵ Las únicas citas que he podido encontrar se sitúan en el tercer capítulo de su *Collective Security under International Law* (1957), en los apartados que dedica a las alianzas y al equilibrio del poder y a las posiciones que atacan a la lógica jurídica de la seguridad colectiva; materia en la que ciertamente Morgenthau se había convertido en una figura ineludible (*vid.* KELSEN, Hans, *Collective Security... cit.*, p. 51).

PARTE II

La paz a través del derecho:

El pacifismo jurídico de Hans Kelsen

Capítulo II

La teoría pura y el derecho internacional

El objetivo de este capítulo es proporcionar una reconstrucción crítica de la teoría del derecho internacional de Kelsen. Elaborada en un tiempo de profundas convulsiones en el escenario mundial, esta teoría es pensada como una contribución a la causa de la paz. Un derecho internacional técnicamente evolucionado sería el instrumento decisivo para eliminar la guerra como medio de resolución de conflictos entre los estados; y, con ese fin, Kelsen se propone aplicar los postulados de su teoría pura del derecho al ámbito internacional. La teoría kelseniana del derecho internacional, ya lo podemos adelantar, tendría dos fines principales: en primer lugar, reafirmar la naturaleza jurídica del derecho internacional y, en segundo lugar, establecer su primacía respecto del orden estatal. Ambas ideas supondrán un importantísimo esfuerzo teórico para el jurista de Viena. Un esfuerzo mantenido a lo largo de décadas y que pone de manifiesto las virtudes, pero también los límites, de su teoría pura. ¿Hasta dónde se puede llegar con la estricta racionalidad jurídica y a partir de dónde será imprescindible recurrir a la política? ¿Cumple la técnica del derecho internacional un papel tan relevante en la construcción de la paz mundial como el que le atribuye Kelsen o, por el contrario, los esfuerzos deben centrarse en el ámbito de la política y en la constatación de las relaciones de poder realmente existentes, como proponía Morgenthau?

Kelsen, qué duda cabe, se encuentra entre los teóricos del derecho del siglo XX más estudiados. No sólo existen innumerables estudiosos de su obra, sino auténticos *kelsenólogos*¹, especialistas que han hecho del jurista vienés el objeto principal de sus investigaciones, analizando, desarrollando y criticando cada uno de los múltiples aspectos de su inmensa obra. La teoría kelseniana sobre derecho internacional,

¹ Standley L. Paulson, Robert Walter, Rudolf A. Métall, Mario G. Losano, Agostino Carrino, o Ulises Schmill, por nombrar sólo algunos de los más conocidos.

aunque quizá todavía no se ha desarrollado con la profundidad que hubiera sido deseable, no ha sido una excepción. En los últimos años han aparecido un buen número de estudios sobre ella. El más completo de ellos, en mi opinión, es el libro de Jochen von Bernstorff, *The Public International Law of Hans Kelsen* (2010)², que distingue claramente, como se ha intentado hacer aquí, entre el desarrollo de la teoría pura en el ámbito internacional —una tarea marcada por la *búsqueda de la objetividad* en el derecho internacional— y su concreción política, que propondría la construcción de un *derecho universal* o cosmopolita. Limitándonos sólo a las monografías, otros trabajos dignos de mención son el de Jörg Kammerhofer, *Uncertainty in International Law. A Kelsenian Perspective* (2011)³, en donde se abordan desde la perspectiva kelseniana algunos de los principales problemas de la teoría del derecho internacional actual; o, algo más antigua, la obra de Cécile Tournaye, *Kelsen et la sécurité collective* (1995)⁴. A ellas hay que sumarle la reciente monografía de Mónica García-Salmones, *The Project of Positivism in International Law* (2013)⁵, que sitúa la obra de Kelsen, junto con la de Lassa Oppenheim, como una contribución clave para el desarrollo de la teoría del derecho internacional desde un enfoque positivista.

La teoría kelseniana sobre derecho internacional, hay que decir, no únicamente ha sido estudiada por los teóricos del derecho. Para los internacionalistas las posiciones de Kelsen prácticamente se han convertido en una referencia ineludible, como muestran las autorizadas opiniones de Richard Falk⁶, Antonio Cassese⁷ o Martii

² von BERNSTORFF, Jochen, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen. Believing in Universal Law*, Cambridge University Press, 2010

³ KAMMERHOFER, Jörg, *Uncertainty in International Law. A Kelsenian Perspective*, Routledge, Londres, 2011

⁴ TOURNAYE, Cécile, *Kelsen et la sécurité collective*, Ed. Université Panthéon-Assas (Paris II), L.G.D.J., París, 1995

⁵ GARCÍA-SALMONES ROVIRA, Mónica, *The Project of Positivism in International Law*, Oxford University Press, 2013

⁶ FALK, Richard, *The Status of Law in International Society*, Princeton University Press, 1970, p. X

⁷ CASSESE, Antonio, *Il diritto internazionale nel modo contemporaneo*, il Mulino, Bolonia, 1984, p. 29

Koskenniemi⁸; o el monográfico que la *European Journal of International Law* le dedicó en 1998⁹.

En este capítulo veremos en primer lugar de forma muy breve algunas de las premisas de las que parte el pensamiento jurídico de Kelsen (1). A continuación estudiaremos los principales elementos de su teoría pura, centrándonos especialmente en el acomodo que encuentran en sus obras internacionalistas (2). Y, en último lugar, se detallarán los argumentos en base a los cuales Kelsen defiende la primacía del derecho internacional sobre el estatal a partir de las discusiones teóricas mantenidas con partidarios de otras posiciones (3). La premisa sobre la que se asienta todo el desarrollo de esta teoría internacionalista kelseniana es muy clara: que sólo a través de la evolución técnica del derecho internacional se podría avanzar hacia la paz. Y eso, en el contexto histórico en el que Kelsen vivió, pensó y escribió significaba una gigantesca responsabilidad.

2.1. Premisas metodológicas y epistemológicas en Kelsen

2.1.1. Más allá de la tradicional Staatsrechtslehre

Georg Jellinek moría en Heidelberg cuando la primera edición de los *Hauptprobleme* se encontraba ya en la imprenta¹⁰. En esa primera gran obra Kelsen formula un amplio catálogo de objeciones a la tradicional¹¹ *Staatsrechtslehre* alemana, tal y como venía siendo formulada por importantes maestros del derecho público alemán como Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband o el propio Jellinek. En el prefacio se llama la atención sobre la falta de fundamentos filosóficos de la doctrina jurídica,

⁸ KOSKENNIEMI, Martii, *From Apology to Utopia... cit.*, p. 226

⁹ *European Journal of International Law*, nº 9, 1998. Con colaboraciones, entre otros, de Anthony Carty, Charles Leben, Clemens Jabloner, Alexander Somek, François Rigaux o Danilo Zolo.

¹⁰ *Vid.* KELSEN, Hans, *Problemi fondamentali... cit.*, p. 14

¹¹ El adjetivo *tradicional* es profusamente utilizado por el mismo Kelsen en los *Hauptprobleme*.

que conducía a un sinfín de confusiones y errores metodológicos. “Creo firmemente que no sólo es posible, sino necesario y de gran utilidad descubrir las relaciones existentes entre el pequeño mundo de la ciencia jurídica y el gran mundo del sistema filosófico universal”¹², escribía Kelsen en lo que era toda una declaración de intenciones.

Kelsen encuentra en Kant —en un Kant particularmente mediado por la escuela neokantiana de Marburgo, con Hermann Cohen a la cabeza— lo que considera un adecuado fundamento para solucionar esas carencias filosóficas y metodológicas¹³. Postulados tan característicos de la teoría kelseniana como el dualismo entre *ser* y *deber ser*, la sustitución de hipóstasis y postulados metafísicos por categorías trascendentes como condiciones de la experiencia, la transformación de antítesis absolutas en diferencias relativas o el paso de la esfera subjetivista del psicologismo a la esfera de la validez-lógico objetiva¹⁴ tienen su origen en la filosofía kantiana. Es Kant quien en su *Crítica de la razón pura (Kritik der Reiner Vernunft)*¹⁵ emprende la tarea de separar la razón práctica de la razón pura, la naturaleza de la moral, el ser (*Sein*) del deber ser (*Sollen*). Es también Kant quien muestra que para que un conjunto de conocimientos pueda ser llamado *ciencia* debe instituir un *sistema*; es decir, una totalidad de elementos cerrada e independiente que interaccionan de acuerdo a unos principios comunes. Cada ciencia, por lo tanto, deberá corresponderse con un objeto y un método propio. De ahí que el postulado fundamental de la teoría pura del derecho desarrollada por Kelsen sea el de la unidad del conocimiento científico, que implica que el único objeto que interesa a la

¹² Vid. KELSEN, Hans, *Problemi fondamentali... cit.*, p.13

¹³ Sobre los fundamentos kantianos de la teoría kelseniana, *cf.* PAULSON, Standley L., *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*, trad. de Luis Villar Borda, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2000

¹⁴ Vid. KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado, cit.*, p. XVIII

¹⁵ KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, intro. y trad. de Pedro Ribas, RBA, Barcelona, 2004 [1781, 2ª ed. 1787]

ciencia¹⁶ del derecho sea el propio derecho y que el único método que pueda emplear sea un método específicamente jurídico.

Los intentos emprendidos por el positivismo de von Gerber o Laband por separar el derecho de los elementos “histórico-políticos” quedan para Kelsen en agua de borrajas, ya que la falta de un método adecuado les hace refugiarse en la doctrina de la personalidad jurídica del estado, en cuanto que dotado con derechos y voluntad propia. Lo mismo pensará Kelsen de la teoría jellinekiana de la “doble naturaleza del estado”, que consideraba que éste podía concebirse desde un punto de vista jurídico, pero también desde un punto de vista social, confundiendo así tanto su objeto como su método¹⁷. La ciencia jurídica necesitaba un método propio, específicamente jurídico, que le permitiera superar las contradicciones que le afectaban, la más grave de las cuales era probablemente aquella según la cual el estado, como titular de la soberanía, no era creado por las normas jurídicas, sino creador último de ellas.

Ese método específicamente jurídico se construirá a partir de la llamada doctrina de la proposición jurídica¹⁸. De acuerdo con el esquema básico de la proposición jurídica, toda norma jurídica consiste en un hecho (llamado *hecho antijurídico* o *illicito*) asociado a otro hecho (llamado *consecuencia jurídica* o *sanción*) mediante un vínculo específico (llamado *imputación*). La teoría pura del derecho, dice Kelsen, se propone responder a la pregunta a propósito de qué es y cómo es el derecho, pero no le interesa cómo debe ser el derecho¹⁹, cuestión que recaería en el campo de la política jurídica, considerada como un ámbito de la ciencia política y no de la ciencia jurídica. En el prefacio de *TPD* Kelsen declara que su teoría pura no quiere ser

¹⁶ La utilización aquí de la expresión *ciencia del derecho* o *ciencia jurídica* se adapta al lenguaje kelseniano, y no prejuzga por mi parte que el derecho en verdad merezca el *status* epistemológico de ciencia, y no de técnica o arte. Baste recordar las famosas palabras de von Kirchmann: “tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura” (von KIRCHMANN, Julius H., *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. y escrito preliminar de Antonio Truyol y Serra, Civitas-Colección de Estudios Políticos, Madrid, 1949 [1847], p. 54).

¹⁷ Vid. JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, cit., pp. 188 y ss.

¹⁸ Vid. KELSEN, Hans, *Problemi fondamentali...* cit., pp. 231 y ss.

¹⁹ Vid. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.) cit., p. 25

política del derecho, sino ciencia del derecho; y como tal aspira a los ideales de toda ciencia: “objetividad y exactitud”²⁰. Por eso, la teoría pura se plantea la necesidad de distinguir perfectamente al derecho de otros fenómenos sociales, en particular de las normas de otros órdenes normativos, y destacadamente de la moral. Los criterios morales o de justicia no servirán para determinar la validez de las normas jurídicas. En palabras de Kelsen, su teoría pura “quiere exponer el derecho tal cual es, sin legitimarlo por justo o descalificarlo por injusto; se pregunta por el derecho real y posible, no por el derecho justo”²¹. Se evita así valorar el contenido del derecho positivo, ya que lo que le interesa es el análisis de su estructura. Esa tendencia antiideológica es lo que para Kelsen caracteriza a la teoría pura como verdadera ciencia jurídica. Contra teorías de la época como las de Hermann Kantorowicz o Eugen Ehrlich²², que comenzaban a reivindicar la introducción de elementos sociológicos en el análisis del derecho, la teoría pura del derecho es la teoría del positivismo jurídico precisamente porque nada ajeno al derecho positivo puede ser tenido en cuenta por ella²³.

Las reacciones a la nueva metodología impulsada por Kelsen, como puede imaginarse, fueron muchas y muy variadas. De entre todas ellas, es interesante dar aquí cuenta mínimamente de la crítica que el internacionalista conservador Erich Kaufmann²⁴ formuló contra sus posiciones neokantianas. El interés viene dado no solamente por su profundidad y porque Kelsen respondió directamente a ella, sino también porque dicha crítica condiciona de manera importante la visión de

²⁰ *Ibid.*, p. 17

²¹ *Ibid.*, p. 43

²² Sobre la polémica mantenida entre Kelsen y Ehrlich, *cfr.* ROBLES MORCHÓN, Gregorio, “La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XIX, 1976-1977, pp. 183-197; también Id., *La ley y el derecho vivo. Método jurídico y sociología del derecho en Eugen Ehrlich*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002

²³ *Vid.* KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.) *cit.*, p. 67

²⁴ Para una buena retrospectiva sobre la obra de Erich Kaufmann (no confundir con el Felix Kaufmann discípulo de Kelsen en Viena), *cfr.* KOSKENNIEMI, Martii, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, 2001, pp. 179 y ss.

Morgenthau sobre las premisas filosóficas que sustentan la teoría pura [*infra*, 4.1.2]. Kaufmann, que había defendido con todo el vigor la vigencia de la cláusula *rebus sic stantibus* y, con ella, la primacía del derecho estatal, acusaba al método jurídico puro propuesto por Kelsen de conducir a la ciencia jurídica a una “estéril autosuficiencia, aislada de las realidades de la vida social y política”²⁵. El derecho no podía ser comprendido para Kaufmann como un hecho aislado. En consecuencia, para comprender los fenómenos jurídicos en absoluto podía bastar con una perspectiva puramente lógico-normativa, sino que el jurista debía proveerse *también* de métodos históricos, psicológicos y sociológicos²⁶. Y ello porque, siguiendo una concepción agonística anti-liberal compartida con Schmitt o Morgenthau, las contradicciones forman inevitablemente parte de cualquier sistema social y su eliminación completa no puede ser posible²⁷. Kaufmann, aunque en una interpretación llena de malentendidos —como el propio Kelsen señaló en su defensa²⁸—, consideró que la primacía del derecho internacional, que conducía a la defensa de un estado mundial por parte de Kelsen, constituía la consecuencia última de su neokantianismo y, por eso mismo, la más clamorosa muestra de lo equivocado de una concepción del derecho que pretendía hacer una total abstracción de las condiciones socio-políticas que lo sustentaban.

Poniendo el debate entre Kelsen y Kaufmann en el trasfondo de la influencia que los cambios políticos y sociales estaban teniendo sobre el derecho internacional de la época de entreguerras, Koskenniemi ha destacado que mientras que en Kelsen (inspirado por Kant) el pacifismo era consecuencia de un relativismo extremo, el cual implicaba una sociedad de individuos aislados y, por lo tanto, incapaces de alcanzar cualquier ideal social, la concepción exaltada que Kaufmann (inspirado por Hegel) tenía de la colectividad materializada en el estado anulaba al individuo. Las

²⁵ KAUFMANN, Erich, *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, ed. a cargo de Agostino Carrino, trad. Roberto Miccú y Agostino Carrino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 6

²⁶ *Vid. Ibid.*, p. 25

²⁷ *Vid. Ibid.*, p. 27

²⁸ *Vid. KELSEN, Hans, “Anticritica”, en KAUFMANN, Erich, Critica della filosofia neokantiana... cit.*, pp. 97-102

consecuencias políticas serían graves: “Mientras que la perspectiva de Kant y Kelsen conducía a un alienado agnoscitivismo moral, vulnerable a la crítica de la razón técnica, la perspectiva de Hegel y Kaufmann preparaba el terreno para un estado totalitario”²⁹.

2.1.2. La pureza metodológica

La metodología científica propuesta por Kelsen, basada en el seguimiento de un razonamiento estrictamente jurídico³⁰, es lo que permite a la teoría pura del derecho alcanzar su pureza. Completamente separada de consideraciones morales, sociológicas, religiosas o políticas, la ciencia del derecho aspira a ser una ciencia objetiva y puramente formal a través del seguimiento de un método científico. La validez de las normas jurídicas únicamente se podrá determinar en relación a otras normas positivas y nunca en relación a criterios extra-jurídicos. Ahora bien, debe advertirse que la tajante distinción derecho-moral, no implica para Kelsen la amoralidad del derecho: “naturalmente, en manera alguna se niega por esto la exigencia de que el derecho debe ser moral, es decir, bueno”³¹. Lo que la teoría pura rechaza es que el derecho sea una parte integrante de la moral, pero no sostiene que el derecho carezca en absoluto de moralidad. Dicho de otra forma, que el derecho sea independiente de la moral implica que no se puede acudir a criterios morales para determinar la validez de las normas jurídicas; pero en ningún caso significa negar que todo derecho contenga una cierta carga moral, sea la que sea³². Esta idea deberá ser tenida en cuenta para responder algunas de las críticas que se han formulado a la aplicación de la teoría kelseniana al ámbito del derecho internacional.

²⁹ KOSKENNIEMI, Martii, *The Gentle Civilizer... cit.*, p. 257

³⁰ Cabe advertir que la lógica jurídica irá perdiendo influencia en sus últimos escritos, particularmente en *TGN*, obra en la que cobra una nueva importancia el voluntarismo. Esta tendencia se aprecia ya en la edición italiana de *TPD2*, publicada en 1966 y traducida por Losano, quien introdujo los cambios indicados por Kelsen en este sentido (*vid.* LOSANO, Mario G., “Saggio introduttivo”, en KELSEN, Hans, *Dottrina pura del diritto*, Einaudi, Turín, 1966, pp., XIII-LVII)

³¹ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.) *cit.*, p. 38

³² *Vid. Ibid.*, p. 67

Además de para distinguir con nitidez al derecho de otros órdenes normativos, la pureza metodológica también sirve para destacar la específica dinámica del derecho como fenómeno social (como *técnica social específica*), con un funcionamiento del todo diferente a las ciencias de la naturaleza. Mientras que la lógica del orden natural es la de la *causa-efecto*, los órdenes normativos como el derecho están presididos por una lógica específica que gira en torno al *deber*. Mientras que el orden natural se refleja en un plano ontológico (del ser, del *Sein*), el orden normativo lo hace en un plano deontológico (del deber ser, del *Sollen*). “Si es A, *será* B” puede ser la formulación de una ley natural. En cambio, la formulación de una norma social debe ser siempre del tipo “si es A, entonces *debe ser* B”. Un cuerpo no podría violar nunca una ley natural, y si lo hace es que ésta estaba mal formulada. Por el contrario, resulta superfluo decir que las personas pueden violar las normas y que, de hecho, lo hacen diariamente. Sin embargo, en ningún caso la violación de una norma significa que esta norma no sea válida; significará más bien que se cumple el hecho condicionante para que se produzca la sanción prevista por el ordenamiento. Por ello, según la concepción kelseniana, el hecho antijurídico no significa nunca la negación del derecho, sino que, antes al contrario, lo antijurídico es precisamente el presupuesto que lo jurídico necesita para existir (en forma de sanción). Así, “el derecho mal puede ser violado o infringido por lo antijurídico, cuando sólo por lo antijurídico logra su función esencial. Lo antijurídico no significa [...] una interrupción en la existencia del derecho, sino precisamente lo contrario: en lo antijurídico se confirma la existencia del derecho, que consiste en su validez en el *deber ser* del acto coactivo en tanto consecuencia jurídica”³³. He aquí la esencia de la teoría de la proposición jurídica.

La independencia de la ciencia jurídica de otras ciencias implica que se debe distinguir con claridad el sentido subjetivo y el sentido objetivo de los hechos

³³ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.) cit., p. 55

regulados por el derecho. “La norma —afirma Kelsen—, como específico substrato de sentido, es cosa distinta del acto psíquico en que es querida o representada”³⁴. Es la especificidad de la proposición jurídica lo que distingue definitivamente al derecho de cualquier otra ciencia. Lo que las normas jurídicas hacen es otorgar un específico sentido objetivo a un hecho de la realidad y este específico sentido será independiente de la forma en la que el contenido de la norma se represente subjetivamente en cada individuo. Así, la calificación jurídica hace que un mismo supuesto de hecho pueda ser un delito o un castigo. El hecho de que una persona mate a otra puede ser un delito (homicidio) o un castigo (pena de muerte). De igual forma, y por poner un ejemplo del ámbito internacional, el hecho de un ataque militar ejecutado por un estado en el territorio de otro (la guerra), podrá ser contemplado o bien como un delito (*guerra injusta*, o, mejor, *ilegal*) o bien como un castigo (*guerra justa* o, mejor, *legal*).

2.1.3. Posicionamiento político y actitud científica

Antes de ver con más detalle la plasmación de estas premisas metodológicas dentro de la teoría pura del derecho en general y dentro de la teoría del derecho internacional en particular, convendría dejar apuntadas solamente algunas precisiones acerca de los posicionamientos políticos de Kelsen. Puede ser conveniente porque, como acabamos de ver, una ciencia pura del derecho se caracteriza por prescindir de cualquier elemento extra-jurídico en orden a determinar la validez de una norma. Pero ello no significa que, como le acusaron sus adversarios, como le acusaba Erich Kaufmann, Kelsen sea ajeno a la política que envuelve al derecho y que inevitablemente crea las condiciones para el establecimiento de cualquier ordenamiento jurídico. El problema del método jurídico, insistía ya en los *Hauptprobleme*, es un problema de límites³⁵ y la tarea que

³⁴ *Ibid.*, p. 31

³⁵ *Vid.* KELSEN, Hans, *Problemi fondamentali... cit.*, p. 6 y p. 9

la teoría pura se propone consiste justamente en determinar con precisión esos límites. Una vez determinados, de lo que se trata no es de hacer desaparecer ni de ocultar las preferencias éticas o políticas del jurista; sino de que ellas no interfieran en la manera en que éste se relaciona con las normas jurídicas, que debe ser una forma totalmente objetiva.

De esta manera, Kelsen no solamente no ocultó sus preferencias ético-políticas, sino que también cultivó académicamente los campos de la teoría política³⁶, la democracia³⁷, la sociología o la filosofía moral. El recorrido por ellas no deja lugar a dudas: Kelsen defendió la democracia parlamentaria en lo político, la socialdemocracia en el terreno económico³⁸ y los ideales cosmopolitas en el terreno ético. Pero la virtud (¿o acaso el defecto?) de la metodología pura consistía precisamente en delimitar con exactitud dónde acababa el ciudadano comprometido con la democracia y dónde comenzaba el jurista que se debía a la neutralidad del derecho vacío de contenido; dónde terminaba el escritor que soñaba con un mundo cosmopolita en el que todas las naciones fueran hermanas y dónde empezaba el frío internacionalista que se veía obligado a aceptar como jurídicamente aceptables también las concepciones que, al abrigo del dogma de la soberanía, proclamaban la supremacía del derecho estatal sobre el internacional.

Por supuesto, puede cuestionarse —y la propuesta de su pacifismo jurídico es, como veremos, una buena muestra de ello— si Kelsen realmente consigue mantener el equilibrio entre la avaloratividad de su teoría jurídica y el contenido de sus preferencias ético-políticas. Y es que si en algo tiene razón la crítica de Kaufmann al neokantianismo de Kelsen es que su teoría no deja de ser en ningún momento hija de

³⁶ Un repaso de las preferencias políticas de Kelsen puede verse en: PECORA, Gaetano, *Il pensiero politico di Kelsen*, Laterza, Bari, 1995; y, más resumidamente, en V.V.A.A., “El pensamiento político de Hans Kelsen”, en *Boletín del Área de Derecho Público —BADP—*, nº 1, Julio/Septiembre 2009

³⁷ Entre su obras más representativas en este ámbito, deben citarse: KELSEN, Hans, *De la esencia y valor de la democracia*, *cit.*; e Id., “Los fundamentos de la democracia”, *cit.*

³⁸ Famoso fue su enfrentamiento con Hayek a propósito de la compatibilidad entre la democracia y el socialismo (*cfr.* KELSEN, Hans, “Los fundamentos de la democracia”, *cit.*, pp. 307 y ss.; *cfr.* HAYEK, Friedrich A., *Camino de servidumbre*, Alianza, Madrid, 2005 [1944])

su tiempo³⁹. No puede tratarse del definitivo y más acabado producto de la razón, sino que nace en un contexto determinado y para intentar dar respuesta a las realidades que la condicionan⁴⁰. En efecto, la amenaza de los totalitarismos en el ámbito interno y la catástrofe de la guerra en el ámbito internacional marcan a fuego el devenir de la obra kelseniana, que por todos los medios trata de librarse de las pasiones que la tientan para ofrecer la respuesta más racional posible. Veamos, pues, cómo se concreta esa respuesta en la teoría de un derecho internacional construido como un canto a la paz.

2.2. Elementos de la teoría pura del derecho en el ámbito internacional

En este apartado se intentará proporcionar un perfil general de la teoría del derecho kelseniana, describiendo algunos de sus puntos principales y relacionándolos con las cuestiones concretas que plantea su aplicación al ámbito del derecho internacional. No se pretende proporcionar una definición acabada y completa de la teoría pura del derecho, sino únicamente resaltar aquellos puntos de esta forma de contemplar y entender el derecho que son determinantes en la construcción de la teoría del derecho internacional propuesta por Kelsen. Una construcción que —cabe insistir— es planteada como la más importante aportación que se puede realizar a la causa de la paz.

Además las obras específicas sobre la teoría del derecho internacional, en este epígrafe se han tomado como referencia fundamentalmente las posiciones expuestas por Kelsen en *TPD*, puesto que esta obra, publicada en 1934, constituye sin duda el principal exponente de la teoría kelseniana⁴¹ dentro del periodo en el cual la relación

³⁹ *Vid.* KAUFMANN, Erich, *Critica della filosofia... cit.*, pp. 9-10

⁴⁰ *Vid.* KOSKENNIEMI, Martii, *The Gentle Civilizer... cit.*, pp. 242 y ss.

⁴¹ Para una contextualización de la obra, *cfr.* TREVES, Renato, “Prefazione”, en KELSEN, Hans, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Turín, 2000 [1934]

de Morgenthau con ella presenta una mayor intensidad (entre 1933 y 1940). Oportunamente se dará cuenta de las variaciones entre esa primera edición de la teoría pura y la segunda (1960) y se analizarán los matices respecto de la evolución en la forma de contemplar las relaciones entre la paz y el derecho [*infra*, 3.1.1.b].

Siguiendo a Bruno Celano⁴², para analizar el conjunto de la teoría pura del derecho puede empezarse por una definición general a partir de la que ir desprendiendo sus características esenciales. Una definición de derecho —de las tantas que serían posibles⁴³— a partir de Kelsen podría ser la siguiente:

El derecho es un orden (1) coactivo (2) que tiene por objetivo determinar la conducta humana (3).

De esta definición se pueden derivar tres características fundamentales: *sistematicidad*, *coactividad* y *funcionalidad*. Veamos, en primer lugar, de forma resumida el significado de cada una de estas características para dedicar a continuación un apartado al desarrollo de cada una de ellas, relacionándolas con la problemática particular que plantea su aplicación al ámbito del derecho internacional.

1. *Sistematicidad*. Que el derecho sea un *orden* quiere decir que debe concebirse como un *sistema* de normas. Una norma será una norma jurídica, es decir, será una norma que pertenece al *sistema derecho*, si su validez deriva de una norma superior que pertenezca a tal sistema. En virtud del principio de la unidad del conocimiento científico, todas las normas que formen parte de un mismo sistema de normas deben encontrar su fundamento último en una misma norma. En el esquema kelseniano esa

⁴² Vid. CELANO, Bruno, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 12

⁴³ En el conjunto de escritos de Kelsen no se encuentra una única y definitiva definición de derecho, sino múltiples definiciones en función del contexto. Como ha afirmado Jabloner: “En Kelsen no encontramos en una sola frase la concisa definición de su concepto del derecho, puesto que la teoría pura del derecho comprende esta noción desde diferentes perspectivas”, JABLONER, Clemens, “El concepto jurídico de la teoría pura del derecho”, en VILLAR BORDA, Luis (Comp.), *Hans Kelsen, 1881-1973*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2004, pp. 17-44, p. 17

norma última que ejerce como fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico recibe el nombre de *Grundnorm* o *norma fundamental*. Ésta es una norma hipotética (no puesta, sino supuesta) que no tiene un contenido material, sino meramente formal, puesto que consiste únicamente en habilitar a la autoridad suprema, sea la constitución o el monarca. En otras palabras —y aunque admitiría varias fórmulas⁴⁴—, la norma fundamental indicaría: *compórtate como la autoridad suprema ordene* o, más correctamente, “*debe realizarse la coacción bajo las condiciones y en la forma que determinan el primer constituyente o las instancias en que él hace delegación*”⁴⁵. A partir de esta habilitación a la autoridad suprema, Kelsen construye una teoría escalonada del ordenamiento jurídico en la que cada norma encuentra su fundamento de validez en la norma inmediatamente superior hasta llegar a la norma fundamental que cierra y proporciona unidad a todo el sistema. Todas las normas jurídicas son producidas por el propio ordenamiento jurídico mediante la cadena de habilitaciones establecida a partir de la *norma fundamental*. Se dice que el derecho posee la característica de la *autoproducción* porque nada ajeno al sistema jurídico puede determinar la validez de una norma jurídica. De esta forma, la teoría pura del derecho establece una nítida distinción entre el derecho y el resto de órdenes normativos, fundamentalmente la moral. El derecho se diferencia de ella en su forma de producción normativa: mientras que la moral es un sistema estático, cuyas normas pueden derivarse del contenido material de una primera norma fundamental; el derecho es un sistema dinámico, el contenido de cuyas normas no puede deducirse de la *Grundnorm* en base a una operación lógica porque esta norma fundante no tiene ningún contenido material, sino que es el inicio de una cadena de habilitaciones a diferentes autoridades normativas para producir normas jurídicas a través de concretos actos de voluntad.

⁴⁴ Vid. PAULSON, Standley L., “Las diferentes formulaciones de la *norma fundamental*”, en Id., *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*, cit.

⁴⁵ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.) cit., p. 98

Relacionando la característica así esbozada con el derecho internacional, cabe plantearse la cuestión de cómo se pueden incardinar teóricamente las normas del derecho internacional dentro de ese sistema único que es el derecho: ¿qué posición ocupan dentro de la *pirámide normativa* las normas del derecho internacional?; y, previamente, ¿cómo es la jerarquía de fuentes en el derecho internacional?

2. *Coactividad*. Que el derecho sea un orden *coactivo* quiere decir que debe ser visto como una *específica técnica social* que se diferencia del resto de órdenes normativos en que es capaz de imponerse, si es necesario, a través del uso institucionalizado de la fuerza. Toda norma jurídica, por lo tanto, debe presentar la nota de la *coactividad*. Ésta es la característica determinante para diferenciar una norma jurídica de otra que no lo es. Así lo refleja la estructura básica de la proposición jurídica que dibuja Kelsen. La lógica de las normas jurídicas es una lógica *específicamente jurídica*, totalmente diferente a las leyes de la naturaleza. Ya hemos visto que mientras que la norma natural se encuentra en un plano ontológico o del ser (*Sein*), la norma jurídica se encuentra en un plano deontológico o del deber ser (*Sollen*). El contenido del hecho que *debe ser* aplicado como consecuencia jurídica del hecho ilícito es siempre una sanción que, *a priori*, podrá ser de dos tipos: pena o ejecución forzosa —sanción penal o sanción civil—. Será la autoridad habilitada por el ordenamiento jurídico la que *deba* realizar el acto coactivo en el que consiste esa sanción. Es esa vertiente coactiva la que determina para Kelsen la especificidad de las normas jurídicas y las diferencia de otros órdenes normativos.

Si las normas jurídicas son siempre normas coactivas, una segunda cuestión que cabe plantear en relación con el orden internacional es cómo puede ser calificado como jurídico un sistema, como el derecho internacional, que no dispone, en principio, de un aparato coercitivo capaz de imponer por la fuerza la aplicación de sus normas. ¿Acaso no es más bien el derecho internacional una simple moral social, un conjunto de reglas que no reúnen las mínimas condiciones para poder ser llamado derecho?

3. *Funcionalidad*. Que el derecho sea un orden coactivo que *tiene como objeto determinar la conducta humana* implica que cualquier análisis jurídico debe tener en cuenta el criterio de *funcionalidad* de las normas. Toda norma jurídica está enfocada a condicionar la conducta de un ser humano. De acuerdo con el esquema básico de la proposición jurídica apenas visto, el ordenamiento asocia una consecuencia de derecho (sanción) a una conducta humana que es calificada como acto ilícito. Ese acto ilícito es la conducta que el ordenamiento jurídico trata de evitar y para ello le imputa una sanción, es decir, un hecho que necesariamente se debe presentar como desagradable al individuo, generalmente consistente en la privación de derechos⁴⁶. Si el individuo quiere evitar esta privación, evitará entonces la realización del acto antijurídico. De esta manera, puede afirmarse que el derecho no es un fin, sino un medio para conseguir las conductas humanas que cada sociedad desea. Precisamente porque el objeto de las normas jurídicas es la regulación de la conducta humana, la conducta humana es siempre un contenido necesario de toda norma jurídica.

Teniendo en cuenta que el contenido específico de las normas jurídicas debe ser el comportamiento humano y que tradicionalmente los destinatarios de las normas del ordenamiento jurídico internacional han sido los estados y no los individuos, es posible plantearse una tercera pregunta: ¿cómo puede afirmarse entonces que es derecho un ordenamiento como el internacional que, en principio, no pretende regular la conducta de los individuos, sino de los estados?

Antes de profundizar en cada una de estas tres características —*sistematicidad, coactividad y funcionalidad*— debe advertirse que se trata solamente de tres características que a efectos de esta tesis interesan y he querido resaltar. Sin estos tres rasgos no puede entenderse la estructura conceptual que respalda la teoría del derecho internacional en la que se basa el pacifismo jurídico kelseniano. Esto no significa en ningún caso que con ellas se haya pretendido ofrecer un catálogo cerrado

⁴⁶ Entendiendo el término *derechos* en un sentido amplio, como privación de bienes o intereses en general.

de los rasgos que presenta el derecho dentro de la teoría pura kelseniana. En otras palabras, puede decirse que son todos los rasgos que están, pero que seguramente no estén todos los que son. El carácter de la autoproducción normativa, por ejemplo, que Celano ha destacado como uno de los elementos definitorios de la concepción kelseniana del derecho —de lo que él llama *tesis fundamental*⁴⁷— creo que puede ser incluido, al menos a los efectos de esta investigación, dentro de la característica de la sistematicidad del ordenamiento jurídico.

2.2.1 Sistematicidad

a) La unidad del conocimiento jurídico

Una de las principales consecuencias de la adopción de una estricta metodología científica es la aceptación del postulado de la unidad gnoseológica de la ciencia jurídica, la cual no es sino una manifestación de la unidad del conocimiento a la que aspirarían todas las ciencias. La afirmación del postulado de la unidad del conocimiento jurídico tiene unas consecuencias decisivas en la teoría del derecho internacional kelseniana, pero también en muchos más ámbitos teóricos. Es constante en Kelsen el intento de superar el dualismo heredado de la teoría del derecho natural, que a su juicio invadía la ciencia del derecho positivista del siglo XIX haciéndola frecuentemente imprecisa y poco coherente⁴⁸. Lo que subyace tras el dualismo tal y como aparece en la teoría del estado de Jellinek⁴⁹, es, en última instancia, la admisión de que pueda haber más allá del derecho un orden superior que legitime o deslegitime el ordenamiento jurídico vigente. Ése es el caso cuando la doctrina dominante del derecho internacional considera que la costumbre no es un hecho

⁴⁷ CELANO, Bruno, *La teoria del diritto di Hans Kelsen... cit.* p. 12

⁴⁸ *Vid.* KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.), *cit.*, p. 68

⁴⁹ *Vid.* JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, Fondo de Cultura Económica, México, 2000 [1911], pp. 323 y ss.

productor de derecho, sino una mera constatación de un derecho preexistente de origen divino o moral, en todo caso no positivo⁵⁰ [*infra*, 2.2.1.d.A].

En la mayoría de casos el dualismo es consecuencia de la comprensión de los conceptos jurídicos a través de la figura de la personalización. Particularmente en *TGE* encontramos una dura crítica a las metáforas antropomórficas, que Kelsen considera completamente inadecuadas para explicar el modo en el que funciona el derecho:

“La formación vulgar de conceptos [...] hállase enteramente dominada por la primitiva concepción antropomórfica que siempre ve tras el árbol el sátiro y tras la fuente la ninfa como, en general, tras cada objeto el espíritu, duplicando inútilmente la naturaleza. Esta concepción influye también en la teoría jurídica haciendo creer a ésta que el sujeto de derecho, el titular de derechos subjetivos, constituye un objeto jurídico esencialmente distinto del derecho objetivo. En verdad, el sujeto de derecho no es otra cosa que la reduplicación del derecho subjetivo y, en tanto que éste se reduce al derecho objetivo, la reproducción substantiva del último.”⁵¹

Puesto que los dualismos constituyen para Kelsen un inadmisibles redoblamiento del conocimiento jurídico, se consideran equivocadas y artificiosas las distinciones que realiza la doctrina tradicional entre el derecho público y el derecho privado, entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, entre el estado y el derecho, etc. Por lo que afecta a la teoría del derecho internacional, el dualismo que presenta más relevancia es el que disocia estado y derecho como dos realidades diferentes. En este momento, sin embargo, bastará exponer someramente a modo de ejemplo la crítica al dualismo que se establece entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo. Tras pasar por el filtro de la teoría pura, la figura del derecho subjetivo resulta ser sólo una muletilla

⁵⁰ *Vid.* KELSEN, Hans, “Théorie du droit international coutumier”, *cit.*, pp. 61-84

⁵¹ KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, *cit.*, p. 82; en esta misma obra puede verse una crítica similar en las pp. 88, 89, 123

jurídica, un concepto auxiliar del conocimiento jurídico. Lo que importa realmente para la ciencia jurídica son las obligaciones y no los derechos subjetivos⁵². Así, un individuo sólo tendría un derecho en la medida en que los demás tengan obligaciones respecto de él⁵³. En consecuencia, desde la perspectiva de la teoría pura, lo que realmente se necesita para afirmar que existe un derecho subjetivo es que éste haya sido atribuido a algún sujeto mediante el derecho objetivo, estableciendo el correspondiente deber jurídico de acción o de abstención. Kelsen hace hincapié en la incorrecta separación entre derechos y deberes que los iusnaturalistas establecen cuando hablan de derechos subjetivos, y afirma: “la función esencial del derecho (no sólo su función primaria) es el deber jurídico [...] El derecho de uno no es sino la consecuencia del deber de otro; y ni siquiera la consecuencia necesaria”⁵⁴. De este modo, podría pensarse en un ordenamiento jurídico sin derechos subjetivos, pero nunca podría imaginarse un ordenamiento jurídico, ni siquiera una simple norma de derecho, que no imponga deberes jurídicos.

Lo destacable de un derecho subjetivo, en definitiva, será que su titular estará facultado para exigir ante una instancia jurídica la obligación de los otros de abstenerse de interferir en la manifestación de voluntad que se enmarca dentro del

⁵² Vid. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.) cit., pp. 72-73; y también *Teoría General del Estado*, cit., p. 74

⁵³ Cabe aclarar que esta teoría se considera en buena parte superada por numerosos juristas positivistas actuales. Paradigmáticamente, Ferrajoli considera que la posición de Kelsen supone confundir los derechos con sus garantías: “Una confusión de este tipo entre derechos y garantías, además de anular una buena parte de las más importantes conquistas del constitucionalismo del siglo XX, contradice, a mi juicio, la tesis de la naturaleza *positiva* —o *nomodinámica*, en el léxico kelseniano— del derecho moderno. Al contrario que los sistemas que Hans Kelsen llama *nomoestáticos*, como la moral y el derecho natural, en los sistemas nomodinámicos o positivos la existencia o inexistencia de las normas que disponen obligaciones, prohibiciones o derechos subjetivos no se deducen de la existencia de otras normas, sino que son «puestas» [...] por los correspondientes actos de producción. Resulta, por lo tanto, perfectamente posible que, dado un derecho subjetivo como consecuencia de una norma que lo prevé, no existan hasta tanto no se produzcan —aunque debieran existir y, por lo tanto, ser producidas— ni las normas primarias que establecen la obligación o la prohibición correspondientes [...] ni las normas secundarias que disciplinan la persecución de las violaciones de unos y otros” (FERRAJOLI, Luigi, “Garantías”, en FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, p. 73).

⁵⁴ KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, cit., p. 79

ámbito de facultades atribuidas por ese derecho⁵⁵. Por eso, Kelsen concibe el hecho de ser titular de un derecho como la facultad de estar jurídicamente habilitado para suscitar la creación de una norma jurídica individual; es decir, la sentencia o el acto administrativo (derecho objetivo) que declare la obligación del otro de abstenerse — eso en el caso de un derecho de libertad, aunque hoy en día diríamos que también podría tratarse de la obligación del estado de actuar en el caso de estuviéramos hablando de un derecho que requiera una prestación—. De este modo, un derecho subjetivo se caracterizará en última instancia por “la capacidad de provocar, de poner en movimiento un procedimiento en su propio interés por medio de una declaración de voluntad”⁵⁶.

Siendo esto así, Kelsen afirmaba en el curso impartido en La Haya en 1932, que no podían existir derechos subjetivos de los individuos en el derecho internacional, no por la propia naturaleza de este ordenamiento, sino por su escaso nivel de desarrollo técnico, puesto que en aquel tiempo no existía ningún tribunal internacional ante el cual el individuo se pudiera dirigir para instar la satisfacción de tales derechos⁵⁷. Esa misma crítica es la que algunos años más tarde le hará a la Declaración Universal de Derechos Humanos: “una carta internacional de derechos humanos es prácticamente nada si no establece, o al menos recomienda el establecimiento, de un tribunal internacional”⁵⁸. De ambos ejemplos se pueden extraer dos observaciones importantes. La primera es que Kelsen no relaciona el motivo de la inexistencia de derechos individuales con la inexistencia de un órgano legislativo internacional ni con el carácter extra-jurídico de ciertos derechos naturales que pudieran derivarse de una determinada moral universal compartida. Lo determinante para él será que exista

⁵⁵ En coherencia con esa posición, la actitud de Kelsen ante la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 no podía ser sino escéptica: “No existe ningún derecho en el sentido jurídico del término si no existe la posibilidad para el sujeto del así llamado derecho de poner en marcha la maquinaria coercitiva del estado o —en el caso de una carta internacional de derechos— la maquinaria coercitiva de una organización internacional” (KELSEN, Hans, *The Law of the United Nations*, *cit.*, p. 41)

⁵⁶ KELSEN, Hans, *Théorie Générale du Droit International Public*, *cit.*, p. 163

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ KELSEN, Hans, *The Law of the United Nations*, *cit.*, p. 41

una instancia judicial que pueda hacer efectivo el derecho; es decir, la existencia del derecho objetivo y no la simple atribución del derecho subjetivo. La segunda observación es que esa circunstancia no se debería a la propia naturaleza del derecho internacional, sino a su escaso desarrollo técnico.

Del postulado de la unidad del conocimiento jurídico defendido por la teoría pura se deriva, por lo tanto, la ruptura con el dualismo que impide comprender la verdadera dinámica de las relaciones jurídicas: “si se despoja tanto al concepto de derecho subjetivo como al de sujeto de derecho de toda función ideológica, si por todos los rumbos se traspasa el velo de la personificación hasta llegar a las relaciones jurídicas reales, sólo aparecen relaciones jurídicas [...] entre situaciones fácticas de la conducta humana que son enlazadas unas con otras por la norma jurídica”⁵⁹. Así, lo relevante para la ciencia jurídica será la relación que se instituye “entre dos situaciones de hecho, de las cuales una consiste en una conducta humana estatuida como deber jurídico, y la otra es una conducta humana estatuida como facultad”⁶⁰.

Para la teoría pura del derecho el ordenamiento jurídico es un sistema cerrado de normas que se *autorreproduce* y se *autoexplica*, esto es, que no necesita de ningún otro sistema externo a él mismo para regular la producción de sus normas ni para explicar la dinámica que ella conlleva. El ordenamiento jurídico es concebido por Kelsen como un sistema que presenta los caracteres de coherencia y plenitud. Es un sistema que idealmente no presenta contradicciones internas ni lagunas posibles, puesto que todas pueden ser resueltas acudiendo a las normas que proporciona el propio sistema, y sólo a ellas. Esa es una de las ideas clave del monismo jurídico kelseniano, que conlleva la comprensión de las normas jurídicas dentro de un único sistema que encuentra su razón de ser última en una única norma fundamental. De esa manera, como se verá, si norma fundamental puede existir solamente una, sólo podrá existir un único sistema normativo calificado como derecho, lo cual deberá

⁵⁹ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.) cit., p. 92

⁶⁰ *Ibidem*.

conducir necesariamente a entender las relaciones entre derecho interno y derecho internacional en términos de unidad.

b) La teoría escalonada del ordenamiento jurídico

La característica de la sistematicidad encuentra en la construcción escalonada del ordenamiento jurídico su plasmación principal. Kelsen afirma que su teoría pura del derecho “se orienta fundamentalmente hacia la totalidad del derecho, y sólo trata de aprehender cada fenómeno singular en conexión sistemática con todos los otros, y en cada parte del derecho, la función del todo. En este sentido, es una concepción jurídica verdaderamente orgánica”⁶¹. Esta concepción orgánica o sistemática se materializa en una construcción del ordenamiento jurídico como una sucesión de normas cada una de las cuales encuentra su fundamento de validez en una norma superior, residiendo la validez final de todas ellas en una última norma que cierra y da unidad al sistema. Dentro del esquema kelseniano, consiguientemente, la validez debe entenderse en términos de pertenencia: una norma jurídica podrá ser considerada válida únicamente si su fundamento deriva de una norma superior en grado cuyo fundamento pueda ser derivado, a su vez y en última instancia, de la norma fundamental que cierra el sistema.

Se dice que el derecho regula su propia creación (*se autoproduce*) porque únicamente las propias normas jurídicas regulan el procedimiento en el que será producida otra norma jurídica y también, en distinto grado, el contenido de la norma que se producirá. Una de las consecuencias del carácter dinámico del derecho es que una norma valdrá porque y en tanto que sea producida de una forma concreta, esto es, en una forma determinada por otra norma, la cual representará para aquella su fundamento de validez⁶². Si esto es así, entonces el orden jurídico no se presenta como un sistema de normas de igual jerarquía, sino como un conjunto compuesto

⁶¹ *Ibid.*, p. 93

⁶² *Vid. Ibid.*, p. 108

necesariamente de sucesivas capas de normas ordenadas de forma jerárquica (*Stufenbau*)⁶³. La relación lógica entre las normas del sistema viene dada por el hecho de que, como regla general, cada norma es al mismo tiempo *ejecución* de la norma superior en grado y *producción* de la norma inferior, relativizándose así la tajante distinción de la doctrina dominante en el derecho público alemán de la época entre producción y ejecución de las normas jurídicas, que constituye otra muestra más del indeseable dualismo. En el ámbito de la teoría del derecho internacional, Kelsen denunció esta distinción especialmente por lo que se refiere a la consideración del tratado internacional únicamente como ejecución de la norma *pacta sunt servanda*, y no como acto de creación de derecho⁶⁴.

En *TPD* se describen de forma esquemática todas las gradaciones del orden jurídico, desde la Constitución hasta el negocio individual. Sin embargo, hay que hacer notar que en una primera explicación se aborda únicamente el *orden jurídico-estatal singular*⁶⁵, reservando para los problemas propios del derecho internacional sólo el último capítulo de la obra. Veamos a continuación los diferentes escalones en los que la teoría pura propone estructurar el ordenamiento jurídico en general para analizar después con más detalle de qué manera concreta pueden encajar las normas del derecho internacional en esa estructura.

A) *La constitución*. La constitución es la primera de las normas positivas, la norma superior del orden jurídico estatal. Su función consiste básicamente en determinar la manera en que se producirá el derecho estatal. Para ello deberá establecer, al menos, los órganos estatales y el procedimiento de aprobación de las leyes o normas generales. No debe, sin embargo, detallar necesariamente cuál será el contenido de esas normas generales. En el esquema kelseniano, la constitución debe

⁶³ La idea original de la *Stufenbau* es mérito de Adolf Merkl, como el propio Kelsen ha reconocido en el prefacio a la 2ª edición de 1923 de sus *Hauptprobleme*. Vid. KELSEN, Hans, *Problemi fondamentali...* cit., p. 28

⁶⁴ Vid. KELSEN, Hans, “La Théorie Juridique de la Convention”, cit., p. 85; y también “Contribution à la théorie du traité international”, cit., p. 121

⁶⁵ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.) cit., p. 109

establecer una habilitación *formal* al legislador para que éste dicte normas de carácter general y abstracto. Esta habilitación *formal* puede estar acompañada o no de un contenido *material*, por ejemplo, en forma de derechos fundamentales, como es habitual en las constituciones actuales⁶⁶.

B) *La norma general (ley o reglamento)*. En el escalón siguiente a la constitución se encuentran las normas generales, principalmente, la ley (si es producida por el parlamento) o el reglamento (si es producido por el gobierno). La función de las normas generales no consiste ya solamente en determinar *formalmente* los órganos y el procedimiento en el que las normas individuales deberán ser producidas, sino también en determinar siempre el contenido *material* de esas normas inferiores: “es misión de la legislación determinar [...] la producción y el contenido de los actos judiciales y administrativos”⁶⁷. Por lo tanto, mientras que la constitución podría ser una norma meramente formal, el derecho que se manifiesta en la ley es en todo caso derecho *formal* y derecho *material*. Si entre la constitución y la ley es preponderante el elemento formal sobre el material, entre la ley y la sentencia *se contrapesan* determinación material y formal⁶⁸.

C) *La norma particular (sentencia, acto administrativo o negocio jurídico)*. La norma general necesita de la individualización para tener sentido. Será la norma particular, paradigmáticamente la que emana de la autoridad judicial, la que verifique “si se da *in concreto* una situación de hecho que la norma general determina *in abstracto*”⁶⁹. Ello no significa en absoluto que la función jurisdiccional tenga un

⁶⁶ Uno de los rasgos, especialmente desarrollado a partir del constitucionalismo de la segunda postguerra mundial, que hacen peculiar a la constitución como norma-marco del conjunto del ordenamiento estatal es el de su rigidez, que se consigue a través del establecimiento de mecanismos de modificación o derogación constitucionales mucho más costosos que aquellos establecidos para las leyes ordinarias y que pretende dotar de estabilidad institucional al estado.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 111

⁶⁸ Así se ha destacado con todo detalle en CUENCA GÓMEZ, Patricia, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008

⁶⁹ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.) *cit.*, p. 114

carácter meramente declarativo, es decir, que se limite a aplicar derecho sin producirlo también. Al contrario, Kelsen entiende que “la función de la llamada «jurisdicción» es absolutamente constitutiva, es producción jurídica en el sentido propio de la expresión”⁷⁰. Así, la sentencia judicial, al igual que el acto administrativo, se configura como una norma jurídica individual, que “permite la continuación del proceso de producción jurídica desde lo general a lo individual”⁷¹. Puede ocurrir que en ciertos ámbitos jurídicos (destacadamente en el derecho civil) la individualización y la concreción de las normas generales no sea inmediatamente realizada por un órgano especializado del estado (como la jurisdicción o la administración), sino que se lleve a cabo a través de la institución del negocio jurídico. Éste tiene para la teoría pura del derecho una función igualmente individualizadora: “delegadas por la ley, las partes dictan normas concretas para su comportamiento recíproco [...] cuya violación constituye la situación de hecho que se verifica por la sentencia judicial, y a la que se liga en esta sentencia la consecuencia jurídica de la ejecución”⁷². El único acto, por lo tanto, que no crea derecho y que se encuentra en el último lugar de esta pirámide normativa será propiamente el acto de ejecución ordenado por la sentencia o por la autoridad administrativa, el cual, por su propia naturaleza, sólo puede ser aplicación del derecho.

Es notorio que este esquema normativo, con más o menos variantes, ha sido ampliamente aceptado en el derecho continental europeo. En el ámbito jurídico español, Luis Legaz⁷³ destacó en su día las múltiples influencias kelsenianas sobre el derecho positivo; incluso —nótese— sobre el derecho de la época franquista, como

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibid.*, p. 117

⁷³ Sobre la difícil compatibilidad entre las simpatías kelsenianas de Legaz y su filiación falangista, puede verse el debate entre Rivaya y Lacasta: RIVAYA, Benjamín, *Una Historia de la Filosofía del Derecho española del siglo XX*, Madrid, Iustel, 2010; LACASTA, José Ignacio, “Camino de terciopelo en la filosofía jurídica española”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 20, 2010, pp. 171-178; y RIVAYA, Benjamín, “Sectarismo, corrección política y descortesía académica en la Filosofía del Derecho española. Respuesta a José Ignacio Lacasta”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 20, 2010, pp. 179-187

ejemplifican la Ley sobre Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 o la Ley de Régimen Jurídico de la Administración de 1957. Anteriormente, no obstante, también se había dejado sentir su influencia en el establecimiento del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución de 1931⁷⁴. No es de extrañar, por eso, que Kelsen considerase en su día que la República Española era uno de los pocos países donde su teoría podía esperar “un poco de comprensión”⁷⁵. Y es que, en efecto, su teoría jurídica encontraba mucho mejor acomodo en un ordenamiento como el de la II República, en el que el guardián último de la legalidad era un tribunal constitucional, que en un régimen como el franquista, donde la voluntad del dictador se situaba por encima de cualquier norma positiva.

La denominación de las distintas etapas de producción-aplicación normativa pueden variar de un ordenamiento a otro, e incluso se pueden añadir diversos grados intermedios entre cada una de ellas. Por este motivo, lo relevante es comprender la dinámica específica que conlleva la comprensión sistemática del ordenamiento jurídico en base a esta teoría escalonada. Si nos preguntan acerca del fundamento por el cual un individuo ha sido internado en una prisión (acto puramente ejecutivo) podremos contestar que porque una sentencia así lo ordenaba. Si nos preguntan por qué lo ordenaba la sentencia, podremos responder que lo ordenaba el órgano jurisdiccional al haber comprobado que se producía *en concreto* el supuesto de hecho previsto *en abstracto* por el código penal (la ley), y que la ley habilitaba también a ese órgano para producir la sentencia. Si nos vuelven a preguntar sobre el fundamento en base al cual la ley prevé tal supuesto y habilita al juez, acudiremos entonces a la constitución, que es la norma que habilita al parlamento para dictar normas de alcance general. Si, por último, nos preguntan por el fundamento de la constitución, ya no podremos acudir, en principio, a otra norma positiva de la cual se

⁷⁴ Vid. LEGAZ y LACAMBRA, Luis, “Kelsen y el Pensamiento Jurídico Español”, en ENGEL, Salo (ed.) *Law, State and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, The University of Tennessee Press, Knoxville, 1964, pp. 171-179

⁷⁵ KELSEN, Hans, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, trad. de Luis Legaz, Reus-Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p. 22

derive su validez. Únicamente mediante una hipótesis conocida como norma fundamental o *Grundnorm* se consigue cerrar la pirámide normativa y proporcionar así al ordenamiento jurídico la unidad exigida por todo conocimiento científico. Entre esta norma fundamental, que sólo puede ser creación de derecho, y el acto ejecutivo, que sólo puede ser aplicación del derecho, cada una de las normas que forman los diferentes escalones de la pirámide normativa son al mismo tiempo actos de producción y de ejecución del derecho.

c) *La norma fundamental*

El edificio teórico de Kelsen encuentra su clave de bóveda en el concepto de la norma fundamental. Se puede afirmar que todas las normas que de ella derivan o, mejor, todas las normas que derivan de los órganos habilitados por ella, son normas pertenecientes a un único sistema normativo. Una norma sólo será considerada norma jurídica si su validez puede ser inferida, a través del conjunto escalonado de normas que forman el ordenamiento jurídico, de la norma fundamental. La naturaleza de esta norma es, sin embargo, bien diferente del resto de normas jurídicas. No es una norma positiva —en el sentido de producida según un procedimiento jurídico—, sino una norma hipotética; no es una norma puesta, sino supuesta. Se concibe como una *condición lógico-trascendental*, como una hipótesis que permite entender el conjunto del sistema jurídico. De esta forma, “bajo la suposición de que ella vale, vale también el ordenamiento jurídico que sobre ella descansa”⁷⁶.

La formulación de la norma fundamental, que Kelsen introduce por vez primera⁷⁷ en *PS*⁷⁸, no pretende, sin embargo, inventar nada nuevo. Simplemente recoge en la teoría lo que todos los juristas realizan en la práctica: concebir el derecho como un

⁷⁶ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.) cit., p. 99

⁷⁷ Un recorrido por la evolución del concepto de norma fundamental puede verse en WALTER, Robert, “Origine e sviluppo dell’idea di norma fondamentale”, en Id., *La teoria di Kelsen*, Giappichelli, Turín, 2005, pp. 41-62

⁷⁸ *Vid.* KELSEN, Hans, *Il problema della sovranità...* cit., pp., 39, 45, 72, 132, 136, 155, 158, 200...

sistema normativo válido y no derivado de ningún otro orden no jurídico, como la naturaleza o la moral. En palabras de Kelsen, “con la teoría de la norma fundamental la teoría pura del derecho sólo intenta poner al descubierto, mediante un análisis del proceder efectivo, las condiciones lógico-trascendentales del método de conocimiento positivo del derecho que se practica desde tiempo inmemorial”⁷⁹.

Puesto que se trata de una mera condición lógica, la norma fundamental no posee ningún contenido material, sino que se limita a ser un mandato puramente formal. En el derecho estatal, la norma fundamental expresa, básicamente, que ha de valer como norma jurídica aquello que el primer constituyente histórico manifestó como voluntad suya. Expresado en otros términos, la norma fundamental determina que la coacción deberá realizarse en las condiciones que establezca el primer constituyente o las instancias en las que él haga delegación. Este mandato, entonces, exige un cierto grado de eficacia de las normas emanadas por quien detenta el poder en un determinado ámbito. La eficacia se configuraría así como un requisito general de la validez de un ordenamiento jurídico. En consecuencia, puede establecerse una relación directa entre la norma fundamental de un orden estatal y el principio de efectividad, que se configura como una norma positiva de derecho internacional consuetudinario [*infra*, 2.2.2.b].

En *TPD*, como se ha dicho, Kelsen apenas toma en cuenta el factor del derecho internacional cuando realiza la explicación acerca de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico, reservando su tratamiento para el final del libro. En cambio, cuando en esa misma obra explica lo relativo a la norma fundamental sí se contempla el derecho internacional como un elemento de crucial importancia⁸⁰). En *TPD2*, aunque quizá de forma menos clara, cuando se da cuenta de la norma fundamental, en un primer momento se excluye explícitamente el factor del derecho

⁷⁹ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.) cit., p. 100

⁸⁰ *Vid.* KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.) cit., pp. 104-106

internacional⁸¹ para dedicarle más tarde un apartado entero⁸². Sin el derecho internacional, en efecto, considero que no se puede entender la verdadera naturaleza de la norma fundamental del ordenamiento estatal. En el punto siguiente se comentará el encaje del derecho internacional en el esquema normativo kelseniano; aquí bastará con introducir las reflexiones que se encuentran en *TPD* acerca de la relación entre la norma fundamental del derecho estatal y el principio de efectividad del derecho internacional. Escribe Kelsen: “este principio de efectividad, que es un principio jurídico del derecho de gentes, opera como norma fundamental de los diversos órdenes jurídico-estatales singulares; la constitución estatuida por el primer legislador histórico es sólo válida bajo el supuesto de que ella es eficaz”⁸³. Esto es lo que permite considerar que un gobierno que llega al poder por vía de una revolución triunfante pueda constituirse como gobierno legítimo o, más precisamente, como gobierno legal, a los ojos de la comunidad internacional siempre y cuando esté “en condiciones de procurar duradera obediencia a las normas dictadas por él”⁸⁴.

Configurar la norma fundamental del orden estatal como una norma del derecho internacional tiene, al menos, dos consecuencias enormemente importantes: 1) la consideración de que el derecho internacional es un orden jurídico superior a los ordenamientos jurídicos estatales; y 2) la idea de que es una norma positiva —del derecho internacional consuetudinario— y no ya una norma hipotética la que hace el papel de norma fundamental del ordenamiento jurídico estatal. La primera de las consecuencias será analizada más adelante [*infra*, 2.3.4.b]. La segunda consecuencia

⁸¹ “El problema del fundamento de validez de las normas de un orden jurídico estatal será explicado inicialmente sin tomar en cuenta un orden internacional considerado como supraordinado o coordinado al orden estatal” (KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (2ª ed.), *cit.*, p. 207; también *vid. Ibid.*, p. 208).

⁸² KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (2ª ed.), *cit.*, pp. 225-228

⁸³ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ª ed.) *cit.*, pp. 104-105

⁸⁴ *Ibid.*, p. 105. Sobre los efectos jurídicos de la revolución de acuerdo con la teoría kelseniana, *cfr.* MCINTOSH, Simeon C.R., *Kelsen in the Grenada Court. Essays on Revolutionary Legality*, Ian Randle, Kingston, 2008; también *cfr.* GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, *Teoría de la revolución. Sistema e historia*, prólogo de Eusebio Fernández, CSIC-Plaza y Valdés, Madrid, 2010 [1932], pp. 51 y ss.; o DÍAZ, Elías, “La revolución kelseniana: El derecho y el poder. Legitimidad y teoría de la justicia”, en *Id.*, *El derecho y el poder. Realismo crítico y filosofía del derecho*, Dykinson-IDHBC, Madrid, 2013

conlleve replantear seriamente la naturaleza de la norma fundamental tal y como aquí ha sido presentada hasta ahora. Si es una norma positiva —el principio de efectividad— la que da validez al ordenamiento estatal, entonces ésta no podrá ser ya más que una norma *relativamente* fundamental, una norma fundamental de carácter *relativo*⁸⁵. La norma fundamental del orden estatal deja de ser una norma hipotética para convertirse en una norma positiva, esto es, establecida mediante un procedimiento jurídico. Un procedimiento jurídico que en este caso será la costumbre.

Antes de profundizar en las consecuencias teóricas de esta idea debe advertirse que la nueva dimensión adquirida por el principio de eficacia no debe conducir al “error de identificar la validez del orden jurídico con su eficacia”⁸⁶. “El derecho —dice Kelsen— no puede existir sin el poder, no obstante lo cual, no es idéntico al poder”⁸⁷. Es decir, que si se lleva al extremo la identificación de la eficacia (en el sentido de cumplimiento real de las normas jurídicas por los sujetos sometidos a ellas) con la validez, se caería en el error de identificar la realidad natural (como el fenómeno sociológico del cumplimiento generalizado de las normas) con las propias normas; lo que supone ignorar que el deber ser (el *Sollen*) del derecho, en la mayoría de casos se contraponen al ser (el *Sein*) de la realidad⁸⁸. Existe por ello entre la eficacia como condición general de validez del ordenamiento jurídico y su necesaria objetividad una clara tensión que no es fácil de resolver, y ahí residirá uno de los principales puntos de contraposición entre las concepciones de Kelsen y de Morgenthau. Por el momento, conviene aclarar que la eficacia como condición general de validez no se refiere al plano de las normas singulares, sino al conjunto del ordenamiento jurídico. Que una norma jurídica concreta sea incumplida en absoluto significa que sea una norma inválida; “la validez de un orden jurídico como totalidad no es afectada [...]

⁸⁵ Vid. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.), cit., p. 107

⁸⁶ *Ibid.*, p. 103

⁸⁷ *Ibid.*, p. 104

⁸⁸ Esta contraposición, no obstante, no debe ser un obstáculo absoluto para que en virtud de ese principio de *economía de los valores* sea deseable acercar “lo más posible el deber jurídico al acaecer efectivo” (KELSEN, Hans, *Il problema della sovranità...* cit., p. 146). En otras palabras, el derecho (el contenido de las normas jurídicas) debe ser algo realizable, aunque ello no quiere decir que por este motivo vaya a ser realizado.

porque alguna norma jurídica singular de este sistema carezca de eficacia”⁸⁹. Lo antijurídico es —hay que insistir— precisamente el presupuesto de lo jurídico: es el acto antijurídico el que se establece como acto condicionante para la ejecución del hecho condicionado a él imputado, esto es, la sanción. En cambio, la norma *relativamente* fundamental del ordenamiento estatal, el principio de efectividad, se refiere al ordenamiento estatal en su totalidad y no a cada una de sus normas individuales. La norma cuya validez está ligada a su eficacia es, por lo tanto, únicamente esa norma *relativamente* fundamental; pero no el resto de normas positivas que de ella derivan, cuya validez debe dissociarse nítidamente de su efectividad si seguimos el método kelseniano.

d) Introducción del derecho internacional en la pirámide normativa

Esbozado el funcionamiento escalonado del ordenamiento jurídico —sin haber podido entrar todavía, entre otros, en los problemas que plantean la interpretación o los conflictos de normas— y descrito el papel teórico de la *Grundnorm*, queda ahora analizar de qué manera pueden encajar las normas del derecho internacional en esta estructura dinámica. La introducción del elemento del derecho internacional supone un cambio sustancial que es frecuentemente olvidado en la explicación de la pirámide normativa que tradicionalmente se ha estudiado en las facultades de derecho y que se ofrece por la doctrina en general⁹⁰. La culpa de este constante olvido quizá se deba, en parte, al propio Kelsen. En *TPD*, así como en las obras

⁸⁹ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.), *cit.*, p. 106

⁹⁰ Entre otros muchos, podrían citarse siguientes trabajos: a) como referencia a nivel internacional, WALTER, Robert, “Origine e sviluppo dell’idea di norma fondamentale”, *cit.*; b) como referencia en el ámbito ius-filosófico español, GARCÍA AMADO, Juan A., *Hans Kelsen y La Norma Fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996; y c) como uno de los más recientes trabajos sobre la teoría jurídica kelseniana, CUENCA GÓMEZ, Patricia, *El sistema jurídico...* *cit.* Mientras que el segundo de los trabajos dedica una escasa página y media al problema del derecho internacional (pp. 16-17), los otros dos lo no mencionan en absoluto. El último libro de José Luis Monereo, *Los fundamentos de la democracia. La teoría política y jurídica de Hans Kelsen*, sí que dedica un amplio apartado al derecho internacional; aunque, en mi opinión, continúa sin extraer la dimensión apropiada que el ordenamiento internacional cobra en el conjunto de la teoría kelseniana (*vid.* MONEREO PÉREZ, José Luis, *Los fundamentos de la democracia. La teoría político jurídica de Hans Kelsen*, El Viejo Topo, 2013, pp. 297 y ss.).

generales que le sucedieron (destacadamente *TGDE*⁹¹ y *TPD2*⁹²), no se realiza un tratamiento integrado de las normas del derecho internacional junto con el resto de normas en la explicación dinámica del ordenamiento jurídico⁹³; realizando únicamente algunas referencias aisladas al ordenamiento internacional a lo largo de la obra.

El hecho de considerar que es una norma positiva del derecho internacional consuetudinario la que hace las funciones de norma *relativamente* fundamental del ordenamiento estatal debe conducir a replantear tanto la explicación *tradicional* de la norma fundamental como el resto de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico. Si se parte de que existe un ordenamiento jurídico (el derecho internacional) por encima del ordenamiento estatal, formando ambos órdenes un mismo y único sistema jurídico, entonces cuando nos referimos a la *Grundnorm* como norma hipotética en la cual se fundamenta la validez de todo el ordenamiento no podemos estar pensando más que en la norma fundamental del derecho internacional. Más claramente expresado: “con la primacía del derecho internacional, ya no es la norma fundamental del orden estatal la que funda la unidad del sistema del derecho, sino — elevándose de esta manera, por así decir, un grado— la norma fundamental del derecho internacional”⁹⁴. Es decir, la única norma que será verdaderamente norma fundamental —en el sentido de norma hipotética, de condición *lógico-trascendental* que permite suponer la validez de todo el ordenamiento jurídico— será la norma

⁹¹ En *TGDE* se dedica el último capítulo al “Derecho estatal y Derecho Internacional” (pp. 332-394)

⁹² En *TPD2* se dedica el antepenúltimo capítulo al “Estado y Derecho Internacional” (pp. 323-348)

⁹³ Posiblemente el origen de esta falta de integración teórica tenga su origen en la premura con la que Kelsen quiso difundir su teoría por el ámbito europeo antes de partir hacia América [*supra*, 1.2]. El primer escrito de la *Reine Rechtslehre*, traducido al italiano por Renato Treves y publicado en *Archivio Giuridico* (Cuarta serie, XXVI) en 1933 no contenía el capítulo dedicado a la específica problemática del derecho internacional. El trabajo, para obtener la difusión deseada resultó ser demasiado extenso para su publicación en una revista como un artículo y demasiado breve para publicarse como una monografía. De este modo, Kelsen agrega un nuevo capítulo dedicado al derecho internacional al trabajo que se convierte en la *Reine Rechtslehre* de 1934, obra que pronto encuentra traducción hasta en nueve lenguas diferentes. Vid. LOSANO, Mario G., “Il testo fondamentale della dottrina pura del diritto”, *cit.*

⁹⁴ KELSEN, Hans, *Les rapports de système... cit.*, p. 310; en el mismo sentido, Id., *Teoría pura del derecho* (2ª ed.), *cit.*, p. 226

fundamental del derecho internacional. El mandato de habilitación que la norma fundamental realizaba a la *autoridad suprema* del derecho estatal debe ahora extrapolarse al mandato que realizaría a la *autoridad suprema* del derecho internacional. Una detenida observación del funcionamiento del ordenamiento jurídico internacional lleva a Kelsen a concluir que el escalón más alto en la estructura del orden internacional no puede ser otro que el derecho internacional consuetudinario. Encontramos la más clara formulación de la *Grundnorm* del derecho internacional, y por lo tanto —y he aquí un punto fundamental—, de todo el derecho, por primera vez en *Théorie du droit international coutumier* (1939): “la norma fundamental del derecho internacional es la norma que instituye el estado de hecho de la costumbre como acto creador de derecho”⁹⁵. La costumbre internacional adquiere de esta manera un papel decisivo en la teoría del derecho internacional en particular y en la teoría pura del derecho en general. Si las normas consuetudinarias constituyen el grado más alto del ordenamiento jurídico positivo en su conjunto, ellas sólo podrán valer —como sucedía con la constitución en el nivel estatal— a condición de que se presupongan válidas mediante la hipótesis realizada a través de la *ficción* de la norma fundamental: “las normas jurídicas nacidas por vía de la costumbre son válidas a condición de que se suponga obligatoria la conducta que adoptan habitualmente los sujetos, en tanto que miembros de la comunidad jurídica”⁹⁶.

En el derecho internacional consuetudinario se debe encontrar, a su vez, el fundamento de validez del resto de normas jurídicas que se encuentran en una posición subordinada en el sistema jurídico. Particularmente, son dos las normas de

⁹⁵ KELSEN, Hans, “Théorie du droit international coutumier”, *cit.*, p. 67. En el mismo sentido, en *TPD2*: “se presupone una norma fundante básica que establece a la costumbre de los estados como un hecho productor de derecho. Reza: los Estados [...] deben comportarse en sus relaciones recíprocas, o bien la coacción de un estado contra otro, debe ejercerse bajo las condiciones y en la manera que corresponda conforme a una costumbre interestatal dada. Esta es la constitución lógico-jurídica del derecho internacional” (KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (2ª ed.), *cit.*, p. 227). Y en sentido parecido, aunque no tan explícitamente: “vale como derecho lo que los miembros de la sociedad [internacional] tienen costumbre practicar como tal” (Id., *Théorie Générale du Droit International... cit.*, p. 127). También Id., *Principles of International Law, cit.*, pp. 417-418

⁹⁶ KELSEN, Hans, *Les rapports de système... cit.*, p. 310

la costumbre internacional que dan lugar a sendos ordenamientos jurídicos de excepcional importancia⁹⁷. Por un lado, como ya se ha visto, es el principio de efectividad la norma (*relativamente fundamental*) que da validez a los ordenamientos jurídicos estatales. Por otro lado, es la norma *pacta sunt servanda* la que otorga validez a las normas del derecho internacional de los tratados o derecho internacional convencional. Ambas normas consisten, como el procedimiento anteriormente explicado, en una *delegación* o *habilitación* a una autoridad jerárquicamente inferior. Es la costumbre internacional la que habilita a través del principio de efectividad al poder que *efectivamente* sea capaz de mantener un cierto cumplimiento general del ordenamiento jurídico estatal para dictar las normas del derecho interno. Y es también la costumbre internacional la que habilita a los sujetos jurídicos de la comunidad internacional (en principio, los estados, aunque no sólo) para concluir acuerdos que generen derechos y obligaciones entre las partes. De esta manera, tanto los ordenamientos jurídicos estatales como los ordenamientos jurídicos creados por los tratados internacionales deben verse como esferas jurídicas *parciales* respecto de la esfera jurídica *total* que supone el derecho internacional.

La dinámica escalonada del ordenamiento jurídico estatal ya ha sido descrita. Es turno ahora de describir brevemente cada una de las gradas que compondrían el orden jurídico internacional. En *TPD* este esquema es descrito de forma brevísima⁹⁸, pero su desarrollo se encuentra en varios de los muchos trabajos sobre la teoría del derecho internacional publicados por Kelsen.

A) La costumbre internacional. Como ya se ha dicho, el derecho internacional consuetudinario es la grada más elevada del ordenamiento jurídico positivo, pues su validez deriva directamente de la hipótesis que constituye la norma fundamental. Kelsen, en coherencia con la pureza metodológica que caracteriza a su teoría,

⁹⁷ Vid. KELSEN, Hans, *La transformation du droit international en droit interne*, cit., p. 189

⁹⁸ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.) cit., pp. 170-172

defiende que la costumbre internacional es un método *descentralizado*⁹⁹ de creación del derecho y no solamente una constatación de normas jurídicas ya existentes, como sostenía la doctrina mayoritaria. Aceptar la preexistencia de ciertas normas es tanto como aceptar la existencia de un orden *natural* supraordinado al derecho, rompiendo así la necesaria unidad y la característica de la autoproducción del conocimiento jurídico. Sin embargo, ésa es la postura que asumió en su artículo 38¹⁰⁰ el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional [en adelante, CPJI] (1920) y más tarde el mismo artículo del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia [en adelante, CIJ] (1945). Kelsen concluye que del Estatuto de la CPJI se desprenden dos elementos de la costumbre internacional: 1) un elemento *material* u *objetivo*, que consiste en una repetición prolongada y constante de los mismos actos (positivos o negativos) exteriores por parte de los miembros de la comunidad —en este caso, de la comunidad internacional—; y 2) un elemento *psíquico* o *subjetivo*, que requiere que los individuos cuyos actos conforman la costumbre estén convencidos de que ejecutan esos actos conforme a una norma que ya está en vigor y que ellos deben cumplir. Este requisito es caracterizado por el brocardo latino *opinio iuris sive necessitatits*¹⁰¹. Ambos elementos son los que la doctrina mayoritaria exige todavía en la actualidad para la constitución de la costumbre internacional¹⁰².

Kelsen acepta el elemento objetivo, pero considera que el elemento psíquico es *evidentemente falso*, y ello hallaría su prueba en el hecho de que las normas generales del derecho internacional consuetudinario pueden vincular no solamente a los sujetos que han participado de su formación, sino también a terceros. Si bien la doctrina tradicional afirmaba que la costumbre internacional sólo es válida para los

⁹⁹ *Descentralizado* porque no existe un órgano especializado en la creación de las normas consuetudinarias, sino que son los propios sujetos de las normas quienes participan en su proceso de creación [*infra*. 3.1.1].

¹⁰⁰ “38. La Corte aplicará: [...]; 2º la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”

¹⁰¹ *Vid.* KELSEN, Hans, “Théorie du droit international coutumier”, *cit.*, p. 71. Para un mayor desarrollo, *cfr.* KAMMERHOFER, Jörg, *Uncertainty in International Law... cit.*, pp. 76 y ss.

¹⁰² *Cfr.* por todos, CASSESE, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, New York, 2005, p. 156 y ss.

estados que han contribuido a su formación, Kelsen reflexiona que “siendo que todas las reglas del derecho internacional general son derecho consuetudinario [aunque en alguna ocasión contradice esta afirmación¹⁰³] y que el derecho internacional general vale —por definición— para todos los estados de la comunidad internacional, se necesitaría probar que todos los estados han participado en la formación consuetudinaria de todas las normas del derecho internacional general”¹⁰⁴. Tal prueba es, evidentemente, imposible. Que un estado no haya aplicado nunca una norma de derecho internacional consuetudinario no significa que no esté vinculado a ella, como demuestra Kelsen en numerosos escritos. Concretamente, dos de sus ejemplos favoritos son el caso del nacimiento de un nuevo estado¹⁰⁵ y la adquisición de una franja litoral por parte del estado que hasta el momento carecía de ella¹⁰⁶. En ambos casos el estado se encuentra sometido a las reglas del derecho internacional consuetudinario sin haber prestado su consentimiento. Esto, además de constituir una prueba concluyente de que el elemento psíquico no puede ser un requisito para la aplicación de una norma jurídica —y, en tanto que jurídica, objetiva—, conduce a reforzar la idea de la costumbre como el grado más elevado dentro de la pirámide normativa, situado en un plano jerárquicamente superior al de los ordenamientos estatales.

B) *Los tratados internacionales*. El siguiente escalón en la pirámide es el derecho internacional convencional. Kelsen publicó tres importantes artículos que aclaran la naturaleza jurídica de los tratados: *Völkerrechtliche Verträge zu Lasten*

¹⁰³ Vid. KELSEN, Hans, *Théorie Générale du Droit International... cit.*, pp. 175-176

¹⁰⁴ KELSEN, Hans, “Théorie du droit international coutumier”, *cit.*, p. 78

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 78; también Id., *Théorie Générale du Droit International... cit.*, pp. 260 y ss.; Id., *Les rapports de système... cit.* pp. 306 y ss.; Id., *Teoría General del Estado, cit.* p. 166; Id., *Il problema della sovranità... cit.*, pp. 345 y ss.; y, específicamente un artículo que tiene su origen en un dictamen que el gobierno Checoslovaco encargó a Kelsen en 1927 para de la presentación de un *appel* ante la CPJI y posteriormente publicado en la *Revue de Droit International* en 1929: “La naissance de l’État et la formation de sa nationalité: les principes; leur application au cas de la Tchécoslovaquie”, en KELSEN, Hans, *Ecrits français de droit international... cit.*, pp. 27-57

¹⁰⁶ Vid. KELSEN, Hans, “Théorie du droit international coutumier”, *cit.*, p. 78; también Id., *Théorie Générale du Droit International... cit.*, pp. 260 y ss.; Id., *Les rapports de système... cit.* p. 306; T; Id., *Il problema della sovranità... cit.*, p. 332

Dritter (1934), *Contribution à la théorie du traité international* (1936), y *La Théorie Juridique de la Convention* (1940)¹⁰⁷. En ellos, de nuevo al contrario que la doctrina dominante¹⁰⁸, concibe el tratado internacional, como el resto de normas jurídicas, no solamente como un acto de aplicación del derecho, sino como un acto de creación del mismo. El tratado, por lo tanto, es aplicación de la norma (*relativamente*) fundamental *pacta sunt servanda* y al mismo tiempo creación de un nuevo orden jurídico parcial, el cual establece un conjunto de derechos y obligaciones.

Según este esquema, como hace notar Kelsen en *TPD2*, el derecho internacional convencional y el derecho internacional consuetudinario no constituyen grupos normativos coordinados, sino que “se encuentran en la relación de una grada superior a una grada inferior”¹⁰⁹, puesto que el fundamento del derecho internacional convencional se encuentra precisamente en una norma perteneciente al derecho internacional consuetudinario, que es el principio *pacta sunt servanda*. Este principio, por lo tanto, constituye la norma *relativamente* fundamental que da lugar a los ordenamientos jurídicos parciales conformados por los tratados; pero de ningún

¹⁰⁷ En 1943 publicaría en castellano una obra original en gran parte basada en este artículo: KELSEN, Hans, *El contrato y el tratado. Analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*, trad. Eduardo García Máynez, introducción A. Noriega, Imprenta Universitaria, Colofón, México, 2002 [1943]

¹⁰⁸ Particularmente es criticada la posición de Anzilotti, quien consideró la figura del tratado internacional no como acto productor de derecho, sino como mera aplicación de la norma *pacta sunt servanda* (para él, norma fundamental de todo el derecho internacional).

¹⁰⁹ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (2ª ed.), *cit.*, p. 326; en el mismo sentido, Id., *Teoría pura del derecho...* (1ª ed.), *cit.*, p. 171

modo, en contra de lo que algunos han interpretado, constituye la norma fundamental del conjunto del derecho internacional¹¹⁰.

Kelsen realiza una analogía entre el contrato que pueden concluir dos particulares en el ámbito privado y el tratado que pueden acordar los sujetos habilitados por el derecho internacional. El tratado, como el contrato, en principio vincula únicamente a quienes han prestado su consentimiento. Sin embargo, “ese solamente es el caso normal”¹¹¹, pues existen excepciones muy considerables que permiten poner en duda que la voluntad del sujeto obligado sea siempre necesaria, cuestionando con ello el dogma de la soberanía estatal. En las tres obras mencionadas Kelsen enumera tanto excepciones de naturaleza teórica como casos concretos de que en ocasiones los tratados internacionales pueden tener efectos *a cargo de* o *en favor de* un tercero. Por citar sólo algunos ejemplos, entre las primeras excepciones pueden nombrarse el establecimiento de servidumbres internacionales o la cuestión de la sucesión de estados; y entre las segundas pueden citarse los artículos del Tratado de Versalles (1919) que crean la *Ciudad libre de Dánzig* (actual Gdansk, Polonia) con un particular estatuto de derecho internacional y establecen para ella así como para los estados de Alemania y Polonia determinados derechos y obligaciones¹¹².

¹¹⁰ Así, expresamente Kelsen: “la doctrina sustentada por algunos autores —originalmente también por mí— de que debería considerarse a la norma *pacta sunt servanda* como el fundamento del derecho internacional, la rechazo puesto que sólo cabe mantenerla recurriendo a la ficción de que la costumbre de los estados es un contrato tácito” (KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (2ª ed.), *cit.*, p. 227). En efecto, en una primera fase, destacadamente en *PS*, Kelsen consideró de una forma más o menos clara que la norma *pacta sunt servanda* podía actuar, como la norma fundamental del derecho internacional (*vid.* KELSEN, Hans, *Il problema della sovranità... cit.*, p. 200, 302, 317,). En la modificación de esta idea tuvieron un importante papel las críticas de sus propios discípulos, destacadamente Métall y Kunz, que pusieron de relieve la contradicción que significaba que la pretendida norma fundamental fuera una norma positiva, como lo era la norma *pacta sunt servanda* (*vid.* von BERNSTORFF, Jochen, *The Public International Law Theory... cit.*, pp. 163-164). El mismo Hart se también se refiere al abandono de *pacta sunt servanda* por “la llamada regla de que «los estados deben conducirse como acostumbra a hacerlo»” (*Vid.* HART, Herbert L. A., *El concepte de dret*, trad. de Pau Luque, edicions de la Ela Geminada, Girona, 2012 [1961]), p. 368)

¹¹¹ KELSEN, Hans, “Contribution à la théorie du traité international”, *cit.*, p. 134

¹¹² *Vid.* KELSEN, Hans, “Contribution à la théorie du traité international”, *cit.*, p. 134; también Id., “Traité internationaux à la charge d'États tiers”, *cit.*, p. 169; e Id., *Principles of International Law*, *cit.*, pp. 345 y ss.

Siguiendo el funcionamiento dinámico que presenta el ordenamiento jurídico en la teoría pura, es una norma del derecho internacional consuetudinario (el principio *pacta sunt servanda*) la que *habilita* a los sujetos del ordenamiento jurídico internacional —es decir, a los estados, pero no sólo a los estados¹¹³— a concluir tratados mediante los cuales se puedan crear un conjunto de derechos y obligaciones. La norma *pacta sunt servanda*, además, no únicamente *habilita* a los estados para la conclusión de tratados internacionales, sino que también *obliga* a que los compromisos adquiridos por la parte sean efectivamente cumplidos. En otras palabras, prohíbe que la parte pueda decidir unilateralmente el incumplimiento de lo dispuesto por el tratado. Como insiste Kelsen, la tan frecuentemente invocada cláusula *rebus sic stantibus* no puede permitir a un estado dejar de cumplir una obligación internacional cuando le plazca¹¹⁴. La norma *debes, si quieres* no puede ser una norma jurídica¹¹⁵. El derecho, orden objetivo por su propia esencia, no puede tornarse subjetivo. Las obligaciones jurídicas no pueden depender únicamente de la voluntad del sujeto obligado. El ideal de la *autonomía* total no puede existir dentro de un orden jurídico, que siempre es, en mayor o menor medida, *heteronomía*. No obstante, es cierto que la convención es la solución que más se aproxima a la completa autonomía: “la convención es la máxima medida de autonomía posible dentro de una esfera social”¹¹⁶. Pero esa autonomía no puede incluir la facultad de desligarse de sus obligaciones cuando a una de las partes le plazca, puesto que ello sería tanto como negar el carácter jurídico a la convención.

C) *Las sentencias de los tribunales internacionales*. Teniendo en cuenta que los tratados internacionales pueden ser de naturaleza general o de naturaleza

¹¹³ Kelsen menciona en estos escritos a otros actores de la comunidad jurídica internacional que han adquirido la facultad de concluir tratados internacionales en pie de igualdad con los estados. Destacadamente, la Iglesia Católica y algunos organismos internacionales, como la Sociedad de Naciones.

¹¹⁴ *Vid.* KELSEN, Hans, *Il problema della sovranità... cit.*, p. 447

¹¹⁵ “Lo que caracteriza este modo de creación de derecho es la imposibilidad para cada uno de los estados contratantes de sustraerse por un acto unilateral a una regla nacida del consentimiento que ha otorgado” (KELSEN, Hans, *Les rapports de système... cit.* p. 293)

¹¹⁶ KELSEN, Hans, “Contribution à la théorie du traité international”, *cit.*, p. 124

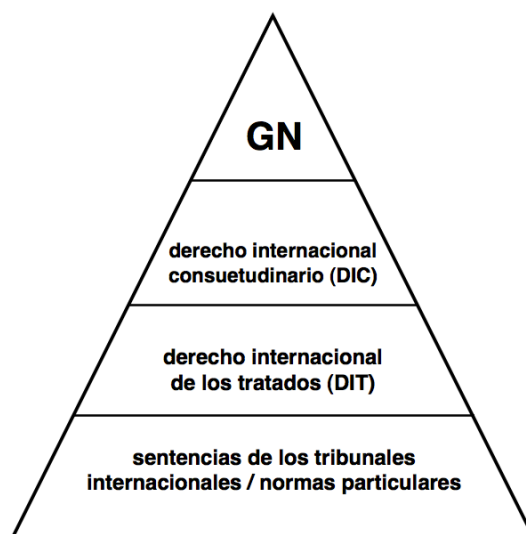
particular en función del número de sujetos a los que se apliquen, y *tratados-ley* o *tratados-contrato* en función de la complejidad de las obligaciones que establezcan; y teniendo en cuenta también que, como veremos, no existe ninguna materia que el ordenamiento jurídico internacional no pueda regular, Kelsen contempla como una posibilidad evidente la creación de tribunales internacionales por vía convencional. De esta manera, se establece con claridad¹¹⁷ la existencia de un tercer escalón en la pirámide del ordenamiento jurídico internacional que, de forma análoga al ordenamiento estatal, estaría compuesto por las normas jurídicas particulares (sentencias) producidas por los tribunales internacionales; aunque también puede pensarse en las resoluciones emanadas por cualquier otro órgano de la comunidad internacional instituido mediante tratado —como, por ejemplo, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas¹¹⁸—.

Del papel fundamental que cumplen los tribunales internacionales en la teoría del pacifismo jurídico kelseniano se hablará con extensión en el tercer capítulo. Aquí basta con señalar que, de nuevo, las normas emanadas de los tribunales internacionales son a la vez ejecución y producción del derecho. Son ejecución de lo dispuesto en el tratado internacional que las crea y son, al mismo tiempo, producción de una norma nueva a través de la individualización para el caso concreto del supuesto general y abstracto previsto en el tratado.

¹¹⁷ Vid. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ª ed., 1934), *cit.*, p. 171; Id., *Théorie Générale du Droit International...* *cit.*, p. 176; Id., *Teoría pura del derecho* (2ª ed.), *cit.*, pp. 326-327

¹¹⁸ Vid. KELSEN, Hans, *Principles of International Law*, *cit.*, p. 418

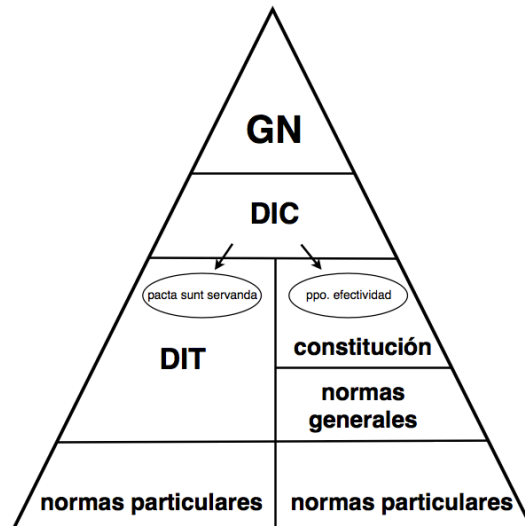
De acuerdo con lo anterior, no resulta demasiado complicado diseñar un esquema¹¹⁹ que represente cómo podría ser la pirámide normativa del derecho internacional¹²⁰:



Más complicada puede resultar la combinación de esta pirámide con la del derecho estatal, que ofrecería una muestra aproximada de lo que sería el conjunto del ordenamiento jurídico para Kelsen. Teniendo en cuenta el postulado (“científico”) de la unidad del derecho y la preferencia (“ético-política”) por la supremacía del derecho internacional sobre el estatal [*infra*, 2.3.4], el resultado podría ser el siguiente:

¹¹⁹ La elaboración de estos dos esquemas es propia

¹²⁰ La formulación más acabada de esta pirámide la encontramos en *PIL*: “Para encontrar la fuente del orden jurídico internacional, tenemos que [...] partir de la norma más baja dentro del derecho internacional, es decir, de la sentencia de un tribunal internacional. Si nos preguntamos por qué la norma creada por esa sentencia es válida, la respuesta la hallamos en el tratado en cuya virtud el tribunal fue creado. Si volvemos a preguntar por qué ese tratado es válido, llegaremos a la norma general [...] *pacta sunt servanda*. Ésta [...] es una norma del derecho internacional general, que es creado por la costumbre formada por los actos de los Estados” (KELSEN, Hans, *Principles of International Law*, cit., p. 417)



Como puede observarse, tanto el derecho internacional consuetudinario como el ordenamiento estatal quedan en un plano jerárquicamente subordinado respecto del derecho internacional consuetudinario (en el que encuentran la fuente de su validez, a través del principio *pacta sunt servanda* el primero, y a través del principio de efectividad el segundo), pero, al mismo tiempo, se sitúan en un plano de coordinación entre ellos. Si este esquema es correcto, serviría para explicar por qué el derecho internacional consuetudinario vincula incluso a los estados que no hayan intervenido en la formación de la costumbre internacional; o, lo que es lo mismo, explica que ninguna norma estatal pueda ser contraria a una norma de la costumbre internacional. Pero, al mismo tiempo, este esquema complicaría la idea expuesta por Kelsen de que los tratados puedan tener efectos sobre estados terceros; esto es, indicaría que la validez de las normas estatales no puede estar subordinada a la de las normas de los tratados internacionales más que a través del consentimiento del propio estado. Puesto que Kelsen no llegó a clarificar con exactitud la manera concreta en la podrían encajarse ordenamiento internacional y ordenamiento estatal, el esquema aquí propuesto es sólo una hipótesis que trata de ser integradora del conjunto de postulados de su teoría. No hay que soslayar, por lo tanto, que cabrían otras interpretaciones que dieran preferencia a la subordinación frente a la coordinación, situando así el conjunto del ordenamiento estatal (constitución incluida) por debajo del conjunto del ordenamiento internacional (incluido por

debajo de las sentencias de los tribunales internacionales). Habría que demostrar, en ese caso, por qué, los efectos de los tratados sobre terceros son únicamente la excepción y no la regla.

e) Ámbitos de validez de las normas

Habiendo hablado de la validez en su vertiente dinámica —es decir, por lo que respecta a la producción de normas—, es necesario hacer también una referencia a la validez en su vertiente estática¹²¹ —es decir, en cuanto al ámbito de validez—. A este problema dedicó Kelsen sus *Problèmes choisis* de 1932. En esta obra insiste particularmente en la idea de que la principal razón de ser del derecho internacional es la delimitación de los respectivos ámbitos de validez de los ordenamientos estatales, circunstancia sin la cual sería impensable la coexistencia de múltiples estados dentro de la comunidad jurídica internacional sin que continuamente se produzcan conflictos entre ellos. Al margen de las consideraciones que después se puedan realizar acerca de la guerra como concepto clave para la consideración del ordenamiento internacional como ordenamiento jurídico, el hecho de que existan diversos sistemas normativos independientes e iguales —como son los estados— en una situación de coordinación presupone necesariamente, a juicio de Kelsen, la existencia de un ulterior orden situado jerárquicamente en un plano superior. Ese orden no puede ser otro que el derecho internacional.

Si desde la perspectiva dinámica se ha dicho que la validez de las normas jurídicas debe ser contemplada en términos de pertenencia al sistema jurídico, desde la perspectiva estática, decir que una norma es válida es afirmar que su contenido es

¹²¹ La distinción nomodinámica-nomoestática juega un papel fundamental en la teoría pura del derecho. Kelsen la ha empleado como eje vertebrador de algunas de sus obras más importantes; así, en *TGE* se dedica el Libro 2º a *La validez del orden estatal (estática)* y el Libro 3º a *La creación del orden estatal (dinámica)*; del mismo modo en *TGDE*, dedica divide la parte primera (*El derecho*) en *Nomoestática* (Caps. I-IX) y *Nomodínámica* (Caps. X-XII). No debe confundirse la distinción existente entre la vertiente nomoestática y nomodinámica de un ordenamiento jurídico con el hecho de que existan ordenamientos nomoestáticos (como la moral) y nomodinámicos (como el derecho).

considerado como obligatorio¹²². Una acción sólo puede considerarse obligatoria en la medida en que existe una norma que asocia su incumplimiento a una acción coactiva. De este modo, se debe volver a reiterar la idea de la eficacia como un criterio de validez general de los ordenamientos jurídicos. Un ordenamiento será válido si, en su conjunto, puede imponerse de forma obligatoria, es decir, si es eficaz. Por eso la guerra u otro tipo de medias coactivas que la pudieran sustituir serán indispensables para afirmar la existencia jurídica del derecho internacional o, lo que es lo mismo, su validez general en tanto que ordenamiento jurídico.

En función de los contextos en los que una norma *vale*, es decir, es obligatoria, se distinguen tradicionalmente cuatro ámbitos de validez: 1) territorial, referida al ámbito espacial en el que una norma puede considerarse válida; 2) temporal, referida al momento en que una norma puede empezar a considerarse válida y al momento en el que debe dejar de serlo; 3) personal, referida a los sujetos que se ven obligados por la norma; y 4) material, referente a las materias que pueden ser objeto de regulación por parte de la norma. A su vez, estos ámbitos pueden ser limitados o ilimitados. La delimitación del ámbito de validez de cada norma es un contenido *habitual*, pero no necesario; así, si una norma no establece sus propios ámbitos de validez o éstos no son delimitados por una norma de rango superior, deberá considerarse que su validez es ilimitada¹²³; esto es, que puede valer en cualquier lugar, indefinidamente en el tiempo, sobre todos los sujetos y regulando cualquier materia. Si se parte, como hace Kelsen, del punto de vista del primado del derecho internacional [*infra*, 2.3.4] deberá considerarse que, puesto que no existe ningún orden superior a él, las normas del ordenamiento internacional tendrán un ámbito de validez, en principio, ilimitado. El ámbito de validez de las normas del derecho estatal, en cambio, vendrá limitado por las disposiciones de la grada superior de la pirámide jurídica, esto es, por las normas del derecho internacional.

¹²² Vid. KELSEN, Hans, *Théorie Générale du Droit International... cit.*, p. 138

¹²³ Vid. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho... (1ªed.) cit.*, p. 33; y también *Teoría General del Estado, cit.*, p. 181

A) *Ámbitos de validez de las normas del ordenamiento internacional.* La ilimitada validez de las normas internacionales debe concretarse atendiendo a los diferentes ámbitos. En cuanto a los ámbitos territorial y temporal, como no puede ser de otra forma, las normas generales del derecho internacional pueden perfectamente valer en todo lugar y en todo momento. Es destacable el hecho de que Kelsen no contempla ningún impedimento técnico respecto de la retroactividad de las normas del derecho internacional: las normas de derecho internacional pueden también, si ellas lo quieren, tener un efecto retroactivo ilimitado; o, dicho de otra manera, “no hay regla de derecho internacional general consuetudinario que prohíba la promulgación de normas con fuerza retroactiva”¹²⁴. Esa fue una idea que Kelsen expuso con toda claridad en dos trabajos respecto de los juicios de Nuremberg¹²⁵. En ellos proporcionó un contundente catálogo de argumentos para poder aplicar retroactivamente las sanciones establecidas por el Acuerdo de Londres de 1945 a los responsables de los más graves crímenes cometidos durante el régimen nazi¹²⁶. Pese a que Kelsen criticó al tribunal de Nuremberg por no cumplir con las características que serían deseables en un tribunal internacional [*infra.*, 3.2.3.b], la posibilidad de celebrar esos primeros juicios internacionales reforzaban la idea de que el desarrollo técnico del derecho internacional perfectamente podía llevarse a cabo por la vía jurisdiccional. He aquí un argumento más para que en la construcción del pacifismo

¹²⁴ KELSEN, Hans, *La paz por medio del derecho*, cit., p. 103

¹²⁵ KELSEN, Hans, “The Rule against Ex Post Facto Laws and the Prosecution of Axis War Criminals”, en *Judge Advocate Journal*, nº 2, 1945, pp. 8-12; e Id., “Will the judgement in the Nuremberg trial constitute a precedent in international law?”, en *International Law Quarterly*, vol. I, nº 2, verano 1947, pp. 153-171. Con carácter previo a la celebración de los juicios, Kelsen ya había expuesto su argumentación sobre este punto, una vez se firmó la Declaración de Moscú en 1943, *vid. Id.*, “Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals”, en *California Law Review*, vol. 31, nº 5 (diciembre 1943), pp. 530-571, en especial, pp. 543-544.

¹²⁶ He desarrollado este argumento en GARCÍA SAEZ, Jose Antonio, “Memoria histórica y aplicación retroactiva de la sanción penal. Algunos fundamentos desde el pacifismo jurídico de Hans Kelsen”, en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 4, 2013, pp. 139-153.

jurídico kelseniano no se considere como una prioridad el establecimiento de un *corpus* legislativo internacional¹²⁷, pero sí el de un órgano jurisdiccional.

Los detalles del ámbito de validez personal referidos a los sujetos de las normas del derecho internacional —que no serán únicamente los estados, sino también los individuos— serán estudiados dentro de la consideración funcional del ordenamiento jurídico [*infra*, 2.2.3]. Pero cabe plantearse una cuestión previa: si todos los estados pueden ser considerados como sujetos de la comunidad internacional y, por lo tanto, sujetos de las normas del derecho internacional, ¿obligan las normas internacionales únicamente a los estados *crístianos y civilizados* o, por el contrario, obligan también a los que no lo son? A Kelsen la solución le parece clara: “el derecho internacional se ha constituido consuetudinariamente como un derecho entre los estados de la civilización cristiana occidental y no se ha extendido más que poco a poco a otros estados: China, Persia, etc. Después de que la mayor parte de estados hayan sido admitidos en la Sociedad de Naciones, el problema de qué estados pertenecen a la comunidad jurídica internacional ha perdido su importancia”¹²⁸. En la época de entreguerras, reconocía que todavía quedaban algunos estados (principalmente árabes, además de los Estados Unidos) que no habían suscrito el Pacto de la Sociedad de Naciones, pero consideraba que desde el momento en el que entablan relaciones con cualquier miembro de la comunidad internacional estaban sometidos, al menos, a la norma fundamental *pacta sunt servanda*¹²⁹. Ella será el fundamento en base al cual los estados, aun antes de ser miembros formalmente de la sociedad jurídica internacional, podrán concluir tratados con otros estados que sí que lo son.

Por último, el ámbito de validez material de las normas del derecho internacional vuelve a ser ilimitado, pero merece la pena comentar una interesante reflexión a la que ello da pie. Si su ámbito de validez material es ilimitado, no es posible entonces

¹²⁷ Así, “la cuestión de saber qué leyes aplicarán los tribunales [...] es una cuestión sin interés” (KELSEN, Hans, *Théorie Générale du Droit International... cit.*, p. 156).

¹²⁸ KELSEN, Hans, *Théorie Générale du Droit International... cit.*, p. 174

¹²⁹ *Ibidem*. [aquí no debe entenderse *norma fundamental* como equivalente a *Grundnorm*]

definir, como solía hacer la doctrina internacionalista de la época, la noción de derecho internacional por el objeto que regulan sus reglas, a saber, *la conducta recíproca de los estados*¹³⁰. Las normas del derecho internacional pueden regular cualquier objeto, también aquellos que —hasta aquel momento— habían sido regulados únicamente por los ordenamientos estatales. Por consiguiente, y contribuyendo a la *desmitificación* del estado, se puede decir que no existe ningún ámbito reservado exclusivamente a los derechos nacionales. Ningún motivo jurídico impide que cuestiones como la forma del estado, la política social o la duración de la jornada de trabajo¹³¹ puedan ser objetos de regulación del derecho internacional. Ya en los años treinta, Kelsen observa que, superando su función original de delimitación de los ámbitos de validez de los ordenamientos jurídicos estatales, el derecho internacional tiende a determinar cada vez más ámbitos de la realidad social. Pese a que continúa siendo un ordenamiento jurídico claramente necesitado de numerosas mejoras técnicas, desde entonces hasta la actualidad se ha visto confirmada la previsión de Kelsen, entre otros ámbitos, en el gran desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, cuyas normas consisten fundamentalmente en limitar el poder de los estados sobre las personas.

B) Ámbitos de validez de las normas del ordenamiento estatal. Como se ha indicado, una de las principales funciones del derecho internacional consiste en delimitar los diferentes ámbitos de validez de las normas del derecho estatal. Concretamente es el principio de efectividad la norma que sirve para determinar, en primer lugar, el ámbito de validez territorial de los ordenamientos estatales. A través de él, el derecho internacional hace coincidir el dominio de validez del orden jurídico con el dominio de su eficacia. El territorio estatal no puede ser más que el “espacio en el que el estado pueda mantener de una manera estable su dominación

¹³⁰ *Ibid.*, p. 179

¹³¹ Un ejemplo que Kelsen citó con frecuencia es el establecimiento de una jornada laboral de 8 horas a raíz de la celebración de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en 1919.

efectiva”¹³². Así, cualquier tratado internacional que tenga por objeto la delimitación territorial de uno o varios estados no podrá considerarse nunca como una norma constitutiva, sino meramente declarativa, dado que un Estado, como orden jurídico efectivo establecido en un territorio determinado, no se puede constituir meramente por la adopción de una norma jurídica; del mismo modo que tampoco deja de existir a falta de ella. Cabe destacar, además, que dado que el concepto de validez territorial es un concepto jurídico —artificial, y no natural—, no existe ningún motivo por el cual el ámbito territorial en el que es válido el derecho de un estado deba coincidir siempre con sus límites geográficos. Existen numerosas excepciones¹³³ (*extraterritorialidad*) a la norma general como, por ejemplo, el caso del derecho aplicable a diplomáticos u otros agentes estatales que actúen fuera de su estado de origen o el caso de los actos estatales realizados en alta mar a bordo de buques con pabellón nacional¹³⁴.

El problema de la determinación del ámbito de validez temporal es el problema del nacimiento y del fin del estado. Cuando nace, lo lógico sería que cualquier estado pretendiera existir eternamente. Sin embargo, para Kelsen la realidad empírica mostraba que el tiempo que los estados existen es limitado y no eterno. Unos estados desaparecen y otros nuevos nacen. Recordemos que la época de entreguerras en Europa fue precisamente un tiempo en el que imperios centenarios cayeron y otros estados nuevos surgieron, reconfigurando sustancialmente el mapa europeo. Si se acepta la evidente realidad de que los estados pueden nacer y extinguirse, se necesita suponer que un orden jurídico superior a ellos determina las condiciones en las que empieza y termina el ámbito de validez temporal de los diferentes ordenamientos estatales. Este ordenamiento no puede ser otro que el derecho internacional¹³⁵. Es de

¹³² KELSEN, Hans, *Théorie Générale du Droit International... cit.*, p. 207

¹³³ *Vid. Ibid.*, pp. 215 y ss.

¹³⁴ *Vid. Ibid.*, pp. 221 y ss.

¹³⁵ Por el contrario, la teoría positivista tradicional, influida por el dogma de la soberanía, consideraba que tanto el hecho del nacimiento como del fin del estado son actos *metajurídicos*. Si se considera que el estado es una colectividad soberana, es decir, que no tiene ningún ordenamiento jurídico sobre sí, no se puede entonces comprender que el nacimiento o el fin del estado puedan ser fenómenos regulados por una regla de derecho.

nuevo el principio de efectividad la norma que determina cuándo existirá un estado para el derecho internacional. Ese momento coincidirá con el instante en que un poder independiente —es decir, únicamente sometido al derecho internacional— pueda hacer respetar de una forma permanente el orden establecido por ella en cierto territorio¹³⁶. A través del principio de efectividad el ordenamiento internacional está realizando una delegación: delega la facultad de dictar normas de rango estatal en quien sea capaz de asegurar el cumplimiento de un orden jurídico de forma estable en un determinado territorio.

Los sujetos de las normas estatales son generalmente los individuos que se encuentran en el territorio del estado; tradicionalmente, *el pueblo*. La cuestión básica a resolver desde el punto de vista de la teoría pura del derecho será determinar qué individuos pueden resultar obligados por las normas estatales, es decir, contra quiénes se puede llevar a cabo un acto de coerción si no se comportan en la manera prescrita. Dado que, según Kelsen, no existe ninguna norma general de derecho internacional sobre este particular¹³⁷, se debe concluir que el principio general será que el estado tendrá la facultad de someter a todos los individuos que se encuentren dentro de su ámbito de validez espacial, sean nacionales o extranjeros. Cabrá tener en cuenta que en el ámbito personal también será aplicable la extraterritorialidad como excepción, lo cual significa que los nacionales se pueden encontrar sometidos a la legislación estatal aunque se encuentren en el extranjero.

En último lugar, puesto que el ámbito de validez material del derecho internacional es ilimitado, puede considerarse que éste delega tácitamente a los ordenamientos estatales la regulación de todas las materias de las que él mismo no se ocupa. En cambio, desde el momento en que una materia es regulada por el derecho internacional —normalmente, a través de un tratado— los estados parte deberán abstenerse de dictar normas cuyo contenido material sea contrario a las normas de

¹³⁶ *Vid. Ibid.*, p. 265

¹³⁷ *Vid. Ibid.*, p. 235

derecho internacional que han aceptado. De no hacerlo, estarían vulnerando el principio de jerarquía normativa, al encontrarse el derecho internacional por encima de los ordenamientos estatales. Como veremos a continuación, el problema en este caso, dado el escaso nivel de desarrollo del derecho internacional, será la ausencia de mecanismos jurídicos que, de forma similar a como sucedería ante una violación del derecho interno, anulen la vigencia de la norma contraria al derecho internacional, o bien que sancionen al órgano que la ha dictado.

f) Coherencia y plenitud en el derecho internacional

Si la coherencia y la plenitud eran dos atributos predicables del ordenamiento jurídico en general, deben poder ser predicados también del ordenamiento jurídico internacional. Esto quiere decir tanto como que el derecho internacional es (también) un sistema en el que no existen contradicciones ni lagunas, puesto que el propio ordenamiento proporciona las soluciones para resolver las situaciones en las que dos normas se contradigan o en las que aparentemente no exista ninguna norma aplicable. Además, dado que derecho internacional y derecho estatal formarían parte de un mismo y único sistema normativo, tampoco podrían darse conflictos irresolubles entre las normas internacionales y las estatales. Al contrario de lo que es habitual en sus obras sobre teoría general, Kelsen no trata estos dos problemas de forma conjunta en sus obras internacionalistas; sin embargo aquí se intentará reconstruir y poner en relación las soluciones que parece apuntar para cada uno de ellos.

El problema de la coherencia, particularmente en cuanto se refiere a la coherencia entre el derecho internacional y el derecho estatal, es el que Kelsen desarrolla con más profundidad de los dos, y lo hace particularmente ya en sus obras americanas. La existencia de conflictos normativos entre el ordenamiento internacional y el

estatal ha sido utilizada por los adversarios de la concepción monista¹³⁸, quienes han argumentado que no pueden constituir un mismo sistema dos ordenamientos entre cuyas normas es evidente que existe una infinidad de contradicciones. Si las prescripciones del derecho internacional son infringidas con extrema frecuencia por los actos estatales, ello debe querer decir que el derecho internacional y el estatal forman parte de dos ordenamientos que no tienen nada en común y, en consecuencia, las contradicciones normativas entre ellos están a la orden del día. Pero ese argumento es equivocado a juicio de Kelsen, que insistirá en que tales contradicciones no son reales sino meramente aparentes. Teniendo en cuenta que una norma de derecho internacional (Kelsen no precisa si de origen consuetudinario o contractual)¹³⁹ se encuentra en un plano jerárquicamente supraordinado a una norma de derecho estatal, la relación que se da entre una norma del derecho internacional que ordena un cierto estado de cosas y la norma del derecho estatal que ordena el estado de cosas contrario es la misma que existe entre la constitución y la ley inconstitucional o entre la ley y la sentencia *contra legem*¹⁴⁰. Del mismo modo que la comisión de un delito no constituye una negación del derecho [*supra*, 2.1.2], la ley inconstitucional o la sentencia *contra legem* no implican la quiebra del ordenamiento jurídico, como tampoco una norma estatal contraria al derecho internacional implica la quiebra de la unidad existente entre derecho estatal y derecho internacional. La ilegalidad de una norma, establece Kelsen, puede conllevar dos consecuencias: o bien que esa norma pueda ser derogada, o bien que el titular del órgano que la ha dictado pueda ser sancionado. Ambas consecuencias, sin embargo, únicamente se harán efectivas si se instituyen los mecanismos oportunos con los que llevarlas a cabo. A falta de mecanismos legales para derogarla, una ley inconstitucional, en el

¹³⁸ Por ejemplo, Hart [*infra*, 2.3.4.c]

¹³⁹ *Vid.* KELSEN, Hans, *Principles of International Law*, *cit.*, p. 419. Esa imprecisión podría suscitar alguna dificultad si, como se ha visto en el esquema ofrecido anteriormente [*infra*, 2.2.1.d], entre derecho internacional contractual y derecho estatal no se establece una relación de jerarquía, sino de coordinación.

¹⁴⁰ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (2ª ed.), p. 332; en el mismo sentido, *Id.*, *Principles of International Law*, *cit.*, p. 419 y ss.

esquema de validez *paleopositivista*¹⁴¹ de Kelsen, debe ser considerada una ley válida; esto es, una ley plenamente perteneciente al sistema jurídico. Con ello Kelsen admite que el principio *ex iniuria ius non oritur* no forma parte necesariamente de un ordenamiento jurídico¹⁴², que pueden existir normas que violen el contenido de normas de jerarquía superior sin incurrir por ello en una contradicción lógica. Así, lo habitual es que, a falta de mecanismos que puedan derogar las leyes contrarias al ordenamiento internacional, éstas permanezcan válidas; sin perjuicio de que su emisión pueda constituir la condición a la cual el derecho internacional enlace una sanción específica¹⁴³; es decir, la aplicación de guerra o represalias por parte de otros estados u organismos de la comunidad internacional.

El problema de la plenitud, por su parte, se relaciona con las teorías que pretenden distinguir entre conflictos jurídicos y conflictos políticos [*infra*, 3.2.3.a], considerando que deben ser tratados como conflictos políticos —y por lo tanto no susceptibles de ser resueltos a través de procedimientos jurídicos— aquellos para los cuales el ordenamiento internacional no prevé una solución. Kelsen consideró que esa forma de pensar suponía ignorar el principio jurídico fundamental de que todo aquello que no está jurídicamente prohibido, está permitido¹⁴⁴. Siguiendo ese principio, que técnicamente es conocido como cláusula alternativa tácita, el derecho internacional existente siempre podría ser aplicable a cualquier caso concreto. Consiguientemente, para los tribunales internacionales —como suele ocurrir en los nacionales— regiría la obligación de resolver sobre el fondo de cualquier asunto que admita a trámite. En otras palabras, sobre los tribunales internacionales pesaría

¹⁴¹ La expresión es de Ferrajoli, quien la utiliza para criticar la asociación que Kelsen hace entre vigencia y validez normativa; dos conceptos que son netamente disociados en la formulación del paradigma garantista de validez ferrajoliano. Hay que hacer notar, en cualquier caso, que el paradigma de validez que propone Ferrajoli está pensado fundamentalmente para ordenamientos en los que rige una constitución rígida (*vid.* FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2006 [1999], pp. 20 y ss.).

¹⁴² KELSEN, Hans, *Principles of International Law*, *cit.*, 422

¹⁴³ *Vid.* KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (2ª ed.), *cit.*, p. 333

¹⁴⁴ *Vid.* KELSEN, Hans, *Principles of International Law*, *cit.*, p. 305; también *Id.*, *Teoría pura del derecho* (2ª ed.), *cit.*, p. 254; o *Id.*, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, *cit.*, p. 196

también la prohibición de declarar un *non liquet*¹⁴⁵. Esa solución cubre el requisito lógico para poder afirmar que el ordenamiento jurídico internacional y, con él, el conjunto del ordenamiento jurídico, es un sistema completo en la medida en que no presenta lagunas. Siempre será posible, al menos desde el punto de vista lógico, la aplicación de un tratado o de la costumbre internacional a cualquier caso¹⁴⁶; siquiera en sentido negativo para dictar que el derecho no concede a la parte aquello que pide.

Pero ni al propio Kelsen se le escapa que ésta puede resultar una solución ciertamente poco satisfactoria desde el punto de vista moral o político¹⁴⁷. En ese sentido, surge el problema de la aplicación de los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, establecida como una fuente del derecho, junto con los tratados y la costumbre internacional, por el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Para Kelsen, en primer lugar, era dudoso que pudieran existir algo así como unos principios comunes a las naciones civilizadas, máxime a la vista del agudo antagonismo ideológico reinante¹⁴⁸. En segundo lugar, considerar que, a falta de tratado o costumbre aplicable al caso concreto, los jueces puedan aplicar dichos principios generales supone conceder un extraordinario poder legislativo al tribunal que Kelsen considera poco deseable¹⁴⁹ —ello, por supuesto, sin perjuicio de la función creadora de derecho que siempre tienen los jueces en su teoría—. Es por eso, que la referencia hecha en el Estatuto a esos principios generales en tanto que fuente autónoma del derecho debe considerarse superflua¹⁵⁰, debiendo ser únicamente considerados como “un principio de interpretación”¹⁵¹ destinado a complementar la

¹⁴⁵ Vid. KELSEN, Hans, *Collective Security... cit.*, p. 20. Más ampliamente sobre la prohibición de *non liquet* para los tribunales internacionales, *cfr.* LAUTERPACHT, Hersch, *The Function of Law... cit.*, pp. 71 y ss. Una posición contraria había sido adoptada, por ejemplo, por Hermann Heller, en coherencia con su defensa de la primacía del derecho estatal sobre el internacional (*vid.* HELLER, Hemann, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, trad. y estudio preliminar de Mario de la Cueva, Fondo de Cultura Económica, México, 1995 [1927], p. 256).

¹⁴⁶ Vid. KELSEN, Hans, *The Law of the United Nations... cit.*, p. 534

¹⁴⁷ Vid. KELSEN, Hans, *Principles of International Law, cit.*, p. 305

¹⁴⁸ Vid. *Ibid.*, p., 393; en el mismo sentido, Id., *The Law of the United Nations... cit.*, p. 533

¹⁴⁹ KELSEN, Hans, *Principles of International Law, cit.*, p., 306

¹⁵⁰ Vid. *Ibid.*, p., 394

¹⁵¹ *Ibidem*

aplicación del derecho convencional y consuetudinario. Así se plasmó, como veremos, en el tribunal que diseña en *PMD*¹⁵².

Para cerrar este apartado dedicado a la sistematicidad respondiendo a la pregunta formulada al comienzo del epígrafe (*¿cómo es la jerarquía en el derecho internacional?, ¿cómo se incardinan teóricamente sus normas dentro de este sistema único que es el derecho?, ¿qué posición ocupan dentro de la pirámide normativa las normas del derecho internacional?*), habría que insistir en que el grado más alto del ordenamiento jurídico internacional es el derecho internacional consuetudinario. En dos de sus normas —el principio de efectividad y la norma *pacta sunt servanda*— encuentran su fundamento, respectivamente, el derecho estatal y el derecho internacional de los tratados. Consecuentemente, según la interpretación que aquí se propone, derecho estatal y derecho internacional convencional deberían encontrarse entre ellos no en una posición de *supraordinación-subordinación*, sino en una posición de *coordinación*. La respuesta precisa, en todo caso, dependerá en última instancia no ya de una regla objetivamente determinable ofrecida por la ciencia jurídica, sino de la *elección* política o moral en función de la cual se quiera concebir la relación entre ambos ordenamientos jurídicos [*infra*, 2.3.5].

2.2.2. *Coactividad: la importancia del principio de efectividad*

Siguiendo con la segunda de las características derivadas de la definición de derecho anteriormente propuesta, aquí se expondrá lo que es una de las tesis fundamentales de la teoría pura kelseniana: la *coactividad* como una característica esencial de todo orden jurídico. De acuerdo con ella, el ordenamiento internacional únicamente podrá ser considerado un ordenamiento jurídico si se muestra capaz de imponer de forma

¹⁵² Vid. KELSEN, Hans, *La paz por medio del derecho*, cit.: Anexo I, art. 33 (p. 146)

generalizada el cumplimiento de sus normas, utilizando en última instancia la fuerza física si fuera necesario. Según la tradicional fórmula hobbesiana adoptada por el positivismo jurídico, *autoritas, non veritas, facit legem*: es la capacidad de hacer cumplir las normas, y no la justicia o la bondad moral de las mismas, lo que caracteriza a un ordenamiento jurídico. A continuación se intentará aclarar en primer lugar qué papel juega dentro de la teoría pura el concepto de proposición jurídica (a) y de qué manera se relaciona el principio de efectividad con la coacción en tanto que elemento definatorio del derecho para Kelsen (b). Con esos elementos, se tratará de reconstruir el significado que tiene la característica de la coactividad en su teoría del derecho internacional (c).

a) *La proposición jurídica y el concepto de lo antijurídico*

Un hecho que demuestra con claridad la importancia de comprender correctamente la teoría de la proposición jurídica es la reiterada referencia que Kelsen hace a ella en prácticamente todas las obras sobre la teoría del derecho internacional estudiadas. Las tendencias ideológicas que en opinión de Kelsen habían invadido la ciencia jurídica sólo podían ser superadas mediante la adopción de un método avalorativo y estrictamente formal que permitiera distinguir con claridad al derecho de otras ciencias sociales [*supra*, 2.1.1]. De ahí la relevancia de entender el papel que juega el concepto de *deber ser* (*Sollen*) como categoría del derecho en la teoría pura kelseniana, nítidamente diferenciada del *ser* (*Sein*). Recordemos que la idea de *deber ser* implica concebir la norma jurídica como un juicio hipotético que expresa el enlace específico de una situación de hecho condicionante con otra situación de hecho condicionada.

El concepto de lo antijurídico, consecuentemente, es una pieza clave para entender la naturaleza esencialmente coactiva del derecho. La teoría pura sigue la vieja tradición positivista del XIX según la cual el derecho es coacción. El *ius puniendi* es una competencia sin la cual no se concibe un orden jurídico. Una norma jurídica siempre

implica coacción, y justamente en eso se distingue del resto de normas no jurídicas. “Una norma sin sanción —dice Kelsen— en una ley es tan sólo un consejo del legislador”¹⁵³. Las normas del derecho son, por definición, normas coactivas (*Zwangsnormen*). Ello implica que en el esquema de la proposición normativa la situación de hecho condicionante es siempre calificada como lo antijurídico (*Unrecht*), y la condicionada, como consecuencia de lo antijurídico (*Unrechtsfolge*)¹⁵⁴. De este modo, lo que hará que una determinada conducta pueda ser calificada de delito no será la repulsa moral que merezca, sino, en un sentido estrictamente formal, que la descripción de esa conducta haya sido puesta en la proposición jurídica como condición de la consecuencia jurídica específica que es la sanción. Y esto sirve exactamente igual tanto para un delito en el ámbito estatal como para una infracción en el ámbito internacional.

Esta manera puramente formal de concebir el derecho permite hacer abstracción tanto de criterios morales como de criterios políticos en punto a determinar la validez de las normas jurídicas. Así, para Kelsen se hacía necesario contemplar igualmente como órdenes jurídicos la Francia democrática, la Italia fascista o la Unión Soviética comunista. En virtud del principio de efectividad, bastará con que un poder pueda ejercer la coacción de forma efectiva en un territorio determinado para que tal ordenamiento deba ser considerado como un ordenamiento jurídico. Y ello independientemente de las convicciones políticas del jurista que deba realizar la calificación jurídica. No es de extrañar que este elemento haya provocado las críticas más dispares hacia la teoría pura, tachada por los comunistas de burguesa y por los liberales de socialista¹⁵⁵.

¹⁵³ KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, cit., p. 40

¹⁵⁴ Vid. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.), cit., p. 52

¹⁵⁵ Vid. *Ibid.*, p. 21

b) *La eficacia como requisito general de validez*

Ya se ha dicho que la vigencia del principio de efectividad configura la eficacia como un requisito general de validez de un ordenamiento jurídico. Esta circunstancia puede ser relacionada directamente con la naturaleza esencialmente coactiva que presenta el derecho dentro del esquema kelseniano. En él, una norma del derecho internacional hace depender la existencia de los órdenes jurídicos estatales de la efectiva imposición de un orden coactivo. Para ilustrar con más precisión en qué consiste la eficacia como un requisito general de validez y su relación con la vertiente coactiva del derecho se mencionarán a continuación dos de los numerosos problemas del derecho internacional público tratados por Kelsen. El primero será el caso de la revolución triunfante y el segundo el referente al nacimiento y a la extinción del estado.

A) *La revolución triunfante.* El éxito de una revolución, tras un golpe de estado o una guerra civil, implica una ruptura con la constitución existente que permite poner en duda la continuidad del ordenamiento jurídico estatal. Ante esta circunstancia, el criterio fijado por el derecho internacional para determinar si el estado deja de existir o sigue existiendo como tal ante un cambio tan sustancial es el principio de efectividad. “Es un principio generalmente reconocido del derecho internacional —afirma con claridad Kelsen en *PS*— aquel en virtud del cual también un gobierno conquistado en origen mediante una violación del derecho [...] puede ser legítimo [...] si adquiere en el estado una estabilidad permanente y encuentra un reconocimiento general”¹⁵⁶; es decir, si el usurpador consigue un mínimo de eficacia en el mismo territorio y sobre la misma población.

Así, cabe tener en cuenta que el principio de efectividad no solamente se constituye en norma *relativamente* fundamental del ordenamiento jurídico estatal, sino que

¹⁵⁶ KELSEN, Hans, *Il problema della sovranità... cit.*, pp. 350-351

también se configura, a efectos del derecho internacional, como criterio que determina la representatividad del estado como tal ante la comunidad internacional. Puede afirmarse que forma parte de la costumbre internacional el hecho de reconocer que tras una revolución triunfante continúa intacta la personalidad jurídica del estado a cambio de que el usurpador consiga mantener una obediencia estable al nuevo régimen en el mismo territorio. Si ello es así, entonces se presume que continúa la personalidad del estado y que el nuevo gobierno es el representante *legítimo* (o, al menos, *legal*) del estado ante la comunidad internacional. Según Kelsen, para el derecho internacional no hay gobiernos legítimos o ilegítimos: “en derecho internacional todos los gobiernos son legítimos porque [a falta de convención universal que prohíba los golpes de estado] el derecho internacional considera como legítimo el gobierno que ocupa de hecho el poder”¹⁵⁷. Lo que le interesará a la comunidad internacional es que el cambio revolucionario del orden constitucional interno no afecte a las obligaciones internacionales del estado, que seguirán subsistiendo inalteradas. Es ilustrativo el ejemplo citado por Kelsen a propósito de la inutilidad jurídica de las reivindicaciones de quienes varios años después de la revolución rusa todavía pretendían la vigencia del orden zarista por entender que la revolución había sido contraria a derecho, equiparando los actos del gobierno soviético a los actos llevados a cabo por una banda de *gánsters*¹⁵⁸.

B) El nacimiento y la extinción del estado. Que sea una norma del derecho internacional consuetudinario como el principio de efectividad la que determine cuándo comienza y cuándo acaba la existencia de un estado convierte al problema del nacimiento y de la extinción del estado en un problema jurídico, es decir, en un problema de derecho positivo. Por el contrario, la teoría tradicional, influida por el dogma de la soberanía, consideraba que tanto el hecho del nacimiento como del fin

¹⁵⁷ KELSEN, Hans, *Théorie Générale du Droit International... cit.*, p. 291. Nótese que, a efectos jurídicos, Kelsen no hace ninguna distinción entre un golpe de estado (pongamos fascista) y una revolución popular (que, pongamos, quiera derrocar un régimen despótico). El efecto de ambos de cara al derecho internacional es el mismo.

¹⁵⁸ *Vid.* KELSEN, Hans, *Les rapports de système... cit.*, p. 237; en el mismo sentido, *vid.* Id., *Teoría pura del derecho* (2ª ed.), p. 63

del estado eran actos metajurídicos, realidades que se situaban *más allá* del derecho. Si se considera que el estado es una colectividad soberana, es decir, que no tiene ningún ordenamiento jurídico sobre sí, no se puede entonces comprender que el nacimiento o el fin del estado puedan ser fenómenos regulados por una regla de derecho. Cuando nace, cualquier estado pretende valer eternamente. Sin esta pretensión de eternidad el dogma de la soberanía estatal no tendría sentido. Sin embargo, ya se ha expuesto que para Kelsen es evidente, y más a la luz de los acontecimientos de la época de entreguerras, que nuevos estados pueden emerger al mismo tiempo que imperios seculares pueden dejar de existir en cuestión de muy poco tiempo. La historia enseña —y aquí habrá un punto de encuentro para Kelsen y Morgenthau— que los estados no son realidades perennes y, en consecuencia, puede y debe preverse la posibilidad de que se produzcan cambios estructurales en la configuración del escenario internacional, que no necesariamente tiene por qué ser un escenario en el que el protagonismo sea de las entidades tradicionalmente denominadas estados.

La extinción de algunos de estos imperios, así como la creación de buena parte de los nuevos estados se produjo en virtud de tratados internacionales. Esta circunstancia, sin embargo, no cambia en absoluto la vigencia del principio de efectividad. El orden estatal no comienza a ser efectivo como consecuencia de la conclusión de un tratado, sino cuando es efectivamente impuesto. Por este motivo, pretender que el acto convencional mediante el cual se crea o se extingue un estado tenga un carácter constitutivo es totalmente incompatible con el principio de efectividad. Principio éste que —recordemos— forma parte de la costumbre internacional y, por lo tanto, se encuentra en una posición jerárquicamente superior a la de los tratados. De este modo, los tratados internacionales que determinan el nacimiento o el fin de un estado podrán tener únicamente naturaleza declarativa, puesto que lo que en realidad importa es el efectivo establecimiento de un orden coactivo en un territorio y sobre una población determinados. “Lo que es decisivo, lo único decisivo, es la efectividad

de la nueva autoridad, es la eficacia del nuevo orden”¹⁵⁹. En otras palabras, cuando en un tratado internacional se acuerde la creación de un nuevo estado, éste no comenzará su existencia por esa mera declaración de voluntad, sino cuando efectivamente un orden coactivo sea ejercido dentro de su territorio¹⁶⁰. De igual manera, podrá declararse en un tratado internacional el fin de un estado, sin embargo, éste seguirá existiendo al margen de esa declaración de voluntad mientras que el poder continúe siendo ejercido de una forma efectiva dentro del ámbito territorial en cuestión.

Un caso similar al de la revolución triunfante será el del reconocimiento de insurgentes¹⁶¹: el caso en el que existe una pugna por el dominio del estado, pero en el que la efectividad del poder del gobierno insurrecto no es todavía estable o no se ha extendido al conjunto del territorio. Al faltar el requisito de la durabilidad, el principio de efectividad no es, a juicio de Kelsen, plenamente aplicable. Por eso, en esta situación considera que el reconocimiento de los insurgentes podría tener un cierto carácter constitutivo en la medida en que abriría la puerta al gobierno aspirante a mantener relaciones con otros estados. En cualquier caso, en el momento en que la organización insurrecta deje de ser eficaz, su reconocimiento deberá entenderse anulado.

Aunque, evidentemente, la casuística que ofrece la realidad internacional presenta multitud de matices, a través de estos dos ejemplos generales se ha pretendido mostrar la importancia que tiene en la teoría del derecho internacional la consideración del carácter coactivo del derecho, reflejado fundamentalmente en la

¹⁵⁹ KELSEN, Hans, “La naissance de l’État et la formation de sa nationalité...”, *cit.* p. 35

¹⁶⁰ Es el caso de la ya mencionada *Ciudad libre de Dánzig*: “este nuevo estado no ha nacido sino en el momento en el que la Constitución prevista en el Tratado de Versalles ha sido establecida y realizada” (KELSEN, Hans, “Contribution à la théorie du traité international”, *cit.*, p. 145). Es también similar la conclusión a la que llega en el dictamen que realiza sobre el nacimiento del estado checoslovaco: “estos tratados no tienen un carácter constitutivo para el nacimiento, según el derecho de gentes, del estado checoslovaco” (KELSEN, Hans, “La naissance de l’État et la formation de sa nationalité...”, *cit.* p. 51).

¹⁶¹ *Vid.* KELSEN, Hans, *Théorie Générale du Droit International... cit.*, p. 292

norma positiva del principio de efectividad. Es el derecho internacional el que habilita a la autoridad que efectivamente impone su poder sobre un determinado ámbito a dictar normas con carácter general. No hay que ocultar que esta operación parece implicar en buena medida la reducción del derecho al hecho, contradiciendo así un postulado básico de la teoría pura del derecho: la objetividad de las normas jurídicas¹⁶². Un análisis más detallado, sin embargo, lleva a entender que si bien es cierto que Kelsen concibe que el orden estatal no puede ser válido si no es eficaz, no por ello hace derivar la validez del orden estatal de su eficacia: “no hay orden válido —aclara— sin un cierto grado de eficacia [...] Una cierta eficacia es la condición «sine qua non», pero no la condición «per quam» de la validez del orden jurídico estatal”¹⁶³. Norberto Bobbio, que ha reflexionado como pocos sobre las relaciones entre el derecho y el poder, comprendió perfectamente que para Kelsen primero es el derecho y luego el poder¹⁶⁴. “El poder sin derecho es ciego, pero el derecho sin poder está vacío”¹⁶⁵; y justamente por eso la solución kelseniana del principio de efectividad en tanto que norma *relativamente* fundamental de los ordenamientos jurídicos estatales permite obtener una solución que satisface tanto las exigencias lógico-formales que requiere un sistema normativo como los requisitos de eficacia que permiten diferenciar entre un ordenamiento jurídico real de un ordenamiento jurídico imaginado. Recordemos que, según el famoso caso, lo que diferenciaría en última instancia a un ordenamiento jurídico de una banda de ladrones es, precisamente, que el primero —a diferencia de la segunda— es capaz de imponerse de manera estable y continuada; esto es, que resulta eficaz no en un momento concreto, sino de forma general¹⁶⁶. Ahora bien, si la organización rebelde logra

¹⁶² “Lo que convierte a ese suceso en acto jurídico (o antijurídico) no es su facticidad [...] sino el sentido objetivo que está ligado a ese acto” (KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.) *cit.*, p. 30)

¹⁶³ KELSEN, Hans, *Les rapports de système...* *cit.*, p. 236; en el mismo sentido, *vid.* Id., *Principles of International Law*, *cit.*, p. 413

¹⁶⁴ *Vid.* BOBBIO, Norberto, “Dal potere al diritto e viceversa”, en Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1992, pp. 141-155, p. 142. También *cfr.* CUENCA GÓMEZ, Patricia, “La relación entre el derecho y el poder en la teoría pura del derecho de H. Kelsen”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 13, 2010, pp. 273-296

¹⁶⁵ BOBBIO, Norberto, “Dal potere al diritto e viceversa”, *cit.*, *Ibid.*, p. 143

¹⁶⁶ *Vid.* KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (2ª ed.), *cit.*, p. 60

imponerse a la fuerza pública y subvertir la legalidad en la totalidad o en parte del estado, entonces no existirían para Kelsen razones jurídicas que impidieran hablar de un nuevo orden jurídico¹⁶⁷.

c) La coactividad en el derecho internacional

Con frecuencia es negada la naturaleza jurídica del derecho internacional alegando que carece de un aparato coactivo¹⁶⁸. Esa misma carencia ha servido a alguna doctrina para calificar al derecho internacional como un *derecho anárquico*¹⁶⁹, lo cual supone una evidente *contradictio in terminis* para Kelsen: el derecho nunca puede ser anárquico, porque la anarquía es precisamente la ausencia del derecho. Él reivindica el derecho internacional como un orden jurídico y, en consecuencia, como un orden coactivo y lo hace en base a la constatación de que existen instrumentos sancionadores en el ámbito de la comunidad internacional. Tales instrumentos, siguiendo la influencia de Kaltenborn¹⁷⁰, son la guerra y las represalias. Especialmente la guerra se convertirá en el elemento clave para que desde la teoría kelseniana se pueda justificar la juridicidad del derecho internacional y, con ella, la primacía del orden jurídico internacional sobre los ordenamientos estatales.

Las especiales características que presenta la guerra como sanción y sus consecuencias jurídico-políticas serán analizadas más adelante [*infra*, 3.1.2.a]. En

¹⁶⁷ Vid. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (2ª ed.), *cit.*, p. 61 y ss.

¹⁶⁸ Una perspectiva de las principales teorías negadoras del derecho internacional puede encontrarse en WALZ, Gustav A., *Esencia del derecho internacional y crítica de sus negadores*, estudio preliminar y trad. de Antonio Truyol y Serra, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943 [1930]

¹⁶⁹ Vid. KELSEN, Hans, *Il problema della sovranità... cit.*, pp. 378. Era el caso, por ejemplo, de Jellinek (*vid.* JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado, cit.*, p. 355); pero también de Heller, quien consideró que el liberalismo conducía “fatalmente” a la anarquía; y sólo desde la anarquía podía ser sostenida una posición, como la de Kelsen, que negaba la soberanía del estado (*vid.* HELLER, Hemann, *La soberanía... cit.*, p. 309)

¹⁷⁰ La influencia de Kaltenborn von Stachau (y, a través de él, de Christian Wolff) es determinante de la visión kelseniana de las relaciones internacionales (*vid.* von BERNSTORFF, Jochen, *The Public International Law Theory... cit.*, pp. 84 y ss.). En efecto, la obra de Kaltenborn *Kritik des Völkerrechts* (1847) había supuesto un avance decisivo para el estudio científico del derecho internacional (*vid.* KOSKENNIEMI, Martii, *The Gentle Civilizer... cit.*, pp. 24-28).

este punto será suficiente realizar una breve descripción de la manera en la que Kelsen justifica el derecho internacional como orden coactivo en base a la guerra. La afirmación de que la guerra —que perfectamente puede ser considerada como la negación del derecho— sea lo que otorga carácter jurídico al ordenamiento internacional puede ser contemplada como una nueva *contradictio in terminis*¹⁷¹. Kelsen es consciente de ello, pero argumenta que la aporía es sólo aparente. Cualquier ordenamiento jurídico, no sólo el internacional, debe estar en condiciones de hacer uso de la fuerza precisamente para que los individuos, de forma particular, no hagan un uso arbitrario de ella. Esto no implica necesariamente que el uso legítimo de la fuerza deba ser ejercido por un órgano especializado, pero sí que sea el propio ordenamiento jurídico quien determine en qué circunstancias y por quiénes puede ser ejercida la coacción. Cualquier coacción que sea ejercida fuera de esas circunstancias determinadas por el ordenamiento se convertirá en un ilícito. De este modo, dentro de un sistema de derecho, la coacción sólo puede ser considerada o bien como una sanción o bien como un ilícito. El derecho se vuelve así un instrumento pacificador precisamente porque al ser ejercida la coacción de un modo centralizado o, al menos, jurídicamente determinado, resultan consiguientemente prohibidos los actos de coacción que pudieran ser ejercidos por los particulares¹⁷².

Esta idea encuentra un perfecto acomodo en la teoría kelseniana del derecho internacional. La guerra, desde el punto de vista del derecho internacional, sólo puede ser contemplada o bien como sanción o bien como delito. O se trata de una reacción ante una violación del derecho internacional, o se trata de una violación del

¹⁷¹ Una de las formulaciones más claras de la guerra como negación del derecho ha sido la realizada contemporáneamente por Luigi Ferrajoli: “La guerra puede ser justificada por razones extra-jurídicas, de tipo económico, político y hasta moral; puede también ser considerada lícita o no ilegal, cuando no existan normas de derecho positivo que la prohiban. Pero no podrá ser calificada de legal, porque la contradicción entre guerra y derecho no lo permite. El derecho, en efecto, es por su naturaleza un instrumento de paz, es decir, una técnica para la solución pacífica de las controversias y para la regulación y limitación del uso de la fuerza. [...] La paz es su esencia íntima y la guerra su negación.” (FERRAJOLI, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, ed. de Gerardo Pisarello, Trotta, 2004, pp. 11-29). También *vid.* Id., *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Vol. 2 *Teoría de la democracia*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011 [2007], p. 481

¹⁷² *Id.* KELSEN, Hans, *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, *cit.*, p. 13

derecho internacional. Una prueba evidente de que la guerra puede —y debe— ser considerada como una sanción conforme a derecho es el constante empeño histórico de justificarla por parte de los estados que la han practicado. A lo largo de la historia, afirma Kelsen, los estados han tratado siempre de buscar motivos legales con los que justificar sus guerras¹⁷³. Así, la única guerra que puede considerarse como una sanción es la *guerra justa*¹⁷⁴, entendida como guerra conforme al *ius*, conforme a las prescripciones del derecho. Todo lo demás será una violación del mismo.

La guerra, entonces, se encuentra prohibida por el derecho internacional general precisamente porque es una sanción del mismo derecho internacional. Kelsen considerará que los acuerdos entre estados dirigidos a prohibir la guerra pueden ser positivos en el terreno político; sin embargo en el terreno jurídico no sirven absolutamente de nada, puesto que la guerra ya se encuentra prohibida de forma general por el derecho internacional consuetudinario¹⁷⁵. Es cierto que la guerra, como se verá, es una forma primitiva de sanción que la mayor parte de las veces hace pagar a población civil inocente. Pero Kelsen insiste en que su eliminación no es cuestión de voluntad política, sino de técnica jurídica. Si se quiere eliminar la guerra del escenario internacional hay que actuar como un cirujano “que debe conocer exactamente la función del órgano que se propone extirpar del cuerpo humano para mantener y estimular la vida en ese cuerpo”¹⁷⁶. La eliminación de la guerra, por lo tanto, sólo sería viable en el caso de que se encontrara otro mecanismo capaz de ejercer la coacción en el ámbito internacional. Mientras no se ponga en marcha ese mecanismo, no puede más que aceptarse la guerra en tanto que instrumento

¹⁷³ Vid. KELSEN, Hans, “La technique du droit international et l’organisation de la paix”, *cit.*, p. 255; también Id., *The Legal Process and International Order*, *cit.*, p. 14

¹⁷⁴ Aunque en los trabajos de Kelsen se encuentra, en distintas sus traducciones, la expresión *guerra justa*, es totalmente incompatible con los postulados de teoría pura el hecho de caracterizar un concepto normativo (como es la guerra en tanto que sanción) con un criterio valorativo (como es la justicia). Por eso, cuando en Kelsen encontramos la expresión *guerra justa* no podemos entenderla más que por *guerra legal*, por *guerra conforme a derecho* [*infra*, 3.1.2.c].

¹⁷⁵ Vid. KELSEN, Hans, *Théorie Générale du Droit International...* *cit.*, p. 135

¹⁷⁶ KELSEN, Hans, *The Legal Process and International Order*, *cit.*, p. 11; también *vid.* Id., “La technique du droit international et l’organisation de la paix”, *cit.*, p. 253

sancionador, símbolo si se quiere de la situación precaria y primitiva en la que se encuentra el derecho internacional [*infra*, 3.1.2.b].

Resumiendo, lo importante para Kelsen no será tanto que exista un aparato centralizado que monopolice el uso de la sanción, sino que ésta sea efectivamente ejercida en virtud de una *delegación* hecha por el ordenamiento jurídico. En el ámbito del derecho internacional, debido a su escaso desarrollo técnico, la coacción no viene ejercida por un órgano centralizado, sino por una pluralidad de órganos descentralizados. De acuerdo con el principio de auto-ayuda, cada uno de los estados, cuando practica la guerra conforme a derecho, está ejerciendo como un órgano del derecho internacional, el cual le habilita para ejercer la coacción. Es el hecho de la habilitación el que, conforme al esquema escalonado de la teoría pura, posibilita que un estado particular pueda ejercer como órgano de la comunidad internacional, aplicando la coacción en forma de guerra o represalias. La diferencia entre una *guerra-sanción* y una *guerra-delito* es la misma que existe entre una condena a pena de muerte y un asesinato: tratándose de una misma conducta, la primera es realizada por un sujeto habilitado por el ordenamiento jurídico, mientras que la segunda ha sido realizada por un sujeto no habilitado. La primera es un castigo impuesto por la comunidad, mientras que la segunda es un agravio realizado a la comunidad.

2.2.3. *Funcionalidad: el sujeto de las normas del derecho internacional*

Kelsen contempla el derecho como un sistema coactivo de normas que sirve para regular las conductas humanas en sociedad. El contenido de toda norma jurídica, por consiguiente, debe consistir siempre en la regulación de una determinada conducta humana. Esta afirmación contrasta con la idea tan difundida de que los sujetos de las normas del derecho internacional son los estados; es decir, que el derecho internacional sólo regula la conducta de los estados. El propósito de este apartado es

mostrar que la potente concepción funcional del derecho en el pensamiento de Kelsen exige romper con esta idea. Para la teoría pura los destinatarios de las normas del derecho internacional podrán ser únicamente los individuos y no los estados, como tantas veces se afirma. Los motivos de la errónea posición de la doctrina mayoritaria se encuentran, como casi siempre para Kelsen, en una falta de rigor metodológico, en la contemplación de los conceptos jurídicos como realidades naturales. Por lo que respecta a la teoría del derecho internacional y a la comprensión funcional del derecho, se prestará atención a los conceptos de persona y de estado, cuya presentación a la luz de la doctrina kelseniana servirá para aclarar por qué únicamente los individuos, y no los estados, pueden ser los auténticos destinatarios de las normas del derecho internacional.

a) El concepto de persona y la motivación de la conducta

Para la teoría pura del derecho existen únicamente las normas, y no las realidades de la naturaleza. El derecho, afirma Kelsen en *TPD*, es una *realidad espiritual*¹⁷⁷, es decir, una construcción puramente artificial que nada tiene que ver con lo que existe en el mundo natural. Ello significa que desde el punto de vista de la ciencia jurídica los seres humanos únicamente pueden ser contemplados en cuanto que sujetos jurídicos, esto es, en cuanto que titulares de derechos y obligaciones. Cuando desde el derecho se piensa en un individuo, no se piensa en él como una totalidad natural, con todas sus funciones intelectuales, sensoriales o corporales, sino que únicamente se tienen en cuenta sus conductas en la medida en que puedan ser calificadas como deberes o facultades.

Por eso Kelsen insiste en que el concepto de persona “es sólo un recurso mental artificial, un concepto auxiliar [y, por lo tanto, prescindible] que ha creado el conocimiento jurídico para lograr una exposición más intuible del material a

¹⁷⁷ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.) cit., p. 37

dominarse, y cediendo a un lenguaje antropomórfico y personificador”¹⁷⁸. La única manera en que puede considerarse a la persona es, entonces, como un centro de imputación jurídica, esto es, como un conjunto de derechos u obligaciones. En consecuencia, será incorrecto afirmar que el derecho obliga o faculta a las personas a realizar una determinada conducta. Aplicando el debido rigor metodológico, lo correcto será decir que obligados o facultados sólo pueden estar los individuos. Y lo están en tanto que “es la conducta humana la que constituye el contenido de las normas jurídicas”¹⁷⁹.

A los efectos de la teoría pura, en consecuencia, una persona es siempre una persona jurídica; pues el concepto de persona no puede ser contemplado más que como una realidad jurídica, como un centro de imputación normativa. En consideración a ello, la problemática expresada en relación a las personas (tradicionalmente conocidas como) físicas será igualmente aplicable a las personas (tradicionalmente conocidas como) jurídicas¹⁸⁰. La particularidad residirá en que cuando un deber es imputado a una persona jurídica el ordenamiento no está determinando el concreto individuo obligado o facultado a realizar una conducta, sino que está delegando en el orden jurídico parcial de la persona jurídica (asociación, sociedad, etc.) la potestad de determinar qué individuo concreto deberá llevar a cabo el comportamiento prescrito por el derecho. En palabras de Kelsen, “las normas que obligan y facultan a una persona jurídica a cierta conducta, son normas que sólo determinan inmediatamente el elemento objetivo [...] pero que respecto a la determinación del elemento subjetivo [...] hacen delegación en otra norma”¹⁸¹. La misma lógica, como se verá, es aplicada a la titularidad de derechos u obligaciones por parte del estado en el ámbito del derecho internacional.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 83

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 85

¹⁸⁰ *Vid.* KELSEN, Hans, *El contrato y el tratado... cit.*

¹⁸¹ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.), *cit.*, p. 88

Ahora la cuestión es apuntar de qué manera las normas jurídicas pueden determinar la conducta de los individuos a los cuales son imputadas. Para ello conviene hacer alguna referencia a los conceptos de norma primaria y norma secundaria¹⁸² en Kelsen. Toda norma, para tener carácter jurídico, debe ser norma coactiva, y ello implica que debe establecer por quién y bajo qué circunstancias debe ser ejercida la coacción. Las normas que hacen eso, que imputan a una determinada conducta (hecho antijurídico) una determinada sanción (consecuencia jurídica) son las auténticas normas jurídicas, es decir, las normas primarias. Se puede considerar, sin embargo, que existe otro tipo de normas, que serían aquellas que mandan lo contrario de lo que las normas primarias establecen como hechos antijurídicos. Éstas son las normas secundarias. Si la norma primaria establece *el que matare a otro será castigado con pena de prisión de 10 a 15 años*, la norma secundaria establece *no se debe matar*. Ésta última norma, en cambio, no establece ninguna sanción y, consecuentemente, no puede ser considerada como una verdadera norma jurídica para Kelsen.

El instrumento por excelencia que el derecho posee para hacerse efectivo es la coacción, la cual consistirá siempre en la privación de uno o varios derechos o bienes como consecuencia de la realización de un acto antijurídico. Dicha privación, para ser eficaz, deberá representarse para el individuo que realiza la conducta antijurídica como una consecuencia desagradable que deberá soportar¹⁸³. Por este motivo, en los ordenamientos modernos, la pena es siempre personal, es decir, deberá ser soportada por el mismo individuo que ha cometido el acto ilícito. En los ordenamientos primitivos, en cambio, existe la sanción colectiva o la sanción a un individuo distinto

¹⁸² Como es sabido, esta misma distinción ha sido también utilizada por Hart, pero en un sentido totalmente distinto del empleado por Kelsen. A grandes rasgos, para Hart, las normas primarias son aquellas que obligan, prohíben o facultan; mientras que las normas secundarias son las que confieren una potestad.

¹⁸³ En cualquier caso, cabe tener en cuenta que el hecho de que los individuos cuya conducta regula el derecho consideren la sanción como un mal que procuran eludir no significa necesariamente que el evitar esas sanciones sea el único, ni siquiera el principal, motivo de obediencia a las normas jurídicas. También se podría atribuir su eficacia a otros factores, tales como la moral, la religión o la ideología, según reconoce el propio Kelsen.

de aquél que ha realizado el acto antijurídico, como puedan ser los familiares del infractor. Es el caso también del derecho internacional, que aplica la sanción colectiva y objetiva que es la guerra.

En la medida en que pretende evitar hechos que se consideran socialmente indeseables influyendo en las conductas humanas, el derecho debe ser considerado estrictamente como un medio y no como un fin. En esta *instrumentalidad* se puede ver reflejada la esencia objetiva y avalorativa de la teoría pura del derecho, que concibe el derecho como “un aparato coactivo al que no corresponde, en sí ni por sí, ningún valor político o ético”¹⁸⁴. Así, la teoría pura “no toma en consideración el fin que es perseguido y logrado con el orden jurídico, sino sólo el orden jurídico mismo”¹⁸⁵. Desde este punto de vista, el derecho puede tener cualquier contenido, en nada importa el fin que se pretenda con las normas jurídicas, puesto que éstas son consideradas un mero instrumento, una *específica técnica social*. Es patente la contradicción en la que aparentemente incurre Kelsen en este punto en comparación con algunos de sus escritos sobre derecho internacional, en los que claramente afirma que el derecho posee una función de *promoción* de la paz¹⁸⁶, poniéndose no al servicio de cualquier fin, sino precisamente al servicio de lograr la pacificación de las relaciones internacionales [*infra*, 3.1.1.b].

Justamente porque es un instrumento destinado a modelar la conducta humana a través del establecimiento de consecuencias potencialmente nocivas (sanciones) imputadas a los comportamientos que se pretenden evitar (antijurídicos), el derecho sólo puede estar destinado a los individuos, en cuanto a seres dotados de razón y voluntad. Por este motivo, también el derecho internacional tendrá como destinatarios últimos únicamente a los individuos; porque si una norma no manda una conducta a un ser humano no está entonces mandando nada, no es entonces una

¹⁸⁴ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.), *cit.*, p. 60

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 61

¹⁸⁶ Vid. KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, *cit.*, p. 23

norma. En palabras de Kelsen, “si [las normas] no crean derechos u obligaciones más que para el estado como tal, es decir, para una pura construcción jurídica, no obligan a nadie y no obligan entonces a nada”¹⁸⁷.

b) *La desmitificación del estado*

La *Staatsrechtslehre* había contemplado tradicionalmente al derecho y al estado como cosas diferentes. Con ello lo que en el fondo se pretendía la mayor parte de las veces era justificar el estado por el derecho. Kelsen negará que pueda ser función del derecho justificar ninguna cosa. “Justificación comporta *valoración*; y las valoraciones —siempre de carácter subjetivo— son cosas de la ética y de la política, pero no del conocimiento objetivo. Sólo a éste tiene que servir la ciencia jurídica si quiere ser ciencia y no política”¹⁸⁸. Así, cuando desde la pureza metodológica que caracteriza a la teoría pura del derecho se pretende analizar el concepto de estado, se hace necesario despejar la confusión terminológica que existe en torno a él. A ese objetivo destinó Kelsen su obra *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (1922) y buena parte de la *TGE*. Se puede contemplar la realidad del estado desde el punto de vista sociológico o desde el punto de vista político, pero a la ciencia pura del derecho sólo puede interesarle el estado en cuanto que orden jurídico. En consecuencia, la teoría general del estado no será más que teoría general del derecho. Los problemas acerca del estado serán siempre problemas jurídicos, es decir, problemas relativos a la producción y a la validez de las normas estatales¹⁸⁹.

Así como el rey Midas convertiría en oro todo lo que tocaba, todo lo que el estado *toca* (*i.e.*, realiza mediante un acto jurídico), se convierte automáticamente en derecho¹⁹⁰. De esta forma se llega a una afirmación tantas veces repetida por Kelsen:

¹⁸⁷ KELSEN, Hans, “La transformation du droit international en droit interne”, *cit.*, p. 178

¹⁸⁸ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.) *cit.*, p. 170

¹⁸⁹ *Vid.* KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, *cit.*, p. 59

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 57

*todo estado es estado de derecho*¹⁹¹. No en el sentido material del término (el que concibe *estado de derecho* como una concreta forma de estado en la que el poder se encuentra sometido a las leyes), sino en el sentido formal. El estado no puede ser más que estado de derecho porque, desde el punto de vista jurídico, el estado no es más que un conjunto de normas. Si se tiene en cuenta la teoría kelseniana sobre el derecho internacional, en cambio, no sería válida la afirmación contraria: *todo derecho es derecho de estado*¹⁹². En este sentido, si bien desde una perspectiva diametralmente opuesta, Kelsen compartiría con el institucionalismo de Santi Romano el rechazo a la tesis de la estatalidad del derecho¹⁹³. El estado, desde la perspectiva de Kelsen, se caracteriza por implicar un cierto grado de centralización de la producción y la ejecución de las normas. Sin embargo, donde no se haya producido esa centralización no quiere decir que no exista derecho, y el mejor exponente de ello es la existencia del derecho internacional.

Lo que el positivismo tradicional (paradigmáticamente, Jellinek)¹⁹⁴ ha considerado como la *persona del estado*, con una supuesta voluntad, con un supuesto poder, etc., desde la teoría pura no puede ser visto, como sucede con las personas físicas o las jurídicas, más que como la personificación de un orden jurídico. El estado, como *persona jurídica por excelencia*¹⁹⁵, no sería más que un conjunto de derechos y deberes; o, más precisamente, un centro de imputación normativa. Y ni siquiera un centro último, sino un centro *intermedio* de imputación normativa, ya que las normas jurídicas, en virtud de la consideración funcional del derecho, no pueden ser imputadas a él sino como un mero tránsito, pues su destinatario final deberá ser en todo caso un individuo.

¹⁹¹ KELSEN, Hans, *Il problema della sovranità... cit.*, p. 41; también Id., *Teoría General del Estado, cit.*, p. 57; e Id., *Teoría pura del derecho... (1ªed.) cit.*, p. 168

¹⁹² No lo ha visto así, en cambio: MONEREO PÉREZ, José Luis, *Los fundamentos de la democracia... cit.*, p. 30

¹⁹³ ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico*, estudio preliminar y trad. de Sebastián Martín-Retortillo, Reus, Madrid, 2012 [1918]. Cfr. LA TORRE, Massimo, *Law as Institution*, Springer, Heidelberg, 2010, pp. 97 y ss.

¹⁹⁴ Vid. JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado, cit.*, pp. 188 y ss.

¹⁹⁵ KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado, cit.*, p. 87

El estado es concebido como uno más de los diferentes grados de un ordenamiento jurídico diseñado de forma escalonada. El orden jurídico estatal encuentra su fundamento de validez en el derecho internacional consuetudinario a través del principio de efectividad, por lo tanto, el estado no es el grado más elevado ni el principal, sino un grado intermedio dentro de la cadena normativa. He aquí donde reside la *desmitificación* del estado practicada por Kelsen. De acuerdo con ella, la diferencia entre un estado y un municipio será una simple cuestión de grado: el contenido de las normas estatales puede ser perfectamente el contenido de los ordenamientos inferiores “por autorización, delegación o reenvío de aquél”¹⁹⁶. La consideración del estado como un grado más dentro de una pirámide jurídica que tiene al derecho internacional situado en una posición jerárquicamente superior conduce al menos a dos consideraciones relevantes. La primera de ellas sería la desaparición de toda distinción fundamental entre el estado y las comunidades jurídicas inferiores (no estatales) que lo integran. El estado, en su esencia, no poseería ningún rasgo normativo característico que permita diferenciarlo de los ordenamientos subordinados a él. “Sin que por eso [deba desaparecer necesariamente] la posibilidad de que entre las comunidades históricamente dadas como «estados» y la comunidad jurídica internacional se intercalen ciertos grados intermedios, como el estado federal”¹⁹⁷. La segunda de ellas será que queda explícitamente abierta la vía para considerar que se puede atribuir el carácter de estado, de *civitas maxima*, a la comunidad jurídica constituida por el derecho internacional¹⁹⁸ [*infra*, 3.3.3].

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 153

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 162

¹⁹⁸ La única precaución que expresa Kelsen en este punto a propósito del estado mundial es que el término «estado» sea considerado como equivalente a «orden jurídico»: “sólo a condición de que al atribuir a la comunidad jurídica internacional el título de «estado universal» no se pretenda expresar otra cosa que la unidad del derecho internacional positivo, y no la de otros postulados de índole político-jusnaturalista respecto de un desenvolvimiento ulterior del orden del derecho de gentes” (*Ibidem.*).

Aclarados estos puntos, la idea de que los sujetos del derecho internacional son los estados, esto es, de que son los estados y nada más que los estados quienes se encuentran directamente obligados por las normas internacionales necesita una importante corrección. Como las normas que tienen por destinatarias a las personas jurídicas, las normas del derecho internacional son, en principio, *normas incompletas*¹⁹⁹. Son incompletas porque determinan claramente el objeto al que se refieren, o sea, la conducta a la que obligan; pero no el sujeto, o sea, el individuo que debe realizar la conducta ordenada por la norma. La determinación de este individuo concreto, que la mayor parte de las veces será el titular de un órgano administrativo estatal, es delegada por el derecho internacional al orden jurídico interno. La conducta del individuo designado será imputada al conjunto del estado, de la misma manera que la conducta del representante de una sociedad es imputada a la persona jurídica de la sociedad sin que por ello sea propia la sociedad la que haya realizado la conducta debida, prohibida o permitida. Así, cuando se afirma que el estado *X* está obligado a realizar alguna conducta, no se podrá estar afirmando sino que el individuo cuya conducta sea imputable al estado *X* estará obligado a realizar esa conducta. La delegación que se produce del orden internacional al orden estatal constituye una muestra más de la construcción escalonada del ordenamiento jurídico y es exactamente de la misma naturaleza que la delegación que se produce de la norma general a la norma particular dentro del ordenamiento interno²⁰⁰.

En cualquier caso, es importante destacar que el hecho de la determinación indirecta de los sujetos obligados a realizar el acto debido no es algo consustancial a la naturaleza del derecho internacional²⁰¹. Así lo demuestra Kelsen trayendo a colación numerosas normas de derecho internacional consuetudinario y convencional que tienen directamente como sujetos a individuos. Respecto del derecho consuetudinario el caso más citado por Kelsen será el de las normas internacionales contra la

¹⁹⁹ *Vid.* KELSEN, Hans, *Principles of International Law*, *cit.*, 315

²⁰⁰ *Vid.* KELSEN, Hans, “La transformation du droit international en droit interne”, *cit.*, p. 182; en el mismo sentido, *Id.*, *Teoría pura del derecho* (2ª ed.), *cit.*, p. 328

²⁰¹ *Vid.* KELSEN, Hans, *Théorie Générale du Droit International...* *cit.*, p. 148

piratería²⁰², que facultan a los estados afectados a castigar directamente a los individuos que la ejerzan. Por su parte, respecto del derecho internacional convencional son citadas abundantes normas de la época, como el artículo 26 de la Convención de La Haya sobre Guerra Terrestre de 1907, que habla directamente del *jefe de la tropa*²⁰³; el artículo 3 de la Convención sobre el Empleo de Submarinos y de Gases Asfixiantes en Tiempo de Guerra de 1922²⁰⁴; o, el ejemplo más nombrado por Kelsen: el artículo 227 del Tratado de Versalles, que establece la responsabilidad del káiser Guillermo II por un “agravio supremo contra la moral internacional y la santidad de los tratados”²⁰⁵. Este último artículo supondrá no sólo un ejemplo incontestable de individuo como sujeto directo de una obligación internacional, sino que también abrirá la puerta a lo que hoy se ha consolidado como responsabilidad penal del individuo ante los tribunales internacionales²⁰⁶ [*infra*, 3.2.3.c].

c) *El dogma de la soberanía estatal*

La *desmitificación* que Kelsen propone del estado como uno de los pasos necesarios en la construcción teórica de un derecho internacional que haga posible una paz permanente encuentra su principal obstáculo en el *dogma* de la soberanía estatal. Por eso es necesario hacer alguna referencia a este concepto, pese a que para Kelsen propiamente no se trate de un elemento jurídico, sino más bien una hipótesis, “un presupuesto del pensamiento del observador que quiere conocer el estado y el derecho”²⁰⁷. De las múltiples teorías que Kelsen analiza en *PS*, de forma general

²⁰² Vid. *Ibid.*, p. 149; también, *Il problema della sovranità... cit.*, p. 244

²⁰³ Vid. KELSEN, Hans, *Théorie Générale du Droit International... cit.*, p. 154

²⁰⁴ Vid. *Ibid.*, p. 151

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 155; también Id. *La paz por medio del derecho, cit.*, p. 105

²⁰⁶ He desarrollado este aspecto en GARCÍA SAEZ, Jose Antonio, “Piratas, emperadores y nazis. La individualización de la sanción como base de la justicia penal internacional en el pacifismo jurídico de Hans Kelsen”, en VVAA, *Derecho Penal Internacional y Memoria Histórica. Desafíos del pasado y retos del futuro*, Fabian Di Placido, Buenos Aires, 2012, pp. 137-155

²⁰⁷ KELSEN, Hans, *Il problema della sovranità... cit.*, p. 23. Una interesante colección de ensayos sobre el concepto de soberanía en Kelsen, con trabajos, entre otros, de Pietro Barcelona, Vittorio Frosini o Sandley L. Paulson, puede verse en: CARRINO, Agostino (ed.), *Kelsen e il problema della sovranità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1990

puede concluirse que la idea de la soberanía estatal conlleva la consideración del estado como un orden supremo, es decir, no derivado de ningún otro orden que pueda encontrarse jerárquicamente en un plano superior. La soberanía estatal sería, en consecuencia, incompatible con la idea de que pueda ser una norma de derecho positivo, como lo es el principio de efectividad del derecho internacional, la que otorgue validez al estado en tanto que orden jurídico.

La única posibilidad de concebir la soberanía estatal como compatible con la primacía del derecho internacional y, por lo tanto, como compatible con el resto de los elementos de la teoría del derecho internacional que han sido aquí descritos es concebirla como la propiedad del estado de no estar sometido a ningún otro poder más que al derecho internacional²⁰⁸. En otras palabras, es concebir la soberanía como el atributo que otorga autonomía e independencia a un estado respecto de los otros en el ámbito de la comunidad internacional, donde todos los estados son considerados formalmente iguales²⁰⁹, independientemente del tamaño de su territorio o del peso de su población.

Según esto, la soberanía ya sólo podría ser concebida de una manera relativa, como “la cualidad de estar sobre aquellos que están debajo”²¹⁰. De nuevo vuelve a ser patente la *desmitificación* del estado, concebido como un grado más en el sistema de habilitaciones jurídicas. El estado será soberano respecto de sus súbditos, pero sólo en la misma medida en la que “es soberano cualquier ordenamiento parcial respecto a aquellos que le han sido subordinados”²¹¹, como, por ejemplo, el ayuntamiento sería soberano respecto de los vecinos en él empadronados en cuanto lo que respecta a la aplicación de la normativa municipal.

²⁰⁸ Vid. KELSEN, Hans, *La paz a través del derecho*, cit., pp. 63 y ss. También vid. Id., “The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization”, en *Yale Law Journal*, vol. 53, nº 2, 1944

²⁰⁹ Así, el artículo 2.1 de la Carta de Naciones Unidas proclama que “la Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros”.

²¹⁰ KELSEN, Hans, *Il problema della sovranità... cit.*, p. 61

²¹¹ *Ibidem*.

La soberanía, como equivalente a ordenamiento supremo que no conoce superior, podrá —y deberá—, ser predicada entonces únicamente respecto del ordenamiento jurídico en su conjunto, y no respecto del estado en particular. Afirmar la soberanía del conjunto del ordenamiento es necesario, arguye Kelsen, sólo en la medida en que se pretenda que el ordenamiento jurídico de la que se predica tenga una existencia diferente, separada e independiente de la moral, de la religión o de cualquier otro ordenamiento; esto es, en la medida en que se pretenda que “la ciencia jurídica [...] sea una ciencia independiente” y en la medida en que se quiera que el derecho “sea en general una doctrina normativa que pueda operar con su específico orden dotado de validez suprema”. Por eso la soberanía “se revela por ese motivo idéntica a la positividad del derecho”²¹². Y así, la crítica que Kelsen realiza al concepto de soberanía no lo es al concepto de soberanía en abstracto, sino concretamente al concepto de soberanía estatal, el cual se interpone como una pesada carga en el largo camino hacia la perfección del derecho internacional.

Es obvio que esta manera estrictamente formal de comprender la soberanía le valió a Kelsen feroces críticas, tanto de conservadores como progresistas. Del lado conservador no se puede evitar citar a Schmitt y su contundente afirmación de que el soberano es quien decide sobre el estado de excepción²¹³: no es en las situaciones de normalidad, sino en las de excepcionalidad cuando se manifiesta la esencia de la soberanía, que es una esencia netamente política y, en consecuencia, no sujeta a vínculos jurídicos. Desde esta perspectiva, Schmitt rechaza frontalmente la metodología de Kelsen como una “mitología matemática que convierte a un punto en un orden y en un sistema”²¹⁴, una *mitología* que alcanzaría su pureza formal a costa de no querer ver la realidad política conflictual sobre la que se asienta.

²¹² *Ibid.*, p. 127

²¹³ *Vid.* SCHMITT, Carl, *Teología política, cit.*, p. 13

²¹⁴ *Ibid.*, p. 24

No muy diferente en su esencia sería la crítica más representativa del lado progresista, la que formulara Heller en su obra *La soberanía*, de 1927. A diferencia de Schmitt, para Heller el soberano no es quien decide sobre el estado de excepción (el jefe del estado), sino el pueblo representado en el parlamento. Y, en tanto que soberano, nada —ni la constitución ni las normas del derecho internacional²¹⁵— puede quedar por encima de la voluntad del parlamento. Siguiendo el *suprema potestas legibus soluta* de Bodin, Heller considera que la soberanía consiste justamente en el derecho a estar por encima del derecho. La crítica al formalismo kelseniano y la defensa de la soberanía estatal que Heller realiza a través de una posición decisionista está íntimamente vinculada con la consideración de que únicamente bajo el paraguas del estado puede tener lugar una democracia socialista como la que él defendía²¹⁶. Sin embargo, como ha resaltado La Torre, “Heller no se percató de que evoca con su decisionismo fuerzas —que no está en condiciones de dominar— sobremanera hostiles para los más débiles y [para] la democracia”²¹⁷. Pocos años más tarde, sin embargo, cuando la República de Weimar ya se resquebrajaba, Heller —actuando como abogado del partido socialista— se encontró ante la Corte Suprema de Leipzig cara a cara con Schmitt, quien, defendía el llamado *golpe blando* con que el gobierno de *Reich* presidido por von Papen había disuelto el *Land* de Prusia²¹⁸. El cariz que adquirirían los acontecimientos políticos en Weimar a partir de aquel momento obligaba, en efecto, a reconsiderar el sentido de la propuesta kelseniana de someter todo poder al derecho, relativizando así las concepciones absolutas de la soberanía, que podían significar una ventaja para para las posiciones autoritarias y que, desde luego, suponían un serio peligro para la democracia.

²¹⁵ *Vid.* HELLER, Hemann, *La soberanía... cit.*, pp. 289 y ss.

²¹⁶ *Vid.* HELLER, Hemann, *La soberanía... cit.*, p. 309

²¹⁷ LA TORRE, Massimo, “Un jurista en el crepúsculo de Weimar...”, *cit.*, p. 37

²¹⁸ *Vid. Ibid.*, p. 34. Sobre el contexto, *cfr.* KENNEDY, Hellen, *Carl Schmitt en la República de Weimar... cit.*, pp. 241 y ss

Resumiendo, en atención a la consideración funcional del ordenamiento jurídico esbozada en este apartado, los destinatarios finales de las normas jurídicas pueden ser únicamente los individuos. La conducta humana es un contenido necesario de las normas jurídicas. Si una norma no manda algo a *alguien* no está en realidad mandando nada. Así pues, cuando se dice que una norma de derecho internacional obliga a un estado, lo que se está diciendo realmente es que obliga a aquel individuo cuya conducta pueda ser imputada al estado. No obstante, el hecho de que los individuos sean sujetos del derecho internacional sólo de manera *mediata* no es una circunstancia atribuible a la propia naturaleza del derecho internacional, sino a su escaso nivel de desarrollo técnico. En este sentido puede afirmarse que con toda seguridad la teoría del derecho internacional kelseniana contribuiría a desarrollar no sólo la construcción de los actuales tribunales penales internacionales, en los que los individuos podrían ser directamente enjuiciados; sino también, en alguna medida, a la evolución técnica que ha permitido la actual presencia de los individuos en la esfera internacional a través de las normas de derecho internacional de los derechos humanos.

2.3 Relaciones entre el orden internacional y el orden estatal

En el epígrafe anterior se ha considerado en todo momento al derecho internacional como un ordenamiento situado en un plano jerárquicamente superior al derecho estatal, formando ambos ordenamientos parte de un mismo sistema jurídico. Tal es la posición que Kelsen sostiene y sobre la cual gira toda su teoría acerca del derecho

internacional²¹⁹. Sin embargo, ésta no es una postura pacífica ni mucho menos mayoritaria entre la doctrina internacionalista²²⁰.

El objetivo de este apartado será exponer la manera en la que Kelsen contempla las diferentes teorías sobre las relaciones que se pueden dar entre el ordenamiento internacional y el ordenamiento interno, así como las razones que le conducen a la firme elección del monismo internacionalista. El esquema que se ha escogido para la exposición es el que habitualmente se encuentra en las obras kelsenianas²²¹: primero una descripción general acerca del tipo de relaciones lógicas que pueden darse entre dos sistemas normativos (1), a continuación la descripción de cada una de las teorías (2,3,4) y, en último lugar, la reflexión en torno a las consecuencias ético-políticas de la opción por la primacía del derecho estatal o bien por la del derecho internacional (5).

2.3.1. Las posibles relaciones entre dos órdenes normativos

a) Tres criterios: fuente, objeto y sujetos

En primer lugar se deberán establecer los fundamentos de lógica jurídica que posteriormente permitirán defender la posición monista (sea estatalista o internacionalista) como la única lógicamente posible. Para explicar el abanico de relaciones que se pueden dar entre dos sistemas normativos es habitual diferenciar la fuente, el objeto y el sujeto de las normas. La fuente de un sistema normativo no

²¹⁹ Cabe aclarar que Kelsen no mantuvo esta posición en sus primeras obras. En algunos trabajos, como *Über Staatsunrecht* (1913), todavía aceptaba la idea dominante de la separación entre derecho estatal y derecho internacional. Es mediante la influencia de sus discípulos internacionalistas de Viena, particularmente de Verdross, que modifica las posiciones iniciales que alcanzan, en este punto, su versión madura en *PS* (vid. LOSANO, Mario G., *Forma e realtà... cit.*, p. 39)

²²⁰ Para una buena muestra de las posiciones mantenidas entre la doctrina española, cfr. GARCÍA, Caterina y RODRIGO, Ángel J., *Unidad y pluralismo en el derecho internacional público y en la comunidad internacional. Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas. Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011

²²¹ Este esquema puede observarse, con diversas variantes, en: *PS, RS, TPD, TGDE, PIL y TPD2*.

puede ser otra que su norma fundamental, es decir, aquel principio sobre el que reposa la unidad y la identidad del sistema. “Dos sistemas normativos serán diferentes si reposan sobre normas fundamentales diferentes, independientes la una de la otra e ideducibles la una de la otra”²²². Debe distinguirse, a su vez, que en función del sistema normativo con el que operemos nos encontraremos ante un tipo u otro de norma fundamental: un sistema estático, como la moral, descansará en una norma con contenido material (por ejemplo, *amarás al próximo*); mientras que un sistema dinámico, como el derecho, descansará sobre una norma estrictamente formal, que se limita a instituir una autoridad (por ejemplo, *actuarás como ordene el parlamento*). Mientras que cada uno de los actos de un sistema estático podrá ser lógicamente inferido del contenido material de esa norma fundante, el contenido de los actos de un sistema dinámico no podrá ser fruto de esta deducción lógica, sino que cada una de las normas inferiores debe ser creada por un acto especial. Que el contenido de las normas jurídicas no pueda deducirse mediante una operación lógica de las normas jerárquicamente superiores no significa, sin embargo, que el contenido material no pueda ser un criterio determinante para fijar la validez de una norma. Se trate de un sistema estático o dinámico, hay que tener en cuenta que entender la validez normativa en términos de pertenencia significará que una norma es válida si, y sólo si, puede determinarse su pertenencia al sistema normativo, es decir, si puede ser reconducida en última instancia hasta la fuente o norma fundamental que da origen al sistema normativo. Es, por lo tanto, la fuente de cada sistema normativo un criterio que sirve para individualizarlo e identificarlo, de modo que estaremos ante sistemas normativos diversos cuando nos encontremos ante normas fundamentales diversas. Si, como Morgenthau [*infra*, 4.2.3.a], se considera que hay más de una norma fundamental en el orden internacional, entonces estaremos ante una posición dualista o, en su caso, *pluralista*.

²²² KELSEN, Hans, *Les rapports de système... cit.*, p. 264

En cambio, no se puede identificar un sistema normativo en atención al objeto que regule, esto es, en atención a su contenido material; puesto que éste necesariamente tendrá siempre que consistir en la regulación de una conducta humana. Kelsen prefiere explicar esta posición a través de un ejemplo: derecho y moral no constituyen dos sistemas normativos diferentes por el hecho de que el primero regule la conducta externa de los hombres y la segunda se limite a regular la conducta interna, sino porque cada uno de ellos se deriva de dos fuentes distintas e independientes la una de la otra²²³. En consecuencia, no habría problema de tipo lógico en admitir que dos ordenamientos distintos contengan normas que regulen en todo o en parte un mismo objeto, pese a que ello daría lugar a un inevitable conflicto de normas.

Respecto del sujeto de las normas, por el contrario, sería imposible un conflicto desde el punto de vista lógico-jurídico. Esta afirmación requiere recordar el concepto estrictamente formal de persona en la teoría kelseniana: la persona (que es siempre *persona jurídica*) es únicamente un conjunto de derechos y deberes; es decir, un punto de imputación normativa. Se establece así una tajante distinción entre ser humano y persona. A la ciencia jurídica no le interesa el ser humano en cuanto tal, como una realidad natural, sino en la medida en la que pueda ser considerado como sujeto de derechos y obligaciones. De esta forma, no hay inconveniente en que dos órdenes normativos diferentes puedan regir la conducta de un mismo individuo, puesto que, en realidad, cada uno de ellos estará dirigiéndose a una persona diferente. Acudiendo de nuevo a un ejemplo sobre las relaciones entre derecho y moral, “la persona del derecho y la persona de la moral son personas diferentes”²²⁴. Sin embargo, si bien el conflicto de los sujetos no puede ser un conflicto jurídico, sí que podrá darse un evidente conflicto psicológico en el individuo que es sujeto al mismo tiempo de dos órdenes normativos diferentes, sobre todo en el caso de prescripciones

²²³ Vid. KELSEN, Hans, *Les rapports de système... cit.*, p. 266; también *Il problema della sovranità... cit.*, p. 158

²²⁴ KELSEN, Hans, *Il problema della sovranità... cit.*, p. 161

contradictorias. Un individuo puede estar sometido a la ley —por encontrarse en un determinado estado o por tener una nacionalidad determinada— y puede estar sometido al mismo tiempo a los preceptos de su religión —porque así lo haya elegido o por sus circunstancias sociales—. Puede darse el caso de que una misma circunstancia sea un derecho, pero también un pecado. El aborto, por ejemplo, bajo las condiciones establecidas por la ley, puede ser considerado un derecho en algunos ordenamientos jurídicos y, sin embargo por la religión puede ser calificado de pecado. ¿A qué orden normativo atenerse entonces? Ésa sería, según Kelsen, una decisión que no se podría tomar atendiendo a criterios exclusivamente jurídicos y, en consecuencia, una respuesta que no le correspondería dar a la ciencia del derecho.

En el caso de que cada una de las normas en contradicción forme parte de un sistema normativo distinto, como acabamos de ver, no existe operación lógica posible para determinar qué norma debe prevalecer. Este principio lógico-normativo es el mismo que obliga al jurista positivista a prescindir de sus consideraciones morales cuando opera con el derecho, de la misma forma que obliga al moralista a prescindir del derecho en vigor cuando realiza sus juicios de valor²²⁵. Pero si se trata de dos normas de un mismo sistema, estamos ante un conflicto de normas. Kelsen ofrece una serie de posibles soluciones lógico-jurídicas que permitirán resolver este tipo de conflictos. Se trata de los clásicos principios de jerarquía, antigüedad y especialidad (*lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori*, y *lex specialis derogat legi generali*). Pero, en cambio, “si se admite que dos sistemas de normas son simultáneamente válidos, la contradicción es, desde el punto de vista puramente jurídico, radicalmente irresoluble”²²⁶. El principio de coherencia no puede admitir una cosa y su contraria dentro de un mismo sistema normativo.

²²⁵ Vid. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.) cit., p. 182

²²⁶ KELSEN, Hans, *Les rapports de système...* cit., p. 267

b) La unidad del conocimiento jurídico y las opciones lógicas de relación entre sistemas

En virtud del postulado de la unidad del conocimiento jurídico defendido por Kelsen sólo se podrá admitir un único orden normativo como obligatorio a la vez y en un mismo lugar; es decir, que desde el punto de vista lógico, no se podrá admitir simultáneamente el carácter obligatorio de dos órdenes normativos diferentes e independientes uno del otro. Ello implica que entre dos sistemas normativos en vigor únicamente pueden darse dos tipos de relaciones: 1) la *subordinación*, que establece una jerarquía entre los dos elementos; y 2) la *coordinación*, que une dos elementos equivalentes. En cualquier caso, la subordinación siempre será la relación fundamental, puesto que coordinar dos sistemas de normas tiene que ser, en realidad, someterlas en plano de igualdad a un tercer orden superior que delimite el respectivo dominio de validez de cada uno de los órdenes coordinados²²⁷. Así, sólo puede darse en realidad un tipo de relación: la comprensión de uno de los órdenes en calidad de un orden subordinado o parcial dentro del otro orden, que ejerce de unidad superior o de orden total.

Teniendo en cuenta estos principios básicos de lógica normativa, se podrá entender mejor el planteamiento formulado por Kelsen. Según él, la relación entre derecho estatal y derecho internacional únicamente contemplaría, en principio, tres formas lógicamente posibles: 1) la consideración de que derecho estatal y derecho internacional son del todo independientes el uno del otro y que no hay entre ellos ninguna unidad (*dualismo*); 2) la consideración de que sí que son un mismo sistema, formado por dos ordenamientos que se encuentran en relación de superior a inferior (*monismo*, que, a su vez se dividirá en dos tipos en función de cuál sea el ordenamiento considerado el superior y cuál el inferior); y, por último, 3) la consideración de que efectivamente existe un único sistema jurídico, pero que en él

²²⁷ Vid. KELSEN, Hans, *Les rapports de système... cit.*, p. 270; también, Id. KELSEN, Hans, *Principles of International Law*, cit., pp. 324 y ss.

derecho internacional y derecho estatal se encuentran en una situación de coordinación entre ellos. Esta última posibilidad lógica será descartada de plano por considerarla imposible en vista de que la coordinación de dos órdenes normativos necesita siempre la presencia de un orden superior. A falta de un tercer sistema normativo por encima del derecho internacional²²⁸, no se podrá pensar lógicamente en una relación de coordinación entre derecho internacional (consuetudinario) y derecho estatal, sino únicamente en la subordinación de uno a otro.

Cuando un sistema normativo se encuentra subordinado a otro sistema, ello quiere decir que el sistema subordinado basa su fuerza obligatoria (esto es, su validez) en el sistema superior; o, lo que es lo mismo, “el orden superior contiene una norma que constituye la fuente del orden inferior”²²⁹. Como ya se ha señalado, la norma fundamental del sistema subordinado, por lo tanto, no puede ser ya una norma hipotética, sino que necesariamente deberá ser una norma positiva del ordenamiento superior. Sólo será norma fundamental, en el sentido estricto, la norma hipotética que dé validez al ordenamiento superior. Dado que la suposición de esa norma fundamental es para Kelsen una tarea extra-jurídica, la ciencia jurídica no podrá determinar cuál de los dos sistemas normativos tiene que colocarse en la posición supraordinada y cuál en la subordinada. Lo que sí podrá y deberá hacer la ciencia jurídica, no obstante, es desarrollar de forma sistemática las diferentes hipótesis posibles y analizarlas en todas sus consecuencias. Este análisis sí que es un análisis eminentemente jurídico (“necesitado de una teoría general de las normas”²³⁰). Y ese análisis jurídico indica, ya desde el primer momento, un criterio: que no se pueden presuponer como contemporáneamente válidos dos sistemas normativos.

²²⁸ Nótese que, a pesar de sus inclinaciones filosóficas kantianas, Kelsen rechaza de plano en este punto la distinción (prescriptiva) que Kant realiza del derecho en tres niveles, colocando por encima del *ius gentium* un *ius cosmopolitanum* (Vid. KANT, Immanuel, “Sobre la paz perpetua” (1795), en Id., *Ensayos sobre la paz, el progreso y el ideal cosmopolita*, prólogo de Manuel Garrido, Cátedra, Madrid, 2009, pp. 141-187)

²²⁹ KELSEN, Hans, *Les rapports de système... cit.*, p. 270

²³⁰ KELSEN, Hans, *Il problema della sovranità... cit.*, p. 153

2.3.2. *La teoría dualista*

Como dos sistemas normativos no pueden ser considerados como sistemas contemporáneamente válidos²³¹, la construcción dualista no será tomada por Kelsen como una opción dotada del mismo valor lógico-jurídico que las construcciones monistas, puesto que rompe el postulado básico de la unidad del ordenamiento jurídico. Sin embargo, decide dedicarle un espacio considerable en sus obras europeas debido a la gran influencia que esta teoría ha ejercido sobre algunos de los más destacados internacionalistas contemporáneos. Particularmente, fue intenso el debate mantenido con el alemán Heinrich Triepel y el italiano Dionisio Anzilotti. Mientras que en *PS* critica duramente las ideas de Triepel, en *La transformation du droit international en droit interne* hace lo propio con la teoría de Anzilotti. Veamos en qué consiste básicamente esa crítica a partir de los tres criterios expuestos en el punto anterior.

a) Objeto

Según la perspectiva de Kelsen que acabamos de ver, no es posible hablar seriamente de una diferencia respecto del objeto normativo del derecho internacional y del derecho interno. Atendiendo a la consideración funcional del derecho, el objeto de las normas jurídicas, sean estatales o internacionales, sólo puede ser, en última instancia, la conducta humana. El punto de partida de la teoría dualista, por el contrario, es que el derecho interno regularía las relaciones entre los seres humanos individuales, y entre éstos y el estado —que sería el supraordinado frente a sus súbditos—, mientras que el derecho internacional regularía las relaciones entre

²³¹ Cabe aclarar que Kelsen irá abandonando progresivamente la denominación de *dualista* por la de *pluralista*. Se puede observar este cambio totalmente consolidado en KELSEN, Hans, *Principles of International Law*, cit., p. 403

estados como sujetos paritarios²³². La forma en la que la teoría dualista ha justificado esta división de objetos materiales entre el derecho internacional y el derecho interno reposa, según Kelsen, en una *maraña* de errores metodológicos²³³.

En primer lugar Kelsen cree necesario corregir la idea de que el derecho regula *relaciones* entre sujetos, “como si primero estuvieran las relaciones y luego viniera el derecho a regularlas”²³⁴. Si el derecho sólo regula comportamientos humanos, las relaciones (al menos las relaciones con relevancia jurídica) no pueden existir si no es que son creadas por una norma jurídica. Jurídicamente no existe una relación directa entre las personas, sino que toda relación jurídica es, en realidad, una relación con el ordenamiento jurídico. Si imaginamos varias personas, unas al lado de otras, se las debe pensar a todas como subordinadas a un mismo ordenamiento jurídico. Deben ser pensadas, por lo tanto, como coordinadas entre ellas y cada una sometida únicamente al ordenamiento jurídico. Una persona “no tiene como tal, en su calidad puramente formal, ninguna posibilidad de plusvalor, de una diferencia de nivel respecto a las otras personas”²³⁵. Puede observarse aquí un fundamento formal de la igualdad ante la ley. Esa igualdad, y aquí viene lo relevante, vale también para la persona conocida como estado. Rechazada la idea de que una persona pueda valer más que otra, “el estado debe ser contemplado entonces como una persona más, esto es, como un sujeto de derechos y obligaciones derivados del ordenamiento jurídico, [que] no puede ser considerado superior a ninguna otra persona”²³⁶. De este modo, para Kelsen debe superarse la idea de la doctrina clásica de que el objeto del ordenamiento jurídico estatal regula las relaciones entre personas y entre éstas y el estado, puesto que, en rigor, el derecho no regula en absoluto relaciones entre personas.

²³² Vid. TRIEPEL, Heinrich, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, Recueil des Cours 1923, Académie de Droit International, Paris, 1925, pp. 73-118, p. 84

²³³ Vid. KELSEN, Hans, *Il problema della sovranità... cit.*, p. 184

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ *Ibid.*, p. 185

²³⁶ *Ibid.*, p. 186

b) Sujetos

También es criticado el argumento que concibe el derecho internacional y el derecho estatal como ordenamientos diferentes porque los destinatarios de sus normas serían distintos. Así, mientras que los sujetos del derecho estatal serían los individuos, los sujetos del derecho internacional sólo serían los estados. Esta idea no puede coincidir con la consideración estrictamente formal que el estado tiene para Kelsen como un *mero* punto de imputación jurídica. Sólo de forma *mediata* una norma podría ser imputada al estado, ya que en última instancia únicamente los individuos serán los que puedan adaptar su comportamiento a lo mandado por el derecho. Durante el curso de 1923 en la *Académie du Droit International* en La Haya, en la breve réplica que Triepel dedica a las críticas vertidas por Kelsen contra su teoría, afirma: “el estado es más que un simple punto de imputación. El estado es una verdadera personalidad, es una personalidad independiente, distinta a la suma de individuos que lo componen”²³⁷.

Esta disparidad de criterios es profunda y seguramente irreconciliable porque, como reconoce el propio Triepel, se trata de una cuestión metodológica. Es la objetividad y la pureza metodológica que persigue la teoría pura del derecho la que conduce a Kelsen a considerar el estado desde un punto de vista puramente formal y, en consecuencia, a negarle la facultad de poder ser, por él mismo, titular de obligaciones jurídicas. En cambio, Triepel no acepta de ningún modo el formalismo kelseniano: “no es correcto decir que se necesita, en interés de la pureza metodológica, separar las nociones jurídicas de las nociones sociológicas. Al contrario, no se puede tener la menor idea del derecho sin pensar en las relaciones sociales regidas por él”²³⁸. El dualismo de Triepel —quien, recordemos, fue profesor de Morgenthau en Berlín y parece haber influido netamente a su estudiante en este apartado— representa, entonces, lo opuesto a la postura kelseniana que pretende aislar a la ciencia jurídica

²³⁷ TRIEPEL, Heinrich, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, cit., p. 87

²³⁸ *Ibidem*.

de cualquier influencia extra-jurídica. Mientras uno sostiene que el derecho en nada debe prestar atención a los hechos sociales o naturales, el otro afirma que sin ellos no se puede entender lo jurídico.

c) Fuente

El núcleo de la teoría dualista consiste en la hipótesis que afirma que derecho internacional y derecho estatal provienen cada uno de fuentes completamente diferentes e independientes entre sí. Kelsen, sin embargo, argumentará que esa teoría no ha sido capaz de justificar suficientemente el dualismo de fuentes que propugna. Este hecho se revela a su juicio claramente en la construcción teórica de Triepel.

Para Triepel la fuente del derecho internacional es el tratado-acuerdo entre estados. Mientras que la *voluntad del estado* sería considerada la fuente del derecho estatal, la *voluntad conjunta de los estados*, manifestada en los tratados internacionales, sería la fuente del derecho internacional. Si un ordenamiento jurídico deriva de la voluntad de una comunidad concreta, habrá entonces “tantos sistemas jurídicos como voluntades capaces de crear derecho”²³⁹. Así, del mismo modo que nada tendrían que ver el derecho sueco y el derecho japonés porque ambos se sustentan sobre una voluntad (y por lo tanto, sobre una fuente) distinta, nada tendrán que ver tampoco el derecho internacional y los distintos órdenes estatales, cuyos orígenes son también distintos.

Kelsen intenta refutar estas consideraciones con, al menos, dos argumentos. En primer lugar, arguye que se debe poner en duda la idea de que la voluntad pueda ser fuente de derecho. La voluntad es, *a priori*, un concepto que pertenece al ámbito de la psicología y que, por lo tanto, sólo podría aceptarse traducida en un sentido puramente normativo como expresión del deber²⁴⁰. En segundo lugar, y dado que la

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ *Vid.* KELSEN, Hans, *Il problema della sovranità... cit.*, p. 198

voluntad jurídicamente relevante es aquella que se traduce en términos normativos, cabe tener en cuenta que contemplar la voluntad de los estados como fuente del derecho no puede entenderse, en el fondo, más que como un reenvío o delegación, dado que la supuesta voluntad del estado no es algo que exista en el ámbito de la naturaleza, sino que únicamente puede ser consecuencia de la existencia de normas jurídicas. Este postulado vale exactamente igual cuando la voluntad del estado se expresa en el ámbito internacional mediante la firma de un tratado. Es decir, si se considerara el acuerdo entre estados como posible fuente del derecho internacional, Kelsen afirma que “ésta podría ser expresada correctamente en términos normativos si introdujera la norma de que los acuerdos entre estados deben ser obligatorios o la de que el comportamiento de los estados debe ser conforme al acuerdo estipulado con los otros estados, como norma fundamental, el origen, o la fuente del derecho internacional”²⁴¹, refiriéndose claramente al principio *pacta sunt servanda* como norma relativamente fundamental del derecho internacional convencional.

Triepel, por su parte, replica que la hipótesis manejada por Kelsen, que sitúa el fundamento último (la fuente) del sistema jurídico en una hipotética norma fundamental, no es mejor que su propia hipótesis, consistente en que “el derecho no puede tener su raíz en un hecho jurídico, sino que las fuentes del derecho deben ser en último lugar hechos puramente éticos y psicológicos”²⁴². Considera arbitrario que se pueda afirmar con tanta nitidez que sea imposible una contradicción lógica entre dos ordenamientos estatales diferentes por el hecho de considerar que éstos encuentran su fundamento en una única norma común del derecho internacional. Si esto fuera así, el derecho internacional debería haber precedido en el tiempo al estatal; de modo que Triepel califica la tesis kelseniana de “absolutamente antihistórica”²⁴³. A Kelsen, sin embargo, ese reproche le preocupará bien poco. Expresamente afirma que el acaecer histórico, como toda realidad extra-jurídica,

²⁴¹ *Ibid.*, p. 200

²⁴² TRIEPEL, Heinrich, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, cit., p. 87

²⁴³ *Ibidem*.

nada debe influir en las consideraciones jurídicas²⁴⁴. En más de una ocasión²⁴⁵ ha ilustrado esta idea con el ejemplo de la relación entre las familias y el estado: la familia es una realidad jurídica evidentemente más antigua que el estado, pero ello no significa en absoluto que no sean las leyes estatales las que regulen toda una amplia gama de relaciones jurídicas que se producen en el seno de las familias.

d) La transformación del derecho internacional en derecho interno

De la consideración de que derecho internacional y derecho interno forman dos sistemas totalmente independientes el uno del otro se puede deducir que una norma de derecho internacional, para ser aplicable dentro de un estado, necesariamente deberá *transformarse* en una norma de derecho interno. Se trata de la tesis de la “transformación necesaria”, que ha sido una posición frecuente entre la doctrina internacionalista, desarrollada particularmente por Anzilotti: “Las condiciones de validez y de eficacia de los tratados dependen naturalmente del derecho internacional; pero puesto que éste no puede, por su propia naturaleza, dotar a los órganos estatales de ninguna competencia, se remite necesariamente al derecho público interno para determinar el órgano investido de la competencia a estipular”²⁴⁶. Frente a ello cabe recordar que, desde la perspectiva kelseniana, el hecho de que las normas del derecho internacional sean, la mayor parte de las veces, normas incompletas —que necesitan de complemento del derecho interno— no es algo intrínseco a su naturaleza, sino una consecuencia de su escasa evolución técnica. Que el derecho internacional es un derecho en continuo proceso de mejora, o al menos necesitado de ella, es una de las ideas que constantemente se repiten en la teoría kelseniana del derecho internacional. En este sentido, ya se ha mostrado que de hecho existen normas internacionales que son perfectamente completas y que

²⁴⁴ *Vid.* KELSEN, Hans, *Il problema della sovranità... cit.*, p. 88

²⁴⁵ Entre otros, *vid.* KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.) *cit.*, p. 172

²⁴⁶ ANZILOTTI, Dionisio, “Alcune considerazioni sulla approvazione parlamentare dei trattati la cui esecuzione importa provvedimenti di natura legislativa” (1910), en *Id.*, *Scritti di Diritto Internazionale Pubblico*, CEDAM, Pádua, 1956, tomo I, pp. 587-601, p. 593

determinan no solamente su propio ámbito material, sino también su ámbito subjetivo [*supra*, 2.2.3].

Para la teoría de la transformación necesaria no puede darse una relación de delegación entre derecho internacional y derecho interno, de modo que el estado sólo podrá obligarse a partir de su propia voluntad. Por este motivo se exige que cualquier norma de derecho internacional, para vincular al estado —o, más precisamente a los individuos que forman parte de los órganos del estado—, deba transformarse en una norma interna, a saber, en ley o reglamento. Así, la característica principal de esta teoría consiste en que un mismo contenido normativo necesitaría ser objeto de dos actos normativos distintos²⁴⁷. Según Anzilotti, el segundo de esos actos normativos vendría determinado por la constitución y sería propiamente el acto que transforma la norma internacional en norma interna. Kelsen, en cambio, considera que ese acto no se debe ver como un segundo acto normativo, sino como un complemento al acto normativo original que fue producido en el ámbito internacional. Así, pone como ejemplo la Constitución austriaca de 1920 —de la cual él es, como sabemos, en buena parte responsable—, que asimila por completo el tratado internacional a la ley. La misma pauta sigue el artículo 96.1 de la vigente Constitución española de 1978: siendo válidamente celebrados y publicados, los tratados internacionales tienen fuerza de ley en España sin haber sufrido ninguna transformación.

En vista de ello, la pretendida transformación exigida por Anzilotti es para Kelsen totalmente prescindible, siendo los tratados internacionales perfectamente susceptibles de ser directamente aplicados por los órganos estatales. Si existe algún obstáculo a este respecto no será debido a la naturaleza intrínseca del derecho internacional, sino a las exigencias de la constitución interna. En cualquier caso, si esos actos se tienen que producir, no deben considerarse propiamente una transformación, sino una *continuación*²⁴⁸ del proceso normativo, actuando el estado

²⁴⁷ Vid. KELSEN, Hans, “La transformation du droit international en droit interne”, *cit.*, p. 185

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 213

dentro de él como un órgano de la comunidad internacional. La norma jurídica es solamente una, y no dos normas distintas, como impone la teoría dualista, influida por el dogma de la soberanía, que impide aceptar que el estado pueda estar vinculado por normas originadas en un ámbito normativo superior a él.

e) Consecuencias de la teoría dualista

En conclusión, tres son básicamente las consecuencias que Kelsen extrae de la doctrina dualista: *A)* la negación de la naturaleza jurídica del derecho internacional, *B)* la negación del carácter jurídico de los estados extranjeros, y *C)* la imposibilidad de la delimitación del dominio de validez jurídica de los ordenamientos estatales. Es necesario detenerse mínimamente en cada una de ellas.

A) La tesis dualista supone la negación de la naturaleza jurídica del derecho internacional porque es imposible, desde el punto de vista lógico, afirmar como obligatorios dos sistemas normativos diferentes al mismo tiempo. Por eso, el jurista positivista que acepte el dualismo debe prescindir del derecho internacional cuando trabaje con el derecho interno, de la misma manera que prescinde de la moral a la hora de determinar la validez de las normas jurídicas. Tampoco servirá la solución que algunos juristas aportan alegando que cada uno de los dos sistemas normativos se ocupa de objetos diferentes, puesto que para que ello fuera posible se necesitaría la existencia de un tercer ordenamiento por encima del derecho internacional que no ha sido creado hasta la fecha; y, en cualquier caso, como se ha visto, el hecho de que dos ordenamientos regulen aspectos distintos de la realidad no es lo que determina que sean ordenamientos distintos, puesto que lo que importa es su fuente de procedencia.

B) Igualmente, la tesis dualista supondría la negación del carácter jurídico del resto de estados porque, al mantener el dogma de la soberanía, no puede concebir como orden estatal válido más que el orden del propio estado. Las consecuencias

filosóficas y ético-políticas de esta tesis (si fuera aceptada) coincidirían en lo esencial con las de la tesis de la primacía del derecho interno: solipsismo e imperialismo [*infra*, 2.3.5].

C) La tercera de las consecuencias, la imposibilidad de delimitar el dominio de validez jurídica de los ordenamientos estatales, está muy relacionada con esta última. La lógica jurídica impide que pueda existir ningún tipo de relación entre derecho internacional y derecho interno si ambos se constituyen como sistemas diferentes. Si ambos no forman un mismo ordenamiento, las normas de derecho internacional no podrán obligar entonces a los ordenamientos estatales. No habría forma, por lo tanto, de establecer los diferentes dominios de validez (principalmente territorial, pero también personal e incluso temporal) que corresponden a cada estado, tarea que se constituye como una de las razones de ser del derecho internacional.

2.3.3. *El monismo estatalista*

Calificando de inadmisibles el dualismo normativo porque no puede existir al lado del derecho positivo otro sistema de normas válidas, Kelsen considera que el positivismo jurídico ha triunfado en la época moderna. Este positivismo, en tanto que ciencia jurídica, necesariamente debe afirmar la unidad sistemática de todas las normas obligatorias. La teoría de la primacía del derecho interno se caracteriza por haber asumido, de forma más o menos consciente²⁴⁹, el postulado de la unidad del ordenamiento jurídico, pero a condición de conservar la soberanía como atributo indispensable del estado-nación. Así, se afirma la unidad de todo el derecho partiendo del propio estado y considerando el derecho internacional forzosamente como un ordenamiento subordinado al ordenamiento estatal. Como advierte Kelsen,

²⁴⁹ *Vid.* KELSEN, Hans, *Les rapports de système... cit.*, p. 289

esta visión parte de la filosofía del derecho de Hegel, quien divinizó el estado como la fase última del desarrollo del espíritu, rechazando, en consecuencia, cualquier posibilidad de un ordenamiento jurídico internacional por encima de él²⁵⁰. En el siglo XIX esta visión se consideró superada, sin embargo en su última década se volvió a recuperar por la *Staatsrechtslehre*²⁵¹. De los muchos autores con los que Kelsen polemiza en *PS* acerca de esta teoría, Georg Jellinek es sin duda el más representativo de ella. A sus posiciones tendentes a salvaguardar la soberanía estatal se ha prestado especial atención en este apartado.

a) *La teoría del reconocimiento*

Mantener el dogma de la soberanía, es decir, concebir al estado como ordenamiento jurídico supremo, que no reconoce superior y que no deriva de ningún otro, obliga a concebir la relación entre derecho interno y derecho internacional a través de la teoría del reconocimiento. La teoría del reconocimiento consiste básicamente en subordinar la validez de todo el derecho internacional a la llamada *auto-obligación* o *auto-limitación* del estado. Jellinek es, junto a Bergbohm, uno de los principales exponentes de esta teoría. Según ella, puesto que el estado es soberano, no puede ser puesto por debajo de ninguna otra fuerza y no puede obligarse si no es obligándose a sí mismo²⁵². El derecho internacional no puede ser imperativo sino en la medida en que sea *reconocido* por el propio estado: “la decisión última acerca de [la existencia del derecho internacional] corresponde a las comunidades para las cuales debe valer, esto es, para los estados”²⁵³, afirmaba Jellinek. Por eso, en la medida en que se le pueda considerar derecho, el derecho internacional debe ser necesariamente concebido como parte del ordenamiento jurídico estatal.

²⁵⁰ Vid. HEGEL, G. W. Friedrich, *Principios de filosofía del derecho. O derecho natural y ciencia política*, trad. de Juan Luis Vermal, Edhasa, Barcelona, 1999 [1821], p. 485

²⁵¹ Vid. KELSEN, Hans, *Il problema della sovranità... cit.*, p. 227

²⁵² Vid. *Ibid.*, p. 248

²⁵³ JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado, cit.*, p. 353

El problema para Kelsen es, de nuevo, de tipo metodológico y reside principalmente en la consideración del estado como una persona de la realidad natural, con una existencia previa e independiente al derecho, que posee una voluntad en base a la cual reconocer o no reconocer las normas de derecho internacional en función de sus propios intereses. Según la teoría pura, ello supone un equivocado redoblamiento del objeto del conocimiento jurídico que lleva a esta teoría a conclusiones que se revelan contradictorias. Si no existiera esta confusión metodológica el problema del estado como sujeto de obligaciones no sería más que un *pseudo-problema*; puesto que el estado sería concebido únicamente como el ordenamiento jurídico que es, y no como la persona con una vida autónoma que se pretende que sea.

b) El derecho internacional como derecho estatal externo

Si se reconoce que el estado está jurídicamente vinculado no solamente por los tratados internacionales que válidamente concluya, sino también por las normas de derecho internacional consuetudinario es porque las teorías del primado del ordenamiento estatal permiten hacer lo que Kelsen considera una ficción. Según ellas, el estado —soberano como es— no puede ser válidamente obligado por normas del derecho internacional sino en la medida en que las reconoce, es decir, en la medida en que las hace suyas convirtiéndolas en derecho estatal. La relación entonces, no puede ser más que una relación de delegación: es el estado soberano quien delega en los órganos internacionales la potestad para que éstos produzcan las normas conocidas con el nombre de derecho internacional. El núcleo de la posición monista quedaría de ese modo salvaguardado al encontrar también el derecho internacional la fuente de su validez en una norma situada en el propio, y solamente en el propio, estado.

Desde esta perspectiva el derecho internacional deja realmente de existir en cuanto a tal, pues sólo puede ser concebido en tanto que una parte del derecho estatal, y concretamente como la parte del ordenamiento estatal que se encarga de regular las

relaciones del propio estado con el resto de estados, esto es, como *derecho estatal externo*. Así, al lado de las normas *convencionales* de derecho estatal, que regularían las relaciones entre los individuos y entre éstos y el estado, se encontrarían las normas de *derecho estatal externo*, que regularían las relaciones del propio estado con el resto. De qué forma se pueda justificar la existencia de otros ordenamientos jurídicos igualmente soberanos teniendo en cuenta que todo el derecho parte del propio estado es una cuestión que se verá a continuación.

c) Consecuencias de la teoría del primado del derecho estatal

En *Les rapports de système* Kelsen destaca que la teoría de la primacía del derecho interno tiene al menos dos consecuencias jurídicas importantes, a saber: *A)* el cuestionamiento de la fuerza obligatoria de los tratados internacionales; y *B)* el cuestionamiento de la existencia jurídica de los estados extranjeros.

A) En cuanto al cuestionamiento de la fuerza obligatoria de los tratados internacionales, cabe destacar que según la concepción kelseniana del derecho “lo que caracteriza el modo de creación del derecho es la imposibilidad para cada uno de los estados contratantes de sustraerse por un acto unilateral a una regla nacida del consentimiento que él ha dado”²⁵⁴. Como ya se ha dicho, la norma *debes, si quieres*—que en el derecho internacional se traduce en la cláusula *rebus sic stantibus*— no puede ser considerada nunca una norma jurídica. Por eso, si el estado reconoce el derecho internacional, no puede dejar de aceptar la norma *pacta sunt servanda*, según la cual toda violación de un tratado válidamente concluido es violación del derecho. Sin embargo, si el carácter obligatorio de una norma internacional debe basarse en el reconocimiento del estado, a éste le bastaría con retirar dicho reconocimiento para liberarse de sus obligaciones internacionales. Así, si el estado acepta la norma básica *pacta sunt servanda*, está cambiando en realidad la primacía

²⁵⁴ KELSEN, Hans, *Les rapports de système... cit.*, p. 293

del derecho interno por la primacía del derecho internacional, renunciando de este modo también a la esencia de su soberanía. Como argumentaré más adelante, éste podría ser un argumento de tipo lógico-jurídico, y no moral ni ético-político, para preferir el primado del derecho internacional al del derecho interno.

B) Respecto al cuestionamiento de la existencia jurídica de los estados extranjeros, Kelsen rechaza la teoría que considera el derecho internacional como una parte común del derecho interno de todos los estados —que serían considerados iguales e independientes entre sí— porque esta idea es incompatible con el dogma de la soberanía estatal. Como se ha dicho, la soberanía necesariamente implica la consideración del estado como orden jurídico supremo y por tanto orden exclusivo, lo cual, llevado al extremo, impediría la posibilidad de contemplar que otros estados puedan ser considerados igualmente soberanos. Si el ordenamiento soberano es el ordenamiento supremo, ordenamiento soberano no puede haber más que uno. Así, cualquier otro estado no podría ser más que un orden parcial, derivado del propio estado, que se configuraría a su vez como orden total. Si se acepta la existencia en la comunidad internacional de un conjunto de estados iguales²⁵⁵ en derecho y coordinados entre ellos, no puede dejar de aceptarse entonces la primacía del derecho internacional rechazando, por lo tanto, la primacía del derecho interno. De nuevo encontramos aquí un argumento de tipo lógico-jurídico, y no moral ni ético-político, con el que criticar la idea del primado del derecho interno y defender la primacía del derecho internacional.

²⁵⁵ Kelsen compara en reiteradas ocasiones la aceptación de la existencia de otros estados por parte del propio estado con la aceptación del *otro* por parte de los pueblos primitivos. Cuando en los pueblos primitivos se encuentra a un individuo diferente, la primera reacción es negar su condición de igual, es decir, su condición humana. Con el paso del tiempo, en cambio, los pueblos tienden a descubrir los beneficios de las relaciones mutuas: el comercio, las alianzas conyugales y defensivas, etc. A medida que tales relaciones van cobrando intensidad, surge la necesidad de su regulación a través del derecho. Ése es el mismo esquema que, según la visión kelseniana, han seguido las relaciones entre los estados en el ámbito de la comunidad internacional (*vid.* KELSEN, Hans, *Les rapports de système... cit.*, p. 278).

A pesar de estos dos argumentos, que he calificado de lógico-jurídicos, Kelsen insistirá en el igual valor jurídico de ambas tesis monistas. Según afirma en reiteradas ocasiones²⁵⁶, considerar la primacía del orden jurídico estatal o del orden jurídico internacional es igualmente correcto desde el punto de vista lógico-jurídico. El simple hecho de que la teoría monista estatalista preserve la unidad sistemática del derecho ya parece ser suficiente para ser calificada de teoría jurídica: “el objetivo de toda teoría jurídica y de la misma ciencia del derecho [es] constituir un orden universal que agrupe en un sistema único todas las reglas del derecho positivo”²⁵⁷. De este modo, la hipótesis de la primacía del orden estatal puede ser calificada de verdadera hipótesis jurídica porque permite supuestamente garantizar la coherencia interna de un sistema, la validez de cuyas normas podrá ser siempre reconducida a una misma fuente o norma fundamental.

2.3.4. El monismo internacionalista

a) Inusual presentación de la teoría

La forma en la que la teoría del primado del derecho internacional suele ser presentada por Kelsen alterna las consideraciones morales y las jurídicas de una forma que es poco usual en su teoría pura del derecho. No obstante, interpretada con la suficiente atención, creo que se puede sostener que también en esta sede es mantenida la estricta separación entre las razones jurídicas y las razones morales o ético-políticas que caracteriza a la teoría kelseniana. Puesto que la justificación de esta teoría es básica para la completa comprensión de la teoría kelseniana del derecho internacional y de su consiguiente pacifismo jurídico, en este apartado se han incluido un mayor número de reflexiones críticas en torno a ella.

²⁵⁶ Vid. KELSEN, Hans, *Les rapports de système... cit.*, p. 313; también Id., *Il problema della sovranità... cit.*, p. 275

²⁵⁷ KELSEN, Hans, *Les rapports de système... cit.*, p. 296

La esencia del derecho internacional sería la idea de fundar una sociedad de estados iguales en derecho, lo cual, afirma Kelsen en *Les rapports de système*, supone “una idea eminentemente moral”²⁵⁸. Inmediatamente, sin embargo, establece que esta idea moral necesita de una hipótesis jurídica que la sustente. Esa hipótesis es la consideración de que existe derecho situado por encima de los ordenamientos estatales que puede delimitar sus respectivos ámbitos de validez. Tal derecho no puede ser otro que el derecho internacional, cuyas reglas “valen para todos los estados o sus órganos sin distinción [...] poniendo fin a su aislamiento y por lo tanto a su soberanía, agrupándolos en un todo, en una misma sociedad jurídica”²⁵⁹. Deberá admitirse por eso mismo que cada uno de los estados ya no será más un orden supremo, sino simplemente un orden parcial dentro del orden total constituido por el derecho internacional. En ese punto Kelsen vuelve a lanzar una consideración de tipo ético: “si se admite la primacía del derecho internacional, la noción de derecho se perfecciona igualmente desde el punto de vista moral: el derecho se convierte en organización de la humanidad y se identifica así con el ideal moral supremo”²⁶⁰. No creo, sin embargo, que esta afirmación sea suficiente para afirmar que Kelsen incurre en una confusión o mezcla entre derecho y moral porque *derecho y moral acaben así por coincidir*²⁶¹. No es que derecho y moral coincidan en este punto, es que siempre coinciden. Siempre cualquier derecho coincide con cualquier moral, porque siempre existe una cierta posición moral, sea la que sea, detrás de un ordenamiento jurídico. Otra cosa es que sean criterios morales y no estrictamente jurídicos los que se utilicen para determinar la validez de una norma jurídica. Por eso en este caso la mencionada coincidencia entre derecho y moral no tendría nada de particular. El hecho de que Kelsen admita que la teoría del monismo internacionalista coincide con lo querido por una ideología cosmopolita, por él identificada en el plano moral como

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 299

²⁵⁹ *Ibidem.*

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 300

²⁶¹ *Vid.* LA TORRE, Massimo y GARCÍA PASCUAL, Cristina, “La utopía realista de Hans Kelsen”, estudio introductorio a KELSEN, Hans, *La paz por medio del derecho*, cit., pp. 9-29, p. 24

una *moral suprema* no altera, en mi opinión, los postulados formalistas de la teoría pura. En sus propias palabras, “el derecho puede ser interpretado como una organización de la humanidad en general, y así la noción de derecho corresponde a una moral ideal. Pero esta teoría no por ello deja de ser una doctrina del espíritu estrictamente positiva”²⁶². Por otra parte, es cierto, que ese componente moral tenderá a atenuarse en sus obras más maduras, como *PIL* o *TPD2*.

Prueba de esa radical separación entre lo jurídico y lo extra-jurídico es el reiterado reconocimiento por parte de Kelsen de que la elección por uno u otro tipo de monismo es una elección que no se puede tomar atendiendo a criterios exclusivamente (ni tan solo principalmente) jurídicos²⁶³; como tampoco es para él una decisión que se pueda valorar en términos jurídicos la elección entre democracia o dictadura, o entre monarquía y república. El tan criticado escepticismo moral de Kelsen, de hecho, sólo debiera ser aplicado al ámbito de lo jurídico, puesto que fuera de él queda claro que Kelsen prefiere el pacifismo al imperialismo, la democracia a la dictadura y la república a la monarquía. A decir verdad, como bien señaló Calsamiglia, acusar a Kelsen de escéptico moral en realidad supone confundir el escepticismo con el relativismo axiológico, actitud sin la cual no sería posible la objetividad requerida por el método científico²⁶⁴. Lo que importa, en cualquier caso, es que esas preferencias ético-políticas no interfieran en los criterios que determinan la validez de las normas jurídicas, que son unos criterios estrictamente lógico-

²⁶² KELSEN, Hans, *Les rapports de système... cit.*, p. 314

²⁶³ *Vid. Ibidem*. Así, también en la respuesta a las críticas formuladas por Kaufmann: “Kaufmann ha descuidado decir a sus lectores que yo he situado la hipótesis [...] del primado del ordenamiento jurídico internacional como totalmente equivalente, desde el punto de vista jurídico, a la hipótesis del primado del ordenamiento jurídico del estado particular, y que he subrayado explícitamente que únicamente desde a partir de un punto de vista ético-político se le puede dar preferencia a una u otra” (KELSEN, Hans, “Anticritica”, *cit.*, p. 97)

²⁶⁴ *Vid. CALSAMIGLIA, Albert, “Ciencia y racionalidad en Kelsen”, estudio preliminar a KELSEN, Hans, ¿Qué es justicia?, ed. a cargo de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1982, pp. 7-34, pp. 9 y ss.*

jurídicos y que no le permiten negar el carácter jurídico al ordenamiento imperialista, al despótico ni al monárquico a pesar de sus preferencias morales²⁶⁵.

b) El principio de efectividad como punto de conexión

La idea clave para entender la relación entre derecho internacional y derecho estatal en el esquema kelseniano es la consideración de que es precisamente una norma del derecho internacional consuetudinario, el llamado principio de efectividad, lo que sirve de fundamento al ordenamiento jurídico estatal. Toda la relación entre derecho internacional y derecho estatal debe contemplarse, por lo tanto, a través del *punto de conexión* que supone la norma del principio de efectividad. A través de él, el ordenamiento jurídico internacional delega en la autoridad que sea capaz de mantener la obediencia general al orden jurídico la capacidad de dictar normas generales obligatorias dentro de un determinado ámbito de validez territorial; esto es, delega la capacidad de construir un ordenamiento estatal. Conviene insistir de nuevo en que el hecho de considerar el principio de efectividad como la norma sobre la que se asienta el reconocimiento de los estados por parte de la comunidad internacional significa que la norma fundamental de los diferentes órdenes estatales es una regla de derecho internacional positivo, y no ya una norma supuesta o hipotética. De esta forma, queda claro que las explicaciones que tradicionalmente se suelen dar de la *Grundnorm* son incompletas porque no tienen suficientemente presente el elemento de la primacía del derecho internacional. Si el orden jurídico internacional es el orden supremo, entonces únicamente la norma fundamental del derecho internacional podrá ser considerada como verdadera norma hipotética, mientras que la norma del

²⁶⁵ No son igual de fácil justificar, en cambio, algunas menciones de Kelsen al *derecho internacional natural*. A partir de la idea de Grocio según la cual al lado del “derecho de gentes voluntario” (el derecho internacional de los tratados) existe un “derecho de gentes inmutable y natural” (el derecho internacional consuetudinario), se refiere a la norma *pacta sunt servanda* como una “regla de derecho «natural», es decir, un principio jurídico objetivamente válido” (KELSEN, Hans, *Les rapports de système... cit.*, p. 300). En este punto parece olvidar Kelsen que, según su propia concepción, la ciencia jurídica únicamente puede ocuparse del derecho en tanto que derecho positivo. La referencia al derecho natural, por lo tanto, sólo puede ser interpretada en mi opinión como una —desafortunada— referencia al derecho consuetudinario, derecho que no puede ser considerado más que como derecho positivo.

ordenamiento estatal se ve relegada a ser una norma sólo *relativamente* fundamental. En cualquier caso, las consecuencias de considerar el orden internacional como orden superior y de contemplar el principio de efectividad como norma *relativamente* fundamental a través de la cual, por delegación, se instituye el orden estatal se reflejan mucho mejor en base a algunos de los supuestos ya apuntados en el epígrafe anterior: a) la revolución triunfante y b) el nacimiento y la extinción de los estados. Volvamos a ellos, ahora desde esta nueva perspectiva.

A) La primera prueba de la vigencia del principio de efectividad se puede encontrar en el reconocimiento de la continuación de la personalidad jurídica del estado después de una revolución triunfante. Como ya se expuso, si tras un golpe de estado o una revolución se produce un cambio en el gobierno de un estado, es un principio ampliamente reconocido por el derecho internacional que el poder del usurpador se convierte en legítimo a cambio de que presente el mínimo de eficacia requerido por el principio de efectividad. La ruptura que se produce con la revolución, por lo tanto, es meramente una ruptura relativa, puesto que en lo que respecta al sistema total, que es el derecho internacional, la relación se mantiene en línea de continuidad siempre que se produzca la identidad del nuevo poder con el mismo territorio y el mismo pueblo. Es una opinión común entre la doctrina internacionalista el aceptar (contra sus propios postulados) que cuando se produce la entrada de un estado en la comunidad internacional, éste se encuentra ya desde su nacimiento sometido al derecho internacional general sin necesidad de que haya reconocido este ordenamiento previamente. Del mismo modo, las reglas especiales del derecho internacional consuetudinario se vuelven vinculantes ya no para los estados que acaban de nacer, sino para aquellos que previamente formaban parte de la comunidad internacional pero a los cuales no se les aplicaban hasta el momento dichas reglas especiales. El ejemplo más claro de nuevo vuelve a ser el del estado que no tenía conexión con el mar y que adquiere una franja de territorio costero: en ese caso, el estado en cuestión también se ve sometido a las reglas del derecho

internacional marítimo sin necesidad de que se produzca un reconocimiento expreso por su parte²⁶⁶.

B) Igualmente, el hecho de que el nacimiento o la extinción de los estados venga determinada por el principio de efectividad es una clara demostración de la primacía del derecho internacional sobre el derecho estatal. El estado no es una realidad con un origen meta-jurídico, sino que, en cuanto que ordenamiento jurídico parcial, debe ser creado por una norma jurídica, concretamente por una norma perteneciente al ordenamiento jurídico total, que es el derecho internacional. Es la costumbre practicada de forma continua y reiterada por parte de los miembros de la comunidad internacional la que ha dado lugar a la norma que indica cuándo comienza la existencia de un estado y cuándo se extingue como tal. La existencia del orden estatal depende del principio de efectividad, con lo cual no puede entenderse correctamente la existencia de una comunidad de estados coordinados si no es en virtud de un ordenamiento superior del cual deriven los ordenamientos estatales.

Debe hacerse notar que el análisis que se desprende de estas dos cuestiones vuelve a proporcionar argumentos que otra vez pueden calificarse, a mi juicio, de tipo lógico-jurídico para decantarse por la teoría del primado del derecho internacional como forma de entender las relaciones de sistema entre derecho internacional y derecho interno. A pesar de ello, como se verá en el siguiente punto, Kelsen seguirá defendiendo el igual valor jurídico de ambas hipótesis monistas.

²⁶⁶ *Vid.* KELSEN, Hans, *Principles of International Law, cit.*, pp. 311 y ss.

c) La crítica de Hart al monismo kelseniano

De entre las muchas críticas que ha recibido el monismo kelseniano, la formulada por Herbert L.A. Hart ha sido probablemente la más influyente²⁶⁷. Dos son los textos en los que podemos encontrar su crítica: en la parte dedicada al derecho internacional de *El concepto de derecho* (1961) y en un artículo titulado *Kelsen's Doctrine of the Unity of Law* (1968). Hart acepta utilizar la denominación de derecho internacional²⁶⁸ para referirse al conjunto de normas a las que tradicionalmente se les ha dado ese nombre, aunque cuestiona que tales normas cumplan realmente los requisitos que serían exigibles para poder hablar de derecho. Con todo, se distancia del “viejo dogmatismo que afirma que toda estructura social que no sea reducible a órdenes respaldadas por amenazas sólo puede ser una forma de *moral*”²⁶⁹, y pone así algo de tierra de por medio respecto de la postura negadora de Austin²⁷⁰. Se aleja, sin embargo, de la idea kelseniana según la cual el derecho internacional es derecho porque sus normas contienen sanción. Para Hart al derecho internacional se le puede llamar derecho simplemente porque funciona, porque sus normas son aceptadas

²⁶⁷ Otras críticas importantes pueden ser las de RAZ, Joseph, *The Concept of Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford University Press, 1970 pp. 95-109; o, siguiendo en gran parte a Hart, LUZZATI, Claudio, “Más allá de Kelsen. Monismo y pluralismo en el derecho internacional”, en *Doxa*, nº 22, 1999, pp. 134-170

²⁶⁸ Para un análisis más detallado sobre el derecho internacional en Hart, *cf.*: PAYANDEH, Mehrdad, “The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart” en *The European Journal of International Law*, vol. 21, nº 4, 2011, pp. 967-995; también D’ASPROMONT, Jean, “Hart et le positivisme postmoderne en droit international”, en *Revue Générale de Droit International Public*, 113(3), pp. 635-654. La comparación entre las obras internacionalistas de Kelsen y Hart, debe, sin embargo, ser considerada en su justa medida, ya que mientras el primero puede ser considerado como un auténtico internacionalista y el derecho internacional forma una parte esencial de su obra, para el segundo constituye únicamente un tema marginal, al cual ha dedicado escasa atención, si bien es cierto que con notable repercusión (*vid.* BULL, Hedley, “Hans Kelsen and International Law”, en TUR, Richard y TWINING, William (eds.), *Essays on Kelsen*, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 321-336, p. 321).

²⁶⁹ HART, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, *cit.*, p. 359

²⁷⁰ Si bien no cabe ignorar que la posición que Hart adopta sobre el derecho internacional responde en buena medida a las críticas que Kelsen vierte sobre Austin (*cf.* VINX, Lars, “Austin, Kelsen, and the Model of Sovereignty: Notes on the History of Modern Legal Positivism”, en FREEMAN, Michael y MINDUS, Patricia (eds.), *The Legacy of John Austin's Jurisprudence*, Springer, Heidelberg, 2013, pp. 51-71, p. 51; y también GARCÍA PASCUAL, Cristina, “Orden jurídico cosmopolita y estado mundial en Hans Kelsen”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 2, 1999)

como tales por los operadores jurídicos²⁷¹. Ahora bien, sería un tipo de derecho constituido —siguiendo la tipología hartiana— únicamente por normas primarias (si bien suele tratarse de normas técnicamente tan complejas como las del derecho estatal²⁷²). Al carecer de un sistema judicial y de un poder legislativo, el derecho internacional carecería de reglas secundarias de adjudicación y de cambio y, lo que es más grave, carecería también de una “norma de reconocimiento unificadora que especifique las *fuentes* del derecho y que suministre criterios generales para la identificación de sus reglas”²⁷³.

La falta de esa regla de reconocimiento parece ser lo que conduce a Hart a afirmar que el derecho internacional es un conjunto de normas, pero en modo alguno es un sistema unitario como pretende Kelsen: “tales reglas no forman un sistema, sino un mero conjunto”²⁷⁴. Así, Hart cuestiona el postulado de la unidad de la ciencia jurídica y, con ella, el monismo kelseniano: que exista un conjunto de reglas reconocidas como reglas jurídicas no implica que todas ellas deban su validez última a una misma y única norma fundamental común: “es un error suponer que la regla básica o regla de reconocimiento es una condición necesaria general de la existencia de reglas de obligación [...]. No es una necesidad, sino un lujo que encontramos en sistemas sociales adelantados”²⁷⁵. Desde el momento en el que el conjunto de normas que llamamos derecho internacional no es considerado un sistema dejan de tener sentido

²⁷¹ *Vid.* HART, Herbert L. A., *El concepto de dret*, *cit.*, p. 371

²⁷² *Ibid.*, p. 359

²⁷³ *Vid. Ibid.*, p. 341-342. El derecho internacional actual, y también el de 1961, parece ser ciertamente más complejo de lo que Hart quería mostrar. En efecto, parece algo exagerado afirmar que no existen reglas de adjudicación cuando los tribunales internacionales —aun con todas las limitaciones que se quieran— funcionan regularmente en la práctica. Del mismo modo, no puede negarse que exista todo un conjunto de normas altamente evolucionadas relativas a la creación y modificación de normas internacionales mediante la vía de los tratados —la mejor muestra es la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (que entró en vigor en 1980)—. Y, por último, es igualmente aventurado afirmar que no existe en absoluto regla de reconocimiento cuando los internacionalistas reconocen diariamente determinadas normas como derecho, basándose principalmente en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Sobre estos argumentos, *vid.* PAYANDEH, Mehrdad, “The Concept of International Law...”, *cit.*, pp. 982 y ss; también GARCÍA PASCUAL, Cristina, *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional* [próxima publicación. Agradezco a la autora haber compartido conmigo una versión previa].

²⁷⁴ HART, Herbert L. A., *El concepto de dret*, *cit.*, p. 369

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 370

los esfuerzos teóricos realizados por Kelsen para formular un sistema jurídico perfecto, universal, en el que la plenitud y la coherencia del ordenamiento se alcancen de forma absoluta y definitiva [*supra*, 2.2.1.f].

Hart ataca, además, no solamente la idea del monismo en general, sino al monismo internacionalista kelseniano en particular. Y lo hace cuestionando la idea de que a través del principio de efectividad el derecho internacional pueda dar lugar a la validez del ordenamiento estatal o, lo que es lo mismo, de que las normas del derecho internacional *deleguen* en las normas del derecho estatal. “Para establecer que dos normas forman parte de un único sistema no es suficiente—afirma Hart—que una de ellas señale que las normas de una cierta descripción satisfecha por la otra, son válidas”²⁷⁶. Descarta de este modo —y ésta parece ser la mayor preocupación del teórico inglés— la tesis kelseniana según la cual no podrían haber contradicciones entre las normas del derecho internacional y del derecho interno²⁷⁷ en virtud del postulado de la coherencia del sistema normativo unitario que formarían uno y otro ordenamiento.

d) Una crítica al igual valor teórico-jurídico de ambas tesis

Apuntadas algunas de las consecuencias teóricas de una y otra tesis monista y establecido el igual valor lógico-jurídico de ambas, llega el momento de elegir una de ellas. Desde la perspectiva kelseniana, la mayoría de autores no son conscientes de la necesidad de esta elección y creen poder tomar elementos de una y de otra según les convenga, adoptando así una actitud poco coherente²⁷⁸ —ese será el caso,

²⁷⁶ HART, Herbert L.A., “Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law”, en Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, 1983, pp. 309-342, p. 318. En un sentido muy parecido se ha expresado también Guastini, quien, influido por el dualismo de Anzilotti, ha considerado que “el principio de efectividad no parece idóneo para conferir validez a la constitución. Y eso por la buena razón de que tal principio no es una norma de competencia [...]. El principio de efectividad no confiere, sino que «reconoce» un poder preexistente [...]. En definitiva, los estados no obtienen sus poderes normativos del derecho internacional” (GUASTINI, Riccardo, *Lezioni di teoria costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2001, p. 58).

²⁷⁷ *Vid.* HART, Herbert L.A., “Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law”, *cit.*, pp. 324 y ss.

²⁷⁸ *Vid.* KELSEN, Hans, *Les rapports de système... cit.*, p. 313

como veremos, de Morgenthau—. Dado que ambas teorías monistas poseen el mismo valor jurídico, lo importante entonces será mantenerse coherente con la elección realizada; fundamentalmente porque la exigencia de reconducir todas las normas de un mismo sistema a una única norma fundante, implica determinar con claridad cuál es esa norma, es decir, esa hipótesis en la cual se basan todas las normas de un ordenamiento jurídico.

A diferencia de sus discípulos Verdross²⁷⁹ y Kunz²⁸⁰, quienes, desde perspectivas diversas, consideraron que la primacía del derecho internacional no era tanto fruto de una elección ético-política como de la propia esencia del derecho, Kelsen insiste en que la elección por una u otra tesis no se puede realizar en virtud de un razonamiento jurídico —es decir, sobre argumentos de derecho positivo—²⁸¹, sino únicamente en consideración de ideas éticas y políticas —esto es, de elementos meta-jurídicos—. Así, una y otra tesis no serían más que hipótesis jurídicas, sobre las cuales no le correspondería a la ciencia del derecho aportar criterios de elección. La teoría del primado del ordenamiento internacional ofrecería *a priori* una explicación más acertada de la realidad de la comunidad internacional, donde existen una pluralidad de estados iguales cuyos respectivos ámbitos de validez necesariamente deben estar determinados por un ordenamiento superior que no puede ser otro que el derecho internacional. En el plano epistemológico, la teoría de la primacía del orden jurídico estatal dificulta o impide la comprensión de las dinámicas jurídicas que se producen diariamente en el mundo de las relaciones internacionales; mientras que la teoría de la primacía del derecho internacional parece ser un adecuado marco para comprenderlas²⁸². No obstante, desde el punto de vista de la teoría pura del derecho, la ciencia jurídica no puede elegir una de las dos opciones porque tenga mayor

²⁷⁹ Vid. VERDROSS, Alfred, “Le fondement du droit international” en *Recueil des Cours*, Académie de Droit International, París, 1927, pp. 247 y ss. Como literatura secundaria sobre la teoría de Verdross, vid. TRUYOL Y SERRA, Antonio, “Verdross et la théorie du droit”, en *European Journal of International Law*, nº 5, 1994, pp. 55-69

²⁸⁰ Vid. KUNZ, Joseph L., “La primauté du droit des gens” en *Revue de droit international et de législation comparée*, 1925, pp. 556-598

²⁸¹ Vid. KELSEN, Hans, *Les rapports de système... cit.*, p. 313

²⁸² Vid. *Ibid.*, p. 298

capacidad explicativa —como sería el caso de la hipótesis del primado del derecho internacional— puesto que *no es tarea de la ciencia jurídica explicar ninguna cosa*. El derecho, como técnica social específica, únicamente consistiría en una herramienta para orientar los comportamientos humanos en sociedad; y no en una herramienta para entender la realidad. No puede tampoco el derecho mostrar preferencia por una u otra opción ético-política, porque tampoco corresponde a la ciencia jurídica realizar ningún tipo de valoración

Para Kelsen, entonces, el postulado de la unidad sistemática parece ser suficiente para considerar aceptable una hipótesis en el plano teórico. Independientemente de la hipótesis jurídica de la que se parta, lo importante será que todas las normas que se formulen dentro de ese sistema puedan ser reconducidas a una única y última norma; sea ésta bien la norma fundamental del derecho estatal o bien la norma fundamental del derecho internacional. La elección entre una u otra hipótesis será, en consecuencia, no una cuestión de teoría jurídica, sino una cuestión ético-política. Sobre esas cuestiones, como se verá en el punto siguiente, Kelsen también tiene algo que decir.

Antes, sin embargo, creo conveniente dejar apuntadas algunas críticas al hecho de que sean únicamente razones ético-políticas y no teórico-jurídicas las que hagan preferir el primado del derecho internacional sobre el derecho estatal. Ya se han ido señalando a lo largo de la exposición cuatro elementos lógico-jurídicos que, a mi modo de ver, permitirían preferir la primacía del derecho internacional sin necesidad de acudir forzosamente a criterios extra-jurídicos. Estos cuatro elementos son: a) la imposibilidad de considerar la fuerza vinculante de los tratados internacionales si no es a través del principio *pacta sunt servanda*, norma del derecho internacional consuetudinario que *obliga* a los ordenamientos estatales, colocándose de ese modo en una posición de supraordinación respecto de ellos; b) la imposibilidad de otorgar carácter jurídico al resto de órdenes estatales si no es concibiendo al propio estado no ya como un orden soberano y, por lo tanto, supremo y total; sino como un orden

parcial y subordinado al derecho internacional, cuyas normas establecerían los diferentes ámbitos de validez de las normas estatales; c) el hecho de que la teoría de la revolución triunfante derive directamente de una norma del derecho internacional consuetudinario, es decir que, en virtud del principio de efectividad, sea considerado como legítimo a los ojos del derecho internacional el gobierno que efectivamente sea capaz de hacer cumplir un ordenamiento dentro de un territorio determinado; y d) el hecho de que sea ese mismo principio de efectividad el que determina el nacimiento y el fin de los órdenes estatales, debiéndose considerar su reconocimiento por parte de los miembros de la comunidad internacional no como un acto constitutivo, sino meramente declarativo.

La toma en consideración de estos cuatro factores induciría a decantarse por la tesis de la primacía del derecho internacional no ya en función de un criterio simplemente explicativo, sino en base a la propia caracterización de la teoría kelseniana que en este trabajo se ha realizado. Las tres características del derecho destacadas en el epígrafe anterior (*sistematicidad, coactividad, y funcionalidad*) se ven reflejadas de alguna forma en la teoría del primado del ordenamiento jurídico internacional.

La *sistematicidad* obliga a considerar que sólo puede existir un único ordenamiento jurídico, y a que todas las normas del mismo sean reconducibles a una única norma fundamental. Si el resultado de la teoría de la primacía del derecho estatal acaba siendo la existencia de una pluralidad de órdenes jurídicos todos igualmente soberanos y aislados unos de otros —porque no pueden referir su validez última a una norma común superior—, entonces la necesaria unidad del conocimiento jurídico se vería de ese modo quebrada. Así, la consideración de la primacía del derecho internacional, en detrimento de la primacía del derecho estatal, sería la única manera de llevar hasta sus últimas consecuencias el postulado de la unidad gnoseológica del derecho.

La *coactividad*, por su parte, se verá confirmada en el hecho de que son la guerra y las represalias las sanciones impuestas en el ámbito del derecho internacional a los sujetos que violen las normas internacionales. Si la existencia de tales sanciones es aceptada, no queda otro remedio que considerar que existe un orden superior al cual estarían subordinados los órdenes estatales, dejando de tener sentido en ese momento la teoría que propugna la primacía del derecho estatal. Si no fuera así, la guerra no sería más que una facultad soberana del estado —como pretendiera Schmitt— y no ya una sanción del derecho internacional.

En cuanto a la *funcionalidad*, por último, podría alegarse que el derecho, para cumplir con su función de reglamentación de los comportamientos humanos, debe presentarse no como el fruto de una voluntad subjetiva y parcial (así sería, en último extremo, la voluntad del estado), sino como una herramienta tan objetiva y universal como sea posible. Esa aspiración únicamente puede ser conseguida considerando la primacía del derecho internacional y siendo conscientes de la necesidad inaplazable de su desarrollo técnico²⁸³. La *desmitificación* del estado operada por Kelsen en este sentido y la superación del dogma de la soberanía estatal deben considerarse como pasos imprescindibles en la contribución a ese desarrollo, que irremisiblemente parece conducir hacia un estado cosmopolita.

Los argumentos aportados en relación a estas tres características con las que aquí se ha propuesto definir el derecho partiendo de la teoría kelseniana seguramente puedan ser calificados de controvertidos e incompletos. Lo que se ha pretendido con ello no ha sido ofrecer una justificación de la teoría de la primacía del derecho internacional alternativa a la que Kelsen realiza. Más bien se ha querido destacar que Kelsen renuncia a aportar (parece estar convencido de que no hay) argumentos de tipo teórico-jurídico para defender a su propia teoría. A mi modo de ver, sin embargo,

²⁸³ Piénsese, en relación a este argumento, en el potencial que los derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales han adquirido en el último siglo como criterio legitimador (o deslegitimador) de las políticas llevadas a cabo por los estados.

hubiera sido posible desarrollar este tipo de argumentos lógico-jurídicos en base a la propia caracterización universalista del derecho que se encuentra inserta en la teoría pura kelseniana [*infra*, 3.3.1]. El desarrollo de estos argumentos, junto con otros de tipo ético-político que a continuación se describirán, sin duda hubiera otorgado un mayor potencial a la teoría kelseniana del derecho internacional, a la vez que hubiera servido para disipar las acusaciones que se ciernen sobre ella a propósito de la inconsistencia de la separación entre las consideraciones jurídicas y las extra-jurídicas²⁸⁴.

2.3.5. La elección en términos extra-jurídicos

a) Justificación previa

Pese a las referidas acusaciones, el hecho de considerar el igual valor teórico de ambas hipótesis monistas y situarse en un plano completamente extra-jurídico para defender la hipótesis del primado del derecho internacional puede ser interpretado, antes que como un síntoma de debilidad teórica, como un reflejo de la pureza de la teoría kelseniana. Los argumentos para defender una u otra postura no pueden ser, según Kelsen, jurídicos, sino únicamente éticos o políticos. De la misma forma que la teoría pura del derecho no puede dejar de aceptar como derecho a un ordenamiento estatal despótico —porque el derecho es contemplado como una herramienta de control de las conductas humanas en sociedad, sin capacidad valorativa—, hay que considerar que prácticas imperialistas o expansionistas —en alguna medida—

²⁸⁴ Koskenniemi ha considerado que precisamente en esa artificialmente estricta separación entre política y derecho residió el escaso impacto (y, en cierta medida, el fracaso) de la teoría kelseniana en el diseño político-jurídico del orden de postguerra: “expulsando a la política del ámbito de la ciencia y de la teoría, Kelsen disminuyó su importancia en las luchas diplomáticas y constitucionales de la época. Lanzando su propio liberalismo cosmopolita como un asunto de valor subjetivo, se privó de un lenguaje plausible para defenderlo (...) la preferencia por la democracia no parecía otra cosa que una cuestión de gusto (...). Esa relativa distancia de los propios valores (...) socavó el liberalismo de Kelsen haciéndole parecer como el recipiente vacío, frío y abstracto del egoísmo del que le acusaban conservadores y revolucionarios” (KOSKENNIEMI, Martii, *The Gentle Civilizer...* cit., p. 247)

pueden encontrar también su justificación en normas del derecho internacional. Cabe insistir en que Kelsen no es indiferente ante esta elección: prefiere la democracia a la tiranía, y prefiere el pacifismo al imperialismo. Pero la pureza de su teoría no le puede conducir a argumentar estas preferencias en términos jurídicos, sino en términos ético-políticos, precisamente porque la democracia o el pacifismo son objetos de la ética y de la teoría política, pero no de la ciencia jurídica. Según esta visión, se necesita tomar conciencia de que cualquier teoría social, por muy objetivamente que sea presentada, sienta sus bases sobre una elección; una elección que nunca es neutral, sino que está influida por múltiples condicionantes históricos, sociales, éticos, políticos, etc. Acudir a estos criterios extra-jurídicos parece ser el modo que Kelsen encuentra para compatibilizar las exigencias formalistas y avalorativas de su teoría con sus marcadas preferencias políticas y con su simpatía por las ideas pacifistas y cosmopolitas. Por eso, como veremos en el capítulo tercero, el pacifismo jurídico kelseniano, según aquí se ha caracterizado, es una suma de elementos jurídicos y políticos. Sólo con el apoyo de las consideraciones ético-políticas, la teoría pacifista de Kelsen puede adquirir el potencial anti-imperialista que en verdad posee.

b) Dos hipótesis de la teoría del conocimiento

Teniendo en cuenta “el íntimo nexo existente entre la gnoseología jurídica y la gnoseología general”²⁸⁵, las dos teorías expuestas, en cuanto hipótesis jurídicas, son relacionadas por Kelsen con sendas hipótesis generales de la teoría del conocimiento: la teoría subjetivista y la teoría objetivista.

La teoría de la primacía del ordenamiento estatal se refleja dentro del plano filosófico en la teoría subjetivista. De la misma forma que ésta parte del *yo* para conocer el mundo, la teoría del primado del derecho estatal parte del propio estado para

²⁸⁵ KELSEN, Hans, *Il problema della sovranità... cit.*, p. 461; también Id., *Principles of International Law, cit.*, pp., 44 y ss.; Id., *Teoría pura del derecho* (2ª ed.), pp. 345 y ss.

configurar todo el sistema jurídico. Desde esa perspectiva sólo se puede entender el resto de estados como órdenes parciales derivados del *yo* que supone el propio estado, que se configura como el orden total, como el centro del mundo. Todo es comprendido a través del *yo* y de los intereses del *yo*, siendo el *yo* el propio estado. Por eso esta teoría desemboca en el egoísmo (*solipsismo*) como inevitable consecuencia práctica.

La teoría de la primacía del ordenamiento jurídico internacional, por el contrario, se relaciona con la teoría objetivista en el plano filosófico. Así como el objetivismo parte del mundo para llegar al *yo*, la teoría del primado del derecho internacional parte del ordenamiento jurídico internacional para comprender el resto de ordenamientos parciales. De la misma manera que el objetivismo resta importancia a los sujetos por considerarlos entes arbitrarios y provisionales, la teoría del primado del derecho internacional relativiza la importancia de los estados, concibiéndolos como organizaciones transitorias y arbitrarias, como órdenes parciales dentro del un único orden real verdadero que sería la *civitas maxima*.

Si se piensan hasta el fondo ambas tesis, Kelsen concluye que la única aceptable en relación con el derecho es la tesis objetivista, puesto que la subjetivista acaba negando la existencia no sólo del derecho internacional, sino del derecho en general, pues niega su propia esencia, que es la objetividad. El derecho no puede depender de la voluntad de los sujetos a los que obliga. El derecho o es objetivo, o no puede ser derecho. Negar el carácter objetivo al derecho, entonces, no significa otra cosa que afirmar el simple primado de la fuerza bruta, la ley del más fuerte²⁸⁶.

Desde ese punto de vista, Kelsen compara en varias ocasiones²⁸⁷ el problema de la teoría monista estatalista para justificar la superioridad del estado con el problema

²⁸⁶ Vid. KELSEN, Hans, *Les rapports de système... cit.*, p. 323

²⁸⁷ Vid. KELSEN, Hans, *Il problema della sovranità... cit.*, pp. 33-34; también Id., *Teoría General del Estado, cit.*, pp. 100 y ss.

que tiene la teología para justificar la figura de dios. Si para las religiones monoteístas, solamente existe un único dios verdadero, ¿cómo se puede compatibilizar entonces la existencia simultánea de múltiples religiones, cada una de las cuales afirma la exclusividad de su propio dios? Si estado soberano y, por lo tanto, supremo, únicamente puede existir uno, ¿cómo hacer compatible esa exclusividad ideal con la realidad de la pluralidad de estados que forman parte de la comunidad internacional? Desde un plano epistemológico objetivo la solución para ambas disyuntivas parece similar: de la misma manera que se debe relativizar la idea de dios para considerarla como una mera hipótesis que permite explicar la realidad natural dentro de cada ámbito cultural, la idea de estado debe ser relativizada y considerada como el orden jurídico que una determinada comunidad posee según las pautas establecidas por el derecho internacional.

c) Dos teorías ético-políticas

Las dos hipótesis jurídicas analizadas pueden ser también relacionadas con dos teorías ético-políticas antagónicas entre sí: el imperialismo y el pacifismo. El subjetivismo, entendido como posición ética, puede ser emparentado con el egoísmo personal de la misma forma que la hipótesis del primado del orden estatal puede ser relacionado con el *egoísmo estatal* que subyace a toda política imperialista. Si se concibe al propio estado como el único y exclusivo soberano, es él y sólo él quien estará autorizado para delimitar los ámbitos de validez de cada orden jurídico estatal, puesto que el resto de ellos no pueden ser contemplados sino como órdenes parciales derivados del propio estado. De esta manera, por imperialismo puede entenderse fundamentalmente la situación de inexistencia de límites exteriores a la propia soberanía estatal. Por eso Kelsen insiste en la idea de que el imperialismo es a la comunidad internacional lo que el anarquismo es al estado²⁸⁸; esto es, en última instancia, la ausencia de derecho.

²⁸⁸ *Vid.* KELSEN, Hans, *Il problema della sovranità... cit.*, p. 467; también Id., *Les rapports de système... cit.*, p. 325

Por su parte, una posición ética objetivista puede ser conectada con la tesis del primado del derecho internacional y con una concepción de las relaciones internacionales eminentemente pacifista. Si se considera que la principal función del derecho internacional es delimitar los diferentes ámbitos de validez de los estados que forman parte de la comunidad jurídica internacional para que éstos puedan convivir entre ellos, entonces necesariamente deben quedar prohibidos —esto es, deben ser considerados como contrarios a derecho— todos los actos de extensión violenta, los cuales son la esencia del imperialismo. Debe hacerse notar en este punto que es la idea del imperialismo, y no de guerra, el concepto que Kelsen utiliza como antítesis de la teoría política pacifista²⁸⁹. Esta idea, sin duda, tiene mucho que ver con la kelseniana concepción coactiva del derecho, que no permite prescindir del elemento sancionador que significa la guerra en las relaciones internacionales.

Llegados a este punto, a la vista de que la primacía del derecho estatal provoca la *confrontación*, mientras que la primacía del derecho internacional favorece la *coordinación*, Kelsen habla sin vacilar de la “superioridad moral del objetivismo jurídico”²⁹⁰ y considera que, si bien la teoría del derecho internacional oscila entre ambas teorías monistas, “una concepción universalista de la humanidad”²⁹¹ que está empezando a despertar empujará hacia la paulatina consecución de una auténtica *civitas maxima*; es decir, de un derecho universal —que no ya derecho internacional, en el sentido de *derecho que regula las relaciones entre las naciones*—. El gran obstáculo que a su juicio se perfila en la consecución de ese objetivo a largo plazo es el dogma de la soberanía estatal, que supone, en última instancia, la negación del derecho internacional al impedir la consideración de que el estado pueda estar sometido a cualquier otro orden jurídico. Ésta fue la posición de John Austin, cuya consideración del estado soberano como fuente exclusiva del derecho le obliga a

²⁸⁹ *Vid.* KELSEN, Hans, *Les rapports de système... cit.*, p. 325

²⁹⁰ *Ibidem.*

²⁹¹ *Ibidem.*

negar el carácter jurídico del derecho internacional, calificándolo como mera *moral internacional positiva*²⁹². Si lo que se pretende es una construcción teórica del derecho internacional que tenga la paz mundial como resultado, entonces no queda más remedio que afirmar que el concepto de la soberanía estatal debe ser *radicalmente eliminado*²⁹³.

²⁹² *vid.* AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, John Murray, Londres, 1861). La crítica de Kelsen a sus argumentos puede verse en: KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, *cit.*, pp. 88 y ss.; también en Id., “The Pure Theory of Law and the Analytical Jurisprudence”, en *Harvard Law Review*, vol. 55, nº 1, 1941, pp. 44-70. Sobre la relación entre Kelsen y Austin, *cfr.* VINX, Lars, “Austin, Kelsen, and the Model of Sovereignty: Notes on the History of Modern Legal Positivism”, en FREEMAN, Michael y MINDUS, Patricia (eds.), *The Legacy of John Austin’s Jurisprudence*, Springer, Heidelberg, 2013, pp. 51-71

²⁹³ *Vid.* KELSEN, Hans, *Les rapports de système... cit.*, p. 326; también Id., *Il problema della sovranità... cit.*, p. 469; o Id., *Teoría pura del derecho... (1ªed.) cit.*, p. 199

Capítulo III

El derecho internacional sobre la política

Después de haber ensayado la manera en la que los postulados de la teoría pura kelseniana pueden ser aplicables al derecho internacional y de haber establecido la preferencia por la primacía del derecho internacional sobre los ordenamientos estatales, es turno ahora de conocer en detalle de qué manera concreta son plasmados estos elementos en la propuesta de orden internacional formulada por Kelsen. Esta propuesta, que aquí he denominado *pacifismo jurídico* siguiendo una amplia tradición, es una propuesta que hunde sus raíces en la teoría jurídica que acabamos de estudiar, pero es, sin embargo, una propuesta que excede los límites de lo jurídico y debe ser caracterizada, por lo tanto, como una propuesta política; más concretamente como una propuesta de política normativa. Pensado siempre en el contexto de una época de grandes dificultades para la paz, el pacifismo jurídico de Kelsen es *prescriptivo*. No se conforma con describir los problemas de la sociedad internacional, sino que pretende contribuir a solucionarlos. Y la herramienta que según Kelsen mejor puede ayudar a ello es, ya lo sabemos, el derecho. De este modo, el jurista vienés se separa del derecho para reivindicar precisamente el papel del derecho; gesto que no puede interpretarse sino como una muestra de coherencia con la avaloratividad impuesta por la teoría pura.

Para ofrecer una perspectiva de la concreción del pacifismo jurídico kelseniano, se ha estructurado este capítulo en tres epígrafes. En el primero se profundiza en las relaciones que Kelsen establece entre la paz, la guerra y el derecho, tratando de contextualizar, además, sus posiciones dentro del pacifismo jurídico en tanto que corriente filosófica. En el segundo epígrafe nos ocuparemos de la plasmación de las posturas de Kelsen: por un lado en la crítica que formulara en su día respecto de la Sociedad de Naciones y, posteriormente, sobre las Naciones Unidas; y por otro lado, adentrándonos en el núcleo de su propuesta central, protagonizada por un tribunal

internacional permanente de jurisdicción obligatoria y con capacidad para enjuiciar a los individuos, que actuaría como el órgano central de una liga de estados tan universal como fuera posible. El tercer epígrafe, por último, estará destinado a las referencias hechas por Kelsen a la *civitas máxima* o estado mundial. ¿Puede en verdad decirse que Kelsen fue defensor de un estado mundial o, por el contrario, hizo de esta idea más bien un recurso retórico destinado a poner en jaque el *dogma* de la soberanía estatal?

3.1. Guerra, paz y derecho

3.1.1. La concepción kelseniana de la paz

a) Conceptualización del pacifismo jurídico

Desde luego, a lo largo de la historia del pensamiento jurídico han sido innumerables los autores que se han preocupado por el problema de la paz y que han visto en el derecho una herramienta indispensable a su servicio. Desde los clásicos griegos Platón o Aristóteles hasta el llamamiento ilustrado de la paz perpetua de Kant, sin olvidar las obras de Erasmo²⁹⁴, del Abad de Saint-Pierre²⁹⁵ o de Saint-Simon y Thierry²⁹⁶, de esta tradición, que es una tradición de pensamiento europea por excelencia, se alimenta el pacifismo jurídico kelseniano.

²⁹⁴ ERASMO de ROTTERDAM, *The complaint of peace, Translated from the Querela Pacis*, Hard Press, 2013 [1517]. Una sugerente transposición del “lamento” erasmiano por la paz a la realidad internacional contemporánea puede verse en: DE LUCAS, Francisco Javier y RAMÓN CHORNET, Consuelo, *Querela Pacis, Perpetua? Una reivindicación del Derecho Internacional*, Ed. PUV, 2007

²⁹⁵ SAINT-PIERRE, Charles Irenee Castel, *Project pour rendre la paix perpetuelle en Europe*, Antonie Schouten, 1713 [facsimil]

²⁹⁶ SAINT-SIMON, Henri y THIERRY, Agustin, *De la reorganisation de la société européenne. Ou de la nécessité et des moyens de l'Europe en un seul corps politiuqe, en consevant chacun son indépendance nationale*, Adrien Égron, París, 1814 [facsimil]

Pero más que abundar en la forma en que esta tradición pacifista se plasma en la obra kelseniana, en este apartado se trata de caracterizar al pacifismo jurídico de Kelsen como una específica línea de pensamiento, positivista y cosmopolita, que encontraría años después sus ecos en las obras de Norberto Bobbio y Luigi Ferrajoli. La reflexión conjunta de estos tres autores constituye a mi juicio la más sólida línea argumental que desde la filosofía del derecho se ha construido en el siglo XX²⁹⁷ contra la infamia que supone la guerra y a favor de la pacificación de las relaciones entre los estados mediante el desarrollo de las instituciones internacionales. El pensamiento de los tres, por lo tanto, se puede encuadrar nítidamente bajo la etiqueta del pacifismo jurídico. Por pacifismo jurídico, pacifismo legal o iusirenismo podemos entender el conjunto de teorías que conciben al derecho como un elemento esencial para la pacificación de las relaciones internacionales. Usando la bella fórmula de Kelsen, puede decirse que se trata de aquellas teorías que pretenden alcanzar *la paz por medio del derecho*.

Así pues, el adjetivo *jurídico* añade una propiedad bien concreta al sustantivo *pacifismo*, que lo diferencia de otros pacifismos. De forma general, en su *Diccionario de política* Bobbio definió el pacifismo como “una doctrina, o también como sólo un conjunto de ideas o actitudes, y el movimiento correspondiente, caracterizados por estas dos connotaciones: a) condena de la guerra como medio idóneo para resolver las controversias internacionales; b) consideración de la paz permanente (o perpetua) entre los estados como fin posible y deseable”²⁹⁸. Dentro de esta definición cabe cualquier tipo de pacifismo y, por eso mismo, no es suficiente para caracterizar al pacifismo jurídico. Como escribió Ortega y Gasset, exiliado en París durante la Guerra Civil Española, “hay, en efecto, muchas formas de pacifismo. Lo único que entre ellas existe en común es una cosa muy vaga: la creencia de que la

²⁹⁷ Me he ocupado de ello en: GARCÍA SAEZ, Jose Antonio, “El pacifismo jurídico en el siglo XX a través de las obras de Kelsen, Bobbio y Ferrajoli” (Capítulo XIV), en PECES BARBA, Gregorio et al., *Historia de los derechos humanos en el siglo XX*, tomo IV, Dykinson-IDHBC, Madrid, 2013, pp. 651-685

²⁹⁸ BOBBIO, Norberto, “Pacifismo”, en BOBBIO, Norberto y MATTEUCCI, Nicola (Dirs.), *Diccionario de política*, Siglo XXI, Madrid, 1983, vol. 2, pp. 1158-1161)

guerra es un mal y la aspiración a eliminarla como medio de trato entre los hombres. Pero los pacifistas comienzan a discrepar en cuanto dan el paso inmediato”²⁹⁹.

A efectos de distinguir el pacifismo jurídico de otros tipos de pacifismos puede ser útil recuperar la clasificación realizada por Bobbio en base a la obra de Raymond Aron³⁰⁰. En ella se distinguen, en primer lugar, los pacifismos activos y los pacifismos pasivos. Mientras que los primeros concebirían la guerra como injustificable, los segundos la concebirían como imposible. Así, los pacifismos pasivos, típicos de la Guerra Fría, consideraban que no era necesaria ningún tipo de actuación para evitar la guerra (atómica) al ser ésta tan terrible que sería evitada de todos modos gracias a la eficacia del llamado *equilibrio del terror*. Los pacifismos activos, en cambio, se proponen suprimir y prevenir el fenómeno bélico. Aquí, por lo tanto, nos interesa ese segundo grupo de pacifismos, que adoptan una actitud propositiva acerca del gran problema de la guerra. Respecto a estos pacifismos activos se pueden diferenciar al menos tres tendencias distintas³⁰¹, en función de dónde pongan el acento en las propuestas que formulan:

1. El pacifismo instrumental sería aquel que promueve el desarme y las prácticas de la no violencia. Bobbio consideró superficial a esta forma de pacifismo, ya que se centra en los medios que hacen posibles las guerras, pero no en sus verdaderos motivos. Según las teorías más extremas, como la que podría representar paradigmáticamente Gandhi, el recurso a la violencia nunca está justificado, ni siquiera como última *ratio*. Y ello, según proclamó el líder espiritual indio, no

²⁹⁹ ORTEGA Y GASSET, José, “En cuanto al pacifismo...” (1938), en ORTEGA Y GASSET, José, *La rebelión de las masas*, RBA, Barcelona, 2004 [1932], pp. 229-260, p. 229

³⁰⁰ Vid. ARON, Raymond, *Paz y guerra entre las naciones* (2 vols.), trad. y prefacio Mari Carmen Ruiz de Elvira, Alianza, Madrid, 1985 [1962], pp. 197 y ss. (vol. 1)

³⁰¹ Vid. BOBBIO, Norberto, “El problema de la guerra y las vías de la paz”, en BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 1982 [1979], pp. 50 y ss. Una clasificación diferente es, por ejemplo, la que realizó Max Scheler en su conocido ensayo *Zur Idee des ewigen Friedens und der Pazifismus* (1931), donde distingue entre 1) *pacifismo heroico-individualista*, 2) *pacifismo cristiano (semi-pacifismo)*, 3) *pacifismo económico-liberal*, 4) *pacifismo jurídico o pacifismo del Derecho*, 5) *semi-pacifismo del comunismo y del socialismo*, 6) *pacifismo de hegemonía imperialista*, 7) *pacifismo conservador altoburgués*, y 8) *pacifismo cultural* (vid. SCHELER, Max, *L’idea de la pace e il pacifismo*, Medusa, Milán, 2004, pp. 67 y ss.)

solamente porque sea moralmente más correcto, sino porque además puede ser políticamente más eficaz³⁰².

2. El pacifismo finalista sería el que apuesta por la transformación de la actitud de las personas a través de vías morales, o religiosas. Partiendo de que las instituciones están siempre compuestas por personas, las guerras practicadas por los estados cesarían en el momento en que todos los que trabajan a su servicio estuvieran convencidos de la inmoralidad que supone la guerra. El exponente más conocido del pacifismo finalista sería la objeción de conciencia, cuya práctica suscita una multitud de problemas en relación con el problema del cumplimiento de la ley³⁰³.

3. Por último, dentro del pacifismo institucional se incluirían tanto el pacifismo jurídico como el pacifismo social. Ambos tienen en común el interés por poner en evidencia las condiciones que hacen posibles las guerras. Mientras que el pacifismo jurídico puede llegar a contemplar la guerra como un modo de resolver los conflictos internacionales, el pacifismo social ve en ella la consecuencia de conflictos generados por estructura social y política internacional en algunos estados³⁰⁴. Para el pacifismo jurídico el remedio por excelencia para la guerra sería el desarrollo de las instituciones internacionales, particularmente las judiciales, de modo que se deposite en una instancia superior el monopolio del uso de la fuerza, consiguiendo así pacificar las relaciones internacionales. Para el pacifismo social, por contra, el remedio por excelencia sería la transformación del orden social

³⁰² Sobre este extremo, *cfr.* GANDHI, Mahatma K., *Teoria e pratica della non-violenza*, ed. a cargo de Giuliano Pontara, Einaudi, Turín, 1973; en especial, parte segunda: “La prassi della non-violenza”, pp.151 y ss. Al respecto, expresando la esencia de su pacifismo jurídico, Bobbio se preguntaría: “¿los métodos que obtuvieron resultados sorprendentes en la lucha de liberación de la India, hubieran tenido el mismo éxito contra los nazis?” (BOBBIO, Norberto, “El problema de la guerra y las vías de la paz”, en *El problema... cit.* p. 88)

³⁰³ Sobre ello se ha ocupado Javier de Lucas en varios trabajos; en especial, específicamente sobre la objeción de conciencia al servicio militar, *cfr.* DE LUCAS, Francisco Javier, “La insumisión como desobediencia civil en democracia” (1994), en V.V.A.A., *En legítima desobediencia: Tres décadas de objeción, insumisión y antimilitarismo*, Traficantes de sueños, Madrid, 2002, pp. 213-216

³⁰⁴ BOBBIO, Norberto, “El problema de la guerra y las vías de la paz”, *cit.*, p. 80

capitalista, lo cual implicaría la completa desaparición del estado, o al menos, de cierto tipo de estado³⁰⁵.

Si el pacifismo jurídico es un pacifismo fundado en el papel del derecho, consecuentemente, por la propia esencia de lo jurídico — al menos según las doctrinas positivistas, que son las que aquí nos interesan³⁰⁶—, es un pacifismo que no renuncia a la coacción; antes al contrario, la necesita como su fundamento³⁰⁷. Así, el pacifismo jurídico no propugna la paz a través del desarme o de la no-violencia (como el pacifismo instrumental), ni a través del fomento de una cultura de la paz o de la objeción de conciencia (como el pacifismo finalista), sino mediante la racionalización de esa violencia —o mejor, fuerza— tanto como sea posible, sometiéndola a un conjunto de estrictos límites y vínculos jurídicos. Reivindicar el pacifismo jurídico, por lo tanto, supone reivindicar la juridificación de las relaciones internacionales; es decir, supone una reivindicación del derecho internacional³⁰⁸. Frente a las teorías que niegan o degradan el derecho internacional a un conjunto de normas cuyo cumplimiento es optativo, el pacifismo jurídico reclama una normatividad internacional fuerte, basada en la institucionalización y en la juridificación de las relaciones internacionales, puesto que considera que ésta es la única forma adecuada de conseguir una paz mundial duradera. Así lo consideró Kelsen, con la reivindicación del papel de la jurisdicción internacional; Bobbio, con

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 81

³⁰⁶ Por supuesto, no siempre se ha asociado el pacifismo jurídico al positivismo. Es el caso de Scheler, quien lo asoció directamente al iusnaturalismo: “el pacifismo del Derecho se asocia históricamente con la gran idea de un Derecho natural superior al Derecho positivo establecido por el Estado [...] ese Derecho natural sería al mismo tiempo medida de justicia, legitimación de las leyes positivas del Estado, ideal de desarrollo del Derecho positivo y también fundamento del Derecho Internacional (*ius gentium*) en las relaciones entre los Estados” (SCHELER, Max, *L’idea de la pace e il pacifismo*, *cit.*, pp. 86-87)

³⁰⁷ *Vid.* BOBBIO, Norberto, *Diritto e potere... cit.*

³⁰⁸ *Vid.* DE LUCAS, Francisco Javier y RAMÓN CHORNET, Consuelo, *Querela Pacis, Perpetua?... cit.*

la apelación al *terzo assente*³⁰⁹; o Ferrajoli, con la propuesta de extender los mecanismos de garantía de los derechos fundamentales al ámbito global³¹⁰.

b) La paz en Kelsen

Es posible afirmar sin temor a equivocarse que si Kelsen escribió más sobre derecho internacional que sobre ninguna otra materia fue por un compromiso real y profundo con la paz³¹¹. En este sentido, no debe ocultarse la tensión antes comentada [*supra*, 2.2.3] entre la consideración del derecho como una específica técnica social — técnica que, despojada de toda ideología, podría servir a cualquier fin—³¹² y la función promocional que Kelsen le atribuye en relación con la paz en algunas de sus obras internacionalistas. Esta tensión es reflejo, cómo no, de la encrucijada en la que se encuentra el pacifismo jurídico kelseniano, entre la avaloratividad de la ciencia jurídica y la necesaria toma de partido que exige la causa de la paz³¹³. Por ese motivo, la relación entre la paz y el derecho en Kelsen, si bien es estrecha y duradera, adquiere diferentes matices a medida que su obra evoluciona en el tiempo.

La primera publicación que Kelsen dedica específicamente al problema de la paz es *La technique du droit international et l'organisation de la paix* (1934). En este trabajo, que se deriva de la conferencia inaugural que impartió a su llegada al *Institut*

³⁰⁹ Lo he desarrollado en: GARCÍA SAEZ, Jose Antonio, “Siete notas sobre el pacifismo jurídico de Norberto Bobbio”, en ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier e IGLESIAS GARZÓN, Alberto (eds.); *Norberto Bobbio: aportaciones al análisis de su vida y de su obra*, Dykinson-IDHBC, Madrid, 2010, pp. 489-510

³¹⁰ Lo he desarrollado en: GARCÍA SAEZ, Jose Antonio, “El pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli en *Principia Iuris*”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 25, 2012, pp. 82-102

³¹¹ *Vid.* LADAVAC, Nicoletta B., “Diritto e pace in Hans Kelsen”, en *Sociologia del Diritto*, año 39, nº 1, 2012, pp. 79-96

³¹² *Vid.* KELSEN, Hans, “The Law as a Specific Social Technique”, en *University of Chicago Law Review*, vol. 9, nº 1, 1941, pp. 75-97

³¹³ Significativamente, en *DPRI* Kelsen traza una distinción muy clara entre el problema que tiene que ver con la teoría del derecho y el problema político: “el primero se plantea con objeto de analizar la estructura y compenetrarse con la naturaleza del sistema de normas llamado derecho internacional que actualmente impera. El segundo es definir una realidad jurídica que, desde cierto punto de vista —el del ideal de la paz— se considere como un adelanto respecto del sistema actual” (KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, *cit.*, pp. 23-24).

d'Hautes Études Internationales de Ginebra, insiste en una idea: la paz consiste en la exclusión de la guerra. La lucha por la paz es la lucha contra el “más acérrimo enemigo de la humanidad”: la guerra³¹⁴. El concepto de paz no es construido por Kelsen en positivo, sino en negativo, como situación de ausencia de guerra. Pero el amplio consenso moral y político en torno a la causa de la paz —piénsese que Kelsen escribía esto desde el contexto de la Ginebra de los años treinta— no ha de conducir a un diagnóstico equivocado: la solución al problema de la guerra no es de orden moral ni político, sino fundamentalmente jurídico y, en tanto que jurídico, *técnico*. El problema de la paz es susceptible de ser resuelto de manera definitiva si se invierten los suficientes esfuerzos en la causa del desarrollo técnico del derecho internacional. Es por eso que Kelsen insistirá tanto en que los pacifistas que realmente lo sean deben dejar de refugiarse en los argumentos morales para abrazar la idea del derecho internacional³¹⁵.

El firme rechazo a la guerra y el compromiso por buscar una solución para la paz desde la óptica jurídica alcanzan quizá su mejor exponente en los trabajos que Kelsen publica en la primera mitad de la década de los cuarenta, recién llegado a Estados Unidos, y durante lo más crudo de la Segunda Guerra Mundial. La frase con la que inicia las *Oliver Wendell Holmes Lectures* de 1941 en Harvard no deja lugar a dudas: “El derecho es, en esencia, un orden para promover la paz”³¹⁶. Sin embargo, poco más adelante matizará esta afirmación para hacerla compatible con su concepción coactiva del derecho: el derecho es, efectivamente, un orden que promueve la paz, pero únicamente “en el sentido de que prohíbe a los miembros de una comunidad el uso de la fuerza en sus relaciones mutuas”³¹⁷. No se puede entender que derecho y fuerza impliquen una antítesis absoluta porque el derecho es, justamente, la organización de la fuerza. Sólo sustrayendo la facultad de usar legítimamente la

³¹⁴ KELSEN, Hans, *La technique du droit international... cit.*, p. 251; en el mismo sentido, Id., *The Legal Process and International Order, cit.*, p. 9

³¹⁵ Vid. KELSEN, Hans, *La technique du droit international... cit.*, p. 253; vid. Id., *La paz por medio del derecho, cit.*, p. 36

³¹⁶ KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales, cit.*, p. 23

³¹⁷ *Ibid.*, p., 33

fuerza a los particulares y colocándola en manos del estado (o de la comunidad internacional si fuera el caso) es como el derecho puede proporcionar la paz. Esa paz, por lo tanto, es necesariamente siempre una paz relativa³¹⁸. Una paz que está condenada a convivir con un cierto grado de violencia. Por ese motivo, cuanto más precisos técnicamente sean los procedimientos que regulan el uso de la violencia y cuanto mayor sea el grado de especialización de los órganos encargados de aplicarla, con más eficacia servirá el derecho a la causa de la paz.

Es precisamente eso lo que trata de hacer Kelsen en toda su obra internacionalista, y con mayor vigor que nunca en *PMD*. En ningún sitio como en el prefacio de este libro encontramos una condena tan nítida a la guerra:

“Hay verdades tan evidentes por sí mismas que deben ser proclamadas una y otra vez para que no caigan en el olvido. Una de esas verdades es que la guerra es un asesinato en masa, la mayor desgracia de nuestra cultura, y que asegurar la paz mundial es nuestra tarea política principal, una tarea mucho más importante que la decisión entre la democracia y la autocracia, o entre el capitalismo y el socialismo; pues no es posible un progreso social mientras no se cree una organización internacional mediante la cual se evite efectivamente la guerra entre las naciones de esta Tierra”³¹⁹.

La paz mundial, por lo tanto, está inescindiblemente ligada al desarrollo del derecho internacional. Y Kelsen concibe su propia obra como una contribución para ese perfeccionamiento lento y constante que requiere el orden jurídico internacional³²⁰. Una vez se aprueba la Carta de las Naciones Unidas en 1945, Kelsen continúa contribuyendo con sus trabajos al desarrollo y al refinamiento de la técnica del

³¹⁸ *Vid. Ibidem.* Y, en el mismo sentido, *vid. Id., Teoria Generale del Diritto e dello Stato, cit.*, p. 22

³¹⁹ KELSEN, Hans, KELSEN, Hans, *Principles of International Law, cit.*, pp. 35-36. En otros trabajos de esa época podemos encontrar otras afirmaciones en la misma línea; por ejemplo “la guerra es el peor de los males sociales” (KELSEN, Hans, “Compulsory Adjudication of International Disputes”, en *American Journal of International Law*, Vol. 37, nº 3 (Julio 1943), pp. 397-406, p. 397)

³²⁰ KELSEN, Hans, *La paz por medio del derecho, cit.*, p. 36

derecho internacional; pero se observa —como ha hecho Losano³²¹— que desde ese momento parece perder intensidad el discurso pacifista kelseniano. Ello se refleja en la tendencia de Kelsen a sustituir la palabra *paz* por la expresión *seguridad colectiva* a partir de sus obras de finales de los años cuarenta³²². Cuando en *TGDE* (1945) se plantea cuál es la función esencial del derecho internacional ya no responde tan contundentemente que su función sea la promoción de la paz. Dice más bien: “la función esencial del derecho internacional es delimitar las esferas territoriales y personales de validez de los ordenamientos jurídicos estatales”³²³. Que este hecho sea el que haga posible la *convivencia pacífica* de los estados, uno al lado del otro, como sujetos iguales³²⁴, es más bien un efecto de lo anterior. Este cambio de tendencia se hace explícito en su obra sobre las Naciones Unidas (1950) cuando declara “es dudoso que exista una diferencia entre *paz* y *seguridad*. La seguridad internacional está garantizada si la paz internacional es mantenida. Parece que [cuando se habla de paz] la adición de las palabras «y seguridad» es más bien superflua”³²⁵. Si, efectivamente, *paz* y *seguridad (colectiva)* son sinónimos, cabe entonces preguntarse por los motivos que llevaron a Kelsen a sustituir la preferencia de la primera por la segunda. La respuesta puede apuntar a un doble factor. Por un lado, el cambio puede ser debido al diferente contexto cultural: la literatura internacionalista estadounidense no era quizá tan proclive a la retórica de la paz como lo era la doctrina europea de la primera mitad del XX. Por otro lado, parece como si el firme *nunca más* que supuso la creación de las Naciones Unidas —aunque muy lejos de la perfección técnica [*infra*, 3.2.2]— hubiese aplacado en alguna medida la profunda preocupación por la paz que manifestaba el viejo profesor en la época de entreguerras.

³²¹ Vid. LOSANO, Mario G., “Gli anni americani...”, *cit.*, p. 253

³²² Vid. KELSEN, Hans, “Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations”, en *American Journal of International Law*, vol. 42, n° 4, 1948, pp. 783-796; Id., “The Future of Collective Security”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 21, n° 2, 1951, pp. 83-96; Id. *Collective Security... cit.*

³²³ KELSEN, Hans, *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, *cit.*, p. 355

³²⁴ Vid. *Ibidem*

³²⁵ KELSEN, Hans, *The Law of the United Nations... cit.*, p. 13; en el mismo sentido, Id., *Collective Security... cit.*, pp. 6-7

3.1.2. Coacción, guerra y autotutela en el derecho internacional

En el segundo capítulo se ha descrito la caracterización de la guerra como el elemento gracias al cual puede considerarse al derecho internacional como un auténtico orden jurídico. Se ha destacado también la aparente paradoja que supone el hecho de que sea precisamente el uso de la fuerza el instrumento que el derecho utiliza para evitar el recurso a la violencia por parte de los particulares, sean éstos individuos o estados. Justamente estableciendo la guerra como sanción se consigue prohibir de manera general la guerra, al reservar su uso únicamente a determinados sujetos y bajo las condiciones establecidas por el ordenamiento jurídico. Según la visión esencialmente coactiva del derecho de la que parte la teoría pura, el derecho sin sanción no es derecho. Para que exista derecho tiene que haber sanción, lo cual implica la existencia de un cierto monopolio, si no ya en la ejecución de las penas, sí al menos en la determinación de los individuos que están autorizados (esto es, en los cuales el ordenamiento *delega*) para llevar a cabo la ejecución de la sanción correspondiente (*Unrechtsfolge*) ante la violación de una norma jurídica (*Unrecht*). Recordemos que el término opuesto por Kelsen al pacifismo no es la guerra sino el imperialismo [*supra*, 2.3.5.c]. En consecuencia, la paz que Kelsen concibe — podemos adelantar— no será una situación en la que no existe el uso de la fuerza, sino más bien una situación en la que el uso de la fuerza se encuentre tan racionalizado como sea posible; es decir, se trata de una paz compatible con el derecho.

La observación de la historia jurídica, según Kelsen, indica que tal racionalización viene siempre de la mano del establecimiento de un tercero imparcial que determine si se ha producido el hecho antijurídico que debe dar lugar a la consecuencia jurídica. La posibilidad de racionalizar no ya la determinación de la existencia del hecho antijurídico, sino el instrumento de la sanción en sí (su ejecución) se le antojaba a

Kelsen un proceso tan complejo que el derecho internacional no estaba en condiciones de llevar a cabo. Por este motivo parece inevitable aceptar la guerra, con las limitaciones técnicas que a continuación se verán, como sanción del derecho internacional. Tanto la guerra como las represalias se configuran como sanciones primitivas, que distan de poder ser asimiladas a la pena y a la ejecución administrativa o civil que se aplican en el ámbito del derecho interno. Mientras que la pena, para Kelsen, tendría una función mayoritariamente de prevención, la ejecución administrativa o civil tendría una función reparadora³²⁶. No puede decirse, por el contrario, que esa clara diferencia entre pena y ejecución administrativa se encuentre en las sanciones impuestas por el derecho internacional. Ni la guerra se corresponde exactamente con la pena, ni las represalias coinciden del todo con la ejecución administrativa. Entre guerra y represalias existe únicamente una diferencia de grado: mientras que las represalias suponen la privación de algún o algunos derechos en concreto (la propiedad, el libre comercio, la libertad de algún súbdito de otro estado, etc.), la guerra supondría una privación total e indefinida de todos los derechos³²⁷. A pesar de ello, Kelsen considera que las sanciones del derecho internacional también pueden poseer cierta función de prevención a la vez que de reparación del daño causado³²⁸. Sin llegar al nivel de desarrollo del moderno derecho penal, la sanción del derecho internacional se configuraría también como un instrumento tendencialmente adecuado para modelar el comportamiento de los individuos cuya conducta puede ser imputada al estado mediante la imposición de una consecuencia gravosa de soportar.

A propósito de la caracterización de la guerra como sanción se podría realizar la siguiente objeción: ¿qué ocurre cuando el estado cuyos derechos han sido violados no tiene el suficiente poderío militar para declarar la guerra, o no tiene el suficiente peso político o económico como para imponer unas represalias que puedan ser

³²⁶ Vid. KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, cit., p. 131

³²⁷ Vid. KELSEN, Hans, *Théorie Générale du Droit International Public*, cit., p. 129

³²⁸ Vid. KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, cit., pp. 132-133

consideradas como una sanción?, ¿acaso no se configuraría entonces el derecho internacional como un derecho sólo al servicio de los más fuertes³²⁹, que son los únicos capaces de imponer eficazmente las sanciones descritas?³³⁰ Dejando al margen la posibilidad, reconocida por la Carta de Naciones Unidas, que tienen los estados de constituir mecanismos de seguridad colectiva a través del derecho internacional convencional para intentar hacer frente a esa circunstancia [*infra*, 3.1.3.c], desde una visión kelseniana se podría alegar que no se debe confundir el derecho con el hecho, la validez con la facticidad. Como ya se ha visto, que una regla de derecho sea violada no significa en absoluto que sea una regla inválida. La efectividad sólo puede tenerse en cuenta como criterio general de validez del ordenamiento jurídico, pero no como requisito de validez de una norma concreta. Así pues, para afirmar que existe el derecho internacional porque la guerra puede ser considerada una sanción del mismo, bastaría con contemplar la realidad de la comunidad internacional y observar que los diferentes ordenamientos estatales coexisten entre sí de una manera generalmente pacífica como órdenes coordinados cuyos respectivos ámbitos de validez están determinados por un orden jurídico superior, que es el derecho internacional. Entre ellos, se observa que son la guerra o las represalias los instrumentos que generalmente se utilizan como respuesta ante un conflicto, y se comprueba del mismo modo que cuando estos instrumentos son utilizados, los estados tratan siempre de justificar su uso como una reacción ante una violación del derecho internacional; es decir, su uso como sanción.

a) La guerra como sanción y sus defectos técnicos

Que la guerra, junto con las represalias, sea una pieza clave en la construcción de la teoría kelseniana del derecho internacional no quiere decir, ni mucho menos, que sea aceptada incondicionalmente. Aun configurada como sanción, esto es, como reacción

³²⁹ Entre las críticas más agudas sobre ese punto, *cfr.* ZOLO, Danilo, *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Trotta, Madrid, 2007

³³⁰ *Vid.* KELSEN, Hans, *The Legal Process and International Order*, *cit.*, p. 26

del ordenamiento jurídico ante una violación del mismo, la guerra no es presentada por Kelsen de una forma acrítica. Antes al contrario, es uno de los factores, si no el principal, que motivará la calificación del derecho internacional como un ordenamiento primitivo. Son al menos cuatro las características principales que llevan a realizar esta calificación; a saber, que se trata de una sanción que: a) sigue la dinámica de la *autotutela*; b) se basa en el principio de responsabilidad *colectiva*; c) se basa en el principio de responsabilidad *objetiva*; y d) no tiene en cuenta el principio sancionador de la *proporcionalidad*. Estas cuatro características no se encuentran enunciadas desde un primer momento en la teoría internacionalista kelseniana, sino que van apareciendo progresivamente a medida que Kelsen matiza su doctrina. En *PS* (1920) no se destaca más que la lógica de la autotutela como consecuencia de considerar a la guerra como sanción. No será hasta *Problèmes choisis* (1932) cuando se introduzcan las importantes notas de la guerra como sanción colectiva y objetiva. Y únicamente en *DPRI* (1942) se introduce con claridad el rasgo de la falta de proporcionalidad. La caracterización aquí realizada de la guerra es, por lo tanto, una clara muestra del constante perfeccionamiento y autocrítica a los que Kelsen sometía su propia teoría.

A) Autotutela. La autotutela es el carácter más significativo de la guerra como sanción y a la vez supone “el más grave defecto técnico”³³¹ del derecho internacional. El ámbito internacional se caracteriza por una fuerte descentralización institucional, es decir, por la ausencia de órganos centrales que produzcan y apliquen el derecho de acuerdo con el principio de división del trabajo. Por lo que respecta a la aplicación de las normas generales, cabe distinguir dos fases: 1) la determinación de que se han producido los hechos que dan lugar a la sanción establecida por el derecho, y 2) la ejecución, por la fuerza si fuera el caso, de la sanción. A falta de órganos centralizados en el derecho internacional, tanto una como otra fase se hallan confiadas a los propios estados en cuanto que sujetos cuyos derechos se han visto

³³¹ KELSEN, Hans, *Théorie Générale du Droit International Public*, cit., p. 130

violados. En primer lugar, el derecho internacional consuetudinario delega en el estado la potestad para establecer que sus propios intereses se han visto afectados por otro sujeto (generalmente otro estado) que ha actuado contraviniendo la normativa internacional. En segundo lugar, el derecho internacional igualmente delega en los estados la facultad de ejecutar materialmente la sanción correspondiente (bien sea guerra, bien sean represalias) en caso de que el estado considerado infractor no deshaga el entuerto causado.

Desde esta perspectiva, hay que dejar claro que autotutela no es anarquía. La lógica de la autotutela no implica necesariamente el imperio de la anarquía, en contra de lo que pretenden algunos autores realistas. En el ámbito internacional no existe para Kelsen una falta absoluta de derecho, sino una acusada descentralización. Es el derecho internacional consuetudinario, esto es, la comunidad internacional con su práctica reiterada y constante, el que *delega* en el estado la facultad de satisfacer su propio derecho. El estado actúa en este caso no como el ente soberano que algunos consideran, sino como un auténtico órgano³³² de la comunidad internacional. La lógica que se observa, entonces, es la lógica de la *vendetta* (venganza), practicada desde tiempo inmemorial en los ordenamientos jurídicos primitivos. Por poner un ejemplo recurrente en Kelsen, en un ordenamiento de este tipo, el sujeto que reacciona matando a quien asesinó a su padre no está cometiendo un asesinato, sino que está ejecutando una sanción prevista por el derecho³³³. Está actuando, en consecuencia, como un órgano de la comunidad jurídica, la cual le faculta para ello. En cualquier caso, tanto el hijo que venga la muerte del padre como el estado que responde a un agravio con la guerra no están realizando un uso arbitrario de la fuerza, sino que la están usando bajo las circunstancias previstas por el ordenamiento jurídico; es decir, están ejecutando una sanción.

³³² Vid. KELSEN, Hans, *Les rapports de système... cit.*, p. 318

³³³ Vid. *Ibid.*, p. 245

Kelsen sostendrá que es posible centralizar la primera de las fases de la aplicación normativa, esto es, la determinación de la comisión del hecho antijurídico, cediendo esta facultad a un órgano especializado; hecho que significaría un progreso fundamental en la evolución técnica del derecho internacional. Sin embargo, la comunidad internacional se encontraba escasamente preparada para descentralizar la segunda fase de la aplicación normativa, esto es, la realización material de la guerra o de las represalias, dada la dificultad material de la constitución de una suerte de órgano ejecutivo o cuerpo de policía mundial [*infra*, 3.1.3.c]. La teoría kelseniana acepta, en definitiva, la guerra como la sanción por excelencia del derecho internacional, sin que ello signifique que todas las guerras son iguales, ni ignorar su enorme grado de imperfección a la vista de las tres características que siguen.

B) Responsabilidad colectiva. Se ha establecido con claridad que, dentro de la teoría kelseniana, los sujetos de las normas del derecho internacional no son los estados en sí, sino aquellos individuos cuya conducta puede ser imputada al estado. A pesar de ello, cuando estos individuos incumplen lo mandado por el derecho internacional por regla general no son ellos mismos quienes soportan las consecuencias de su incumplimiento (es decir, la sanción), sino que suele ser la población que forma parte del estado al cual esos individuos representan quien sufre las consecuencias del acto ilícito. Expresado con otras palabras, en el ámbito jurídico internacional, a diferencia del ámbito estatal, se establece un tipo de responsabilidad no individual, sino colectiva. De nuevo se trata de un problema de técnica jurídica, fruto del escaso desarrollo técnico del derecho internacional, concretamente debido a la propia naturaleza del instrumento coactivo del que dispone.

La guerra, como instrumento coactivo, difícilmente puede afectar solamente a un puñado de individuos, sino que por sus características está destinada a golpear a toda una colectividad. Suele darse el caso, además, de que los sujetos obligados por el derecho internacional —destacadamente, los miembros del poder ejecutivo— con frecuencia no se encuentran entre quienes sufren las cruentas consecuencias de la

guerra. Sucede, por lo tanto, que no solamente los infractores permanecen impunes, sino que la mayor parte de las veces —sobre todo a partir del desarrollo del potencial destructivo del armamento moderno³³⁴— no es ya ni siquiera el ejército quien sufre las consecuencias más dolorosas de la guerra. Es la población civil inocente la que recibe la peor parte del castigo. En palabras de Kelsen: “la represalia o la guerra no alcanzan a los órganos estatales que han lesionado el derecho internacional, sino a la masa de hombres que forman el pueblo”³³⁵.

Así como en el esquema de los ordenamientos primitivos —en los cuales la importancia del individuo se relativiza en beneficio de la comunidad— se permite el castigo de los familiares de quien infringe el derecho, del mismo modo, en el esquema (igualmente primitivo) del ordenamiento internacional, se permite el castigo de quienes forman parte de un determinado pueblo, por mucho que éstos no hayan participado en la infracción de norma alguna del derecho internacional, y por mucho que éstos no hubieran podido evitar de ninguna forma tal infracción. Esta divergencia entre el sujeto obligado por la norma y el sujeto responsable no es en absoluto intrínseca al derecho internacional, como demuestra el hecho de la existencia de algunas normas ya mencionadas tanto del derecho internacional consuetudinario como del derecho internacional convencional que establecen la responsabilidad internacional de individuos concretos [*supra*, 2.2.3]. En específico, ya sabemos que el conocido artículo 227 del Tratado de Versalles supuso un fundamental precedente en la doctrina de la responsabilidad penal del individuo ante los tribunales internacionales, actualmente consolidada.

La sustitución de la responsabilidad colectiva por la responsabilidad individual es también posible, por lo tanto, en el ámbito internacional. Que sujeto obligado y sujeto sancionado coincidan en un mismo individuo como lo hacen dentro del derecho estatal es, de hecho, una de las ideas-fuerza del tan deseado progreso técnico

³³⁴ Vid. KELSEN, Hans, *Théorie Générale du Droit International Public*, cit., p. 131

³³⁵ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.) cit., p. 173

del derecho internacional. En este punto, sin embargo, Kelsen realiza en algún momento una argumentación que merece alguna crítica desde el punto de vista de su propia teoría pura. En *TGE* afirma que “*lo justo y recto* es que sólo se considere como hecho condicionante de un acto coactivo (especialmente de la aplicación de una pena) aquella conducta determinante —positiva o negativamente— de un suceso dañoso para la sociedad, realizada por el mismo hombre contra el cual se dirige la pena”³³⁶. Del mismo modo, en *DPRI* asevera que “donde hay un *sentido de la justicia* más refinado, la sanción sólo se aplica a aquellos sujetos cuya conducta es materia del deber jurídico”³³⁷. En efecto, que se castigue a un sujeto diferente del obligado jurídicamente significa precisamente lo contrario del ideal aristotélico según el cual la justicia consiste en dar a cada cual lo suyo. Pero hay que hacer notar que una apelación tan explícita a criterios de justicia por parte de Kelsen supone una notable desviación de los postulados neutrales y avalorativos propugnados por su propia teoría. En mi opinión, el principio de responsabilidad individual hubiera resultado mejor fundamentado jurídicamente, de nuevo, en base a la característica de la funcionalidad del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, se podría haber alegado que resultaría confusa y, en consecuencia, no sería eficaz para regular el comportamiento humano una norma que castigara a una persona cualquiera cuando fuere otro el que hubiere cometido un hecho antijurídico. Dentro del complejo mundo de las motivaciones subjetivas, seguramente es más probable que un sujeto pretenda evitar su propio mal que el mal ajeno, por mucho que se trate del mal sufrido por un ser próximo. Debería afirmarse, por eso, que la responsabilidad individual supone un importante avance respecto de la responsabilidad colectiva. No porque la primera sea más justa que la segunda —puesto que, como incansablemente Kelsen ha recordado, no corresponde a la ciencia del derecho realizar ningún juicio de valor— sino porque con toda seguridad es más efectiva en cuanto a la determinación de las conductas humanas que el derecho pretende regular. Ahora bien, recordemos que el pacifismo jurídico kelseniano no consiste ya únicamente en la aplicación de los postulados de

³³⁶ KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, cit., p. 65. La cursiva es mía

³³⁷ KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, cit., p. 125. La cursiva es mía

la teoría pura, sino que ésta se ve combinada —que no mezclada— con elementos ético-políticos.

C) Responsabilidad objetiva. Contra el principio de responsabilidad subjetiva o por culpa de los ordenamientos jurídicos modernos, en el derecho internacional, como en los ordenamientos primitivos, predomina el principio de responsabilidad objetiva. Ella es una consecuencia directa de la responsabilidad colectiva: si la sanción se aplica también contra quien no era el sujeto obligado por la norma, entonces obviamente no puede aplicarse únicamente contra el sujeto que ha actuado de forma dolosa o negligente. Lo que cuenta en el ámbito del derecho internacional es el resultado, el hecho de que objetivamente se haya producido un daño en la esfera de los intereses de un estado. No importa que este daño haya sido causado con culpa o negligencia puesto que no hay forma de que éstas sean determinadas, al menos si se considera que el sujeto que soporta la sanción de una manera general es el estado o el pueblo en su conjunto.

De nuevo, el asunto puede ser visto no sólo como una cuestión de justicia, sino —por lo que aquí respecta— como una cuestión de técnica jurídica. Si el derecho es considerado, desde su vertiente funcional, como un instrumento que pretende determinar las conductas humanas en sociedad, tiene sentido castigar únicamente las conductas que han sido fruto de una elección consciente del individuo. En nada cumple el derecho con su función castigando los comportamientos que no han podido ser evitados. De ahí que, en el derecho penal moderno, rija el principio de culpabilidad y que únicamente puedan ser imputables los sujetos capaces de controlar mínimamente su propia voluntad. La determinación de esa voluntad, por lo tanto, sólo puede predicarse de individuos concretos y no respecto de colectividades. Por eso resulta obvio que la superación de la responsabilidad objetiva y el establecimiento del principio de responsabilidad subjetiva en derecho internacional pasa necesariamente por el previo establecimiento del principio de responsabilidad individual. El progreso técnico del derecho internacional necesita que sean los

individuos cuya conducta era objeto de las normas jurídicas, y no el pueblo en su conjunto, quien soporte la carga de las sanciones.

D) Falta de proporcionalidad. Igualmente atendiendo a consideraciones funcionales, en los ordenamientos jurídicos modernos se ha establecido, desde Beccaria³³⁸, el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena. Un delito más grave debe tener una pena mayor que aquel que es menos grave. Si quien mata a una persona es castigado con la pena de muerte y ésta se configura como la pena más grave que el ordenamiento puede imponer, ¿qué castigo se le puede imponer a quien a matado a dos personas, o a veinte personas? Si la pena es la misma para el sujeto que mata a uno que para el que mata a veinte, entonces parece que las diecinueve muertes siguientes quedarán sin su correspondiente castigo. Sabiendo esto, una vez que un individuo ha matado a una persona, la pena no supone ya ningún motivo disuasorio para que se abstenga de matar a tantas personas como quiera. Esta idea, además de ser un argumento contra la pena de muerte, sirve para explicar la esencia del principio de proporcionalidad.

En el ámbito del derecho internacional, mientras que la guerra siga siendo el instrumento coactivo por excelencia, no resulta posible guardar la deseable proporcionalidad entre la gravedad del ilícito y la intensidad de la sanción. Los intentos de limitar la guerra a través del *ius in bello* o, más modernamente, del derecho internacional humanitario, han conseguido —tan sólo en algunos casos— disminuir el potencial destructor de la guerra; pero resultan a todas luces insuficientes para conseguir la proporcionalidad que exigiría una concepción funcional del derecho³³⁹. Tampoco la diferencia de grado anteriormente comentada

³³⁸ Vid. BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, con un comentario de Voltaire, trad. de Juan A. de las Casas, intro y notas Juan A. Delval, Alianza, Madrid, 2003 [1764], en especial, pp. 39 y ss.

³³⁹ Baste pensar en cómo se desarrolló recientemente lo dispuesto por la Resolución 1973 (2011) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que decretaba una zona de exclusión aérea en Libia y que se convirtió en el pretexto inmediato para una acción militar de mayores dimensiones (cfr. FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 129 y ss.).

entre guerra y represalias supone respeto al principio de proporcionalidad. Escribe Kelsen: “es cierto que las represalias y la guerra suponen dos grados diferentes de sanción [...]; pero el derecho internacional no se decide en favor de una u otra de las sanciones, cuya diferencia depende de la gravedad del delito internacional contra el cual la sanción constituye la reacción. Según el derecho internacional general, el estado lesionado queda en libertad de escoger la sanción con la cual desea reaccionar contra la persona que lo lesionó, sin tomar en cuenta la gravedad del delito, es decir, la clase de lesión”³⁴⁰.

Todas estas características —propias de un ordenamiento primitivo— que presenta la guerra como sanción no son consideradas por Kelsen como un obstáculo insalvable para que ésta sea uno de los puntos centrales de su teoría del derecho internacional. Desde la perspectiva del garantismo penal actual, en cambio, se hace difícil poder aceptar la guerra como una sanción precisamente porque no satisface prácticamente ninguna de las exigencias del derecho penal moderno³⁴¹. Particularmente Ferrajoli, desde su *pacifismo jurídico radical*³⁴², ha escrito: “el paradigma de la guerra como sanción o reparación es del todo inutilizable. Antes que nada porque la guerra actual, al golpear inevitablemente también a las poblaciones civiles, se convierte en una sanción infligida a inocentes, en contraste con el elemental principio de responsabilidad personal y de la exclusión de la responsabilidad por hechos ajenos”³⁴³. A pesar de esta acertada crítica, debe recordarse que el objetivo de Kelsen no es defender la guerra en sí, sino la existencia del derecho internacional como un ordenamiento situado en un plano jerárquicamente superior al de los ordenamientos

³⁴⁰ KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, cit., pp. 133-134

³⁴¹ Una completa caracterización de las mismas desde el paradigma garantista puede verse en: FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 353 y ss.

³⁴² La expresión es de Gerardo Pisarello (vid. PISARELLO, Gerardo, “El pacifismo militante de Luigi Ferrajoli”, en FERRAJOLI, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit., pp. 11-24).

³⁴³ FERRAJOLI, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit., p. 31. En el mismo sentido, cfr. DE LUCAS, Francisco Javier y RAMÓN CHORNET, Consuelo “La vuelta de un oxímoron. A propósito de la guerra justa” en SÁNCHEZ DURÁ, Nicolás (ed), *La guerra*, ed. Pre-textos, Valencia, 2006, pp. 247-265

estatales. Dada la concepción fuertemente coactiva del derecho típica de la teoría pura, la caracterización de la guerra como instrumento coactivo, pese a los defectos técnicos que presenta en comparación con las sanciones del moderno derecho penal, es el principal elemento que permite a Kelsen afirmar la juridicidad del derecho internacional contra aquellos que la negaban con furor. Así, aunque indeseable, la guerra sería inevitable en tanto en cuanto la comunidad jurídica internacional no sea capaz de dotarse de un mecanismo institucional que la sustituya como instrumento coactivo. La teoría de Kelsen, es cierto, no rechaza la guerra con la misma contundencia de la que contemporáneamente ha hecho gala Ferrajoli; pero implica que la guerra puede ser sometida al derecho, negando que sea una facultad que posean los estados soberanos. Y eso, en su contexto histórico, significaba un avance decisivo hacia la pacificación de las relaciones internacionales.

b) Sobre las propuestas de desarme

Como ya se ha dicho, Kelsen consideró que para eliminar la guerra del escenario internacional había que proceder con la precisión de un cirujano, que antes de amputar el órgano que provoca la enfermedad, debe conocer la función que éste realiza en el resto del organismo. En este sentido, la función que la guerra — considerada en tanto que guerra-sanción— realizaría dentro del organismo vivo que es la sociedad internacional sería la de castigar a quienes infrinjan las normas del derecho internacional. Es la guerra sancionadora el principal recurso al cual se aferra Kelsen para descartar que el ámbito internacional sea un ámbito en el que reina la anarquía y en el que cada cual puede utilizar la fuerza a su antojo. Es por eso que el vienés tomó con mucha cautela, cuando no directamente despreció, las propuestas que presentaban al desarme como la principal o la única solución al problema de la guerra.

El Pacto Briand-Kellogg de 1928³⁴⁴ fue el ejemplo más claro de que la mera prohibición de la guerra, por sí misma, no garantizaba de ninguna manera la paz entre las naciones³⁴⁵. Para Kelsen no tiene ningún sentido hacer que los estados se desarmen sin que haya un proceso inverso y paralelo de armamento por parte de una institución centralizada de la comunidad internacional capaz de garantizar realmente la seguridad internacional. La obligación del desarme puede ser considerada, además, incompatible no solamente con la propia autodefensa del estado, sino también con el deber habitualmente establecido en los mecanismos de seguridad colectiva [*infra*, 3.1.3.c] de prestar ayuda a otro estado miembro que haya sufrido una agresión militar. La crítica a la invitación al desarme de los estados es consecuente con la concepción coactiva del derecho kelseniana. “En el presente estado del desarrollo jurídico internacional estar sin armas es —en cierto sentido— estar sin derechos”³⁴⁶, afirma Kelsen.

Eso no quiere decir aceptar sin condiciones la máxima latina *si vis pacem para bellum*, y Kelsen advierte expresamente que, así como el desarme no garantiza la paz, un exceso de armamento puede facilitar las condiciones que llevan a la guerra³⁴⁷. Desde esta perspectiva, se preocupó por reflexionar sobre los varios tipos de desarme. La más amplia clasificación es la que distingue entre el *desarme físico* —que se refiere a los medios externos mediante los cuales la guerra es practicada, incluyendo personas, materiales y recursos financieros— y el *desarme moral* —que se refiere a la mentalidad que tolera o incluso que conduce a la guerra—. Ambos tipos de desarme se encuentran, sin embargo, inseparablemente unidos: “no hay desarme físico sin desarme moral y no hay desarme moral sin desarme físico”³⁴⁸. Por

³⁴⁴ El primer artículo de este Pacto (que debía su nombre al ministro de asuntos exteriores francés Aristide Briand y al secretario de estado de Estados Unidos Frank B. Kellogg) establecía: “Las altas partes signatarias declaran solemnemente en nombre de sus naciones, que condenan la guerra como medio de solución de controversias internacionales y que desisten de su uso como herramienta de la política nacional en sus relaciones mutuas.”

³⁴⁵ KELSEN, Hans, *La paz por medio del derecho*, cit., p. 51

³⁴⁶ KELSEN, Hans, *The Legal Process and International Order*, cit., p. 22

³⁴⁷ *Vid.* KELSEN, Hans, *Collective Security... cit.*, p. 199

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 198

eso, después de reflexionar sobre los diferentes aspectos técnicos del desarme físico, escribe un párrafo en el que por un momento queda aparcado el teórico formalista y aparece con toda claridad la persona cívica que por todos los medios está comprometida con la paz:

“El medio más importante para llevar a cabo el desarme [moral] es la organización de la educación de los jóvenes y el adiestramiento de los profesores de forma que éstos puedan inspirar el ideal de la paz internacional y el respeto entre las naciones. En relación a ello, sería necesario establecer un control sobre los libros escolares, especialmente sobre aquellas materias que tienen que ver con la historia, con el fin de eliminar cualquier cosa susceptible de incitar al odio hacia otros pueblos, y para establecer como obligatoria la instrucción acerca de los principios básicos del derecho internacional y de la organización y propósitos de las Naciones Unidas”³⁴⁹.

c) *¿Guerra justa? Una breve comparación con Carl Schmitt*

Ya se ha señalado que la palabra *justicia* y sus derivados serían *a priori* incompatibles con la pretensión de avaloratividad que quiere presentar la teoría pura del derecho. La justicia es vista como un ideal irracional, y como tal, no susceptible de conocimiento³⁵⁰. En tanto que el mundo de los valores absolutos está más allá de las fronteras de la ciencia jurídica, cualquier solución en términos de justicia siempre es considerada una solución relativa³⁵¹. Es obvio que un derecho justo es preferible a un derecho injusto. Pero esta es una afirmación que para Kelsen sólo puede realizarse desde una perspectiva extra-jurídica. La teoría pura niega categóricamente que un criterio de justicia —como cualquier otro criterio no estrictamente jurídico— pueda determinar la validez de una norma jurídica. La justicia o injusticia de una norma no puede conllevar su validez o invalidez jurídica. Incluso un derecho extremadamente

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 211

³⁵⁰ *Vid.* KELSEN, Hans, *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, cit., p.13

³⁵¹ *Vid.* KELSEN, Hans, “¿Qué es la justicia?”, en *Id.*, *¿Qué es la justicia?*, cit., p. 35

injusto —contra la conocida *fórmula Radbruch*³⁵²— es derecho para Kelsen. Aunque evidentemente indeseable desde el punto de vista moral, no es la injusticia de una norma lo que debe determinar su invalidez desde el punto de vista jurídico, al menos si nos situamos en un prisma estrictamente positivista como el que defiende Kelsen.

Por todo ello, deben matizarse cuidadosamente los argumentos ofrecidos por Kelsen a favor de la guerra justa. Éstos deben considerarse sustancialmente diferentes a los ofrecidos por tantos otros pensadores que han defendido la guerra justa en base a argumentos morales³⁵³. La defensa de la guerra justa por parte de Kelsen no es en absoluto una cuestión moral, sino puramente jurídica. No tiene sentido entender las referencias³⁵⁴ hechas por él a la *guerra justa* sino como *guerra legal* o *guerra conforme a derecho*. Sólo la guerra entendida como sanción, esto es, como una reacción frente a una violación del derecho internacional, puede ser *guerra conforme a derecho*. Configurada la guerra como sanción, su uso queda prohibido de manera general, de modo que toda guerra que no sea sanción será *guerra contraria a derecho*, es decir, *guerra ilegal*. Tomando en serio el paradigma de la teoría pura kelseniana, sólo en estos sentidos de legal o de ilegal, de sanción o de ilícito, pueden entenderse las referencias hechas a la guerra justa o a la guerra injusta³⁵⁵.

³⁵² Vid. RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Wenceslao Roces, 1965 [1947], pp. 31 y ss.

³⁵³ Entre los autores contemporáneos debe hacerse una obligada referencia a Michael Walzer y su *Just and Unjust Wars* (1977). En *DPRI* (pp. 66 y ss.) el propio Kelsen elabora una breve síntesis histórica del concepto de *iustum bellum* desde la antigüedad hasta la modernidad. Entre las publicaciones en lengua castellana sobre el tema puede destacarse: CAMPIONE, Roger, *El nomos de la guerra. Genealogía de la “guerra justa”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. Sobre su moderna formulación como “intervención humanitaria” puede encontrarse un completo análisis en: RAMÓN CHORNET, Consuelo, *¿Violencia necesaria? La intervención humanitaria en el derecho internacional*, Trotta, Madrid, 1995

³⁵⁴ Algunos ejemplos se encuentran en: KELSEN, Hans, *Il problema della sovranità... cit.*, p. 391; Id., *The Legal Process and International Order, cit.*, p. 13; Id., “La technique du droit international et l’organisation de la paix”, *cit.*, p. 254; o Id., *Derecho y paz en las relaciones internacionales, cit.*, pp. 58 y ss.

³⁵⁵ Vid. MAZZARESE, Tecla, “Tutela della pace o (ri)legittimazione della guerra giusta?: Kelsen e il diritto internazionale preso sul serio”, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, vol. 87, n° 4, 2010, pp. 519-556, pp. 528

Teniendo esto en cuenta, únicamente puede considerarse que Kelsen se adhiere a la teoría de la guerra justa en la medida en que ésta sea una guerra-sanción, independientemente de las consideraciones morales que pueda acarrear su aplicación. La calificación de la guerra justa o injusta en términos jurídicos debe ser contemplada, por lo tanto, de manera totalmente diversa a la calificación de justa o injusta en términos éticos. Desde el punto de vista ético, la posición de Kelsen como un pacifista que aborrece la guerra se refleja con toda claridad en la palabras del prefacio de *PMD*, citadas anteriormente. Sin embargo, como se viene insistiendo a lo largo de este trabajo, una cosa son las particulares consideraciones morales, siempre subjetivas, y otra bien distinta son las consideraciones jurídicas, pretendidamente objetivas.

De entre los argumentos lanzados contra la guerra justa —es decir, y por lo que aquí interesa, contra la guerra como instrumento coactivo del derecho internacional—, existe uno que a Kelsen le parece particularmente peligroso: el que afirma que la guerra es una facultad soberana del estado y, en consecuencia, puede siempre llevarse a cabo sin necesidad de considerarla como una reacción ante una violación de una norma del derecho internacional. Aunque, con matices, Morgenthau también secundó esta teoría [*infra*, 5.1.1.a], Carl Schmitt es seguramente su representante más significativo. Cuando Kelsen escribe que “hay todavía juristas que consideran que cada estado tiene la prerrogativa —sólo restringida por tratados particulares— de hacer la guerra cuando y contra quienquiera que el estado guste, sin violar por ello el derecho internacional³⁵⁶”, con toda seguridad está pensando en Schmitt. Al mismo tiempo, Schmitt parece estar refiriéndose a Kelsen cuando, durante la década de los treinta, habla despectivamente de “los juristas de la política ginebrina de la postguerra [que] entendieron [la] criminalización del agresor y [la] reducción de la agresión a un supuesto de hecho, un *Tatbestand*, como un progreso jurídico del

³⁵⁶ KELSEN, Hans, *The Legal Process and International Order*, cit., p. 13

derecho internacional”³⁵⁷. El *Kronjurist* exhibe una concepción de las relaciones internacionales totalmente opuesta a la visión kelseniana. Mientras que para Kelsen la política debe estar sometida al derecho, para Schmitt es el derecho el que está sometido a la política³⁵⁸. La esencia de lo político consiste en la facultad de distinguir entre amigo y enemigo, y la guerra es la manifestación más visible de la enemistad. Así, un mundo donde existe la política es un mundo donde inevitablemente existe, al menos en potencia, la guerra; puesto que ella se configura como una facultad de la que el estado siempre puede hacer uso libremente en el desarrollo de sus relaciones políticas.

De esta forma, para Schmitt el estado disfrutaría de un *ius belli*³⁵⁹, un *derecho a la guerra*, que sería bien diferente del *ius puniendi* que —teniendo en cuenta las precisiones ya realizadas acerca del concepto de derecho subjetivo— Kelsen atribuye al estado que ha sufrido las consecuencias del incumplimiento de una norma internacional por parte de otro sujeto. La caracterización de la guerra como justa o injusta es, por lo tanto, irrelevante para Schmitt. Son poco relevantes los motivos por los que un estado decide, en ejercicio de su facultad soberana, emprender una guerra. Si la guerra siempre existirá mientras que exista la política, lo que importa, si es que se quieren reducir o minimizar los daños que la guerra pueda causar sobre los combatientes o sobre la población, no son los motivos que llevan a la guerra, sino las reglas que regulan su ejercicio, esto es, el *ius in bello*. Para Schmitt la guerra es siempre posible, pero sus consecuencias son menos nefastas si se plantea como un

³⁵⁷ SCHMITT, Carl, “Colorario 2. Sobre la relación entre los conceptos de guerra y enemigo” [1938], en Id., *El concepto de lo político*, versión de Rafael Agapito, Alianza Editorial, Madrid, 2009 [2ª ed. 1932], p. 132

³⁵⁸ Vid. GARCÍA PASCUAL, Cristina, “Orden jurídico cosmopolita...”, *cit.* Para una específica comparación de las posiciones de Kelsen y Schmitt sobre el derecho internacional, *cfr.* CAMPDERRICH BRAVO, Ramón, “Soberanía y orden internacional en la filosofía política y jurídica de Hans Kelsen y Carl Schmitt: aportaciones a un debate reciente”, en *Anuario de filosofía del derecho*, n° 23, 2006, pp. 205-217

³⁵⁹ Vid. SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, *cit.*, p. 74

duelo entre caballeros, siguiendo las reglas de combate que tradicionalmente se han aplicado en lo que él llamará *ius publicum europaeum*³⁶⁰.

El debate entre Kelsen y Schmitt, agudizado si se quiere por las circunstancias que rodearon la salida de Kelsen de Colonia y los sucesos políticos de la entreguerra europea, refleja con claridad dos concepciones ético-políticas diametralmente opuestas: la del pacifismo por un lado y la del imperialismo por otro. Mientras que para el pacifismo kelseniano la guerra (en tanto que sanción) es un mal necesario, en el sentido de que permite dotar a la comunidad internacional de un sistema jurídico, aunque sea primitivo; para el imperialismo schmittiano la guerra no es sólo *la continuación de la política por otros medios* (en el sentido de la famosa frase de Clausewitz)³⁶¹, sino la mejor manifestación y, aún más, la misma esencia de lo político, “el medio político extremo”³⁶².

3.1.3. La descentralización en el derecho internacional

Además de las consecuencias de la guerra como sanción, el rasgo determinante para caracterizar al derecho internacional como un ordenamiento jurídico primitivo es el de la descentralización. Existe descentralización en la producción de normas y existe descentralización en su aplicación. Siguiendo con su habitual clasificación, Kelsen sostiene que se puede hablar de centralización y descentralización en un sentido estático y en un sentido dinámico³⁶³. En el sentido estático, el nivel de centralización o descentralización se refiere al ámbito de validez de las normas. Si todas las normas de un determinado orden jurídico tienen validez en la totalidad de su territorio, nos encontraremos ante un ordenamiento totalmente centralizado; mientras que si todas

³⁶⁰ Vid. SCHMITT, Carl, *El nomos de la tierra en el derecho de gentes del «Ius Publicum Europeum»*, trad. Dora Schilling Thon, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979 [1950]

³⁶¹ Vid. von CLAUSEWITZ, Carl, *Della guerra*, edición a cargo de Gian Erico Rusconi, Einaudi, Turín, 2000

³⁶² SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, cit., p. 65

³⁶³ Vid. KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, cit., pp. 134 y ss.

las normas de un ordenamiento jurídico tienen una validez únicamente parcial, estaremos ante un ordenamiento totalmente descentralizado. En el sentido dinámico, por su parte, la centralización o descentralización está relacionada con los métodos de producción normativa. Si en un ordenamiento jurídico concreto sólo existe un órgano que produzca y aplique el derecho, éste será un ordenamiento totalmente centralizado; por el contrario, si cada uno de los sujetos de la comunidad es reconocido como un órgano productor u ejecutor de normas jurídicas, entonces estaremos ante un ordenamiento totalmente descentralizado desde el punto de vista dinámico. Es sobre el sentido dinámico, referido a los órganos que crean y ejecutan las normas jurídicas, que interesa hablar aquí del alto grado de descentralización que caracteriza al derecho internacional. Aunque, por regla general, dentro del esquema kelseniano los actos de producción normativa son también actos de aplicación normativa, en este apartado se ha distinguido entre la producción y la aplicación de las normas del derecho internacional a efectos expositivos.

a) Descentralización en la producción normativa

A falta de un órgano especializado en la producción de normas generales, en el ámbito de la comunidad internacional, como en los sistemas jurídicos primitivos, el derecho se va creando mediante las acciones llevadas a cabo por sus propios miembros. Es sabido que las dos principales fuentes del derecho internacional son la costumbre y el tratado. Tanto uno como otro son métodos descentralizados de producción jurídica. La costumbre se crea por la práctica común y reiterada de los miembros de la comunidad internacional. El tratado, por su parte, se crea en virtud del acto por el que se expresa el concurso de las voluntades de dos o más sujetos del derecho internacional. Las normas creadas a partir de estas dos fuentes, como ya se ha analizado, se encuentran entre ellas no en una situación de coordinación, sino en una situación de superior a inferior. Las normas del derecho internacional convencional se encuentran subordinadas a las normas del derecho internacional consuetudinario precisamente porque los órganos creadores del primero son

habilitados por las prescripciones del segundo. Concretamente, ya lo hemos visto, es a través de la norma *pacta sunt servanda* mediante la cual el derecho internacional consuetudinario habilita a los estados para concluir todos aquellos tratados que deseen, siempre que se comprometan posteriormente a cumplir con lo pactado. “Habría derecho internacional aun cuando sólo consistiera en la norma *pacta sunt servanda*, que es la regla que posibilita la celebración de los tratados internacionales y, por lo tanto, el derecho internacional particular”³⁶⁴. Tal configuración no carece de relevancia, pues significa que la costumbre se establece de esa manera como el escalón más alto del derecho internacional y, por extensión —según el paradigma kelseniano—, de todo el derecho. Las normas del derecho internacional consuetudinario son relativamente pocas en número, pero extraordinariamente importantes porque se configuran como el marco normativo de todas las restantes normas jurídicas, incluidas aquellas de los ordenamientos estatales [*supra*, 2.2.1.d].

La inevitable falta de seguridad jurídica que supone el método consuetudinario de producción normativa puede verse compensada en buena medida gracias a la labor interpretativa de los órganos de aplicación. Kelsen atribuye un papel determinante a los tribunales internacionales como órganos que contribuyen a asentar y clarificar el derecho internacional consuetudinario³⁶⁵. Siendo esto así, se hace evidente que no es necesaria la existencia previa de una legislación emanada por un órgano legislativo centralizado para que existan tribunales de justicia; sino que éstos pueden preceder en el tiempo —y, de hecho, acostumbran hacerlo— a un *corpus* legislativo codificado. Un poco más adelante se ahondará en esta idea.

b) Descentralización en la aplicación normativa

En el apartado dedicado a la autotutela como característica de la guerra-sanción se ha distinguido entre dos momentos de la aplicación normativa: 1) la determinación de

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 141

³⁶⁵ *Vid.* KELSEN, Hans, “Théorie du droit international coutumier”, *cit.*, p. 73

que se han producido los hechos que deben dar lugar a la sanción; y 2) la ejecución de la misma, por la fuerza si fuera el caso. El primer momento se trata, en realidad, de dos momentos normativos diferentes, puesto que la operación de determinar si se ha producido el hecho que da lugar a la sanción es la aplicación de una norma general, pero es también la producción de una norma particular. El segundo de los momentos, en cambio, es puramente aplicación de la norma particular. En los ordenamientos modernos suele atribuirse a los tribunales la primera de las tareas, mientras que la segunda corre a cargo de la administración pública, generalmente mediante los cuerpos de policía. En el derecho internacional, por el contrario, es cada sujeto a quien de forma general le corresponde tanto determinar que se ha producido la violación de una norma internacional que afecte a sus propios intereses como establecer cuál es la concreta sanción a aplicar contra el infractor y proceder, él mismo o con la ayuda de otros aliados, a ejecutarla.

Para Kelsen es especialmente grave que sean los propios sujetos afectados quienes decidan que se ha producido el hecho ilícito y que, consecuentemente, debe aplicarse la sanción. Por eso, aunque no se eliminase la guerra como sanción del derecho internacional, éste daría un gran paso hacia la salida de su estado técnicamente primitivo si fuera capaz de establecer un órgano especializado que determinara, a través del adecuado procedimiento jurídico si efectivamente se ha producido la violación de la norma internacional. En cualquier caso, el hecho de que de momento sean los estados —o, más exactamente, los individuos cuya conducta es imputable al estado— quienes se ocupen de decidir si se ha producido o no la violación de la norma no impide a Kelsen seguir calificando al derecho internacional como un verdadero ordenamiento jurídico, si bien es cierto que primitivo³⁶⁶.

Tal idea puede ser confrontada con uno de los puntos centrales de la construcción teórica del pacifismo jurídico de Norberto Bobbio. Para el profesor de Turín la

³⁶⁶ *Vid.* KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, cit., p. 84

ausencia de un tercero que resuelva conforme a derecho los conflictos surgidos entre las partes es un obstáculo difícilmente superable para poder hablar de un auténtico ordenamiento jurídico. Según Bobbio retoma de Hobbes, son tres los pasos³⁶⁷ necesarios que se requieren para pasar de un estado de naturaleza a otro en el que impere el derecho, y donde, por lo tanto, se monopolice el uso legítimo de la fuerza por un tercero capaz de imponer sus decisiones a las partes. El primer paso consistiría en un pacto en negativo de no agresión. El segundo (*pactum societatis*) es un pacto positivo que acordaría cuáles van a ser las normas a aplicar en el caso de que se produzca algún conflicto entre los sujetos. Y, por último, el tercer pacto (*pactum subjectionis*) conllevaría el establecimiento de un poder común y superior a las partes capaz de imponer por la fuerza la aplicación de las normas acordadas en el segundo pacto, es decir, el establecimiento de la figura del *tercero*. El tercero, a su vez, puede adoptar diversas formas. Puede configurarse como mediador, si se limita a poner en contacto a las partes; como árbitro, si propone a las partes una solución que éstas se han comprometido a respetar; y como juez, si las partes se deben someter obligatoriamente a su decisión y éste tiene capacidad para imponerla de forma coactiva. Sólo si se llega a obtener ese tercero capaz de monopolizar el uso legítimo de la violencia, es decir, de centralizar la aplicación de las sanciones jurídicas, nos encontraremos, según Bobbio, ante un auténtico derecho y, por lo tanto, ante un estado plenamente pacífico. Kelsen y Bobbio acaban coincidiendo así en su idea central: que la construcción de una paz definitiva a nivel mundial pasa por

³⁶⁷ Cfr. BOBBIO, Norberto, “Hay futuro para la paz” en Id., *El tercero ausente*, trad. de Pepa Linares, Cátedra, Madrid, 1997 [1989], pp. 258-269; o Id., “El tercero en la política” en Id., *El tercero ausente, cit.*, pp. 298-299; o Id., “Democracia y sistema internacional”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, n° 4, 1994, p. 5-21. Sobre este último trabajo, vid. RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Paz y democracia internacional”, en CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, y SALAZAR UGARTE, Pedro (coords.), *Política y derecho. [Re]pensar a Bobbio*, UNAM-Siglo XXI, México, 2005, pp. 201-223

el establecimiento de un órgano centralizado de aplicación normativa; esto es, de un tribunal internacional dotado de jurisdicción obligatoria³⁶⁸.

Se pueden encontrar en ese sentido algunas muestras de un cierto optimismo entre las obras internacionalistas de Kelsen, quien estaba convencido de que la historia de la evolución técnica de los sistemas jurídicos es la historia de la centralización³⁶⁹. Es por eso que observó con esperanza la tendencia hacia la centralización que empezó a darse fundamentalmente a partir de la década de los años veinte. Algunos de los primeros ejemplos de esta tendencia serían la constitución de comisiones internacionales para el tratamiento de algunos asuntos particulares, como la gestión de los ríos³⁷⁰ y, sobre todo, el establecimiento de la CPJI, aun con las deficiencias técnicas que después veremos. Lo que caracteriza a un estado desde la perspectiva kelseniana no es, al fin y al cabo, otra cosa que su alto grado de centralización en la aplicación y en la ejecución normativa. Si esa tendencia se consolida y se llega a conseguir un alto grado de centralización también en el ámbito del derecho internacional, entonces no existirían según Kelsen ningún tipo de trabas para hablar de un estado mundial o *civitas maxima* [*infra*, 3.3.2].

Tal optimismo en la contemplación de la evolución de las relaciones internacionales, acorde con la idea kantiana del constante camino de la humanidad hacia el progreso, conduce a Kelsen a olvidarse en alguna ocasión de ciertos aspectos básicos de su teoría. Concretamente, es digna de crítica la analogía que reiteradamente establece entre la tendencia hacia la centralización del derecho y la biogenética³⁷¹. Así como el

³⁶⁸ Vid. BOBBIO, Norberto y ZOLO, Danilo, “Teoría del Derecho y Orden Global. Un diálogo con Norberto Bobbio”, en ZOLO, Danilo, *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, Dykinson-IDHBC, Madrid, 2005, p. 88. También puede encontrarse una referencia hecha por Bobbio al mismo tema en BOBBIO, Norberto, “Umberto Campagnolo allievo e critico di Hans Kelsen”, en KELSEN, Hans y CAMPAGNOLO, Umberto, *Diritto internazionale e Stato sovrano...cit.*, p. 81-98, p. 83

³⁶⁹ Vid. KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, cit., p. 177

³⁷⁰ Vid. KELSEN, Hans, *Il problema della sovranità... cit.*, p. 394

³⁷¹ Vid. KELSEN, Hans, *The Legal Process and International Order*, cit., p. 16; Id., “La technique du droit international et l’organisation de la paix”, cit., p. 256; o Id., *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, cit., pp. 181 y ss.

embrión humano —afirma Kelsen— pasa por las diferentes fases por las que el ser humano primitivo ya habría transitado en una etapa anterior, de la misma manera el derecho internacional debe pasar por los estadios que el derecho estatal ha transcurrido hasta convertirse en un orden totalmente centralizado capaz de garantizar de forma general la paz entre quienes habitan en él. La realidad jurídica, sin embargo, nada tiene que ver con la realidad natural. El derecho es un orden artificial creado por los humanos, es (al menos en parte) el producto de un equilibrio de poderes determinado y lo coherente desde los postulados de la teoría pura sería afirmar que nada, desde el conocimiento jurídico, puede indicar que el derecho vaya a seguir la misma evolución lineal que sigue la gestación de un feto.

c) Mecanismos de seguridad colectiva y policía internacional

A) Mecanismos de seguridad colectiva

Un ejemplo importante de descentralización en la ejecución de las sanciones del derecho internacional lo constituyen los llamados mecanismos de seguridad colectiva. Por ellos se interesa Kelsen con notable profundidad en su última monografía sobre derecho internacional: *Collective Security*. El enfoque que se ofrece en esa obra sobre la seguridad colectiva es, como no podría ser de otra manera, un enfoque eminentemente jurídico³⁷², muy distinto al enfoque político que ofrecerá Morgenthau [*infra*, 5.1.3.a]. En esta obra se consolida del todo la tendencia anteriormente apuntada a utilizar la expresión *seguridad colectiva* en lugar de *paz*: “el propósito de [la *ficción* del contrato social] era establecer la seguridad colectiva”³⁷³. En consecuencia, Kelsen adopta un concepto muy amplio de seguridad colectiva, que en modo alguno puede asimilarse únicamente con la técnica utilizada en el ámbito internacional a través de la cual los estados constituyen alianzas,

³⁷² Vid. KELSEN, Hans, *Collective Security... cit.*, p. II

³⁷³ Vid. *Ibid.*, p. 3

normalmente de carácter militar, con el objetivo principal de evitar la guerra entre sus estados miembros o bien de repeler las agresiones de estados terceros.

La seguridad que proporciona el derecho sería siempre seguridad colectiva, en el sentido de que no puede depender únicamente del propio sujeto que se beneficia de la seguridad, de quien se encuentra relativamente libre de sufrir daños sin que quien los inflija resulte sancionado por la comunidad. Por ese motivo, Kelsen no considera acertado oponer seguridad colectiva y seguridad individual; porque —recordemos la consideración funcional del derecho— aunque hablemos de seguridad colectiva en el derecho internacional, en realidad los únicos que pueden ser beneficiarios de la seguridad no son los estados, sino los individuos: la seguridad de un estado no puede ser más que la seguridad de los individuos que forman parte de él³⁷⁴.

Siendo esto así, lo relevante de un mecanismo de seguridad colectiva, por lo que aquí interesa, es que supondría la superación de un sistema primitivo en el que rige el principio de auto-ayuda para aproximarse a un sistema donde existe un cierto grado de centralización respecto de los órganos encargados de aplicar las sanciones jurídicas. Cuando aquí hablamos de sistema, hablamos por lo tanto de comunidad jurídica. En este sentido, el establecimiento de un mecanismo de seguridad colectiva sería no solamente creador de una alianza con finalidades defensivas o militares sino, ante todo, la creación de una comunidad jurídica. Estableciendo entre sus miembros una serie de reglas que garantizan un uso regulado de la fuerza física, se establecen las condiciones para poder hablar de comunidad jurídica. Esta comunidad, guiada por el objetivo de garantizar la seguridad de sus miembros en la arena internacional, podría revestir un alcance regional o universal; pero también podría hablarse de comunidades semi-universales, que es como Kelsen califica a la Sociedad de Naciones y a las Naciones Unidas en atención a su gran número de miembros y a la vocación con la que ambas organizaciones fueron creadas³⁷⁵. No hay duda, considera

³⁷⁴ *Vid. Ibid.*, pp. 1-2

³⁷⁵ *Vid. Ibid.*, pp. 30-31

Kelsen, de que la solución ideal para el problema de la seguridad internacional se halla en la construcción de este tipo de organizaciones universales o semi-universales³⁷⁶; aunque difícilmente puede evitarse que los estados que comparten ciertos intereses comunes dejen de crear comunidades cuyo encaje puede ser conflictivo respecto de las comunidades con vocación universal³⁷⁷.

En efecto, “la idea de una organización internacional universal de seguridad colectiva se dirige directamente contra la política de alianzas en general y contra el llamado equilibrio del poder en particular”³⁷⁸. Es en este punto donde se encuentran las escasísimas (las únicas que he encontrado) referencias que Kelsen realiza a la obra de Morgenthau, concretamente a la segunda edición de su *PAN*. La política de alianzas, por su propia naturaleza excluyente, se dirige siempre contra terceros estados, lo cual da lugar a otras contra-alianzas y, en definitiva, a un clima de recelos y sospechas que es susceptible de provocar la guerra³⁷⁹. Es precisamente el equilibrio del poder —concepto defendido por Morgenthau [*infra*, 4.3.2.b]— lo que, en teoría, posibilitaría la paz en un escenario internacional marcado no por la aspiración universalista de un sistema único de seguridad colectiva, sino por la consecución de diversos sistemas particulares encargados de velar por su propia seguridad. Una cierta toma en consideración de la realidad del equilibrio del poder parece subyacer al propio concepto de seguridad colectiva, que supone unirse para alcanzar una fuerza suficiente tal que pueda minimizar los conflictos en el escenario internacional. Pero, sin embargo, la lógica de la seguridad colectiva es en buena medida la opuesta a la lógica del equilibrio del poder. Mientras que la primera es por definición universal, la segunda es por definición particular. Mientras que una está basada en la idea de repeler el uso ilícito de la fuerza a través de un procedimiento jurídicamente

³⁷⁶ *Vid. Ibid.*, p. 259

³⁷⁷ A este respecto, Kelsen reflexionó en varios trabajos sobre la compatibilidad entre la membresía a las Naciones Unidas y a la OTAN: *vid. KELSEN*, Hans, “The North Atlantic Defense Treaty and the Charter of the United Nations”, en *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, vol. 19, 1949 pp. 41-48; *Id.*, “Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations”, en *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, nº 1, 1951, pp. 1-15

³⁷⁸ *KELSEN*, Hans, *Collective Security... cit.*, p. 39

³⁷⁹ *Vid. Ibid.*, p. 40

establecido, la otra no se preocupa por las consideraciones jurídicas, no se plantea su actuación en términos de legalidad ni necesariamente se limita a atacar a quien ha infringido una norma internacional. En definitiva, “la seguridad colectiva es un principio jurídico, mientras que el equilibrio del poder es un principio de conveniencia política”³⁸⁰. La distancia que separa a ambos principios es exactamente la distancia que separa las visiones del orden internacional de Kelsen y de Morgenthau.

B) Sobre la posibilidad de una policía internacional

Kelsen consideró que sería deseable la existencia de una policía internacional como un avance más dentro del proceso de centralización de las funciones de aplicación del derecho internacional en varios escritos³⁸¹, pero en ningún sitio encontramos un desarrollo tan detallado de ella como en *Collective Security*. Con el establecimiento de una fuerza de policía internacional permanente, considera Kelsen, se evitarían buena parte de los problemas que entorpecen la actuación de los mecanismos de seguridad colectiva en salvaguarda de la paz. Para poder hablar propiamente de una fuerza de policía internacional se requeriría, sin embargo, el correspondiente desarme del resto de estados que forman parte de la comunidad jurídica. Se trataría, pues, de un cuerpo propio, enteramente a las órdenes de una organización de seguridad colectiva, y no simplemente de un conjunto de fuerzas estatales que puntualmente se ponen a disposición de la organización internacional, pero que no dejan de pertenecer a sus estados miembros³⁸², como sería en la actualidad el caso de los Cascos Azules de las Naciones Unidas.

Para Kelsen no hay dudas de que la función principal de tal fuerza de policía debería ser la de auxiliar y ejecutar las decisiones de un órgano que habría de ser de

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 42

³⁸¹ *Vid.* KELSEN, Hans, *La paz por medio del derecho*, cit., p. 51

³⁸² *Vid.* KELSEN, Hans, *Collective Security... cit.*, p. 114

naturaleza judicial o “cuasi-judicial”. Sí que existirían, en cambio, numerosas dudas en torno a su establecimiento y composición. Algunas de las cuestiones que se plantean giran en torno al reclutamiento de los agentes de policía y su estatus personal, que debería garantizar el mayor grado de independencia posible; pero también se mencionan asuntos como su emplazamiento, su financiamiento o su dotación armamentística. Sobre todos estos problemas concluye Kelsen que se hace difícil encontrar una solución que satisfaga a todos los miembros de una comunidad universal o semi-universal. Por ese motivo, considera que existe una fórmula que sería mucho más apropiada que el establecimiento de un cuerpo de policía mundial. Esa fórmula pasaría por un *sistema mixto*, que permitiera combinar el establecimiento de un poder militar unificado con unas fuerzas armadas de tamaño contenido pertenecientes a los estados miembros y que actuaran de forma coordinada con el poder central. El desarme, por lo tanto, vuelve a ser una solución descartada. No obstante, en este punto Kelsen lanza una interesante propuesta basada en el llamado “principio de diferenciación del armamento”, que consistiría en que el uso de las armas con mayor capacidad destructiva y de movilidad (por ejemplo, aviones) quedarían reservadas a la fuerza militar central, de forma que los estados miembros únicamente podrían poseer el armamento necesario para tareas defensivas³⁸³.

3.2. El progreso técnico del derecho internacional

Si la manera de contribuir a la causa de la paz es fortalecer el progreso técnico del derecho internacional, Kelsen puso toda su capacidad en ello, y se dedicó durante largos años a aplicar los postulados de su teoría pura al ámbito internacional. En este epígrafe se pondrá la atención tanto en la vertiente de la crítica como en la vertiente propositiva de su trabajo. A la vertiente crítica se dedicarán los primeros dos

³⁸³ *Vid. Ibid.*, pp. 119-120

apartados, donde se dará cuenta de los detallados comentarios que Kelsen realizó primero sobre la Sociedad de Naciones, en su extenso texto *Legal Technique in International Law* (1939), y más tarde sobre las Naciones Unidas, en su todavía más extenso —se podría decir que monumental— *The Law of the United Nations* (1950). A la vertiente propositiva se destinará el último apartado, dedicado fundamentalmente al detallado proyecto de tribunal internacional que Kelsen formula en *PMD* (1944), y que constituye el auténtico núcleo de su pacifismo jurídico. El papel central que debe desempeñar la jurisdicción en la evolución técnica del derecho internacional será, por eso mismo, una parte importante de la crítica dirigida a las dos organizaciones internacionales.

Antes de ver esas críticas es necesario decir alguna palabra en relación al concepto kelseniano de interpretación, puesto que tanto el libro dedicado a la Sociedad de Naciones como el dedicado a las Naciones Unidas constituyen, ante todo, un notable ejercicio de interpretación jurídica. Dentro del esquema de producción-aplicación de las normas jurídicas que se ha explicado en el capítulo anterior, las normas de jerarquía superior determinan el contenido de las normas inferiores. Esa determinación, sin embargo, no es completa sino relativa. A diferencia de lo que ocurría con las antiguas concepciones de la interpretación —aquellas que consideraban al juez como un autómatas que aplicaba la ley al caso concreto sin que mediara una operación interpretativa—, Kelsen considera que siempre queda un cierto margen más o menos amplio de libre apreciación³⁸⁴ por parte del órgano competente (el llamado “intérprete auténtico”) que, al tiempo que aplica la norma superior, produce la norma inferior. Es decir, queda siempre lugar para un acto de voluntad. Y esta voluntad se expresa a través de las diferentes formas de interpretar una norma. Kelsen niega que desde un punto de vista jurídico-positivo el derecho pueda afirmar cuál es la mejor forma de interpretar una norma; esto es, niega que deba aplicarse uno u otro método de interpretación de entre los varios posibles

³⁸⁴ *Id.* KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.), cit., p. 127

(explícitamente menciona el método literal y el método histórico)³⁸⁵ en función de criterios estrictamente jurídicos. De ahí que tenga sentido que en las sentencias de los tribunales, junto con el voto mayoritario, quepan los llamados votos particulares u opiniones disidentes. Como ocurría con las diferentes formas de contemplar las relaciones entre el derecho internacional y el estatal, la elección del criterio correcto para interpretar una norma no corresponde a la ciencia del derecho, sino que se trata de una cuestión inevitablemente política³⁸⁶. Por ese motivo, la función del jurista en los casos ambiguos, es decir, en los casos en los que la norma posibilite interpretaciones muy dispares, no consiste en decir cuál es la solución correcta, sino en exponer todos los significados posibles de una norma³⁸⁷, incluidas aquellas interpretaciones no previstas por el legislador pero posibles dentro del tenor literal de la norma, e incluidas también aquellas que puedan resultar políticamente indeseables al jurista.

Eso es precisamente lo que hace Kelsen en relación con la Sociedad de Naciones y con las Naciones Unidas en las dos obras a las que nos asomaremos a continuación: expresar hasta sus últimas consecuencias las posibles interpretaciones de los tratados que dan lugar a sendas organizaciones internacionales. Un trabajo que el jurista de Viena toma con toda seriedad a la vista de que la ambigüedad —propia, pero en ningún modo exclusiva, de las normas internacionales— con la que están redactados estos documentos era aprovechada por quienes, como Morgenthau, querían ver en ellos simples acuerdos políticos, y no normas jurídicas.

³⁸⁵ *Vid. Ibid.*, p. 133

³⁸⁶ *Vid. KELSEN, Hans, Legal Technique... cit.*, p. 12

³⁸⁷ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (2ª ed.), *cit.*, p. 356

3.2.1. La Sociedad de Naciones

Kelsen recibió el establecimiento de la Sociedad de Naciones como una muestra más del constante proceso hacia la centralización de las funciones del derecho internacional. Durante su paso por Ginebra, entre 1933 y 1940, cuando la Sociedad se encontraba en sus años más difíciles, pudo estar muy cerca de quienes trabajaban en ella y evaluar en profundidad su funcionamiento. A propuesta del director del *Institut d'Hautes Études Internationales*, William E. Rappard, Kelsen realizó varios informes breves (alguno de ellos firmado con Paul Guggenheim, la *bestia negra* de Morgenthau en Ginebra), sobre las posibles vías de mejora técnica del Pacto de la Sociedad de Naciones³⁸⁸. De aquellos informes se deriva la monografía *Legal Technique in International Law*, publicada (directamente traducida en inglés) por el *Geneva Research Centre* en 1939. La obra primero incluye un apartado dedicado a reflexionar sobre los “principios de la técnica jurídica” y, a continuación, ofrece un amplio catálogo de las posibles interpretaciones de cada uno de los veintiséis artículos que componen el Pacto, proponiendo en muchos casos una redacción alternativa.

Lo que Kelsen hace en primer lugar es defender la naturaleza jurídica del Pacto, frente a aquellos que lo calificaban como un instrumento político y, en consecuencia, negaban que las diferencias surgidas en cuanto a su aplicación pudieran ser resueltas jurídicamente; esto es, negaban que pudieran ser sometidas a la autoridad de un tribunal —en este caso, de la CPJI—³⁸⁹. De ningún modo, argumenta Kelsen, la vaguedad o la ambigüedad con la que está formulado el Pacto —que se firma

³⁸⁸ Vid. LADAVAC, Nicoletta B., *Diritto e pace in Hans Kelsen, cit.*, pp. 88 y ss. Para consultar esos informes, que revisten forma de cartas dirigidas a Rappard, Ladavac remite a los archivos del *Institut*. Omite la circunstancia de que éstos han sido publicados bajo el título *Comment devant la guerre penser l'après-guerre?* en el recopilatorio de escritos franceses sobre derecho internacional editado por Charles Leben: KELSEN, Hans, “Comment devant la guerre penser l'après-guerre?”, en *Id.*, *Ecris français de droit international, cit.*, pp. 268-276

³⁸⁹ Esta distinción entre los conflictos jurídicos (justiciables) y los conflictos políticos (no justiciables) es recogida por el propio Pacto en sus artículos 12 y 13, distinción que es duramente criticada por Kelsen como una muestra más de la falta de rigor científico (*Vid.* KELSEN, Hans, *Legal Technique... cit.*, pp. 95 y ss.)

siguiendo los procedimientos propios de cualquier tratado internacional y que establece entre sus miembros una serie de derechos y obligaciones a cuyo incumplimiento se imputan sanciones— merman su valor en tanto que norma jurídica. Tampoco lo merma el hecho de que el Pacto esté explícitamente destinado a la consecución de objetivos de naturaleza innegablemente política, tales como la promoción de la cooperación entre las naciones o el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales: “desde el momento en el que las normas [de derecho internacional] tienen carácter de reglas de derecho, no son menos *jurídicas* que los artículos de un código civil, por mucho que estén destinadas a obtener resultados políticos”³⁹⁰.

Kelsen llama la atención sobre el hecho de que la ambigüedad que afecta a una norma jurídica —entendiendo la ambigüedad como un alto grado de indeterminación, que deja un amplio margen de interpretación al órgano que la debe aplicar— puede ser intencionada o no. Si es intencionada, a nadie se le escapa que la *técnica de la ambigüedad* puede ser útil en cuanto que permite —ciertamente a costa de la seguridad jurídica— la adaptación de una norma a distintos escenarios de situaciones fácticas³⁹¹. Pero si no es intencionada, entonces es fruto de una defectuosa técnica legislativa que acarreará problemas en la aplicación de la norma. En el caso de la ambigüedad que afectaba al Pacto de la Sociedad de Naciones, puede decirse que se trata de una combinación de ambos factores. Se trata en parte de una ambigüedad intencionada, porque resulta propio de un tratado de las características del Pacto, con su vocación universalista, dejar un amplio margen de indeterminación en sus prescripciones para conseguir la adhesión del mayor número

³⁹⁰ KELSEN, Hans, *Legal Technique... cit.*, p. 9

³⁹¹ *Vid. Ibid.*, p. 11

de estados posible³⁹². Pero, por otro lado, se trata también de una ambigüedad en buena medida consecuencia de una mala técnica legislativa. Este defecto es achacado por Kelsen al propio presidente Woodrow Wilson, quien para traducir sus famosos Catorce Puntos al derecho positivo se rodeó de un número muy insuficiente de juristas, a los cuales parece ser que detestaba³⁹³. El resultado fue un tratado “más que imperfecto desde un punto de vista técnico”, cuyas previsiones eran extremadamente vagas e imprecisas³⁹⁴.

A la vista de esa imperfección técnica, Kelsen plantea la necesidad de proceder bien a una reforma *jurídico-política* o bien a una revisión *jurídico-técnica* del Pacto. Entre una u otra opción en realidad, argumenta, no existe tanta diferencia, puesto que una revisión técnica también es susceptible de provocar un cambio en la aplicación del derecho³⁹⁵. La tarea de revisión que emprende Kelsen en 1939, cuando la organización estaba ya —por así decir— tocada y hundida, es una muestra más de su *fe en el derecho*³⁹⁶; pero no, aunque pudiera parecerlo, de su ingenuidad o de su falta de conocimiento de las circunstancias políticas. Prueba de ello es que declara ser consciente de que, pese a los defectos técnicos del Pacto, no son éstos sino la falta de voluntad política de los estados los que hicieron naufragar a la Sociedad de Naciones. Así mismo, es bien consciente de que su propuesta de revisión difícilmente llegará a tener ningún efecto sobre los líderes políticos, pero no desiste de su empeño

³⁹² Que la *técnica de la ambigüedad* sea usada en este tipo de normas internacionales, no quiere decir que Kelsen acepte que deba haber una técnica interpretativa propia del derecho internacional. En coherencia con su postulado de que las diferencias entre el derecho estatal y el derecho internacional son de grado y no de sustancia, rechaza expresamente que las normas internacionales deban ser interpretadas de forma “menos rígida” o “menos literal”, como proponían algunos autores de la época, entre ellos Morgenthau [*infra*, 4.2.3.c] (*Vid.* KELSEN, Hans, *Legal Technique... cit.*, p. 13).

³⁹³ *Vid.* KELSEN, Hans, *Legal Technique... cit.*, p. 16

³⁹⁴ *Ibidem.*

³⁹⁵ *Vid. Ibid., cit.*, p. 18

³⁹⁶ Tomo la conocida expresión de Piero Calamandrei, quien la empleó originalmente para titular una conferencia impartida en Florencia en el año 1940; justo a las puertas de que Mussolini embarcara a Italia en la Segunda Guerra Mundial (*vid.* CALAMANDREI, Piero, *Fe en el derecho*, ed. de Silvia Calamandrei, trad. y prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, Marcial Pons, Barcelona, 2009 [1940]).

porque al menos considera que puede servir como una contribución a la técnica jurídica del futuro³⁹⁷.

Entrando sólo en algunos aspectos concretos de la crítica al Pacto, que también se encuentran expuestos de forma resumida en *DPRI* y en *PMD*, cabe reparar en que lo que Kelsen criticó con más dureza fue el uso abusivo de la palabra *justicia*³⁹⁸. Consideró que si el Pacto hubiera hablado menos de justicia y más de *técnica legal*, la Sociedad probablemente hubiera obtenido un resultado diverso en su fracasada tarea de mantener la paz y la seguridad. Por eso, a juicio de Kelsen, el gran defecto estructural del Pacto fue el hecho de que la CPJI quedara fuera del mismo³⁹⁹. Cuando no solamente hubiera debido formar parte de él, sino que hubiera debido configurarse como el órgano central de todo el sistema de la Sociedad de Naciones. En lugar de ello, se establece al Consejo como principal órgano, seguido en importancia por la Asamblea General, proporcionando así la ilusión de una hipotética similitud con los poderes ejecutivo y legislativo (gobierno y parlamento) que encontraríamos en el ámbito doméstico.

Las razones para defender la centralidad de la Corte no sólo tienen que ver con la exigencia de instituir un tercero que determine si se ha producido un ilícito y qué sanción procede aplicar si fuera el caso. Kelsen también aporta motivos de operatividad. Dado que la soberanía era mantenida como atributo de los estados, no fue posible establecer el principio de mayorías en el seno del Consejo, hecho que lo hizo tremendamente inoperativo para adoptar las resoluciones más relevantes; es

³⁹⁷ Vid. KELSEN, Hans, *Legal Technique... cit.*, p. 24

³⁹⁸ Vid. KELSEN, Hans, *The Legal Process and International Order, cit.*, p. 11

³⁹⁹ En el Pacto sólo se preveía, en su artículo 14, que: “El Consejo formulará y someterá a los miembros de la Sociedad, para su adopción, proyectos para el establecimiento de una Corte permanente de justicia internacional. La Corte tendrá competencia para atender y resolver toda divergencia de carácter internacional que le fuese sometida por las partes. Podrá emitir también opiniones consultivas sobre toda divergencia o cuestión que le fuese sometida por el Consejo o la Asamblea”. El Estatuto de la CPJI, por lo tanto, no estaba en el propio Pacto (a diferencia del Estatuto de la CIJ, que sí que está inserto en la propia Carta de la ONU), de forma que su jurisdicción no era obligatoria, sino que los estados miembros eran libres de firmar o no el protocolo aprobado por la Asamblea General el 13 de diciembre de 1920, que entró en vigor al año siguiente; una vez lo hubieron firmado y ratificado la mitad de los estados miembros.

decir, aquellas que tenían que ver con el mantenimiento de la paz. De esta forma, no existía la posibilidad de obligar a ningún estado miembro en contra de su voluntad. En esas circunstancias, Kelsen considera que el único órgano cuyas decisiones acatarían los estados sin haber contribuido a su formación es un tribunal; de hecho “el principio mayoritario, que quedó sistemáticamente excluido del procedimiento del Consejo y de la Asamblea, sí que fue introducido sin dificultad alguna en la constitución del tribunal”⁴⁰⁰.

En efecto, esta idea se confirma teniendo en cuenta que, de entre las principales tareas encomendadas a la Sociedad, sólo tuvieron un éxito relativo aquellas relacionadas con la resolución de pleitos a través de la sumisión de asuntos al arbitraje o a la jurisdicción. Muy distinta fue la cuestión relativa a la protección de los estados miembros respecto de las agresiones llevadas a cabo por estados no miembros. Kelsen llama la atención sobre la potente contradicción existente entre la obligación que el artículo 8 impone de restringir el armamento y la obligación del artículo 11 de prestar ayuda al miembro de la comunidad que resulte atacado por un tercero⁴⁰¹. El desarme de los estados, insiste Kelsen, únicamente es factible si va acompañado por el consiguiente rearme de la comunidad internacional⁴⁰². A falta de éste, el desarme resulta un riesgo para el conjunto de los miembros de la organización. Otra muestra de que Kelsen tiene bien en cuenta la realidad política son las consideraciones que realiza respecto de lo difícil que resulta que dentro de una organización con vocación universal y que, por lo tanto, abarca a tantos países distintos, éstos puedan llegar a involucrarse en una acción defensiva respecto de la agresión de un tercer estado con el que les pueden unir tantos vínculos comerciales o culturales como con el estado miembro agredido⁴⁰³. Según esto, Kelsen considera que el papel de la organización en cuanto al mantenimiento de la seguridad internacional debió concentrarse en sancionar a los estados miembros que

⁴⁰⁰ KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, cit., p. 186

⁴⁰¹ *Vid.* KELSEN, Hans, *Legal Technique... cit.*, pp. 63 y ss.

⁴⁰² *Vid.* KELSEN, Hans, *La paz por medio del derecho*, cit., p. 76

⁴⁰³ *Ibidem.*

infringieran las normas del Pacto, mientras que la sanción a terceros estados agresores debió ser confiada a las alianzas políticas⁴⁰⁴. No porque ello fuera lo más deseable desde un punto de vista universalista, sino porque era lo más factible políticamente.

3.2.2. *Las Naciones Unidas*

El anhelo de Kelsen por contribuir al diseño de la nueva organización internacional que surgiría tras la Segunda Guerra Mundial —anhelo del cual los anexos a *PMD* son una buena muestra— se vio pronto frustrado. Como ya se apuntó [*supra*, 1.3.3.a], ello fue debido en buena medida a la influencia de Leo Pasvolsky, comisionado de Estados Unidos y principal responsable de la elaboración del borrador de la Carta de San Francisco que —como ya hiciera Wilson respecto del diseño del Pacto de la Sociedad de Naciones— se encargó de que los juristas tuvieran un papel más que discreto, fundamentalmente técnico, durante las reuniones preparatorias de Dumbarton Oaks⁴⁰⁵. Algunos han llegado a interpretar la imponente extensión —más de 900 páginas— del libro de Kelsen sobre las Naciones Unidas como una suerte de acto de desagravio por aquella circunstancia⁴⁰⁶. No podemos saber si realmente fue así, pero lo cierto es que su publicación tuvo un considerable impacto. Por un lado, el libro se convirtió, al menos durante los años cincuenta, en una notable referencia entre los diplomáticos y funcionarios de las Naciones Unidas, puesto que eran escasos los manuales que abordaran el análisis jurídico de los preceptos de la Carta de una manera tan detallada. Por otro lado, recibió una crítica

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 79

⁴⁰⁵ *Vid.* TELMAN, D.A. Jeremy, “Law or Politics?...”, *cit.*, p. 2

⁴⁰⁶ *Cfr.* Las entrevistas a Gaetano Arango-Ruiz, Eduardo Jiménez de Arechaga y Oscar Schachter en “Personal Recollections”, en *European Journal of International Law*, n° 9, 1998, pp. 386-390

poco entusiasta por parte de la doctrina estadounidense⁴⁰⁷. Tal crítica no podía sino convertirse en algo habitual y generalizado, a la vista de la influencia del realismo jurídico imperante, poco indulgente con los postulados del formalismo kelseniano; y mucho más receptivo hacia posturas antiformalistas como las de Morgenthau, quien por aquellos años ya comenzaba a ganar prestigio en el campo de las relaciones internacionales.

Kelsen, sin embargo, se mantendría fiel a los puntos fundamentales de su teoría pura y el establecimiento de la nueva organización, con todos sus defectos técnicos, suponía un estimulante campo de pruebas para el derecho internacional. Así lo demostró con su *The Law of the United Nations*, pero también con muchos otros trabajos sobre las Naciones Unidas que publicó desde mitad de los años cuarenta⁴⁰⁸. De nuevo, comienza su trabajo de análisis reivindicando el carácter jurídico y no político de la Carta. Pero esta vez no sólo insiste en el carácter jurídico del texto a analizar. Ahora —desde un contexto como el estadounidense, donde el papel del jurista era mucho más tenue que en su vieja Europa— considera necesario insistir en que la suya es una perspectiva estrictamente jurídica. “Este libro es una

⁴⁰⁷ Cfr. FELLER, Abraham, H., “Review of Hans Kelsen *The Law of the United Nations*”, en *Columbia Law Review*, vol. 51, n° 4, 1951, pp. 537-539; SCHACHTER, Oscar, “Review of Hans Kelsen *The Law of the United Nations*”, en *Yale Law Journal*, vol. 60, n° 1, 1951, pp. 189-193; SOHN, Louis, “Review of Hans Kelsen *The Law of the United Nations*”, en *Harvard Law Review*, vol. 63, n° 3, 1951, 517-519

⁴⁰⁸ Sin ánimo de exhaustividad, algunos de estos trabajos son: KELSEN, Hans, “The Principle of Sovereign Equality...”, *cit.*; Id. “The Old and the New League: The Covenant and the Dumbarton Oaks Proposals”, en *American Journal of International Law*, vol. 39, n° 1, 1945, pp. 45-83; Id., “The Preamble of the Charter: A Critical Analysis”, en *The Journal of Politics*, vol. 8, n° 2, 1946, pp. 134-159; Id., “Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations”, en *Harvard Law Review*, vol. 59, n° 7, 1946, pp. 1087-1121; Id. “Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations”, en *Iowa Law Review*, vol. 31, n° 4, 1946, pp. 499-543; Id., “Limitations on the Functions of the United Nations”, en *Yale Law Journal*, vol. 55, n° 5, 1946, pp. 997-1015; Id., “Membership in the United Nations”, en *Columbia Law Review*, vol. 46, n° 3, 1946, pp. 391-411; Id., “Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations”, en *American Journal of International Law*, vol. 42, n° 4, 1948, pp. 783-796; Id., “The Settlement of Disputes by the Security Council”, en *International Law Quarterly*, vol. 2, n° 2, 1948, pp. 173-213; Id. “Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements: An Analysis of Article 103 of the Charter”, en *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, n° 3, 1948, pp. 284-294; Id., “Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations”, *cit.*

aproximación jurídica —y no política— a los problemas de las Naciones Unidas”⁴⁰⁹ es la significativa frase con la que inaugura su tratado. Ahora bien, ello no le impide comprender en absoluto la dimensión política de las Naciones Unidas, y en el prefacio encontramos un pasaje que refleja perfectamente su concepción de las relaciones entre el derecho y la política:

“La separación entre el derecho y la política muestra [...] que el primero, en tanto que medio, está subordinado a la última, en tanto que fin, y que los fines políticos pueden ser alcanzados por medios diferentes a la imposición de obligaciones y a la concesión de derechos a las personas sujetas a una ley estricta. Pero, así como supone un desatino menospreciar el aspecto político, sería también un grave error ignorar la importancia de la tarea de mejorar, tanto como sea posible, el derecho creado para servir a los propósitos de las Naciones Unidas. Ese es exactamente el objetivo último del análisis crítico presentado en este estudio”⁴¹⁰.

A partir de ahí comienza un detalladísimo recorrido de principio a fin por la Carta, en el que prácticamente no encontramos más referencias que el propio articulado acompañado de los múltiples borradores y discusiones preliminares recogidas en los diarios de sesiones⁴¹¹. Kelsen no guarda ni un ápice de piedad para quienes la elaboraron y su bisturí analítico disecciona punto por punto cada artículo. *Incoherencia, vaguedad, expresión dudosa, confusión, falta de acierto o deficiente técnica* son palabras y expresiones que aparecen en el texto una y otra vez. El propio nombre de la organización, para comenzar, es ya manifiestamente impreciso. El término *Carta* para designar al instrumento es más apropiado que el término *Pacto* utilizado por la Sociedad de Naciones, puesto que, siendo ambos el mismo instrumento internacional —un tratado—, *Carta* parece ser más adecuado para referirse al contenido específico del instrumento⁴¹², que es la creación de una

⁴⁰⁹ KELSEN, Hans, *The Law of the United Nations... cit.*, p. xiii

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. xvii

⁴¹¹ Las pocas referencias a doctrina se refieren a obras propias, como *Legal Technique in International Law* (p. 111) o *Peace Through Law* (p. 459); o a Oppenheim (p. 128).

⁴¹² KELSEN, Hans, *The Law of the United Nations... cit.*, p. 3

organización estable de sujetos sometidos a unas mismas normas, y no un simple acuerdo circunstancial. Por el contrario, el término *Naciones Unidas* —adoptado en homenaje a Franklin D. Roosevelt— genera confusión, dado que si es tomado literalmente parece referirse al conjunto de estados que forman la organización, pero no a la organización de estados en sí, tal y como es utilizada a lo largo de la Carta. Esta ambigüedad, dice Kelsen, “no es muy afortunada”⁴¹³.

Tampoco resulta demasiado afortunada la expresión con la que se abre el Preámbulo de la Carta: “Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas”, para decir en el párrafo siguiente “nuestros respectivos gobiernos”. La expresión, que pretende recordar a la Constitución de los Estados Unidos (“*We, the People*”) buscando así una suerte de legitimidad popular, resulta engañosa, puesto que “la Carta es un tratado internacional concluido por los estados representados por sus gobiernos. Estos gobiernos, y no los *pueblos* son los que estuvieron representados en la Conferencia de San Francisco”⁴¹⁴.

Además de la ya mencionada reiteración entre paz y seguridad [*supra*, 3.1.1.b], otras expresiones utilizadas en el Preámbulo y no demasiado afortunadas a juicio de Kelsen son la apelación a la “justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional” y “para el mantenimiento de la paz y la seguridad *internacionales*”. Respecto de la primera, Kelsen —coherente con la pureza de su teoría— considera que apelar a la justicia y, al mismo tiempo, al respeto del derecho internacional puede ser muy problemático: “si es que la justicia es lo mismo que el derecho internacional, uno de los dos términos es superfluo. Si, lo que es más probable, no son lo mismo [...] la cuestión que se plantea es cuál de los dos deba prevalecer en caso de conflicto”⁴¹⁵. Respecto de la segunda expresión Kelsen llama la atención sobre el hecho de que la apelación a la paz (o a la

⁴¹³ *Ibid.*, p. 4

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 7

⁴¹⁵ *Ibid.*, pp. 17-18

seguridad) *internacional*, tiene que ver con el hecho de que la organización, en virtud de la prohibición de la injerencia en los asuntos internos establecida por el artículo 2.7, no debería interferir sino únicamente en los conflictos que tengan lugar *entre* estados, pero no en los que se produzcan *dentro* de los estados. Sin embargo, es evidente que una guerra civil que tenga lugar exclusivamente dentro de un estado puede significar también una amenaza a la seguridad internacional, y en ese supuesto el Consejo de Seguridad sí que estaría autorizado para tomar las medidas previstas en el Capítulo VII⁴¹⁶. En consecuencia, dice Kelsen, “es dudoso que la restricción impuesta por el término paz *internacional* tenga alguna relevancia”⁴¹⁷.

Lo que constituye no ya una imprecisión terminológica sino uno de los más aborrecibles defectos técnicos de la Carta es la contradicción existente entre el principio de igualdad soberana de todos los estados —que fue una idea central para la gestación de la organización desde la histórica Conferencia de Moscú de octubre de 1943⁴¹⁸— y el particular *status* que se le otorga a los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad. No siendo suficiente esa ruptura con el principio de igualdad formal, se quiebra también con el principio de auto-ayuda —que sí que estaba admitido por el artículo 16 del antiguo Pacto de la Sociedad de Naciones— sin establecer un mecanismo sancionador mínimamente satisfactorio desde el punto de vista jurídico. El artículo 2.4 de la Carta prohíbe a los estados miembros recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, centralizando esta función en el Consejo de Seguridad. Éste, de acuerdo con el artículo 39, debe determinar cuándo existe una amenaza o quebrantamiento de la paz y puede hacer las recomendaciones o decidir las medidas previstas por los artículos 41 y 42, pero dispone de un margen totalmente indeterminado para hacerlo. La aplicación de las sanciones importantes y la garantía de la seguridad colectiva del conjunto de los estados queda así al arbitrio de un

⁴¹⁶ Es el caso, por ejemplo, de los sucesivos embargos de armas a Somalia y Eritrea decretados por el Consejo de Seguridad a partir de la Resolución 733/1992.

⁴¹⁷ KELSEN, Hans, *The Law of the United Nations... cit.*, p. 19

⁴¹⁸ *Vid.* KELSEN, Hans, “The Principle of Sovereign Equality...”, *cit.*, p. 207; *Id.*, *La paz por medio del derecho*, *cit.* pp. 63 y ss.

órgano que —a pesar de estar investido de autoridad legal— basa sus decisiones en un proceso político antes que jurídico⁴¹⁹. Y lo hace así porque la estructura de la Carta es, al fin y al cabo, el resultado de sus trabajos preparatorios, en los que predominaba el enfoque jurídico sobre el político⁴²⁰.

Los cinco miembros permanentes del Consejo quedan, además, a salvo de cualquier tipo de sanción desde el momento en el que se necesita su voto tanto para las sanciones graves de los artículos 41 y 42 como para el mecanismo de expulsión previsto en el artículo 9⁴²¹. Pero las deficiencias jurídicas en esta materia llegan más allá, puesto que incluso la ejecución de las decisiones tomadas por la CIJ se hacen depender en última instancia de la autoridad del Consejo de Seguridad en virtud del artículo 94.2. Esta configuración “tiene el efecto de transformar una disputa jurídica, decidida por la Corte de acuerdo al derecho vigente, en una cuestión resuelta por el Consejo de acuerdo a principios políticos”⁴²². El papel del Consejo de Seguridad y su interacción con la Corte —que, por supuesto, es para Kelsen el órgano que debería decidir sobre la aplicación de las sanciones⁴²³— supone, a decir verdad, un estupendo banco de pruebas en el que estallan las múltiples tensiones que existen entre el derecho y la política en el ámbito internacional. Es la manifestación más clara de un órgano cuya naturaleza jurídica difícilmente se puede negar, pero que funciona siguiendo una lógica enteramente política, marcada, como vio Morgenthau con toda nitidez [*infra*, 5.2.3], por la lógica de los intereses de las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial.

⁴¹⁹ KELSEN, Hans, *The Law of the United Nations... cit.*, pp. 732 y ss.

⁴²⁰ *Vid. Ibid.*, p. 735

⁴²¹ En este sentido, dice Kelsen, la Carta supone una “deplorable vuelta atrás comparada con el Pacto” (*Ibid.*, p. 716)

⁴²² *Ibid.*, p. 541

⁴²³ *Vid. Ibid.*, p. 711

En este sentido puede ser interesante recurrir a la comparación que Carl Landauer⁴²⁴ ha realizado entre el estudio sobre las Naciones Unidas de Kelsen y el estudio análogo de Alf Ross, publicado también en 1950⁴²⁵. Pese a que las perspectivas teóricas de ambos autores se encuentran considerablemente alejadas⁴²⁶ —Ross, que había sido discípulo de Kelsen en Viena, se convirtió en el padre del realismo escandinavo—, sus posiciones respecto de las Naciones Unidas encontraron numerosos puntos de convergencia. De entre ellos, el más destacado por Landauer es el empeño por considerar a la Carta como un documento de naturaleza jurídica y no política, a pesar de que un buen número de disposiciones de la misma exponen a las claras la polaridad que se plantea entre lo jurídico y lo político, dentro de una balanza que acaba decantándose casi siempre hacia el lado de lo político. A pesar de ello, tanto Kelsen como Ross no dejan de contemplar al ordenamiento derivado de la Carta como un ordenamiento parcial comprendido dentro del derecho internacional general⁴²⁷. No se resignan, por lo tanto, a aceptar el declive del derecho internacional, del cual la configuración de la Carta es un inequívoco síntoma.

⁴²⁴ LANDAUER, Carl “Antinomies of United Nations: Hans Kelsen and Alf Ross on the Charter”, en *European Journal of International Law*, vol. 14, nº 4, 2003, pp. 767-799

⁴²⁵ ROSS, Alf, *The Constitution of the United Nations. Analysis of Structure and Function*, The Lawbook Exchange, Nueva York, 2008 [1950]. Ross, como Kelsen, mostró un interés hacia el derecho internacional poco frecuente entre los teóricos del derecho. Muestra de ello es su propio manual (*A Textbook of International Law. General Part*, The Lawbook Exchange, Nueva York, 2006 [1947]) y un segundo libro sobre las Naciones Unidas (*The United Nations. Peace and Progress*, Bedminster, Totowa, 1966). Otro destacado representante del realismo jurídico —esta vez del realismo americano— aplicado al derecho internacional es Julius Stone, discípulo de Roscoe Pound, que dedicó buena parte de su obra a defender los postulados sionistas (*cfr.* STONE, Julius, *The Quest for Survival. The Role of Law and Foreign Policy*, Harvard University Press, Cambridge, 2000 [1961]).

⁴²⁶ Una comparación específica entre las teorías de Kelsen y de Ross puede encontrarse en ESQUIVEL PÉREZ, Javier, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, UNAM, Mexico, 1980

⁴²⁷ *Vid.* LANDAUER, Carl “Antinomies of United Nations...”, *cit.*, p. 798

3.2.3. *Un tribunal internacional permanente*

El Pacto de la Sociedad de Naciones y la Carta de las Naciones Unidas fueron sin duda dos hitos en la historia del progreso técnico del derecho internacional. Ambos instrumentos, sin embargo, presentan para Kelsen el mismo error fundamental: no establecer un tribunal internacional como institución principal de la organización a la que dan vida. El tribunal es la institución del derecho por excelencia. Situar un tribunal en el centro de estas organizaciones hubiera contribuido a objetivizar los procesos y asuntos a ellas sometidos, reduciendo así el alto grado de discrecionalidad, y, por lo tanto, de subjetividad que afectó a su estructura institucional y a su funcionamiento. Tan convencido estaba Kelsen de ello que en *PMD* diseñó con todo detalle una organización internacional ideal en la que, por descontado, un tribunal era el órgano más importante. De los cuarenta artículos que componen el *Pacto de una liga permanente para el mantenimiento de la paz* —que es como llama Kelsen a su organización ideal—, más de la mitad están dedicados únicamente a reglamentar el tribunal. La mayoría de esos artículos hallan su base en la crítica realizada cinco años antes al Pacto de la Sociedad de Naciones y en las redacciones alternativas que allí se proponían⁴²⁸.

a) La jurisdicción obligatoria y el predominio del derecho

Antes de conocer con algún detalle cómo sería el tribunal y la organización internacional que Kelsen consideraba más apropiados para servir a la causa de la paz, es necesario insistir en que la idea del protagonismo del órgano judicial se va madurando ya en sus obras europeas de derecho internacional, de las cuales el

⁴²⁸ *Vid.* KELSEN, Hans, *La paz por medio del derecho*, cit., p. 81

proyecto contenido en *PMD* es sólo producto final⁴²⁹. Resulta interesante retroceder de nuevo hasta la Alemania de Weimar para comprender mejor el significado de la propuesta kelseniana, una propuesta que fundamentalmente consiste en juridificar las relaciones internacionales. O, visto desde el otro lado, en internacionalizar los procedimientos jurídicos, y con ellos la dinámica del estado de derecho. Una dinámica que implica, en todo caso, la sujeción de lo político a lo jurídico. La relación entre lo político y lo jurídico fue, como sabemos, uno de los grandes temas de inagotable discusión para la *Staatsrechtslehre* alemana en la época de Weimar. La polémica entre Kelsen y Schmitt sobre quién debía ser el guardián de la constitución no fue ni mucho menos la única, aunque sí quizá la más representativa de aquel debate.

Por supuesto, el debate en torno a la relación entre el derecho y la política encontró también sus ecos en la doctrina internacionalista, y muy particularmente en torno a la idea de la judiciabilidad (o no) de las disputas internacionales. Hersch Lauterpacht — que, como Alf Ross, había estudiado con Kelsen en Viena⁴³⁰— reflejó estas disputas con todo detalle en su libro *The Function of Law in International Community* (1933)⁴³¹. En él Lauterpacht realiza un alegato contra las teorías que distinguían entre los conflictos internacionales de carácter jurídico y los de carácter político, considerando que los primeros eran susceptibles de ser sometidos a la autoridad de un tribunal,

⁴²⁹ *PMD* es, en realidad, una fusión de diversos artículos que Kelsen publica en sus primeros años en América. Destacadamente, y sin pretensión de exhaustividad, pueden mencionarse los siguientes trabajos: KELSEN, Hans, “Essential Conditions of International Justice”, en *American Society of International Law Proceedings*, vol. 35, 1941, pp. 70-85; Id., “International Peace-By Court or Government?”, en *The American Journal of Sociology*, vol. 46, n° 4, 1941, pp. 571-581; Id., “Compulsory Adjudication of International Disputes”, en *American Journal of International Law*, vol. 37, n° 3, 1943, pp. 397-406; Id., “The Strategy for Peace”, en *The American Journal of Sociology*, vol. 49, n° 5, 1944, pp. 381-389

⁴³⁰ El propio Kelsen rememoró su relación con Lauterpacht en: KELSEN, Hans, “Tributes to Sir Lauterpacht”, en *European Journal of International Law*, vol. 8, n° 2, 1997 [1961], pp. 309-312

⁴³¹ Koskenniemi, en el estudio introductorio a este libro, lo ha calificado como “el libro sobre derecho internacional en lengua inglesa más importante del siglo veinte. No por la invulnerabilidad de sus argumentos, sino por la aguda sensibilidad que muestra hacia las elecciones institucionales respecto de la distribución de los valores espirituales y materiales en el mundo” (KOSKENNIEMI, Martii, “Introduction”, en LAUTERPACHT, Hersch, *The Function of Law in International Community*, Oxford University Press, 2011 [1933], pp. xxix-xxvii, p. xxvii); también *vid.* Id., *The Gentle Civilizer...*, pp. 353 y ss.

mientras que los segundos no lo eran. La tesis doctoral de Morgenthau, publicada en 1929 —y en su versión francesa en 1933— constituye uno de los ejemplos más significativos de estas posiciones [*infra*, 5.2.1]. Lauterpacht estará de acuerdo con Morgenthau —y también, en cierta medida, con Schmitt— en que no existe un criterio que permita diferenciar de forma unívoca los conflictos puramente jurídicos de los políticos. Sin embargo, llega a una conclusión completamente opuesta a ellos. La imposibilidad de distinguir lo político de lo jurídico conduce a Morgenthau a considerar que en última instancia todo es política y que, en consecuencia, el papel de los tribunales internacionales debe ser minimizado. Lauterpacht, por el contrario, considerará que cualquier asunto, independientemente de su gravedad o de que afecte al interés o al honor nacional, es susceptible de ser resuelto mediante la aplicación de normas de derecho⁴³². Esto no solamente era un postulado teórico, sino que se veía confirmado en la experiencia por numerosos casos prácticos en los que los tribunales eran capaces de resolver con éxito causas de indudable naturaleza política⁴³³. Luchando contra los argumentos de quienes, excusándose en el mito de la soberanía, pretendían librar a los estados de estar sometidos a la fuerza normativa del derecho, Lauterpacht, por lo tanto, reivindicó el papel de los jueces y de los tribunales vinculantes como elementos indispensables del derecho internacional.

Esa misma postura es la que defendió Kelsen —si bien con importantes matices, puesto que Lauterpacht había rechazado el positivismo de su maestro para adoptar, como Verdross, una perspectiva iusnaturalista que se alejaba del relativismo axiomático kelseniano—. En ese contexto doctrinal es en el que debe situarse la exaltación kelseniana de la centralidad de un tribunal como figura clave para la pacificación de las relaciones internacionales; puesto que defender el protagonismo de un tribunal internacional de jurisdicción vinculante no es otra cosa que defender la

⁴³² *Vid.* LAUTERPACHT, Hersch, *The Function of Law... cit.*, p. 166.

⁴³³ Para un alegato más técnico y maduro (publicado por Lauterpacht siendo ya juez de la Corte Internacional de Justicia), basado en la jurisprudencia de los tribunales internacionales, *cfr.* LAUTERPACHT, Hersch, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge University Press, 2010 [1958]

primacía del derecho sobre la política⁴³⁴. En consecuencia, los postulados adoptados por Kelsen en el ámbito interno son extrapolables al ámbito internacional. De la misma forma que en la República de Weimar era la jurisdicción —y no el jefe del estado, como sostenía Schmitt— la que debía velar por el conjunto del orden jurídico, en el ámbito internacional debe ser también un órgano jurisdiccional —y no las meras relaciones de fuerza que se den entre los distintos estados— el que vele por la legalidad internacional. La centralización de la función de determinar si se ha producido un ilícito y de determinar la pena que este ilícito lleva aparejada era para Kelsen el más grande avance técnico al que el derecho internacional estaba en condiciones de aspirar.

b) El tribunal de una liga permanente para el mantenimiento de la paz

Es fundamentalmente a partir de sus escritos internacionalistas de los años treinta, de *Problèmes choisis*⁴³⁵ en adelante, cuando comienza a aparecer la idea de que el elemento realmente clave para el avance técnico del derecho internacional no era el desarme generalizado ni tampoco el establecimiento de un poder ejecutivo o de un poder legislativo mundial. El elemento clave era un tribunal. Y, a juicio de Kelsen, así lo demostraba la propia experiencia de los ordenamientos estatales, donde la existencia de tribunales había precedido con mucho a la de gobiernos o parlamentos. Hasta la creación de los parlamentos como órganos destinados a producir las normas de carácter general —y aún después— los tribunales habían aplicado sin problemas el derecho que los sujetos de la comunidad habían ido creando como resultado de una práctica común y constante, es decir, habían aplicado el derecho consuetudinario. Y junto a él, las normas pactadas por los individuos (contratos). En el caso de que no existiera norma consuetudinaria o contractual que aplicar al caso concreto, perfectamente los jueces podían aplicar los principios generales del derecho; o bien

⁴³⁴ Vid. LA TORRE, Massimo y GARCÍA PASCUAL, Cristina, “La utopía realista de Hans Kelsen”, *cit.*, p. 20

⁴³⁵ Vid. KELSEN, Hans, *Problèmes choisis... cit.*, p. 127 ó 156

decidir *ex aequo bono* si así lo aceptaban las partes. Y en cuanto a la ejecución de las penas, a falta de un poder ejecutivo que ejerciera el monopolio del uso de la fuerza, ésta quedaba en manos de los propios sujetos afectados, que según el principio de auto-ayuda estarían autorizados a llevarla a cabo de acuerdo con lo dictado por el tribunal⁴³⁶. Cuando todas esas funciones se centralizan nos encontramos ante un estado. Pero la situación de un estado mundial estaba muy lejos de ser alcanzable⁴³⁷. De modo que Kelsen considera que el avance más *realista* hacia la pacificación de las relaciones internacionales es el establecimiento de un tribunal internacional permanente de jurisdicción obligatoria, cuya implantación sí podría ser factible en el corto o medio plazo.

Sobre estas consideraciones se asienta la principal apuesta del pacifismo jurídico kelseniano, que cobra su más clara formulación en *PMD*. En esta obra Kelsen no sólo describe detalladamente las características que debería tener el tribunal internacional que imaginó en tanto que órgano principal de una *liga permanente para el mantenimiento de la paz* [en adelante, *la liga*], sino que también proporciona precisas indicaciones sobre cómo debía ser el estatuto de sus jueces, así como su competencia personal, material y temporal.

Aunque no excluiría posibles procedimientos de conciliación⁴³⁸, la jurisdicción del tribunal —y he ahí lo importante— debía ser obligatoria. El establecimiento de una jurisdicción obligatoria constituye “la garantía más fuerte posible para el mantenimiento de la paz”⁴³⁹. Sólo arrebatando a los estados la facultad de decidir si se ha cometido o no una infracción y depositando esta facultad en una autoridad imparcial como un tribunal puede iniciarse el camino hacia la pacificación del ámbito internacional. Sólo de ese modo los estados dejarán de dirimir sus controversias por ellos mismos mediante la guerra o las represalias. La instauración

⁴³⁶ Vid. KELSEN, Hans, *La paz por medio del derecho*, cit., pp. 53-54

⁴³⁷ Vid. *Ibid.*, p. 46

⁴³⁸ Vid. *Ibid.*, cit., p. 62

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 79

de un tribunal internacional de jurisdicción obligatoria es, por lo tanto, el primer paso para sustituir la lógica del más fuerte por la lógica del derecho.

Para dar ese primer paso es imprescindible acabar además con la ya comentada distinción entre conflictos jurídicos y conflictos políticos, que tiene el efecto de hacer creer a cada uno de los estados que posee la facultad de retirar cualquier conflicto de la jurisdicción del tribunal, librándose así de su jurisdicción. Para Kelsen, como para Lauterpacht, esta posibilidad echaría a perder la esencia objetiva que ha de caracterizar a cualquier ordenamiento jurídico, porque la determinación del carácter jurídico o político de un conflicto dependería en ese caso exclusivamente del albedrío de las partes⁴⁴⁰. El sistema jurídico, que reviste, recordémoslo, las características de plenitud y coherencia, siempre estaría en condiciones de ofrecer una respuesta a las pretensiones de las partes en litigio [*supra*, 2.2.1.f]. Con lo cual el argumento que apela a la imposibilidad de resolver jurídicamente un determinado litigio alegando la inexistencia de una norma aplicable al caso, en realidad esconde la excusa de quien simplemente no está de acuerdo con el derecho o cree que resultaría perjudicado por su aplicación.

Pretender que los estados, enfundados en el sayo de su soberanía, vayan a permitir que una instancia ajena imponga su criterio está lejos de resultar una tarea sencilla, especialmente si ese criterio va en contra de sus intereses nacionales. Por eso para la consecución del tribunal debía lograrse en primer lugar que el mayor número de estados posible firmara el tratado internacional que daría lugar a la organización que instituiría ese tribunal⁴⁴¹. Si fuera después de una guerra —como claramente era el caso que Kelsen pensaba en 1944—, debería promoverse la firma tanto de vencedores como vencidos⁴⁴². Cuanto más se tendiera a la universalidad, cuanto más

⁴⁴⁰ *Vid. Ibid.*, p. 58

⁴⁴¹ *Vid. Ibid.*, p. 47

⁴⁴² Kelsen advierte que habría que separar nítidamente las sanciones que se establecieran a las potencias vencidas del *pacto de la liga para el mantenimiento de la paz*, y no repetir así los errores cometidos en el Tratado de Versalles (*vid. Ibid., cit.*, p. 87).

grande fuera la alianza, tanto más se podría presionar y aislar políticamente a quienes se quedaran fuera de ella sin renunciar al uso de la violencia para la resolución de sus conflictos⁴⁴³. Siguiendo esta idea, para formar parte de la liga bastaría con una declaración unilateral por parte del estado que quisiera entrar, sin ser necesaria una aceptación expresa por parte de los miembros (artículo 1)⁴⁴⁴. Pero su adhesión debía formularse sin reservas. Entre sus miembros, además, no debían haber excepciones: formar parte de la alianza debía implicar, sí o sí, la aceptación de la jurisdicción del tribunal sobre cualquier disputa que se pudiera dar entre ellos, independientemente de la gravedad que pudiera presentar el caso o de lo importantes que fueran los intereses que se encontrasen en juego.

La experiencia de la Sociedad de Naciones había demostrado que la única institución en la que los estados consentían el voto por mayoría, y no por unanimidad, era un tribunal⁴⁴⁵. En efecto, el jurisdiccional era el único ámbito en el que la toma de decisiones sin la participación, o aun en contra, de la voluntad del estado afectado resultaba plenamente compatible con el principio de igualdad soberana establecido en la Conferencia de Moscú⁴⁴⁶. Y ello porque un juez internacional, por su naturaleza de tercero imparcial, no ha de representar (si fuera el caso) al estado que le ha designado, a diferencia de los miembros de cualquier otro organismo internacional, que sí suelen ejercer su función en condición de representantes del estado que les nombra⁴⁴⁷. Es por eso que Kelsen argumenta la prioridad otorgada por su proyecto al

⁴⁴³ Muestra de que Kelsen en absoluto minusvaloró las consideraciones políticas para la construcción de esa liga permanente para el mantenimiento de la paz es la importancia que concedió a que fueran miembros de ella las “cuatro grandes potencias” (Estados Unidos, Gran Bretaña, China, y la Unión Soviética). Llega a afirmar—en lo que puede interpretarse como una importante concesión a las posiciones realistas— que “el mismo hecho de que las cuatro grandes potencias fuesen consideradas como garantes del pacto haría improbable cualquier violación seria del mismo”, o que “ellas son el poder *detrás del derecho* que podrían desear los realistas que conciben al derecho como una mera ideología de la fuerza”, (*Ibid.*, p. 87).

⁴⁴⁴ A diferencia de lo que sucedía en la Sociedad de Naciones, la retirada de la organización no estaba prevista, ni tampoco existía un procedimiento de expulsión. Y ello por la buena razón de que “la posibilidad de retirarse de la Liga no es prácticamente más que la posibilidad de librarse de la obligación de no recurrir a la guerra contra un miembro de la misma” (*Ibid.*, p. 86)

⁴⁴⁵ *Vid.* KELSEN, *Ibid.*, p. 52

⁴⁴⁶ *Vid. Ibid.*, pp. 63 y ss.

⁴⁴⁷ *Vid. Ibid.*, p. 70

tribunal no como una cuestión meramente derivada de la lógica de la razón, sino como una cuestión de estrategia política: “es aconsejable hacer de un tribunal, y no de un gobierno, el instrumento principal de una reforma internacional. Es la línea de menor resistencia”⁴⁴⁸.

Para ejecutar las sentencias dictadas por el tribunal lo ideal sería la creación de una fuerza de policía internacional. Pero dicha fuerza de policía sólo sería posible, ya lo hemos visto, a condición de que existiera la obligación correlativa para los estados de desarmarse o de reducir drásticamente sus armamentos⁴⁴⁹, estableciéndose así un monopolio mundial del uso legítimo de la fuerza. Puesto que la sociedad internacional todavía no se encontraba preparada para dar ese paso —la experiencia del Pacto Briand-Kellogg ya había demostrado cuán difícil era conseguir un desarme real por parte de los estados—, Kelsen aconsejaba mantener el principio de autoayuda que tradicionalmente había regido en los ordenamientos primitivos y autorizar a los estados afectados (solos o en coalición) a ejecutar las decisiones del tribunal. Eso sí, introducía un elemento que marcaba el camino hacia la racionalización y el control de esa ejecución y, en consecuencia, el camino hacia la salida del primitivismo jurídico. Ese elemento era la supervisión por parte de un órgano administrativo de la ejecución de la sentencia llevada a cabo por los estados particulares. La principal tarea de ese órgano administrativo, denominado *Consejo*, debía consistir, de hecho, en ejecutar las decisiones del tribunal⁴⁵⁰. En la medida en que esa era su tarea, sus decisiones debían ser adoptadas también por mayoría simple y no por unanimidad⁴⁵¹, a diferencia de lo que ocurría con el Consejo de la Sociedad de Naciones o de lo que ocurre todavía hoy con el Consejo de Seguridad de la ONU, donde el derecho de veto que ostentan los cinco miembros permanentes frustra buena parte de los cometidos que le son asignados.

⁴⁴⁸ *Vid. Ibid.*, p. 53

⁴⁴⁹ *Vid. Ibid.*, p. 50

⁴⁵⁰ *Vid. Ibid.*, p. 52

⁴⁵¹ Sobre el funcionamiento del *Consejo* ideado por Kelsen, *vid.* artículo 17 del *Pacto de una liga permanente para el mantenimiento de la paz (Ibid.*, p. 144)

Puesto que el tribunal internacional es un elemento central en la *liga permanente* imaginada por Kelsen, y puesto que la confianza⁴⁵² en la neutralidad de los jueces que lo componen es un elemento absolutamente determinante para hacer compatible su función con la soberanía de los estados miembros, Kelsen se preocupa mucho por dotar a esos jueces con “el mayor grado posible de independencia e imparcialidad”⁴⁵³. Así, se establecen una importante serie de incompatibilidades y garantías que afectan a los diecisiete miembros del imaginario tribunal. Por mencionar algunas de ellas: los jueces serían nombrados con carácter vitalicio, o bien hasta que cumplieran setenta años (artículo 17); mientras que durara su mandato se suspendería el vínculo de ciudadanía con su estado de procedencia, debiéndoles servir su acreditación como jueces del tribunal de la misma forma que un pasaporte diplomático (artículo 14); y no podrían tomar parte en ningún procedimiento en el que su patria fuera una de las partes en disputa (artículo 16.2). Su nombramiento, además, se preveía a través de un complejo procedimiento que pretendía restar en lo posible influencia a los estados, otorgando un importante papel a los tribunales, facultades de derecho y centros de estudio, que podían elegir directamente a nueve jueces, eligiendo la Asamblea a los otros ocho de entre los nombres propuestos por estas instituciones (artículos 6-10).

El tribunal, en principio, sería competente para decidir cualquier disputa que le sometieran los miembros de la liga (artículo 31); y éstos estarían obligados a aceptar su jurisdicción. En el caso de que el estado denunciado no sea miembro de la liga se requeriría su consentimiento expreso (artículo 32). El derecho a aplicar por el tribunal se dice que es simplemente el derecho internacional (artículo 33). No se realiza la tradicional distinción hecha por el del artículo 38 de los estatutos de la CPJI y de la CIJ entre las convenciones, la costumbre y los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas [*supra*, 2.2.2.f]. Se introduce, eso sí,

⁴⁵² *Vid.* KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, *cit.*, p. 199

⁴⁵³ KELSEN, Hans, *La paz por medio del derecho*, *cit.*, p. 80

el matiz de que estos principios generales son parte del derecho internacional. Y como en los estatutos de la CPJI y de la CIJ, se ofrece la posibilidad de que los jueces puedan decidir por equidad (*ex aequo et bono*) siempre que las partes den su consentimiento. Las sanciones a aplicar serían, pues, las propias del derecho internacional, estando facultado el tribunal para imponer las “sanciones económicas o militares necesarias” contra quien viole las normas internacionales (artículo 35).

c) Responsabilidad individual

La posibilidad de ejercer una jurisdicción obligatoria sobre los estados miembros del pacto supone ya un gran avance en la técnica del derecho internacional. Pero Kelsen considera que se puede ir más allá e introducir una mejora todavía mayor: la responsabilidad penal internacional del individuo. A ella le dedica por completo la segunda parte de *PMD* y su segundo anexo, titulado *Disposiciones contractuales estableciendo la responsabilidad individual por las violaciones del derecho internacional (Jurisdicción penal internacional)*. Éste supone una modificación parcial a los artículos del primer anexo que permitiría la introducción de la responsabilidad individual.

Antes de ver su concreción, recordemos brevemente algunos de los fundamentos que llevan a Kelsen a considerar que la posibilidad de castigar a individuos particulares por parte de un tribunal internacional supone un avance sustancial en el camino hacia la pacificación de las relaciones internacionales. Ya hemos visto que, dentro de la teoría kelseniana del derecho internacional, no son realmente los estados, sino los individuos los sujetos obligados en última instancia por las normas de derecho internacional [*supra*, 2.2.3]. También hemos visto que la guerra —y, con los matices que se quieran, podría incluirse dentro de la categoría “guerra” cualquier tipo de acción militar— es una sanción primitiva, que no respeta los más elementales principios del derecho penal [*supra*, 3.1.2.a]. Cada violación del derecho internacional, cada ilícito imputado a un estado, es realizado en realidad por

individuos concretos, con nombres y apellidos. Sin embargo, la inmunidad de la que estos individuos tradicionalmente han gozado ha impedido que pudieran ser juzgados por otros estados y su propia responsabilidad ha quedado disuelta entre el dolor de la sanción colectiva infligida a la población del estado que representaban. Dotando a un tribunal internacional de la capacidad para juzgar a individuos, Kelsen propone invertir esa lógica: se trata de que sea la responsabilidad individual del sujeto la que excluya la responsabilidad colectiva del pueblo, y no al contrario, como hasta ese momento había sido la tónica en la larga historia del derecho internacional.

En consecuencia, no deben ser ya únicamente los estados —cuya responsabilidad sólo se puede sustanciar de manera colectiva y objetiva, castigando, en realidad, a su población—, sino también los individuos —cuya responsabilidad sí que puede ser determinada de manera individual y subjetiva— quienes pueden ser enjuiciados ante el tribunal internacional. Con el establecimiento de la responsabilidad individual se da un gran paso adelante hacia la eliminación total de la guerra. En palabras de Kelsen: “Uno de los medios más eficaces para impedir la guerra y garantizar la paz internacional es la promulgación de reglas que establezcan la responsabilidad individual de las personas que como miembros del gobierno han violado el derecho internacional recurriendo a o provocando la guerra”⁴⁵⁴.

Hay que señalar que algunas cuestiones jurídicas que pueden presentar dificultades, como la aplicación retroactiva de la ley sancionadora o la excusa del cumplimiento de una orden superior, son solventadas técnicamente por Kelsen de forma que no supongan un escollo para otorgar al tribunal la facultad para determinar la responsabilidad penal de los individuos. Por un lado, la vigencia en el derecho internacional general de la prohibición de establecer disposiciones sancionadoras no favorables —las conocidas como leyes *ex post facto*, que contravendrían las

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 91

exigencias derivadas del principio de legalidad— es negada por Kelsen⁴⁵⁵. Por otro lado, las violaciones del derecho internacional realizadas en cumplimiento de la orden de un superior parecen un buen motivo para excluir la responsabilidad individual de quienes las cometen, siempre y cuando sean cometidas como actos de estado que revistan una mínima apariencia de legalidad⁴⁵⁶. Puesto que la jurisdicción para procesar a quienes actúan en nombre del estado reside en el propio estado, Kelsen llega a la conclusión de que la solución más sencilla sería el otorgamiento expreso de esa competencia al tribunal mediante el tratado que lo constituya: el tratado “puede excluir también la excusa de la orden superior si ello pareciese necesario para el desarrollo de la justicia internacional”⁴⁵⁷.

En el contexto del final de la Segunda Guerra Mundial, cuando Kelsen está pensando en la responsabilidad individual por violaciones del derecho internacional, está pensando evidentemente en el castigo a los criminales del Eje, fundamentalmente a los criminales nazis. Pero Kelsen insiste en que ese castigo no debe considerarse como una venganza, sino como el punto de partida de un avance técnico fundamental para el progreso del derecho internacional. Ése es el principal motivo que llevó al viejo maestro a considerar que los juicios de Nuremberg no podían ser considerados como un precedente⁴⁵⁸. Juzgar a los responsables de las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial era imprescindible, pero igualmente imprescindible era dotar al tribunal que los condenara de unas condiciones jurídicas capaces de emitir al mundo el mensaje de que los crímenes contra el derecho internacional tendrían su justo

⁴⁵⁵ *Vid. Ibid.*, pp. 103 y ss. Y con más amplitud, *vid. Id.*, “The Rule against Ex Post Facto Laws and the Prosecution of Axis War Criminals”, *cit.*

⁴⁵⁶ *Vid. KELSEN*, Hans, *La paz por medio del derecho*, pp. 117 y ss.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, pp. 123

⁴⁵⁸ *Vid. KELSEN*, Hans, “Will the judgement in the Nuremberg trial constitute a precedent in international law?”, *cit. Cfr. CIAURRO*, Luigi, “Postilla alla critica giuridica di Kelsen sul proceso di Norimberga”, en *Nuovi Studi Politici*, n° 19, 1989, pp. 117-126

castigo, tanto si eran cometidos por los vencedores como por los vencidos⁴⁵⁹. He ahí el primero de los requisitos que puede destacarse del tribunal kelseniano: la imparcialidad requerida para enjuiciar a los estados se requería también para enjuiciar a los individuos. Por ese motivo la propuesta de Kelsen insiste en que el tribunal debe componerse tanto por jueces de las potencias vencedoras como de las vencidas⁴⁶⁰. Y, de igual modo, deben ser sometidos a él quienes hayan cometido actos ilícitos tanto en uno como en otro bando. “Sólo si los victoriosos se someten a la misma ley que desean imponer a los estados vencidos podrá mantenerse la idea de justicia internacional”⁴⁶¹. Algo que, ya sabemos, estuvo muy lejos de ocurrir en los juicios de Nuremberg, que, además se substanciaron ante un tribunal de carácter militar y no realmente internacional.

Tampoco cumpliría el Tribunal de Nuremberg otra de las condiciones esenciales del tribunal imaginado por Kelsen: tener un carácter permanente y no *ad hoc*. La imparcialidad que requiere el juicio no sólo tiene que ver con la neutralidad de la composición de los miembros del tribunal, sino también con que éstos puedan llevar a cabo su función juzgadora en el adecuado clima que asegure su independencia; o, en palabras de Kelsen, en “una atmósfera no envenenada por las pasiones bélicas”⁴⁶². Por eso, el juicio a los criminales nazis no debería ser concebido como un episodio significativo pero puntal en la historia. Debía servir, al contrario, para implementar con carácter estable la responsabilidad de los individuos en el ámbito internacional. Y a tal fin era necesario dotar al tribunal de la competencia necesaria para sustanciar

⁴⁵⁹ Esta brecha entre vencedores y vencidos establecida en los juicios de Nuremberg se ve magníficamente recreada en la película de Standley Kramer *Judgement at Nuremberg* (1961), precisamente traducida al castellano como *¿Vencedores o vencidos?*. Es del todo recomendable el análisis jurídico de la película ofrecido en: MUÑOZ CONDE, Francisco y MUÑOZ AUNIÓN, Marta, *¿Vencedores o vencidos? Comentarios jurídicos y cinematográficos a la película de Standley Kramer “El juicio de Nuremberg” (1961)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003

⁴⁶⁰ *Vid.* KELSEN, Hans, *La paz por medio del derecho*, *cit.*, p. 123. Queda, sin embargo, la duda de si también a los procedimientos contra personas individuales se aplica lo dispuesto en el artículo 16.2, que excluye la participación de un juez en el concreto procedimiento contra el estado del cual él es originario.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 126

⁴⁶² *Vid. Ibid.*, p. 124

dicha responsabilidad. Con ese motivo, entre las modificaciones que se introducen en el Anexo II se encuentra la de incorporar al tribunal jueces específicamente técnicos en derecho penal y la posibilidad de introducir una cámara especial en el tribunal⁴⁶³. Se prevén también con notable detalle las cuestiones referentes a las obligaciones de los estados para entregar a los sujetos que les sean requeridos, quiénes pueden ser parte en el procedimiento o en qué casos puede ejercer el tribunal como cámara de apelaciones.

Los delitos a juzgar y las penas a imponer por el tribunal aparecen escasamente detalladas en el Anexo, aunque Kelsen se ocupa de ellas en la última parte de su libro. Allí se nombran las siguientes violaciones del derecho internacional: *a)* el recurso a la guerra haciendo caso omiso del derecho internacional general o particular; *b)* la provocación de la guerra; *c)* la violación de las reglas de la guerra; y *d)* la violación de otras normas internacionales. Dentro de ellas había que distinguir las violaciones que han sido cometidas como actos del estado o las que pueden no presentar ese carácter⁴⁶⁴. Las penas a imponer serían las que el derecho del estado del infractor impusiera, incluida la de muerte si estuviera prevista. En el caso de que no se prevea ninguna pena, éstas podrían ser determinadas mediante un tratado, o bien autorizar al tribunal a fijarlas según su criterio⁴⁶⁵.

Ni en el diseño del Estatuto de la CIJ ni en los juicios de Nuremberg se tuvieron en cuenta los consejos de Kelsen. El organismo judicial de las Naciones Unidas no fue dotado de jurisdicción obligatoria⁴⁶⁶ ni de competencia para enjuiciar individuos. El Tribunal de Nuremberg no se estableció de forma permanente ni su estatuto se acercó a nada parecido a la imparcialidad. Sólo muchos años después, con la firma del Estatuto de Roma, que estableció la Corte Penal Internacional en 1998 y que entró en

⁴⁶³ *Vid. Ibid.*, p. 127

⁴⁶⁴ *Vid. Ibid.*, pp. 129 y ss.

⁴⁶⁵ *Vid. Ibid.*, p. 126

⁴⁶⁶ *Vid. KELSEN, Hans, The Law of the United Nations... cit.*, p. 477

vigor en el 2002, se consiguió un tribunal similar al deseado por Kelsen⁴⁶⁷. La no adhesión de potencias como Estados Unidos, Rusia, China o Israel hace que la valoración que merezca la Corte tras doce años de funcionamiento deba ser más bien discreta. En los pocos procedimientos que se han podido llevar a cabo sólo se han visto rostros negros en el banquillo de los acusados. Rostros de dirigentes de países africanos, como si únicamente ellos cometieran los más graves crímenes. Danilo Zolo ha insistido en que el fracaso de las experiencias de la justicia internacional individual, *desde Nuremberg a Bagdad*, supone la constatación de “la impracticabilidad del pacifismo judicial kelseniano, de su carácter ilusorio”⁴⁶⁸. La solución del problema de la paz parece estar para el pensador realista italiano en un lugar tan alejado de los tribunales como lo estará para Morgenthau. Tachar de *ilusorio* el proyecto formulado por Kelsen, sin embargo, parece demasiado fácil. Máxime cuando Kelsen no se contenta con desarrollar una aplicación de los postulados de su teoría pura al ámbito internacional, sino que —como se ha intentado mostrar aquí— se muestra continuamente interesado también por las posibilidades prácticas de su implantación.

Quienes califican la propuesta kelseniana de ilusoria o de utópica en la mayoría de ocasiones no están sino negando la esencia misma del derecho. Pero sin derecho sólo puede reinar la barbarie, por eso el pacifismo kelseniano es un pacifismo jurídico que busca la paz a través de la construcción de un ordenamiento jurídico internacional sólido, asimilado en su grado centralización institucional a los estados modernos. Así, el tribunal internacional permanente, de jurisdicción obligatoria y con capacidad para enjuiciar a individuos es un paso fundamental, pero no un paso definitivo. Constituye simplemente una propuesta explícitamente *realista*. No se trata de una

⁴⁶⁷ Por mencionar sólo algunas diferencias, la Corte Penal Internacional sólo tiene capacidad para enjuiciar a individuos, y no a individuos y a estados. El Estatuto de Roma, además, da un catálogo cerrado de crímenes que la Corte puede entrar a juzgar (genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión). Se descarta, además la aplicación de las leyes *ex post facto*, puesto que establece expresamente el principio *nulla poena sine lege*.

⁴⁶⁸ ZOLO, Danilo, *Los señores de la paz... cit.*, p. 41

propuesta ideal, sino de una propuesta presentada como *políticamente posible*⁴⁶⁹ a corto o medio plazo. A largo plazo, sin embargo, es cierto que Kelsen parece soñar con un ordenamiento internacional todavía más perfecto. Y desde esta perspectiva el tribunal internacional no sería más que el primero de una serie de cambios más profundos, el “requisito indispensable para el logro de mayores y ulteriores progresos”⁴⁷⁰.

3.3. ¿Hacia una *civitas maxima*?

La defensa por parte de Kelsen de un estado mundial debe ser tomada con la suficiente cautela. Las alusiones a él, que ciertamente son abundantes en su obra, parecen deberse más a una mera posibilidad lógica que a una propuesta seria. Puesto que el asunto no es específicamente abordado en ninguno de sus trabajos, en este último epígrafe he creído conveniente distinguir varios conceptos que están interrelacionados entre sí y que se prestan a confusión. Por un lado hay que distinguir la concepción universal del fenómeno jurídico, que para Kelsen sería simplemente una consecuencia lógica del principio de unidad del conocimiento científico (1); por otro lado, el concepto de *civitas maxima* o estado mundial —Kelsen usa ambos términos indistintamente—, que será no ya una imposición derivada del método jurídico, sino una construcción política que puede ser más o menos deseable a largo plazo (2); y, finalmente, por otro lado, las consideraciones a propósito de la construcción federalista de las relaciones entre estados (3), que podría llevar hacia la instauración de un estado mundial, pero que no necesariamente tiene por qué hacerlo.

⁴⁶⁹ KELSEN, Hans, *La paz por medio del Derecho*, cit., p. 36

⁴⁷⁰ KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, cit., p. 203

3.3.1. *Un derecho universal*

La retórica de la *civitas maxima*, constantemente utilizada por Kelsen en sus escritos, puede entenderse ciertamente como la expresión de un ideal ético cosmopolita. Pero no se entendería en su justa dimensión si su uso no fuera puesto en relación con el grado más acabado de perfección de una teoría del derecho que, en tanto que unitaria, encuentra en la idea de universalidad su expresión más genuina. Objetividad y universalidad parecen ser dos caras de la misma moneda. Ya en la primera edición de la *Teoría pura* Kelsen establecía que si su teoría es “absolutamente objetiva y universalista” es porque “se orienta fundamentalmente hacia la totalidad del derecho y sólo trata de aprehender cada fenómeno singular en conexión sistemática con todos los otros”⁴⁷¹.

Acierta, por lo tanto, von Bernstorff cuando advierte que la palabra *universal* en Kelsen debe ser entendida en un doble sentido: *universal* implica la unidad del derecho internacional y del derecho estatal —y en esa medida se relaciona con la idea *civitas máxima* o estado mundial—; pero implica también que el derecho, en tanto que específica técnica social, puede tener cualquier contenido y ser utilizado en cualquier ámbito. La idea de la universalidad no implica necesariamente dar por buena la unidad organizativa de un estado mundial, pero sí que constituye un llamamiento de atención sobre la posibilidad real del “futuro desarrollo político de una *comunidad jurídica universal*”⁴⁷².

Para afirmar que el derecho es universal Kelsen no necesita la existencia de un estado mundial, pero tampoco de una sociedad mundial organizada o de una

⁴⁷¹ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.), cit., p. 93

⁴⁷² von BERNSTORFF, Jochen, *The Public International Law Theory...* cit., p. 110

“humanidad” en el sentido atribuido por los autores iusnaturalistas⁴⁷³ de raíz cristiana, como la *communitas orbis* de Vitoria⁴⁷⁴. Los fundamentos sociológicos o políticos de una comunidad jurídica universal podrán interesar desde el punto de vista de la sociología del derecho, pero son indiferentes desde el punto de vista estrictamente jurídico impuesto por Kelsen al jurista, para quien únicamente han de contar las normas jurídicas. De esta forma, a diferencia de aproximaciones sociológicas al derecho internacional como las que paradigmáticamente podrían representar Scelle o Politis⁴⁷⁵, Kelsen renunciaba a que la realidad social debiera ser un factor a considerar a efectos de determinar la existencia de una norma del derecho internacional. *Ubi societas, ibi ius*; pero no necesariamente *ubi ius, ibi societas* podría ser la paradójica consecuencia de esa manera puramente formal de comprender el fenómeno jurídico.

Justamente esa paradoja, la de un derecho sin sociedad, la de un derecho internacional que insiste en ser ajeno a las condiciones de la sociedad internacional en la que opera, es la que enérgicamente rechazará Morgenthau [*infra*, 4.2.3.b], pero también, de diferente manera, Schmitt. Es este último quien afirma con toda contundencia que el ámbito de lo político —y recordemos que el derecho queda disuelto en la política para Schmitt— no es un universo, sino un *pluriverso*⁴⁷⁶; es decir, un ámbito con tantas caras como actores se hallen en pugna por defender sus intereses. No existe para Schmitt la posibilidad de crear un único estado mundial porque no es posible esperar que los estados, y particularmente los estados fuertes, vayan a renunciar a sus legítimas aspiraciones de poder. El concepto de

⁴⁷³ La retórica universalista de Kelsen, sin embargo, le valió precisamente críticas que le acusaron de caer en pociones iusnaturalistas. Una de las más conocidas es la de John H. Herz —otro antiguo estudiante que disentía del maestro—, quien consideró que la de Kelsen era “la más sofisticada teoría del derecho natural” (HERZ, John, H., “Kelsen’s Doctrine in the Nuclear Age”, en ENGEL, Salo y MÉTALL, Rudolf A, (eds.), *Law, State and International Legal Order... cit.*, p. 108).

⁴⁷⁴ Vid. de VITORIA, Francisco, *Relectio de indis. Carta magna de los indios*, CSIC, Madrid, 1989 [1538]

⁴⁷⁵ Vid. von BERNSTORFF, Jochen, *The Public International Law Theory... cit.*, p. 148; y, más ampliamente, KOSKENNIEMI, Marti, *The Gentle Civilizer... cit.*, pp. 302 y ss.

⁴⁷⁶ Vid. SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político... cit.*, pp. 82 y ss.

universalismo utilizado por Kelsen cobra de esta manera todo su significado por contraposición al particularismo de Schmitt. El derecho, para aspirar a ser la herramienta pacificadora que Kelsen desea, debe ser presentado libre de cualquier atributo que lo circunscriba a una determinada circunstancia particular. Así, la universalidad del derecho no es la consecuencia de la existencia de un estado mundial, sino el atributo que hace que la lógica objetiva del derecho pueda ser universalmente extendida.

3.3.2. *El ideal de la civitas maxima*

Netamente inspirado por Christian Wolff⁴⁷⁷, el ideal de la *civitas maxima* debe ser visto como la consecuencia última del proceso de *desmitificación* al que Kelsen somete al estado [*supra*, 2.2.3.b], el resultado de llevar la racionalidad jurídica hasta sus últimas consecuencias. El estado no es la realidad metafísica que los nacionalistas alemanes se empeñaban en considerar. Carece de la personalidad autónoma que Jellinek o Laband insistían en atribuirle. El estado no es más que orden normativo, y lo único que lo caracteriza desde el punto de vista jurídico es su alto grado de centralización. Si son superados los prejuicios dualistas y el estado es despojado del dogma de su soberanía para ser considerado como uno más de los escalones que componen la pirámide jurídica, entonces puede afirmarse que “nada se opone a una evolución que haría del orden jurídico internacional, todavía muy primitivo, un orden perfecto de la comunidad internacional, un verdadero estado”⁴⁷⁸. Nada, ni en la propia naturaleza del derecho internacional ni en la naturaleza del estado, se opondría a que el orden jurídico internacional pudiera convertirse en un

⁴⁷⁷ En *Metafísica Alemana* (1720) Wolff ya escribía: “§ 549. *El mundo es una unidad*: Lo que está conectado respecto al espacio y al tiempo constituye una unidad. De la conexión del diferente respecto al espacio y al tiempo se reconoce que ello es un ente solo. Puesto que, ahora, en el mundo todo está conectado respecto al tiempo y al espacio, el mundo debe ser considerado como un ente. § 550. *El mundo es un entero que consta de partes*: Por eso el mundo es un entero, y los entes que son coexistentes, como también aquellos que son sucesivos, son sus partes” (WOLFF, Christian, *Metafísica Tedesca*, ed. a cargo de Raffaele Ciafardone, Rusconi, Milán, 1999).

⁴⁷⁸ KELSEN, Hans, *Les rapports de système... cit.*, p. 318

estado *stricto sensu*. Así, es cierto que la idea de un estado mundial coincide para Kelsen con un deseable ideal ético cosmopolita, pero no sería en última instancia sino el resultado de un proceso lento y constante de perfeccionamiento técnico del derecho internacional. Desde el momento en que ese proceso de perfeccionamiento apuntaría, como hemos visto, a la centralización de las funciones de producción y aplicación de las normas jurídicas, parece que llegar al estado mundial fuera sólo cuestión de tiempo.

Kelsen, en cualquier caso, no ignora que existen importantes dificultades de orden político y sociológico que hacen aconsejable considerar al estado mundial como un ideal que conseguir sólo muy a largo plazo. Se atreve, no obstante, a apuntar —es cierto que de forma bastante vaga— cómo debería funcionar esa *civitas maxima* y cuál podría ser la vía política para alcanzarla. La *civitas maxima* kelseniana sería netamente democrática. Constituida a la manera de un estado federal, su órgano central sería un parlamento mundial, donde cada uno de los estados miembros dispondría de un voto⁴⁷⁹. Los órganos administrativos centrales son imaginados con una competencia similar a la de los órganos federales de los Estados Unidos.

Son precisamente los Estados Unidos y Suiza los dos estados federales que Kelsen toma como referencia para la construcción de una federación de estados mundial; aunque es consciente de que las condiciones políticas y sociales para extrapolar sus esquemas a una escala planetaria son muy diferentes: tanto en uno como en otro caso existían intereses económicos comunes, una estrecha relación política que había llevado a una previa confederación, una proximidad geográfica y, en el caso de Estados Unidos, una lengua y religión comunes. Kelsen, sin embargo, contempla como un obstáculo por el momento insuperable la disparidad de culturas y lenguas que existen en todo el mundo, por eso considera que fundar las esperanzas en la

⁴⁷⁹ El mismo Kelsen reconoce que queda irresuelta la cuestión de la representatividad de la población: “sería un cuerpo legislativo en el que la India y China tendrían aproximadamente tres veces más diputados que los Estados Unidos de América y Gran Bretaña juntos” (KELSEN, Hans, *La paz por medio del Derecho*, cit., p. 44)

creación de un estado mundial federal “nada más que en los ejemplos de Estados Unidos y Suiza constituye una ilusión peligrosa”⁴⁸⁰. El nacionalismo es una circunstancia que debe tomarse en cuenta si no se quiere crear instituciones que resulten ilegítimas en tanto que los distintos pueblos no se vean lo suficientemente representados en ellas⁴⁸¹. En este sentido, habla de una “evolución larga y lenta que iguale las diferencias culturales entre las naciones del mundo”⁴⁸². Más que *igualar las diferencias culturales* —que son un valor en sí mismas—, no obstante, seguramente sería preferible igualar las desigualdades *económicas y sociales* —que son un desvalor en sí mismas—. El ejemplo más acabado, aunque todavía muy imperfecto, de cómo gestionar en una unidad política que abarca un gran territorio, dentro del cual conviven e interactúan personas de distintas lenguas y religiones sometidas a unas mismas reglas comunes, lo constituye sin duda la actual Unión Europea⁴⁸³.

Debe hacerse aquí alguna referencia a la situación de las minorías dentro de este estado mundial. Pese a la desafortunada afirmación acerca de las diferencias culturales que se acaba de citar, Kelsen, en su condición de persona que ha experimentado la discriminación tantas veces a lo largo de su vida, no deja de considerar que es precisamente el progreso del derecho internacional el mejor instrumento para salvaguardar los derechos de las minorías. “El medio más eficaz para asegurar la defensa de las minorías —afirma— consistiría en confiar la solución de esas dificultades a los tribunales internacionales”⁴⁸⁴ y, más aún: “[las minorías nacionales] deben ser organizadas como entidades con derechos constitucionales. El tratado que establezca la comunidad internacional debe concederles el *status* de

⁴⁸⁰ KELSEN, Hans, *La paz por medio del Derecho*, cit., p. 46. En el mismo sentido, vid. Id., *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, cit., pp. 173 y ss.

⁴⁸¹ Vid. KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, cit., p. 173

⁴⁸² KELSEN, Hans, *La paz por medio del Derecho*, cit., p. 46

⁴⁸³ He reflexionado sobre ello en: GARCÍA SAEZ, Jose Antonio, “Las aspiraciones cosmopolitas de la ciudadanía europea a la luz del Tratado de Lisboa”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 19, 2009, pp. 24-43

⁴⁸⁴ KELSEN, Hans, *Théorie Générale du Droit International Public*, cit., pp. 167-168

personalidad en derecho internacional; lo cual quiere decir que podrán apelar al tribunal internacional⁴⁸⁵.

Por todo ello, la *civitas maxima* que Kelsen imagina es bien diferente de un gobierno mundial tiránico y uniformizador temido por algunos pensadores, como Zolo⁴⁸⁶. Es simplemente la consecuencia de extender al ámbito internacional la organización jurídica que ha sido capaz de pacificar de forma más eficaz las relaciones entre los seres humanos, es decir, el estado. Concebido éste desde el punto de vista de la teoría pura del derecho como un punto de imputación jurídica más dentro de la cadena de imputaciones de un mismo sistema que encuentra su origen en una misma norma fundamental, no existe entonces ningún problema de índole jurídica para pensar que un estado pueda ser un estado mundial si son centralizados los órganos de producción y aplicación de las normas internacionales. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, por lo tanto, parece claro que no hay obstáculos para hablar de un estado mundial. Ahora bien, debería de reconocerse que, desde otros puntos de vista, el estado no es sólo orden jurídico, sino que también está asociado a herencias culturales, históricas, o políticas. Así pues, la denominación de estado para referirse a la comunidad internacional quizá sea contraproducente, puesto que no tiene en cuenta esas herencias. Si, como Kelsen sostiene, no existen diferencias sustanciales, sino simplemente de grado entre un estado y una región autónoma o un ayuntamiento, no se ve por qué motivo no se podría entonces, por la misma regla de tres, denominar *ayuntamiento* a la realidad política que hasta ahora ha sido conocida como estado. En este punto, como en tantos otros, se vuelve necesario reconsiderar el total aislamiento de la ciencia jurídica respecto de las otras ciencias sociales.

⁴⁸⁵ KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, cit., p. 193

⁴⁸⁶ Vid. ZOLO, Danilo, *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, trad. de Rafael Grasa y Francesc Serra, Paidós, Barcelona, 2000 [1997], pp. 137 y ss.

3.3.3. *La construcción federalista*

Si es que se acepta como deseable la idea de un estado mundial, Kelsen considera que éste sólo podría ser alcanzado mediante el recorrido de una serie de etapas⁴⁸⁷. La técnica del federalismo es, como ya se ha apuntado, la que permitiría ir avanzando en ese largo recorrido. Por eso, para cerrar este análisis habría que dejar mínimamente apuntadas algunas de sus observaciones a propósito del federalismo.

Pese a que Kelsen declinó formar parte de la *Société Européene de Culture* que Umberto Campagnolo había fundado tras la Segunda Guerra Mundial para impulsar un movimiento federalista europeo⁴⁸⁸, resultan claras sus simpatías por el federalismo. En *DPRI* Kelsen desarrolla con algún detalle tanto los presupuestos que deben concurrir para la constitución de un estado federal como para una confederación de estados. Ambas formas jurídicas serían en todo caso una muestra de las instancias intermedias que pueden surgir entre el estado mundial y el estado-nación; es decir, una muestra del proceso de centralización de las funciones (no solamente judiciales, sino también de gobierno, administrativas y legislativas) al que tiende la dinámica internacional. Es solamente el grado de centralización de estos nuevos órdenes lo que determina si la comunidad que constituyen es un estado o meramente una unión internacional de estados⁴⁸⁹. Un estado federal representaría el tipo intermedio entre un estado unitario y una unión de estados: su grado de descentralización todavía sería compatible con la forma de una comunidad jurídica nacional, pero su grado de centralización no sería ya compatible con el de la comunidad internacional.

⁴⁸⁷ *Vid.* KELSEN, Hans, *La paz por medio del Derecho*, *cit.*, p. 46

⁴⁸⁸ El motivo que Kelsen ofrece a Campagnolo en carta de 10 de octubre de 1952 es su consabida costumbre de no pertenecer a asociaciones que, directa o indirectamente, persigan fines políticos para preservar su independencia académica. Losano, sin embargo, considera que la renuncia pudo estar relacionada también con las fuertes presiones ejercidas por el macarthismo en los Estados Unidos de aquellos años, que generaba un clima de sospecha hacia cualquier idea que pudiera ser, remotamente, relacionada con el comunismo (*Vid.* LOSANO, Mario G., “Presenze italiane in Kelsen”, en KELSEN, Hans y CAMPAGNOLO, Umberto, *Diritto interazionale e stato sovrano*, *cit.*, pp. 76-77).

⁴⁸⁹ *Vid.* KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, *cit.*, p. 155

Aunque parece ser que cualquier camino hacia un estado mundial debería pasar por la profundización en la dinámica federalista, no proporciona Kelsen una fórmula acabada sobre la dirección en la que ese proceso debería emprenderse. Por ejemplo, si, como efectivamente parece que está sucediendo en la actualidad, ese federalismo vendría marcado por procesos de integración regional o si, por el contrario, debería adoptar otro tipo de criterios. En cualquier caso, la pregunta de *¿estado mundial o confederación de estados?*, en mi opinión, es implícitamente contestada por Kelsen a favor de la segunda idea. La paz internacional no podría conseguirse sin el derecho internacional, pero sí puede conseguirse sin la creación de un estado mundial⁴⁹⁰, afirma nítidamente en *PMD*.

⁴⁹⁰ Vid. KELSEN, Hans, *La paz por medio del Derecho*, cit., p. 44

PARTE III

La lucha por el poder y la paz:

El realismo político de Hans J. Morgenthau

Capítulo IV

Una teoría de la política internacional

Morgenthau acompaña el título de su principal obra, *PAN*, con un subtítulo muy significativo: *The Struggle for Power and Peace (La lucha por el poder y por la paz)*. Esta expresión —que fue el título de la traducción española de la obra¹— indica claramente que para Morgenthau la construcción de la paz no será, al contrario que para Kelsen, una cuestión técnica. Conseguir la paz dependerá más bien de la capacidad para entender la esencia de la política internacional, que está determinada por la naturaleza misma del hombre. Una naturaleza intrínsecamente política y, en consecuencia, relacionada con la perpetua y omnipresente ambición por el poder. De este modo, para Morgenthau la clave para alcanzar una paz perdurable estaría en una gestión adecuada y sabia (*prudente*) del elemento del poder en el ámbito internacional. Ya no estamos ante la fórmula kelseniana *peace through law*, sino ante la fórmula *peace through diplomacy*. La paz no será ya un asunto jurídico, sino político, reservado al buen hacer de los diplomáticos.

Por eso, en esta tesis se habla de la teoría de la política internacional de Morgenthau en contraposición a la política del derecho internacional de Kelsen. Las propuestas respecto del problema de la paz —que era, sin duda, una de las grandes cuestiones de su tiempo— proporcionadas por un autor y otro se centran, respectivamente, en cada una de esas disciplinas. Hay que prestar atención en este sentido a la evolución realizada por Morgenthau desde el derecho a la ciencia política; concretamente desde el campo del derecho internacional al campo de las relaciones internacionales. ¿Cómo es el proceso por el cual el joven jurista europeo, interesado por la filosofía del derecho y por el derecho internacional, acaba convertido en un afamado teórico de la política exterior estadounidense? ¿En qué momento abandona el punto de vista

¹ MORGENTHAU, Hans, J., *La lucha por el poder y por la paz*, trad. de Francisco Cuevas Cancino, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1963 [1948]

interno —por utilizar la conocida expresión de Hart²— y adopta un punto de vista externo al derecho?

Para comprender bien ese tránsito se hace imprescindible conocer la formación que Morgenthau recibe en Europa como jurista, en un sustrato cultural y teórico en buena medida común al de Kelsen. Esta circunstancia refuerza el sentido que puede tener comparar las obras de ambos autores. Si bien en el contexto de la República de Weimar Morgenthau resulta claramente impactado por el antiformalismo de Schmitt —aspecto de su obra que ya ha sido extensamente destacado por numerosos comentaristas³—; no es menos cierto que el formalismo kelseniano influye también en la manera en la que Morgenthau entiende el fenómeno jurídico, aspecto éste que resulta mucho menos conocido⁴ y sobre el que sólo recientemente han reparado algunos analistas, como Oliver Jütersonke o William E. Scheuerman.

² Utilizaré aquí la expresión *punto de vista interno* no en el sentido estricto normalmente utilizado por Hart, que lo asociaba al práctico del derecho; sino en un sentido amplio, considerando que adoptaría el punto de vista interno el teórico del derecho que no se conforma con constatar la mera aplicación o no de las normas, sino que entra a examinar la manera en la que las normas funcionan (*vid.* HART, Herbert L. A., *El concepto de dret*, *cit.*, pp. 169 y ss. y 381). Aunque no es la posición que aquí se mantiene, algunos autores han interpretado que ya desde sus primeras obras puede cuestionarse que Morgenthau adopte ese punto de vista interno. Una de las reseñas a la publicación de su tesis doctoral ya señalaba que “el autor se muestra más como un teórico del poder que como uno del derecho” (WEHBERG, Hans, “Review of Morgenthau, *Die internationale Rechtspflege*”, en *Die Friedens Warte*, nº 30, 1930, pp. 30-31, p. 31).

³ SCHEUERMAN, William E., *Carl Schmitt. The End of Law*, Rowman & Littlefield, Lanham, 1999, pp. 225 y ss.; Id., “Carl Schmitt and Hans Morgenthau: Realism and beyond”, en WILLIAMS, Michael C. (ed.), *Realism Reconsidered: The Legacy of Hans J. Morgenthau in International Relations*, Oxford University Press, 2008, pp. 62-92; KOSKENNIEMI, Martii, “Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations”, *cit.*; Id., *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, 2001, pp. 413 y ss.; CAMPI, Alessandro, “Hans J. Morgenthau e Carl Schmitt: un bilancio critico-biografico”, en MORGENTHAU, Hans J., *Il concetto del politico. “Contra” Schmitt*, ed. a cargo de Alessandro Campi y Luigi Cimmino, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009, pp. LIX-CXII; o BROWN, Cris, “The Twilight of International Morality? Hans J. Morgenthau and Carl Schmitt on the end of the *Jus Publicum Europaeum*”, en WILLIAMS, Michael C. (ed.), *Realism Reconsidered... cit.*, pp. 42-61

⁴ Un ejemplo es el trabajo que pretende profundizar en los orígenes del pensamiento de Morgenthau, pero que ignora prácticamente por completo su formación como jurista puede encontrarse en: RUSSELL, Greg, *Hans J. Morgenthau and the Ethics of American Statecraft*, Louisiana State University Press, 1990; en especial, pp. 9 y ss.

Es, por lo tanto, en sus obras europeas y en sus primeras obras americanas en las que todavía podemos reconocer al Morgenthau jurista⁵, que es el Morgenthau que más nos interesa en esta tesis. Se trata de un jurista, sin embargo, que ya desde sus primeras publicaciones, siempre dedicadas a los problemas filosóficos en torno a la paz y el derecho internacional, está reivindicando la necesidad de una nueva concepción del derecho. Una concepción que fuera capaz de incorporar el elemento social y político que, en su opinión, resultaba descuidado por la teoría positivista con desastrosas consecuencias, particularmente en el ámbito internacional. Toda la obra jurídica y política de Morgenthau está claramente condicionada tanto por la *tragedia*⁶ internacional que supone el fracaso de la Sociedad de Naciones, como por la *tragedia* nacional que supone el resquebrajamiento de la República de Weimar y, con él, del propio liberalismo racionalista. Así, si el hecho de tener que huir de la Alemania nazi en 1933 supuso para Kelsen un acicate definitivo en la convicción de lo necesario que resultaba ahondar en la construcción teórica de un derecho internacional fuerte, para Morgenthau la misma experiencia —él había abandonado Alemania en 1932, pero su familia era expulsada también en 1933— significaría, en cambio, la muestra más evidente de que el derecho no bastaba por sí mismo como remedio para los graves males de la época. Lo necesario en el ámbito internacional sería desarrollar una teoría que tuviera en cuenta el ineludible componente *trágico* de lo político, que invitara a descubrir la verdadera naturaleza humana y a deshacerse de los corsés impuestos por el paradigma positivista dominante entre los estudiosos del derecho internacional.

⁵ Como jurista, ciertamente no se pueda decir que la obra de Morgenthau haya sido importante en la doctrina internacionalista. Uno de los pocos tratados de derecho internacional que cita los trabajos europeos de Morgenthau es Charles de Visscher. *Vid.* de VISSCHER, Charles, *Théories et réalités en droit international public*, A. Pedone, París, 1953; en especial, pp. 97 y 109

⁶ La concepción que tiene Morgenthau de lo político, en efecto, es una concepción eminentemente trágica. La palabra *tragedia* aparece repetida una y otra vez en sus escritos, especialmente en los de madurez. Ello no puede dejar de relacionarse con la influencia que en su formación ejercieron Nietzsche [*infra*, 4.1.3.a], pero también Freud [*infra*, 4.3.2.b]. Una interesante colección de ensayos sobre el uso de la tragedia en la teoría de las relaciones internacionales, con un fuerte protagonismo de Morgenthau, puede verse en: LEBOW, Richard Ned y ERSKINE, Toni (eds.), *Tragedy and International Relations*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2012

Esta reivindicación de una nueva teoría del derecho internacional primero adquirirá la forma de una teoría realista (*“Positivism mal compris et théorie réaliste du droit international”*, 1936) y más tarde de teoría *funcionalista* (*“Positivism, Functionalism, and International Law”*, 1940); para acabar finalmente convirtiéndose en una teoría realista, pero no del derecho sino de la política internacional. El origen de ese cambio debe situarse entre las voces críticas que durante la República de Weimar se alzan contra el liberalismo (en la política), contra el racionalismo (en la filosofía) y contra el positivismo (en el derecho). La de Schmitt fue quizás la más potente de esas voces, pero otros muchos autores influyeron en la formación de las bases epistemológicas y metodológicas que subyacen al pensamiento de Morgenthau. En este capítulo se intentará dar cuenta de esas influencias (1) para, a continuación, profundizar en el concepto que tiene Morgenthau de lo político y de lo jurídico (2). Particularmente, se planteará que el propio concepto de derecho que maneja es la clave para entender por qué, al contrario que Kelsen, Morgenthau se decide por buscar una solución política y no jurídica al problema de la paz mundial. Se analizarán, además, cuáles son los elementos principales del realismo político formulado por Morgenthau, así como algunos de sus antecedentes e influencias (3).

4.1. Premisas metodológicas y epistemológicas de Morgenthau

Jütersonke ha mostrado que los debates académicos que han tenido lugar en Alemania o en Estados Unidos en torno al surgimiento de la teoría realista de la política internacional, basados siempre en identificar el interés en términos de poder, fallan por lo general a la hora de contextualizar el pensamiento de Morgenthau. Y esto es así fundamentalmente porque se ignora o se minusvalora el sustrato jurídico en el que las ideas de Morgenthau están fundadas. Sólo ahondando en ese sustrato se puede apreciar realmente la profundidad y riqueza de su análisis del ámbito

internacional. Jütersonke insiste en que Morgenthau y otros muchos juristas alemanes emigrados [*supra*, 1.3] no sólo llevaron consigo al otro lado del Atlántico la famosa *Realpolitik* bismarckiana, sino que también aportaron un elaborado conjunto de saberes respecto de la relación entre el derecho y la política que deriva directamente de la compleja *Staatsrechtslehre* alemana⁷.

La obra por la que Morgenthau será siempre recordado, *Politics Among Nations*, fue explícitamente publicada como un libro de texto para estudiantes, concretamente como un manual de relaciones internacionales. De su enorme éxito (con 7 ediciones y numerosas reimpresiones), han trascendido a la posteridad fundamentalmente los *Seis principios de realismo político*, que se estudian prácticamente en cualquier curso introductorio a las relaciones internacionales; o el concepto de interés nacional definido en términos de poder. Durante décadas la literatura secundaria sobre Morgenthau se ha limitado a desarrollar o criticar estos conceptos, pero han sido escasos los intentos de interpretar su obra de forma integral y sistemática, así como de situarla en su contexto y orígenes. Una excepción es la obra editada por sus propios discípulos, *Truth and Tragedy* (1977, 2ª ed. 1984), que contiene su “*Fragment of an Intellectual Autobiography*” y la transcripción de una entrevista concedida a Bernard Johnson en 1968⁸, textos que han aportado numerosas claves para la reconstrucción de los orígenes de su pensamiento⁹. Otra excepción es el artículo publicado en 1978 por Niels Amstrup. En ese trabajo Amstrup ya destacaba que los orígenes del realismo de Morgenthau, más que en los interminables debates entre idealistas y realistas, debían buscarse en las disputas teóricas sobre la *Staatsrechtslehre* alemana: “antes de su partida a Estados Unidos en 1937, [Morgenthau] había escrito diversos libros y artículos sobre el derecho internacional y sobre las relaciones entre el derecho y la política”¹⁰. Su biógrafo, Christoph Frei,

⁷ Vid. JÜTERSONKE, Oliver, *Morgenthau, Law and Realism*, cit., pp. 4-5

⁸ MORGENTHAU, Hans J., “Bernard Johnson’s Interview...”, cit. Esta entrevista se incorporó sólo en la segunda edición de la obra, en 1984.

⁹ FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, pp. 1-2

¹⁰ AMSTRUP, Niels, “The “Early” Morgenthau. A Comment on the Intellectual Origins of Realism”, en *Cooperation and Conflict*, 13, 1978, pp. 163-175, p. 163

por supuesto, también ha recogido buena parte de la formación como jurista europeo de Morgenthau¹¹.

Sólo recientemente ha resurgido un interés por contemplar el conjunto de la obra de Morgenthau. Son ejemplos de ello monografías como las de Michael C. Williams¹², William E. Scheuerman¹³, Benjamin A. Schupmann¹⁴ o Felix Rösch¹⁵; pero también otros trabajos como los de Jan Willem Honig¹⁶, Karl Pichler¹⁷, Ulrik Enemark Petersen¹⁸, Luigi Cimmino¹⁹, Alessandro Campi²⁰ o Robert Schuett²¹. Todos ellos recuperan, desde diferentes enfoques, algunos de los aspectos de la formación europea de Morgenthau. Ninguno de esos trabajos se ha centrado, sin embargo, en la vertiente jurídica de Morgenthau. Ha sido Oliver Jütersonke el primero en abordar en

¹¹ Según Jütersonke la “biografía intelectual” elaborada por Frei, pese a ser muy valiosa por los datos que aporta y por la profundidad con la que aborda las influencias de Schmitt y de Nietzsche, no sitúa la obra de Morgenthau en un adecuado contexto histórico, ni tampoco presta la suficiente atención a su formación jurídica (*vid. JÜTERSONKE, Oliver, Morgenthau, Law and Realism, cit.*, p. 26). La crítica no me parece demasiado justificada, pues la obra de Frei, teniendo en cuenta su propósito general, en mi opinión sí da cuenta suficiente de las fundamentales discusiones teóricas de Weimar (*vid. FREI, Christoph, Hans J. Morgenthau... cit.*, pp. 145 y ss.) y también ofrece una perspectiva suficiente del concepto de derecho que Morgenthau desarrolla en sus obras europeas (*Ibid.*, pp. 132 y ss.).

¹² WILLIAMS, Michael C., *The Realist Tradition and the Limits of International Relations*, Cambridge University Press, 2005. Williams es también el editor de una interesante recopilación de ensayos sobre Morgenthau: *vid. Id. (ed.), Realism Reconsidered: The Legacy of Hans J. Morgenthau in International Relations*, Oxford University Press, 2008

¹³ SCHEUERMAN, William E., *Morgenthau. Realism and Beyond*, Polity, Cambridge, 2009

¹⁴ SCHUPMANN, Benjamin A., *Morgenthau Mal Compris: Investigating the Philosophical Roots of Hans Morgenthau's Political Realism*, VDM, Saarbrücken, 2011

¹⁵ RÖSCH, Felix, *Hans J. Morgenthau and the Weimar Republic. On the Epistemological Origins of Hans J. Morgenthau's Weltanschauung*, VDM, Saarbrücken, 2008

¹⁶ HONIG, Jan Willem, “Totalitarianism and Realism. Hans Morgenthau's German Years”, en *Security Studies*, nº 5 (1995/6), pp. 283-313

¹⁷ PICHLER, Karl, “The Godfathers of ‘Truth’. Max Weber and Carl Schmitt in Morgenthau's Theory of Power Politics”, en *Review of International Studies*, 24 (1998), pp. 185-200

¹⁸ PETERSEN, Ulrik Enemark, “Breathing Nietzsche's Air. New Reflections on Morgenthau's Concepts of Power and Human Nature”, en *Alternatives*, 24 (1999), pp. 83-119

¹⁹ CIMMINO, Luigi, “Il giovane Morgenthau e la metafisica del potere”, en MORGENTHAU, Hans J., *Il concetto del politico. “Contra” Schmitt*, ed. a cargo de Alessandro Campi y Luigi Cimmino, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009, pp. IX-LVIII

²⁰ CAMPI, Alessandro, “Hans J. Morgenthau e Carl Schmitt: un bilancio critico-biografico”, en MORGENTHAU, Hans J., *Il concetto del politico... cit.*, pp. LIX-CXII

²¹ SCHUETT, Robert, “Freudian Roots of Political Realism. The Importance of Sigmund Freud to Hans J. Morgenthau's Theory of International Power Politics”, en *History of the Human Sciences*, 20 (2007), pp. 53-78

profundidad —si bien es cierto que explícitamente desde la perspectiva de las relaciones internacionales²²— cómo influye la formación del Morgenthau jurista europeo en las teorías del Morgenthau analista de la política exterior de Estados Unidos. Con notable acierto, Jütersonke ha pretendido corregir una serie de prejuicios o ideas poco precisas sobre algunos aspectos de la obra y la biografía de Morgenthau, tales como que “su tesis doctoral fue una reacción contra Carl Schmitt, que todo el mundo conspiraba contra él en Ginebra o que su anti-cientificismo latente en *SM* o en *PAN* surge de un largo escepticismo respecto de las virtudes de la investigación empírica”²³.

Entre quienes se han preocupado por la vertiente jurídica de Morgenthau hay que citar también a Martii Koskenniemi, quien con su *Gentle Civilizer of Nations* supone una referencia indiscutible a la hora de situar correctamente a Morgenthau tanto en la historia del derecho internacional como en la historia de las relaciones internacionales²⁴. Años antes, Koskenniemi había usado también profusamente las posiciones de Morgenthau en *From Apology to Utopia*²⁵ como un ejemplo de la posición *escéptico-normativa* en la conceptualización de la estructura del argumento jurídico internacional. Los análisis de Koskenniemi demuestran nítidamente la

²² JÜTERSONKE, Oliver, *Morgenthau, Law and Realism*, cit., p. 28. Otros trabajos de Jütersonke sobre la relación de Morgenthau con el derecho son: Id., “Hans J. Morgenthau on the Limits of Justiciability in International Law: Tension and Dispute”, en *Journal of the History of International Law*, 8, n° 1, 2006, p. 181-211; Id., “The image of law in *Politics Among Nations*”, en WILLIAMS, Michael C. (ed.), *Realism Reconsidered... cit.*, pp. 93-117; Id., “Hans J. Morgenthau and the World State: Realism and the Legacy of Kelsenian Formalism”, texto preparado para la Conferencia anual de la *British International Studies Association* (BISA), celebrada en Manchester en abril de 2011 [se cita con permiso expreso de su autor]; Id., “Echoes of a Forgotten Past: Mid-Century Realism and the Legacy of International Law”, en *Ethics and International Affairs*, 26, n° 3, 2012, pp. 373-386

²³ JÜTERSONKE, Oliver, *Morgenthau, Law and Realism*, cit., p. 12

²⁴ Cabe destacar que Koskenniemi había preparado ya el terreno para abordar la relación entre Schmitt y Morgenthau en un trabajo anterior: KOSKENNIEMI, Martii, “Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations”, cit.

²⁵ KOSKENNIEMI, Martii, *From Apology to Utopia*, cit., pp. 197 y ss. Estudios recientes han pretendido atenuar los fuertes vínculos establecidos por Koskenniemi entre Schmitt y Morgenthau. Aunque, en efecto, el postulado fundamental de las obras de Schmitt y Morgenthau sea el mismo (la subordinación del derecho a la política), existirían entre ambos pensadores diferencias sustanciales que no deberían pasarse por alto: Morgenthau, por ejemplo, no aceptará la epistemología binaria de Schmitt ni tampoco su amoralidad (vid. BEHR, Hartmut y RÖSCH, Felix, “Introduction”, en MORGENTHAU, Hans J., *The Concept of the Political*, cit., pp. 1-79 cit., p. 22)

determinante influencia que tuvieron en el realismo político de Morgenthau los debates filosófico-jurídicos que se produjeron durante la República de Weimar, incluidos aquellos en los que Kelsen fue una referencia insoslayable.

4.1.1. Ruptura con el liberalismo y el racionalismo

Las premisas metodológicas y epistemológicas de la obra de Morgenthau son expuestas fundamentalmente en su obra de 1946 *Scientific Man vs. Power Politics*, aunque su reflexión sobre el tema podía encontrarse ya esbozada en sus trabajos europeos, y también en los primeros artículos publicados en Norteamérica²⁶. *SM* es el primero de los libros que Morgenthau publica en Estados Unidos, una vez había podido encontrar una cierta estabilidad laboral en Chicago. El libro tiene su origen en una serie de conferencias que el alemán impartió en la *New School for Social Research* de Nueva York durante el verano de 1940, justo cuando Francia estaba siendo invadida por el ejército de Adolf Hitler. La caída de Francia, cuna de la Ilustración, representaba para Morgenthau una muestra más del agotamiento histórico del liberalismo²⁷, un modelo político que debía ser renovado porque había demostrado su manifiesta incapacidad para comprender la esencia de la naturaleza

²⁶ Concretamente, cabe prestar atención a los trabajos publicados en la revista *Ethics* en 1945, que adelantan parcialmente el contenido de *Scientific Man*: vid. MORGENTHAU, Hans, “The Machiavellian Utopia”, en *Ethics*, vol. 55, nº 2, 1945, pp. 145-147; e Id., “The Evil of Politics and the Ethics of Evil”, en *Ethics*, vol. 56, nº 1, 1945, pp. 1-18

²⁷ Existe toda una polémica a propósito de si Morgenthau era realmente un anti-liberal o si, por el contrario, *Scientific Man* se limitaba a ser una crítica *constructiva* y no *destructiva* (como la de Schmitt) al liberalismo (vid. WILLIAMS, Michael C., *The Realist Tradition... cit.*, p. 93). Cfr. SHILLIAM, Robbie, “Morgenthau in Context: German Backwardness, German Intellectuals and Rise and Fall of a Liberal Project”, en *European Journal of International Relations*, vol. 13, nº 3, 2007, pp. 299-327

humana. Su profundo pesimismo antropológico²⁸ converge en este punto con una gran preocupación por encontrar una teoría social y política apta para comprender al hombre y guiar su comportamiento. Se concluirá que sólo una filosofía realista podría ser adecuada para comprender la naturaleza humana y, a partir de ella, poder entender y gestionar los conflictos propios del ámbito internacional. De esta forma, *SM* supone una auténtica declaración de principios que sienta las premisas respecto de la filosofía de la ciencia y del conocimiento que Morgenthau desarrollará en el resto de sus obras, pero también recoge y sistematiza el pensamiento que ya subyacía en sus anteriores trabajos sobre la teoría del derecho internacional.

Además de una reacción contra el liberalismo, el racionalismo y el positivismo, frente a los cuales ya se había opuesto en sus obras europeas —si bien no había concretado las premisas filosóficas con tanto detalle—, en el específico contexto estadounidense de los años cuarenta *SM* supuso también una toma de posición por una parte frente a las corrientes behavioristas [*supra*, 1.3.1], rechazando la confianza que éstas depositaban en la ciencia para estudiar la política; y, por otra parte, frente al idealismo de los estudiosos del derecho internacional y de las relaciones internacionales, en concreto frente a la escuela de Quincy Wright²⁹ en Chicago³⁰.

²⁸ A propósito de la comparación entre las posiciones de Kelsen y Morgenthau, respecto de las premisas antropológicas, más acertada que una oposición entre optimismo y pesimismo antropológicos, sería establecer la oposición entre un pesimismo moderado (Kelsen) y pesimismo radical (Morgenthau). Dentro de la posición liberal de Kelsen no puede dejar de haber una cierta desconfianza intrínseca hacia la bondad de las personas, desconfianza que se encuentra en la base misma del derecho como instrumento de control social y en la construcción de las instituciones, principalmente del estado. La base de esta posición liberal encontraría una de sus más genuinas expresiones en el *Leviatán* de Hobbes, donde es formulada con toda claridad. La concepción antropológica de Morgenthau es, en cualquier caso, una concepción pesimista radical, que sin duda va mucho más allá de la postura kelseniana, y que lleva hasta la consideración *trágica* del ser humano en general y de la actividad política en particular [*infra*, 4.3.1.a].

²⁹ Wright, a quien —recordemos— había entrado a sustituir Morgenthau en la Universidad de Chicago en 1943 [*supra*, 1.3.1], era en aquel momento una de las voces más autorizadas en el panorama del derecho internacional estadounidense. Su obra *A Study of War* (1942) se había convertido en una indiscutible referencia; tanto que será profusamente citada tanto por Morgenthau como por Kelsen.

³⁰ *Vid.* BARBÉ, Esther, “Estudio preliminar”, *cit.*, p. XXVIII

La confianza en el poder de la razón —encarnada en forma de ciencia— para resolver los problemas sociales constituía a juicio de Morgenthau el principal defecto del liberalismo occidental. El constante fracaso de la razón científica aplicada a campos como la política o el derecho no solamente resultaba sobradamente probado con las experiencias de los totalitarismos y las dos guerras mundiales, sino que además conducía a un divorcio entre el sentido común y la actuación de los científicos sociales y los gobernantes por ellos asesorados³¹. Así, mientras que la filosofía dominante, aplicando modelos de las ciencias naturales, propios del racionalismo cartesiano, considera que el mundo social es susceptible de control racional, la experiencia interna e internacional contradiría del todo esas premisas en opinión de Morgenthau. Las serias contradicciones existentes entre la filosofía y la experiencia, a su juicio, acababan por paralizar tanto el pensamiento como la acción política. Y es que para Morgenthau la humanidad se enfrentaba con una auténtica crisis de la filosofía.

El pensamiento racionalista había considerado que la principal característica de la filosofía era la confianza en la razón para hallar, a través de una serie de deducciones lógicas basadas en postulados o en premisas empíricas, las verdades de la filosofía, de la ética y de la política³². El binomio racionalismo-liberalismo presentaría dos rasgos fundamentales: 1) la concepción de que el mundo físico y el mundo social son inteligibles a través de idénticos procesos racionales; y 2) la convicción de que todo lo que se necesita para controlar racionalmente tanto al mundo social como al mundo físico es la comprensión de dichos procesos racionales. Ambos rasgos implicarían para Morgenthau una errónea anulación del factor político, al no tomar en cuenta la inevitable lucha por el poder que se produce en toda relación humana. La crítica a los métodos racionalistas desembocará en una crítica específica a la teoría política liberal, la cual consideraría que los problemas sociales podían ser resueltos de

³¹ Vid. MORGENTHAU, Hans J., *Scientific Man... cit.* p. 2

³² Vid. *Ibid.*, p. 3

acuerdo a pautas científicas; lo que equivaldría a considerar que, en última instancia, la política debería ser sustituida por la ciencia.

a) El desafío del fascismo al liberalismo

El desafío del fascismo es el síntoma más inequívoco del fracaso del liberalismo racionalista para Morgenthau. “Sería tentador pero imprudente —dice— dar por sentado que los que creyeron en esas premisas [las liberales] fueron los vencedores en la guerra porque creyeron en ellas. La victoria militar únicamente prueba una cosa: que un grupo de hombres es militarmente superior a otro”³³. Tal afirmación resulta lo contrario de la famosa frase atribuida a Churchill que rezaba *no tenemos la razón porque tengamos la fuerza. Tenemos la fuerza porque tenemos la razón*³⁴. O, de nuevo en palabras de Morgenthau: “El monopolio de la bomba atómica puede coincidir con un monopolio de la virtud; pero la necesidad no convierte al último en un atributo del primero”³⁵.

Merece la pena reproducir algunas afirmaciones sobre el fascismo realizadas por Morgenthau de forma especialmente cruda:

“La sola aparición del fascismo [...] debería habernos convencido de que la era de la razón, del progreso y de la paz [...] se ha convertido en una reminiscencia del pasado. El fascismo no es, como nos gustaría creer, un simple retroceso temporal hacia la irracionalidad, una reminiscencia atávica de reglas autocráticas y bárbaras. A través de su control de los avances técnicos y de las potencialidades de la época, el fascismo es verdaderamente progresista —la

³³ *Ibid.*, p. 6

³⁴ No he logrado encontrar la fuente de la frase original. Sin embargo el sentido puede colegirse si se lee el conocido discurso “Sangre, trabajo arduo, sudor y lágrimas” que Churchill pronunció el 13 de mayo de 1940 ante la Cámara de los Comunes, recién elegido primer ministro del Reino Unido (cf: CHURCHILL, Winston, “Sangre, trabajo arduo, sudor y lágrimas”, en FERNÁNDEZ CAMPO, Sabino, *Los discursos del poder. Palabras que cambiaron el curso de la historia*, Belaqva, Barcelona, 2003, pp. 361-363).

³⁵ MORGENTHAU, Hans J., *Scientific Man... cit.*, p. 6

máquina propagandista de Goebbels y las cámaras de gas de Himmler, ¿no son modelos de racionalidad técnica?— mientras que en su negación de la ética de la civilización occidental se recoge la cosecha de una filosofía que se aferra a los principios de dicha civilización sin comprender sus fundamentos”³⁶.

Como hizo notar Hannah Arendt, el totalitarismo sometió a la racionalidad del derecho a la más dura prueba. ¿Servía de algo la pena, la sanción jurídicamente reglamentada, ante el mal generalizado, ante la *banalidad del mal*?³⁷. La magnitud del daño causado por la locura nacionalsocialista, ¿no convertía acaso a los procesos de Nuremberg en un mero espectáculo³⁸, del todo ajeno a aquello que realmente cabría esperar de un juicio? Pocos han explicado tan bien como Arendt, reconoció el propio Morgenthau, el drama frente al que se situaba la filosofía política contemporánea: “ella [Arendt] señala que el totalitarismo no es sólo una aberración atribuible a condiciones locales, sino el resultado de la crisis de la civilización occidental, cuyas raíces pueden encontrarse en las tendencias intelectuales y en los movimientos políticos del siglo XIX”³⁹. Así, Morgenthau da por sentado que el triunfo del fascismo en Europa estuvo directamente relacionado con la creciente distancia entre las condiciones de vida reales y la filosofía política imperante, que era la racionalista o liberal. Por eso considera imprescindible el surgimiento de una nueva filosofía. Una filosofía que tenga en cuenta que “el dominio de una filosofía sobre su época y su fecundidad para el futuro no están determinados por las pautas de un seminario de lógica o metafísica, sino por su relación con las experiencias del

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ El concepto de la banalidad del mal se reflejaba con toda claridad la figura de Adolf Eichmann, presentado por Arendt no como un monstruo abominable, sino como un burócrata del terror, una pieza más dentro de un sistema que diluía cualquier reflexión moral en el cumplimiento ciego de la ley (*vid.* ARENDT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén*, trad. de Carlos Ribalta, Debolsillo, Barcelona, 2010 [1963]). Para una reflexión contemporánea, *cfr.* GARCÍA PASCUAL, Cristina, “Justicia y mal absoluto”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 28, 2012, pp. 55-77

³⁸ Sobre la polémica de los “juicios-espectáculo” y los límites del derecho internacional, *cfr.* KOSKENNIEMI, Martii, “Between Impunity and Show Trials” [2006], en Id., *The Politics of International Law*, Hart, Oxford, 2011, pp. 171-197; también PORTINARO, Pier Paolo, *I conti con il passato. Vendetta, amnistia, giustizia*, Feltrinelli, Milán, 2011

³⁹ MORGENTHAU, Hans, J., “Hannah Arendt, 1906-1975,” *Political Theory*, vol. 4, no. 1 (February 1976), pp. 5-8, p. 7

hombre medio [...]. El hombre no aceptará de modo permanente una filosofía que está en notable desacuerdo con su experiencia”⁴⁰. Fue por ese motivo, en su opinión, que los alemanes rechazaron el racionalismo y el liberalismo —ambos perfectamente encarnados en la legalidad constitucional de la República de Weimar— para abrazar el fascismo, como una filosofía que les permitía canalizar sus sentimientos de frustración toda vez que aportaba la ilusión de construir una nueva sociedad. Pero para Morgenthau el fascismo, además de en el campo de batalla, fracasó en el terreno de las ideas porque tampoco supo comprender la naturaleza humana. Su fracaso proporcionaría a la humanidad una dura y valiosa experiencia en base a la cual podía reexaminarse la filosofía y la forma en la que ésta afrontaba los problemas sociales. Morgenthau considera que “este reexamen debe partir de la idea de que la política de poder, enraizada en el deseo de poder propio de los hombres es, por consiguiente, inseparable de la vida social en sí. Para borrar de la esfera política no la política de poder —de lo que no es capaz ninguna filosofía ni ningún sistema político— sino su capacidad de destrucción se necesitan facultades racionales diferentes, y superiores, de la razón de la época científica”⁴¹. Abundando más aún en su propuesta:

“La política debe entenderse a través de la razón, sin embargo, no es en la razón donde encontramos su modelo. Los principios de la razón científica siempre son simples, consistentes y abstractos, mientras que el mundo social es siempre complicado, incongruente y concreto. Aplicar dichos principios a este último es o bien inútil, porque la realidad social permanece impermeable al ataque de esta *razón unidireccional, deficiente en su visión de profundidad*, o bien peligroso, porque los resultados serán destructivos respecto de los propósitos iniciales. La política es un arte y no una ciencia, y lo que se requiere para dominarla no es la racionalidad de un ingeniero, sino la prudencia y la fuerza moral del estadista. El mundo social, sordo a las llamadas de la razón pura y simple, tan sólo cede ante

⁴⁰ MORGENTHAU, Hans J., *Scientific Man... cit.*, p. 8

⁴¹ *Ibid.*, pp. 9-10

la combinación conjunta de presiones morales y materiales que el arte del estadista sabe crear y mantener⁷⁴².

Morgenthau está adelantando de esta manera que es la política lo que en todo caso debe prevalecer sobre la racionalidad científica (y, por extensión, jurídica) para abordar los problemas sociales, incluidos aquellos derivados de las relaciones entre los distintos estados en el ámbito internacional. Resulta por ello imprudente el *rechazo a la política* que tradicionalmente habrían realizado los internacionalistas, y en particular quienes, como Kelsen, habían seguido la teoría positivista.

b) Contra el racionalismo

Morgenthau asocia el auge del racionalismo con el surgimiento de las clases medias y con el fin del estado feudal. El racionalismo proporcionaría las herramientas justificativas que el estado moderno necesitaba para legitimarse: asegurar la propiedad privada, limitar el poder ejecutivo o secularizar el estado. El esquema racionalista, sin embargo, se empeña en hacer abstracción del tiempo y del lugar en el que vive. Su vocación universal es, en ese sentido, su propia tumba; puesto que el hecho de pretender ser universalmente válido en cualquier momento y lugar le incapacitaría para aprender de la historia⁴³.

Partiendo de esa premisa, Morgenthau sintetiza los postulados del racionalismo en cuatro conclusiones: 1) lo racionalmente correcto y lo éticamente bueno son idénticos; 2) la acción racionalmente correcta será necesariamente la única exitosa; 3) la educación conduce al hombre hacia lo racionalmente correcto y, por lo tanto, hacia la acción buena y exitosa; 4) las leyes de la razón, en tanto que se aplican a la esfera social, son universales en su aplicación⁴⁴. De estas conclusiones se deriva que

⁴² *Ibid.*, p. 10

⁴³ *Vid. Ibid.*, pp. 37 y ss.

⁴⁴ *Vid. Ibid.*, p. 13

“si todos los hombres siguieran la razón, los conflictos que les separan desaparecerían o, como mínimo, se resolverían de forma satisfactoria”⁴⁵. Las disputas entre las personas, desde ese punto de vista, no estarían motivadas por la maldad o por la ambición, sino por la falta de instrucción. La exaltación de la educación como vía a través de la cual construir una sociedad pacífica de individuos libres e iguales seguramente encuentre su más acabada expresión en el *Émile* de Rousseau⁴⁶. Pero también pueden ser considerados como perfectos ejemplos de ello la idea kantiana del progreso continuo de la humanidad, así como la kelseniana de que la paz era un asunto técnico, susceptible de ser resuelto a través de la mejora de la técnica jurídica⁴⁷. Ideas que encajan perfectamente en la creencia de que “la distancia entre el estado actual de la humanidad y su perfección es una cuestión de naturaleza meramente cuantitativa, que puede ser superada por la acumulación progresiva de conocimiento”⁴⁸. Como ocurre en el paradigma interpretativo de la subsunción judicial, se considera que la solución requerida para cualquier problema podrá ser alcanzada a través de la mera aplicación de un principio de la razón o de una inferencia lógica. Los problemas sociales serían vistos, en definitiva, como problemas matemáticos, que pueden ser resueltos mediante la aplicación de la fórmula correcta siempre que se posea el conocimiento suficiente. Esta filosofía presenta una mirada inevitablemente optimista, en tanto que se basa sobre la *fe* de que la razón es capaz de aportar al mundo la paz y la justicia social⁴⁹. Recordemos que para Nietzsche —quien ejerció una influencia notable en Morgenthau [*infra*, 4.1.3.a]— *fe significa no querer saber la verdad*. La fe en la razón equivalía, entonces, a no querer enfrentarse a la verdadera esencia de los conflictos sociales, que estaría marcada por una permanente conflictividad que el liberalismo se resiste a aceptar.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 14

⁴⁶ ROUSSEAU, Jean-Jaques, *Emilio, o la Educación*, trad. de Francesc Lluís Cardona, RBA, Barcelona, 2002 [1762]

⁴⁷ No podemos dejar de notar esta herencia ilustrada de Kelsen en la apelación que hace en *Collective Security* al papel de la educación para la paz [*supra*, 3.1.2.b]

⁴⁸ MORGENTHAU, Hans J., *Scientific Man... cit.*, p. 17

⁴⁹ *Ibid.*, p. 20

Llegando al punto que más nos interesa, la concreción jurídica del racionalismo en el positivismo jurídico se produce, según Morgenthau, a través de la idea del principio de legalidad o de estado de derecho⁵⁰: “la idea de un sistema coherente de reglas jurídicas que regule las relaciones entre las personas está íntimamente ligada, tanto lógica como históricamente, con la filosofía general del racionalismo. Ese sistema de normas jurídicas tan coherente, preciso y calculable como las leyes de la física o, como Grocio, Leibnitz y otros muchos prefirieron pensar, como los principios de las matemáticas, es sólo la imagen, creada por los hombres y puesta en práctica por las acciones humanas, del orden racional que domina el mundo”⁵¹. La secularización del derecho natural, tal y como fue planteada, entre otros, por Grocio⁵² viene a ser un instrumento a través del cual se dota a las leyes de la razón con el poder de las sanciones del estado⁵³.

Pero junto al desarrollo del positivismo jurídico y el principio del estado de derecho, la filosofía racionalista se desarrolla a través del liberalismo político y la construcción de ciertas instituciones. Estas instituciones serían básicamente tres: 1) las constituciones escritas, que dotan de ciertas garantías jurídicas a los fines sociales y económicos racionalmente determinados; 2) unos tribunales independientes cuyos jueces, como la boca muda que pronuncia la ley, aplicarán las leyes de acuerdo con los postulados de la razón; y 3) el establecimiento de unas elecciones periódicas donde “aparentemente” habría una discusión razonable e inteligente acerca de las visiones supuestamente enfrentadas, susceptible de ser resuelta por la regla de la mayoría. Lo que diga la mayoría, por lo tanto, vendrá a identificarse con lo más racional. Se adelantan así algunas de las prevenciones —sobre las que volveremos

⁵⁰ En adelante, se utilizará cualquiera de estas expresiones (*estado de derecho* o *principio de legalidad*, o también *imperio de la ley*) como equivalentes a la expresión inglesa *rule of law*. El significado aquí es, obviamente, diferente al utilizado por Kelsen cuando afirmaba que *todo estado es estado de derecho*.

⁵¹ MORGENTHAU, Hans J., *Scientific Man... cit.*, pp. 23-24

⁵² Cfr. LAUTERPACHT, Hersch, “The Grotian Tradition in International Law”, en *XXIII British Year Book of International Law*, 1946, pp. 1-53

⁵³ *Vid.* MORGENTHAU, Hans J., *Scientific Man... cit.*, p. 24

más adelante— que Morgenthau adoptará respecto del método democrático, particularmente en cuanto se refiere a su aplicación a la política exterior.

c) *Contra el “liberalismo pacifista”*

La crítica general al racionalismo cobra todo su vigor cuando se concreta en una crítica enfocada hacia el derecho y la política en el ámbito internacional. Para realizarla, Morgenthau se basa en los comentarios vertidos por Rousseau⁵⁴ sobre el Abad de Saint-Pierre y su *Projet pour rendre la paix perpetuelle en Europe* (antecedente del pacifismo de Kant, y éste, a su vez, al de Kelsen). Rousseau opina de Saint-Pierre que piensa con excesiva ingenuidad —cual Cándido— que simplemente convocando una conferencia y proponiendo los artículos de su plan, éste se firmará y se alcanzará la paz sin mayores complicaciones. Y Morgenthau no puede estar más de acuerdo: “La polémica de Rousseau contra el Abad de Saint-Pierre contiene todos los argumentos principales que pueden ser apuntados contra la posición racionalista en las relaciones internacionales”⁵⁵. Lamenta, por eso, que sea inútil buscar cualquier influencia del agudo criticismo de Rousseau en los sucesivos desarrollos del pensamiento internacional⁵⁶.

En efecto, Morgenthau considera que el pensamiento internacionalista, liderado desde el siglo XIX por los juristas positivistas, ha hecho caso omiso del factor político; es más, ha rechazado todo lo que tuviera que ver con la política. Circunstancia que para Morgenthau supone ya un colosal error en el ámbito doméstico, pero todavía un mayor error en el ámbito internacional, donde no existe un sustrato social común capaz de sustentar la mayoría de mandatos ordenados por

⁵⁴ Vid. ROUSSEAU, Jean-Jaques, *Emilio... cit.*, Libro IV; y más específicamente, Id., *Jugement sur le projet de paix perpétuelle de l'abbé de Saint-Pierre*, Ellipses, París, 2004 [1782]

⁵⁵ MORGENTHAU, Hans J., *Scientific Man... cit.*, p. 40

⁵⁶ Entre la doctrina española, Antonio Truyol sí que se ocupó de explicar la visión de Rousseau sobre el ámbito internacional, recogiendo convenientemente las objeciones formuladas al proyecto del Abad (*cf.* TRUYOL Y SERRA, Antonio, “La guerra y la paz en Rousseau y Kant”, en *Revista de estudios políticos*, nº 8, 1979, pp. 47-62).

las normas del derecho. De la misma forma que Heller acusaba a Kelsen de hacer una teoría del estado sin el estado⁵⁷, Morgenthau considera que el positivismo aplicado al derecho internacional pretende una *política exterior sin política*. Sordos a las enseñanzas de pensadores realistas como Tucídides, Maquiavelo, Richelieu o Hamilton, que concibieron el ámbito internacional como un espacio de lucha por el poder, los pensadores internacionalistas han prestado atención más bien a la idea expresada por Bentham de que “las naciones son socias y no rivales”⁵⁸. Así, el pensamiento internacional se construye sobre la base de la ficción de que las relaciones entre los estados no serían sustancialmente diferentes de las relaciones que se dan entre los individuos. Si las relaciones entre los individuos son por regla general pacíficas, ordenadas y racionales, también las relaciones entre las naciones serían de ese modo. Por lo tanto, se toman como modelo las relaciones entre los individuos para entender las relaciones entre las relaciones internacionales⁵⁹, con las consiguientes deficiencias en la comprensión de la realidad que ello implicaría.

La máxima representación de este modo de entender las relaciones internacionales sería lo que Morgenthau califica como *liberalismo pacifista*⁶⁰, que, como todo pacifismo, se opone a la guerra como un mal que es preciso evitar por todos los medios. Sin duda, el ideal del pacifismo jurídico kelseniano, tal y como aquí ha sido descrito [*supra*, 3.1.1], puede incluirse en esta tendencia. Baste recordar las palabras pronunciadas por Kelsen en el prefacio de *PMD*, que constituyen la mejor muestra de su aversión por la guerra. Lo que le repugna al liberalismo pacifista — hipócritamente, según la visión de Morgenthau— es la violencia directa que supone la guerra, porque el dominio que se ejerce en el ámbito interno a través de la violencia indirecta del aparato represivo del estado es, en cambio, plenamente

⁵⁷ Vid. HELLER, Hemann, *La soberanía... cit.*, p. 149

⁵⁸ BENTHAM, Jeremy, *Theory of Legislation*, vol. II, Weeks, Jordan & Company, Boston, 1840, p. 222. Una perspectiva de la posición de Bentham sobre el derecho internacional puede obtenerse en JANIS, Mark W., “Jeremy Bentham and the Fashioning of International Law”, en *The American Journal of International Law*, vol. 78, nº 2, 1984, pp. 405-418

⁵⁹ Vid. MORGENTHAU, Hans J., *Scientific Man... cit.*, p. 43

⁶⁰ MORGENTHAU, Hans J., *Scientific Man... cit.*, p. 46

aceptada. Por ese motivo, en la medida en que en el ámbito internacional no se ha superado todavía el estadio “preliberal” (o, si se quiere, no se ha salido del estado de naturaleza), el poder “es percibido en términos de violencia real y potencial; y la violencia potencial tiende a convertirse siempre en guerra real”⁶¹. Así pues, la distinción entre la guerra y la paz no sería una cuestión de esencia, sino de grado respecto de las distintas maneras de obtener el poder. Por eso Morgenthau critica severamente los esfuerzos realizados a lo largo del siglo XIX y principios del XX por tratar de distinguir de forma clara el estado de guerra y el estado de paz. Tal distinción sería necesariamente arbitraria y superficial, además de inútil a efectos de la teoría política.

Precisamente porque el liberalismo tiende a considerar las relaciones entre las naciones como si se tratara de relaciones entre los individuos, confunde la política interna y la política internacional: “los liberales igualan la distinción entre guerra y paz con la distinción entre violencia autocrática y racionalidad liberal. Así, el liberalismo separa las técnicas específicas que ha desarrollado como instrumento de dominación interna [...] de su sustrato político y las transfiere como entidades autosuficientes, sin sus funciones políticas originales, a la esfera internacional”⁶². Lo que Morgenthau claramente está criticando aquí es la *domestic analogy*, tantas veces utilizada para construir propuestas normativas liberales en el ámbito internacional⁶³. Como se verá en el quinto capítulo, Morgenthau está convencido de que esas técnicas específicas de dominación interna, como puedan ser la policía o los tribunales de justicia, no pueden funcionar en el ámbito internacional, donde el sustrato social sobre el que se asientan las normas es completamente diferente al interno: “libraron sus batallas internacionales con armas que habían sido efectivas contra el enemigo interno en las condiciones de la política interna. Extraídas de su

⁶¹ *Ibid.*, p. 50

⁶² *Ibid.*, pp. 50-51

⁶³ Para una crítica contemporánea, a la *domestic analogy* (en particular a la realizada por Kant) *cfr.* HABERMAS, Jürgen, *El Occidente escindido*, trad. de José Luis López, Trotta, Madrid, 2006 [2004], p. 126 y ss.

contexto político y transportadas a la escena internacional, donde reina la violencia, estas armas se convirtieron en espadas de madera, juguetes que transmitían a los niños políticos la ilusión de las armas”⁶⁴.

d) Sobre el nacionalismo y la democracia

Otro factor importante del análisis de Morgenthau es el que asocia al liberalismo con el nacionalismo, conceptos que habrían estado íntimamente asociados desde que las clases medias francesas destruyeron el estado feudal en nombre de la nación francesa, y desde que las guerras napoleónicas diseminaron por Europa la idea de la soberanía estatal⁶⁵ [*infra*, 4.2.3.e]. Así, los principios originalmente formulados para apoyar y garantizar la libertad individual (los derechos fundamentales) acabaron siendo aplicados también a la nación, considerando que las naciones deberían estar libres de opresión, tanto la interna como la internacional⁶⁶. Baste recordar en ese sentido teorías como las de von Gerber o Laband, que se empeñaban en concebir al estado como un ente dotado con derechos subjetivos y personalidad propia.

Junto a ello, se critica también el vínculo establecido por el liberalismo entre la democracia y la paz⁶⁷, que aparece claramente reflejado en las obras de Rousseau, Kant o Spinoza. Este vínculo para Morgenthau, sin embargo, sólo sirve para justificar las guerras en nombre de la democracia o, más concretamente, en nombre de la lucha propugnada por el liberalismo contra la tiranía. La democratización de las relaciones internacionales sería una idea, entonces, no solamente carente de conexión con la realidad, sino también hipócrita, en la medida en que sirve para justificar las guerras no a través de un concepto racional y objetivo —como Morgenthau pretende que sea el interés nacional—, sino a través de las supuestamente buenas intenciones de construir una democracia internacional. Algunas iniciativas de los años treinta y

⁶⁴ MORGENTHAU, Hans J., *Scientific Man... cit.*, p. 51

⁶⁵ *Vid. Ibid.*, p. 61

⁶⁶ *Vid. Ibidem.*

⁶⁷ Sobre este vínculo, *cfr.* BOBBIO, Norberto, “Democracia y sistema internacional”, *cit.*

cuarenta para la convocatoria de un referéndum sobre la guerra⁶⁸ o para acabar con el secreto en las negociaciones internacionales⁶⁹ serían quizás las muestras más extremas de ese pensamiento, alejado en opinión de Morgenthau de la realidad de la condición humana, pero también —y por eso mismo— de la realidad internacional.

Morgenthau reconoce que la política exterior de un país puede estar determinada por la forma de gobierno o por las políticas internas. Pero éstos son únicamente dos de los factores que determinan la política exterior, y no precisamente los más decisivos. Si políticas exteriores como las de Francia, Gran Bretaña o Rusia han permanecido estables durante más de doscientos años, sin importar demasiado la forma o el color de sus gobiernos, es porque “la continuidad en la política exterior no es una cuestión de elección, sino de necesidad, ya que deriva de la geografía, del carácter nacional, de la tradición y de la distribución real del poder; factores que ningún gobierno es capaz de controlar, pero que no puede ignorar si no quiere fracasar”⁷⁰. El tradicional estatuto de neutralidad de un país como Suiza, por ejemplo, no sería tanto fruto de una elección política como de unas particulares condiciones geográficas⁷¹. Las decisiones sobre la guerra y la paz, por lo tanto, serían en realidad adoptadas fundamentalmente en base a esos factores estratégicos, permanentes y estables, y no sobre los ideales que postula el liberalismo.

⁶⁸ Son clásicas en ese sentido las propuestas de Condorcet (1793) o Kant (1795), aunque nunca llegaron a ponerse en práctica. Una retrospectiva sobre el asunto puede verse en BOLT, Ernest C., *Ballots Before Bullets. War Referendum Approach to Peace in America, 1914-41*, University of Virginia Press, Charlottesville, 1988 [1977], pp. xii-xiii. Sobre Condorcet, *cfr.* DE LUCAS, Francisco Javier, “Introducción a la selección de textos de Condorcet”, Castellón y Becker, *¿Es conveniente engañar al pueblo?*, trad. Francisco Javier de Lucas, Madrid, CEC, 1991

⁶⁹ Con toda claridad, el primero de los artículos preliminares de su *Paz perpetua*: “No debe considerarse válido ningún tratado de paz que se haya celebrado con la reserva secreta sobre alguna causa de guerra en el futuro” (*vid.* KANT, Immanuel, “Sobre la paz perpetua”, *cit.*, pp. 141 y ss.). Sobre el particular, *cfr.*, DE LUCAS, Francisco Javier, “Anotaciones sobre el principio kantiano de publicidad”, en *Dianoia*, nº 33, 1987, pp. 131-148

⁷⁰ MORGENTHAU, Hans J., *Scientific Man... cit.*, p. 66

⁷¹ *Vid.* MORGENTHAU, Hans J., “The Problem of Neutrality”, en *The University of Kansas City Law Review*, vol. 7, 1939, pp. 109-128, p. 115

Morgenthau no puede más que considerar, entonces, que el liberalismo es una ideología *decadente*. Su éxito ha conllevado su propio fracaso. “El triunfo del nacionalismo y de la democracia, conseguido gracias a las guerras liberales, fortaleció inmensamente la soberanía del estado y, con ella, las tendencias anárquicas de la sociedad internacional. El particularismo del nacionalismo democrático se convirtió así en el primer obstáculo para la realización de otros objetivos que le eran propios, como el libre comercio o la organización internacional, a través de los cuales el liberalismo trataba de garantizar el ideal universalista de la paz mundial. En una contradicción propia de Shakespeare, el liberalismo iba a ser destruido en el campo internacional por las mismas fuerzas que él mismo había, si no creado, al menos sí impulsado para dominar el mundo occidental”⁷². Y es que, en última instancia, considera Morgenthau, el liberalismo acabaría incumpliendo sus principios respecto del ámbito internacional. Las guerras, por ejemplo, no eran practicadas como pretendía Kelsen únicamente en tanto que guerras defensivas o guerras-sanción [*infra*, 5.1.1], existiendo una tendencia cada vez más acentuada a superar la tradicional aversión del liberalismo hacia las guerras preventivas. En definitiva, se ponía de manifiesto lo inapropiado de la concepción liberal en la gestión de las relaciones internacionales: “la errónea concepción de las relaciones internacionales como algo esencialmente racional, donde la política desempeña el papel de una enfermedad que debe ser curada por vía de la razón [...] desde el momento en que la concepción racionalista de las relaciones internacionales no encaja con la realidad política donde el poder se opone al poder por la supervivencia y la supremacía, la aproximación liberal a los problemas internacionales presenta necesariamente un trasfondo ideológico. El liberalismo expresa sus objetivos en la esfera internacional no en términos de política del poder, esto es, basándose en la realidad internacional, sino de acuerdo con las premisas racionalistas de su propia concepción errónea”⁷³. O más claramente: “la seguridad colectiva, la democracia universal y la paz permanente y justa son [...] objetivos ideales que podrían inspirar las acciones de los hombres y

⁷² MORGENTHAU, Hans J., *Scientific Man... cit.*, p. 67

⁷³ *Ibid.*, p. 71

ofrecer criterios para el juicio del filósofo o del ético, pero no son capaces de realizaciones completas e inmediatas a través de la acción política”⁷⁴. En realidad, para ser justos cabría objetar a Morgenthau, que tales aspiraciones nunca han sido planteadas como metas a realizar en el corto plazo, sino como un largo camino a recorrer. Ni el *Projet pour rendre la paix perpetuelle en Europe* de Saint-Pierre, ni *La paz perpetua* de Kant, ni la propia *Paz por medio del derecho* de Kelsen habían sido pensadas en ningún caso como recetas sencillas y de inmediata aplicación; sino que sus autores —como se ha intentado reflejar más arriba, el caso de Kelsen es claro— eran conscientes del arduo trabajo *político* que necesariamente implicaría la implantación de sus propuestas.

Lo que en todo caso importa destacar aquí es que la epistemología realista⁷⁵ de Morgenthau supone una nítida ruptura con el postulado de la unidad del conocimiento a la que aspira el racionalismo. El rechazo a este postulado, que inspiró claramente a la metodología pura adoptada por Kelsen, vertebra en última instancia la tensión entre el particularismo y el universalismo que marca la obra de los autores objeto de esta confrontación. Si para Kelsen la consecuencia de llevar hasta sus extremos la idea de la unidad del conocimiento suponía la universalidad del derecho y, por lo tanto, la consideración de éste como un instrumento óptimo (abstracto y general) para regular las relaciones internacionales, para Morgenthau, por el contrario, el rechazo de esta idea implicará en última instancia el abrazo de posiciones particularistas y, con ellas, la consideración de que sería la flexibilidad de las negociaciones diplomáticas —y no la rigidez de los procedimientos jurídicos— la herramienta que mejor podría contribuir a la causa de la paz.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 73

⁷⁵ *Vid.* BEHR, Hartmut y RÖSCH, Felix, “Introduction”, *cit.*, p. 37

4.1.2. Crítica al positivismo jurídico

a) Sobre la distinción entre ser y deber ser y “la realidad de las normas”

Para reconstruir el pensamiento jurídico de Morgenthau la obra que debemos tomar como referencia es, sin duda, *La réalité des normes*, de 1934 [en adelante *RN*]. Este trabajo —que fue el que sirvió para que el alemán se habilitara como profesor en Ginebra ante la comisión presidida por Kelsen— pretende sentar los fundamentos para una teoría de las normas, concretamente para una teoría de las normas que sea capaz de ofrecer soluciones a los problemas que pone de manifiesto la realidad del derecho internacional. Así, puede constatarse que el autor se define en ese momento como un “teórico del derecho”⁷⁶. Y en tanto que teórico del derecho se declara deudor de dos autores: Arthur Baumgarten —quien, recordemos, había sido su mentor en Frankfurt y le había recomendado para la Universidad de Ginebra— y Hans Kelsen. Kelsen es, con diferencia, el autor más citado en el trabajo. De hecho, Morgenthau reconoce explícitamente que la obra kelseniana es el punto de partida de las reflexiones sobre el derecho internacional que en él se contienen:

“Es una situación en cierta manera trágica el hecho de que la obra más profunda de la ciencia normativa contemporánea y dotada de la mayor fuerza sistemática, la obra de Kelsen, haya resultado para esta ciencia *un incidente sin consecuencias* —por tomar una expresión de Nietzsche sobre la posición de Goethe en la civilización alemana—. El inmenso progreso teórico que representa la aplicación consecuente para Kelsen del pensamiento kantiano en el campo del derecho no ha tenido por corolario una influencia adecuada en el pensamiento jurídico contemporáneo. Ese es el hecho que constituye el punto de partida para las reflexiones contenidas en este libro”⁷⁷.

⁷⁶ Vid. MORGENTHAU, Hans J., *La réalité des normes... cit.*, pp. 117-118

⁷⁷ *Ibid.*, p. 1

De aquí puede determinarse con claridad que Kelsen es una de las principales referencias del Morgenthau jurista, una figura que marca en buena medida su concepción del fenómeno jurídico. Tanto es así que recientemente autores como Scheuerman o Jütersonke han considerado que —contra lo que usualmente se piensa—, en el pensamiento de Morgenthau ha influido en mayor medida el positivismo formalista de Kelsen que el decisionismo antiformalista de Schmitt⁷⁸. Exagerada o no, lo cierto es que esta hipótesis resulta un importante elemento a tener en cuenta en esta investigación.

El doble agradecimiento a Baumgarten (que le habría enseñado que no eran ya útiles las fórmulas vacías del neokantianismo⁷⁹) y a Kelsen (cuyo aparato conceptual es, precisamente, de raíz neokantiana) denota ya desde el inicio una ambigüedad de posicionamientos que permeará toda la obra de 1934 y, en general, puede decirse que todo el conjunto de los posicionamientos de Morgenthau acerca del derecho. Resulta, para comenzar, poco clara la posición concreta adoptada por Morgenthau respecto de la distinción entre el ser y el deber ser, así como respecto de las premisas del positivismo jurídico, que en algunas ocasiones parece rechazar de plano y en otras parece aceptar como indiscutibles.

Al igual que hiciera Kelsen en su *Hauptprobleme* [*supra*, 2.1.1]⁸⁰, Morgenthau consideró como un gran problema de su época la falta de erudición filosófica de muchos juristas y, a la vez, el interés mínimo de los filósofos en los problemas normativos⁸¹. En ese contexto, considera un mérito lo que consigue Kelsen, cuya teoría sistemática es “hasta el presente la única que merece ser considerada como una

⁷⁸ Vid. JÜTERSONKE, Oliver, “Echoes of a Forgotten Past...”, *cit.*, p. 375; o SCHEUERMAN, William E., *The Realist Case for Global Reform*, *cit.*, p. 13

⁷⁹ Vid. MORGENTHAU, Hans J., *La réalité des normes... cit.*, p. XI

⁸⁰ Por establecer un paralelismo más entre la vida y la obra de Kelsen y Morgenthau, podemos apuntar a que tanto los *Hauptprobleme* (1911) como *La réalité des normes* (1934) fueron las obras que ambos autores presentaron como escrito de habilitación, ambos en el mismo año en el que cumplían 30 años.

⁸¹ Vid. MORGENTHAU, Hans J., *La réalité des normes... cit.*, p. 1

teoría normativa de naturaleza científica”⁸². Siendo esto así, le parece que el aislamiento en el que se encuentra la Escuela de Viena respecto de las tendencias mayoritarias es, en cierta manera, un aislamiento “querido por ella misma”, representativo del grado de ruptura que sus ideas significaban respecto de la tradicional *Staatsrechtslehre*.

De entre los ámbitos de los que se puede ocupar una teoría de las normas, Morgenthau resalta cuatro: a) *la estructura lógica*, que pondría el acento en el aspecto sistemático o en la validez de las normas; b) *el contenido*, que implicaría prestar atención fundamentalmente a la relación de las normas con los principios de justicia; c) *la realización*, que insistiría en la funcionalidad de las normas o, lo que es lo mismo, en su efectividad; y d) *la realidad de las normas*⁸³. La Escuela de Viena se preocuparía muy predominantemente por el primer problema (la estructura) en tanto que un problema verdaderamente científico y de naturaleza normativa; mientras que el resto de la doctrina jurídica se vendría preocupando fundamentalmente por el segundo problema (el contenido), y el tercer problema (la realización) quedaría relegado para el estudio sociológico. El problema de la realidad de las normas no ha sido, considera Morgenthau, tratado de forma sistemática por ninguna doctrina. Se propone, en consecuencia, colmar esa laguna con su particular teoría del derecho.

Entre el problema de la estructura (o de la validez) y los otros tres problemas existiría una oposición de principio: sólo el primero puede ser tratado sin referirse a ningún elemento empírico. Por eso, para conocer las normas tal y como son, según el

⁸² *Ibid.*, p. 2

⁸³ El problema de la realidad, tal y como es analizado por Morgenthau, tendría que ver con tres aspectos diferentes. En primer lugar, es el asunto central de la teoría del conocimiento, o sea, un problema epistemológico (es decir, se pregunta por la manera objetiva en la que se podría establecer si el contenido de la consciencia corresponde a una realidad objetiva, dentro de la cual el conocimiento de la realidad sea posible; o, en otras palabras, por la relación entre el contenido de nuestras ideas y el contenido del ser empírico al que ellas hacen referencia). Es también un problema ontológico (es decir, que se preocupa por la estructura objetiva de la realidad, por su existencia propia). Aquí el objeto de examen sería “el ser del ser”. Y es, por último, un problema que afecta a la relación entre “la idea como tal y el ser como tal, no en tanto que portadores de un cierto contenido, sino en tanto que fenómenos puros” (*Ibid.*, p. 9).

positivismo kelseniano, es necesario precisamente aislarlas y purificarlas de cualquier elemento fáctico; considerando, por lo tanto, que la oposición entre lo normativo y lo real (entre el deber ser y el ser) presentaría un carácter absoluto. Esta oposición absoluta derivaría de la idea kantiana de que debe haber una separación estricta entre el ámbito de la *psique* (en tanto que dominio de lo real) y el ámbito de la ética (en tanto que dominio de lo normativo), y llega a la lógica de las normas a través de las investigaciones de Edmund Husserl⁸⁴ y al ámbito jurídico a través del trabajo de Kelsen [*supra*, 2.1]. Sin embargo, advierte Morgenthau, “entre Kant y Kelsen se sitúa la escuela neokantiana que, desconociendo el carácter relativo de la contradicción entre ser y deber ser y tratando al ámbito de la ética según los métodos de la crítica kantiana de la razón pura, traza una barrera infranqueable entre ambos dominios. Así, la Escuela de Viena, por su vínculo nefasto con la Escuela de Marburgo, construye de alguna manera la prisión en la que ella misma ha enfermado y de la que no encuentra escapatoria. Su aislamiento en la ciencia jurídica no es más que el fiel reflejo del aislamiento que impone, bajo la influencia del neokantianismo, al objeto de sus investigaciones: la norma jurídica”⁸⁵.

Para Morgenthau ese aislamiento completo y artificial entre el ser y el deber ser no se corresponde de ningún modo con la realidad. La oposición entre ser y deber ser necesariamente existe desde el punto de vista lógico, pero no se trata de una oposición absoluta, sino relativa. El deber ser, tal y como lo entiende Morgenthau, existe también en la realidad, aunque tenga una existencia diferente a las otras formas del ser, de manera que la oposición es únicamente relativa. Si el deber ser fuera una categoría que existiera sin el ser, la ciencia estaría entonces equivocada. La experiencia, los valores o las costumbres, la realidad de hecho, en definitiva, influye inevitablemente en la creación del deber ser, y viceversa. Desde esta perspectiva, por lo tanto, una *teoría pura* no sería más que una exclusión artificial de factores sociales

⁸⁴ Particularmente, *cfr.* HUSSERL, Edmund, *Investigaciones lógicas* (2 vols.), trad. de Manuel G. Morente y José Gaos, Alianza, Madrid, 1982 [1900/1901]

⁸⁵ MORGENTHAU, Hans J., *La réalité des normes... cit.*, p. 4

y políticos que de hecho influyen en la creación de las normas jurídicas; una ilusión que pretende abstraerse de la realidad que la rodea. Morgenthau, acusa a la teoría neokantiana de desvirtuar las palabras de Kant, quien fue plenamente consciente del carácter apriorístico de la distinción entre ser y deber ser. Y para ello recupera una frase de Schopenhauer: “Kant ha colocado al derecho entre el cielo y la tierra” para considerar que el neokantianismo lo ha situado directamente “en los Campos Elíseos”⁸⁶. En este sentido, Morgenthau debería ser calificado como anti-neokantiano más propiamente que como anti-kantiano.

Pese a que la teoría pura habría utilizado esta oposición entre ser y deber ser de un modo absoluto en el ámbito de la teoría del derecho, Morgenthau reconoce que Kelsen es consciente de que esta oposición es, en realidad, de naturaleza relativa⁸⁷. La salvedad que hace de Kelsen seguramente se relaciona con el hecho de que el neokantiano que más le influyó fue Hermann Cohen, a quien Morgenthau también salva de la quema: reconoce valioso el esfuerzo realizado por Cohen para intentar resolver de una manera sistemática cuál es la realidad de las normas y considera que alcanza un “resultado que es por completo compatible con [su] propia concepción, fundamentalmente en cuanto se refiere a la constatación de un elemento psíquico”⁸⁸. Y ello porque la realidad de las normas únicamente puede encontrarse en la realidad de los actos psíquico-físicos, actos que son los que soportan las normas. En consecuencia, “plantearse el problema de la realidad de las normas es plantearse el problema del acto psíquico-físico que las soporta”⁸⁹. Este acercamiento entre el hecho y el derecho, no sólo está en la base de la teoría de la validez normativa (estrechamente ligada a la facticidad) que veremos más adelante, sino que, como puede fácilmente imaginarse, allana de alguna forma el camino a un paradigma imperativista de consecuencias inciertas. Si, según Morgenthau, el positivismo (y, por extensión, el pacifismo jurídico kelseniano) reduce el ser al deber ser, quizá

⁸⁶ *Ibid.*, p. 12

⁸⁷ *Ibid.*, p. 7

⁸⁸ *Ibid.*, p. 12

⁸⁹ *Ibid.*, p. 13

pueda ser oportuno preguntarse si el realismo político por él defendido acaso no reduce el deber ser al ser; cuestión que queda reservada para más adelante.

En cualquier caso, lo interesante de las anteriores consideraciones es la constatación de que las distintas posiciones mantenidas por Kelsen y Morgenthau respecto de la relación entre ser y deber ser se encuentran en la base de toda su teoría en general y, por lo tanto, en el origen de sus diferentes propuestas respecto del ámbito internacional en particular. Así, algunas bases del realismo de Morgenthau se pueden intuir ya en afirmaciones como ésta: “la tarea que se impone actualmente al teórico de las normas y en particular del derecho es, pues, tomar en serio la oposición relativa entre lo normativo y lo real, entre el deber ser y el ser y extraer de ello las consecuencias teóricas”⁹⁰. De este modo, cabría reconocer, según él, que la oposición entre el ser y el deber ser sólo existe desde ciertos puntos de vista, pero que estas esferas se tocan en muchos aspectos, participando el ser del deber ser y a la inversa. A Morgenthau le interesarán precisamente los contactos entre ambos ámbitos. Contactos que tendrán mucho que ver con lo que él considera la esencia de “la realidad” de las normas.

b) Positivismos filosófico y positivismo jurídico

RN, obra que —insisto— pretendía ser una teoría general de las normas⁹¹, se fija sobre todo en las normas del derecho internacional, ya que Morgenthau considera que “en la época de los órdenes jurídicos totalitarios, los problemas normativos se manifiestan ante todo en la esfera y en el punto de vista del derecho —como otras veces lo han hecho en el marco de la moral— y [...] el derecho internacional muestra particularmente, por su propia frágil realidad, el retrato sistemático y constructivo de

⁹⁰ *Ibid.*, p. 8

⁹¹ Seguramente podría calificarse como algo pretenciosa la intención de querer formular una teoría general de las normas sin tratar en profundidad algunos elementos clave, como por ejemplo, las modalidades deónticas, la estructura normativa, etc.

nuestro problema fundamental”⁹². En esta fase de su carrera Morgenthau ejerce todavía plenamente como jurista, y aún podría decirse como jurista (que se piensa) positivista. Declara que su intención es la de elaborar una teoría normativa y no un estudio psicológico o sociológico. Esta teoría normativa, considera, “es menos *pura* que las teorías normativas de la Escuela de Viena, puesto que contiene un elemento de realidad, y gracias a este elemento está en condiciones de aportar una noción exacta del estado. Parte de un concepto de deber ser empírico y no apriorístico; se trata, pues, de una teoría empírica, de un fenómeno ideal, pero en cualquier caso se trata de una teoría normativa. Puesto que el elemento de la realidad y sus relaciones con el ámbito normativo no es contemplado desde un punto de vista psíquico ni sociológico [...] sino desde un punto de vista normativo”⁹³. Tal declaración, sin embargo, contrasta, como veremos, con otras consideraciones que hace en la misma obra y más todavía con el punto de vista que adoptará en trabajos posteriores. Pero todavía va más allá en la definición de su propia teoría: “este es un estudio *formal*, en el sentido que no trata sobre el contenido de las normas, sino sobre su estructura intrínseca, que es necesariamente de orden formal”⁹⁴. Se considera formalista únicamente, por lo tanto, en la medida en que se trata de establecer la naturaleza de las distintas normas no por su contenido, sino atendiendo a su estructura formal.

Morgenthau parte de la asunción de que el positivismo jurídico es la teoría que domina entre los internacionalistas de su época. Efectivamente, es innegable el peso que por aquellos años tenían en la disciplina juristas como Anzilotti, Triepel o Strupp. Los juristas positivistas, como es sabido, se caracterizarían por acotar el objeto de su investigación limitándose al estudio de las normas jurídicas válidas en tanto que vigentes; es decir, a las normas que pertenecen al derecho *positivo*, y no al derecho *natural*. Serán, por lo tanto, normas jurídicas válidas sólo las que hayan sido creadas (*puestas*) de acuerdo con los criterios establecidos por el propio

⁹² *Ibid.*, p. 15

⁹³ *Ibid.*, pp. 15-16

⁹⁴ *Vid. Ibid.*, p. 16

ordenamiento jurídico; esto es, aquellas que hayan sido creadas por el órgano competente siguiendo el procedimiento adecuado. Esta limitación, que viene marcada por una nítida distinción entre el ser y el deber ser, supone a juicio de Morgenthau la causa principal de que el positivismo no sea una teoría útil para el derecho internacional⁹⁵. El positivismo, consideraba, era una teoría que podía haber servido en una época (los siglos XVIII y XIX) y en un ámbito determinado (el estatal), pero, desde luego, resultaba completamente inadecuada para hacer frente a los problemas del complejo ámbito internacional en el siglo XX. El clamoroso fracaso de la Sociedad de Naciones o las continuas violaciones a las Convenciones de Ginebra o al Pacto Briand Kellogg constituían para Morgenthau las pruebas más evidentes de su ineptitud. A pesar de ello, una ingenua fe en el poder del derecho seguía vendando los ojos de los juristas positivistas, que “intentan exorcizar los males sociales por la infatigable repetición de una fórmula mágica. Como la Sociedad de Naciones fue un fracaso, tengamos otra Sociedad. Como la primera y la segunda conferencias de Paz de La Haya no tuvieron éxito, formemos una tercera”⁹⁶.

El positivismo de Kelsen y de la Escuela de Viena es especialmente criticado por Morgenthau, quien reconoce, sin embargo, que el rigor de su método puro le permitía salvar algunas contradicciones que separaban al positivismo jurídico tradicional del positivismo científico o filosófico, tal y como fuera concebido paradigmáticamente por Auguste Comte⁹⁷. Así, Morgenthau se muestra de acuerdo con la crítica formulada por Kelsen al positivismo jurídico dominante por no ser verdaderamente positivista ya que, a falta de una metodología adecuada, hace que la *ciencia* del derecho se *contamine* por elementos ajenos a ella. Dicho más técnicamente, permite

⁹⁵ Morgenthau no fue, por supuesto, el primero ni el único en criticar la aplicación de la teoría positivista al derecho internacional. *Cfr.* por ejemplo, VERDROSS, Alfred, “Règles générales du droit de la paix” en *Recueil des Cours 1929*, Académie de Droit International, París, 1929, pp. 271-517, p. 277; o SCELLE, Georges, “Règles générales du droit de la paix” en *Recueil des Cours 1933*, Académie de Droit International, París, 1933, pp. 326-703, p. 692

⁹⁶ MORGENTHAU, Hans J., “Positivism, Functionalism...”, *cit.*, p. 260

⁹⁷ Sobre la filosofía positivista en Comte, su aplicación al campo de las ciencias sociales y sus reflejos en el ámbito jurídico, *cfr.* FASSÓ, Guido, *Historia de la filosofía del derecho. Vol. III: Siglos XIX y XX*, trad. de José F. Lorca, Pirámide, Madrid, 1979 [1970], pp. 133 y ss.

que en la determinación de la validez de las normas jurídicas intervengan criterios ajenos al derecho, propios de otros ámbitos como la moral, la política, la psicología, etc. No obstante, la tajante distinción derecho-moral (por tomar la más representativa), no implicaba para Kelsen la amoralidad del derecho. Lo que la teoría pura rechaza es, como ya se ha visto en el segundo capítulo, que el derecho sea una parte integrante de la moral, pero no que carezca en absoluto de moralidad⁹⁸.

Morgenthau sostiene que la doctrina positivista no ha logrado culminar la gran tarea de dominar la ciencia jurídica y, en su opinión —como concreta en los trabajos publicados en 1936 y 1940—, no lo ha hecho por un doble motivo: por un lado porque prescinde de ciertos elementos que necesariamente pertenecen al campo de lo jurídico, pero que no es capaz de integrar, es decir, que *abarca menos de la realidad jurídica (A)*; y por otro lado porque no ha conseguido dejar de incorporar elementos no positivos (*i.e.*, *extrajurídicos*) al análisis jurídico, esto es, que *abarca más de la realidad jurídica (B)*. En otras palabras, ocurre que la fórmula positivista resulta ser, al mismo tiempo, “demasiado estrecha y demasiado amplia”⁹⁹. Veamos a continuación cada una de estas dos objeciones:

A. El positivismo sería insuficiente para abarcar el conjunto de la realidad jurídica en base a tres consideraciones:

1) Como cualquier positivismo, el positivismo jurídico se mantiene al margen de la metafísica. A juicio de Morgenthau, presenta ante ella una actitud hostil *a priori* que, en lugar de examinar la realidad sin prejuicios, como se supone que exige el positivismo científico, excluye desde el principio ciertas posibilidades empíricas verificables de la realidad en tanto que cualidades de la realidad. De este modo, el positivismo jurídico supondría una idea preconcebida del mundo que no es capaz de

⁹⁸ Vid. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.), *cit.*, p. 67

⁹⁹ MORGENTHAU, Hans J., “Positivism, Functionalism...”, *cit.*, p. 265

aprehender la estructura empírica de la realidad fuera de los rígidos límites que se impone¹⁰⁰.

2) Además, el positivismo jurídico tradicional no solamente se niega a aceptar la existencia de ciertas realidades jurídicas, sino que también rechaza la existencia de una parte del derecho cuya existencia es evidente: lo que Morgenthau denomina normas jurídicas “externas al estado”. Esto tendría su razón de ser en la fuerte dependencia que el positivismo presenta respecto del orden jurídico estatal, característica que Morgenthau llama *monismo estatalista*¹⁰¹. Según el monismo así concebido, la única tarea de la ciencia jurídica sería la sistematización e interpretación de las normas jurídicas estatales. Sin embargo, Morgenthau considera que la estructura de la realidad jurídica es pluralista [*infra*, 4.2.3.a] y que incluye, además del estado, toda una serie de órdenes jurídicos adicionales que deberían ser reconocidos por un positivismo jurídico *coherente*.

3) Por último, el efecto de aplicar el principio de separación de las disciplinas científicas llevaría al positivismo jurídico a excluir de su ámbito de conocimiento no solamente los métodos propios de otras ciencias, sino también su objetos, sin los cuales no puede entenderse la realidad del fenómeno jurídico. Particularmente, Morgenthau considera que el derecho está inescindiblemente ligado a la moral¹⁰². Expresado de forma más concreta: “es cierto que el positivismo debe separar el objeto de conocimiento de una forma absoluta del resto del mundo y de esa forma suponer la independencia real absoluta de este objeto; pero no se debe olvidar que esta separación es un procedimiento artificial llevado a cabo con fines heurísticos, una pura hipótesis que no se corresponde en nada con la realidad”¹⁰³. Cuando se

¹⁰⁰ *Vid.* MORGENTHAU, Hans J., “Positivisme mal compris...”, *cit.*, p. 449

¹⁰¹ Aunque se deduce por el contexto, hay que hacer notar que aquí Morgenthau le atribuye un particular significado al término *monismo estatalista*, que no se refiere —como lo utiliza Kelsen— a la idea de una unidad lógica entre el derecho internacional y el estatal [*supra*, 2.2.3], sino al pretendido monopolio del estado respecto de la producción de normas jurídicas.

¹⁰² *Vid.* MORGENTHAU, Hans J., “Positivism, Functionalism...”, *cit.*, p. 268

¹⁰³ MORGENTHAU, Hans J., “Positivisme mal compris...”, *cit.*, p. 451

olvida que esta separación es artificial y se considera al derecho como una realidad aislada, los resultados de la investigación o las propuestas normativas que se formulen no servirán adecuadamente, por lo tanto, a los efectos de una adecuada caracterización del derecho.

B. Además de no abarcar ciertos aspectos de lo que Morgenthau considera que es la realidad jurídica, el positivismo tradicional incluiría dentro de su razonamiento elementos que no son verificables a través de un método empírico y que, en consecuencia, difícilmente se conciliarán con los principios esenciales del positivismo filosófico.

1) Un primer problema haría referencia a los criterios de validez (formales y materiales) de las normas. En principio, el positivismo jurídico, únicamente podría ocuparse de las normas en vigor, que son las únicas que reconoce como normas jurídicas. Sin embargo, a juicio de Morgenthau, el positivismo jurídico dominante no habría desarrollado el adecuado criterio científico que le permita distinguir las normas realmente válidas de aquellas que serían sólo aparentemente válidas. Considera que “la doctrina dominante únicamente conoce dos posibles criterios de validez de una norma jurídica, criterios ambos que se desvían del método positivista, a saber: la declaración del estado que produce una norma [...] y la concordancia material de la norma jurídica con una norma moral, con otra regla social o con una ley natural”¹⁰⁴. El primero de estos dos criterios, efectivamente, deriva directamente del llamado monismo estatalista, que concibe el mundo jurídico desde un punto de vista situado exclusivamente en el interior del estado, como sería, por ejemplo, el caso de Jellinek. El segundo de los criterios (que llama poderosamente la atención por la manera en la que está formulado), no se puede entender, salvo que esté refiriéndose a la distinción entre criterios de validez formales (los que dependerían de la producción normativa) y criterios de validez materiales (los que tendrían que

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 452

ver con el contenido de las normas). Los criterios de validez materiales, sin embargo, no necesariamente han de suponer la introducción de un juicio que tenga que ver con una disciplina ajena al derecho, siendo, por lo tanto, perfectamente compatibles con una concepción positivista, como ilustra el criterio de validez normativa de Kelsen, que puede ser calificado como un criterio *mixto*¹⁰⁵. Esta crítica, en consecuencia, valdría para un positivismo arcaico, pero no para la mayor parte de posiciones positivistas, tal y como vienen siendo concebidas de Kelsen en adelante.

2) Un segundo problema tendría que ver con la teoría de las fuentes del derecho. Un postulado básico del positivismo consistiría en que la única fuente formal del derecho serían las normas *puestas* por el estado. Sin embargo, las doctrinas positivistas reconocen habitualmente la validez de normas jurídicas que no han sido creadas por los órganos del estado. Para salvar esta quiebra de los postulados positivistas la solución adoptada, “cual panacea”, es el concepto de derecho consuetudinario, que serviría a la doctrina dominante como un recurso para la designación colectiva de la totalidad de normas no producidas por el estado. Según Morgenthau “la teoría del derecho consuetudinario no resuelve por ella misma el problema de conciliar la asunción positivista de la existencia exclusiva de normas jurídicas puestas por el estado con la existencia de normas externas al estado”¹⁰⁶. Admitir la existencia de estas últimas equivale a abandonar el postulado del monismo estatalista. Sin embargo, el positivismo dominante aborrece esa consecuencia, de modo que “recurre a una serie de ficciones y de hipótesis, tales como el consentimiento tácito, el reconocimiento, la recepción jurisdiccional, la función complementaria, etc. Ficciones e hipótesis, todas ellas que hacen derivar la existencia del derecho consuetudinario, de una forma u otra, de la voluntad del legislador estatal”¹⁰⁷. El derecho consuetudinario no puede ser para él un verdadero derecho. La costumbre no tendría influencia normativa, sino meramente una

¹⁰⁵ *vid.* CUENCA GÓMEZ, Patricia, *El sistema jurídico... cit.*

¹⁰⁶ MORGENTHAU, Hans J., “Positivisme mal compris...”, *cit.*, 454

¹⁰⁷ MORGENTHAU, Hans J., *La réalité des normes... cit.*, p. 105

influencia “causal” o “psicológica”, pero en ningún caso cumple con los requisitos que se le deben exigir a una norma jurídica para que pueda ser considerada válida; que tienen que ver, como se verá en el siguiente epígrafe, con la capacidad de determinar en abstracto la conducta de los sujetos a ella sometidos.

c) Observaciones sobre positivismo kelseniano

El único artículo publicado durante la estancia de Morgenthau en España, *Positivisme mal compris* (1936), es probablemente el más kelseniano de sus trabajos. Escrito en un momento en el que Morgenthau se encontraba plenamente dedicado a la docencia del derecho internacional en el Instituto de Estudios Internacionales y Económicos de Madrid, este texto proclama la *superioridad* del positivismo jurídico kelseniano¹⁰⁸ respecto del positivismo jurídico tradicional, y lo hace en base a cuatro elementos que conviene dejar apuntados:

1) La renovación metodológica, herencia del criticismo kantiano, sirvió a la Escuela de Viena como fundamento de una profunda crítica hacia la tradicional *Staatsrechtslehre* alemana, tal y como ésta había sido representada por Jellinek o Laband. A partir del principio de la “pureza del método” esta Escuela no sólo habría sido capaz de demostrar la falsedad de algunas imágenes de la realidad utilizadas por los juristas, sino que, sobre todo, destacó la distancia metodológica que separa al positivismo jurídico del positivismo tal y como fue concebido por la filosofía de la ciencia.

2) Como consecuencia de su refinamiento metodológico, Morgenthau considera que el positivismo kelseniano consiguió acercarse a la realidad de lo jurídico de una forma mucho más clara que el positivismo tradicional. Destacadamente, fue capaz de expresar más fielmente ese ámbito de lo jurídico en cuanto se refiere a su estructura

¹⁰⁸ *Vid.* MORGENTHAU, Hans J., “Positivisme mal compris...”, *cit.*, pp. 455 y ss.

formal: desde la *norma fundamental* a la concepción escalonada del ordenamiento jurídico, pasando por la formalización de la separación de poderes.

3) La teoría de Kelsen, además, habría profundizado sobre el problema de la validez y el de las fuentes del derecho —dos de los principales problemas de la teoría jurídica— de una manera más precisa de lo que jamás se había hecho (con la salvedad, quizá, de la escuela analítica de Austin).

4) Por todo ello, para Morgenthau, la teoría kelseniana es la antesala de una nueva concepción del derecho: “la importancia del positivismo kelseniano para el devenir de la ciencia del derecho descansa, seguramente, no tanto en sus elementos sistemáticos positivos, cuya base filosófica neokantiana es fuertemente criticable, como en la posición intermedia que desempeña, por una parte, como punto final de un desarrollo intelectual y, por otra parte, como punto de partida de una nueva concepción científica”¹⁰⁹. Esa nueva concepción científica es lo que Morgenthau en ese mismo momento enunciará como una teoría realista y más tarde como una teoría funcionalista del derecho internacional [*infra.*, 4.2.3.c].

Morgenthau, sin embargo, no dejará de insistir en que la teoría kelseniana adolece de dos grandes debilidades: su base neokantiana y su monismo estatalista. Respecto de la primera, a su juicio, el neokantianismo conduce a una inevitable confusión entre el método y el objeto. Al pretender que el método determine el objeto, excluye del ámbito jurídico, junto con los métodos propios de la ética, la política o la psicología, a la propia ética, a la propia política y a la propia psicología¹¹⁰. Es decir, que al excluir sus métodos excluye también sus objetos, los cuales, como ya se ha dicho, son para Morgenthau fenómenos sociales sin los que no se puede entender la realidad del derecho. Morgenthau acepta el postulado neokantiano de que a cada ciencia le corresponde un método científico (en este caso, que a la ciencia jurídica le

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 456

¹¹⁰ *Vid. Ibid.*, p. 457

corresponde un método específicamente jurídico). Pero ello no implica —a diferencia de lo postulado por Kelsen— excluir del ámbito de la realidad jurídica otros fenómenos sociales que influyen de forma determinante en ella. Según su concepción, la ciencia del derecho no es otra cosa que “la comprensión específicamente jurídica de ciertos hechos psicológicos y sociales que pueden revertir, a su vez, en un carácter ético o político”¹¹¹. Salen a relucir aquí profundas diferencias epistemológicas entre Morgenthau y Kelsen en torno a qué es el derecho y mediante qué herramientas podemos aprehender su realidad. Diferencias que encuentran su origen en las divergentes posiciones que ambos mantienen respecto de la relación entre el ser y el deber ser.

En cuanto a la segunda debilidad, cabe remarcar que el hecho de considerar que la teoría kelseniana se inclina por el llamado monismo estatalista supone, a mi entender, un considerable error. De la asunción de que el ámbito de lo jurídico está estrictamente separado del resto de ámbitos normativos no se deriva, como entiende Morgenthau, una “completa indiferencia respecto de los órdenes jurídicos externos al estado, y, por lo tanto, la insuficiencia de la teoría de las fuentes del derecho de Kelsen”¹¹². Al contrario. Para desmentir esto basta con acudir a la consideración tantas veces repetida por Kelsen (en la que ya se ha insistido más arriba), de que “todo estado es estado de derecho, pero no todo derecho es derecho del estado”¹¹³. Si no fuera así no se podría entender de ninguna manera la concepción kelseniana del derecho internacional como un ordenamiento que se encuentra en un plano jerárquico de supraordinación respecto de los ordenamientos estatales.

En su singular interpretación de Kelsen, Morgenthau toma dos de los elementos de la teoría kelseniana como antesala de un “realismo radical”, capaz de “derribar los muros” que sumen al positivismo jurídico tradicional en un inadecuado aislamiento

¹¹¹ *Ibid.*, p. 458

¹¹² *Ibidem.*

¹¹³ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ªed.), cit., p. 168; Id., *Il problema della sovranità...* cit., p. 41; Id., *Teoría General del Estado*, cit., p. 57

respecto del resto de disciplinas sociales. Estos dos elementos son el concepto de norma fundamental y el sistema escalonado de normas jurídicas. A través de ellos, se dice, es posible llegar a una “comprensión radicalmente realista de la realidad, comprensión que creemos que es la verdadera y única tarea de la ciencia del derecho, así como de cualquier otra ciencia”¹¹⁴. Pese a las salvedades aquí recogidas, en realidad —y como se podrá comprobar más adelante— el positivismo kelseniano no escapará al rechazo formulado por Morgenthau al positivismo jurídico en general. Si bien es cierto que la pureza de su método le permite salvar algunas incongruencias respecto del positivismo filosófico, no es menos cierto que se mantienen en él con pleno vigor la mayoría de elementos que son criticados respecto del positivismo jurídico en general.

4.1.3. Otras influencias en la formación del pensamiento de Morgenthau

A través de la crítica que Morgenthau realiza al liberalismo, al racionalismo y al positivismo se han dejado ya apuntadas las premisas metodológicas y epistemológicas de su pensamiento. Pero para ofrecer una visión algo más amplia, se hace necesario complementar ese análisis con algunas otras influencias que determinaron su forma de comprender el mundo y que repercutirán de forma decisiva en su teoría de la política internacional. El objetivo de este subepígrafe, por lo tanto, no es proporcionar un listado exhaustivo de los autores que influyeron en la formación del pensamiento de Morgenthau —algo que, por otra parte, ya han hecho otros autores con abundante detalle¹¹⁵—, sino incidir en aquellos que puedan significar un precedente relevante en su manera de comprender la relación entre el derecho y la política en el ámbito internacional.

¹¹⁴ MORGENTHAU, Hans J., “Positivisme mal compris...”, *cit.*, p. 459

¹¹⁵ Por ejemplo, *cfr.* SCHEUERMAN, William E., *Morgenthau. Realsim and Beyond*, *cit.*

En este sentido, al margen de los realistas clásicos como Tucídides, Maquiavelo o Hobbes y de la influencia directa de Carl Schmitt, y de otros juristas contemporáneos, como el propio Kelsen —presente en toda la tesis—, creo que merece la pena destacar la huella que dejaron en el pensamiento de Morgenthau al menos dos grupos de autores a) Nietzsche y Weber, y b) Simmel, Mannheim y Schütz.

a) Weber y Nietzsche: en búsqueda de la realidad

En la entrevista concedida a Bernard Johnson en 1968 Morgenthau exalta la influencia que Max Weber ejerció en su formación. Tanto que incluso ha sido calificado como su “padre intelectual”¹¹⁶. Entre 1926 y 1927 había asistido a un seminario sobre Weber en Munich, pero por sus diarios sabemos que ya en 1925¹¹⁷ había leído los famosos ensayos *Wissenschaft als Beruf* y *Politik als Beruf*¹¹⁸, que le influyeron poderosamente a la hora de combinar su trabajo como científico social con sus compromisos intelectuales y políticos: “mientras que como ciudadano [Weber] fue un apasionado observador de la escena política y un frustrado participante en ella, como académico observó la política sin pasión y sin perseguir ningún propósito político, sino únicamente el propósito intelectual de la comprensión”¹¹⁹. No en vano, algunos comentaristas han visto la huella de la *Verantwortungsethik* (ética de la responsabilidad)¹²⁰ weberiana en el compromiso de la obra de Morgenthau a favor de la pacificación de las relaciones internacionales¹²¹, o, más en general, en la consideración de que el deber de la política exterior, además

¹¹⁶ KOSKENNIEMI, Martii, *The Gentle... cit.*, p. 447

¹¹⁷ FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p. 109

¹¹⁸ Ambos recogidos en un mismo volumen: WEBER, Max, *La ciencia como profesión / La política como profesión, cit.*

¹¹⁹ MORGENTHAU, Hans J., “Fragment of an Intellectual Autobiography...”, *cit.*, p. 7

¹²⁰ Sin citar a Weber, Morgenthau la menciona expresamente la ética de la responsabilidad en *Scientific Man* cuando habla de la responsabilidad de los políticos (*vid.* MORGENTHAU, Hans J., *Scientific Man... cit.*, p. 186)

¹²¹ Vid. BARBÉ, Esther, “Estudio preliminar”, *cit.*, p. XXXV. También WILLIAMS, Michael C., *The Realist Tradition... cit.*, p. 56

de salvaguardar la seguridad y el interés nacional, debía ser el de proteger ciertos valores éticos fundamentales¹²². Otros conceptos característicamente weberianos como la idea del desencanto y o el establecimiento de *tipos ideales* constituyen también una constante a lo largo de toda su obra¹²³.

Hans-Karl Pichler¹²⁴ ha llamado la atención sobre la aparente contradicción existente entre el hecho de que Morgenthau fuera seguidor de Weber —quien es conocido por su contundente crítica a la objetividad de las ciencias sociales— y de que, a la vez, afirmara la existencia de ciertas leyes objetivas e inmutables que servirían para dar cuenta del fenómeno político [*infra*, 4.3.2]. La explicación debe buscarse, apunta con acierto Pichler, en el concepto de lo político manejado por Morgenthau, fuertemente influido por Carl Schmitt —quien, a su vez, había sido estudiante de Max Weber—. Como veremos con algún detalle más adelante, la esencia de lo político para Morgenthau consiste en la lucha por el poder; es decir, una contienda en la que cada individuo trata de satisfacer su propio interés, cuyo contenido mínimo sería la propia supervivencia. *Mutatis mutandis*, en el plano de la política internacional, los estados luchan por satisfacer su interés nacional, en cuyo núcleo se encontraría la seguridad nacional, que incluiría en todo caso la auto-preservación del estado. Al determinar que la auto-preservación no es un fin “optativo” sino necesario de toda política exterior, se excluye su consideración como “valor”, de forma que se puede objetivizar la política internacional. La auto-preservación de toda comunidad política, por lo tanto, sería universal en el sentido de que viene determinada por la propia condición humana. Y este hecho no sería contradictorio con la crítica

¹²² Vid. BARKAWI, Tarak, “Strategy as a Vocation: Weber, Morgenthau and Modern Strategic Studies”, en *Review of International Studies*, 24, 1998, pp. 159-184. También BAIN, William, “Deconfusing Morgenthau: Moral Inquiry and Classical Realism Reconsidered”, en *Review of International Studies*, n° 26, 2000, pp. 445-464; o SCHEUERMAN, William E., *Morgenthau. Realism and Beyond*, Polity, Cambridge, 2009, pp. 59-60

¹²³ WILLIAMS, Michael C., *The Realist Tradition... cit.* p. 111

¹²⁴ PICHLER, Hans-Karl, “The godfathers of truth: Max Weber and Carl Schmitt in Morgenthau’s theory of power politics”, en *Review of International Studies*, 24, 1998, pp. 185-200

weberiana a la objetividad de las ciencias sociales que, por otra parte, se refiere a la ciencia social en su conjunto y no respecto de una situación concreta¹²⁵.

La mención exclusiva a Weber en la entrevista concedida a Johnson ha conducido a alguna doctrina¹²⁶ a sobrevalorar el vínculo entre Morgenthau y Weber y a dejar de lado otros grandes pensadores que fueron claves para el teórico alemán. Concretamente, su biógrafo, Christoph Frei, ha puesto el acento sobre la influencia absolutamente clave ejercida por Friedrich Nietzsche¹²⁷. La importancia que se le ha dejado de atribuir al vínculo entre Nietzsche y Morgenthau se puede deber también en parte a que el propio Morgenthau deliberadamente pretendió romper con su pasado europeo en sus obras americanas. En *SM*, destaca Frei, se dedican capítulos enteros a la naturaleza del hombre y a la condición humana sin realizar ni una sola referencia a Nietzsche¹²⁸. Y ello a pesar de que sus diarios de juventud dan cuenta de que había leído las obras completas de Nietzsche entre 1926 y 1929¹²⁹. De esas lecturas del filósofo alemán no es difícil derivar dos de los rasgos que con más intensidad marcarán el pensamiento de Morgenthau: la consideración de que el impulso básico del ser humano es la ambición por el poder y, consecuencia de lo

¹²⁵ Vid. WEBER, Max, *La "objetividad" del conocimiento en la ciencia social y en la política social*, ed. y estudio preliminar de Joaquín Abellán, Alianza, Madrid, 2009 [1904], pp. 182 y ss.

¹²⁶ Cfr., por ejemplo, TURNER, Stephen y MAZUR, George, "Morgenthau as a Weberian Methodologist" en *European Journal of International Relations* 15, nº 5, 2009, pp. 477-504

¹²⁷ Frei afirma taxativamente que "de todos los autores que han investigado el desarrollo intelectual de Morgenthau, ninguno menciona siquiera el nombre de Nietzsche" (FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p.95). Cabe decir que Frei pasa por alto injustamente el trabajo de Petersen (PETERSEN, Ulrik Enemark, "Breathing Nietzsche's Air. New Reflections on Morgenthau's Concepts of Power and Human Nature", en *Alternatives*, 24, 1999, pp. 83-119); pero también el de Pichler (PICHLER, Hans-Karl, "The godfathers of truth...", *cit.*). El error es seguramente atribuible a una falta de actualización de la versión inglesa de la biografía, publicada en 2001, respecto de la versión original de 1994.

¹²⁸ FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p. 95. En efecto, en ese, su primer libro publicado en los Estados Unidos, es patente el intento de Morgenthau de romper con su pasado europeo. Únicamente cita a autores clásicos, pero, a la omisión de Nietzsche hay que sumar la que hace de autores alemanes contemporáneos tan relevantes en su formación como Weber, Schmitt o el propio Kelsen. Por otro lado, en *Politics Among Nations* tampoco son en absoluto citados Schmitt ni Kelsen; y de Nietzsche es mencionado una sola vez equiparándolo a quienes, como Mussolini o Hitler, no aceptaron ningún límite a la política del poder (vid. MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 236).

¹²⁹ FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau... cit.*, p. 99. En una carta a Samuel Magill fechada el 5 de enero de 1962, Morgenthau llega a afirmar que "la influencia más poderosa y probablemente definitiva ha sido ciertamente Nietzsche", HJM-B39 (citado en *Ibid.*, p. 108)

anterior, la idea de que la existencia humana es una existencia eminentemente trágica. La proclamación de la “*muerte de dios*” por Nietzsche en su *Así habló Zaratustra*¹³⁰ puede ser relacionada con la desaparición de los valores sociales objetivos como efecto de la llegada de la modernidad. Muerto dios, el mundo ha sido desmitificado y la naturaleza visceral del hombre queda al descubierto. En ese contexto, la vida se presenta como una lucha por el poder y los seres humanos quedan encerrados en una infinita tragedia. El mundo social es un mundo inevitablemente conflictivo. De ahí que la aspiración de una paz perpetua no puede ser más que una mera quimera, como insistirá una vez y otra la teoría de la política internacional de Morgenthau.

Si algo aportan en común al pensamiento de Morgenthau tanto Weber como Nietzsche es la pasión —la obsesión podría llegar a decirse— por la búsqueda de la realidad¹³¹. Esa pasión le condujo ya desde sus primeras obras a cuestionar los métodos positivistas aplicados a las ciencias sociales, fundamentalmente al derecho [*supra*, 4.1.2.b]. Como hemos visto, en *RN* se expresan claramente sus preocupaciones en torno al abismo existente entre el ser y el deber ser del derecho. Abismo que se agrava más todavía si de lo que se trata es del derecho internacional. De esa búsqueda de la realidad haría Morgenthau el *leitmotiv* de su teoría, que no en vano ha pasado a la historia del pensamiento como una teoría *realista*. De aquí se deriva igualmente el uso frecuente en sus escritos más maduros del término *verdad* en tanto que correspondencia con la realidad. *Speak truth to power* (decir la verdad al poder) fue la máxima que adoptó en su trabajo¹³² como analista de la política exterior, y que le llevó a enfrentarse con la Administración norteamericana a raíz de la Guerra de Vietnam hasta el punto de convertirse en un personaje incómodo en sus

¹³⁰ NIETZSCHE, Friedrich, *Así habló Zaratustra*, trad. e introducción de Juan Carlos García-Borrón, RBA, 2004 [1883-1885]

¹³¹ Cfr. NEACSU, Mihaela, *Hans J. Morgenthau's Theory of International Relations: Disenchantment and Re-Enchantment*, Palgrave Macmillan, 2009, pp. 50 y ss.

¹³² Esa máxima, que ha sido repetida en infinidad de ocasiones y circunstancias, es utilizada en la actualidad por la fundación Robert F. Kennedy para dar nombre a un ambicioso proyecto en defensa de los derechos humanos. *Vid.* <http://rfkcenter.org/speak-truth-to-power-5> [fecha de la consulta: 24 de abril de 2014]

años de madurez [*supra*, 1.3.3.b]. Es precisamente la expresión *speak truth to power* la que aparecía en la dedicatoria que realiza en una recopilación de escritos suyos editada por él mismo en 1970¹³³. Llama la atención, sin embargo, que la dedicatoria no va dirigida a Weber ni a Nietzsche sino, como ya vimos, a Kelsen.

b) Simmel, Mannheim y Schütz: la determinación situacional del conocimiento

Uno de los más interesantes trabajos publicados sobre Morgenthau en los últimos años es, a mi juicio, el libro de Felix Rösch *Hans J. Morgenthau and the Weimar Republic*. En él se buscan los orígenes epistemológicos del pensamiento de Morgenthau más allá de las consabidas —y más o menos acertadas— referencias a Weber, Nietzsche o Schmitt. Fruto de esa búsqueda, Rösch destaca las influencias de tres científicos sociales cuyas ideas fueron clave en la configuración de la determinación situacional del conocimiento que impregna toda la obra de Morgenthau: Karl Mannheim, Alfred Schütz y Georg Simmel.

El paso de Morgenthau por Frankfurt entre 1928 y 1931, en pleno apogeo del *Institut für Sozialforschung*, sin duda sirvió para ampliar sus horizontes teóricos más allá de la tradicional *Staatsrechtslehre*. Allí entró directamente en contacto con Mannheim y, a través de él, con la obra de Schütz y Simmel¹³⁴. Los tres pensadores, junto con otros sociólogos, como Durkheim en Francia o el propio Weber en Alemania, hicieron aportaciones relevantes al proceso de refinamiento metodológico y epistemológico de las ciencias sociales que había comenzado a producirse en Europa a partir de la segunda mitad del siglo XIX; y los tres marcaron claramente la forma de contemplar la realidad que se refleja en las obras de Morgenthau.

¹³³ MORGENTHAU, Hans J., *Truth and Power: Essays of a Decade, 1960-70*, Praeger, Nueva York, 1970

¹³⁴ *Vid.* RÖSCH, Felix, *Hans J. Morgenthau and the Weimar Republic... cit.*, p. 24

El pujante nacionalismo, que culminó con la Primera Guerra Mundial, sacudió los ideales kantianos que confiaban en el continuo progreso de la humanidad, poniendo en cuestión los postulados positivistas que defendían la aplicación de los métodos de las ciencias naturales a las ciencias sociales. Simmel influyó a Schütz y Mannheim en este aspecto. Los tres se mostraron partidarios de una clara distinción entre las ciencias naturales y las sociales. En las ciencias sociales, a diferencia de las naturales, la verdad no existiría por sí misma, sino que se derivaría de la situación. De ahí se sigue que los métodos del caso particular propios del racionalismo son inapropiados para las ciencias sociales, puesto que, en palabras de Mannheim: “el examen de un objeto no es un acto aislado, sino que tiene lugar en un contexto teñido por valores e impulsos volitivos, inconscientemente colectivos”¹³⁵. En consecuencia, ningún objeto o hecho tiene un significado preestablecido, sino que el significado se construye a través del contexto social en el que es creado. Dado que la verdad absoluta nunca sería alcanzable, los científicos sociales necesitarían de una aproximación metodológica que les permitiera capturar aquello que realmente importa, que sería la estructura del mundo social.

Rösch ha analizado los rasgos principales del pensamiento de estos tres autores de acuerdo con los teoremas constructivistas de temporalidad y cambio. A partir de ellos, se establece el concepto de determinación situacional del conocimiento, que se basaría en la idea fundamental de que la objetividad se construye a sí misma únicamente a través de la intersubjetividad. Esa determinación situacional del conocimiento no fue concebida por Simmel o Schütz como un esfuerzo voluntario a realizar por el científico social, sino más bien como un requisito imprescindible para entender los mecanismos de producción del conocimiento o la sociedad en general¹³⁶. Tal requisito se basa en la idea de que existe una relación dialéctica entre el individuo y la sociedad; es decir, que el individuo está determinado por la sociedad

¹³⁵ MANNHEIM, Karl, *Ideología i utopia. Una introducció a la sociologia del coneixement*, trad. de Joan Fontcuberta i Gel, ed. y prólogo de Salvador Cardús i Ros, Edicions 62, Barcelona, 1987 [1929], p. 46

¹³⁶ *Id.* RÖSCH, Felix, *Hans J. Morgenthau and the Weimar Republic... cit.*, p. 31

tanto como la sociedad lo está por el individuo. Esa construcción del conocimiento no conduciría al relativismo, sino al *relacionismo*, según el cual la objetividad sí que puede ser alcanzada, pero siempre dentro de un determinado contexto. La objetividad, así configurada, estaría compuesta de un lado por la determinación situacional ligada a la concreta existencia, y de otro lado a un cierto punto de vista, condicionado también por múltiples factores. Según esto, únicamente dentro de un esquema metodológico contextualmente determinado podrán ser aplicados los términos valorativos de correcto e incorrecto.

Si la sociedad es una construcción humana, entonces la forma de entenderla y de generar conocimiento en torno a ella estará condicionada en buena medida por las diferentes formas de relación que se dan entre los humanos y por los constantes cambios que se producen entre ellos. La concepción del conocimiento que se maneja desde ese punto de vista, por lo tanto, no puede ser más que una concepción dinámica.

La influencia de estos tres autores, que confluye en la idea de que el conocimiento en las ciencias sociales, a diferencia de las ciencias naturales, está determinado por el contexto —idea que contradice el núcleo mismo de la teoría pura kelseniana—, se deja notar al menos en dos rasgos característicos de la teoría de Morgenthau: la visión historicista de la historia y la consideración de la hipótesis del estado mundial. En cuanto al primer rasgo, cabe destacar la pasión de Morgenthau por las referencias históricas¹³⁷, que se aprecia a lo largo de toda su obra. Ningún valor tiene una construcción teórica del mundo social si no es avalada por la prueba de la historia. Los individuos, en tanto que objetos de la ciencia social, sólo pueden ser enteramente entendidos y explicados en el contexto de su existencia; y del mismo modo las relaciones que tienen lugar entre las naciones en el ámbito internacional. Por eso no hay soluciones fáciles ni fórmulas mágicas: “el conocimiento de las fuerzas que

¹³⁷ Hay que recordar que en Múnich Morgenthau aprendió sobre ciencia política no de la mano de juristas, sino de historiadores como Hermann Oncken.

determinan la política entre las naciones y las formas en las que sus relaciones se desarrollan, revelan la ambigüedad de los hechos de la política internacional”¹³⁸. La teoría de la política internacional desarrollada por Morgenthau sería, por lo tanto, una teoría situacionalmente determinada, limitada por los condicionantes tiempo y espacio. Sólo a partir del conocimiento de casos históricos concretos se pueden realizar las generalizaciones que se necesitan para orientar el comportamiento de los estadistas y los diplomáticos. Es por eso que, como veremos, para alcanzar la paz no valdrán ya las fórmulas generales y abstractas ofrecidas por el derecho, sino que se necesitará de la capacidad negociadora de la diplomacia, único instrumento de la política exterior que a juicio de Morgenthau puede entender los conflictos entre estados en su adecuado contexto histórico y político.

Por otro lado, de la importancia atribuida a los factores tiempo y cambio derivará una de las ideas fundamentales en la forma que Morgenthau tiene de contemplar el ordenamiento internacional: la consideración de que el sistema de estados-nación no era sino una de las posibles formas de ordenar el ámbito internacional, que estaría vigente únicamente en tanto que estuvieran vigentes los múltiples factores que determinaban ese esquema —tan frecuentemente presentado por los propios realistas como el único de los sistemas posibles—. Simmel, Schütz y Mannheim ya habían adelantado ese cambio de concepción respecto del tradicional estado-nación¹³⁹, que hasta entonces la *Staatsrechtslehre*, influida por el pensamiento hegeliano y por el nacionalismo alemán, había considerado inamovible. El hecho de pensar en el sistema de estados-nación no como una realidad inmutable, sino como una de las múltiples formas posibles que puede adoptar la realidad internacional en función de condiciones que pueden mutar, deja la puerta abierta para una hipótesis que jugará un papel relevante en la teoría internacional de Morgenthau: la construcción de un estado mundial [*infra*, 5.3.1]. El pensamiento de Kelsen y de Morgenthau coincide, en este sentido, en el efecto de la *desmitificación* del estado-nación, que permite

¹³⁸ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 22

¹³⁹ *Id.* RÖSCH, Felix, *Hans J. Morgenthau and the Weimar Republic... cit.*, p. 39

utilizar la idea del estado mundial al menos como hipótesis de trabajo sobre los posibles desarrollos de la futura sociedad internacional. Ahora bien, el fundamento utilizado por uno y otro para llegar hasta esa hipótesis es bien distinto. Mientras que la desmitificación del estado es para Kelsen el fruto de la extrema racionalización de la lógica jurídica [*supra*, 2.2.3.b] para Morgenthau, por el contrario, es el resultado de un esquema de pensamiento antiformalista, fuertemente influido por la sociología de Simmel, Schütz y Mannheim.

4.2. Lo político y lo jurídico en el ámbito internacional

Vistas las premisas de las que parte el pensamiento de Morgenthau, el propósito de este epígrafe consiste en dar cuenta del alcance que tienen en su obra los conceptos de lo político (1) y de lo jurídico (2). A partir de ellos se intentará recomponer su visión del derecho internacional (3) y, en concreto, se tratará de comprender por qué lo que en un primer momento pretendió ser una teoría realista del derecho internacional acabó convirtiéndose en una teoría realista de la política internacional. Este recorrido pretende servir no solamente para ofrecer una perspectiva poco estudiada de la obra de Morgenthau, sino sobre todo —en el contexto de esta tesis— para encontrar un contrapunto a la teoría del derecho internacional de Kelsen.

4.2.1. El concepto de lo político

a) Definir los conflictos internacionales

En 1933, con la publicación de *La notion du “politique” et la théorie des différends internationaux* [en adelante, *NP*] —obra que supone la reelaboración de su tesis doctoral de 1929 y la presentación de la misma al mundo francófono (y, por

extensión, a la comunidad internacional de la época)—, Morgenthau propone una reformulación de la teoría de los conflictos¹⁴⁰ internacionales. Para realizar esa reformulación se verá obligado a definir cuál es su posición acerca del fenómeno político. Y dicha posición, que trascenderá al conjunto de su obra, se caracterizará por cuestionar los límites de aquellos ámbitos que hasta entonces habían estado reservados al derecho. Ya desde el principio aclara que el problema sobrepasa el estricto ámbito de lo jurídico, “puesto que el concepto de política está en los propios fundamentos jurídicos y sociológicos del derecho internacional”¹⁴¹. En efecto, el primer problema que preocupó a Morgenthau fue el error en el que a su juicio incurría la teoría positivista del derecho internacional, que al confundir el punto de vista empírico y el normativo, identificaba incorrectamente los conflictos jurídicos con los justiciables y los conflictos políticos con los no justiciables. El problema de la jurisdicción, no obstante, en modo alguno era un problema exclusivo del orden internacional; sino que también se presentaba con frecuencia (si bien es cierto que en un menor grado de intensidad) dentro el ordenamiento interno.

Una definición del concepto de conflicto jurídico debería poder responder a su finalidad práctica, esto es, establecer un criterio objetivo que permita distinguir entre las alegaciones de las partes que no se basen en el derecho positivo y aquellas cuya relación con el derecho positivo sea fácilmente admisible. No puede, por lo tanto, depender de la mera voluntad de las partes la clasificación de un conflicto como jurídico o no jurídico. Morgenthau afirma que existe una regla general (objetiva) en base a la cual un órgano jurisdiccional internacional puede tomar la decisión sobre si calificar un conflicto como jurídico: las reglas jurídicas existentes. Éstas, no obstante, son insuficientes para pronunciarse sobre el carácter de la motivación política subyacente al litigio. Morgenthau repara en definiciones como la propuesta

¹⁴⁰ He optado por traducir la palabra francesa original *differend* por “conflicto” para dotarla de un sentido más amplio del que denotaría la traducción literal “diferendo”.

¹⁴¹ MORGENTHAU, Hans J., *La notion du “politique”... cit.*, p. 9

por Verzijl¹⁴², para quien el carácter jurídico de una demanda y en consecuencia, su admisibilidad ante un tribunal, aparece estrechamente ligado a su razonabilidad. Critica este argumento a partir de un ejemplo: una demanda puede estar implacablemente formulada desde el punto de vista de la razonabilidad; pero si invoca la aplicación de un tratado (u otro tipo de norma) que no existe, en ese caso no debería ser admisible como demanda susceptible de ser resuelta a través de un procedimiento jurídico. Se necesita, por consiguiente, invocar derecho vigente; entendiendo por tal —en un argumento claramente positivista— el derecho aplicable. Así, puede llegarse a una definición de conflicto jurídico: son conflictos jurídicos “los conflictos que revelan, en las consideraciones motivadas por las afirmaciones de las partes, una divergencia de opinión acerca de un asunto susceptible de ser resuelto en virtud de una regla de derecho incontestable, o cuya existencia pueda al menos ser sostenida con la ayuda de argumentos jurídicos”¹⁴³.

La tradición de la doctrina dominante oponía el concepto de conflictos jurídicos a los conflictos de interés, definiendo así el conjunto de conflictos que no serían susceptibles de ser resueltos en virtud de la aplicación de una norma jurídica. Pero Morgenthau opina que el valor práctico de esta distinción es mínimo y expresa, desde el punto de vista terminológico, una importante imprecisión, puesto que todos los conflictos jurídicos son también conflictos de intereses. Por ese motivo, considera que los conflictos que no pueden ser clasificados de acuerdo al cuestionable criterio de la enumeración¹⁴⁴ deben ser definidos como “puros conflictos de intereses” [*infra*, 5.2.1.b].

En el sentido original —aristotélico— del término, la política haría referencia a todo aquello que se encuentra dentro de la esfera de la vida pública. Morgenthau adopta

¹⁴² VERZIIL, Jan H. W., “La classification des différends internationaux et la nature du litige anglo-turc relatif au vilayet du Mossoul”, en *Revue de Droit International*, vol. 6, n° 6, 1925, pp. 732-759

¹⁴³ MORGENTHAU, Hans J., *La notion du “politique” ... cit.*, p. 20

¹⁴⁴ Morgenthau cita como ejemplos la fórmula del Tratado de Arbitraje Franco-Inglés de 1903 o la del artículo 13.2 del Pacto de la Sociedad de Naciones (reproducido, a su vez, en el artículo 36 del Estatuto de la CPJI, así como en numerosos tratados sobre arbitraje de la época).

esta definición amplia de política. Tan amplia que algunos, como Williams, han llegado a afirmar que lo político no tiene límites para él, dado que la ambición por el poder puede influir en cualquier tipo de relación, convirtiéndola en una relación potencialmente política¹⁴⁵. Pero el sentido de política que particularmente nos interesa aquí es la política que tiene lugar en el ámbito de las relaciones interestatales; es decir, la política extranjera o política exterior. Schmitt había considerado que la verdadera política era la que se manifestaba en las relaciones entre estados, fundamentalmente a través del acto de la guerra. El estado extraño, el extranjero, era realmente ese *otro*, ese *enemigo* respecto del cual lo político cobraba todo el significado¹⁴⁶. No se puede decir que la retórica de Morgenthau llegue hasta esos extremos. Para él la noción de política aplicada a las relaciones estatales designa cualquier cosa relativa a la “polis”, y, por extensión, al estado en general. En el ámbito de las relaciones internacionales las cuestiones políticas serían, por lo tanto, aquellas susceptibles de ejercer influencia en las relaciones de un estado con los otros estados, o bien sobre la situación de un estado en el seno de la comunidad internacional.

Morgenthau afirma que toda acción del estado hacia el exterior afecta a sus relaciones con los otros estados y, “desde el punto de vista del objetivo que persiguen, todas las acciones exteriores del estado son siempre políticas”¹⁴⁷. Aquí puede encontrarse un claro contraste respecto de la teoría del derecho internacional de Kelsen, según el cual, desde el punto de vista jurídico, todo estado sería estado de derecho. Como el rey Midas con el oro, todo lo que el estado toca se convierte en derecho [*supra*, 2.2.3.b]. En este diferente criterio, como en otros que se verán más adelante, comienza a apreciarse claramente que mientras que para Morgenthau el derecho se encuentra en un plano subordinado al de la política, para Kelsen —sin

¹⁴⁵ *Vid.* WILLIAMS, Michael C., *The Realist Tradition... cit.*, p. 108

¹⁴⁶ *Vid.* SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político... cit.*, p. 63

¹⁴⁷ MORGENTHAU, Hans J., *La notion du “politique”... cit.*, p. 25

negar que el origen del derecho está en la política— la política puede (y debe) estar sometida al derecho.

En cualquier caso, lo que interesa aquí de momento no es el conjunto de todas las relaciones internacionales, sino aquellas que hacen referencia a los conflictos que se dan entre los diferentes estados en el seno de la comunidad internacional. La doctrina mayoritaria había pretendido que la diferencia entre las cuestiones políticas y las otras cuestiones internacionales (léase jurídicas) resida en el hecho de que las primeras no tienen carácter jurídico. La noción de cuestión política sería de esa manera equivalente a la noción de cuestión de interés puro. Pero Morgenthau opina que, a la luz de la realidad empírica, tal clasificación es infundada, ya que la historia demuestra que abundan casos de cuestiones de derecho que revierten un incontestable carácter político. No sería correcto, sin embargo, afirmar lo contrario: que un conflicto cuyo objeto no esté regulado por el derecho internacional, siendo, por lo tanto, un conflicto de interés puro, poseería como consecuencia de esa falta de regla jurídica, un carácter político. No existen reglas fijas en derecho internacional relativas a ningún ámbito reservado, que indiquen que ciertas materias puedan ser exclusivamente políticas o exclusivamente jurídicas: “La experiencia histórica prueba que la oposición [...] entre las cuestiones jurídicas y las políticas no existe en realidad. La afirmación del carácter jurídico de un conflicto no implica necesariamente que éste carezca de carácter político”¹⁴⁸. Junto con Schindler¹⁴⁹, insiste en que las nociones de político y jurídico no conforman una pareja antitética. El concepto opuesto al de cuestión política no es el de cuestión jurídica, sino el de cuestión no política. Y cualquier cuestión jurídica podría, a su vez, revertir o no naturaleza política.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 26

¹⁴⁹ *Vid.* SCHINDLER, Diétrich, “Les progrès de l'arbitrage obligatoire depuis la création de la Société des Nations”, en *Recueil des cours 1928*, tomo 25, vol. V, Académie de Droit International, pp. 233-364, pp. 266 y ss.

Alguna doctrina ha intentado tomar como signo distintivo entre las cuestiones políticas y no políticas cierta orientación dirigida a distinguirlas por su contenido material. Es lo que se hizo en las Conferencias de La Haya (1899 y 1907), donde se elaboraron listas que pretendían enumerar las cuestiones no políticas. Pero Morgenthau argumenta que una lista de esta naturaleza es un error puesto que, o bien las cuestiones enumeradas en la lista no tienen, por su naturaleza, ningún carácter político, tratándose de algo superfluo o bien tales cuestiones son políticas o pueden convertirse en políticas, en cuyo caso no dejan de serlo porque se las califique de no políticas. Como se puede comprobar, la premisa de fondo que subyace a esta afirmación es —otra vez— que la política no puede ser subordinada al derecho.

Cosa diferente es el establecimiento de una lista de asuntos que deban ser sometidos sin condiciones al arbitraje, lo cual también implica negar el carácter político a tales asuntos. A la vista de los asuntos que forman parte de esas listas conformadas en las Conferencias de La Haya, puede afirmarse que se trata en todo caso de asuntos de naturaleza secundaria y que hacen referencia a intereses particulares. Las grandes cuestiones donde se juegan los intereses importantes del estado nunca podrían ser sometidas a este arbitraje obligatorio, puesto que se trataría de las cuestiones habitualmente calificadas como políticas. Morgenthau sostiene que la experiencia, sin embargo, prueba lo contrario y para ello acude al derecho regional latinoamericano, donde, por ejemplo, se consideró (en la Segunda Conferencia Panamericana de 1902) que el problema de las fronteras (por los europeos visto como una de las grandes cuestiones políticas) es un problema de carácter puramente técnico-jurídico. De ahí se deriva que “el carácter político de estas cuestiones depende de circunstancias de lugar y de tiempo [...], todas las cuestiones consideradas a día de hoy como políticas podrían perder ese carácter, si las circunstancias que les confieren ese carácter político se modificaran”¹⁵⁰. Por lo tanto, no existe ninguna cuestión que pueda ser, de una vez por todas, calificada de

¹⁵⁰ MORGENTHAU, Hans J., *La notion du “politique”... cit.*, p. 30

“política”, que tenga ese carácter por su propia naturaleza. Todo lo que se puede decir, basándose en la experiencia, es que en determinadas circunstancias ciertas cuestiones adquieren normalmente un carácter político¹⁵¹. Y lo mismo se podría decir para las cuestiones que habían sido clasificadas en las Conferencias de La Haya como “no políticas”. Los intensos debates¹⁵² que se produjeron en estas conferencias a propósito de aquello que se debía calificar como cuestión política o no política prueban, a juicio de Morgenthau, que no existía en la comunidad internacional de estados acuerdo sobre este punto. Por eso afirma que “debemos concluir que es imposible establecer una distinción, a partir de su objeto, entre las cuestiones políticas y las no políticas”¹⁵³.

b) La intensidad de lo político

A partir de esa constatación, Morgenthau irá introduciendo un concepto clave en su teoría política, el concepto de intensidad¹⁵⁴: “El ámbito de los conflictos políticos no estaría pues limitado de una vez por todas, en base a las cuestiones que abarca; ninguna cuestión será considerada como necesariamente política en razón de su objeto, sino que toda cuestión puede adquirir un carácter político como consecuencia de circunstancias ajenas a su objeto. El concepto de lo político no tiene un contenido fijo, determinable de una vez por todas, es más bien una cualidad, una *tonalidad*, que puede ser propia a cualquier objeto”¹⁵⁵. Ciertas cuestiones que adquieren esa

¹⁵¹ *Vid. Ibid.*, p. 30

¹⁵² *Cfr.* GREWE, Wilhelm, *The Epochs of International Law*, trad. de Michael Byers, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 2000 [1984], pp. 512 y ss.; también KOSKENNIEMI, Martii, *The Gentle... cit.*, pp. 210 y ss.

¹⁵³ MORGENTHAU, Hans J., *La notion du “politique”... cit.*, p. 32

¹⁵⁴ Como ya vimos [*supra*, 1.1.3], Morgenthau insistió en sus escritos autobiográficos en que el concepto de intensidad en la definición del fenómeno político apareció por primera vez en su tesis doctoral de 1929 y fue introducido por Schmitt en la segunda edición de su *El concepto de lo político* (1932), sin reconocer su autoría. No es de extrañar, por eso, que Morgenthau se tome su particular venganza en *La notion du “politique”*, donde se dedica a comparar extensamente —casi hasta la saciedad— su propio concepto de lo político con el de Schmitt. Encontró particularmente criticable la oposición schmittiana de amigo-enemigo, que en su opinión resulta ser una tautología que de ningún modo sirve para dar cuenta de la esencia de la política (*vid.* MORGENTHAU, Hans J., *La notion du “politique”... cit.*, pp. 45 y ss).

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 32

tonalidad¹⁵⁶ con una facilidad y una frecuencia particular en virtud de su naturaleza, pero se trata siempre de un fenómeno circunstancial y variable: la cuestión que hoy es considerada como política mañana puede haber perdido ese carácter, y viceversa.

No obstante lo anterior, existen determinados asuntos, fundamentalmente aquellos que tienen que ver con el estado, que sí que tendrían un carácter político relativamente permanente. Son lo que Morgenthau llama “cuestiones políticas de primera clase”. Junto a las cuestiones políticas de primera clase, que presentan un carácter político relativamente estable, existirían las “cuestiones políticas de segunda clase”, cuyo carácter político es volátil y no se fija definitivamente. Solamente se habla, en una nota al pie, de una excepción, que consiste en el caso de la propia existencia del estado¹⁵⁷, que es la única cuestión que siempre presentaría un carácter político. Huelga señalar que en este asunto se aprecia otra clara diferencia con la teoría kelseniana, puesto que para Kelsen también la existencia de un estado (así como la de su extinción) es una cuestión puramente jurídica, que depende del principio de efectividad, norma positiva del derecho internacional consuetudinario. Por eso, el reconocimiento de la existencia de un estado por parte de otro estado es siempre un acto declarativo, y nunca constitutivo [*supra*, 2.2.2.b.B].

Así, para Morgenthau, el elemento característico del concepto de política residiría únicamente en esa *tonalidad*, en un matiz particular, privado de todo carácter sustancial. La política sería una cualidad que se puede encontrar, en diversos grados, en todas las materias. Se compara con la cualidad del calor, que se puede encontrar en todos los cuerpos, en muy distintos grados. “No es más que una cuestión de intensidad, cuya graduación varía con las circunstancias que la determinan”¹⁵⁸. Sin embargo, a diferencia del calor, que se puede medir con la ayuda de un termómetro,

¹⁵⁶ Aunque Morgenthau no lo cita, es muy probable que tomara la idea de la tonalidad del uso que Husserl hacía del concepto de *tonalidad afectiva*, el cual encontró sus ecos también en la influyente obra de Heidegger, *Ser y tiempo* (1927).

¹⁵⁷ *Vid.* MORGENTHAU, Hans J., *La notion du “politique”... cit.*, p. 33

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 35

la cualidad de lo político no puede ser medida con ningún criterio objetivo. El grado de intensidad sólo se puede determinar dentro de cada caso particular, en relación a una actividad concreta¹⁵⁹.

A la vista de lo anterior, se afirma que las tentativas hechas para definir lógicamente los diferentes tipos de conflictos internacionales han fracasado. Incluso las tentativas que Morgenthau califica como científicamente más valiosas, tales como las de Lauterpacht o Schindler. El fracaso de tales tentativas se debe, principalmente, a que intentan trazar una demarcación entre los conflictos jurídicos y políticos sin preocuparse previamente de definir el contenido del concepto de lo político. Morgenthau denuncia que la teoría dominante, “prisionera del prejuicio positivista según el cual los problemas jurídicos serían resueltos por la interpretación del derecho positivo [...] ha buscado resolver el problema definiendo simplemente el concepto de política como opuesto al de cuestión jurídica o de cuestión susceptible de una solución jurídica [...] esta teoría considera que toda cuestión que no es jurídica, es decir, susceptible de reglamentación jurídica, es por ella misma una cuestión política”¹⁶⁰.

Y eso porque, como ya se ha visto, para Morgenthau el método positivista conoce una sola dimensión de los fenómenos sociales, se atiene únicamente a la parte superficial de las formaciones jurídicas que envuelven las relaciones sociales. Siempre se le escaparía por ello el elemento social subyacente al orden jurídico, siendo necesariamente inaplicable a los problemas que tengan por objeto las relaciones existentes entre ese elemento social subyacente y el orden jurídico que se le superpone¹⁶¹. Siguiendo con la crítica al positivismo jurídico, Morgenthau afirma que el concepto de política es justamente uno de esos conceptos que a la vista de la dogmática positivista presentan claras deficiencias, puesto que no puede ser

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 36

¹⁶⁰ *Ibid.*, pp. 37-38

¹⁶¹ *Vid. Ibid.*, pp. 41-42

entendido desde un punto de vista exclusivamente jurídico, sino que ha de concebirse estrechamente vinculado con la realidad social. Aflora aquí otra de las diferencias básicas con Kelsen, firme defensor de la pureza del método científico del derecho, como disciplina que debe estar libre de la influencia de las otras ciencias sociales — tanto de sus métodos como de sus objetos—, al menos en lo que a la determinación de la validez de las normas jurídicas se refiere.

c) La ambición por el poder

Morgenthau expone ya en 1933 la que será una de las características esenciales del concepto de política que manejará en sus obras americanas: la voluntad de poder o ambición por el poder, como una característica ligada a la propia naturaleza humana. El concepto de lo político, en el sentido más amplio de la palabra, se aplica a manifestaciones que desbordan el ámbito del estado. Hay un factor común a todos los espacios, o estados de hecho sociológicos que pueden ser calificados de políticos: que todos tienen en su base, como factor psicológico —o, si se prefiere, antropológico— la ambición por el poder. La voluntad de poder se presenta en tres formas diferentes: puede estar dirigida a mantener el poder adquirido, a aumentarlo o a demostrarlo. De entre ellas, la última, la que tiende a manifestar el poder adquirido, es diferente de las otras dos por el hecho de que presenta una desproporción grotesca entre su valor objetivo y la intensidad de la voluntad con que se manifiesta. Evocando un pasaje de Hamlet, Morgenthau recuerda que: “La verdadera grandeza no consiste solamente en perseguir un gran objetivo, sino que puede consistir también en luchar por una paja, si es el honor lo que está en juego”¹⁶².

Las constataciones respecto de la política en general, serán aplicadas por Morgenthau al ámbito de la política entre estados, haciendo una operación que sería similar a la ya comentada *domestic analogy*, criticada por él mismo en otras obras y utilizada por

¹⁶² *Ibid.*, p. 44

Kelsen y tantos otros pensadores para referirse a los problemas del derecho internacional. De la misma forma que la practicada por los seres humanos de manera individual, toda política exterior (es decir, practicada por los estados en el ámbito internacional) no consistiría más que en la voluntad de mantener, acrecentar o demostrar el poder que se tiene. Esas tres manifestaciones de la voluntad política se ven traducidas en la práctica política de los estados en tres formas típicas:

- Mantener poder: políticas de *status quo*
- Incrementarlo: políticas imperialistas
- Demostrarlo: políticas de prestigio

Como en el caso de la política entre estados, esta última forma se distingue de las dos primeras por la clara desproporción que existe entre el valor objetivo de la acción y la intensidad con la que es realizada. En cualquier caso, lo que importa es la consideración de que “toda actividad estatal que persigue un fin de poder es calificada de política”¹⁶³. Ello le lleva directamente a plantearse qué relaciones guarda la política con la guerra, recordando la famosa frase de Clausewitz “la guerra es la continuación de la política por otros medios”. Resulta relevante que Morgenthau considere su concepto de lo político como opuesto al empleo de la fuerza física organizada: “no se podrá hablar más de política si, para obtener el fin político perseguido, el estado recurre a la fuerza física organizada [...] El objetivo de la guerra es, como el de la política, el poder, pero los medios de los que ella se sirve no son los propios de la política”¹⁶⁴ [*infra*, 5.1.1.a].

El concepto de política, aplicado al ámbito del estado, adquiere dos significados diferentes desde el punto de vista cualitativo. En primer lugar designa globalmente la actividad del estado destinada a la conservación, el aumento o la demostración del poder en determinados ámbitos. Desde ese punto de vista, según se trate, por ejemplo

¹⁶³ *Ibid.*, p. 62

¹⁶⁴ *Ibidem*.

del comercio o de las colonias, se podrá hablar de política comercial o política colonial. En segundo lugar, dentro de los posibles ámbitos de actividad exterior de un estado, se distinguen ciertas ámbitos esferas que podrían ser llamadas “actividades políticas calificadas”. Esta distinción no resulta demasiado clara, pero lo que sí que está claro es que toda actividad estatal destinada a mantener, incrementar o demostrar el poder del estado puede ser calificada de “alta política”, puesto que en ella se representa el fenómeno político en su grado más fuerte, es decir con una intensidad máxima. El fenómeno político, en última instancia, se manifestará en la concreta relación que el estado cree con los objetos que constituyen el fin de su actividad relacionada con el poder. En definitiva, Morgenthau llega a la conclusión de que lo político, *en el sentido específico*, “consiste en un grado particular de intensidad en la relación que la voluntad de poder del estado crea entre sus objetos y el estado”¹⁶⁵. La realidad de los hechos determinará, por lo tanto, no sólo el carácter político de un asunto, sino que haciéndolo —y he aquí lo relevante— condicionará el papel que las normas jurídicas puedan desempeñar en la resolución del mismo.

4.2.2. *El concepto de derecho y el derecho internacional*

Por las propias características de la teoría jurídica de Morgenthau, se hace difícil plantear este apartado con una estructura similar a la que se ha utilizado en el segundo capítulo para describir la teoría del derecho kelseniana a partir de las características de sistematicidad, coacción y funcionalidad. No hay que ocultar que, como ya se advirtió en la Introducción, la teoría del derecho presentada por Morgenthau es una teoría solamente incipiente y poco desarrollada. Justo lo contrario que la teoría pura del maestro de Viena. Sea como fuere, para comprender el realismo de la política internacional de Morgenthau —y más por contraposición al pacifismo jurídico de Kelsen—, es necesario dejar aquí apuntados los rudimentos de

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 64

su concepto de derecho. Para ello volveremos a tomar como referencia *RN*, que es, la más extensa y ambiciosa de las obras del Morgenthau jurista.

Pese a su innegable influencia, la concepción del derecho de Morgenthau se separa claramente de la de Kelsen. En palabras del propio Morgenthau, mientras que “para Kelsen la cualidad jurídica de una norma emana de la norma fundamental, para nosotros, aquella resulta de la estructura formal de la norma como tal. La teoría pura del derecho se preocupa de conocer cuáles son las normas que pertenecen al sistema jurídico del estado y de la comunidad internacional [...] la teoría pura del derecho es, por lo tanto, una teoría del derecho positivo del estado y de la comunidad internacional. Nosotros consideramos, por contra, la existencia de las normas jurídicas allá donde encontramos la estructura formal que hemos reconocido como propia de la norma jurídica, sin preocuparnos de saber si las normas en cuestión forman parte de un sistema jurídico estatal o supraestatal determinado, es decir, sin preocuparnos de si son legítimas desde el punto de vista de estos sistemas”¹⁶⁶. Así tomada la afirmación, podría parecer que la teoría de Morgenthau es incluso más formalista que la de Kelsen, pero un análisis más pormenorizado llevará irremisiblemente a la conclusión contraria.

a) Entre validez y eficacia

Morgenthau admitirá como norma jurídica válida toda aquella norma que cumpla con los requisitos formales que hacen de ella una norma jurídica, sin preocuparse (a diferencia de Kelsen) de si la validez de esa norma deriva en última instancia de la norma fundamental. Morgenthau deja entrever cuál es su concepto de validez normativa al relacionarla con la efectiva posibilidad de que una sanción tenga lugar. Inspirándose en el sociólogo francés Leon Duguit, escribe que la validez tiene que

¹⁶⁶ MORGENTHAU, Hans J., *La réalité des normes... cit.*, p. 17

ver con “la intensidad de la reacción social que produce su violación”¹⁶⁷. La validez sería la “facultad más o menos abstracta de las normas para devenir eficaces”¹⁶⁸. Ya desde el principio, por lo tanto, se presentan entrelazados los conceptos de validez y eficacia. Al contrario que Kelsen, quien diferenció nítidamente ambos conceptos¹⁶⁹, identificando la validez de una norma en términos de su pertenencia al sistema, en Morgenthau —por mucho que intente evitarlo¹⁷⁰— la relación entre validez y eficacia resulta tan estrecha que será difícil diferenciarlas¹⁷¹.

Que eficacia y validez, sin ser la misma cosa, están estrechamente relacionadas entre sí se comprueba en la siguiente frase: “se dice que una norma es válida si tiene la facultad abstracta de determinar la voluntad. Se dice que una norma es [subjektivamente] eficaz si efectivamente determina la voluntad”¹⁷². Así, Morgenthau hace depender el criterio de validez no de un aspecto de naturaleza lógico-jurídica, sino de un aspecto material, directamente relacionado con la realidad de los hechos, como es la “facultad abstracta para determinar la voluntad”. Veremos que dicha facultad vendrá ligada, como no podía ser de otra manera, al concepto de sanción.

¹⁶⁷ Morgenthau se empeña en aclarar que relacionar ambos conceptos no supone necesariamente confundirlos: “es un error muy frecuente en la doctrina el hecho de confundir la eficacia subjetiva de una norma; es decir, el hecho de que determine en el espíritu un acto de voluntad conforme a su contenido, con la validez [...] esta concepción desconoce el carácter específicamente normativo de la norma, la cual es independiente de toda estadística psicológica” (*Ibid.*, p. 25). O, más claramente: “la constatación de que una disposición normativa concreta no determina la voluntad, es decir, que no es eficaz, es de naturaleza sociológica [...]. Por el contrario, la constatación de que una disposición normativa no posea la facultad abstracta de determinar la voluntad, es decir, que carezca de validez, es una constatación normativa” (*Ibid.*, p. 48)

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 38. Y en el mismo sentido, *vid. Ibid.*, pp. 39, 47 ó 48.

¹⁶⁹ Sería conveniente insistir en que la eficacia, para Kelsen, si bien no es condición que determine la validez de una norma concreta —antes al contrario, un cierto grado de ineficacia es necesario, puesto que sin violación de lo ordenado por la norma (antecedente) no tendría lugar la sanción (consecuente)—, sí que determina la validez general de un ordenamiento jurídico [*supra*, 2.2.2.b].

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 31

¹⁷¹ La conexión entre la validez y la eficacia del derecho, como reconoció Kelsen, es uno de los problemas más complejos de la teoría del derecho, puesto que en ella se encierra “la relación entre el deber ser de la norma jurídica y el ser de la realidad natural”. La teoría pura pretendía encontrar un punto intermedio entre las posiciones que él denomina *idealistas* (para las que predomina la validez aun a costa de la realidad ser) y las que denomina *realistas* (para las que predomina la efectividad aun a costa del deber ser). Para debatir la posición realista toma como referencia a Alf Ross y su obra *Towards a Realistic Jurisprudence* (1946) (*vid. KELSEN*, Hans, *Teoría pura del derecho* (2ª ed.), *cit.* pp. 219 y ss.)

¹⁷² MORGENTHAU, Hans J., *La réalité des normes... cit.*, p. 31

Si la norma tiene como finalidad determinar el comportamiento de una persona, es necesario entonces que cumpla ciertos requisitos que hagan esto posible, que cuente con la “facultad abstracta de convertirse en psíquicamente eficaz”¹⁷³; o, más claramente, “quien produce la norma está psicológicamente obligado a conferirle un contenido que no se encuentre en contradicción con las leyes de la naturaleza. El contenido de las normas se corresponde, por lo tanto, en una gran parte con las leyes naturales [...]. Cuanto más sabio es el productor de la norma, mayor será la conformidad de las normas con las leyes de la naturaleza”¹⁷⁴. Esos requisitos que debe cumplir toda norma para poder ser capaz de determinar la conducta humana (ser válida) y efectivamente determinarla (ser eficaz) recuerdan a los requisitos del contenido mínimo del derecho natural formulados por Hart, en ausencia de los cuales “los hombres, debido a su naturaleza, no tendrían ninguna razón para obedecer voluntariamente ninguna regla”¹⁷⁵.

Morgenthau diferencia entre dos tipos de eficacia: una que sería de carácter normativo y, por lo tanto, objetiva; y otra eficacia que sería de carácter psicológico y, por lo tanto, subjetiva. La diferencia entre eficacia objetiva y subjetiva es algo vaga: dice que la eficacia subjetiva se da cuando la norma efectivamente determina la conducta, mientras que la eficacia objetiva consistiría en “el resultado positivo de la *función* de la norma, a saber, de su función en tanto que medida de evaluación”¹⁷⁶. Cuando se refiere a la eficacia, en tanto que factor de evaluación de la aplicación de las normas, parece que se refiera más a lo que sería la *efectividad*, que en rigor se relacionaría no con el efectivo cumplimiento de la norma en sí (en tanto que el individuo obedece el comportamiento prescrito), sino en relación a los fines que la norma se proponía.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 40

¹⁷⁵ HART, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, cit., p. 314

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 33

Esas características que, según Morgenthau, debe poseer toda norma para determinar efectivamente la voluntad humana dependerán “del contenido mismo de la disposición normativa, de su justicia o de su carácter evidentemente razonables. Pero los términos de *justo* o de *razonable* expresan simplemente una concordancia con lo que es *justo* o *razonable* respecto de una ley general determinada”¹⁷⁷. Y en este punto parece hacer una defensa muy próxima al iusnaturalismo de la superior capacidad que tendrían los contenidos “justos” o “razonables” de orientar mejor las conductas humanas: “la relación que existe entre las normas por una parte y las leyes de la naturaleza, de la lógica o de la estética, por otra parte, se reencuentra, en cierta medida, entre las normas del derecho y entre las normas de la moral o de las costumbres”¹⁷⁸. Se puede admitir perfectamente que la validez de una norma jurídica deriva [...] de su concordancia interna con una ley perteneciente al ámbito de la moral o de las costumbres. Una norma jurídica es válida no porque posea los elementos específicos de la validez jurídica propiamente dichos, sino porque es conforme, en su contenido, a una norma válida de la moral o de las costumbres”¹⁷⁹. Afirmación ésta que claramente le alejaría de Kelsen y del positivismo jurídico en general¹⁸⁰, para el cual el fundamento de la validez de una norma no ha de buscarse fuera del sistema jurídico, sino en el propio sistema jurídico. Morgenthau, en cambio, considerará que “no es verdad que exista una validez específicamente jurídica, sino la simple aplicación a un caso concreto de la validez de las leyes de la lógica o de la naturaleza, o de las normas de la moral [...]. Si a la validez material no se une la validez normativa, no puede hablarse de norma”¹⁸¹.

¹⁷⁷ MORGENTHAU, Hans J., *La réalité des normes... cit.*, p. 35

¹⁷⁸ Se ha optado por traducir como “costumbre” (*moeur*) lo que en realidad parecen ser usos sociales.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 36

¹⁸⁰ Incluido —valga la redundancia— el positivismo incluyente de Hart, para el cual las conexiones entre el derecho y la moral son posibles pero no necesarias (esto es, que la determinación de lo que es derecho no necesita de la moral), como se encargó de clarificar a través de la discusión mantenida con Dworkin en el *Poscript* de *El concepto de derecho* (vid. HART, Herbert L. A., *El concepto de derecho, cit.*, pp. 417 y ss.)

¹⁸¹ MORGENTHAU, Hans J., *La réalité des normes... cit.*, p. 37

A pesar de que al principio de la obra declara que se trata de una obra enteramente de teoría jurídica (no de sociología ni de psicología), estas otras disciplinas no son ignoradas en absoluto. Es por eso que mientras en Kelsen únicamente encontramos un criterio de validez normativo, y éste es un criterio estrictamente lógico-jurídico (ya sea derivado de la forma, o ya mixto), Morgenthau añade un tipo de validez por él llamada “material”, pero que está basado, en realidad, en cuestiones extra-jurídicas, como la justicia o la racionalidad: factores que influyen en la obediencia del sujeto a las normas y, en consecuencia, en su cumplimiento o eficacia. Cuestiones que solamente podrían ser medidas y analizadas desde del derecho con la asistencia de disciplinas ajenas al él, como la psicología o la sociología.

Según Morgenthau, “en el momento en el que la validez de una constitución no tiene ya, en la conciencia de los sujetos, la consideración de un hecho indiscutible, inalterable e inmediatamente comprensible de la misma forma que las leyes que rigen la sucesión de las estaciones del año o el curso de los astros, la eficacia del entero orden jurídico del estado comienza a ser de alguna manera precaria y es por esa vía psicológica de la motivación de los sujetos de las normas estatales como la eficacia precaria de las normas estatales influye sobre la validez del propio orden del estado”¹⁸². Aquí sí que podríamos estar cerca de la consideración kelseniana de la efectividad como criterio general de validez del conjunto del ordenamiento jurídico, si no fuera porque llega a hablar de una “validez cuasi-natural de la constitución”¹⁸³. Morgenthau parece tener bien presente la Constitución de Weimar de 1919 y la falta de apoyo social que la aquejó desde su nacimiento, haciendo difícilmente gobernable la joven república. La crisis de la constitución no era, dice Morgenthau, un problema que pudiera ser resuelto de manera técnica¹⁸⁴, es decir, utilizando el derecho como herramienta. Necesitaba más bien un remedio político, capaz de acompasar la norma constitucional, y con ella todo el ordenamiento jurídico, a la “realidad” socio-

¹⁸² *Ibid.*, p. 43

¹⁸³ *Ibid.*, p. 44

¹⁸⁴ *Vid. Ibid.*, p. 43

política. Nos encontramos aquí exactamente ante el mismo diagnóstico y la misma propuesta que realizará respecto del orden internacional. A pesar de que evite citarle, es inevitable recordar a Schmitt y su influencia sobre él cuando Morgenthau habla de la crisis de la constitución; y más inevitable será todavía cuando exponga sus consideraciones sobre quién debe ser en último término el guardián de la misma.

b) Sanción

Gerhart Niemeyer había sido discípulo y colaborador de Hermann Heller en Alemania¹⁸⁵, y es uno más de los juristas emigrados que, como Kelsen y Morgenthau recalaron en las universidades norteamericanas. Su libro *Law Without Force* (1941)¹⁸⁶ constituye uno de los principales exponentes de las tentativas de desarrollar una teoría funcionalista del derecho internacional [*infra*, 4.2.3.c]. Por él se interesó Morgenthau en una reseña que publicó en 1942. En general, se muestra de acuerdo con el enfoque adoptado por Niemeyer; sin embargo no puede estar de acuerdo en la idea que expresa el provocador título de la obra. Pensar en un *derecho sin fuerza* supone una elemental *contradictio in adjecto*¹⁸⁷, puesto que Morgenthau adopta una concepción enteramente coactiva del derecho “cuando la acción humana se moldea sin la amenaza de la coerción por parte de la sociedad, no estamos en presencia de un ordenamiento jurídico, sino de un comportamiento sincronizado [...]. En consecuencia, un *derecho sin fuerza* no sería derecho en absoluto, sino una técnica de interacción social”¹⁸⁸.

¹⁸⁵ A Niemeyer le corresponde, de hecho, el honor de prologar y de reconstruir el último capítulo en forma de apéndice de la póstuma *Teoría General del Estado* de Heller (*vid.* HELLER, Hermann, *Teoría General del Estado*, estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2004 [1934]).

¹⁸⁶ NIEMEYER, Gerhart, *Law Without Force*, Transaction, New Brunswick, 2001 [1941]

¹⁸⁷ MORGENTHAU, Hans J., “Review of Book: *Law without Force...*”, *cit.*, p. 353. Una visión muy similar en ese sentido ofreció Kunz en su reseña de la misma obra: *vid.* KUNZ, Joseph L., “Niemeyer on Law without Force A Review en *Michigan Law Review*, vol. 39, nº 8, 1941, pp. 1337-1344

¹⁸⁸ MORGENTHAU, Hans J., “Review of Book: *Law without Force...*”, *cit.*, p. 353

Con esto podemos afirmar que entre la teoría de Morgenthau y la de Kelsen existiría un punto de convergencia respecto del concepto de sanción, en tanto que elemento necesario para caracterizar a toda norma jurídica. La definición de sanción que proporciona Morgenthau es la siguiente: “son las medidas que el autor de la norma adopta para conferirle la facultad abstracta de determinar la voluntad de las personas a las que se dirige de conformidad a su contenido”¹⁸⁹. Dado que la voluntad humana sólo puede ser determinada por la perspectiva de un placer o para evitar un perjuicio¹⁹⁰, el contenido de la sanción necesariamente debería consistir en un perjuicio que el individuo quiera evitar al omitir la conducta prohibida, comportándose, en consecuencia, como desea quien produce la norma.

Por otro lado, si bien en Kelsen la sanción es también un elemento necesario de toda norma jurídica, no parece que sea un elemento que tenga que ver necesariamente con la determinación de la validez de la misma. Dicho de otra forma, se trataría de una condición «sine qua non», pero no la condición «per quam» para que una norma jurídica pueda existir. En Morgenthau, en cambio, existe un vínculo intrínseco entre la disposición normativa y la perspectiva de la sanción, “vínculo que es constitutivo de la noción de norma”¹⁹¹. Para constatar la validez de una norma no es necesario, sin embargo, que se ejecute la sanción en concreto, sino que bastará con la sola posibilidad de que la sanción se lleve a cabo y que, por lo tanto, posea la facultad abstracta para condicionar el comportamiento de los destinatarios de la norma. Así, “la perspectiva de la intervención de sanciones constituye la esencia de la validez de una norma”¹⁹².

Al igual que las normas de la costumbre o los usos sociales, las del derecho son, como se sabe, normas heterónomas. Pero en cuanto a su validez presentan, según

¹⁸⁹ MORGENTHAU, Hans J., *La réalité des normes... cit.*, p. 46

¹⁹⁰ *Vid.* MORGENTHAU, Hans J., “Théorie des sanctions internationales”, en *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. 16, no. 3^o (1935), pp. 474-503 y n^o 4 (1935), pp. 809-836, pp. 479 y ss.

¹⁹¹ MORGENTHAU, Hans J., *La réalité des normes... cit.*, p. 47

¹⁹² *Ibid.*, pp. 47-48

Morgenthau, una peculiaridad: “su validez está determinada por otro sistema de normas”, lo cual “es mucho menos evidente y mucho menos admitido de forma general, dada la tendencia de las sociedades humanas hacia la creciente racionalización”¹⁹³. El derecho se caracterizaría para Morgenthau por ser un orden que se impone de una manera particularmente intensa: el derecho es una “fuerza reglamentada” que, por lo tanto, tiende a evitar la arbitrariedad, lo cual es posible precisamente gracias a sustituir la auto-tutela por un mecanismo de sanciones heterónomo e institucionalizado. Cuando en una comunidad, un individuo o un grupo de individuos se hacen con el control de ese mecanismo sancionador —es decir, detentan el monopolio legítimo de la fuerza—, sus decisiones adquieren rango de norma jurídica válida en la medida en que posean la facultad abstracta de condicionar la conducta de las personas sometidas a tales normas. De esta manera, se establece un cierto vínculo —que será ciertamente central en la teoría de Morgenthau— entre el poder y la validez de las normas jurídicas. Poco importa en ese momento que el poder se ejerza de forma arbitraria: “el orden establecido por un déspota tendrá igualmente el carácter de orden jurídico”, y para ilustrarlo se ponen como ejemplo de ellos los caprichos de rey Luis XVI¹⁹⁴. El hecho de que, como veremos, el conjunto de la validez del ordenamiento jurídico repose sobre la autoridad del jefe del estado es una clara manifestación de esta consideración.

c) Sistema jurídico y norma fundamental

Parte de las numerosas contradicciones que presenta el concepto de validez jurídica ofrecido por Morgenthau derivan, en mi opinión, de la distinción que realiza entre validez material y validez normativa. Si la validez material es la que se refiere al contenido de justicia o racionalidad de las normas, ésta debe buscarse en otros ordenamientos. Pero la validez normativa, que debería ser autorreferencial —autosuficiencia como resultado del postulado de la unidad gnoseológica del derecho

¹⁹³ *Ibid.*, p. 70

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 74

para Kelsen—, también acaba refiriéndose, como el propio Morgenthau reconoce, a normas que son ajenas al sistema jurídico: “la determinación normativa de la validez de una norma jurídica no debe encontrarse en otra norma jurídica [al contrario], *debe* necesariamente derivarse en última instancia de un tipo diferente de norma”¹⁹⁵.

La consideración que obliga a que deba buscarse la validez de las normas jurídicas en otros ordenamientos es precisamente la versión que Morgenthau ofrece de la norma fundamental. Estaría de acuerdo con Kelsen en que la validez de una norma jurídica debe buscarse, en términos de sistema, en la norma superior en rango, y así hasta llegar a la constitución en tanto que norma suprema de un orden estatal. Ahora bien, para resolver la cuestión de saber si una constitución debe ser considerada como parte del derecho, hay que buscar la norma que determina la validez de esa constitución. “Supongamos —dice Morgenthau— que el jefe del estado es el designado como garante de la validez del conjunto de normas al que llamamos constitución; en ese caso la validez de la norma que le designa no será, al menos bajo el punto de vista de un jefe de estado irresponsable, de naturaleza jurídica. No existe otra norma de la cual la norma «el jefe del estado es el guardián de la constitución, el garante de su validez» pueda recibir la facultad abstracta de determinar la voluntad del mismo jefe del estado”¹⁹⁶. “Si esta validez no puede estar basada en la perspectiva de una sanción jurídica, entonces necesariamente debe encontrar su fundamento en una sanción propia de la moral o de las costumbres”¹⁹⁷. Se llega de esta manera a la (sorprendente) conclusión de que el conjunto del orden jurídico (estatal y luego veremos que también internacional) reposa en la moral del jefe del estado, en tanto que garante de la validez de la constitución¹⁹⁸.

En el debate mantenido entre Kelsen y Schmitt sobre quién debe ser el guardián de la constitución, Morgenthau se inclinaría muy claramente, pues, a favor de la postura de

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 75

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 77

¹⁹⁷ *Ibidem.*

¹⁹⁸ *Vid. Ibid.*, p. 78

Schmitt. Ha de ser el jefe del estado (y no un tribunal) quien vele por el conjunto del orden constitucional; es decir, que la garantía última de ese orden debe residir en un procedimiento político y no jurídico. Este procedimiento, sin embargo, viene caracterizado por Morgenthau de una forma curiosa y notablemente diferente a como lo hizo el de Plettenberg: se trata de una decisión que el jefe del estado adopta, en última instancia, de acuerdo a un criterio moral. Así, “la validez de la constitución y, en consecuencia, de todo el ordenamiento jurídico descansa, en último término, sobre una norma moral”¹⁹⁹. Circunstancia que se podría conectar con el importante papel que Morgenthau atribuirá a la moralidad de los “hombres de estado” en el ámbito de las relaciones internacionales [*infra*, 4.3.2].

Morgenthau se refiere también al modelo de tribunal constitucional kelseniano como garante último de la validez de la constitución, lo cual encuentra que sería una solución simplemente “aparente”, puesto que “una resolución judicial nunca puede ser la fuente de la validez de una norma”²⁰⁰. De esta afirmación igualmente pueden extraerse las conexiones con sus posiciones respecto del derecho internacional. Se puede relacionar perfectamente con la crítica general que formula (ya desde su tesis doctoral de 1929) a la jurisdicción internacional y con el mermado papel que atribuye al derecho en la construcción de la paz. Todo ello bajo el convencimiento de que “un fallo judicial no es válido, al igual que la norma que le sirve de base, más que por la intervención del ejecutivo”²⁰¹, “proclamando la existencia de una norma que no sería válida por ella misma, no puede conferir a esta norma la validez de la que carece; y, de la misma forma, negando la validez de una norma válida no podría ponerle fin”²⁰²; es decir, que la sentencia de cualquier tribunal constitucional tendría en todo caso un valor declarativo, pero nunca constitutivo. De este modo, se llega a un estado de cosas en el que la validez de una norma jurídica depende, en el fondo, de un hecho fáctico. El derecho viene a ser, por lo tanto, un mero reflejo del equilibrio del poder.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 79

²⁰¹ *Ibid.*, p. 80

²⁰² *Ibid.*, p. 79

En definitiva, lo que pretende demostrar Morgenthau es que la validez última del sistema jurídico no puede descansar en una norma del propio sistema jurídico, sino que necesariamente debe reposar en una norma de los usos sociales o en una norma de la moral positiva; esto es, en una norma extrajurídica. Morgenthau afirma que este resultado se ve reflejado en el concepto de norma fundamental de Kelsen²⁰³. Puede aceptarse el hecho de que la norma fundamental para Kelsen no sea una norma estrictamente jurídica en el sentido de norma no positiva, pero, desde luego, no es una norma de los usos sociales, y menos aún de la moral. La norma fundamental kelseniana no tiene ningún contenido, siendo un puro mandato habilitante al primer legislador histórico, una mera hipótesis lógica. Para entenderla —como se ha argumentado más arriba— es imprescindible acudir al ámbito del derecho internacional, porque la norma fundamental del ordenamiento estatal no es sino una norma (positiva) del derecho internacional consuetudinario: lo que es verdaderamente una norma fundamental para Kelsen y que, ciertamente, hace referencia en última instancia a la costumbre (al modo en el que tradicionalmente se han comportado los estados en el ámbito internacional) es la norma fundamental del derecho internacional.

Lo que Morgenthau, después de todo, toma de la norma fundamental de Kelsen es la idea de que para construir un sistema jurídico sin caer en una regresión hasta el infinito, es necesario crear una norma última artificial, una hipótesis que pueda dar cierre al sistema como tal y cuyo fundamento empírico la conecte de alguna forma a realidad de los hechos. “Esta norma fundamental hipotética tiene entonces una doble función: sirve de norma *última* sobre la cual reposa la validez, es decir, la realidad normativa de todo el sistema jurídico, y sirve de medio para conocer, entre la masa de normas empíricamente existentes, cuáles son de naturaleza jurídica”²⁰⁴.

²⁰³ *Ibid.*, p. 82

²⁰⁴ *Ibidem.*

d) La costumbre

Hay que dedicar al menos un breve apartado específicamente a la costumbre, por ser uno de los elementos que más nítidamente diferencia las teorías jurídicas de Kelsen y Morgenthau. El derecho consuetudinario no será verdadero derecho para Morgenthau, quien parece recelar de la costumbre como aquella “violenta y traidora maestra de escuela” que fue para Montaigne²⁰⁵. En algunas de sus obras, se refiere al derecho internacional consuetudinario como la “panacea”²⁰⁶ a la que recurren los positivistas cuando una norma internacional no puede explicarse de acuerdo a los parámetros que limitarían su comprensión del fenómeno jurídico en el ámbito internacional. Para apoyar su convicción cita al Ihering de *El espíritu del derecho romano*, quien afirmó que “el ideal de derecho consuetudinario existe sólo en la imaginación de aquellos que lo han inventado”²⁰⁷.

Además del propio carácter jurídico de la costumbre, una diferencia que aflora respecto de la teoría kelseniana es la consideración del acto que aplica la costumbre en cuanto acto que crea derecho. Mientras que para Kelsen cualquier acto de aplicación normativa (incluido el acto que aplica una norma de derecho consuetudinario) sería también un acto de creación normativa (excepto aquel que, como último eslabón de la cadena de normas se limita a ejecutar materialmente un mandato) para Morgenthau, en cambio —en una opinión propia del modelo paleopositivista—, la interpretación de la costumbre “es siempre interpretación y

²⁰⁵ MONTAIGNE, Michel de, “De la costumbre y de cómo no se cambia fácilmente una ley recibida”, cap. XXIII, libro primero, en Id., *Ensayos completos*, trad. de Almudena Montojo, Cátedra, 2013 [2003], p. 149

²⁰⁶ Vid. MORGENTHAU, Hans J., “Positivisme mal compris...”, *cit.*, p. 454; y, en el mismo sentido, Id., “Positivism, Functionalism...”, *cit.*, p. 273

²⁰⁷ MORGENTHAU, Hans J., *La réalité des normes... cit.*, p. 89. Cfr. von IHERING, Rudolf, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. Enrique Príncipe y Satorres, estudio preliminar José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 1998 [1852-1865]. Para una contextualización del pensamiento de Ihering y su relación con el derecho consuetudinario, cfr. LLOREDO ALIX, Luis M., *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento*, Dykinson-IDHBC, Madrid, 2012, pp. 294 y ss.

nunca creación de una norma jurídica”²⁰⁸. De hecho, Morgenthau va más allá en esta consideración, que no se limita únicamente a las normas consuetudinarias: “la posibilidad de que los tribunales creen nuevas normas jurídicas está excluida de todos los ordenamientos jurídicos con características de «estado de derecho», en los cuales exista en efecto una separación de poderes de tal forma que el poder legislativo se encuentre estrictamente separado del poder judicial y ejecutivo y que limite la actividad de los jueces a la aplicación de la ley”²⁰⁹. Con estas afirmaciones Morgenthau parece situarse en un paradigma interpretativo poco acorde con la crítica general que realiza al liberalismo, al positivismo y al racionalismo cuyo modelo de interpretación jurídica es precisamente el de la subsunción, aquél que no otorga margen al juez para interpretar la ley, debiéndose limitar a ser esa “boca muda que pronuncia las palabras de la ley”, según la definición de Montesquieu²¹⁰.

Las conclusiones que Morgenthau extrae respecto de la costumbre son las siguientes: “jamás una costumbre [...], aunque se encuentre amparada bien por los sujetos de derecho, bien por los órganos del estado, puede dar lugar a una norma en tanto que norma [...]. Una norma exclusivamente puede ser producida a través de un acto único de voluntad dirigido a la realización de sanciones. La existencia de una costumbre no es ni necesaria ni suficiente”²¹¹. De ese modo, la costumbre tendría influencia “causal” o “psicológica”, pero nunca normativa. En ningún caso cumpliría con los requisitos que se le deben exigir a una norma jurídica para que pueda ser considerada válida; a saber —dentro del esquema de Morgenthau—, la capacidad de determinar en abstracto la conducta de los sujetos a ella sometidos.

²⁰⁸ MORGENTHAU, Hans J., *La réalité des normes... cit.*, p. 98

²⁰⁹ *Ibid.*, pp. 99-100

²¹⁰ *Vid.* MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, (2 vols.) trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, introducción de Enrique Tierno Galván, RBA, Barcelona, 2002, Libro XI, cap. VI, p. 112. Sobre el papel de Montesquieu en la construcción de la independencia del poder judicial como uno de los rasgos fundamentales del estado de derecho, *cfr.* GARCÍA PASCUAL, Cristina, *Legitimidad democrática y poder judicial*, prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1996, pp. 53 y ss.

²¹¹ MORGENTHAU, Hans J., *La réalité des normes... cit.*, p. 105

Pese a que las normas emanadas de las prácticas de la comunidad no pueden tener el carácter de derecho para Morgenthau, es evidente su existencia al margen o incluso en contra del estado²¹². Recordemos que uno de los errores que él atribuye al positivismo jurídico consiste en considerar como derecho aquello que realmente no lo es (*abarcar más de la realidad jurídica*), y la costumbre sería uno de esos elementos —si no el principal— que, a través de ficciones, se incorporarían al derecho positivo [*supra*, 4.1.2.b]. Distingue, en consecuencia, un modo de validez para las normas consuetudinarias totalmente distinto al de las normas jurídicas. Así, la costumbre se diferenciaría, por un lado, de la moral en el carácter heterónomo de sus normas; y, por otro lado, del derecho por su carácter espontáneo y arbitrario²¹³. La validez de las normas consuetudinarias vendría dada por el consenso que en torno a ellas pueda producirse por la gran mayoría de los miembros de una comunidad. El hecho de que la sanción en este tipo de casos no se encuentre institucionalizada, sino que dependa de los mismos sujetos que son creadores de las normas (auto-ayuda) lleva a Morgenthau a hablar de un orden “primitivo” en el que es escasa la seguridad jurídica²¹⁴. Un panorama que remite necesariamente al ofrecido por el derecho internacional.

4.2.3. *El derecho internacional y su problemática*

Es momento ahora de ver cómo se concretan las premisas del pensamiento jurídico de Morgenthau en la visión que ofrece del derecho internacional. Para hacerlo, en primer lugar es necesario reparar en la forma en que concibe las relaciones entre los ordenamientos estatales y el ordenamiento internacional (*a*). Posteriormente, se intentará seguir el trazo de la evolución del concepto de derecho internacional en el

²¹² Un punto que no aclara Morgenthau es si cuando habla de las normas consuetudinarias en tanto que normas formadas “al margen” del estado, habla también de las normas del derecho internacional consuetudinario; puesto que en ese caso se trata precisamente de normas cuyos creadores y cuyos sujetos son los propios estados.

²¹³ *Vid. Ibid.*, p. 65

²¹⁴ *Vid. Ibidem.*

desarrollo de su obra. En ese sentido, se han establecido tres fases distintas: una primera, iniciática, que es la que se plasma en *RN*, que se centra en analizar los límites de la teoría positivista para comprender la *realidad* del derecho internacional (*b*); una segunda fase, más propositiva, en la que Morgenthau anuncia en dos trabajos publicados en 1936 y 1940 respectivamente, su intención de construir una teoría funcionalista (primero) y una teoría realista (después) del derecho internacional (*c*); y, por último, una tercera fase, compuesta por la visión del derecho internacional que Morgenthau ofrece en *PAN*, donde se había producido ya el decisivo salto desde el derecho a las relaciones internacionales (*d*). Para acabar, se ha considerado conveniente añadir un punto más donde se refleje con claridad su posición respecto de la soberanía estatal (*e*), como un concepto clave para entender lo que será su teoría realista de la política internacional.

a) Estado y derecho internacional: construyendo un “pluralismo realista”

Es fácil darse cuenta de que toda la reflexión que Morgenthau realiza en *RN* a propósito de las condiciones que deben concurrir para que las normas jurídicas sean obedecidas constituye, en realidad, el prelude necesario para introducir la problemática de un sistema como el derecho internacional, en el que un mismo sujeto (el estado) es a la vez productor y destinatario de las normas. Este problema, especifica Morgenthau, no puede ser resuelto únicamente a través de una teoría de las normas, dadas las condiciones particulares que se dan en el ámbito internacional, sino que se necesita una teoría “psicológica y sociológica” capaz de dar cuenta de esas condiciones, sin las cuales las normas del derecho internacional nunca podrán ser ni válidas ni eficaces. Morgenthau rompe con el positivismo de manera definitiva, por lo tanto, cuando de abordar el derecho internacional se trata. “El intento de fundar el derecho internacional sobre un *acuerdo* equivale al intento de explicar la realidad del derecho internacional a través de un fenómeno [...] producido

por la realidad de ese mismo orden jurídico”²¹⁵. Por acuerdo se refiere, como más adelante explicará, a la consideración que muchos autores de la época sostenían de que la norma fundamental del derecho internacional sería la norma *pacta sunt servanda*.

Para Morgenthau, las normas nacidas independientemente del estado son normas jurídicas *plenu sensu* siempre que presenten los caracteres constitutivos del concepto de norma jurídica”²¹⁶. Aquí vuelve a quedar patente la postura anti-formalista que realmente adopta Morgenthau respecto a la validez normativa. No importará que una norma haya sido producida por el órgano competente siguiendo el procedimiento adecuado, sino que posea *la capacidad abstracta de condicionar la voluntad de los sujetos obligados por ella*.

Morgenthau se declara expresamente en contra de las teorías del “derecho exterior”, que, en su opinión, se basan en “una idea equivocada de la noción de delegación. El estado tiene de hecho la posibilidad jurídica [...] de suprimir todo orden normativo extranjero y de asumir él mismo sus funciones. Si no lo hace, no es que esté delegando su propia autoridad en los órganos extranjeros. Es en su propio nombre que éstos establecen normas, bajo su propia autoridad y no de la del estado”²¹⁷. La situación sería completamente diferente si se tratara de una norma en cuya creación interviene directamente el estado, como sería el caso de la firma de un tratado internacional. En este caso sí que se produce, a juicio de Morgenthau, una cierta delegación del poder del estado en una instancia extranjera.

Lo anterior llevaría a considerar que el diseño de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho estatal en Morgenthau, es completamente incompatible con el esquema de Kelsen: “nuestra teoría afirma que un orden jurídico es

²¹⁵ *Ibid.*, p. 63

²¹⁶ *Ibid.*, p. 109

²¹⁷ *Ibid.*, p. 120

independiente si la cadena de sus normas-sanciones no reposa sobre una norma jurídica perteneciente a un orden jurídico extranjero [incluyendo el derecho internacional], sino sobre una norma de la costumbre o de la moral”²¹⁸. Explícitamente, compara su concepción con el monismo (internacionalista) de Kelsen²¹⁹ para declararse finalmente partidario de un “pluralismo realista”, a la vista de que “el ámbito del derecho no es idéntico al ámbito del derecho del estado [...] nosotros oponemos al sistema del derecho positivo del estado una pluralidad de otros sistemas jurídicos que son de igual naturaleza positiva y que no se distinguen en nada, desde el punto de vista normativo, del orden jurídico del estado”²²⁰. Y más aún: “no creemos, contrariamente a la opinión de Kelsen, en la posibilidad lógica de fundar una concepción monista del derecho internacional sobre la primacía del estado”²²¹. Cabría aclarar que, efectivamente, Kelsen no descartaba desde un punto de vista lógico-jurídico la concepción monista-estatalista, pero la concepción por la que apostaba, como se ha explicado en la segunda parte de esta tesis, es la monista-internacionalista, basándose en consideraciones éticas, políticas e incluso epistemológicas. Contra otras interpretaciones²²², lo que se puede extraer de aquí, en todo caso, es la conclusión de que Morgenthau rechaza el monismo, adoptando así una postura a favor del pluralismo.

Cuando busca lo que determina la existencia de un estado como tal, es decir, lo que diferencia a un orden estatal del resto de órdenes jurídicos (igualmente jurídicos) que pueden existir, Morgenthau vuelve a acudir a Kelsen: “Kelsen defiende esta concepción considerando que el orden jurídico del estado se distingue de los otros órdenes jurídicos por su más alto grado de centralización”²²³. Es cierto, como hemos

²¹⁸ *Ibid.*, p. 126

²¹⁹ *Ibid.*, p. 127

²²⁰ *Ibid.*, p. 128

²²¹ *Ibid.*, p. 231

²²² Jütersonke ha sugerido la idea —equivocada, en mi opinión; o, cuanto menos contraria a la interpretación que aquí se ofrece— de que Morgenthau sigue el monismo internacionalista kelseniano (*vid. JÜTERSONKE, Oliver, “Echoes of a Forgotten Past...”, cit.*, p. 376).

²²³ MORGENTHAU, Hans J., *La réalité des normes... cit.*, pp. 129-130

visto, que Kelsen considera que la centralización es una característica propia del estado. Sin embargo, esta característica no sería del todo suficiente por sí misma para definir al estado, siendo importantes además otros elementos como la organización institucional de acuerdo con el principio de división del trabajo²²⁴. De modo que la crítica que le formula Morgenthau no resultaría del todo fundada: “constatamos fácilmente que el elemento técnico-normativo propuesto por Kelsen no puede resolver el problema de la distinción entre los órdenes jurídicos estatales y no estatales”²²⁵, “el grado de centralización no tiene valor científico como medio de distinción entre los órdenes jurídicos y no estatales”²²⁶. Contra ese criterio apunta que, por un lado, es posible encontrar órdenes jurídicos considerablemente descentralizados que poseen, sin embargo, un indudable carácter estatal, y pone como ejemplo ordenamientos en los que la legislación ordinaria se aprueba por vía de plebiscito o en los que la figura del jefe del estado es sustituida por un parlamento (“un órgano de centenares de miembros”). En este punto resulta evidente que Morgenthau confunde la (des)centralización de instituciones y de personas. Las normas que produce un parlamento, son creadas por un solo órgano legislativo, no por tantos órganos como diputados tenga el parlamento. De la misma forma, la sentencia que dicte una corte compuesta por varios magistrados será sólo una, y no tantas sentencias como magistrados la compongan.

Pese a todo, llega a una concepción bastante similar a la de Kelsen en cuanto a la desmitificación del estado [*supra*, 2.2.3.b]: “entre el orden jurídico de un estado y un orden jurídico no estatal no existe ninguna diferencia normativa. Sabemos que esta idea no es compartida por un buen número de autores. Sin embargo, no es tanto su convicción científica como su sentimiento moral lo que se revela contra esta idea. Encuentran insoportable el deber de pensar que, por escoger un ejemplo recurrente, el orden normativo al que obedece una banda de ladrones, pueda tener la misma

²²⁴ Vid. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* (1ª ed.), cit., p. 157; Id., *Teoría pura del derecho* (2ª ed.), cit., p. 291

²²⁵ MORGENTHAU, Hans J., *La réalité des normes...* cit., pp. 130-131

²²⁶ *Ibid.*, p. 131

estructura que el orden normativo al que le damos el nombre de estado”²²⁷. En efecto, el ejemplo de la banda de ladrones fue muy utilizado en la época —y todavía lo es— para explicar ciertas características del ordenamiento jurídico. Sabemos que Kelsen lo utilizó en repetidas ocasiones, pero no tanto para explicar los conceptos de centralización-descentralización como para referirse a los efectos del principio de efectividad. En cualquier caso, aquí, como en otros pasajes, se puede apreciar la similar desmitificación a la que ambos autores, si bien con distintos fundamentos, someten al estado; operación que deja la vía expedita a la posibilidad de construir un estado mundial.

Si no hay diferencia normativa, entonces habrá que buscar el elemento distintivo del estado “en el terreno de los hechos realizados”²²⁸. Cuando dos órdenes normativos se encuentran en pugna por el dominio sobre un determinado territorio es el momento en el que el derecho internacional interviene²²⁹. El derecho internacional otorgará la consideración de estado a aquel ordenamiento que presente “el más alto grado de efectividad, empíricamente constatable sobre un cierto territorio”²³⁰. Aunque con esta afirmación parecería que acepta el principio de efectividad como norma del derecho internacional que da lugar a los ordenamientos estatales —y, con ello, la primacía del derecho internacional sobre el estatal—, aclara explícitamente que “esta fórmula no es correcta”²³¹. Sea como fuere, vuelve a ser contradictorio atribuir al derecho internacional la facultad de delimitar los ámbitos de validez de los ordenamientos estatales (como hace Kelsen) y, al mismo tiempo, considerar que el derecho internacional no es un ordenamiento jerárquicamente superior a los ordenamientos estatales. Morgenthau parece aceptar, pese a todo, que las situaciones de revolución, la existencia de territorios autónomos o las secesiones o declaraciones de independencia serían procedimientos reglados por el derecho internacional: “un

²²⁷ *Ibid.*, p. 132

²²⁸ *Ibid.*, p. 134

²²⁹ *Vid. Ibid.*, p. 136

²³⁰ *Ibidem.*

²³¹ *Ibidem.*

orden jurídico que haya adquirido sobre un determinado territorio un cierto grado de eficacia, adquiere automáticamente, en virtud de las normas del derecho internacional el carácter estatal, sin que sean necesarios otros requisitos jurídicos, como el reconocimiento del nuevo orden por otros estados. Esta es la única característica que hace posible una distinción científica, basada en el derecho internacional entre los órdenes jurídicos estatales y no estatales”²³². Por decirlo claramente, Morgenthau acepta en este punto que la creación de un estado es un acontecimiento regulado por el derecho internacional. Criterio que contradice en todo la consideración antes vista de que el hecho político por excelencia —la única excepción que admitía la tesis de la intensidad como criterio definitorio de lo político— era precisamente la creación del estado [*supra*, 4.2.1.b].

Es llamativa la optimista visión del derecho internacional que llega a ofrecerse en algunos pasajes de su obra de 1934, aunque ello resultará, de nuevo, poco coherente con algunos de sus principales postulados. Afirma que “los conceptos jurídicos contenidos en las normas del derecho internacional corresponden en general a un grado más elevado que los conceptos establecidos por cualquier otra norma jurídica a efectos teóricos. Este hecho se comprende con facilidad si atendemos al origen del derecho internacional general. Las disposiciones normativas del derecho internacional universal no han sido creadas a través de un procedimiento legislativo consciente y racional, como es el caso de las normas estatales [...] Son más bien desarrolladas conforme a las exigencias objetivas de la realidad social internacional, y se imponen con un poder irresistible a los estados que, para reglamentar sus relaciones respectivas de una forma normativa, no tienen otra alternativa que adaptar sus exigencias a las normas del derecho internacional”²³³. Quizá la clave para encontrar una interpretación coherente a estas afirmaciones sea considerar el hecho de que es la fuerza de los acontecimientos lo que determina que las normas del derecho internacional sean como son. Siendo esto así y, en consecuencia,

²³² *Ibid.*, p. 138

²³³ *Ibid.*, p. 139

restringiendo considerablemente el número de normas a las que podemos cualificar de derecho internacional. Debe estar refiriéndose, por lo tanto, al reducido grupo de normas que más tarde calificaría como “derecho internacional necesario” o “derecho internacional no político”, a cuyas normas difícilmente pueden resistirse los estados. Habla, en este sentido de un “derecho objetivo”, refiriéndose a las posiciones de Scelle y de Duguit, quienes consideraron que “el contenido de las normas del derecho internacional general se encuentra, en un cierto grado, objetivamente determinado”²³⁴.

El hecho de que el derecho internacional no cuente con órganos propios para ejecutar sus sanciones es, sin embargo, una importante limitación. Por eso las normas del derecho internacional necesitan de órganos ejecutivos capaces de imponer sanciones en el caso de que sea violado el contenido de sus disposiciones. Así, Morgenthau asegura que “el derecho internacional se ve forzado a elegir los garantes principales de sus normas-sanciones entre los órdenes jurídicos existentes”²³⁵, lo cual conectaría con la idea —también utilizada por Kelsen— que considera a los estados como órganos ejecutivos del derecho internacional, en la medida en que, a falta de un cuerpo de policía mundial, son los encargados de ejecutar las sanciones previstas por el derecho internacional (típicamente, las represalias y la guerra, pero también, en un estadio más avanzado, las sanciones estipuladas por un tribunal internacional).

En cuanto a las relaciones que existen entre las distintas normas, Morgenthau distingue entre las relaciones de contenido y las relaciones funcionales. Esta clasificación da algunas claves para entender posteriormente algunas de sus posturas respecto de la relación entre el derecho internacional y el derecho estatal. Entre las relaciones de contenido diferencia, a su vez 1) relaciones de complemento o de referencia (cuando influyen sobre el propio contenido de la disposición normativa. En este caso los autores de una norma renuncian a precisar su contenido,

²³⁴ *Ibid.*, p. 140

²³⁵ *Ibid.*, p. 141

remitiéndose para ello a otra norma), 2) relaciones de apreciación o de subordinación lógica (cuando una relación permite la apreciación del contenido de una disposición normativa), y 3) relación de concurrencia (cuando una relación excluye completamente una apreciación de este tipo).

Cuando explica las relaciones de subordinación lógica, parece encontrarse muy cerca de la concepción escalonada del ordenamiento jurídico de la Escuela de Viena: “la relación de subordinación lógica no interviene únicamente entre una disposición constitucional y una ley ordinaria; todo el ordenamiento jurídico se encuentra edificado sobre las relaciones de subordinación lógica entre las distintas normas —de este modo, entre la ley y una ordenanza, entre la ley y una sentencia, entre la ley y un contrato, entre una sentencia y una orden de ejecución—”²³⁶. Esta lógica se aplicará igualmente a las relaciones entre derecho internacional y derecho estatal: “si un tratado internacional concluido entre los estados A y B prevé que B dictará en materia escolar una legislación especial para sus minorías nacionales, en ese caso, las leyes que el estado B dicte en esa materia se encontrarán en una relación de subordinación lógica en relación a las disposiciones correspondientes del tratado internacional”²³⁷. Pero esto viene inmediatamente matizado: “si una norma estatal no contiene la disposición normativa exigida por el derecho internacional, si esta norma estatal tiene, por lo tanto, desde el punto de vista del derecho internacional, un contenido ilegal, su validez en absoluto se verá afectada por esa circunstancia, en tanto en cuanto la realización de las normas-sanciones asociadas a esa disposición normativa ilegal continúe siendo probable [es decir, en tanto que sea una norma válida, según el concepto de validez de Morgenthau]”²³⁸. Aquí se aprecia claramente cómo para Morgenthau lo importante no es la forma de las normas, sino su “realidad”: en este caso, por mucho que el contenido de una norma del derecho interno contradiga lo dispuesto por una norma del derecho internacional, no estamos,

²³⁶ *Ibid.*, p. 160

²³⁷ *Ibidem.*

²³⁸ *Ibid.*, p. 161

desde el punto de vista teórico que adopta, ante una infracción jurídica, puesto que —de acuerdo con el criterio de validez anteriormente descrito— la norma del derecho internacional no es válida en tanto que no exista la probabilidad de que resulte efectiva; y sin el consentimiento del estado de ningún modo puede resultar efectiva. En este caso cabría decir que, aunque siguiendo razonamientos distintos, Kelsen también contestaría que una norma estatal es válida aun cuando su contenido sea contrario al de una norma internacional; siempre, como ya vimos, que no se haya arbitrado el correspondiente mecanismo para declarar la nulidad de la norma estatal [*supra*, 2.2.1.f].

En una relación de concurrencia, en cambio, sucede que nos encontramos ante dos disposiciones normativas que se encuentran en pie de igualdad, es decir, sin que medie jerarquía entre ellas. Si nos encontráramos ante dos normas de distintos ordenamientos normativos que concurren en un mismo sujeto (pongamos, el derecho y la moral), no existe solución normativa posible. Únicamente el individuo, ayudado por otras disciplinas como la psicología o la sociología en su caso, puede resolver qué norma obedecer y qué norma vulnerar. Reflexión, ésta sí, que parece compartir plenamente con Kelsen. La cosa vuelve a cambiar, sin embargo, con su siguiente consideración.

“Entre el derecho internacional y el derecho interno la relación será también de subordinación y no de concurrencia; aquí aún encontramos [...] una jerarquía entre las normas del derecho internacional y las del derecho interno, de manera que las primeras puedan servir como medida a las segundas” en ese caso, considera Morgenthau, la contradicción es, también, “de naturaleza sociológica y no normativa”²³⁹. En este punto se comete una clara inconsistencia, puesto que si hay una relación de subordinación entre el derecho internacional y el estatal, entonces la contradicción para el operador jurídico que deba aplicar las normas es de naturaleza

²³⁹ *Ibid.*, p. 164

necesariamente normativa, y no sociológica ni psicológica, como sí es el caso cuando se trata de ordenamientos diferentes, donde no puede haber relación de subordinación entre normas ni tampoco pueden jugar otros criterios de resolución de antinomias (a los cuales Morgenthau no hace ninguna mención en *RN*, pese a tratarse de una obra que aspira a ser una teoría general de las normas).

Respecto a las llamadas relaciones normativas de delegación, Morgenthau vuelve a mostrar su desacuerdo con Kelsen: “la relación de delegación en el sentido del presente estudio no es, como en la concepción de Kelsen, el hilo a través del cual nuestra razón agrupa las normas particulares dentro de un sistema científico único, realizando de esa manera la unidad del conocimiento científico; se trata más bien, por así decir, de la vena que, partiendo del centro de la vía, el jefe de estado, alimenta los diversos miembros del sistema”²⁴⁰. En ese sentido, lo que Kelsen llama relación de delegación tiene un significado mucho más amplio del que le da Morgenthau. Para Kelsen, en virtud del postulado de la unidad del conocimiento jurídico, toda relación de subordinación será también una relación de delegación. La validez de cualquier norma, incluso del más sencillo de los contratos, podrá referirse, en última instancia, a la norma fundamental —que no es otra que la norma fundamental que da lugar al derecho internacional consuetudinario—. Esta cadena de delegaciones es lo que permite, junto con la norma fundamental, que el derecho sea un sistema cerrado y autosuficiente. Para Morgenthau, en cambio, el concepto de delegación es mucho más restringido, y no depende de una cuestión lógico-formal, sino de las condiciones materiales que las sustentan: “si las normas jurídicas en cuestión no se encuentran en condiciones de mantener su realidad normativa por la fuerza propia de sus valedores²⁴¹ constituyendo un nuevo sistema independiente, entonces cesan de existir”²⁴². Las diferencias se ponen mejor de manifiesto en el siguiente pasaje:

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 173

²⁴¹ La palabra francesa original (*porteurs*) se ha traducido aquí indistintamente por “valedores” y por “garantes”. Debe entenderse que se refiere, en cualquier caso, a los órganos encargados de asegurar la validez/eficacia del ordenamiento jurídico mediante la aplicación de las sanciones correspondientes.

²⁴² *Ibidem*.

“según Kelsen, la validez del orden jurídico del estado sobre el territorio estatal [...], se basa sobre una delegación que emana del derecho internacional; pero según nuestra concepción de delegación, esta noción no se puede aplicar aquí, puesto que el derecho internacional no permite al orden jurídico del estado participar de su propia validez. El orden jurídico del estado obtiene su realidad normativa de la propia fuerza de sus valedores, y no de un poder que una norma externa le procure”²⁴³.

Morgenthau reconoce que el derecho internacional pueda servir para reconocer y delimitar los límites de cada estado, pero no admite, en cualquier caso, que el derecho estatal encuentre el fundamento de su validez en ninguna norma del derecho internacional, tal y como consideraba Kelsen. El estado, en consecuencia, “existe en exclusiva por la fuerza propia de sus valedores, y de ningún modo porque el derecho internacional le preste, a través de una delegación, algo de su propia fuerza normativa”²⁴⁴. Fundamentalmente porque, como insiste Morgenthau siempre que puede, el derecho internacional carece de sanciones —aunque si se acepta la teoría de la guerra como sanción, más exactamente habría que decir que carece de medios propios para llevarlas a cabo—. Por eso llega a la conclusión de que:

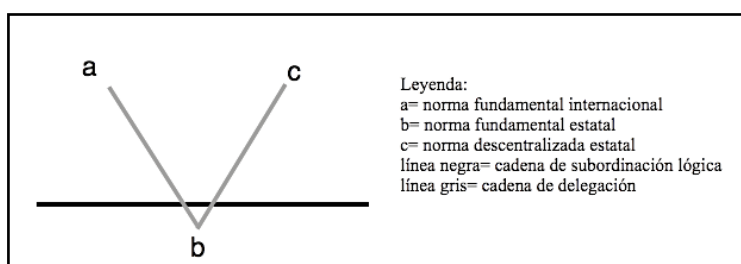
“la relación normativa entre el orden jurídico del derecho internacional y el orden jurídico del estado es precisamente de orden inverso. Si no existiera el orden jurídico del derecho internacional, el orden jurídico del estado [...] no hubiera dejado de existir. En cambio, si no hubiera existido el orden jurídico estatal [...], no podría haber existido jamás el derecho internacional [...] La cadena ininterrumpida de relaciones de subordinación lógica (o de delegación en el sentido de Kelsen) no se corresponde con una cadena análoga de relaciones de delegación en el sentido de este estudio, que vincula la norma fundamental del derecho internacional a la norma más descentralizada del derecho estatal. En lugar de que la cadena de subordinación lógica parta de la norma fundamental del derecho internacional, es la norma fundamental del

²⁴³ *Ibid.*, p. 176

²⁴⁴ *Ibidem.*

orden jurídico del estado la que constituye el punto de partida de la cadena de delegaciones, por una parte, del orden estatal y, por la otra, del orden internacional”²⁴⁵.

Se reproduce a continuación un esquema²⁴⁶ que Morgenthau ofrece para ilustrar esta idea:



Morgenthau descarta, entonces, que sea el orden internacional el que proporcione su fundamento de validez al orden estatal, es decir, descarta que el orden internacional *delegue* (como pensaría Kelsen, a través del principio de efectividad) en el orden interno del estado. En cambio, sí que aceptará el hecho de que el derecho internacional pueda delimitar los campos de validez (fundamentalmente habla de la validez territorial) del derecho estatal²⁴⁷, así como algunos de los contenidos de las normas estatales. Esto último siempre bajo el consentimiento y la colaboración del estado, sin la cual las normas internacionales que afecten a la soberanía quedarían inmediatamente privadas de eficacia y, por lo tanto, de validez normativa. Obsérvese —y esta idea se sitúa en el núcleo de sus diferencias— que lo que en Kelsen sería simplemente falta de efectividad, en Morgenthau se transforma en falta de validez.

Concretando, según Morgenthau, el derecho internacional cumpliría dos funciones en relación a los ordenamientos jurídicos de los estados: “el derecho internacional establece por un lado las condiciones en las cuales un nuevo orden jurídico estatal puede nacer y, por otro lado, delimita los ámbitos de validez de las normas-sanción

²⁴⁵ *Ibid.*, pp. 177-178

²⁴⁶ Reproducción del esquema que puede encontrarse en MORGENTHAU, Hans J., *La réalité des normes... cit.*, p. 178

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 179

así como las normas materiales de los diferentes ordenamientos estatales, protegiéndolos de cualquier intromisión. Ambas funciones se corresponden con dos de las funciones típicas de todo ordenamiento jurídico: la determinación de los sujetos de derecho y la delimitación de sus esferas de competencia²⁴⁸. Mientras que las relaciones normativas que realizan esas funciones son, para una teoría del derecho positivo, relaciones de delegación, nosotros las consideramos, desde nuestro punto de vista teórico, como simples relaciones de subordinación lógica [...] la oposición de nuestra concepción con la de Kelsen concierne únicamente al ámbito de las relaciones de delegación funcional tal y como nosotros las comprendemos, relaciones que no contempla la teoría de Kelsen”²⁴⁹. La oposición entre ambos, no obstante, es mucho más profunda de lo que Morgenthau parece querer hacer ver en este pasaje. Desde luego, la determinación del contenido de la norma fundamental (que se detallará más abajo) y su posición dentro del sistema normativo afecta de raíz a todas las comparaciones que se quieran hacer entre ambas teorías.

b) La realidad de las normas del derecho internacional

El último capítulo de *RN* se dedica específicamente a “la realidad de las normas del derecho internacional”. La primera cosa que Morgenthau hace en él consiste en afirmar taxativamente la existencia del derecho internacional como ordenamiento jurídico²⁵⁰, en otra muestra más —junto con las que dará en sus posteriores obras—, de que se sitúa lejos de las posturas negacionistas del derecho internacional. Ahora bien, es cierto que dejará al derecho en una posición poco privilegiada, subordinada a los avatares de la política y a los equilibrios del poder que se den en el campo internacional. Cuestionará por eso posturas como las de Kelsen o Scelle que en la

²⁴⁸ Vid. MORGENTHAU, Hans J., *La notion du “politique”... cit.*, pp. 7 y ss.

²⁴⁹ MORGENTHAU, Hans J., *La réalité des normes... cit.*, p. 182

²⁵⁰ Y no sólo eso, sino que además reconoce que “admitiendo la existencia del derecho internacional en tanto que orden jurídico, se debe considerar como implícitamente admitido el principio de su primacía sobre los órdenes jurídicos internos de los estados particulares”. Pero esta afirmación, sin ningún matiz añadido, vuela a ser incoherente con las posiciones que realmente que mantendrá (*Ibid.*, p. 214).

época defendieron una normatividad internacional fuerte, susceptible de poner coto a la actuación soberana de los estados.

Morgenthau considera que ningún otro ámbito jurídico como el derecho internacional está tan necesitado de un análisis sociológico sobre el específico ámbito en el que operan sus normas. Este análisis, sin embargo, debe respetar, según él mismo reconoce, el postulado positivista que supone diferenciar nítidamente el análisis normativo del sociológico. “El desconocimiento de la diferencia fundamental entre estos dos puntos de vista es la fuente de numerosos malentendidos que se imponen todavía hoy entre la doctrina del derecho internacional, y explica igualmente la crítica absolutamente estéril que se ha hecho de la teoría de Kelsen, quien ha sostenido precisamente sobre el plano del derecho internacional esta distinción”²⁵¹.

Contemplando al derecho internacional desde su estructura normativa, Morgenthau considera que deben ser aclaradas al menos dos cuestiones: 1) cuáles son sus creadores y 2) cuáles son las características particulares de la validez de las normas del derecho internacional. Ambas preguntas conducirán necesariamente a interrogarse por cuál es la norma fundamental del derecho internacional, pregunta que ya ha contestado previamente en parte, al asimilarla a la norma fundamental del orden estatal. Hace referencia a que numerosos autores (cita a Anzilotti, Strupp o Verdross) que han considerado que la norma fundamental del derecho internacional es la norma *pacta sunt servanda*. Esta concepción supondría que el tratado sea la única fuente del derecho internacional. Pero si se acepta que existen otras fuentes igual de importantes que el tratado en el derecho internacional, entonces debe descartarse —esta vez sí, en una buena interpretación de Kelsen²⁵²— que tal principio pueda hacer el papel de norma fundante del orden internacional: “el

²⁵¹ *Ibid.*, p. 216

²⁵² Aunque, recordemos, Kelsen había sostenido en un momento inicial la idea de la norma *pacta sunt servanda* como norma fundamental del ordenamiento internacional [*supra*, 2.2.1.d.B]

concepto de norma fundamental exige que sea el conjunto de normas de un sistema jurídico, y no únicamente una parte de ellas, las que puedan derivar su validez de esa norma”²⁵³.

Tras ese razonamiento se produce un gran salto: “como quiera que el orden jurídico internacional comprende también normas no convencionales, la norma fundamental del derecho internacional tiene el contenido siguiente: el jefe de la comunidad internacional debe ser el garante del orden jurídico internacional, el garante de su validez. Nos falta ahora saber quién es el garante de todo el orden jurídico, es decir, el garante supremo y a través de qué garantías asegura la validez de esa norma fundamental”²⁵⁴. Pero dado que “el orden jurídico internacional es un orden jurídico descentralizado [y siempre lo será, por su propia naturaleza] no es un solo hombre ni un solo grupo de hombres quienes son los garantes de la validez de todo el orden jurídico internacional, es más bien, como generalmente se dice, la *comunidad internacional de estados* quien la soporta. Pero esta expresión es la designación imprecisa de los órganos de los órdenes jurídicos estatales que deben ejecutar las sanciones del derecho internacional [...] el órgano que determina en último análisis esas dos funciones es aquel que dispone de la función última, la función ejecutiva [...] el órgano estatal que dispone a fin de cuentas de esta función es el jefe del estado, los jefes de estados son, por lo tanto, los garantes de los órdenes jurídicos estatales particulares, pero también del orden internacional. Las normas fundamentales del derecho estatal y del derecho internacional recaen sobre las mismas personas”²⁵⁵. E insiste en la idea de que la validez del derecho internacional reposa en último análisis, no sobre la norma fundamental del derecho internacional, sino sobre la norma fundamental del derecho estatal²⁵⁶. No hace falta decir que aquí el concepto de norma fundamental se representa de una forma totalmente diversa a

²⁵³ *Ibid.*, p. 217

²⁵⁴ *Ibidem.*

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 218

²⁵⁶ *Ibidem.*

como la pensaba Kelsen, para quien, en tanto que mera hipótesis, no había de *reposar* en ninguna persona.

En la medida en que el entero orden internacional estaría sustentado ya no en la voluntad de un único jefe de estado, sino en la de todos los jefes de los estados que forman la comunidad internacional, se rompe necesariamente la unidad del sistema jurídico. Si hay más de una norma fundamental, habrá tantos ordenamientos jurídicos como normas fundamentales existan, confirmándose así su postura como la de un “pluralismo realista”. La crítica (coincidente con Kelsen) que formula de lo insostenible de la posición dualista desde el punto de vista lógico²⁵⁷ debería ser aplicada entonces, con más razón, a su propia concepción pluralista.

En cuanto a los órganos encargados de producir y aplicar las normas válidas del derecho internacional, Morgenthau considera que le corresponde hacerlo al conjunto de los individuos que pertenecen a los estados que forman la comunidad internacional: “para que ellos puedan convertirse en garantes de la validez jurídica, la naturaleza y las modalidades de esta validez deben encontrarse normativamente determinadas [...] cuando una norma de derecho internacional exige de todos los estados que forman parte de la comunidad internacional que declaren la guerra al grupo de hombres que han violado una norma del derecho internacional [o bien la ejecución de medidas de represalia, bloqueo económico, etc.] y si existe la probabilidad de que estas medidas sean aplicadas, el conjunto de hombres pertenecientes a los estados de la comunidad internacional será entonces el garante de la validez de la norma violada”²⁵⁸.

Pero también puede darse el caso en el que “la validez de una norma de derecho internacional sea asegurada por los nacionales de un único país, como en el caso en el que, en virtud de una norma del derecho internacional, el estado *lesionado* es el

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 219

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 220

único autorizado para adoptar contra el estado que haya violado el derecho internacional las sanciones [...]. Incluso puede ser que la validez de una norma internacional sea asegurada [...] solamente por una parte de los nacionales como, por ejemplo, por los gobiernos, que pueden romper las relaciones diplomáticas o adoptar cualquier otra medida contra el grupo de hombres o sus representantes que hayan vulnerado una norma del derecho internacional [...] Y, por último, es posible también que la validez de una norma internacional sea asegurada por un grupo de personas pertenecientes a diferentes estados [...] es el caso del Consejo y de la Asamblea de la Sociedad de Naciones, en la medida en que estos órganos están autorizados para imponer sanciones cuando sea violada una norma del derecho internacional”²⁵⁹. En este último caso se trataría de “garantes propios” de normas del derecho internacional, en el sentido en que se trata de órganos expresamente creados para salvaguardar el respeto por las normas internacionales²⁶⁰.

Las sanciones del derecho internacional, que en buena parte son impuestas por los mismos sujetos que están sometidos a ellas, pueden ser clasificadas, según Morgenthau, en sanciones internacionales directas (que serían aquellas que van dirigidas contra grupos de hombres o contra sus representantes) y sanciones internacionales indirectas (que serían aquellas dirigidas contra los individuos particulares). Llama sanciones indirectas a estas últimas porque, en principio, no reconoce que el derecho internacional pueda sancionar directamente a un individuo sin pasar a través del filtro del estado²⁶¹ [*infra*, 5.2.1.c]. Morgenthau considerará que las normas del derecho internacional sólo pueden resultar vinculantes para los concretos individuos a través del derecho estatal²⁶². Si no cuenta con la aceptación del estado para ponerse al servicio del cumplimiento de esas normas y establecer, en consecuencia, los mecanismos sancionadores oportunos, la norma del derecho

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 221

²⁶⁰ *Vid.* MORGENTHAU, Hans J., “Théorie des sanctions internationales”, *cit.*, pp. 809 y ss.

²⁶¹ *Vid. Ibid.*, pp. 820 y ss.

²⁶² Morgenthau podría calificarse como partidario, así, de las llamadas tesis “de la transformación necesaria” del derecho internacional, que fue tan criticada por Kelsen [*supra* 2.3.2.d].

internacional no podrá nunca ser válida en tanto que no existirá la posibilidad abstracta de su efectivo cumplimiento²⁶³. En este caso, y puesto que tanto la norma del derecho internacional como la norma del derecho estatal traen causa en la norma fundamental del derecho estatal, ambas se encontrarían en una situación de concurrencia, ante la cual se impondrá el ordenamiento que cuente con unos mecanismos de sanción más efectivos, esto es, el orden estatal (que cuenta con “el más alto grado de eficacia empíricamente constatable”). En el momento en que las normas del derecho internacional adquirieran semejante grado de eficacia, el orden internacional se convertiría en un orden de naturaleza estatal, es decir, nos encontraríamos ante un auténtico estado universal²⁶⁴. Sin embargo, reflexiona Morgenthau, “las condiciones generales de orden psicológico y sociológico que supone la realización de tal orden de cosas no existen en el mundo de hoy en día, y el orden jurídico internacional no puede más que, en su calidad de orden de paz, competir en cada caso concreto con el orden estatal para sustituir con sus elementos de validez a los del estado”²⁶⁵. De esta manera “el orden jurídico internacional está obligado a buscar la realización de la validez de sus disposiciones normativas, incluso para los individuos, teniendo en cuenta la existencia de los diversos órdenes estatales”²⁶⁶.

Como el resto de aspectos de su teoría, las posiciones que mantiene respecto del derecho internacional están condicionadas por el concepto de validez que adopta: “se sigue de nuestra definición de validez que el número de normas válidas del derecho internacional es muy inferior al número total de prescripciones que existen en el ámbito internacional, y que figuran en los recopilatorios de tratados y en los cursos de derecho internacional, por la simple razón de que éstas nunca han entrado formalmente en vigor [...] Muchas normas del derecho internacional son constantemente violadas sin que ninguna sanción de derecho internacional sea

²⁶³ Vid. MORGENTHAU, Hans J., *La réalité des normes... cit.*, pp. 228 y ss.

²⁶⁴ Vid. *Ibid.*, p. 229

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 230

aplicada. Cuando ya no es probable que esta aplicación se pueda producir, la norma en cuestión ya no es válida. Nadie debe invocar más esta norma para reclamar la realización del orden prescrito por su disposición normativa o para justificar la intervención de sanciones”²⁶⁷. Es, de nuevo, la misma crítica a la doctrina positivista del derecho internacional argumentando que incluye dentro del derecho internacional normas que realmente no son derecho [*supra*, 4.1.2.b]. Hay que ser conscientes de las repercusiones que puede tener en la práctica esta concepción. Si se considera, por ejemplo —como Morgenthau hacía—, que la Carta de la Sociedad de Naciones no era válida por no ser efectiva, entonces resultaba un documento sin ningún valor que no podía ser invocado por los estados para reclamar sus derechos ante la comunidad internacional. Nótese que posición realista en este caso significaría tanto como aceptar que el derecho internacional debe quedar totalmente disuelto en las relaciones de poder.

A la vista de este estudio acerca de la realidad normativa del derecho internacional, Morgenthau corrobora su hipótesis de partida y llega a la conclusión que las teorías existentes son necesariamente incompletas, provisionales y en buena medida apriorísticas. Constata que la realidad del escenario internacional depende casi en exclusiva de la sola voluntad de los estados y de sus representantes, que son al mismo tiempo los sujetos del derecho internacional. “Para poder existir en tanto que normas jurídicas, las disposiciones normativas del derecho internacional necesitan del soporte que le presten los órdenes jurídicos estatales, y, en la medida en que se quieran imponer a los individuos como tales, necesitarán de la ayuda del orden

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 227. Cabe apuntar que esta idea puede guardar alguna similitud con el concepto de *desuetudo*; es decir, con de la pérdida de validez de una norma por ser largamente inaplicada. Concepto éste que es claramente admitido por Kelsen: “la *desuetudo* es una suerte de costumbre negativa, cuya función esencial reside en eliminar la validez de una norma existente. Si la costumbre, en general, es un hecho productor de derecho, entonces también el derecho escrito puede ser derogado por un derecho consuetudinario” (KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (2ª ed.), *cit.*, p. 224). Nótese, sin embargo, que el efecto de la *desuetudo*, tal y como es admitido por Kelsen, es únicamente sobrevenido. No interfiere en la validez de la norma desde su nacimiento —como sí sucede con la propuesta de Morgenthau—, sino que tiene lugar sólo si deja de ser inaplicada durante un largo periodo de tiempo. La indefinición de este periodo de tiempo, como apunta Luis Prieto, crea ciertamente una importante incertidumbre (*vid.* PRIETO, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 91 y ss.).

jurídico estatal al que éstos se encuentren sometidos. Esta ayuda privaría entonces a las normas del derecho internacional, en cuanto a sus relaciones con los individuos como tales, de su carácter internacional”²⁶⁸.

Más si cabe: “a día de hoy, hemos llegado a la conclusión de que es en la naturaleza de las sanciones y, por consecuencia, de la validez donde conviene ver el problema esencial, de cuya solución depende la suerte del derecho internacional, así como de cualquier otro orden normativo. El derecho internacional, a pesar de encontrarse totalmente desprovisto de sanciones propias, no tiene otros medios para garantizar su validez normativa que sus propios sujetos, a la gran mayoría de los cuales no puede acceder, en tanto que ordenamiento jurídico internacional, directamente [...] Esta fase de desarrollo se encuentra, pues, en el primitivismo más absoluto”²⁶⁹. En conclusión: “incluso los órdenes jurídicos no estatales disfrutan de una cualidad de la que no goza el orden jurídico internacional: el consenso íntimo de los miembros de la comunidad, que mantiene la realidad normativa de los órdenes jurídicos [es decir,] la firme base que constituye una norma de la moral o de las costumbres o de un sistema de esas normas, a falta de las cuales la realidad normativa de cualquier ordenamiento jurídico permanece en precario”²⁷⁰.

En definitiva, Morgenthau considerará, entonces, que los dos grandes problemas del derecho internacional son, en primer lugar, la falta de sanciones aplicables; y, en segundo lugar, la falta de consenso de la comunidad internacional, que hace difícil (o imposible) determinar el sustrato social y, con él, la norma de la moral o de la costumbre sobre las que se asienta. Ese terreno movedizo y precario, combinado con una concepción jurídica que hace depender la existencia de una norma de su efectividad, da como resultado una concepción a su vez movediza y precaria del

²⁶⁸ MORGENTHAU, Hans J., *La réalité des normes... cit.*, p. 242

²⁶⁹ *Ibid.*, pp. 242-243

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 243

derecho internacional, como un ordenamiento que, plenamente subordinado a la voluntad de los estados, contará con un margen de acción muy limitado.

c) Una non nata teoría funcionalista del derecho internacional

La segunda fase en la evolución del concepto de derecho internacional en Morgenthau estaría conformada por sus escritos *Positivism mal compris et théorie réaliste du droit international* (1936) y *Positivism, Functionalism, and International Law* (1940). Escrito el primero todavía desde Europa y el segundo en sus primeros años en América, ambos textos reflejan un momento de transición en su obra. En ellos Morgenthau escribe (todavía) como un jurista; como un teórico del derecho que considera probadas las limitaciones de las que la teoría positivista adolece para enfrentarse a la realidad del derecho internacional y que, en consecuencia, trata de buscar los fundamentos sobre los que edificar una nueva teoría del derecho internacional.

Esta teoría que, en coherencia con los posicionamientos expuestos en *RN*, se caracterizará por tratar de introducir factores políticos y sociológicos en el análisis del derecho internacional es llamada por Morgenthau primero teoría realista (1936) y más tarde teoría funcionalista. El cambio de denominación, como el propio autor explica, tiene mucho que ver, por un lado, con que el adjetivo “realista” había sido ya adoptado por distintos internacionalistas cuyas teorías poco guardaban en común²⁷¹, más que el pretender considerarse cercanas a la *realidad* del derecho internacional; y, por otro lado, con el específico contexto de la teoría jurídica norteamericana, donde el realismo se encontraba estrechamente vinculado al análisis de la práctica jurisprudencial. Morgenthau es plenamente conocedor de los principales desarrollos del realismo jurídico norteamericano y se apoya precisamente en las obras de Pound y Llewellyn para considerar que “la jurisprudencia *realista* es, en verdad,

²⁷¹ Se trata de autores tan diferentes entre ellos como Kaufmann, Scelle, Verdross o Le Fur.

jurisprudencia *funcional*²⁷², puesto que de lo que se trataría es de poder captar las relaciones *funcionales* que se establecen entre las fuerzas sociales, políticas, psicológicas o económicas y el derecho; tarea que inevitablemente escapaba a la teoría positivista y que explicaba su fracaso en el campo internacional.

Ya bajo el nombre de teoría realista ya bajo el de teoría funcionalista del derecho internacional, el contenido de la propuesta formulada por Morgenthau en esta fase de su obra se estructura básicamente en torno a los mismos seis puntos principales que se sintetizarán a continuación:

1) La comprensión realista o funcionalista del derecho internacional parte de dos ideas fundamentales: *a)* un íntimo vínculo empírico de todo orden jurídico con los otros órdenes normativos en vigor, en particular con la moral —idea que definitivamente confirma la ruptura con las premisas del positivismo jurídico— y, a la vez, *b)* una absoluta separación teórica entre los diferentes ámbitos normativos. Para combinar ambas ideas toma prestado de Kelsen el concepto de la norma fundamental adaptándolo a su propia teoría: “el derecho internacional descansa, como todo orden jurídico, sobre una norma fundamental, la cual no puede ser de naturaleza jurídica, sino que pertenece necesariamente al ámbito de la moral o de las costumbres; esta norma sirve al sistema jurídico como punto final que garantiza la autonomía teórica del sistema, y como *bisagra* entre los diferentes ámbitos normativos y el ámbito del derecho”²⁷³. Morgenthau no altera apenas la función que cumpliría la norma fundamental, esto es, la de servir como cierre del sistema jurídico y como referencia última a efectos de determinar la validez de una norma. Pero, en cambio, sí que altera de forma notable su naturaleza. Si para Kelsen la norma fundamental estaba concebida, a grandes rasgos, como una norma hipotética, sin contenido material alguno, para Morgenthau la norma fundamental es una norma de la moral que, en consecuencia, necesariamente debe poseer un contenido en la

²⁷² MORGENTHAU, Hans J., “Positivism, Functionalism...”, *cit.*, p. 274

²⁷³ MORGENTHAU, Hans J., “Positivisme mal compris...”, *cit.*, pp. 459-450

medida en que la moral es un orden nomoestático. Recordemos que en *RN* había llegado a la conclusión de que los jefes de estado no solamente son garantes de los órdenes jurídicos estatales particulares sino también del conjunto del orden internacional, y de su moral dependía, en última instancia, el efectivo cumplimiento de las prescripciones del derecho internacional.

2) Se propone, en segundo lugar, una teoría de las fuentes materiales del derecho internacional. Considerándose superada la unidad empírica del ámbito normativo; es decir el monismo —sea en su versión estatalista o en la internacionalista—, la teoría del derecho internacional debe fijar su atención sobre las relaciones materiales entre los diferentes ámbitos normativos y replantearse, entre otras, cuestiones tales como cuál es la verdadera función de la equidad en el derecho internacional, o si existe una relación interna entre ciertos hechos sociológicos y ciertas cualidades estructurales constantes de la vida internacional de un lado, y las disposiciones normativas del derecho internacional, de otro lado. Si, como piensa Morgenthau, tales relaciones existen, se debería entonces imponer una distinción entre las normas del derecho internacional que expresan la estructura de las relaciones internacionales y aquellas que no reflejan esa estructura²⁷⁴. Esa distinción se encuentra en la base de la clasificación que establecerá entre un *derecho internacional no político*, que estaría fundado sobre intereses permanentes y estables y un *derecho internacional político*, que se fundaría en intereses de naturaleza temporal y cambiante²⁷⁵. El *derecho internacional no político* coincidiría a su vez con lo que en *PAN* llamará *derecho internacional necesario*, es decir, “un pequeño número de reglas relativas, por ejemplo, a los límites de la soberanía nacional, o a la interpretación de sus propias reglas; las cuales son vinculantes para todos los estados individuales sin que importe su consentimiento, ya que sin estas reglas no puede haber un ordenamiento jurídico en ningún caso”²⁷⁶. El resto de normas del derecho internacional —que son la gran

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 461

²⁷⁵ MORGENTHAU, Hans J., “Positivism, Functionalism...”, *cit.*, pp. 278-279

²⁷⁶ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, pp. 286-287

mayoría— se encontrarán, en consecuencia, siempre sometidas a la voluntad de los estados y a las coyunturas políticas. Profundizaremos sobre ello en el siguiente apartado.

3) Es necesaria también una teoría de las fuentes formales del derecho internacional, que permita construir un marco teórico que tenga influencia en la práctica. Esa construcción implicaría para Morgenthau disolver el complejo de normas heterogéneas que se conocen con el nombre de derecho internacional consuetudinario. La única fuente formal del derecho internacional que Morgenthau reconoce como tal es, por lo tanto, el tratado —aunque la validez del tratado no dependerá únicamente de que haya sido formalmente firmado y ratificado—.

4) El concepto de validez normativa de Morgenthau es, como se viene insistiendo, una de las claves de su teoría realista o funcionalista. De acuerdo con su concepción del derecho, una norma será válida cuando presente la facultad abstracta de determinar la voluntad de los individuos sujetos a ella. La validez se hace depender así de la existencia de una sanción. Allá donde haya una norma capaz de imponerse de una forma efectiva sobre la conducta de un individuo, habrá una norma jurídica válida. Para Morgenthau —hay que insistir— a diferencia de Kelsen, la validez no está relacionada con la pertenencia de una norma al sistema jurídico en términos lógico-formales, sino que está directamente relacionada con la capacidad real (*fáctica*) de esa norma para devenir eficaz. Un concepto de validez como el propuesto, implica inevitablemente una notable reducción del número de normas consideradas válidas de acuerdo con la práctica generalizada de los internacionalistas o los manuales de derecho internacional al uso. Si el criterio de validez sostenido por Morgenthau está basado en la existencia de una sanción como respuesta a la violación de la norma, dejarían de considerarse como válidos instrumentos internacionales que teóricamente se encuentran vigentes porque nunca han sido formalmente derogados pero que, sin embargo, son constantemente violados sin que se arbitre sanción alguna contra sus violadores. Se considera necesario, por lo tanto,

encontrar un criterio de validez que sea realmente susceptible de identificar las normas reales de aquellas que no lo son; y encontrarlo equivale a rechazar los postulados del positivismo jurídico, que, en tanto que aplicado al derecho internacional, es tachado de utópico y quimérico²⁷⁷.

5) Puesto que las normas del derecho internacional presentan una particular naturaleza, que las hace diferentes (a juicio de Morgenthau —y ésta sería otra de las diferencias que le separan de Kelsen—) de las normas estatales, los métodos que sirven para interpretar el derecho interno no sirven del mismo modo para interpretar una norma internacional. Mientras que el sentido jurídico de un contrato regido por el derecho civil coincide, por lo general, con el sentido de su texto o, en todo caso, es constatable a partir de ciertas características objetivas y generalmente aceptadas, el marco jurídico de un tratado internacional, por el contrario, está condicionado por el lenguaje diplomático, que no se presta por lo general a una interpretación literal, sino que exige prestar atención a las circunstancias políticas concretas (y no solamente a aquellas que se daban en el momento de la firma del tratado, sino, fundamentalmente, a las que se dan en el momento de su interpretación). Así, mientras que Kelsen elogiaba la norma *pacta sunt servanda*²⁷⁸ y despreciaba por completo la cláusula *rebus sic stantibus*, la posición de Morgenthau suponía justamente lo contrario.

6) Finalmente, el punto esencial de todo el realismo propuesto por Morgenthau se cifra en la consideración de las relaciones existentes entre el derecho y la política: “el derecho internacional no puede ser comprendido mediante un proceso que prescinde del ambiente social, esto es, político, que determina el contenido de las normas, que influye sobre su validez y que determina la forma de su realización”²⁷⁹. “La política sirve al derecho internacional como soporte social; la política es sobre todo, en tanto

²⁷⁷ Vid. MORGENTHAU, Hans J., “Positivisme mal compris...”, *cit.*, p. 462

²⁷⁸ Vid. KELSEN, Hans, *Principles of International Law*, *cit.*, pp. 317 y ss.

²⁷⁹ MORGENTHAU, Hans J., “Positivisme mal compris...”, *cit.*, p. 464

que tal, un elemento intrínseco del mismo derecho internacional”²⁸⁰. Morgenthau reivindica, por consiguiente, la superación de la animadversión que el positivismo había demostrado tradicionalmente hacia la política internacional para declarar su voluntad —ésta sí cumplida— de avanzar hacia un marco teórico capaz de estrechar los vínculos entre lo político y lo jurídico en el ámbito internacional.

Tanto se estrecharían esos vínculos en Morgenthau que —tras el desencanto que supuso la Segunda Guerra Mundial, pero también por las nuevas influencias que encontraría en el ambiente académico estadounidense— acabó dando el salto del derecho a la política. En consecuencia, su teoría funcionalista del derecho internacional nunca llegó a ser desarrollada como tal, sino que se transformó para convertirse en una teoría realista de la política internacional. Quien sí que desarrolló esa teoría funcionalista fue —ya en la década de los ochenta— su discípulo Francis Anthony Boyle. En su libro *World Politics and International Law*, Boyle parte expresamente del artículo publicado por Morgenthau en 1940²⁸¹ con el objetivo de tratar de reconciliar la fractura existente entre el derecho internacional y las relaciones internacionales. La fórmula idónea para que las normas jurídicas puedan ser tomadas en cuenta por las grandes decisiones de la política internacional, propone Boyle, consistiría en romper con los rígidos esquemas del positivismo y retomar la concepción funcionalista esbozada por Morgenthau pero nunca realmente llevada a la práctica²⁸².

²⁸⁰ *Ibid.*, pp. 464-465

²⁸¹ *Vid.* BOYLE, Francis Anthony, *World Politics and International Law*, Duke University Press, Durham, 1985, p. 74. Para justificar su enfoque, Boyle se apoya en un supuesto cambio de enfoque manifestado por Morgenthau en algunas conferencias y entrevistas realizadas hacia el final de los años setenta (*Vid. Idem.*, pp. 70 y ss.).

²⁸² Koskenniemi, que ha clasificado la teoría de Boyle no dentro la posición escéptica de Morgenthau sino dentro el *policy approach* de McDougal, ha visto en ella buenas intenciones. Sin embargo, ha considerado que la concreción de su propuesta central, consistente en que la retórica legal que utilizan los estados para proteger sus intereses significa ya que se respeta el derecho internacional, supone confundir el uso de la retórica del derecho con su efectivo cumplimiento (*vid. KOSKENNIEMI, Martii, From Apology to Utopia... cit.*, pp. 207-209).

d) *El derecho internacional visto desde fuera*

La perspectiva del derecho internacional ofrecida en 1948 desde *PAN* es ya una perspectiva situada sustancialmente fuera de la teoría del derecho y del derecho internacional²⁸³. Ya no es la mirada del jurista europeo, sino la del analista de las relaciones exteriores norteamericano. Transformará su lenguaje y las referencias utilizadas; pero, pese a todo, el sustrato de su formación como jurista se dejará notar en su visión definitiva del derecho²⁸⁴. El derecho ya no será el centro de las preocupaciones de Morgenthau, sino únicamente uno más de los factores que podían servir para limitar aquello que más le importaba: la política (internacional) concebida en términos de lucha por el poder. La pretensión de formular una teoría del derecho internacional ya ha desaparecido por completo para dar paso a un definitivo punto de vista externo²⁸⁵. Ahora de lo que se trata es de ofrecer *una* perspectiva del derecho compatible con ese esquema realista de la política internacional. En efecto, en *PAN* se establece con toda claridad que únicamente existen tres factores susceptibles de poner coto a la lucha por el poder que tiene lugar en el ámbito internacional²⁸⁶. Estos tres factores son: 1) el equilibrio del poder, 2) la moralidad internacional y la opinión pública mundial y 3) el derecho internacional. Entre ellos no se establece ninguna

²⁸³ Cabe hacer notar que este cambio de perspectiva se había producido ya con toda claridad en *Scientific Man*, donde ya no se habla, en general, de los problemas del derecho internacional, sino que se empieza a preocupar centralmente por la política internacional o por los “asuntos exteriores”. Por otro lado, durante la década de los cuarenta y los inicios de los cincuenta son numerosos los juristas que ponen el énfasis en la importancia de la política internacional. Ejemplo de ello serían Gerhart Niemeyer y su *Law Without Force* (1941), Georg Schwarzenberger y su *Power Politics* (1941), o Wolfgang G. Griedmann y su *Introduction to World Politics* (1951). Jütersonke ha considerado, utilizando las palabras empleadas por Morgenthau para reseñar el libro de Schwarzenberger, que el movimiento realizado por estos autores supone “más bien un cambio de perspectiva que un nuevo enfoque”, puesto que autores como Schwarzenberger o Morgenthau no habrían pretendido formular realmente una teoría del poder político, sino simplemente comprender mejor las limitaciones prácticas con las que topaba el derecho en la escena internacional (*vid. JÜTERSONKE, Oliver, Morgenthau, Law and Realism, cit.*, pp. 179). En mi opinión, desde el punto de vista de la teoría del derecho internacional sí que cabe considerar que *Politics Among Nations* significa un claro punto de ruptura con el derecho, y no solamente un mero cambio de énfasis.

²⁸⁴ *Vid. JÜTERSONKE, Oliver, “The image of law in Politics Among Nations”, cit.*, pp. 107 y ss.

²⁸⁵ Teniendo en cuenta las precauciones realizadas más arriba sobre el uso hartiano del término, así ha sido descrita la posición de Morgenthau por Koskenniemi (*vid. KOSKENNIEMI, Martii, From Apology to Utopia... cit.*, p. 201)

²⁸⁶ *Vid. MORGENTHAU, Hans J., Politics Among Nations... cit.* p. 26

prevalencia, de manera que el derecho internacional es colocado al mismo nivel que la moralidad o que la influencia de la opinión pública. Privado al derecho internacional de todo papel relevante, según el Morgenthau de *PAN* lo que conviene si se quiere conseguir la pacificación de las relaciones internacionales no es desarrollar ya una teoría (realista) del derecho internacional sino una teoría (realista) de la política internacional.

Aún así, en el libro se dedica un amplio capítulo, el XVIII, a dar cuenta del funcionamiento del derecho internacional. Siempre concebido —insistamos— como una pieza más dentro del complejo mundo de engranajes que supone la política internacional. En dicho capítulo se diferencian dos clases de problemas: los que tienen que ver con la naturaleza general del derecho internacional, y los que tienen que ver con problemas específicos. Éstos últimos, siguiendo la clásica estructura de la tripartición de poderes, hacen referencia básicamente a problemas de tipo legislativo, judicial, y ejecutivo. En este apartado nos ocuparemos de los problemas de tipo general y del problema legislativo, dejando los otros dos problemas específicos para el quinto capítulo.

El capítulo empieza reflejando las tensiones que respecto de este tema existen entre negadores y utópicos: “un creciente número de autores expresa la opinión de que no existe el derecho internacional. Un menguante número de observadores mantienen que el derecho internacional, si es debidamente codificado y extendido a la regulación de las relaciones políticas de los estados, podría convertirse a través de su propia fuerza, si no en un sustituto, al menos, en un factor de restricción para la lucha por el poder en la escena internacional”²⁸⁷. Aunque Morgenthau no se manifiesta expresamente a favor de ninguna de estas posturas, de la posición mantenida en su libro hay que afirmar que sostiene la segunda de ellas. Es decir, que se puede constatar que Morgenthau sigue, como en sus anteriores obras, sin ser un negador del

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 283

derecho internacional, pese a que el concepto que sobre él mantiene lo deje en una posición ciertamente disminuida.

Para justificarla hace un breve recorrido histórico por la conformación del derecho internacional. Concibe el moderno sistema de derecho internacional como el resultado de grandes transformaciones políticas que marcaron el paso de la edad media a la modernidad; que es el paso del sistema feudal al sistema territorial estatal, que considera la autoridad del gobierno como la suprema autoridad dentro del territorio del estado (es decir, concibe al estado como *soberano*). La característica de la soberanía —en la que profundizaremos en el siguiente apartado— construye un mundo político formado por una pluralidad de estados que son, dentro de sus respectivos territorios completamente independientes desde el punto de vista jurídico, puesto que no reconocen ninguna autoridad *secular* por encima de ellos.

La convivencia entre el conjunto de estados que forman parte de la comunidad internacional, con múltiples relaciones y en continuo contacto entre sí, sostiene Morgenthau, hace inevitable pensar que dicha comunidad está regulada por determinadas reglas de derecho: “debe haber ciertas reglas de conducta definidas de antemano, cuya violación lleve aparejada la aplicación de ciertas sanciones, también definidas de antemano, así como su naturaleza y las condiciones y el modo de su aplicación”²⁸⁸. A continuación se describen un buen número de casos en los que es imprescindible una regulación internacional (para determinar las fronteras, para conocer cuándo nace un estado, qué facultades se tienen sobre los ciudadanos extranjeros, etc...) “éstas y otras muchas materias de similar naturaleza surgen necesariamente de las relaciones entre estados soberanos, y si la anarquía y la violencia no son la tónica general, reglas jurídicas deben determinar los mutuos derechos y obligaciones en estas situaciones”²⁸⁹. Debe hacerse notar que éste es uno de los argumentos que también utilizaba Kelsen para defender la naturaleza jurídica

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 284

²⁸⁹ *Ibidem.*

del derecho internacional. Aunque Kelsen, por supuesto, ya no será citado aquí, en el marcado propósito de romper con sus fuentes europeas²⁹⁰.

Ese conjunto de reglas conocidas como derecho internacional, que establecen los derechos y obligaciones de los estados se desarrolló en los siglos XV y XVI, quedando establecidas con cierta precisión en el Tratado de Westfalia de 1648, aunque ya encontramos una codificación clásica de esas normas en la obra de Grocio *De iure belli ac pacis*, de 1625. Posteriormente, a lo largo de los siglos XVIII y XIX se fue desarrollando una imponente construcción normativa compuesta por miles de tratados, cientos de decisiones de tribunales internacionales y (también) de una innumerable cantidad de resoluciones de tribunales domésticos. Todos esos instrumentos regulan con precisión la multiplicidad de relaciones jurídicas que diariamente se dan entre los estados, y cada vez de forma más estrecha. Frecuentemente se ha afirmado que a lo largo de sus cuatrocientos años de existencia el derecho internacional ha sido la mayoría de veces escrupulosamente observado. Sin embargo, sostiene Morgenthau, cuando una de sus reglas es violada, no siempre existe una consecuencia jurídica y, si existe, en muchas ocasiones no es aplicada. Esto es, el derecho internacional es escasamente eficaz. Constatar esa realidad, no obstante, es muy diferente a negar que el derecho internacional no exista en absoluto como un sistema de reglas jurídicas obligatorias, puesto que ello sería *negar lo evidente*²⁹¹. Es patente que aquí pierde algo de fuerza la pretendida teoría jurídica que años antes asociaba eficacia y validez en un estrecho vínculo.

Ese equívoco consistente en negar lo que *evidentemente* es el derecho tendría que ver con la desproporcionada atención que la opinión pública tiende a prestar solamente a una pequeña parte del derecho internacional, mientras que ignora el normal

²⁹⁰ En efecto, no se encuentra una sola cita ni mención a Kelsen en toda *Politics Among Nations*. Únicamente, eso sí, se incluyen (al menos en la edición que he manejado, que es la 7ª) las referencias a varias obras internacionalistas de Kelsen entre las recomendaciones bibliográficas del final del libro.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 285

funcionamiento del grueso de sus normas. Esa “pequeña parte” del derecho internacional en el que la opinión pública más se fija estaría formada por los instrumentos más llamativos del derecho internacional, como el Pacto Briand-Kellogg, el Pacto de la Sociedad de Naciones o la Carta de las Naciones Unidas, las cuales serían normas de una “dudosa eficacia” (esto es, son frecuentemente violadas) y en ocasiones incluso de una “dudosa validez” (esto es, que no establecen una sanción como respuesta a su incumplimiento). Tales normas, sin embargo, no son en absoluto esas normas *habituales* del derecho internacional que han servido siempre para cosas tales como delimitar las jurisdicciones territoriales, los derechos y obligaciones de los buques en aguas extranjeras, o el estatuto del personal diplomático. De aquí se extrae que la tesis que mantiene Morgenthau es que el derecho internacional sirve para las cosas *pequeñas*, pero no para las *grandes cosas* (como, por ejemplo, la construcción de la paz)²⁹².

Reconocer la existencia del derecho internacional no equivale, por lo tanto, a afirmar que éste sea un sistema jurídico efectivo, como lo son los sistemas nacionales, ni equivale tampoco a considerar que es efectivo para regular y restringir la lucha por el poder que se da en la escena internacional. Y aquí encontramos, de nuevo, una idea donde se deja entrever la influencia de Kelsen: “el derecho internacional es un tipo de derecho primitivo, que se asemeja al tipo de derecho que prevalece en ciertas sociedades primitivas [...] es un tipo de derecho primitivo porque es un derecho casi completamente descentralizado”²⁹³. Se encuentra, en cambio, una diferencia de planteamiento con Kelsen respecto a la idea del derecho internacional como un derecho primitivo: mientras que Kelsen insistía en que esa característica no es insalvable, sino producto del escaso desarrollo técnico del derecho internacional, para Morgenthau el primitivismo es el inevitable resultado de la estructura

²⁹² Koskenniemi ha calificado la visión de Morgenthau sobre el derecho internacional como una posición “escéptica” basándose precisamente en la combinación del restringido ámbito de aplicación y el alto grado de indeterminación respecto de la obligatoriedad que presentan para él las normas internacionales (*vid.* KOSKENNIEMI, Martii, *From Apology to Utopia... cit.*, p. 197)

²⁹³ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 285

descentralizada de la sociedad internacional. Es una característica esencial de la sociedad internacional, compuesta por estados soberanos, los cuales son por definición órdenes supremos, de forma que no puede haber ninguna autoridad legislativa ni ejecutiva por encima de ellos²⁹⁴. Es decir, que para Morgenthau, como se verá, el hecho de que la soberanía estatal sea un poder supremo se encuentra fuera de toda duda y éste será el gran problema (insalvable según él, pero salvable según Kelsen) para el desarrollo de un orden jurídico internacional evolucionado.

Teniendo en cuenta eso, Morgenthau considera que el derecho internacional debe su existencia a dos factores fundamentales, ambos de carácter descentralizado: a) los intereses idénticos o complementarios de los estados individuales (los tratados, en este sentido, serían el más claro ejemplo de confluencia de intereses) y b) la distribución de poder entre ellos. Donde no hay comunidad de intereses ni equilibrio de poder, no hay derecho internacional. Así, considera que “mientras el derecho doméstico puede originarse y ser obligatorio a través de la voluntad arbitraria de las instituciones del Estado, el derecho internacional es fundamentalmente el resultado de fuerzas sociales objetivas”²⁹⁵. En este punto Morgenthau toma como referencia el famoso tratado de derecho internacional de Lassa Oppenheim, en cuyas primeras ediciones se hablaba del equilibrio de poder como “una condición indispensable para la propia existencia del derecho internacional”²⁹⁶. Más detalladamente: “el derecho de las naciones sólo puede existir si hay un equilibrio, un balance de poder, entre los miembros de la familia de naciones [...]. Puesto que no existe ni nunca podrá existir una autoridad política central sobre los estados soberanos que pueda asegurar el cumplimiento de las reglas del derecho de las naciones, el equilibrio de poder debe prevenir que cualquier miembro de la familia de naciones se convierta en

²⁹⁴ *Vid. Ibidem.*

²⁹⁵ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 286

²⁹⁶ OPPENHEIM, Lassa *International Law, A Treatise*, (2ª edición), Longmans Green, London, 1912, vol. 1, p. 193

omnipotente”²⁹⁷. Morgenthau apunta que es significativo que esa referencia al equilibrio del poder fuera eliminada por el editor en las sucesivas ediciones (póstumas) del tratado²⁹⁸. El editor que la eliminó (en la quinta y sexta ediciones) fue Lauterpacht, quien fue criticado por ello en una reseña publicada en 1948. Si bien dicha eliminación —propia de la normatividad fuerte del derecho internacional defendida por Lauterpacht— podía resultar coherente con el positivismo de Oppenheim²⁹⁹, no era justa con su posición crítica, de acuerdo con la cual “el reconocimiento de la íntima relación entre el derecho internacional y la política internacional es indispensable para entender el derecho internacional como realmente es”³⁰⁰.

Respecto a lo que Morgenthau llama la función legislativa, son tres las principales debilidades que presenta el derecho internacional: su carácter descentralizado (1), la práctica de la autotutela, ya que es interpretado y aplicado por los mismos sujetos que lo soportan (2), y el hecho de que no se pueda determinar con precisión la fuerza vinculante de sus normas o, dicho de otro modo, su validez (3).

1. El carácter descentralizado del derecho internacional viene marcado por lo que serían su dos principales fuerzas creadoras: la necesidad y el consentimiento mutuo. Para entender la primera de ellas, la necesidad, basta esta frase: “El derecho internacional contiene un pequeño número de reglas relativas, por ejemplo, a los límites de la soberanía nacional o a la interpretación de sus propias reglas; las cuales son vinculantes para todos los estados individuales sin que importe su

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 80. Esta consideración no es, en el fondo, demasiado diferente de la idea schmittiana de que el hecho constitutivo del derecho de gentes es el *Landnahme* (la toma de tierra). Esto es, que es el concepto de *nomos*, y no el de norma, el que se hallaría en el origen del derecho internacional (*vid.* SCHMITT, Carl, *El nomos de la tierra... cit.*, pp. 63-70)

²⁹⁸ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 286. Para profundizar en los detalles de esta controversia, *vid.* JÜTERSONKE, Oliver, *Morgenthau, Law and Realism, cit.*, pp. 68 y ss.

²⁹⁹ Sobre la posición teórica de Oppenheim, *cfr.* KINGSBURY, Benedict, “Legal Positivism as Normative Politics. International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim’s Positive International Law”, en *European Journal of International Law*, n° 13, 2002, pp. 410-436

³⁰⁰ MORGENTHAU, Hans J., “International Affairs”, en *The Review of Politics*, n° 10, 1948, pp. 493-497, p. 494

consentimiento, ya que sin estas reglas no puede haber un ordenamiento jurídico en ningún caso”³⁰¹. Estas son las reglas que —como ya se ha adelantado— Morgenthau propone llamar *derecho internacional común* o *necesario*, las cuales supondrían, sin embargo, sólo una pequeña parte del conjunto de normas que componen el ordenamiento internacional. Por volver a hacer un símil con Hart, cabría decir que ese pequeño grupo de normas necesarias para el funcionamiento del derecho internacional recuerda a las normas que el autor inglés exige para la existencia de un ordenamiento jurídico: regla de reconocimiento y reglas de adjudicación y de cambio³⁰². Normas que, recordemos, el profesor de Oxford no encontró en el derecho internacional [*supra*, 2.3.4.c].

Al margen de ese reducido número de reglas, la mayor parte de normas del derecho internacional deben su existencia al consentimiento mutuo de los individuos sometidos al derecho internacional, a saber (y en el esquema de Morgenthau), los estados. A diferencia de Kelsen, Morgenthau no aceptaría, en consecuencia, las llamadas normas de *ius cogens* y los casos de efectos *erga omnes* o sobre terceros que puedan tener los tratados. Afirma categóricamente que “cada nación está sometida únicamente a aquellas reglas de derecho internacional que ha consentido”³⁰³. En este sentido debe considerarse que Morgenthau estaría claramente más influenciado por la tradicional doctrina positivista (tal y como es representada paradigmáticamente por Jellinek y su teoría de la auto-limitación) que por la teoría pura kelseniana, que él mismo había considerado como más avanzada en las obras anteriores.

El instrumento por definición a través del cual se expresa el consentimiento del estado en el ámbito internacional es el tratado, aunque sólo cree obligaciones para aquellas naciones que son parte de él. A este respecto de nuevo se encuentra una

³⁰¹ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, pp. 286-287

³⁰² *Vid.* HART, Herbert L. A., *El concepto de dret, cit.*, pp. 155 y ss.; y, específicamente sobre el derecho internacional, pp. 340 y ss.

³⁰³ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 287

afirmación que bien podría estar influenciada por las lecturas de las obras internacionalistas de Kelsen: “las condiciones bajo las cuales la función legislativa opera en el campo del derecho internacional son similares a las que existirían en el ámbito doméstico si la función legislativa dentro de los Estados Unidos fuera llevada a cabo por los mismos ciudadanos de forma individual en la forma de contratos privados”³⁰⁴. En esta especie de *domestic analogy a contrario* se plasma claramente el símil kelseniano entre el contrato y el tratado [*supra*, 2.2.1.d.B]. Si eso fuera así, si los propios ciudadanos tuvieran que crear la ley a través de contratos entre ellos, el resultado sería una falta de regulación en aquellas materias en las que fuera imposible unir las voluntades de los ciudadanos, así como una situación de incertidumbre respecto del derecho a aplicar en algunos casos debido al gran número de contradicciones entre una pluralidad de normas que regulan situaciones parecidas. Ésa es exactamente la situación que existe, según Morgenthau, en el derecho internacional, con la salvedad de que el caos se ve mitigado por el número relativamente pequeño de estados.

De ese carácter descentralizado de la función legislativa se derivan dos consecuencias: 1) No podrán ser reguladas por el derecho internacional las materias en las que existan intereses contradictorios por parte de los distintos estados. Materias tales como la inmigración o la economía quedarían, por lo tanto, excluidas del ámbito regulativo del derecho internacional. 2) Aun dentro de lo que sí puede ser regulado, con frecuencia reina la confusión como consecuencia de la propia técnica legislativa de la comunidad internacional. No es posible determinar exactamente cómo se aplica e interpreta el derecho internacional sin conocer la normativa de cada uno de los estados en materia de recepción del derecho internacional, puesto que son

³⁰⁴ *Ibidem*.

en último término cada uno de los estados quienes interpretan y aplican las normas internacionales³⁰⁵.

Los gobiernos, analiza Morgenthau, siempre están ansiosos por librarse de las restricciones que las normas del derecho internacional puedan imponer a sus políticas exteriores, utilizando constantemente el derecho internacional para la promoción de sus propios intereses nacionales. Los estados, por lo tanto, se aprovechan de la imprecisión del derecho internacional para reconducir sus reglas hacia el propio interés. Sólo escapan en cierta manera a esa debilidad aquellas ramas del derecho internacional que han sido codificadas en acuerdos generales, y que, por lo general se refieren únicamente a materias técnicas o de naturaleza humanitaria. En cualquier caso, insiste, la condición de que presten su consentimiento todos los sujetos obligados por el derecho internacional (en contraste con los ordenamientos internos, donde rige el principio de mayoría) sitúa a la codificación del derecho internacional en un lugar muy distinto al que ostenta la legislación auténtica. Sin duda, hoy en día cabría matizar esta afirmación observando, por ejemplo, a la Unión Europea, donde el principio de mayoría (cualificada) ha sido introducido por el Tratado de Lisboa (2009), haciendo obligatorias ciertas decisiones que se tomen por el Consejo de Ministros, incluso para aquellos países que no las hayan aceptado.

2. El segundo orden de problemas, característico del derecho internacional, es el que se refiere al hecho de que no se pueda determinar con precisión la fuerza vinculante de sus normas. Se trata de un problema de interpretación, que tiene que ver con la determinación del sentido y alcance de las prescripciones de las normas internacionales. En el ámbito doméstico ese problema estaría parcialmente solucionado gracias a la existencia de órganos legislativos que suelen codificar de

³⁰⁵ Morgenthau se apoya en la conocida obra de Charles Ch. Hyde, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States* (1922), para explicar cuándo una norma internacional será reconocida como tal por Estados Unidos. De nuevo Morgenthau vuelve a usar una obra de referencia (junto con las de Oppenheim y Wright) que se encuentra entre las que Kelsen utiliza también en *Principles of International Law*.

manera más o menos clara las normas que deben ser aplicadas, así como por la presencia de órganos judiciales que aplican las normas jurídicas a los casos concretos, estableciendo pautas interpretativas que contribuyen a la seguridad jurídica. No es el caso del derecho internacional, cuyas normas son habitualmente vagas y ambiguas. Y no lo son por casualidad, advierte Morgenthau, sino por necesidad. Dada la gran divergencia de intereses estatales que deben combinarse en el escenario internacional, para obtener la aprobación de todos los sujetos de derecho (necesaria para que las normas adquieran validez jurídica), se debe tener en cuenta que estos intereses no deben quedar dañados por las reglas internacionales: “con el fin de encontrar una base común sobre la cual todos los diferentes intereses nacionales puedan encontrarse en armonía, las reglas del derecho internacional contenidas en los tratados generales deben ser a menudo vagas y ambiguas, permitiendo a todos los signatarios el reconocimiento de sus propios intereses nacionales dentro del texto legal que han aceptado”³⁰⁶. De nuevo, podemos observar que mientras que la ambigüedad de las normas del derecho internacional es presentada como algo inevitable para Morgenthau; para Kelsen, en cambio, era un recurso frecuentemente utilizado por el *legislador* internacional, pero cuyo uso podía tender a moderarse gracias al desarrollo de la técnica jurídica [*supra*, 3.2].

A falta de un tercero imparcial y superior entre las partes (del *terzo assente* que demandaba Bobbio), en el ámbito internacional los estados no son simplemente los que se dotan a sí mismos de las normas que deben cumplir, sino que además son la máxima autoridad para interpretar y dar un significado concreto a sus propios actos legislativos. Y, naturalmente, es de suponer que siempre interpretarán las normas internacionales de modo favorable a sus propios intereses nacionales. Por eso no podrían funcionar en el derecho internacional los mismos criterios interpretativos que se utilizaban para interpretar el derecho interno. Las normas internacionales, por lo tanto, tendrían que ser objeto de una interpretación que fuera capaz de integrar

³⁰⁶ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 289

siempre la voluntad estatal a la hora de su aplicación; aunque ello, como hemos visto, significara privar de todo su valor al principio *pacta sunt servanda*.

3. Un último problema referente a la debilidad de función legislativa en el derecho internacional es el de la incertidumbre de saber si un cierto tratado, debidamente firmado y ratificado, contiene realmente, en su totalidad o en parte, reglas válidas de derecho internacional, obligatorias para todos los signatarios. A juicio de Morgenthau no existen los criterios para determinar con claridad cuándo una norma es o no válida para el derecho internacional. O, concibiendo la validez en términos de pertenencia, no existen los criterios para determinar cuándo una norma pertenece o no al conjunto normativo conocido como derecho internacional. Aquí podemos encontrar una importante evolución en Morgenthau respecto a la concepción de validez jurídica presentada en sus anteriores obras europeas. Parece renunciar por completo a identificar las normas jurídicas del derecho internacional —si quiera a través de los criterios *formales* que relacionaban la validez de una norma con la posibilidad abstracta de que deviniera efectiva—; y, a cambio, acepta una indeterminación prácticamente absoluta: “si las reglas del derecho internacional son constantemente violadas y las violaciones son aceptadas como una cuestión de hecho por todos los sujetos de derecho —si, en consecuencia, las reglas jurídicas son tratadas por aquellos que deben cumplirlas como si no existieran— la cuestión que se plantea es: ¿existen esas reglas en tanto que reglas jurídicas obligatorias?”³⁰⁷. La débil respuesta que en su opinión se le puede ofrecer a esa pregunta es una muestra fundamental de las deficiencias que aquejan al derecho internacional. Lo relevante —y ésta es una diferencia trascendental respecto de Kelsen— es que esto siempre será así; es decir, que la debilidad está inscrita en el ADN del derecho internacional y que, por lo tanto, los esfuerzos invertidos en su mejora técnica podrán tener únicamente unos efectos muy limitados, puesto que lo que de verdad cuenta es la comprensión del fenómeno político que rodea y enteramente condiciona al derecho. En esta idea persistió

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 291

Morgenthau durante toda su carrera³⁰⁸, como demuestra el discurso dirigido a la asamblea de la *American Society of International Law* en 1974. Aplicando el principio hobbesiano de que no puede haber derecho donde no hay sociedad ni un orden político estable³⁰⁹, consideró que el problema del derecho internacional era, precisamente, que era derecho *inter-nacional* y no derecho *supra-nacional*: “mientras que las naciones se relacionen entre ellas y, más específicamente, se opongan entre ellas sobre la base de la igualdad, sin tener un soberano superior a ellas que pueda decir, aplicar y ejecutar el derecho, el orden internacional, la paz internacional y el derecho internacional están condenados a permanecer en un estado precario”³¹⁰.

e) *La soberanía como hecho*

De todo lo anterior se desprende que la soberanía estatal —a diferencia de Kelsen— no será considerada por Morgenthau un *dogma*, sino un hecho incontrovertible. Una realidad con la que es necesario contar si se quiere entender el ámbito internacional. Por eso, para cerrar este epígrafe dedicado al derecho internacional, es necesario reflejar de la manera más aproximada posible las ideas de Morgenthau en torno a la soberanía. Tratándose de un concepto que, por definición, se encuentra a caballo entre lo político y lo jurídico³¹¹, Morgenthau considera que los intentos serios de comprender su verdadera naturaleza y la función que cumple en el contemporáneo

³⁰⁸ Boyle, como se ha apuntado más arriba, sugiere un cambio de rumbo que se produciría en los últimos años de la carrera de Morgenthau (*vid.* BOYLE, Francis Anthony, *World Politics and International Law*, *cit.*, p. 72). Esa sugerencia, sin embargo, no es lo suficientemente consistente para ser tenida aquí en cuenta; fundamentalmente, porque no se refleja de ningún modo en las sucesivas ediciones (tampoco en las póstumas) de *Politics Among Nations*.

³⁰⁹ *Vid.* HOBBS, Thomas, *Leviatán*, 2 vols., trad. y prólogo de Carlos Mellizo, RBA, Barcelona, 2002 [1651], cap. XVII, pp. 169 y ss.

³¹⁰ MORGENTHAU, Hans J., “International Law and International Politics: An Uneasy Partnership”, en *Proceedings of the Annual Meetings of the American Society of International Law*, 1974, pp. 331-334, p. 333.

³¹¹ Con toda claridad, sentencia Morgenthau que “el ejercicio de la soberanía es un hecho político, definido y circunscrito en términos legales” (MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 326).

sistema de relaciones entre estados son mucho menos frecuentes que las teorías que se dedican a atacarla, como si con ello pudieran hacerla desaparecer³¹².

El moderno concepto de soberanía, tal y como fue formulado por Jean Bodin a finales del siglo XVI, se refiere a la existencia de un poder centralizado que se ejerce a través de la autoridad para emanar y ejecutar las leyes dentro de un cierto territorio. Este poder, en tanto que resulta superior a cualesquiera otras fuerzas que puedan existir en ese territorio, es considerado como supremo. El concepto de soberanía se desarrolla en paralelo a la construcción del propio estado moderno: la soberanía como poder supremo marca el hecho político de la victoria de los príncipes sobre las aspiraciones universalistas de los emperadores y del Papa por un lado, y sobre las aspiraciones particularistas de los señores feudales por otro lado. El hecho de que el monarca fuera la autoridad suprema dentro de su territorio no se consideró únicamente una cuestión política, sino también una cuestión jurídica, desde el momento en el que la teoría del estado moderno se desarrolla aceptando esa premisa. La única ley válida sería la ley emanada por el rey, quien representaba al estado; es decir, la ley positiva, la ley hecha por el hombre; y no por un ente superior, para-estatal. Sabido es que la mejor encarnación de esta idea reside en la famosa expresión de Luis XIV, *l'état, c'est moi*. En la medida en que no existía nada por encima del estado, su autoridad era, por definición, carente de límites y la soberanía necesariamente debía considerarse como *legibus soluta*. Incluso tras la aparición del estado democrático de derecho, el principio de la soberanía estatal, aunque parcialmente transformado en *soberanía popular*, se mantuvo conservando intacta su esencia, que significaba que la validez última de cualquier norma del ordenamiento jurídico de un estado no podía derivar de ninguna instancia situada más allá del propio estado.

³¹² *Vid. Ibid.*, p. 317

El concepto de la soberanía se ha encontrado siempre sometido a permanente revisión y crítica, fundamentalmente por parte del derecho internacional, pero también por el derecho constitucional y por la filosofía política. Sin mencionar a Kelsen y a su obra de 1920 (aunque sus trabajos preliminares demuestran que la conocía sobradamente e incluso la había tomado como una de sus principales referencias), Morgenthau se refiere a la *aparente* incompatibilidad lógica de dos de las asunciones del moderno derecho internacional: la asunción de que el derecho internacional impone restricciones jurídicas a los estados, y la asunción de que los estados, soberanos como son, no pueden tolerar ningún tipo de restricción jurídica en su actuación. La verdad, dice Morgenthau, es que en realidad la soberanía únicamente sería incompatible con un derecho internacional “fuerte y efectivo porque centralizado”. Sin embargo, no es en absoluto incompatible con un derecho internacional “descentralizado y, por lo tanto, débil e inefectivo”, como es el caso del derecho internacional realmente existente³¹³.

Sale aquí a relucir con toda claridad la concepción que Morgenthau sostiene del derecho internacional como un ordenamiento jurídico descentralizado en un doble sentido. Descentralizado, en primer lugar, porque sus reglas serían obligatorias únicamente para aquellas naciones que las han consentido. Y descentralizado, en segundo lugar, porque muchas de las reglas que son obligatorias en virtud del consentimiento dado, lo son de una forma vaga y ambigua, conservando de esa manera las naciones un gran margen de libertad de acción pese a que se hayan comprometido al cumplimiento de una regla internacional. Únicamente existiría un grupo relativamente pequeño de reglas del derecho internacional que no deben su existencia al consentimiento de los miembros de la comunidad internacional. Como ya hemos visto, se trata del llamado derecho internacional “necesario” o “derecho internacional no político”. Estas reglas, que son la precondition lógica para que pueda darse un ordenamiento jurídico son obligatorias para todos los estados. Pero

³¹³ *Vid. Ibid.*, p. 318

pueden serlo, según considera Morgenthau, porque “su fuerza obligatoria no afecta a la soberanía de las naciones individuales. Es más, hace la soberanía posible como concepto jurídico, puesto que sin el respeto mutuo por la jurisdicción territorial de cada nación, y sin la coacción jurídica respecto de ella, el derecho internacional y el sistema de estados basado en él obviamente no podría existir”³¹⁴. Pero hay que insistir en que estas reglas constituyen solamente una excepción. Aparte de ellas, “cada estado individual es la más alta autoridad legislativa [...]. Ninguna regla del derecho internacional es obligatoria para ellos al no ser que haya sido creada por ellos mismos a través de su consentimiento. No hay ninguna autoridad legislativa por encima de ellos, puesto que ningún otro estado ni grupos de estados pueden legislar por ellos. La descentralización de la función legislativa en el derecho internacional es, en consecuencia, nada más que el principio de soberanía en tanto que aplicado al problema de la legislación”³¹⁵.

Y lo que es verdad respecto de la función legislativa, sería cierto también respecto de las funciones judicial y ejecutiva. Cada estado permanece como la autoridad suprema para decidir si y bajo qué condiciones somete una disputa a un mecanismo de adjudicación internacional [*infra*, 5.2.1.a]. Incluso, como ya se ha visto, allí donde se ha prestado el consentimiento para ello de forma general, las reservas y otras técnicas jurídicas usualmente hacen posible la evasión a la jurisdicción de un tribunal internacional en cada caso concreto sin incurrir en una violación del derecho internacional. La soberanía, por lo tanto, condicionaría también de forma absoluta la relación de los estados con la jurisdicción de los tribunales internacionales.

Ello debe ser relacionado con las tres características que hacen del estado un ente soberano y que, según Morgenthau, son sinónimos del concepto de soberanía: la independencia, la igualdad y la unanimidad. La independencia se corresponde con un particular aspecto de la suprema autoridad del estado que consiste en la exclusión de

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 319

la autoridad de cualquier otro estado en sus asuntos. En un sentido similar al que le atribuyó Kelsen en *PMD*, que una nación sea soberana significa que es independiente y que, por lo tanto, no existe ninguna autoridad capaz de imponerse a ella (*suprema potestas superiorem non recognoscens*). El principio general del derecho en el que se manifiesta esta cara de la soberanía con mayor contundencia es la prohibición de la injerencia en los asuntos de otro estado. De la misma manera, el principio de igualdad es también un sinónimo de la soberanía. Si todas las naciones ejercen una autoridad suprema dentro de sus respectivos territorios, ninguna puede estar subordinada a otra en el ejercicio de esa autoridad (*par in parem imperium non habet*). En cualquier conferencia internacional vale lo mismo el voto de cualquier nación, con independencia de su poder o de su tamaño³¹⁶. Por eso, la regla de la unanimidad proporciona a todas las naciones el derecho a decidir por sí mismas si quieren o no estar vinculadas por una norma de derecho internacional; es decir, que el principio mayoritario está excluido del derecho internacional al requerirse en todo caso la voluntad del estado para obligarse por cualquier norma internacional. El efecto, por consiguiente, sería que cada nación tiene una suerte de derecho de veto respecto de ella misma³¹⁷. De ahí derivará directamente —otra vez— la diferente valoración que Kelsen y Morgenthau atribuyeron a la función jurisdiccional en el ámbito internacional. Mientras que para Morgenthau no cabe ninguna excepción al requisito de la unanimidad, para Kelsen, por el contrario, dicho principio no rige ante los tribunales de justicia, los cuales, por definición, son instituciones encargadas de imponer su voluntad a las partes. Ese es el motivo que hacía pensar a Kelsen que la instauración de un tribunal internacional podría ser un movimiento estratégico, que levantaría menos resistencias entre los estados que cualquier otra institución; idea

³¹⁶ *Ibid.*, p. 320. Morgenthau pone como ejemplo que en una organización internacional vale lo mismo el voto de Panamá que el de Estados Unidos. Sorprende que en este punto sí que parece dejarse llevar por una visión formalista, ignorando que —ya en su época—, existían organizaciones internacionales, como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional (nacidas de los acuerdos de Breton Woods de 1944), que no se rigen por el principio *un miembro un voto*, sino por el principio *un dólar un voto*, quebrándose de esta manera la igualdad formal —y también material— en el seno de estas instituciones que tan nefastas políticas han impulsado, fundamentalmente a partir de los años ochenta del siglo pasado (A ellas hace una somera referencia en: *Ibid.*, pp. 328-329).

³¹⁷ *Vid. Ibid.*, p. 321

con la que Morgenthau se mostraría en radical desacuerdo, considerando que un tribunal era tan invasivo de los intereses nacionales como cualquier otra institución internacional susceptible de imponer alguna decisión a los estados soberanos.

Ahora bien, una cosa es la soberanía en tanto que autonomía e independencia formales y otra bien distinta que soberanía implique una independencia material en los asuntos políticos, militares, tecnológicos o económicos: “puede ser difícil o imposible para determinadas naciones mantener ciertas políticas internas o externas independientes, pero eso no afecta normalmente a su suprema autoridad para legislar y ejecutar el derecho dentro de sus propios territorios; es decir, a su soberanía”³¹⁸. Así, Morgenthau mantiene que “la presente desigualdad de las naciones y su dependencia las unas respecto de las otras no tiene relevancia para el estatus jurídico llamado soberanía”³¹⁹. Lo que podríamos cuestionarnos a propósito de esa afirmación es hasta dónde se es soberano cuando la soberanía es privada de su significado. O, en otras palabras, ¿cómo se pierde la soberanía? La pregunta no revestiría demasiada dificultad para Morgenthau quien contesta que sí, según se ha establecido, la soberanía significa la autoridad suprema para producir y ejecutar el derecho de forma independiente a cualquier otra nación y en condiciones de igualdad a ojos del derecho internacional, “un estado perderá su soberanía cuando se sitúe bajo la autoridad de otra nación”³²⁰. En mi opinión, habría que interpretar esta afirmación en un sentido amplio, considerando que es equivalente estar sometido a una nación extranjera que a cualesquiera otros sujetos del derecho internacional. Baste pensar en las instituciones financieras internacionales, las entidades regionales (como la Unión Europea) o entidades privadas (como los mercados financieros o las empresas multinacionales), que en la actualidad gozan de una capacidad de influencia sobre las políticas internas significativamente mayor que la que puedan ejercer la mayoría de estados individuales.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 322

³¹⁹ *Ibidem.*

³²⁰ *Ibid.*, p. 323

Según lo anterior, la soberanía es sometida a una dura prueba en el caso de que las decisiones se tomen por voto mayoritario en el seno de las organizaciones internacionales. A la vista del derecho de veto introducido por el artículo 27.3º de la Carta de Naciones Unidas se podría decir que únicamente conservan su plena soberanía los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, mientras que el resto de estados miembros habrían perdido la suya. Sin embargo, a juicio de Morgenthau, esta afirmación resultaría demasiado exagerada, puesto que para que la pertenencia a Naciones Unidas acabara con la soberanía de sus estados miembros se requerirían, al menos, tres condiciones: 1) que no existiera la unanimidad que actualmente se exige en los votos de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad para que éste pudiera actuar como una verdadera agencia ejecutiva; 2) que el Consejo estuviera dotado de la fuerza suficiente como para hacer que los efectivos militares de Naciones Unidas fueran superiores a los de cualquier nación o coalición de naciones (para ello; a su vez, se requeriría poner en marcha el Comité de Estado Mayor previsto en el artículo 47 de la Carta y dejar de depender de las fuerzas militares cedidas por los estados individuales); y 3) que los estados miembros cumplieran sus obligaciones de buena fe. “Si estas condiciones fueran realizadas hoy, o fueran susceptibles de realizarse en un futuro próximo, se podría decir que la Carta de Naciones Unidas ha eliminado, o está en vías de eliminar, la soberanía nacional de aquellos estados que no son miembros permanentes del Consejo”³²¹. Un estado sí que habría perdido su soberanía, en cambio, “si consiente someter a voto mayoritario de algún órgano internacional su actuación respecto de materias como la modificación de su constitución, la declaración de guerra y la firma de la paz, el tamaño, composición y las actividades de las fuerzas armadas, la composición del gobierno o las políticas financieras”³²².

³²¹ *Ibid.*, p. 327

³²² *Ibid.*, pp. 328-329

La última y probablemente más compleja cuestión se refiere a la creencia de que la soberanía pueda ser divisible. Morgenthau considera que esta idea es un claro equívoco cuya resolución puede contribuir a aclarar el papel que la soberanía juega en el derecho internacional y en la política internacional. Se dice frecuentemente que hemos “cedido parte de nuestra soberanía” a tal o cual organización internacional, o que “compartimos” la soberanía con otros países en el seno de esas organizaciones. Sin embargo, la idea de una soberanía divisible es contraria a la lógica, además de “políticamente irrealizable”³²³. Si soberanía significa autoridad suprema, resulta evidente que dos o más entidades no pueden ser soberanas de modo simultáneo y sobre un mismo territorio.

La conclusión a la que llega Morgenthau recuerda a algunas de las reflexiones de Kelsen acerca del *problema* de la soberanía: “el principal obstáculo que ha viciado todos los intentos de limitar la lucha por el poder en la escena internacional es la propia soberanía nacional. En tanto que la suprema autoridad legislativa y ejecutiva permanece ligada a los gobiernos nacionales, la amenaza de la guerra [...] debe ser considerada como inevitable. En consecuencia, la realidad política de una guerra posible o auto-destructiva se confronta con la preferencia política por la preservación de la soberanía nacional. La gente en general desea estar a salvo de la amenaza de la guerra, pero también desea preservar la soberanía de sus naciones. Así, si el precio de la paz fuera sólo una porción de la soberanía y no la totalidad de ella [...] se podría tener paz y soberanía nacional al mismo tiempo”³²⁴, por eso “la creencia en una soberanía divisible es la manifestación ideológica de esta contradicción entre la realidad y la preferencia política [...]. Lejos de expresar una verdad teórica o de reflejar una experiencia política, el consejo de renunciar a una parte de la soberanía nacional en beneficio de la paz equivale al consejo de cerrar los ojos y soñar con que uno puede comerse un pastel y, al mismo tiempo, seguir teniéndolo”³²⁵. En

³²³ *Ibid.*, p. 329

³²⁴ *Ibid.*, p. 333

³²⁵ *Ibid.*, p. 334

definitiva, se llega a la idea de que la soberanía de los estados hace imposible la paz mundial. Y como la soberanía estatal difícilmente podrá ser eliminada, la paz mundial difícilmente podrá ser alcanzada. Así, parece que Kelsen y Morgenthau coinciden en buena medida en el diagnóstico de los principales problemas de la sociedad internacional, pero, sin embargo, difieren totalmente en cuanto a los remedios que proponen. Si las simpatías cosmopolitas condujeron a Kelsen a considerar que la soberanía estatal debía ser *radicalmente eliminada* [*supra*, 2.3.5.c], el realismo de Morgenthau, que toma el interés nacional como vigía de la política internacional, no le puede llevar más que a aceptarla como una cuestión de hecho. Una realidad con la que necesariamente debe contar el analista de las relaciones internacionales, cuya misión no es la de construir el más perfecto de los mundos posibles, sino la de entender adecuadamente el panorama político internacional para poder orientar así a su gobierno en la satisfacción de su interés nacional.

4.3. Una caracterización del realismo político de Morgenthau

La teoría de la política internacional de Morgenthau es una teoría política realista. Después de analizar los orígenes de su pensamiento y de profundizar en su concepto de lo político y de lo jurídico; y tras ver las limitaciones que presenta para él el derecho internacional, es turno ahora de caracterizar esa teoría realista antes de analizar en el próximo capítulo su concreta aplicación a los problemas del ámbito internacional. Con ese objetivo, en primer lugar veremos brevemente cuáles son los rasgos que podrían definir a una teoría llamada realista apoyándonos en algunas ideas que caracterizan al realismo político clásico (1); a continuación entraremos a examinar los elementos específicos del realismo de Morgenthau (2); y, por último, se esbozarán algunas de las principales influencias y posteriores desarrollos que han experimentado los postulados del realismo de Morgenthau dentro de la teoría de las relaciones internacionales contemporánea (3). Por supuesto, no se pretende ofrecer,

una caracterización única y definitiva del realismo morgenthauiano³²⁶, sino una caracterización propia. Una caracterización que sirva a los fines de este trabajo; es decir, que pueda ser útil para destacar los contrastes existentes respecto de la teoría del derecho internacional de Kelsen, pudiendo ser así un reflejo de las infinitas tensiones que se dan entre el derecho y la política en el terreno internacional.

En su *The Power of Power Politics* (1999) el teórico John A. Vasquez mostró a través del método empírico que el realismo ha sido el paradigma dominante en el campo de las relaciones internacionales desde principios de la década de los cincuenta. Los principales proyectos de investigación, gran parte de la docencia universitaria y el asesoramiento prestado a los organismos gubernamentales han estado desde entonces lideradas por el pensamiento realista. Vasquez destaca el papel central que en la configuración de este paradigma han jugado Morgenthau y su *PAN*: “no cabe duda de que el trabajo de Morgenthau ha sido el vehículo más importante para el establecimiento del dominio del paradigma realista en este campo”³²⁷. Sin embargo, como veremos, de su obra se han hecho las interpretaciones más variadas. En efecto, el realismo en las relaciones internacionales dista de ser algo parecido a un marco teórico coherente y uniforme. La variedad de teorías derivadas del realismo clásico es reflejo, de hecho, del permanente proceso de revisión y crítica al que ha sido sometido en función de la evolución de los grandes acontecimientos de la historia internacional reciente³²⁸.

³²⁶ Esta adjetivación del nombre, de la cual no se ha querido abusar, ha sido utilizada por algunos comentaristas en lengua inglesa.

³²⁷ VASQUEZ, John A., *The Power of Power Politics. From Classical Realism to Neotraditionalism*, Cambridge University Press, 1999, p. 36

³²⁸ El realismo ha estado presente en los llamados “grandes debates” que marcan cronológicamente los periodos por los cuales ha atravesado la disciplina: primer gran debate entre realismo e idealismo (durante los años treinta y los cuarenta); segundo gran debate entre realismo o tradicionalismo y behaviorismo (durante los cincuenta y los sesenta); y tercer gran debate entre positivismo y post-positivismo (representado por los enfoques post-modernos). Esta clasificación estandarizada sobre los “grandes debates”, sin embargo, ha sido fuertemente cuestionada por algunos, como Duncan Bell, quien los ha clasificado como “ilusorios anacronismos” que ni siquiera han existido en la realidad (el caso del debate entre realismo e idealismo, puesto, que en realidad es un debate nunca cerrado y probablemente irresoluble), o se reducen a debates bastante concretos, como es el caso del debate entre el realismo y el behaviorismo (que en realidad se puede extender poco más allá del debate que Hedley Bull y Morton A. Kaplan mantuvieron en la revista *World Politics* en 1966). *Vid.* JÜTERSONKE, Oliver, *Morgenthau, Law and Realism*, *cit.*, p. 7

4.3.1. Antecedentes: qué entendemos por realismo político

El realismo es un concepto relacional; es decir, que se construye en relación a otro concepto u otra teoría, que por lo general es calificada de idealista o utópica. Por eso las apelaciones al realismo son siempre ambiguas y, por lo tanto, interpretables de las maneras más distintas. Si bien es cierto que el realismo puede ser en ocasiones el contrapeso necesario a la exaltación de las utopías, también lo es que a menudo acaba convertido en el refugio de los cínicos que, apelando a la realidad de los hechos, no hacen más que defender sus propios intereses³²⁹. Puesto que el realismo se basa en el “principio de realidad”, las construcciones del realismo podrán ser tantas como significados concretos se le atribuyan a ese principio. Algunos considerarán que la realidad se encuentra marcada por la naturaleza humana, siempre egoísta; otros, en cambio, insistirán más en prestar atención a las enseñanzas de la historia; y otros, a la complejidad de los procesos sociales. Así, el término realismo resulta tan ambiguo en su aplicación a la política como lo es aplicado a la filosofía, a la literatura o a las artes figurativas, donde el término ha proliferado en un caleidoscopio de acepciones³³⁰.

Del mismo modo que se han reivindicado realistas filósofos cuyas teorías han sido calificadas de idealistas, como Fichte o Hegel, tampoco los máximos representantes del pacifismo jurídico —que es la corriente que en esta tesis se opone en concreto al realismo político— han dejado de reivindicar sus ideas como ideas realistas. En algún pasaje Kelsen ha llegado a defender su teoría pura como una teoría

³²⁹ Vid. PORTINARO, Pier Paolo, *Il realismo politico, cit.*, p. 3

³³⁰ *Ibid.*, p. 13. Huelga mencionar, por otra parte, que el realismo también ha desempeñado un importante papel en la teoría jurídica del siglo XX, en sus principales versiones: norteamericana (representada por Pound o Lewellyn), escandinava (Olivecrona o Ross), a las que se puede sumar la genovesa (Tarello, Guastini, o Barberis).

“radicalmente realista”³³¹. Bobbio, por su parte, ha sido definido por algunos de sus discípulos como un maestro del “realismo de rostro humano”³³². Y, en nuestros días, Ferrajoli ha insistido en diferenciar entre un “realismo a corto plazo” y un “realismo a largo plazo”³³³, adhiriéndose al primero, que sería aquel que apuesta por hacer efectivas las promesas contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos como única solución real para establecer una paz duradera y justa.

Con todas estas salvedades, sí que pueden dejarse apuntadas un conjunto de características que presentarían en común las teorías que se han preocupado por los problemas de la política internacional desde una perspectiva realista. Marcadas por un fuerte pesimismo antropológico, estas teorías —aquí nos limitaremos a las que se corresponderían con el llamado realismo clásico, representado en el siglo XX por autores como Reinhold Niebuhr, Edwin H. Carr, John H. Herz o el propio Morgenthau— consideran, en general, que los estados son los principales actores de la escena internacional, puesto que no existe ni puede existir una estructura de poder por encima de ellos. Siendo esto así, las relaciones internacionales presentan una naturaleza inevitablemente conflictiva, marcada por la permanente competición por satisfacer los propios intereses, que es en última instancia la lucha por la propia supervivencia; esto es, por la auto-preservación del estado. Dado que el mundo de las relaciones internacionales es un mundo en permanente conflicto, un mundo donde reina la anarquía³³⁴ y donde prevalece el estado de naturaleza en el sentido hobbesiano, cobran en él todo el valor las recomendaciones de Maquiavelo para descartar cualquier escrúpulo moral que interfiera en la propia conservación. El fin justifica los medios, porque “hay una distancia tan grande del modo como se vive al

³³¹ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (2ª ed.), cit., p. 121.; vid. también, Id., *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, cit., p. 50

³³² PORTINARO, Pier Paolo, *Il realismo politico*, cit., p. 1

³³³ Vid. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías...* cit., p. 157

³³⁴ Es clásico, en ese sentido, el análisis de Bull, quien reconocía al derecho internacional un número de “funciones esenciales” —aunque limitadas— en relación con un orden internacional donde se alternarían orden y anarquía: cfr. BULL, Hedley, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*, Columbia University Press, 2002 [1977]

modo como deberíamos vivir, que aquel que reputa por real y verdadero lo que sin duda debería serlo, y no lo es por desgracia, corre a una ruina segura e inevitable”³³⁵.

De esta forma, si algo tienen en común las distintas aproximaciones realistas a la política internacional es la aversión por lo que despectivamente suelen denominar “moralismo” y “legalismo”; es decir, por los límites normativos impuestos a la actuación de los estados desde la moral o desde el derecho. Ni las normas morales pueden funcionar en un contexto en el que no existe un sentimiento de justicia compartido, ni las normas jurídicas pueden hacerlo donde no hay un aparato coactivo lo suficientemente fuerte como para doblegar la voluntad de quienes están sometidos a ellas. Esa convicción no pretende estar basada en ninguna ideología concreta, sino en la fuerza de los hechos, contrastada por la observación de la historia. El realismo, afirmó Passerin d’Entrèves, es “una forma de radical empirismo”³³⁶. No formula teorías en abstracto, sino que intenta leer la cruda realidad política del presente y la confronta con las enseñanzas de la historia.

A partir de esa operación, el realista ya puede formular previsiones razonables que sirvan para orientar al gobernante. De la misma manera que Maquiavelo ponía su saber a disposición del *palazzo*, los realistas contemporáneos lo ponen hoy al servicio de la Casa Blanca, de Bruselas o del G-20. Y es que un rasgo común a la mayoría de teorías realistas es que no se contentan con describir la realidad, sino que intentan prescribirla. Si el gobernante es capaz de comprender y gestionar las claves

³³⁵ MAQUIAVELO, Nicolás, *El príncipe*, cap. XV, RBA, Barcelona, 2004 [1532], pp. 103-104. Aunque el Maquiavelo que interesa al realismo es fundamentalmente el Maquiavelo de *El príncipe*, hay que decir que —contra lo comúnmente aceptado— esta obra no es representativa de la rica filosofía política del pensador florentino (*vid.* PISARELLO, Gerardo, *Un largo termidor*, *cit.*, p. 47). También es justo apuntar que Morgenthau, por otro lado, se esforzó en separarse de esas interpretaciones de la vertiente amoral del pensamiento de Maquiavelo (*vid.* MORGENTHAU, Hans, J., “The Machiavellian Utopia”, *cit.*, pp. 145 y ss.). Sobre este punto, *cfr.* LISKA, George, “Morgenthau vs. Machiavelli. Political Realism and Power Politics”, en THOMPSON, Kenneth y MEYERS, Robert J., (eds.), *Truth and Tragedy... cit.*, pp. 104-111. O, en sentido opuesto, CARVAJAL, Leonardo, “Morgenthau: ¿el Maquiavelo de la política internacional?”, en *OASIS. Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales*, nº 12, 2007, pp. 253-269

³³⁶ PASSERIN D’ENTRÈVES, Alessandro, *Dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, Giappichelli, Turín, 1967, p. 31

ofrecidas por el conocimiento de la regularidad de la historia y de las constantes antropológicas que marcan la política, entonces el suyo será un gobierno eficaz³³⁷. E, igualmente, si aplica estas coordinadas a su relación con otros estados, la suya será una política exterior eficaz.

De estas premisas se deriva que existe una contradicción irresoluble entre el realismo y el pacifismo. Si las aspiraciones del pacifismo son eminentemente universalistas, las del realismo son inevitablemente particularistas. El pacifismo pretende alcanzar un estado donde el uso de la fuerza no sea necesario o, en su versión jurídica, un estado donde el uso de la fuerza se halle estrictamente limitado por el derecho. El realismo, por el contrario, reconociendo la naturaleza conflictiva de lo político, puede admitir la regulación del uso de la fuerza en situaciones de normalidad pero, en última instancia, en las situaciones de excepción, considerará que el poder no puede estar sometido más que a la voluntad de quien lo ejerce. La tensión entre los defensores del pacifismo jurídico y los del realismo político se ha manifestado a lo largo de todo el siglo XX de forma constante. Como puede verse tomando los ejemplos de Kelsen y Morgenthau, allá donde unos consideran que un conflicto debe resolverse sometiéndolo a la autoridad de un tribunal imparcial, los otros consideran que (si interesa) debe intervenir militarmente; allá donde unos propugnan el fortalecimiento de instituciones universalistas como las Naciones Unidas, los otros animan a reforzar el potencial de los ejércitos estatales o, como mucho, a realizar alianzas de carácter estratégico. Siguiendo a Portinaro, donde los unos apuestan por una concepción armnicista de la sociedad, los otros destacan la concepción conflictiva; donde los unos propugnan una concepción comunicativa de la política —definida por la deliberación y la publicidad—, los otros defienden una concepción estratégica —marcada por la opacidad y el secreto—³³⁸.

³³⁷ Vid. PORTINARO, Pier Paolo, *Il realismo politico*, cit., p. 20

³³⁸ Vid. *Ibid.*, p. 28

Es verdad que contraponiendo dos posiciones tan amplias y complejas es fácil caer en lo que Williams ha llamado la “tiranía de las falsas polaridades”³³⁹. La teoría de cada uno de los realistas clásicos presenta tantos matices que no pueden ser recogidos aquí. Sí que podemos mencionar, sin embargo, el último trabajo de William E. Scheuerman, *The Realist Case for Global Reform*³⁴⁰, en el que se desafía abiertamente esta visión canónica del realismo clásico. Scheuerman argumenta que la estigmatización del realismo que suele hacerse desde posiciones internacionalistas o cosmopolitas es errónea y superficial. Insiste en que puede haber también un realismo de izquierdas, que apueste por una reforma de las instituciones internacionales en el sentido progresista. De hecho, según su sugerente interpretación, los grandes autores realistas de mitad del siglo XX —por supuesto, Morgenthau entre ellos³⁴¹—, casi todos de origen alemán, no solamente habían sido influenciados por la reaccionaria *Realpolitik* bismarckiana, sino también —e incluso mayoritariamente— por el ambiente reformista de la República de Weimar.

4.3.2. Elementos del realismo de Morgenthau

Indiscutiblemente, la teoría de la política internacional de Morgenthau se ha ganado un lugar central entre las teorías del denominado realismo clásico del siglo XX, cuyos trazos principales acaban de esbozarse muy sucintamente. A continuación se intentará detallar la manera en la que esos trazos cobran concreción en su pensamiento político. Ya no hablamos aquí del joven jurista alemán, sino del consolidado analista de la política exterior norteamericana. Hablamos del Morgenthau que se convirtió en una referencia para varias generaciones de politólogos estadounidenses, del Morgenthau cuyos *Seis principios de realismo*

³³⁹ Vid. WILLIAMS, Michael C., *The Realist Tradition... cit.*, pp. 128 y ss.

³⁴⁰ Vid. SCHEUERMAN, William E., *The Realist Case for Global Reform, cit.*

³⁴¹ Scheuerman ya había insistido en esta interpretación progresista del pensamiento de Morgenthau en otros trabajos anteriores: SCHEUERMAN, William E., “Realism and the Left...”, *cit.*; Id. “Morgenthau. Realism and Beyond”, *cit.*

político todavía se estudian en cualquier curso de relaciones internacionales o de política exterior que se precie.

Cabe prevenirse, una vez más, contra las versiones canónicas y poco elaboradas que se suelen encontrar de su obra. El realismo jurídico de Morgenthau está plagado de matices y de él se han realizado las interpretaciones más dispares. Al lado de esas versiones que se limitarían a considerarlo como un puro defensor de la *Realpolitik*, el realismo de Morgenthau ha sido calificado también de “idealista” por algunos³⁴² o de “irreal” por otros³⁴³. En todo caso, lo cierto es que el de Morgenthau es un realismo complejo y “no fácil” (*uneasy*)³⁴⁴ de sintetizar. Como destaca Scheuerman, el propio Morgenthau fue reticente a utilizar el adjetivo *realista*³⁴⁵. No fue hasta la segunda edición de *PAN*, en 1954, cuando introdujo los famosos *Seis principios de realismo político*; y lo hizo tras varias consultas con el editor (parece ser) encaminadas a aumentar las ventas³⁴⁶. “Si no fuera por esos *Seis principios de realismo* —ha afirmado Jütersonke— y por el éxito de [*PAN*] sería dudoso que estuviéramos hablando de Morgenthau hoy, e incluso más dudoso que fuera considerado como un pensador canónico de las relaciones internacionales”³⁴⁷.

Intentando combinar las sugerentes nuevas interpretaciones aparecidas en los últimos años con las versiones más convencionales, veremos una caracterización del realismo político de Morgenthau que —siguiendo a Barbé³⁴⁸— podría estar basada en tres elementos fundamentales: a) la consideración del estado como actor racional en las

³⁴² RASKIN, Marcus, “Morgenthau: The Idealism of a Realist”, en THOMPSON, Kenneth y MYERS, Robert J. (eds.), *Truth and Tragedy... cit.*, pp. 85-94

³⁴³ KAUFMAN, Robert, “Morgenthau’s Unrealistic Realism”, en *Yale Journal of International Affairs*, 24, 2005-2006, pp. 24-38

³⁴⁴ SCHEUERMAN, William E., *Morgenthau... cit.*, pp. 1-10

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 5. Hemos visto [*supra*, 4.2.3.c] cómo Morgenthau se resistió también a utilizar el adjetivo *realista* para la teoría del derecho internacional que estaba diseñando en su artículo de 1940, *Positivism, Functionalism, and International Law*.

³⁴⁶ *Vid.* JÜTERSONKE, Oliver, *Morgenthau, Law and Realism, cit.*, p. 182

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 175

³⁴⁸ *Vid.* BARBÉ, Esther, “El papel del realismo en las relaciones internacionales (La teoría de la política internacional de Hans J. Morgenthau)”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n° 57, 1987, pp. 149-176

relaciones internacionales; b) las relaciones internacionales como conflicto; y c) la centralidad del poder.

a) El estado como actor racional en las relaciones internacionales

Desde la Paz de Westfalia de 1648 el estado es el actor por excelencia del sistema internacional. La política internacional es una *política entre naciones*. De ahí que Morgenthau, en principio, adopte un punto vista estatocéntrico que se caracterizaría por considerar que el estado es la forma histórica de organización del ejercicio del poder en las relaciones internacionales; y, como tal, el principal actor político que debe ser tomado en cuenta cuando analizamos la política internacional.

Sobre ese papel central del estado se basará una de las categorías de análisis más importante —si no la que más— de las empleadas por Morgenthau: el concepto de interés nacional. El interés nacional se define en términos de poder³⁴⁹ y tiene en su núcleo duro a la seguridad nacional. El fin de toda comunidad política ha de ser la de perdurar; es decir, preservarse en sus propios términos físicos, políticos y culturales. Por eso la seguridad nacional deviene un mínimo innegociable para el estadista. En la medida en que toda política exterior busque la satisfacción de su interés nacional, el estado se configura como un actor racional en el tablero internacional. La política exterior, marcada por el criterio de satisfacer el propio interés nacional, se vuelve entonces previsible. A partir de ahí el estudio de las relaciones internacionales podrá empezar a ser considerado como una disciplina independiente, dotada de unos parámetros de análisis propios que le permitirán prescindir de las herramientas metodológicas que hasta ese momento había tomado prestadas de otras ciencias sociales³⁵⁰.

³⁴⁹ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 5

³⁵⁰ *Vid.* HOFFMANN, Standley, “An American Social Science...”, *cit.*; también MORGENTHAU, Hans J., *Politic Among Nations... cit.*, p. 13

Contra lo que en un principio podría pensarse —y he aquí una de las particularidades que le diferenciarían de otros realistas—, Morgenthau sostiene que no existe ninguna contradicción entre las exigencias de la moral y la definición de la política exterior en términos del interés nacional. Defiende la *dignidad moral del interés nacional* argumentando que el dilema no se debe situar entre la moralidad y la búsqueda del interés nacional, sino entre un conjunto de principios que son ajenos a la realidad de la política internacional y otro conjunto de principios que sí que toman en cuenta esa realidad³⁵¹. En el ámbito doméstico los individuos pueden permitirse sacrificar sus propios intereses en beneficio de la comunidad. En ciertas ocasiones incluso les es requerido ese sacrificio, teniendo en cuenta que existen mecanismos colectivos que se preocupan por salvaguardar la vida de los individuos. Pero en el ámbito internacional la situación es radicalmente distinta. Morgenthau recupera de nuevo la idea de Hobbes de que no puede existir moral ni derecho sin estado: “principios morales universales como la justicia o la igualdad, son capaces de orientar la acción política únicamente en la medida en la que se les haya atribuido un significado concreto [...] por la sociedad”³⁵². A falta de ese consenso social, cualquier apelación a principios de justicia universal se vuelve hipócrita y sirve únicamente para justificar en última instancia los propios intereses³⁵³. Morgenthau parece pensar, como Schmitt, que en el contexto político, que es un contexto de inevitable conflictividad, *quien dice humanidad pretende engañar*³⁵⁴. Por ese motivo la única guía honesta, la única guía *moral*, para orientar la política exterior de los estados es la búsqueda

³⁵¹ Vid. MORGENTHAU, Hans J., *In Defense of the National Interest... cit.*, p. 33

³⁵² *Ibid.*, p. 34. El mismo argumento ha sido utilizado contemporáneamente, entre quienes, como Eric A. Posner, atribuyen al derecho internacional un estatuto menguado: “El derecho no puede resolver los problemas sin un soporte institucional. Normalmente llamamos gobierno a tal soporte. Si un gobierno mundial es inalcanzable, entonces el tipo de derecho que podemos esperar que predomine en el ámbito internacional tiene que ser necesariamente débil, limitado, maleable y vulnerable” (POSNER, Eric A., *The Perills of Legal Globalism*, The University of Chicago University Press, 2009, p. 128). Para una crítica, *cfr.* GARCÍA PASCUAL, Cristina, “Contra el Derecho Internacional. Imperialismo americano y subjetividad jurídica”, en BARRANCO, M^a del Carmen, et al., *Perspectivas actuales de los sujetos de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 247-270

³⁵³ Vid. MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, pp. 11-12; Id., “The Twilight of International Morality”, en *Ethics*, vol. 58, nº 2 (Enero 1948), pp. 79-99

³⁵⁴ La expresión original, como aclara el propio Schmitt, se atribuye a Prohudon (*vid.* SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político, cit.*, p., 84).

declarada del interés nacional. Sólo identificando y reconociendo los intereses que legítimamente persigue cada estado puede aspirarse a una política exterior coherente. Y ello para Morgenthau no estaría reñido con la moral. Al contrario. El egoísmo de la nación es sustancialmente diferente al egoísmo del individuo³⁵⁵. Nada hay de inmoral en defender los propios intereses; y más en una sociedad como la internacional, donde nadie los defenderá por uno mismo. Así pues, sería necesario dar la vuelta al ideal de la moralidad universal, sustituyéndola por una moralidad particular: “la antítesis entre los principios morales y el interés nacional no solamente es errónea, sino también moralmente perniciosa. Una política exterior derivada del interés nacional es, de hecho, moralmente superior a una política exterior guiada por principios morales universales”³⁵⁶.

En el corazón del realismo político de Morgenthau está, entonces, la distinción radical entre las preferencias ideológicas o morales que puedan tener los hombres de estado y los motivos que les conducen a actuar en materia de política exterior: “la historia muestra que no existe una correlación exacta ni necesaria entre la calidad de los motivos y la calidad de la política exterior”³⁵⁷. Nada tendrían que ver las simpatías políticas de los gobernantes con sus acciones, que deberían guiarse no por una ideología, sino por la comprensión racional —que no racionalista— de aquello que significa el interés nacional. De esta manera, Morgenthau afirma que “el realismo político no requiere [...] indiferencia hacia los ideales políticos y los principios morales, lo que sí requiere es una clara diferenciación entre lo deseable y lo posible”³⁵⁸. La política es, ya se sabe, *la ciencia de lo posible*; y por eso la teoría política realista que Morgenthau propone se asienta sobre un doble test: el de la razón y el de los hechos. Son necesarias las hipótesis racionales sobre la mejor forma de actuar en política, pero de nada sirven si no son confrontadas con la realidad de los hechos.

³⁵⁵ Vid. MORGENTHAU, Hans J., *In Defense of the National Interest... cit.*, p. 36

³⁵⁶ *Ibid.*, pp. 38-39

³⁵⁷ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 6

³⁵⁸ *Ibidem.*

La idea de la centralidad del estado, sin embargo, debe ser tomada con cautela. El concepto de interés es considerado por Morgenthau como objetivo e inmutable, puesto que se basa en leyes inmutables que determinan la conducta humana³⁵⁹. En cambio, el adjetivo que le acompaña, *nacional*, se deriva del papel desempeñado por el estado-nación en el escenario internacional contemporáneo. Como hemos visto [4.1.3.b], Morgenthau considerará que la forma de organización estatal es únicamente fruto de unas determinadas coordenadas históricas variables. El estado no es un valor ahistórico, como sí que lo serían la lucha por el poder o la búsqueda del propio interés, basadas en *leyes inmutables de la naturaleza*. Así, “la actual conexión entre el interés y la nación-estado es producto de la historia y por lo tanto condenada a desaparecer en su curso. Nada en la posición realista se opone a la idea de que la actual división del mundo en estados-nación sea reemplazado por unidades más grandes y de diferente carácter”³⁶⁰. Lo relevante, por lo tanto, no es el estado en sí, sino las dinámicas de lucha por el poder que en torno a él se establecen; y que permanecerían inalteradas en su lógica aun en el caso de que otros actores asumieran el protagonismo político dentro de la esfera internacional.

b) Las relaciones internacionales como conflicto

Morgenthau contempla la sociedad internacional a partir de una doble premisa: 1) se trata de una sociedad en la que existen una pluralidad de actores, 2) entre esos actores existen divergencias de intereses inevitablemente profundas. Para él —y de nuevo aquí es patente la influencia de Schmitt³⁶¹—, como consecuencia de la naturaleza humana, el mundo político es, por definición, un mundo pluralista. Y en tanto que pluralista, es un mundo imperfecto y conflictivo. Sin el reconocimiento de esta *imperfecta conflictividad* el teórico de las relaciones internacionales poco podrá

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 4

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 11

³⁶¹ *Vid.* SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, *cit.*, pp. 82 y ss.

aportar a la causa de la paz: “para mejorar el mundo uno debe trabajar con esas fuerzas, y no contra ellas”³⁶². Por influencia de las teorías de Freud³⁶³, para quien el paso del principio del placer al principio de realidad sería lo que marcaría la tragedia de la condición humana³⁶⁴, Morgenthau considerará que la compañera inseparable de la política es la tragedia. Política y tragedia son dos caras de una misma moneda porque no es posible, según esta concepción, hacer política sin provocar ningún sufrimiento para alguien. En consecuencia, su realismo apela al precedente histórico, más que a principios abstractos y propone la realización del mal menor antes que la del bien absoluto³⁶⁵.

En el ámbito internacional esta conflictividad es mucho más acentuada que en el doméstico. Sin embargo, el derecho internacional tradicional, basado en el principio de la igualdad soberana de los estados es incapaz de comprenderlo. La realidad de la política internacional está marcada no por la igualdad formalmente reconocida en los tratados —como pretendería el positivismo kelseniano—, sino por la “extrema desigualdad de las naciones”³⁶⁶ que se da en la práctica. En un contexto como el de la Guerra Fría, en el que el *ius publicum europaeum* quedó atrás y en el que únicamente dos superpotencias habían adquirido un poder de destrucción muy superior al del resto de naciones juntas, el derecho internacional quedaba reducido a una serie de normas procedimentales que poco o nada podían hacer para garantizar la pacífica convivencia entre los estados.

En tales circunstancias, la resolución de cualquier conflicto internacional no puede ser más que precaria y transitoria, y depende de otro concepto clave para la teoría de

³⁶² MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 3

³⁶³ Vid. SCHUETT, Robert, “Freudian Roots of Political Realism...”, *cit.*, pp. 53-78

³⁶⁴ Vid. FREUD, Sigmund, *Más allá del principio del placer*, trad. de Luis López Ballesteros, RBA, Barcelona, 2002 [1920], pp. 7 y ss.

³⁶⁵ Vid. MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 3

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 8

Morgenthau: el equilibrio del poder³⁶⁷. Como hemos visto [*supra*, 4.2.3.d], el equilibrio de poder es, junto con el derecho internacional, y la opinión pública mundial y la moral internacional, uno de los tres factores que Morgenthau acepta como límites (en sentido débil) a la lucha por el poder que tiene lugar en el ámbito internacional. Sólo a través del equilibrio del poder podrían ser resueltos los conflictos internacionales no justiciables; es decir, aquellos que no podrían solventarse a través de procedimientos jurídicos. El equilibrio del poder es el resultado de la acción exterior de los estados, cada uno de los cuales actúa en el ámbito internacional de acuerdo con su propio interés nacional: “el deseo de poder, del que participa una de pluralidad naciones, cada una procurando mantener o derribar el *status quo*, conduce necesariamente a la configuración de lo que se conoce como equilibrio del poder”³⁶⁸. El concepto de equilibrio del poder está tan arraigado en la esencia de la naturaleza humana como el de interés, de manera que en tanto que patrón de análisis es también presentado por Morgenthau como un principio universal de carácter inmutable. Tanto es así que, como hace notar Barbé, el equilibrio del poder se ha convertido en parte de la ortodoxia, en un concepto de obligatoria referencia en la disciplina de las relaciones internacionales³⁶⁹. Caracterizado como necesario e inevitable, la función del equilibrio del poder sería la de producir estabilidad y favorecer el mantenimiento de la autonomía de las unidades que conforman la esfera internacional. Precisamente el equilibrio del poder supondría en última instancia una alternativa al fracasado concepto de seguridad colectiva y, por lo tanto, una plataforma para el retorno al predominio de los métodos clásicos de la diplomacia y a concepciones decimonónicas del sistema internacional que son las que Morgenthau —siguiendo el *ius publicum europaeum* de Schmitt— consideraba adecuadas.

³⁶⁷ *Cfr.* LITTLE, Richard, “The balance of power in *Politics Among Nations*”, en WILLIAMS, Michael C. (ed.), *Realism Reconsidered... cit.*, pp. 137-165

³⁶⁸ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 179

³⁶⁹ BARBÉ, Esther, “Estudio preliminar”, *cit.*, p. XLVII

Por poner un ejemplo paradigmático, el rol que el equilibrio del poder debía jugar en el sistema internacional según Morgenthau se refleja perfectamente en la postura que mantuvo en relación al lugar político que le correspondía ocupar a Alemania en el orden europeo. En un libro colectivo sobre la reconstrucción alemana y europea coordinado por él mismo en 1951 afirmaba que: “[el pueblo alemán] es por su naturaleza el más numeroso y disciplinado de Europa, y tiene a su disposición el mayor potencial industrial del continente. En consecuencia, si se dejara que la naturaleza siguiera su curso, Alemania debería convertirse necesariamente en el líder de Europa”³⁷⁰. Esta inclinación hacia el liderazgo alemán, que incluso hoy en día afecta profundamente a la realidad política de la Unión Europea, supone una muestra más de la idea de que el orden jurídico constituye un dique a todas luces insuficiente al potencial de la realidad política. Cuando el derecho es contrario al equilibrio del poder el precio a pagar suele ser, según la visión realista ofrecida por Morgenthau, su ineffectividad. De esta forma, tanto la Unión Europea como las Naciones Unidas —si bien en grados muy diferentes— demostrarían que ninguna estructura institucional que vaya en contra y no a favor del efectivo equilibrio del poder puede ser una garantía para la paz.

Ahora bien, esta aproximación al concepto del equilibrio del poder sería incompleta si no se mencionara de nuevo el papel que desempeña la moral en la teoría de Morgenthau. Puesto que se constata que el equilibrio del poder no sirve por sí solo para cumplir con la finalidad de preservar la existencia de los estados —y más todavía en un contexto como el de la Guerra Fría, bajo la amenaza de una

³⁷⁰ MORGENTHAU, Hans J., “Germany: the Political Problem”, en MORGENTHAU, Hans J. (ed.), *Germany and the Future of Europe*, The University of Chicago Press, 1951, pp. 76-88, p. 76. En este trabajo, interesante por muchas razones, puede apreciarse como Morgenthau habla ya totalmente como americano: “qué podría aportar *nuestra política exterior* a Alemania [...] es un error, y más que un error —es una real calamidad—contemplar, teniendo en mente los intereses de los Estados Unidos, a la Alemania de hoy condicionada por el recuerdo de las atrocidades pasadas. El individuo puede dejarse llevar por tales emociones, para honrar la memoria de los antepasados, amigos, y profesores asesinados por los alemanes, que siempre serán vistos como algo sagrado. Pero una cosa muy diferente es permitir que esos recuerdos y sentimientos influyan en la evaluación de los intereses de Estados Unidos y en las políticas que Estados Unidos debe seguir en relación con Alemania” (*Ibid.*, p. 77. La cursiva es mía).

aniquilación total—, Morgenthau introduce la idea de la necesidad de un mínimo consenso moral e intelectual entre las naciones que forman el sistema³⁷¹. Así, las convenciones internacionales que regulan la conducta en la guerra o las de derechos humanos [*infra*, 5.1.1.b] pueden servir en ocasiones como guía suplementaria para el gobernante aunque, desde luego, únicamente pueden ser tenidas en cuenta en la medida en que no sean contradictorias con el interés nacional o, cuanto menos, con la seguridad nacional. Respecto de los derechos humanos Morgenthau expresa con toda crudeza que su defensa “no puede ser consistentemente aplicada en política exterior porque es susceptible de entrar en conflicto con otros intereses que pueden ser más importantes”³⁷². Así, en realidad, la concesión de Morgenthau al papel de la moral parece quedar en una mera advertencia a los líderes de las grandes potencias para que tomen en cuenta dos referencias básicas en su actuación: una correcta lectura del interés nacional y la prudencia³⁷³. La llamada a la prudencia del gobernante es una prevención contra la *hybris*. Morgenthau considera a la prudencia como la “suprema virtud en la política”³⁷⁴, como la virtud del estadista que permite combinar en su justa medida los requerimientos morales con las exigencias derivadas del interés nacional. Cobra así sentido la velada crítica que Morgenthau hace a otros realistas, como Carr, de quien dice “es peligroso ser un Maquiavelo, pero peor todavía es ser un Maquiavelo sin *virtù*”³⁷⁵. En esa afirmación se condensan las precauciones que

³⁷¹ *Vid.* MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 224

³⁷² MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 267. Es un argumento que recuerda en todo a los actuales análisis, como los ofrecidos por Posner y Goldsmith (*vid.* GOLDSMITH, Jack. L. y POSNER, Erich A., *The Limits of International Law, cit.*, pp. 107 y ss.). El ejemplo más claro para él fue la Guerra de Vietnam, en la que la administración estadounidense incurrió en el vicio del *ultra vires*, quiso ir más allá de su competencia, invocando los derechos humanos para involucrar a su ejército en una que poco tenía que ver, a juicio de Morgenthau con el interés nacional concebido en términos racionales (*Vid.* MORGENTHAU, Hans J., *Vietnam and the United States*, Public Affairs, Washington, 1965; también ZAMBERNARDI, Lorenzo, “The impotence of power: Morgenthau's critique of American intervention in Vietnam” en *Review of International Studies*, 37, 2011, pp. 1335-1356).

³⁷³ *Vid.* BARBÉ, Esther, “Estudio preliminar”, *cit.*, p. LI

³⁷⁴ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 12

³⁷⁵ MORGENTHAU, Hans J., “The Political Science of E. H. Carr” en *World Politics*, vol. 1, nº 1 (Octubre 1948), pp. 127-134, p. 134

Morgenthau adopta respecto de la idea de que el fin justifique cualquier medio³⁷⁶; pero sobre todo, el papel crucial que atribuye al estadista, que es coherente con su particular concepto de norma fundamental tal y como anteriormente la hemos estudiado. Los estadistas y diplomáticos —y no las instituciones ni los procedimientos jurídicos— suponen la última garantía para poder mantener la estabilidad del sistema internacional.

c) La centralidad del poder

El primero de los *Seis principios de realismo político* establece que la política está gobernada por leyes objetivas que se fundamentan en la propia naturaleza humana. Toda mejora social, por lo tanto, debe entender cómo funcionan esas leyes. De esta manera, Morgenthau sitúa al concepto de poder³⁷⁷ en la base de su teoría política. Si se entiende la política en términos de poder, resulta evidente que el alcance del concepto de poder será tan amplio como el propio concepto de lo político. Un concepto que, como hemos visto [*supra*, 4.2.1.b], no es posible delimitar de antemano sin atender a las concretas circunstancias que determinen la *intensidad* de cada relación social. Aun así, en *PAN* Morgenthau hace algunas precisiones que resultan controvertidas. La primera es que “la cobertura que reciba el concepto de poder político, si quiere ser útil para entender la política internacional, debe ser más amplia que la cobertura que se le proporciona en el campo de la política interna”³⁷⁸. La segunda es que no cualquier acción que un estado realice en relación a otro constituye una acción política. Acciones como los intercambios comerciales o la cooperación técnica estarían excluidos de la consideración política en tanto que no

³⁷⁶ En los mismos términos, sobre la política de la Casa Blanca en la Guerra del Vietnam afirmó “... lo que es irracional es la desproporción extrema entre los peligros del conflicto, que son muy pequeños, y los enormes medios que se han empleado y despilfarrado y utilizado inútilmente a este propósito. Ésta es una mala política exterior. Y es también una política exterior inmoral porque el fin no puede justificar los medios empleados” (*vid.* MORGENTHAU, Hans J. y CHOMSKY, Noam, *El interés nacional... cit.*, p. 73).

³⁷⁷ Es interesante la advertencia que hace Barbé acerca de las diferentes acepciones que la palabra poder (power) tiene en inglés, y que en castellano no se corresponden siempre con la misma palabra; por ejemplo, *poderío* o *potencia* (BARBÉ, Esther, “Estudio preliminar”, *cit.*, p. XXXVI)

³⁷⁸ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 29 (nota al pie 1)

supondrían manifestaciones de la lucha por el poder³⁷⁹. Esta concepción aparentemente restringida de la política, que ha dado lugar a múltiples interpretaciones erróneas, debe ser matizada³⁸⁰. Sólo unas páginas más adelante se reconoce que las políticas económicas también son —cómo no— instrumentos de poder. En efecto, el concepto de poder que propone Morgenthau es flexible e indeterminado. Si la esencia de lo político viene marcada por una cuestión de *intensidad*, entonces potencialmente cualquier relación social puede ser objeto de interés en términos de poder.

Hechas las anteriores precisiones, Morgenthau especifica que cuando habla de poder se refiere “al control de un hombre sobre las mentes y las acciones de otros hombres” y que cuando habla de poder político se refiere a las “mutuas relaciones de control que se dan entre quienes detentan la autoridad pública y éstos y el pueblo en general”³⁸¹. A partir de esta definición amplia se realizan cuatro distinciones relevantes en torno al concepto del poder. La primera es la distinción entre poder e influencia, que ilustra con un ejemplo: el secretario de estado, cuya misión es asesorar al presidente de los Estados Unidos en materia de política exterior tiene influencia, en la medida en que el presidente siga sus consejos; pero no tiene poder sobre el presidente, porque no puede ejercer ningún tipo de coacción sobre él para que los siga³⁸². Siguiendo el concepto weberiano de *poder-relación*³⁸³, lo que caracterizaría al poder desde esta perspectiva sería la capacidad de imponerse, aun en contra de la voluntad del otro.

³⁷⁹ *Vid. Ibid.*, p. 30

³⁸⁰ *Vid. WILLIAMS, Michael C., The Realist Tradition... cit.*, pp. 107-108

³⁸¹ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 30

³⁸² *Ibid.*, p. 31. Unas pocas páginas más tarde, en lo que a mi juicio es una notable contradicción, sí que atribuye poder político a los lobbies: “ambos, el presidente de los Estados Unidos y el lobbista ejercen poder político, aunque su origen y naturaleza sean diferentes” (*Ibid.*, p. 33)

³⁸³ *Vid. WEBER, Max, Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva* (2 vols.), ed. de Johannes Winckelmann, Fondo de Cultura Económica, México, 1969 [1922], vol. 2, pp. 695 y ss.

Una segunda distinción sería la que distingue entre poder y fuerza. La fuerza, dice Morgenthau, es el ejercicio de la violencia. La amenaza de la violencia física es un elemento intrínseco de la política, y por ese motivo el armamento supone un instrumento político al cual un estado no puede renunciar [*infra*, 5.1.2]. La fuerza militar es una de las principales manifestaciones del poder de un estado. Ahora bien, “cuando la violencia se convierte en real, supone la abdicación del poder político en favor del poder militar”³⁸⁴. Como ya había hecho en su obra de 1933, Morgenthau parece volver a negar de plano el famoso *dictum* de Clausewitz de que la guerra es la política por otros medios. Para él, a diferencia de Schmitt³⁸⁵, la guerra no es la manifestación de lo político por excelencia, sino precisamente su negación, la rendición de lo político a la fuerza bruta.

En tercer lugar, se distingue entre poder utilizable y poder no utilizable. Esta distinción es un imperativo derivado del uso de armas nucleares, que ha significado que, paradójicamente, una mayor cantidad de armamento no se traduzca en un mayor poder político³⁸⁶. A la vista de la amenaza de la destrucción total y definitiva, que pendía sobre las cabezas de los gobernantes como una espada de Damocles, el uso de armas nucleares envenenaba el clima internacional, impidiendo el normal funcionamiento de la política internacional. En ese caso se hace patente que el poder político de un estado no depende únicamente de su potencia militar, sino que pueden ser otros recursos —como la inteligencia, la tecnología o la diplomacia— las que marquen la diferencia en el tablero internacional.

La cuarta distinción, por último, es la que se establece entre poder legítimo y poder ilegítimo. “El poder ejercido con autoridad moral o jurídica debe ser distinguido del

³⁸⁴ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 31

³⁸⁵ *Vid.* SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político, cit.*, pp. 63-64

³⁸⁶ John Herz relata que durante un congreso de la *International Studies Association* en 1980, Morgenthau lo explicó en términos más gráficos: “cuando dos tipos ambos armados con una pistola se enfrentan cara a cara, poco importa si uno de ellos posee además la colección de armas más grande de la ciudad” (HERZ, John, “Letter to the Morgenthau Conference”, en HACKE, Christian, et al (eds.), *The Heritage, Challenge, and Future of Realism. In Memoriam Hans J. Morgenthau (1904-1980)*, Bonn University Press, 2005, pp. 23-28, p. 25

poder nudo”³⁸⁷. Esta distinción es relevante para la política exterior en la medida en que el poder legítimo tiene más probabilidades de ser efectivo que el poder ilegítimo. Sin embargo, a Morgenthau parece no preocuparle demasiado el origen del poder. Lo importante no será la efectiva legitimidad, sino la “apariencia de legitimidad” susceptible de dar cobertura a una política exterior aceptable.

Teniendo en cuenta estas distinciones conceptuales hay que hacer hincapié en una idea básica: el poder es el instrumento a través del cual se expresa el interés en la política. El concepto de poder es, por lo tanto, un concepto instrumental en el sentido de que permite movilizar distintos recursos³⁸⁸ al servicio de un fin. De entre esos recursos, para Morgenthau destaca el de la diplomacia: “de todos los factores que constituyen el poder de una nación el más importante, aunque inestable, es la calidad de la diplomacia”³⁸⁹ [*infra*, 5.3.2]. El carácter instrumental del poder, sin embargo, no resta centralidad a la idea de la política, que es configurada por el realismo de Morgenthau como una esfera normativa autónoma y superior al resto. El realista debe analizar la realidad internacional en términos de poder, subordinando los estándares de otras esferas normativas, como el derecho o la moral, a las consideraciones derivadas de la realidad política, siempre marcada por la lucha por el poder que se da entre sujetos antagónicos.

4.3.3. Algunos desarrollos e influencias

Si el realismo ha sido la corriente que más ha influido en el desarrollo de la disciplina de las relaciones internacionales, y si Morgenthau es considerado el padre fundador de esta corriente, para concluir este capítulo es necesario dejar apuntados sólo algunos de los desarrollos que su teoría ha sufrido en las últimas décadas. Como

³⁸⁷ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 32

³⁸⁸ Sobre el concepto de poder como potencial de movilización, *vid.* ARON, Raymond, *Paz y guerra entre las naciones, cit.*

³⁸⁹ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p.152

ya se ha venido advirtiendo, las interpretaciones de las influencias que el realismo de Morgenthau ha ejercido sobre la actual teoría de las relaciones internacionales son múltiples y en no poca medida contradictorias. Aquí nos limitaremos a ver solamente algunas de esas interpretaciones, centrándonos particularmente en la polémica que se ha establecido en torno a la corrección de las recepciones que se han hecho por parte del neorrealismo, en tanto que doctrina predominante.

a) Del neorrealismo al neoconservadurismo

La teoría de Morgenthau, que había sido pensada en el contexto de la Guerra Fría, comienza a ser cuestionada a partir de los años setenta, cuando se produce una cierta relajación de las tensiones entre el bloque soviético y el norteamericano. En esos años empieza a hacerse notar, además, la influencia de las primeras corporaciones multinacionales, sujetos de naturaleza privada capaces de influir de forma cada vez más decisiva en la política internacional. Para hacer frente a esa nueva situación surgen las llamadas teorías transnacionalistas y dependentistas, que ponen en cuestión el paradigma del realismo clásico aplicado a las relaciones internacionales³⁹⁰. Desde diferentes perspectivas —basadas en el pensamiento de los liberales de los siglos XVIII y XIX las transnacionalistas y, por el contrario, asentadas en la crítica al liberalismo las dependentistas—, estas teorías relativizarán el valor del concepto de la seguridad nacional (que constituía el núcleo intocable del interés nacional para Morgenthau) y, con él, la idea de la centralidad de los estados como actores de la política internacional. A cambio, se propondría el estudio de la pluralidad de fuerzas que operan en el nuevo sistema-mundo³⁹¹, ya no únicamente políticas o militares, sino también, y cada vez con más intensidad, económicas y tecnológicas.

³⁹⁰ Para una completa caracterización de esas teorías en relación con el realismo político de Morgenthau, *cfr.* BARBÉ, Esther, “El papel del realismo en las relaciones internacionales...”, *cit.*; y más ampliamente, Id. *Relaciones Internacionales* (3ª ed.), Tecnos, Madrid, 2007, pp. 61 y ss.

³⁹¹ La expresión, ya se sabe, es de Wallerstein. *Cfr.* por ejemplo, WALLERSTEIN, Immanuel, *La decadencia del imperio. EEUU en un mundo caótico*, trad. de Antonio Saborit, Txalaparta, Tafalla, 2005 [2003], en especial, pp. 65 y ss.

El recrudecimiento de las tensiones entre ambos bloques en torno al final de la década de los setenta y el inicio de los ochenta, junto con el auge definitivo del pensamiento neoliberal marcado por la administración Reagan en Estados Unidos, supondría una nueva orientación de la teoría de las relaciones internacionales. En ese contexto se impondrá el neorrealismo o realismo estructural, desarrollado por autores como Kenneth Waltz³⁹², o Joseph Nye y Robert Keohane³⁹³. El neorrealismo no rechaza el realismo clásico de Morgenthau, sino que, partiendo de sus premisas, propone su adaptación al nuevo contexto de la emergente globalización. De esta manera, los neorrealistas proponen una recuperación del modelo basado en la seguridad nacional y en el equilibrio del poder, sin por ello dejar de reconocer el papel fundamental que los nuevos agentes económicos de naturaleza privada debían jugar en la nueva configuración del mundo.

A través de la lectura que de ella hacen los neorrealistas, la figura de Morgenthau es tomada como referente por el pensamiento neoconservador norteamericano en materia de política exterior³⁹⁴. Entre quienes se consideran sus discípulos pueden

³⁹² WALTZ, Kenneth, *Theory of International Politics*, McGraw Hill, Nueva York, 1979

³⁹³ KEOHANE, Robert O. y NYE, Joseph, *Power and Interdependence*, Longman, 4ª ed., 2012 [1977]. Danilo Zolo, probablemente el realista de lengua no inglesa contemporáneo más conocido, reconoce que su visión “poco tiene en común con el realismo clásico internacional de Niebuhr, Morgenthau o Carr, y se halla más cerca de las tesis neorrealistas de Keohane” (ZOLO, Danilo, *Cosmópolis.... cit.*, p. 24)

³⁹⁴ Cfr. SÖLLNER, Alfons, “German Conservatism in America. Morgenthau’s Political Realism” en *Telos*, nº 72, 1987, pp. 161-172. A la influencia ejercida por Morgenthau sobre el neoconservadurismo norteamericano habría que sumar, por supuesto, otros muchos pensadores. Es preciso mencionar al menos la fundamental recepción de la crítica de Schmitt al liberalismo a través de la interpretación que de ella hace Leo Strauss. Cfr. MEIER, Heinrich, *Carl Schmitt, Leo Strauss y "El concepto de lo político" Sobre un diálogo entre ausentes*, Katz, Madrid, 2009. Y, más en general, DRURY, Shadia B., *Leo Strauss and the American Right*, Palgrave Macmillan, 1999; o NORTON, Anne, *Leo Strauss and the Politics of American Empire*, Yale University Press, 2004

encontrarse figuras tan relevantes como Henry Kissinger³⁹⁵ o Condoleezza Rice³⁹⁶. Es frecuente encontrar citas a sus obras en los libros de primeras figuras del neoconservadurismo contemporáneo como, por ejemplo, Eric Posner³⁹⁷ o Robert Kagan³⁹⁸. Sin embargo, como ha destacado Williams, Morgenthau es un autor más citado que leído³⁹⁹, y la versión que de él se da en la mayoría de ocasiones, filtrada a través del tamiz del neorrealismo, no suele hacer justicia al conjunto de su obra.

b) Contra las malas interpretaciones

En los últimos diez años ha sido fuertemente puesta en cuestión la recepción que el neorrealismo —y con él el *mainstream* de la teoría de las relaciones internacionales— ha realizado de la teoría de Morgenthau. Una de las críticas más directas es la que han lanzado Hartmut Behr y Amelia Heath, quienes han argumentado que la teoría contemporánea de las relaciones internacionales está plagada de malas interpretaciones e incluso de manipulaciones con respecto a la obra del realismo clásico y particularmente respecto de la obra de Morgenthau: “los textos más importantes de Morgenthau han sido marginados, y sólo ciertas lecturas selectivas y citas de su trabajo se han convertido en el estándar académico, mientras que sus protestas por ser mal entendido fueron completamente ignoradas”⁴⁰⁰. La confusión

³⁹⁵ El propio Kissinger lo reconoce en: KISSINGER, Henry, “A Gentle Analyst of Power: Hans Morgenthau”, en *The New Republic*, vol. 14, n° 4, 1980, pp. 12-14. Años antes, Morgenthau hizo lo propio en: MORGENTHAU, Hans J., “Henry Kissinger, Secretary of State”, en *Encounter*, vol. 43, n° 6, 1974, pp. 57-61

³⁹⁶ En una de las biografías de Rice podemos leer: “la mayor influencia política de Rice en la Guerra Fría fue Hans Morgenthau, bien conocido por sostener el realismo político [...] el realismo está basado en la idea de que las naciones son como los humanos. Cada nación, de acuerdo con Morgenthau, debe actuar en su propio interés. Las guerras y otras luchas por el poder tienen lugar cuando las naciones se sienten amenazadas. El realismo enseñado por él fue *racional, objetivo y carente de emociones*, que es lo que se requiere cuando una nación está tratando de asegurar su propia supervivencia”. (HUBBARD-BROWN, Janet, *Condoleezza Rice: Stateswoman*, Chelsea House, Nueva York, 2008)

³⁹⁷ Vid. POSNER, Eric A., *The Perills of Legal Globalism*, cit., pp. xv y 71; POSNER, Eric A. y GOLDSMITH, Jack L., *The Limits of International Law*, cit., pp. 170 y 186

³⁹⁸ Vid. KAGAN, Robert, *El retorno de la historia... cit.*, p. 160

³⁹⁹ Vid. WILLIAMS, Michael C., *The Realist Tradition... cit.*, p. 82

⁴⁰⁰ BEHR, Hartmut y HEATH, Amelia, “Misreading in IR Theory and Ideology Critique: Morgenthau, Waltz, and Neo-realism”, en *Review of International Studies*, vol. 35, n° 2, 2009, pp. 327-349, p. 332

más relevante, por haberse convertido en una de las asunciones clave del neorrealismo, es la que se refiere a la supuesta concepción anárquica del ámbito internacional. Mientras que autores neorrealistas como Jervis⁴⁰¹ o Keohane⁴⁰² asocian la metáfora de la anarquía a Morgenthau sin ningún matiz, éste sólo menciona la palabra tres veces en *PAN*; y lo hace principalmente para disociar su propia teoría de los postulados de Hobbes⁴⁰³. En efecto, Morgenthau considera que la sociedad internacional no es una sociedad anárquica. No puede ser así desde el momento en el que se acepta la existencia de ciertas restricciones morales y jurídicas —por débiles que éstas sean— a la conducta de los estados. Es, por lo tanto, adecuado y oportuno el matiz que introducen Behr y Heath recalcando que sin el derecho y la moral no puede entenderse la dinámica del escenario internacional⁴⁰⁴, donde no todo es pura fuerza. Tampoco para Morgenthau.

En esta línea, algunos autores han llegado a negar taxativamente que existan “razones justificables y legítimas para identificar el realismo de Morgenthau con lo que ha sido llamado “neo”-realismo”⁴⁰⁵. De este modo, la situación resulta paradójica: Morgenthau acaba por encontrarse “doblemente atrapado”⁴⁰⁶, puesto que es doblemente malinterpretado. Por un lado, el *mainstream* de la teoría de las relaciones internacionales contemporáneas le habría tomado como principal referencia sin haber entendido sus postulados y; por otro lado, habría sido elegido como el rival teórico de las teorías estructuralistas⁴⁰⁷.

⁴⁰¹ JERVIS, Robert, *Perception and Misperception in International Politics*, Princeton University Press, 1976

⁴⁰² KEOHANE, Robert O., “Theory of World Politics. Structural Realism and Beyond”, en FINIFTER, Ada W. (ed.), *Political Science: The State of the Discipline*, ASPA, Washington D.C., 1983

⁴⁰³ *Vid.* MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 511

⁴⁰⁴ Aunque el matiz que introducen es acertado, en mi opinión exageran excesivamente la importancia del papel que Morgenthau atribuye al derecho internacional. Particularmente lo hacen cuando afirman que “siguiendo la tradición filosófico-jurídica del *pacta sunt servanda*, aboga por la regulación normativa de la política internacional a través de las normas del derecho internacional” (BEHR, Hartmut y HEATH, Amelia, “Misreading in IR Theory...”, *cit.*, pp. 334-335, nota al pie 28)

⁴⁰⁵ BEHR, Hartmut y RÖSCH, Felix, “Introduction”, *cit.*, p. 31

⁴⁰⁶ *Ibidem*.

⁴⁰⁷ *Vid.* SCHEUERMAN, William E., *Morgenthau... cit.*, pp. 7; también Id., *The Realist Case... cit.*

Constatando esa mala interpretación de Morgenthau, han surgido interesantes trabajos que ponen en duda la idoneidad de la actual teoría de las relaciones y que reivindican una vuelta a los fundamentos originales del pensamiento realista. Es el caso de Richard Ned Lebow, quien ha destacado que la teoría neorrealista ignora la importancia que tiene la justicia y la centralidad de la ética en la política exterior. No es un comportamiento egoísta lo que debe guiar la política exterior de un país, sino su comportamiento ético. Así, Lebow planea como necesario “convencer de que la ética no es solamente instrumentalmente importante, sino que se hace imposible formular los intereses de forma inteligente prescindiendo de cualquier referencia a la justicia”⁴⁰⁸; y, en ese sentido, recupera buena parte de los argumentos aportados por Morgenthau para reforzar esa idea.

Michael C. Williams, por su parte, también ha denunciado la perversión de los dogmas del realismo clásico. Basándose en la reelaboración de la obra de Morgenthau propone un nuevo tipo de realismo que llama “realismo voluntarista” (*wilful realism*). Este nuevo enfoque acepta el poder como un elemento central de la política; sin embargo, a diferencia de los neorrealistas, no reduce la política al puro poder. Al contrario, “busca una política de límites, que reconozca tanto sus dimensiones destructivas como constructivas⁴⁰⁹. Y, en ese sentido, “el realismo de Morgenthau reconoce tanto el potencial destructivo como el potencial constructivo de la política, y trata de construir una comprensión de la política estatal y de la política exterior susceptible de restringir las peores consecuencias de la modernidad a la vez que mantiene sus principios y capacidades productivas”⁴¹⁰. Desde esta perspectiva, según Williams, uno de los principales atractivos de recuperar hoy la obra de Morgenthau sería que nos permitiría enfrentarnos a algunos

⁴⁰⁸ LEBOW, Richard Ned, *The Tragic Vision of Politics. Ethics, Interests and Orders*, Cambridge University Press, 2003, p. 16

⁴⁰⁹ WILLIAMS, Michael C., *The Realist Tradition... cit.*, p.7

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 8

de los principales elementos del pensamiento neoconservador con sus propias armas⁴¹¹.

Esta profunda disparidad de enfoques se puede entender desde diversas coordenadas. Una es la tendencia de Morgenthau a escribir sobre problemas concretos (*problem-oriented thinking*)⁴¹², y no sobre temas estructurales. Morgenthau bien podría ser calificado como un “intelectual-zorro”, por utilizar la expresión de Isaiah Berlin⁴¹³, en la medida en que su obra es dispersa y sobre temas muy variados. Otra es que la selección de los fragmentos más estudiados de su obra, puestos fuera del contexto del conjunto de su obra, serviría perfectamente como la cobertura ideológica que exigía el dominio político-militar que los Estados Unidos comenzaron a ejercer sobre el resto del globo tras la Segunda Guerra Mundial.

Mereciendo ser tenidas en cuenta, estas nuevas interpretaciones y desarrollos, sin embargo, no restan ni una pizca de su sentido a la posición que Koskenniemi atribuye a la teoría de Morgenthau dentro de la larga historia de las relaciones entre el derecho y la política internacional. Bien o mal interpretado, lo cierto es que el aparato conceptual que se ofrece en *PAN* ha servido para confirmar el declive del derecho internacional y el auge de las relaciones internacionales en tanto que principal disciplina ordenadora de la normatividad internacional. Puede decirse que *PAN* marca el nacimiento de un nuevo paradigma en la manera de abordar los problemas de la realidad internacional. Como veremos en el siguiente capítulo, cuando este paradigma es aplicado a los diferentes problemas de la realidad internacional, y particularmente al problema de la paz, se caracterizará por ofrecer respuestas en gran medida opuestas al paradigma formalista, en el que se encontraba el pacifismo jurídico de Kelsen.

⁴¹¹ *Vid.* WILLIAMS, Michael C., “Morgenthau now: Neoconservatism, national greatness and realism”, en Id. (ed.), *Realism Reconsidered... cit.*, pp. 216-240

⁴¹² BEHR, Hartmut y HEATH, Amelia, “Misreading in IR Theory and Ideology Critique: Morgenthau, Waltz, and Neo-realism”, en *Review of International Studies*, vol. 35, n° 2, 2009, pp. 327-349, p.

⁴¹³ *Vid.* BERLIN, Isaiah, *The Hedgehog and the Fox*, Weidenfeld & Nicolson, Londres, 1953

Capítulo V

La política sobre el derecho internacional

Este quinto y último capítulo tiene por propósito concretar la forma en la que la teoría realista de la política internacional formulada por Morgenthau se plasma en algunos de los problemas del orden internacional. Las distintas concreciones de esta teoría, como veremos, contrastan casi siempre con las propuestas normativas de Kelsen, ya analizadas en el tercer capítulo. De esta manera, se ha buscado el mayor paralelismo posible entre la estructura de ambos capítulos para poder comparar específicamente los elementos comunes presentes en las obras de los dos autores. Si bien es cierto que la obra de ambos refleja una profunda preocupación por el problema de la paz, las fórmulas diseñadas por un autor y otro para contribuir a su solución son radicalmente distintas. Mientras que Kelsen apostó por atribuir al derecho un papel protagonista en la construcción de un nuevo orden internacional, en Morgenthau encontramos, en cambio, una clara prevalencia del factor político sobre el jurídico.

La comparación entre las propuestas de Kelsen y de Morgenthau respecto al ámbito internacional puede realizarse en tres órdenes de problemas: los que se refieren a los conceptos de la guerra y de la paz y, más en general, sobre la organización de la fuerza en el ámbito internacional (1); los que se refieren a las instituciones internacionales, destacadamente, sobre los tribunales internacionales, pero también sobre las experiencias de organizaciones con vocación universal destinadas a salvaguardar la paz y la seguridad, como la Sociedad de Naciones y la Organización de Naciones Unidas (2); y los que se refieren a la idea del estado mundial y su apuesta fundamental para conseguir la paz internacional (3).

Conviene insistir en que las posiciones adoptadas por Morgenthau respecto de cada uno de estos asuntos, desarrolladas en su versión definitiva en sus obras americanas —fundamentalmente en *PAN*—, son en buena medida consecuencia del marco

conceptual plasmado en sus obras europeas, ya analizado en el Capítulo IV: una epistemología realista, una concepción de lo político como lucha por el poder que impregna cualquier relación social, y un concepto funcional de la validez jurídica, estrechamente vinculado con la eficacia. Pero también hay que reconocer que estas posiciones responden perfectamente a las necesidades surgidas en el pujante imperio norteamericano para justificar teóricamente una política exterior que inevitablemente entraba en colisión con el orden internacional surgido de la Convención de San Francisco en 1945. Como ha señalado Koskenniemi, las apelaciones de Morgenthau al interés nacional y a la acumulación de poder no podían haber caído en un terreno más fértil⁴¹⁴.

5.1. Guerra, paz y poder

5.1.1. Concepciones de la guerra y de la paz

Morgenthau, como Kelsen, reconoce que la paz es el problema central de la civilización occidental. No podía ser de otra manera después de que una sola generación hubiera sufrido los horrores de dos guerras mundiales y viviera bajo la amenaza de los peligros planteados por una guerra nuclear⁴¹⁵. *Politics Among Nations* no es solamente un intento de comprender las relaciones políticas entre los estados, sino que además es, en cierta forma, como indica su propio subtítulo, un llamamiento a la paz⁴¹⁶. No es una obra simplemente descriptiva, sino también prescriptiva. Aporta su propia receta sobre cómo debiera ser el orden internacional con un

⁴¹⁴ Vid. KOSKENNIEMI, Martii, “Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations”, *cit.*, p. 27; de forma más general sobre este argumento, *cf.* BYERS, Michael y NOLTE, Georg (eds.), “United States Hegemony and the Foundations of International Law”, Cambridge University Press, 2003; o GARCÍA, Caterina y RODRIGO, Ángel J., *Los límites del proyecto imperial. Estados Unidos y el orden internacional en el siglo XXI*, Catarata, Madrid, 2008

⁴¹⁵ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 401

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 17

objetivo declarado: el de contribuir a la construcción de una paz mundial duradera⁴¹⁷. Ahora bien, ese llamamiento a la paz se hará no exaltando el derecho, como hizo Kelsen, sino la política; y, concretamente, el papel flexible y sinuoso de la diplomacia. Como dijo su discípulo y amigo Henry Kissinger, “encontrándose comprometido con la paz, [Morgenthau] estaba dispuesto a zambullirse en el frío mundo de la política del poder para conseguirla”⁴¹⁸. La cuestión que quizá cabría preguntarse es *¿qui prodest?*, ¿a quién beneficia la apuesta por la vía política a costa de la jurídica? ¿Es una apuesta sincera, o más bien destinada a justificar el predominio estadounidense sobre el resto del mundo?⁴¹⁹ ¿Acaso la *pax americana* no implica, como la *pax romana*, el crudo sometimiento de los débiles al imperio del más poderoso?

El problema de la paz, reconoce Morgenthau, es tan antiguo como la propia civilización; pero es a partir del siglo XVI cuando empiezan a realizarse grandes esfuerzos intelectuales por parte de los más destacados pensadores para tratar de resolverlo⁴²⁰. Sobre el sustrato filosófico creado por estos pensadores se asentarán los intentos prácticos de salvaguardar la paz internacional realizados en los siglos XIX y XX, tales como la Santa Alianza, las Conferencias de Paz de La Haya, la Sociedad de Naciones o las Naciones Unidas. Todas estas iniciativas habrían compartido, de un modo u otro, los principios de la Ilustración y de la teoría política liberal que postula la promoción del bienestar humano con base en una supuesta unidad moral de la humanidad. El objetivo de esa filosofía de la paz, de la cual participó netamente la obra internacionalista de Kelsen [*supra*, 3.1.1], habría sido expandir el principio de legalidad más allá de las fronteras estatales; es decir, hacer coincidir el ámbito del derecho con el ámbito mundial, en tanto que reino de lo humano. Morgenthau, sin

⁴¹⁷ La vertiente normativa de su teoría, inspirándose en Weber (su “padre intelectual”), tiene que ver con la misión política que, en el contexto en que es producida, consiste en evitar el inminente y grave peligro de la guerra nuclear (BARBÉ, Esther, “Estudio preliminar”, *cit.*, p. XXXV)

⁴¹⁸ KISSINGER, Henry, “A Gentle Analyst of Power: Hans Morgenthau”, *cit.*, p.13

⁴¹⁹ *Vid.* KOSKENNIEMI, Martii, *The Gentle... cit.*, pp. 480 y ss.

⁴²⁰ Se cita a Erasmo de Rotterdam (s. XVI), Sully, Éméric, Crucé, Grocio, Penn (s. XVII) o el Abad de Saint-Pierre, Rousseau, Bentham o Kant (s. XVIII)

embargo, considerará que ese objetivo es tan utópico como ingenuo. Es utópico porque las condiciones de la sociedad internacional no permiten la extrapolación de los parámetros del derecho doméstico al ámbito internacional; esto es, porque la *domestic analogy* no es posible [*supra*, 4.1.1.c]. Y es ingenuo porque parte, a su juicio, de un análisis equivocado: no son las normas jurídicas las que posibilitan un clima de pacífica convivencia entre las naciones, sino que es la pacífica convivencia entre las naciones la que hace posible que florezcan las normas internacionales. Si en la época victoriana —edad de oro en la que se inspiraría el pensamiento liberal— reinaba la paz, el orden y la prosperidad entre los hombres, fueron esas circunstancias las que hicieron posible que los tribunales de justicia y el principio de legalidad cobraran más fuerza que nunca, y no al contrario: “lo que llamamos *orden bajo la ley* no es creación de la ley, sino de las fuerzas sociales que dan lugar tanto al orden como a la ley”⁴²¹. En otras palabras, que no es el derecho lo que configura la sociedad, sino que son las condiciones sociales las que configuran el derecho.

Desde esa perspectiva funcional que impregna el pensamiento de Morgenthau deben ser contemplados, por lo tanto, los problemas de la guerra y de la paz. En su obra no se ha podido encontrar una definición precisa de la guerra. Sin embargo, sí que puede afirmarse que contempla el fenómeno de la guerra de una manera claramente negativa. Al contrario de lo que quizá se pudiera derivar de una primera aproximación a un teórico realista de las relaciones internacionales, impulsor de la política del poder y detractor del papel del derecho en el ámbito internacional, considero que no se puede sostener con rigor que Morgenthau sea un autor belicista. Desde luego, no encontramos en él una exaltación de la guerra *à la* Schmitt⁴²². Aunque tampoco una condena equiparable a la realizada por Kelsen en el preámbulo *PMD* (donde —recordemos— se calificaba a la guerra como “la mayor desgracia de nuestra cultura”). Entre ambos extremos, oscilarán, una vez más, sus

⁴²¹ MORGENTHAU, Hans J., *Scientific Man... cit.*, p. 116

⁴²² Schmitt, en efecto, definió a la guerra como el momento culmen de lo político (*vid.* SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político, cit.*, p. 63).

posicionamientos. Si bien es cierto que comparte con Schmitt la crítica al liberalismo que le lleva a aborrecer la noción de la guerra como sanción jurídica —en lugar de como la manifestación política del poder que es para él— [*supra*, 4.1.1.c], también lo es que su aproximación podría ser situada, junto con la de Kelsen, dentro de las teorías que conciben a la guerra como un *mal necesario* —pero un mal al fin y al cabo—⁴²³.

En el Morgenthau jurista europeo encontramos algunas referencias que recuerdan a la función pacificadora de las relaciones internacionales —y de las relaciones sociales en general— atribuida por Kelsen al derecho⁴²⁴. En *NP* consideraba que el cometido que incumbe a todo ordenamiento jurídico “es el de asegurar la justicia y la paz”⁴²⁵; y, del mismo modo, en “*Théorie des sanctions internationales*” concibe al derecho internacional como un “orden de paz”⁴²⁶. En cambio, en sus obras americanas, cuando definitivamente se aleja de la perspectiva jurídica, contradice implícitamente estas afirmaciones, considerando que el pensamiento internacionalista liberal sobrevalora la relación existente entre derecho y paz⁴²⁷. No será, a su juicio, la extensión al ámbito internacional de los principios generales y abstractos del derecho lo que haga posible la paz “perpetua” entre las naciones, sino la habilidades negociadoras, particulares y concretas, de diplomáticos y estadistas que sean capaces de comprender la auténtica esencia de la política.

⁴²³ Si tomamos la clasificación que hace Bobbio de las teorías sobre la guerra; en cambio, creo que habría que situar a Kelsen más bien entre quienes se consideran partidarios de la doctrina de la guerra justa (en base al principio *vim vi repellere licet*) y a Morgenthau en un sitio intermedio entre quienes tienden a enjuiciar las guerras (los partidarios de la guerra justa) y quienes tienen a justificarla (los que consideran que la guerra es un *mal aparente* o un *mal necesario*) (vid. BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vas de la paz... cit.*, pp. 51 y ss.).

⁴²⁴ Con toda claridad, en *DPRI*.

⁴²⁵ MORGENTHAU, Hans J., *La notion du “politique”... cit.*, p. 8

⁴²⁶ MORGENTHAU, Hans J., “*Théorie des sanctions internationales*”, *cit.*, p. 821

⁴²⁷ Vid. MORGENTHAU, Hans J., *Scientific Man... cit.*, p. 115

a) *La guerra no sólo como sanción*

Desde esa perspectiva política, el análisis de Morgenthau contrasta de manera clara con la idea de la guerra como sanción del ordenamiento internacional, que constituye uno de los principales postulados de la teoría internacionalista kelseniana [*supra*, 3.1.2]. Si para Kelsen, la guerra o es sanción o es delito —*tertium non datur*—, para Morgenthau, en cambio, esa dicotomía no será útil en la medida en que no sirve para concebir a la guerra como uno de los recursos de los que legítimamente puede hacer uso la política exterior de cualquier estado soberano. Un recurso gravoso e indeseable, si se quiere, pero un recurso al que cualquier política exterior responsable no puede dejar de acudir cuando su interés nacional así lo requiera. Morgenthau acepta que la guerra pueda ser considerada una sanción del derecho internacional, de hecho, comparte con Kelsen la consideración de que la sanción es un elemento necesario de todo ordenamiento jurídico⁴²⁸, y Morgenthau ya se ha ocupado de dejar claro que el derecho internacional es para él un ordenamiento jurídico. Lo que no acepta es que toda guerra que no sea una sanción jurídica —es decir, cualquier guerra que no sea reacción a una infracción de una norma internacional— deba ser prohibida en tanto que delito. En efecto, existe una contraposición insoslayable entre la perspectiva realista adoptada por la filosofía de Morgenthau y el pacifismo en tanto que aspiración a eliminar del mundo político la guerra como forma extrema de conflicto⁴²⁹.

El principal problema que Morgenthau encuentra a esa forma dicotómica de concebir la guerra es que condena automáticamente cualquier guerra preventiva: “la idea de que una nación deba emprender una guerra contra otra nación en anticipo a una guerra planeada por la otra nunca ha sido aceptada por la teoría ni por la práctica

⁴²⁸ Vid. MORGENTHAU, Hans J., “Théorie des sanctions internationales”, *cit.*, p. 818; también Id., *La réalité des normes... cit.*, p. 47

⁴²⁹ Vid. PORTINARO, Pier Paolo, *Il realismo politico, cit.*, p. 26

liberal”⁴³⁰. Como norma general, se considera que un gobierno liberal no puede elegir estratégicamente el momento más propicio para llevar a cabo una acción bélica. Y ello, a juicio de Morgenthau, le colocaría en una situación militarmente desventajosa respecto de los gobiernos no liberales: “puesto que no quisimos luchar en 1931 ni en 1935 ni en 1938 en nuestros propios términos, tuvimos que luchar en 1941 en términos del enemigo”, “la especialización del ejército francés en la defensa y su falta de preparación para el ataque, tanto en 1914 como en 1940, fue el resultado directo del prejuicio liberal contra las guerras de agresión”⁴³¹, escribe, refiriéndose a conocidos acontecimientos históricos. Así, lo que él llama el *liberalismo decadente* de los años treinta del siglo veinte adoptó la auto-destructiva posición de considerar el principio de no intervención como un principio sagrado, incluso cuando la amenaza totalitaria se presentaba con mayor claridad. Una acción bélica *preventiva* en ese caso hubiera quedado fuera de los límites de lo que Kelsen hubiera considerado una guerra legal o justa⁴³² y, sin embargo, no emprenderla para Morgenthau significaba necesariamente o bien una falta de responsabilidad de los estadistas, o bien la alarmante consecuencia de un marco conceptual —el formado por el liberalismo/racionalismo/positivismo— que no alcanzaba a comprender la esencia de la política internacional. En este punto no se puede más que aceptar que el derecho, en efecto, no basta por sí mismo para realizar ese tipo de consideraciones estratégicas, que escapan al jurista positivista como entidades ajenas a su campo de saber.

⁴³⁰ MORGENTHAU, Hans J., *Scientific Man... cit.*, p. 69. En el mismo sentido, Id., *Politics Among Nations... cit.* 248: “Cuando una guerra viene, debe venir como una catástrofe natural o como un mal provocado por otra nación, nunca como la culminación de la previsión y la planificación de la propia política exterior”

⁴³¹ MORGENTHAU, Hans J., *Scientific Man... cit.*, p. 69

⁴³² Con ello no se afirma que Kelsen, en modo alguno, fuera partidario de la no intervención en un contexto como el de la Segunda Guerra Mundial. Lo que se quiere poner de manifiesto son los límites, señalados por Morgenthau, de concebir a la guerra-sanción (y por lo tanto, a la guerra realizada después y nunca antes de la agresión) como la única guerra que debe ser considerada legítima.

b) Las limitaciones en la guerra

Visto que el abanico de casos en los que una guerra resulta legítima (*ius ad belli*) es más amplio para Morgenthau que para Kelsen, queda prestar atención a las condiciones en las que una guerra puede llevarse a cabo (*ius in bello*). A este respecto, Morgenthau se muestra a favor de los progresos realizados para limitar los efectos de las guerras sobre la vida humana⁴³³. Los intentos que comienzan en el siglo XVI y que culminan en los grandes tratados multilaterales de los siglos XIX y XX (como las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 o la Convención de Ginebra de 1949) son ejemplos de humanización de la guerra, que “tratan de infundir en la práctica de la guerra un espíritu de decencia y de respeto hacia la común humanidad de todas sus posibles víctimas; así como de restringir la violencia al mínimo compatible con el objetivo de la guerra —esto es, quebrar la voluntad de resistir del enemigo—”⁴³⁴. El concepto de validez jurídica empleado por Morgenthau [*supra*, 4.2.2.a] vuelve a hacerse notar cuando se refiere a estos grandes tratados de derecho humanitario: “pueden haber argumentos jurídicos contra la validez o la efectividad de estos tratados internacionales, derivados del absoluto desprecio y de las constantes violaciones a las prohibiciones por ellos impuestas”⁴³⁵. Que su escasa efectividad ponga en duda su validez como normas jurídicas válidas queda aquí en un segundo plano, puesto que lo que a Morgenthau le interesa en este punto es que la validez jurídica de estos tratados es independiente de la existencia de una conciencia moral cada vez más desarrollada que reclama la reducción de las consecuencias violentas de la guerra sobre las personas. Es cuestionable la validez jurídica de las

⁴³³ Aquí podría encontrarse alguna similitud con Schmitt, quien criticó de forma contundente que se pudiera juzgar y condenar a los imputados en Nuremberg por un crimen de agresión. Pero, en cambio, consideró que nada podía oponerse a que fueran juzgadas las *atrocidades* cometidas durante la guerra (vid. SCHMITT, Carl, *El crimen de guerra de agresión en el Derecho Internacional y el principio «nullum crimen, nulla poena sine lege»*, trad. de Max Maureira Pacheco y Klaus Wrehde, Hammurabi, Buenos Aires, 2006 p. 47) Morgenthau, si bien de una forma mucho más clara que Schmitt, también se muestra contrario a que se juzgara a los criminales nazis por agresión (vid. MORGENTHAU, Hans, “The Nuremberg Trial”, en Id., *Politics in the Twentieth Century*, vol. I, *cit.*, pp. 377-379)

⁴³⁴ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 246

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 246. Sobre el estrecho vínculo entre eficacia y validez, *vid. supra*, 4.2.2.a.

normas del derecho humanitario, pero no lo es, en cambio, su relevancia moral. Así, se hace explícita una vez más su renuncia al derecho como instrumento de paz.

Lo que Morgenthau no acepta en ningún caso es la consideración, propia de la inspiración kantiana de la ideología liberal, de que los progresos en la limitación de la guerra supongan un paso intermedio dentro de un camino que conduciría necesariamente hasta un estadio de pacificación total y definitiva del mundo⁴³⁶, un estadio en el que las soluciones técnicas propias del derecho y de la economía serían capaces de evitar cualquier conflicto social prescindiendo del arte de la política⁴³⁷. Y es que el liberalismo pretende ver el problema de la guerra como un asunto sencillo, susceptible de ser resuelto si es resuelta la causa —simple y única— que la provoca. Pero la realidad es bien diferente: “aunque lo que quienes buscan la fórmula mágica desean es simple, racional y mecánico, el problema con el que se enfrentan es complicado, irracional e incalculable”⁴³⁸. La idea kelseniana de que la falta de un ordenamiento jurídico desarrollado es la principal causa de las guerras y de que, en consecuencia, el principal remedio para erradicarlas es la mejora técnica del derecho resulta de este modo puesta en entredicho. Morgenthau vuelve a justificar así que lo que la causa de la paz necesita no son más y mejores normas e instituciones jurídicas, sino más y mejores estadistas que comprendan de forma realista la política internacional y puedan influir en la política exterior de sus países de acuerdo con ese trabajo de comprensión.

c) Los peligros de la guerra total

Volviendo al tema de la limitación de la guerra, es necesario hacer mención, por último, al problema particular de la guerra moderna, también llamada (ante la

⁴³⁶ Con toda claridad, *cfr.* KANT, Immanuel, “Replanteamiento de la cuestión sobre si el género humano se halla en continuo progreso hacia lo mejor” (1798), en Id., *Ensayos sobre la paz, el progreso y el ideal cosmopolita*, *cit.*, pp. 195-211

⁴³⁷ *Vid.* MORGENTHAU, Hans J., *Scientific Man... cit.*, p. 87

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 95

amenaza termonuclear) *guerra total*. Este nuevo fenómeno pone en cuestión todos los límites establecidos al potencial destructivo de la guerra y, quizá por eso mismo, en su análisis se deja sentir el lado más pacifista —o menos belicista— de Morgenthau. Por un lado, el potencial destructivo de los nuevos armamentos hace que, contra lo que habían pretendido evitar las normas del *ius in bello*, las guerras no tengan ya lugar en un campo de batalla claramente delimitado y que, por lo tanto, no afecten únicamente a los soldados beligerantes, sino que sus consecuencias destructivas recaigan también —y aun mayoritariamente— sobre la población civil. Por otro lado, la creciente proporción de población dedicada a la industria militar⁴³⁹ hace que los trabajadores, ingenieros o científicos⁴⁴⁰ se sientan pertenecientes a las partes en conflicto; pero, a la vez, que los complejos civiles y las ciudades sean susceptibles de ataques estratégicos destinados a mermar la capacidad productiva. Morgenthau reflexiona que “Varsovia y Rotterdam, Londres y Coventry, Colonia y Nuremberg, o Hiroshima y Nagasaki son hitos, no sólo en el desarrollo de la moderna tecnología de la guerra, sino también en el desarrollo de la moderna moralidad de la guerra”⁴⁴¹. La ruptura de los límites morales de las guerras se corresponden, además, con la creciente naturaleza impersonal de la guerra moderna: “la guerra moderna es en buena medida una guerra que consiste en apretar botones [*push-button war*]”⁴⁴². Hasta tal punto deshumanizada que los contrincantes que se matan los unos a los otros ni siquiera tienen la oportunidad de observarse. Y, lo que es más grave, dificulta, cuando no hace desaparecer, la capacidad de distinguir a civiles de beligerantes y a combatientes de no combatientes; con lo cual “se hace

⁴³⁹ Es una referencia, en ese sentido, el famosísimo discurso de Dwight Eisenhower, que en la alocución final de su segundo mandato en la Casa Blanca, en enero de 1961, advirtió de los peligros del desmesurado volumen que había adquirido el complejo militar-industrial estadounidense. Puede leerse íntegro desde este enlace: http://www.eisenhower.archives.gov/all_about_ike/speeches/farewell_address.pdf [fecha de la consulta: 24 de abril de 2014]

⁴⁴⁰ El más representativo de los científicos es sin duda Albert Einstein, quien ejerció un activo papel en el debate sobre la utilización y el control del armamento nuclear. Una muestra de los escritos que publicó en el *Bulletin of the Atomic Scientists* y algunos de los manifiestos de científicos que impulsó y firmó pueden haber sido recopilados en EINSTEIN, Albert, *La mentalidad militar*, trad. de Laura Manero, Alpha Decay, Barcelona, 2005. También *cfr.* FERNÁNDEZ BUEY, Francisco, *Albert Einstein. Ciencia y conciencia*, El Viejo Topo, Madrid, 2005

⁴⁴¹ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, 249

⁴⁴² *Ibid.*, p. 250

imposible discriminar entre los actos de guerra morales e inmorales”⁴⁴³ —obsérvese que significativamente no se dice *entre actos de guerra “legales e ilegales”*—.

Esa carencia de límites ante el potencial destructivo de la guerra se presenta además trágicamente acompañada de una *ideologización* de la guerra, también aborrecida por Schmitt y su crítica al concepto de guerra justa [*supra*, 3.1.2.c]. Bajo el paradigma de la guerra moderna ya no se lucha por un objetivo de política exterior definido en términos racionales⁴⁴⁴, sino “por un *ideal*, un conjunto de *principios*, una *forma de vida*, que se corresponderían con el monopolio de la verdad y la virtud”⁴⁴⁵ y que, en consecuencia, se opondrían de forma absoluta a todos aquellos *ideales*, *principios* o *formas de vida* diferentes y, por lo tanto, falsas y despreciables. La Guerra de Vietnam fue sin duda el caso que con más vigor criticó Morgenthau, en tanto que la más clara muestra de esta nefasta forma *moralista* de concebir la guerra. No era solamente que el ejército de Estados Unidos ignorara a todos los efectos prácticos la distinción entre combatientes y población civil; sino que además ello se hacía en nombre de la democracia o de la lucha contra el comunismo, haciendo caso omiso al verdadero interés nacional, que es el criterio que a su juicio debe orientar la política exterior de un estado, y no falsas promesas abstractas y universalistas⁴⁴⁶.

d) Las vías para la paz

Como se ha dicho, una buena parte de *PAN* se encuentra destinada a analizar críticamente algunos de los intentos realizados o ideados para buscar la paz a nivel mundial, pero en la obra también se insiste en proporcionar una fórmula propia para la paz. En este apartado dejaré apuntada a grandes rasgos la clasificación que hace Morgenthau de estos intentos para entrar posteriormente a ver cada una de sus

⁴⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴⁴ *Vid.* MORGENTHAU, Hans J., “Another *Great Debate*: The National Interest of the United States” en *American Political Science Review*, vol. 46, 1952, pp. 961-988

⁴⁴⁵ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 250

⁴⁴⁶ *Vid.* MORGENTHAU, Hans J., *Id. Truht and Power... cit.*, pp. 398 y ss.

principales concreciones en detalle. Las formas de alcanzar la paz se dividen en tres grandes vías: la *paz a través de la limitación*, la *paz a través de la transformación* y la *paz a través de la adaptación (accommodation)*. Las fórmulas de la *paz a través de la limitación* se corresponden con las típicas soluciones proporcionadas por el liberalismo, aplicadas a través de la *domestic analogy* al ámbito internacional. Morgenthau considerará estas propuestas inviables en un esquema mundial compuesto por estados soberanos que, por definición, no admitirían ninguna restricción externa a su manera de actuar. Tomando esta última afirmación como buena, las fórmulas de la *paz a través de la transformación*, pretenderían superar esa configuración del orden estatal; es decir, querrían sustituir la comunidad de estados soberanos por un solo estado mundial. Esta solución, sin embargo, tampoco será considerada factible por Morgenthau a la vista de la realidad sociológica de la comunidad internacional. Sólo la fórmula de la *paz a través de la adaptación*, tomando como su principal instrumento a la diplomacia conseguiría compatibilizar los legítimos intereses de cada estado soberano con el mantenimiento de la paz y el orden internacional. Es por eso que la paz a través de la diplomacia constituirá, como veremos, la apuesta final de Morgenthau.

Tipo de vía para paz	Concreciones
Paz a través de la limitación <i>Peace Through Limitation</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Desarme - Seguridad colectiva - Arreglo judicial - Cambio pacífico - Gobierno internacional (Santa Alianza / SDN / ONU)
Paz a través de la transformación <i>Peace Through Transformation</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Estado mundial - Comunidad mundial (cultural <i>approach</i>: UNESCO y funcional <i>approach</i>: otras agencias)
Paz a través de la adaptación <i>Peace Through Accommodation</i>	<ul style="list-style-type: none"> - La diplomacia

5.1.2. *Las propuestas de desarme*

De entre las vías para conseguir el objetivo de la paz mundial, la primera que Morgenthau analiza es la propuesta del desarme, en tanto que una concreción de la estrategia de la paz por medio de la limitación de la soberanía estatal. Nos encontramos aquí ante la típica formulación liberal de la *causa única* tantas veces criticada por Morgenthau⁴⁴⁷: el desarme partiría de la idea de que si son las armas los instrumentos con los que se llevan a cabo las guerras, entonces suprimiendo o limitando el uso de las armas, se suprimirán o limitarán las guerras. Esta idea resulta a ojos de Morgenthau tan ingenua e infundada como lo era para Kelsen [*supra*, 3.1.2.b]. En ese sentido —aunque sus remedios serán antagónicos— sus diagnósticos serán muy parecidos: un estado desarmado en la escena internacional, donde no existe una autoridad superior, es un estado sin derechos⁴⁴⁸ o, al menos, un estado que no puede hacer valer sus derechos. En términos más propios de Morgenthau, un estado que no puede hacer valer sus intereses ni preservar su seguridad nacional. Así pues, considera que “los hombres no luchan porque tengan armas. Tienen armas porque necesitan luchar. Quítenles sus armas y continuarán luchando con palos, o bien se procurarán nuevas armas con las que luchar”⁴⁴⁹. En definitiva, aunque se eliminen o se reduzcan las armas, el problema de la guerra continuará estando presente en cuanto que problema consustancial a la política internacional, que es una política que se desarrolla entre estados soberanos, entre estados que desean acrecentar, mantener o demostrar su poder.

Por eso mismo, pese a que Morgenthau coincide con Kelsen en la crítica a los intentos de prohibir la guerra, como el Pacto Briand-Kellogg, lo hace por motivos que poco tienen que ver con los del jurista austriaco. No se trata de una cuestión de técnica jurídica. Aunque considere que el elemento coactivo es imprescindible en

⁴⁴⁷ *Vid.* MORGENTHAU, Hans J., *Scientific Man... cit.*, p. 95 y ss también Id., “Science of Peace: A Rationalist Utopia”, en *Social Research*, vol. 42, nº 1, 1975, pp. 20-34, p. 24 y ss.

⁴⁴⁸ *Vid.* KELSEN, Hans, *The Legal Process and International Order, cit.*, p. 22

⁴⁴⁹ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 419

todo ordenamiento jurídico⁴⁵⁰, no se trata de que, a falta de un mayor desarrollo técnico, la guerra deba ser mantenida en tanto que principal vía de sanción —junto con las represalias— dentro del estado primitivo en el que se encontraría el derecho internacional. Se trata más bien de una cuestión intrínsecamente relacionada con el poder, y como tal hay que considerarla. “La carrera armamentística es una manifestación —y una de las más importantes— de la lucha por el poder en la escena internacional. Es desde la consideración de este hecho fundamental que cualquier argumento técnico, propuesta, contrapropuesta o desacuerdo adquiere significado. Las naciones se arman bien porque se quieren defender de otras naciones o bien porque quieren atacarlas. Toda nación políticamente activa se encuentra por definición inmersa en una competición por el poder en la que el armamento es un elemento indispensable. En consecuencia, cualquier nación políticamente activa debe intentar adquirir tanto poder como sea posible, y ello lo hará, entre otras cosas, armándose tan bien como le sea posible”⁴⁵¹.

Morgenthau realiza una cuádruple distinción entre las diferentes iniciativas por el desarme. En ella diferencia entre 1) desarme y control de armas, 2) desarme general y desarme local, 3) desarme cuantitativo y desarme cualitativo y 4) desarme convencional y desarme nuclear⁴⁵². A continuación, tras analizar un buen número de casos históricos, concluye que las iniciativas sobre el desarme que han fracasado son mucho más numerosas que las que han llegado a buen puerto. Es más, considera que buena parte de dichos intentos han terminado frecuentemente en un aumento de la violencia real entre las naciones que las han realizado. El ejemplo probablemente más claro de ello fueron las prohibiciones impuestas en materia de armamento a

⁴⁵⁰ En 1935 había escrito: “cualquiera que defienda el principio absoluto de la paz y de la exclusión de la fuerza, debe rechazar la fuerza, incluso si se presenta como sanción de una norma que pretende garantizar la paz. Pero, actuando de esa manera, se destruye, junto con la sanción coercitiva, la posibilidad misma de constituir un orden relativamente pacífico” (MORGENTHAU, Hans J., “Théorie des sanctions internationales”, *cit.*, p. 496).

⁴⁵¹ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 408. En el mismo sentido, *Ibid.*, p. 422

⁴⁵² *Vid. Ibid.*, p. 403. Kelsen ofreció también una clasificación propia de las iniciativas de desarme, notablemente diferente a la planteada por Morgenthau, *vid. KELSEN, Hans, Collective Security... cit.*, pp. 198 y ss.

Alemania por el Tratado de Versalles: “si el propósito [...] era incapacitar a Alemania para emprender cualquier guerra en cualquier circunstancia —y ese fue realmente el propósito— las prescripciones de desarme del Tratado de Versalles fueron un espectacular fracaso [...] Éste —lejos de privar a Alemania de su capacidad para emprender una nueva guerra— fue el acicate que le impulsó a preparar la Segunda Guerra Mundial”⁴⁵³. Así pues, lo importante para lograr una pacificación de las relaciones internacionales sería la sabiduría política, flexible y capaz de llegar a acuerdos; y no los grandes y pretenciosos tratados internacionales que, en su marco formalista y alejado del sustrato de la sociedad internacional, violentarían la soberanía de los estados con sus imposiciones, obteniendo resultados casi siempre mucho peores que los males que tratan de evitar.

A pesar de lo dicho, cabe apuntar que el desarme o el control de los armamentos no es visto por Morgenthau como algo en sí mismo negativo. El control de las armas nucleares le parece, de hecho, un imperativo⁴⁵⁴. Pero considera que el desarme no puede ser el primer paso a dar en el camino que conduce hacia la paz. Para obtener cualquier acuerdo relativo al control o a la reducción de los armamentos, primero deben sentarse las bases de un acuerdo satisfactorio entre las partes firmantes. Y sólo una vez ese clima de confianza ya se ha establecido, “el desarme contribuye a la mejora de la situación relajando las tensiones políticas y posibilitando la confianza en los propósitos de las respectivas naciones. Tal es la contribución que el desarme puede hacer al establecimiento del orden internacional y a la preservación de la paz internacional. Es una contribución importante, pero no es, obviamente, la solución al problema del orden y la paz internacionales”⁴⁵⁵.

⁴⁵³ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 422

⁴⁵⁴ *Vid.* MORGENTHAU, Hans J., “Les dangers du néo-pazifisme”, en *Preuves*, no. 80 (1957), pp. 66-70

⁴⁵⁵ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, pp. 422-423

5.1.3. Seguridad colectiva y policía internacional

Siguiendo con las propuestas que Morgenthau clasifica entre las que buscan la paz a través de la limitación, hay que detenerse en las que se centran en la seguridad: la seguridad colectiva y la policía internacional. Ambas propuestas, que proliferaron fundamentalmente a partir de la Primera Guerra Mundial, se basan en la idea de que el principal factor causante de que los estados ejerzan una política exterior agresiva y practiquen la guerra es el temor a ser atacados. De este modo, si se instituye un sistema capaz de proteger a los estados de recibir un ataque, se conseguiría un sentimiento de seguridad que evitaría buena parte de las guerras. Este razonamiento, sin embargo, vuelve a pecar de simplista para Morgenthau, quien lo someterá al filtro de su realismo político.

a) Mecanismos de seguridad colectiva

De nuevo, al contrario que Kelsen [*supra*, 3.1.3.c], Morgenthau contempló el fenómeno de los mecanismos de seguridad colectiva no desde una óptica jurídica, sino predominantemente política. Desde ese punto de vista la lógica de los mecanismos de seguridad colectiva consiste en que los problemas de seguridad no conciernen ya únicamente a la nación que los sufre, sino que afectan a todas las naciones que forman parte del mecanismo. Como el de los tres mosqueteros de Dumas, *uno para todos y todos para uno* sería el lema de una organización de este tipo. En ella se establecen obligaciones de ayuda mutua en el supuesto de que una de las naciones se encuentre amenazada en su seguridad. Así lo hacía el artículo 16 del Pacto de la Sociedad de Naciones y así lo hace todavía el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.

Esta lógica, que por sí misma parecería adecuada para solventar muchas de las amenazas a las que deben hacer frente los estados —sobre todo los estados que no son superpotencias— en el ámbito internacional, resulta, sin embargo, inoperante a la

luz del análisis realista al que le somete Morgenthau. Éste considera que para que un mecanismo de seguridad colectiva pueda funcionar realmente deben concurrir tres requisitos: 1) que quienes forman el sistema de seguridad colectiva sean capaces, en su conjunto, de superar en fuerza al agresor o agresores; 2) que quienes prestan su ayuda tengan la misma concepción de la seguridad que aquellos a quienes defienden; y 3) que las naciones que prestan su ayuda tengan la voluntad de subordinar sus propios intereses políticos en conflicto al bien común, del conjunto de los miembros de la alianza. “No existe —dice Morgenthau— nada en la experiencia pasada ni en la naturaleza general de la política internacional que sugiera que esa situación pueda ocurrir [...], de hecho es extremadamente improbable que en la situación actual una única nación se encuentre en la posición de agresor”⁴⁵⁶. Éste vuelve a ser un factor que necesariamente escapa a una visión estrictamente jurídica, el típico argumento de carácter puramente político y coyuntural que Kelsen nunca utilizaría; pero del que Morgenthau hace uso constantemente. Y es que para Morgenthau los asuntos de la política internacional —y el de la seguridad colectiva lo era— en absoluto podían ser entendidos prescindiendo del factor de la lucha por el poder en la arena internacional.

Así, todo sistema de seguridad colectiva que no tome en cuenta debidamente el hecho de que la política internacional consiste en una lucha por el poder está condenado a fracasar. Sólo podrán tener éxito, y en el corto plazo, aquellos sistemas que únicamente se vean obligados a enfrentarse con oponentes débiles. Pero no puede albergarse la esperanza —y menos en un contexto como el de la Guerra Fría, marcado por la política de bloques— de que ningún sistema de seguridad colectiva sea lo suficientemente fuerte como para enfrentarse a un oponente de la talla de Estados Unidos o —en la época— de la Unión Soviética. Y más cuando éstos no lucharían solos, sino probablemente acompañados de un buen número de aliados. El Pacto de Varsovia y la OTAN eran las muestras más evidentes de ello. Por eso la conclusión es clara: “debemos asumir que los conflictos de intereses continuarán

⁴⁵⁶ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 435

produciéndose en la escena internacional. Ninguna nación o combinación de naciones, por muy fuerte y amante del derecho internacional que sea, se puede permitir oponerse a través de la seguridad colectiva a cualquier agresión en cualquier momento”⁴⁵⁷.

En este punto se hace patente cómo el derecho y la política proporcionan respuestas diferentes a una misma pregunta. Los principios de la política exterior requieren discriminar entre las diferentes clases de agresiones y de agresores, de acuerdo con las circunstancias de poder e interés. El de la seguridad colectiva, por el contrario, es un ideal dirigido contra cualquier agresión en abstracto (puesto que cualquier agresión es un mal en sí mismo). La política exterior, sin embargo, puede operar sólo contra un agresor particular y concreto: “la única pregunta que la seguridad colectiva se puede plantear es *¿quién cometió la agresión?*. Lo que pregunta la política exterior, en cambio, es *¿qué interés tengo yo en oponerme a ese agresor en particular y con qué poder me enfrento a él?*”⁴⁵⁸. En esta contaposición resaltan particularmente los contrastes entre el derecho y la política en la concepción de Morgenthau: mientras que el derecho es, por definición, general y abstracto, la política es necesariamente particular y concreta. El primero es impracticable, la segunda es imprescindible.

Lo que un sistema de seguridad colectiva requiere a los estados que la forman es precisamente dejar al lado los egoísmos particulares. Se espera que los estados piensen en el bien común aun a costa, si es necesario, de sacrificar sus intereses propios. Tal expectativa equivale, en opinión de Morgenthau, a reivindicar una auténtica revolución moral. Equivale a que tanto los hombres de estado como los ciudadanos que les apoyan estuvieran más preocupados por el bien común de la humanidad que por el interés de su propia comunidad. Puesto que tal revolución moral es considerada altamente improbable, cualquier mecanismo de seguridad

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 436

⁴⁵⁸ *Ibid.*, pp. 436-437

colectiva está destinado a fracasar tarde o temprano: “debemos concluir que la seguridad colectiva no puede funcionar en el mundo contemporáneo de la misma forma que funciona de acuerdo con sus postulados ideales”⁴⁵⁹.

Pero Morgenthau lleva este argumento todavía más allá, diferenciando entre el “ideal de la seguridad colectiva” y la “realidad de la seguridad colectiva”. Lo que ocurre realmente cuando se apuesta por la seguridad colectiva en un mundo —como era el suyo— bipolar es que surge el riesgo de que los conflictos locales se transformen en conflictos mundiales: “Si se supone que la paz es indivisible, entonces también la guerra es indivisible. Bajo las premisas de la seguridad colectiva, cualquier guerra en cualquier sitio del mundo, es una potencial guerra mundial. Por lo tanto, un instrumento creado para hacer la guerra imposible acaba convirtiéndola en universal. En lugar de mantener la paz entre dos naciones, la seguridad colectiva [...] está condenada a destruir la paz entre todas las naciones”⁴⁶⁰. El argumento vuelve a recordar a Schmitt y, concretamente, a su peculiar reflexión a propósito de la guerra marítima. En contraposición con la tradicional guerra terrestre, en la guerra marítima se difuminarían los límites del *ius in bello* que permitían pensar la guerra como un duelo entre caballeros (entre iguales) para dar paso a un nuevo tipo de guerra en la que el contrincante era visto como un enemigo público (por definición, desigual, inferior). Puesto que se trata de un enemigo, ya ningún límite sería aplicable, de modo que este tipo de guerra presenta la tendencia a convertirse en una guerra total⁴⁶¹. La lógica que se esconde tras los razonamientos de Morgenthau y Schmitt en este caso parece ser la misma: cualquier intento de sujetar el poder más allá de los límites que éste está dispuesto a aceptar es susceptible de crear más violencia de la que podría evitar.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 438

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 439

⁴⁶¹ *Vid.* SCHMITT, Carl, *Tierra y mar. Una reflexión sobre la historia universal*, prólogo de Ramón Campderrich, Trotta, Madrid, 2007 [1942]; o *Id.*, *El nomos de la tierra... cit.*, pp. 407 y ss.

b) Una fuerza de policía internacional

La creación de una fuerza de policía internacional iría un paso más allá que la idea de la seguridad colectiva. Significaría dar el paso que va de la autotutela a la heterotutela en el ámbito internacional. En este caso la aplicación de la fuerza colectiva contra quien infrinja el derecho internacional ya no correría a cargo de la propia nación agredida y de sus aliadas, sino a cargo del mando de un cuerpo de policía internacional centralizado. Morgenthau reflexiona sobre esta posibilidad brevemente en *PAN* y algo más ampliamente en dos artículos posteriores: “*The Political Conditions for an International Police Force*” (1963) y “*The Impartiality of the International Police*” (1964). En ellos la perspectiva de que pudiera establecerse seriamente un cuerpo de policía a escala global resultaba tan poco halagüeña como la versión antes ofrecida por Kelsen [*supra*, 3.1.3.c.B].

Aunque el artículo 42 de la Carta de Naciones Unidas prevé la creación de unas fuerzas armadas propias a las órdenes del Consejo de Seguridad —y de esta previsión ha hecho Ferrajoli uno de los puntos clave de su teoría jurídica pacifista⁴⁶²—, nunca se ha puesto realmente en práctica una experiencia que responda a las características de lo que se espera de una policía internacional. Los llamados Cascos Azules de Naciones Unidas no cumplirían esta función porque no se trata de un cuerpo estable ni uniforme, sino que está compuesto únicamente por contingentes militares que siguen perteneciendo a sus estados miembros, aunque temporalmente se sometan a una autoridad común que les coordine. Y, sobre todo, no la cumplirían porque la existencia de un cuerpo de policía mundial exigiría un relativo monopolio de la violencia a nivel mundial, acompañado de un relativo desarme por parte de la generalidad de los estados. Decimos relativo porque Morgenthau considera que solamente podría haber una situación de desarme mundial “en el sentido de que ninguna nación fuera capaz de emprender una gran guerra siguiendo el modelo de las

⁴⁶² Vid. FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris...* (vol. 2) *cit.*, p. 511

dos guerras mundiales” y además porque “resulta obvio también que las naciones conservarían las fuerzas militares y paramilitares necesarias para la protección de su orden jurídico y del propio *status quo* doméstico”⁴⁶³.

Morgenthau considera que tal fuerza de policía es inviable, puesto que se basa en la falsa analogía de comparar la función realizada por la policía en el ámbito doméstico con la ésta que realizaría en el ámbito internacional. La *domestic analogy* vuelve a pasar por alto las particulares condiciones que hacen a la sociedad internacional radicalmente diferente a la sociedad estatal, y la viabilidad de un cuerpo de policía depende directamente del contexto político en la que está llamada a actuar⁴⁶⁴. En esta ocasión dicha analogía no tiene en cuenta que los ordenamientos nacionales están compuestos por millones de individuos, de los cuales normalmente sólo una fracción muy pequeña viola la ley y, por lo tanto, la suma de las personas que viola la ley, por muy poderosas que sean, es siempre inferior a las personas que la respetan. La situación en la esfera internacional es notablemente diferente. En ella existe un número relativamente pequeño de miembros, y entre ellos existen diferencias colosales de poder⁴⁶⁵. En el caso de la sociedad internacional es habitual que las consideraciones del interés nacional se impongan al puro respeto de las normas internacionales. Y también es frecuente que el conjunto de infractores (sobre todo si entre ellos hay superpotencias) sea superior en fuerza al conjunto de quienes cumplen con la ley⁴⁶⁶. De este modo, nos encontramos para Morgenthau en una sociedad donde, al contrario que en la doméstica, el derecho es constantemente

⁴⁶³ MORGENTHAU, Hans, J., “The Impartiality of the International Police”, *cit.*, p. 218

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 210

⁴⁶⁵ Esta consideración vuelve a recordar a Hart y el “contenido mínimo del derecho nacional”, una de cuyas condiciones es la igualdad aproximada de los miembros de una comunidad jurídica. Donde uno es tan fuerte que es capaz de imponerse a todos los demás, no puede haber derecho; por eso gigantes y pigmeos no podrían conformar una comunidad jurídica. Ese problema, como el propio Hart reconoce, se ve reflejado en la vida internacional: “estas desigualdades [...] entre unidades del derecho internacional es una de las razones que ha proporcionado un carácter tan diferente al derecho internacional respecto del derecho nacional y que ha limitado la medida en la que el derecho internacional puede operar como un sistema coercitivo organizado” (HART, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, *cit.*, p. 317).

⁴⁶⁶ *vid.* MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 444

violado sin consecuencias. Para que eso fuera diferente, se requeriría una fuerza de policía descomunal, una fuerza de policía que no parece factible conseguir a la vista de la distribución del poder existente en el ámbito internacional.

En el hipotético caso de que fuera posible conseguir tal fuerza de policía, Morgenthau se plantea el problema de cómo estaría compuesto dicho cuerpo policial para que pudiera ofrecer las suficientes garantías de objetividad e imparcialidad. “En las sociedades domésticas —dice— el cuerpo de policía se encuentra naturalmente compuesto por miembros que se encuentran totalmente identificados con la ley y el orden existentes”; sin embargo, un cuerpo de policía internacional “necesariamente tendría que estar compuesto por una proporción o por un número igual de ciudadanos miembros de las diferentes naciones. Estas naciones, sin embargo [...], se encuentran siempre virtualmente divididas entre defensores y oponentes del *statuts quo*”⁴⁶⁷, con lo cual sería demasiado elevado el número de policías que, influenciados por los intereses de su propia nación, no sintieran la suficiente afección por los intereses universales a los que debieran servir ⁴⁶⁸.

En cualquier caso, volviendo al contexto social y político en el que tendría que actuar una fuerza de policía internacional, la conclusión de Morgenthau es clara: “una fuerza de policía internacional en una sociedad de estados soberanos es una contradicción en los términos”⁴⁶⁹. Y es que no es posible imaginar la creación de una fuerza de policía internacional sin la institución de un estado mundial en cuyo contexto opere⁴⁷⁰. Más adelante veremos la viabilidad que Morgenthau concede a ese estado mundial. Pero lo que queda al descubierto con estas últimas afirmaciones es la fuerza que el concepto de soberanía adquiere en su teoría de la política internacional.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 444

⁴⁶⁸ *Vid.* MORGENTHAU, Hans J., “The Impartiality of the International Police”, *cit.*, p. 220

⁴⁶⁹ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations...* *cit.*, p. 445. En el mismo sentido, *Id.*, “The Political Conditions for an International Police Force”, en *International Organization*, vol. 17, nº 2, 1963, pp. 393-403, p. 402

⁴⁷⁰ MORGENTHAU, Hans J., “The Political Conditions for an International Police Force”, *cit.*, p. 403

Para que haya un derecho vinculante debe haber un estado; por eso es incapaz de imaginarse un derecho internacional en sentido fuerte, porque en el momento en que lo hubiera, ya no estaríamos ante un derecho entre estados soberanos, sino ante un único estado mundial. De esta manera, en el esquema de Morgenthau difícilmente pueden encajar fórmulas mixtas respecto a las fuerzas policiales como las sugeridas por Kelsen.

5.2. La crítica a las instituciones internacionales

Siguiendo con las propuestas que Morgenthau llama *paz a través de la limitación*, nos centraremos en este epígrafe en aquellas que han tenido una mayor implantación práctica y, en consecuencia, han sido sometidas a un más profundo análisis teórico por su parte. Se trata de los tribunales internacionales, y de las dos experiencias que él califica como de “gobierno mundial”: la Sociedad de Naciones y las Naciones Unidas.

5.2.1. Los tribunales internacionales

Morgenthau considera que “la existencia de conflictos entre las naciones hace la realización de la paz internacional a través del desarme, de la seguridad colectiva y de una fuerza de policía internacional imposible”⁴⁷¹. Kelsen diría que la existencia de conflictos hace, precisamente, necesarios esos medios; y particularmente hace necesaria la existencia de un tribunal internacional permanente. Morgenthau se muestra favorable a la idea de que si existiera un tribunal imparcial capaz de imponer una decisión vinculante sobre las partes implicadas en cualquier disputa internacional

⁴⁷¹ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 446

desaparecería la principal causa de las guerras⁴⁷². Sin embargo, advierte que vuelve a tratarse de una ilusión producida por otra analogía impropia entre el ámbito doméstico y el internacional. El hecho de que ninguno de los numerosos intentos de instaurar tribunales internacionales vinculantes haya funcionado satisfactoriamente no es debido a la torpeza de los jueces o a la mala fe de los diplomáticos, sino a la propia naturaleza de la política internacional que, desde su punto de vista, resulta del todo incompatible con una autoridad judicial capaz de imponer sus decisiones a los estados. Ésta es, por lo tanto, sin ninguna duda, una de las más claras manifestaciones de sus divergencias teóricas con Kelsen. Si para el maestro de Viena los tribunales eran el elemento clave para la construcción de la paz internacional, para el de Coburg representarán más bien un obstáculo.

Pero Morgenthau no siempre mantuvo esta posición tan radical. Desde el principio de su carrera académica se interesó, como ya se ha dicho, por los límites de la jurisdicción internacional, dedicando a este tema su tesis doctoral, *Die internationale Rechtspflege, ihr Wesen und ihre Grenzen* (1929), y *NP* (1933). En estos trabajos — que se incardinan en la discusión doctrinal plenamente vigente en la época a propósito de la distinción entre conflictos políticos y conflictos jurídicos, y sobre la justiciabilidad de los mismos⁴⁷³—, Morgenthau todavía concedía un cierto margen de confianza a los tribunales internacionales. En *RN* (1934), sin embargo, ya encontramos un viraje significativo. En ella se establece bien claramente la posición de que las resoluciones emanadas por los tribunales no pueden ser fuente de derecho⁴⁷⁴ y que, por lo tanto, no puede encontrarse en ellos la solución para los males que aquejan al orden internacional⁴⁷⁵. Ese viraje se consolidará en su época americana y en la visión definitiva de la jurisdicción internacional que ofrece en *PAN*. Es por eso que —como han insistido Scheuerman, Williams, Jütersonke o Rösch— vuelve a ser necesario combinar la lectura de las obras europeas y

⁴⁷² *Ibidem*.

⁴⁷³ Ya se han precisado los términos del debate en 3.2.3.a.

⁴⁷⁴ *Vid.* MORGENTHAU, Hans J., *La réalité des normes... cit.*, p. 79

⁴⁷⁵ *Vid. Ibid.*, 242-243

americanas para obtener la suficiente perspectiva de las posiciones ofrecidas por Morgenthau en un tema como el de la jurisdicción internacional.

a) Sobre la función judicial en el derecho internacional

En una reflexión muy propia de Kelsen, Morgenthau considera en *PAN* que aunque un sistema jurídico se encuentre desprovisto de poder legislativo puede ser capaz de controlar, en alguna medida, las aspiraciones de poder de los sujetos que a él se someten siempre y cuando existan organismos judiciales que puedan resolver con autoridad los conflictos aplicando las normas y haciendo ejecutarlas. Reconoce, además, el papel que los tribunales han desempeñado en un sistema jurídico como el norteamericano, dotando de sentido y concreción a las ambigüedades y generalidades presentes en la Constitución Americana⁴⁷⁶. Coincide en buena medida, por lo tanto, con la concepción kelseniana según la cual en un ordenamiento jurídico poco desarrollado los tribunales son los primeros órganos que se crean y que desarrollan el derecho, aun antes que las instancias legislativas o ejecutivas. Ese podría ser ciertamente el caso del derecho internacional. Sin embargo, los tribunales internacionales presentan ciertas carencias que, por su misma naturaleza, hacen muy difícil que puedan cumplir con esas funciones de desarrollo normativo que la jurisdicción doméstica ha cumplido con cierto éxito. Concretamente, Morgenthau llama la atención sobre tres carencias de la jurisdicción internacional: a) que sus tribunales no cuentan —ni pueden contar— con jurisdicción obligatoria, b) que no existe una jerarquía de las decisiones judiciales, y c) que no es aplicable la regla *stare decisis* o precedente, que en el ámbito doméstico se aplica al menos para las decisiones del tribunal de más alto rango.

A) Jurisdicción obligatoria. Morgenthau parte de una idea meridianamente clara: no hay jurisdicción sin la voluntad del estado de someterse a ella, “la única

⁴⁷⁶ *Vid.* MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 292

fuerza para la jurisdicción de los tribunales internacionales es la voluntad de los estados de someter sus disputas a su juicio. Es un axioma en el derecho internacional el hecho de que ningún estado puede ser obligado contra su voluntad a someter una controversia con otro estado a un tribunal internacional. En otras palabras, ningún tribunal internacional puede ejercer su jurisdicción sobre controversias internacionales sin el consentimiento de los estados implicados⁴⁷⁷. Si esto es así, la consecuencia evidente es que no podría existir un tribunal internacional dotado de jurisdicción obligatoria, lo cual invalidaría por completo el principal remedio propuesto por Kelsen para garantizar la paz mundial.

Realizada esa afirmación general, Morgenthau precisa que cabe distinguir entre dos tipos distintos de jurisdicción: la aislada y la institucional

1) La jurisdicción aislada⁴⁷⁸ se produce cuando las partes acuerdan someter a determinado tribunal una disputa individual, el requisito es tan simple como que se dé una obligación contractual entre las partes estableciendo la jurisdicción de un determinado tribunal. Sin acuerdo de las partes ningún arreglo judicial de esta naturaleza sería posible.

2) La jurisdicción institucional es aquella que se refiere no a una disputa concreta, sino a un determinado tipo de disputas acordado previamente (por ejemplo, el estado A y el estado B someten al tribunal C cualquier conflicto que se produzca entre ellos en la materia D), no bastaría simplemente con un acuerdo general de someter ciertas clases de controversias ante un tribunal. Se hace necesario, además, un acuerdo

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 293

⁴⁷⁸ Por tal habría que entender el mecanismo que suele ser denominado “arbitraje”, y que se diferenciaría de la “jurisdicción” precisamente en que quienes realizan la función juzgadora son escogidos por las partes, siendo su laudo obligatorio. En cualquier caso, se ha optado por mantener la denominación que Morgenthau utiliza, ya que expresamente declara emplear ambos términos (*arbitration* y *adjudication*) indistintamente (*vid.* MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 293). Es un hecho que la práctica del derecho internacional contemporáneo tiende a favorecer más este tipo de mecanismo (*vid.* POSNER, Eric A., *The Perills of Legal Globalism, cit.*, pp., 167 y ss.).

particular en el cual las partes declaren expresamente que una concreta controversia pertenece a la clase de controversias determinadas por el acuerdo general, de tal forma que proceda su sometimiento a la autoridad del tribunal. Con la exigencia de este segundo requisito se cierra la puerta a cualquier litigio obligatorio, es decir, a que un estado deba someterse a un órgano judicial sin su consentimiento expreso. Esto, dice Morgenthau, “permite a una nación preservar su libertad de acción en todo momento”⁴⁷⁹.

Dicha práctica se vincula con lo previsto por la cláusula opcional del artículo 36 del Estatuto de la CIJ, que permite a sus firmantes la oportunidad de “declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, respecto a cualquier otro estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico”. La realidad, dice Morgenthau, es que muy pocos estados han firmado sin reservas esta cláusula —la cual en el antiguo Estatuto de la CPJI era obligatoria—. Ofrece como muestra la declaración de 14 de agosto de 1946 en la que Estados Unidos acepta de forma muy limitada la jurisdicción de la Corte, tanto que le faculta para excluir el sometimiento de prácticamente cualquier disputa⁴⁸⁰. Esta interpretación de Morgenthau de nuevo refuerza la práctica de Estados Unidos y otros países de no someterse a la autoridad de ningún tribunal internacional (sea la CIJ, la CPI u otros). Existe, por lo tanto, un claro contraste entre la adhesión formal a la jurisdicción obligatoria de la CIJ y la falta de voluntad real por parte de los estados para someterse a ella. Para ello, según Morgenthau, cada vez existen más instrumentos jurídicos, tales como los protocolos adicionales o las cláusulas optativas en el establecimiento de mecanismos de garantía⁴⁸¹, destinados a preservar la llamada “libertad nacional” —término utilizado

⁴⁷⁹ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 294

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 295 Se recuerda, además que, yendo un paso más allá, en abril de 1984, la administración Reagan anunció que durante un periodo de dos años Estados Unidos no aceptaría la jurisdicción de la Corte respecto de ningún asunto que tuviera relación con los países de Centro América.

⁴⁸¹ GROSS, Leo, “On the Justiciability of International disputes”, en THOMPSON, Kenneth y MYERS, Robert J. (eds.), *Truth and Tragedy... cit.*, pp. 203-217, pp. 209-210

reiteradamente como equivalente de soberanía estatal— de las posibles intromisiones de los tribunales internacionales⁴⁸².

Esta postura viene a confirmar que para Morgenthau —por neta influencia de Erich Kaufmann— el principio que rige por excelencia en el derecho internacional es el expresado por la cláusula *rebus sic stantibus*. Haciendo una interpretación amplia de este principio, ninguna obligación jurídica, por mucho que haya sido aceptada en algún momento de forma voluntaria por el estado, prevalece a su voluntad en el momento de ejecutarla. Recordemos que la voluntad manifestada por el estado no solamente en el momento de firmar y ratificar un convenio internacional, sino también en el momento de aplicarlo constituía uno de los elementos característicos de la teoría funcional de la interpretación del derecho internacional propuesta por Morgenthau [*supra*, 4.2.3.c]. Se trata, evidentemente, de la posición justamente contraria a la de Kelsen, quien, defendiendo el principio *pacta sunt servanda*, criticó la cláusula *rebus sic stantibus* en tanto que suponía la negación misma del derecho: la norma “puedo, si quiero”⁴⁸³ no puede ser una norma jurídica puesto que resulta contraria a la esencia objetiva del derecho. Este es un punto donde se dejan ver más a las claras las consecuencias normativas de la teoría de Morgenthau. Aunque no se considera a sí mismo como un negador del derecho internacional, conceder a la cláusula *rebus sic stantibus* el alcance que le concede equivale a negar en cierta forma el propio derecho internacional, puesto que el mensaje que lanza es *nada importan las normas, siempre prevalece la voluntad; esto es, el poder*.

B) *Jerarquía normativa*. Morgenthau considera que la confusa organización de los tribunales en el ámbito internacional genera una incerteza que contribuye poco a que los estados deseen someterse a su jurisdicción. A diferencia de los sistemas jurídicos nacionales, no existe en el derecho internacional una ordenación jerárquica de los tribunales que garantice una cierta uniformidad respecto de las decisiones

⁴⁸² MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 296

⁴⁸³ *Vid.* KELSEN, Hans, “Compulsory Adjudication of International Disputes”, *cit.*, p. 404

emanadas por los órganos de dicho sistema. Si nos situamos en el paradigma onusiano contemporáneo, el resto de tribunales que puedan haber sido creados por tratados internacionales no guardan ningún vínculo jurídico con la CIJ. En consecuencia, “la CIJ no puede ser considerada como una corte suprema del mundo que pueda decidir, como autoridad última, apelaciones contra las decisiones de los otros tribunales internacionales. Es únicamente un tribunal internacional más, entre otros [...] que en ningún caso se encuentra jerárquicamente por encima del resto de tribunales internacionales”⁴⁸⁴.

Sea como fuere, Morgenthau no deja de considerar —en una retórica que en ocasiones continua siendo familiarmente parecida a la de Kelsen— que el establecimiento de la CIJ marca un destacado paso hacia la centralización de las funciones en el campo del derecho internacional⁴⁸⁵. Son al menos dos las funciones de un tribunal permanente como la CIJ que Morgenthau destaca positivamente: 1) la accesibilidad para los estados en el momento de resolver cualquier tipo de conflictos que acuerden plantear ante el tribunal; 2) la estabilidad y la seguridad jurídica aportada por la continuidad de los jueces (que es de 9 años). La elección de éstos, sin embargo, es otro problema, dadas las reticencias de los estados a ser juzgados por tribunales en los que no haya ningún magistrado de su nacionalidad). Como puede imaginarse, Morgenthau se queda muy lejos del detalle con el que Kelsen abordó las condiciones que idealmente deberían concurrir en los jueces que formarían parte de cualquier tribunal internacional con vocación universal [*supra*, 3.2.3.b].

C) *Sobre la regla stare decisis*. La estabilidad y la seguridad (*calculability*) son el resultado *psicológico*, sostiene Morgenthau, de una organización permanente (es decir, de la continuidad de los magistrados), más que el efecto jurídico de las decisiones judiciales del tribunal⁴⁸⁶. Esta idea pretende ser demostrada a través de la

⁴⁸⁴ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 300

⁴⁸⁵ *Vid. Ibid.*, p. 298

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 299

cita del artículo 59 del Estatuto de la CIJ: “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”. Es decir, que para la CIJ no rige el principio *stare decisis* (precedente), a diferencia de lo que ocurre con los tribunales nacionales (particularmente los anglo-americanos)⁴⁸⁷. Pese a ello, Morgenthau reconoce que en la práctica, la Corte, ha sido coherente con sus previas decisiones con el objeto de minimizar el elemento de incerteza.

A falta de una jerarquía entre los distintos tribunales internacionales y de la vigencia del principio *stare decisis*, Morgenthau concluye que “nada en la esfera internacional recuerda siquiera remotamente la [situación de un sistema judicial nacional]”⁴⁸⁸. Nos encontramos en consecuencia ante un sistema, el derecho internacional, que está caracterizado por la descentralización⁴⁸⁹; y esa descentralización impide que los sujetos que operan en el ámbito internacional se encuentren sometidos a la autoridad de cualquier tribunal. “En el ámbito de la jurisdicción [...] es todavía la voluntad de las naciones individuales la que es decisiva en cada una de las etapas de los procedimientos. Por lo tanto, la jurisdicción internacional es incapaz de imponer efectivas restricciones sobre la lucha por el poder en la escena internacional”⁴⁹⁰.

Ésta fue la posición que mantuvo Morgenthau en el comentario que hizo de *PMD* en la revista *Ethics* en 1945, en la que probablemente fue la última vez que se ocupó directamente de la obra de Kelsen. “El profesor Kelsen —escribe Morgenthau— parece sobrevalorar la importancia de los organismos judiciales en relación a la paz internacional”⁴⁹¹. A pesar de estar de acuerdo con la crítica realizada por Kelsen a la Sociedad de Naciones y a los por entonces recién firmados acuerdos de Dumbarton Oaks, considera ingenua la idea de construir la paz tomando como motor de cambio

⁴⁸⁷ Así lo reconoce también Kelsen: *vid.* KELSEN, Hans, *Principles of International Law*, *cit.*, p. 394

⁴⁸⁸ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations...* *cit.*, p. 300

⁴⁸⁹ *Ibidem.*

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 296

⁴⁹¹ MORGENTHAU, Hans J., “The Machiavellian Utopia”, *cit.*, p. 146

la creación de un tribunal como el diseñado por Kelsen. En un escenario como el internacional, caracterizado por su *vacío institucional*, se dan condiciones sociales, morales y políticas muy diferentes a las del ámbito doméstico en el que operan los tribunales con relativo éxito. Por eso considera “difícil imaginar cómo las naciones puedan verse impulsadas a someter sus disputas políticas, es decir, aquellas que conciernen a la redistribución de su respectivo poder, a un tribunal internacional, en lugar de hacer uso de aquellos instrumentos políticos que parecen mejor adaptados”⁴⁹².

Por otro lado, en un razonamiento muy similar al de Edward H. Carr⁴⁹³, Morgenthau observa que el principal obstáculo para que los tribunales (nacionales o internacionales) puedan resolver la mayoría de conflictos que se les someten es que necesariamente sus decisiones se encuentran limitadas por la ley. Como resultado, se presume que los jueces siempre van a ser defensores del *status quo*, ejerciendo de obstáculo ante cualquier pretensión de reforma del ordenamiento jurídico. La mayoría de conflictos producidos en el escenario internacional, o al menos los que son susceptibles de terminar en enfrentamientos armados, serían siempre conflictos políticos; esto es, conflictos en los que lo que se discute no es una u otra interpretación de la ley sino cuál debería ser la ley⁴⁹⁴. “La cuestión aquí no es la interpretación de la ley reconocida como legítima por ambas partes [...] sino la legitimidad de la ley existente a la vista de una demanda de cambio”⁴⁹⁵. Y esa cuestión “no puede ser respondida por el jurista, sino sólo por el estadista”⁴⁹⁶. En conclusión, los tribunales se mueven en el plano de la legalidad (que es un plano jurídico), pero no en el plano de la legitimidad (que es un plano político). Lo

⁴⁹² *Ibidem*.

⁴⁹³ *Vid.* CARR, Edward H., *La crisis de los veinte años.... cit.*, pp. 265 y ss.

⁴⁹⁴ Es decir, sucede lo que, en palabras de Hart sería una ausencia de regla de reconocimiento; circunstancia que precisamente sería para él uno de los problemas propios del derecho internacional (*vid.* HART, Herbert L. A., *El concepto de derecho, cit.*, p. 371).

⁴⁹⁵ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 447

⁴⁹⁶ MORGENTHAU, Hans J., *Scientific Man... cit.*, p. 120

relevante será, por lo tanto, determinar qué cuestiones pueden o deben expresarse en términos de legalidad y cuáles en términos de legitimidad ⁴⁹⁷.

b) Clasificación de los conflictos internacionales: disputas y tensiones

Partiendo del concepto que Morgenthau maneja de lo político y de lo jurídico, ya analizado en el Capítulo IV, se comprende que lo que está en juego cuando se habla de clasificar los conflictos internacionales es la determinación de qué conflictos podrán ser sometidos a la autoridad de los tribunales y cuáles deberán ser resueltos por otros medios. Cabe tener en cuenta también que para Morgenthau, según se ha visto, lo opuesto a lo político no es lo jurídico, sino lo no-político⁴⁹⁸. Siendo esto así, no puede haber una clasificación unívoca y simple de los conflictos internacionales desde el momento en que no existe para él ningún medio de determinar de antemano el carácter político o jurídico de un asunto; sino que se trata de una cuestión de matiz, de *intensidad*.

Una vez más, los trabajos europeos son el avance necesario para entender los postulados que Morgenthau establece en sus obras americanas. En efecto, no se entiende por completo la clasificación de las disputas internacionales que se realiza en *PAN* sin tener en cuenta los posicionamientos desarrollados previamente en *NP*. Así pues, me apoyaré en ambas obras para intentar reconstruir la posición de Morgenthau respecto al que fue uno de los grandes temas de la doctrina

⁴⁹⁷ Los términos de ese debate y su contextualización histórica en torno a la República de Weimar han sido tratados por David Dyzenhaus, quien ha considerado que entre el esencialismo schmittiano que sólo se preocupa por la legitimidad —dentro del cual podría colocarse en esta ocasión, y con matices, a Morgenthau— y el formalismo kelseniano que únicamente toma en cuenta la legalidad, se sitúa la teoría del estado de Hermann Heller, que integraría tanto una visión política como jurídica (DYZENHAUS, David, *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford University Press, 1997)

⁴⁹⁸ En el mencionado comentario de la revista *Ethics* a la publicación de *Peace Through Law*, Morgenthau se mostraba conforme con la crítica realizada por Kelsen a la distinción entre los conflictos jurídicos y los políticos: “es cierto que la distinción entre los conflictos jurídicos y políticos no tiene ningún valor científico por sí misma, puesto que el derecho y la política no son conceptos mutuamente excluyentes” (MORGENTHAU, Hans J., “The Machiavellian Utopia”, *cit.*, p. 145)

internacionalista a lo largo de la primera mitad del siglo XX: la división entre los asuntos que podían ser susceptibles de una resolución jurídica y los que, en cambio, debían ser resueltos a través de la vía política; o, en otras palabras, la determinación de qué asuntos internacionales son justiciables y cuáles no lo son [*supra*, 3.2.3.a]. Dónde se sitúe el límite a esta cuestión representa tanto como establecer el punto exacto en donde acaba lo jurídico y empieza lo político. Punto sobre el que, evidentemente, se hace imposible un acuerdo pacífico y, por eso mismo, punto sobre el que quizá se hagan más explícitas las diferentes posiciones de los dos protagonistas de esta tesis.

Consciente de la dificultad de la tarea⁴⁹⁹, Morgenthau divide los conflictos internacionales en disputas y tensiones. Llama disputas a los conflictos formulados en términos jurídicos, mientras que da el nombre de tensiones a los conflictos no formulados en esos términos. Sólo trazando la división entre unos y otros es posible determinar el papel que los tribunales internacionales pueden desempeñar en la conservación de la paz. Como Lauterpacht⁵⁰⁰, descarta que pueda haber una clasificación objetiva (por materias), de modo que únicamente acepta la determinación subjetiva, atendiendo a las circunstancias de cada caso particular [*supra*, 4.2.1.a]. La clasificación que encontramos en *PAN* —heredera de la ya realizada en *NP*—, es triple:

1) Considera que son disputas puras aquellos conflictos que no están relacionados con ninguna tensión. Puede existir una tensión subyacente pero, en cualquier caso, ésta no influiría en la disputa. Se trataría, por lo tanto, de materias que son susceptibles de ser resueltas a través de un procedimiento judicial.

⁴⁹⁹ *Vid.* JÜTERSONKE, Oliver, “Hans J. Morgenthau on the Limits of Justiciability...”, *cit.*, p. 220

⁵⁰⁰ *Vid.* LAUTERPACHT, Hersch, *The Function of Law... cit.*, pp. 161 y ss.

2) Existen también disputas que tienen la sustancia de una tensión o con función desbordante⁵⁰¹. En este caso puede que el contenido de la disputa sea el mismo que cierta parte del contenido de una tensión. La tensión, dice Morgenthau, puede ser comparada con un iceberg, del cual sólo la parte que aparece en la superficie es la disputa⁵⁰². Este tipo de conflicto no podrá ser resuelto por un tribunal, dado que una decisión sobre el fondo de la cuestión jurídica implicaría, al menos parcialmente, una decisión relativa a la tensión (política). Y, según el esquema realista de Morgenthau, ningún estado permitirá que un órgano judicial interfiera en sus asuntos políticos, en la medida en que éstos expresan inevitablemente sus intereses nacionales.

3) Por último, existirían las disputas que representan una tensión. En la superficie estos conflictos parecerían disputas puras; sin embargo, “a menudo las disputas puras se transforman en disputas que representan una tensión, o viceversa. El asunto de estas disputas no tiene en absoluto relación con el asunto de la tensión. Es en su sola función simbólica representativa en la que consiste la relación entre tensión y disputa”⁵⁰³. Tras esa confusa descripción, en lo que Morgenthau parece estar pensando es en casos en los que exista una causa judicial abierta entre dos naciones y, a la vez, una tensión política importante. La causa judicial se convierte entonces en un test, en un símbolo de las posiciones de poder de cada contraparte. Se trataría, en consecuencia, de una cuestión de prestigio que, recordemos, es una de las manifestaciones de la lucha por el poder [*supra*, 4.3.2.c]. En el momento en que la disputa se ha convertido para las partes litigantes en un asunto tan relevante como la propia tensión que representan, la resolución judicial se convierte en un peligroso instrumento, susceptible de poner en riesgo la paz. En consecuencia, será inverosímil que ningún estado someta tal conflicto a la decisión vinculante de un tribunal.

⁵⁰¹ Esta expresión es usada en MORGENTHAU, Hans J., *La notion du “politique”... cit.*, p. 81; pero no así en *PAN*.

⁵⁰² MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 449

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 450

La conclusión a extraer de esta clasificación parece clara: las disputas políticas (las que se refieren a las aspiraciones de poder) no pueden ser solucionadas a través de los procedimientos judiciales. Los procesos y formas jurídicas nada tienen que ver con ellas. Los estados serán siempre reticentes a la hora de someter sus diferencias a un tribunal cuando lo que está en juego es su interés nacional. Sólo apelarán a la autoridad de un tribunal internacional aquellas naciones interesadas en mantener el *status quo*, mientras que rechazarán su autoridad aquellas otras que deseen un estado de cosas diferente. Así pues, “las disputas que probablemente conducirían a una guerra no pueden ser resueltas por métodos judiciales”⁵⁰⁴. Se trata, nuevamente, de un razonamiento muy similar al empleado por Carr en su obra *The Twenty Years’ Crisis*, quien —explícitamente contra las ideas de Lauterpacht y de Kelsen— consideró que “el proceso judicial no es apto para solucionar el problema del cambio pacífico en la política nacional y, *a fortiori*, en la internacional, ya que, al tratar a las partes de la disputa como iguales, es incapaz de considerar el elemento del poder, que es el factor necesario en toda exigencia de cambio”⁵⁰⁵. Incluso internacionalistas discípulos de Kelsen, como el propio Kunz, se decantaron por esta posición: el establecimiento de una jurisdicción obligatoria podría significar un gran avance para el derecho internacional, “pero por sí misma no podría eliminar la guerra; [la jurisdicción] puede decidir, pero no solucionar todos los conflictos. Resulta una ilusión creer que la transformación de la historia mundial se podría basar únicamente en un procedimiento judicial”⁵⁰⁶.

Si bien esta distinción entre disputas y tensiones puede constituir un valioso argumento para quienes deben tomar las decisiones en materia de política exterior —puesto que les permite librarse del incómodo corsé que representa el derecho internacional y la jurisdicción de los tribunales internacionales—, resulta, en cambio,

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 454

⁵⁰⁵ CARR, Edward H., *La crisis de los veinte años.... cit.*, p. 293

⁵⁰⁶ KUNZ, Joseph L., “Compulsory International Adjudication and Maintenance of Peace”, en *American Journal of International Law*, n° 38, 1944, pp. 673-678, p. 678

escasamente útil a los juristas⁵⁰⁷. En este sentido, la posición de Kelsen ante este tipo de argumentos resulta perfectamente clara en el prefacio a su *PIL*, que merece la pena reproducir aquí:

“Considero necesario insistir en el carácter puramente jurídico de este libro. Y hago esto en oposición a la amplia tendencia entre los internacionalistas, que —aunque no niegan el carácter jurídico y, por lo tanto, la fuerza vinculante de dicho orden social— abogan ya no por una perspectiva jurídica, sino por una perspectiva política como la más adecuada. Esta óptica en mi opinión no es nada más que un intento de no aplicar el derecho existente en el caso de que su aplicación se encuentre en conflicto con algún interés, o más bien, con lo que cada autor considera que sea el interés de su estado. Si piensa que es su deber recomendar a su gobierno una política de poder, es decir, una política determinada sólo por el interés real o presumido de su estado y limitada únicamente por ese poder, es libre de hacerlo bajo su responsabilidad. Pero si intenta hacer creer a sus lectores que esa política está en conformidad con el derecho internacional interpretado «políticamente», no está presentando entonces una teoría científica del derecho internacional, sino una ideología política”⁵⁰⁸.

c) Sobre la responsabilidad internacional de los individuos

No puede dejar de hablarse de la jurisdicción internacional sin mencionar la cuestión de la responsabilidad de los individuos ante los tribunales internacionales, auténtico punto fundamental en el pacifismo jurídico desarrollado por Kelsen. En este punto, no obstante, la comparación que puede realizarse entre ambos autores es en principio escasa porque Morgenthau apenas toma en consideración la responsabilidad individual internacional. No hace ninguna mención a ella en *PAN*; y fuera de esta obra son muy escasas las referencias que realiza. En sus obras de 1934 y 1935 sobre teoría del derecho internacional podemos encontrar algunos motivos de esta omisión, que no es casual.

⁵⁰⁷ Vid. JÜTERSONKE, Oliver, *Morgenthau, Law and Realism*, cit., p. 74

⁵⁰⁸ KELSEN, Hans, *Principles of International Law*, cit., p. viii

En *RN* se deja sentir la influencia de las consideraciones funcionalistas de Kelsen [*supra*, 2.2.3]: “cuando la doctrina dominante [y por tal debe entenderse aquí el positivismo de la *Staatsrechtslehre*] afirma que el derecho internacional únicamente es válido para los estados, pero nunca para los individuos, incurre en una contradicción [...]. Las normas del derecho internacional tienen por objeto, como todas las normas jurídicas, la reglamentación de las relaciones sociales entre los hombres o los grupos de hombres”⁵⁰⁹. A partir de esta consideración, las sanciones del derecho internacional, que en buena parte son impuestas por los mismos sujetos que están sometidos a ellas, son divididas por Morgenthau en sanciones internacionales directas (que serían aquellas que van dirigidas contra grupos de hombres o contra sus representantes) y sanciones internacionales indirectas (que serían aquellas dirigidas contra los individuos particulares)⁵¹⁰. Estas últimas son calificadas de sanciones indirectas porque no reconocen que el derecho internacional pueda sancionar directamente a un individuo sin pasar a través del filtro del estado. Sólo previo reconocimiento del orden estatal podría aplicarse una sanción internacional directamente a un individuo. De nuevo volvemos a encontrar en Morgenthau los ecos de las tesis “de la transformación necesaria” del derecho internacional.

A la vista del concepto de validez jurídica manejado por Morgenthau —que asocia íntimamente eficacia y validez normativa— cabe considerar que una norma del derecho internacional que estableciera una sanción a un individuo sin contar con la aceptación del estado para ejecutar esa sanción a través de los medios oportunos no podría ser una norma válida, en tanto que no existiría la posibilidad abstracta de su efectivo cumplimiento⁵¹¹. En este caso, y puesto que tanto la norma del derecho internacional como la norma del derecho estatal traen causa en la norma fundamental del derecho estatal [*supra*, 4.2.2.c], ambas se encontrarían en una situación de

⁵⁰⁹ MORGENTHAU, Hans J., *La réalité des normes... cit.*, p. 214

⁵¹⁰ *Vid. Ibid.*, p. 221; y también Id., “Théorie des sanctions internationales”, *cit.*, pp. 820 y ss.

⁵¹¹ *Vid. MORGENTHAU*, Hans J., *La réalité des normes... cit.*, p. 228 y ss.; y también Id. “Théorie des sanctions internationales”, *cit.*, pp. 820

conurrencia normativa. Situación ante la cual se impondría el ordenamiento que contara con unos mecanismos de sanción más efectivos. Dadas las circunstancias del orden internacional, este ordenamiento no puede ser otro que el orden estatal, el cual cuenta con “el más alto grado de eficacia empíricamente constatable”⁵¹². Si en algún momento las normas del derecho internacional adquirieran semejante grado de eficacia, entonces el orden internacional se convertiría en un orden de naturaleza estatal, es decir, nos encontraríamos ante un estado universal [*infra*, 5.3.1]. De esta manera “el orden jurídico internacional está obligado a buscar la realización de la validez de sus disposiciones normativas, incluso para los individuos, teniendo en cuenta la existencia de los diversos órdenes estatales”⁵¹³. O, expresado más claramente: “Para poder existir en tanto que normas jurídicas, las disposiciones normativas del derecho internacional necesitan del soporte que le presten los órdenes jurídicos estatales, y, en la medida en que se quieran imponer a los individuos como tales, necesitarán la ayuda del orden jurídico estatal al que éstos se encuentren sometidos, esta ayuda priva a las normas del derecho internacional, en cuanto a sus relaciones con los individuos como tales, de su carácter internacional”⁵¹⁴.

Si esto es así, las sanciones directas —es decir, la guerra y las represalias— son la norma en el derecho internacional. Las sanciones indirectas, en cambio, presentan una naturaleza excepcional, como es el caso de los piratas capturados en alta mar⁵¹⁵. La diferencia relevante con Kelsen en este caso no reside tanto en considerar como excepcional que un individuo pudiera ser sancionado por una norma de derecho internacional como en considerar esa excepcionalidad intrínseca al derecho internacional. De nuevo, mientras que Kelsen consideró que el desarrollo de la técnica jurídica podría conducir hacia la progresiva sustitución de la responsabilidad objetiva y colectiva que significaba la guerra por la sanción subjetiva e individual acorde con los ordenamientos jurídicos evolucionados, Morgenthau, por el contrario,

⁵¹² MORGENTHAU, Hans J., *La réalité des normes... cit.*, p. 229

⁵¹³ *Ibid.*, p. 230

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 242

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 238; y también Id., “Théorie des sanctions internationales”, *cit.*, p. 823

mantuvo que ello quedaba fuera de lo que racionalmente cabía esperar de un juego —el del derecho internacional— condicionado en todo por las relaciones de poder establecidas entre sus sujetos.

El establecimiento de una responsabilidad de los individuos en el orden internacional no representa para Morgenthau, en definitiva, un avance significativo hacia la paz ni un objetivo a alcanzar. No lo es porque sostiene que esta posibilidad estará siempre subordinada a la efectiva voluntad de los estados, quienes no permitirán la jurisdicción de un tribunal internacional sobre sus nacionales sin que medie su consentimiento. Y éste únicamente será emitido en el caso eventual de que el juicio no perjudicara en absoluto sus intereses nacionales. Ese fue el caso, aprecia Morgenthau, de los juicios de Nuremberg, que si bien habrían condenado y castigado justamente a los criminales nazis⁵¹⁶, suponen “un síntoma de la confusión moral e intelectual de nuestros tiempos”⁵¹⁷. Esa confusión, en efecto, tenía mucho que ver con la idea típicamente kelseniana de que una solución técnico-jurídica como el establecimiento de un tribunal internacional con jurisdicción obligatoria y competente para enjuiciar a individuos podría ser la solución a un problema político —el problema de la paz— complejo y multicausal. Un problema que no puede ser resuelto haciendo abstracción de la lucha por el poder que tiene lugar en la arena internacional. La consideración de que los estados vayan a olvidar esa lucha por el poder poniendo a sus dirigentes en manos de tribunales internacionales vuelve a resultar, por lo tanto, tan ingenua como el resto de propuestas destinadas a limitar la soberanía de los estados. Así, si hoy Morgenthau tuviera que valorar el establecimiento de una institución como la Corte Penal Internacional, a buen seguro sus consideraciones no serían demasiado diferentes de las de pensadores realistas

⁵¹⁶ Morgenthau no tuvo tan claro como Kelsen que la ley internacional pudiera aplicarse *ex post facto* en Nuremberg. Sin embargo, no guardaba dudas de que el reproche moral que merecían las acciones enjuiciadas sí era a todas luces *ex post facto* (*vid.* MORGENTHAU, Hans J., “The Nuremberg Trial”, *cit.*, p. 378).

⁵¹⁷ MORGENTHAU, Hans J., “Views of Nuremberg: Further Analysis of the Trial and Its Importance”, en *Id.*, *Politics in the Twentieth Century* (vol. 1), The University of Chicago Press, 1962, pp. 377-379, p. 379

contemporáneos como Danilo Zolo⁵¹⁸, en cuya crítica ya hemos reparado [*supra*, 3.2.3.c]. En efecto, es imposible no reparar en cómo las relaciones de poder entre los estados se plasman en los resultados que hasta ahora ha dado el funcionamiento de la Corte: sólo mandatarios de estados débiles (concretamente africanos) han sido enjuiciados, mientras que los mandatarios de las grandes potencias pueden permitirse ignorar dichos tribunales, e incluso boicotearlos abiertamente, como ha hecho Estados Unidos una vez tras otra, firmando convenios bilaterales que pretenden garantizar la inmunidad de sus nacionales a través de la vía abierta por el artículo 98 del Estatuto de Roma. Sin embargo, una cosa es ser consciente de esa situación y otra bien distinta es aceptarla como irremediable. He ahí, una vez más, lo que diferenciaría a la posición realista defendida por Morgenthau del pacifismo jurídico propuesto por Kelsen.

5.2.2. *La Sociedad de Naciones*

A diferencia de las propuestas de *paz a través de la limitación* vistas hasta ahora, las tentativas de crear un gobierno internacional deben su existencia al reconocimiento de que la paz y el orden internacional son productos no de un específico instrumento que resuelva un problema particular, sino “del compromiso común que une a una sociedad integrada bajo una autoridad común y una concepción común de la justicia”⁵¹⁹. Es decir, van un paso más allá, reconociendo en cierta manera, que la paz es un asunto que requiere respuestas múltiples y complejas e intentan proporcionar un marco institucional desde el cual abordarlas. Desde esa perspectiva, cada una de las tres principales guerras de la modernidad fue seguida de un intento de establecer un gobierno internacional más o menos desarrollado: la Santa Alianza fue fundada tras las guerras napoleónicas, la Sociedad de Naciones tras la Primera Guerra

⁵¹⁸ Vid. ZOLO, Danilo, *De Nuremberg a Bagdad*, Trotta, Madrid, 2007; en sentido similar, POSNER, Eric A., *The Perills of Legal Globalism*, cit., pp., 191 y ss.

⁵¹⁹ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 463

Mundial y las Naciones Unidas tras la Segunda. En relación a ellas, Morgenthau se plantea tres tipos de preguntas: 1) ¿dónde está la autoridad investida para gobernar, o a quién se gobierna?, 2) ¿por qué principio de justicia o de bien común se rige su acción de gobierno y 3) ¿hasta qué punto el gobierno es capaz de mantener la paz y el orden?⁵²⁰.

A partir de esas preguntas, analiza cada uno los tres intentos de gobierno internacional mencionados. No se abordará aquí el análisis que realiza de la Santa Alianza, ya que no puede establecerse una comparación directa relevante con Kelsen. Pero sí que es necesario comparar específicamente las posiciones que tanto Kelsen como Morgenthau mantuvieron respecto de los principales problemas de la Sociedad de Naciones y de las Naciones Unidas respectivamente. En las posiciones de uno y otro se reflejan de forma evidente sus diferentes apuestas por un modelo u otro de sociedad internacional. Así, continuamente, donde Kelsen veía un problema de deficiente técnica jurídica, Morgenthau, en cambio, apreciará una falta de visión política. Allí donde Kelsen aplicaba la perspectiva general y abstracta del derecho, Morgenthau aplicará la mirada particular y concreta de la política.

Hay que recordar que la formación de Morgenthau como teórico del derecho internacional tiene lugar en plena crisis de la Sociedad de Naciones. Los continuos fracasos de la Sociedad en su propósito de garantizar la paz y la seguridad mundiales influirán de manera importante en la visión que el teórico de las relaciones internacionales tendrá acerca del derecho y de las instituciones jurídicas. Casos como la inoperatividad ante la guerra entre Italia y Etiopía (1935-1936) o la propia Guerra Civil Española (1936-1939) demostraron para Morgenthau que “el liderazgo [de la Asamblea de la Sociedad] se detenía justo en la línea en la que comenzaban los intereses vitales de las grandes potencias”⁵²¹. En poco podía ayudar a resolver los

⁵²⁰ *Vid. Ibid.*, p. 463

⁵²¹ *Ibid.*, p. 473

problemas de la paz mundial una estructura institucional que se alejaba demasiado del equilibrio de poder real existente en la escena internacional.

Pese a ello, Morgenthau reconoció que, a diferencia de la Santa Alianza, la Sociedad de Naciones fue una auténtica organización, con personalidad jurídica y con agentes y organismos propios: la Asamblea General, el Consejo y la Secretaría Permanente. En una primera aproximación, ni siquiera menciona a la Corte Permanente, lo cual es significativo del papel que Morgenthau le atribuyó, totalmente distinto al de Kelsen, quien pretendió hacerla el más importante órgano de la Sociedad [*supra*, 3.2.1]. En su estructura institucional destacó la Asamblea General, investida con la competencia de emitir —siempre por unanimidad— decisiones vinculantes en materias políticas importantes, destacadamente sobre el mantenimiento de la paz. Las causas reales del fracaso de la Sociedad respecto de los fines para los que fue creada deben buscarse según Morgenthau, no obstante, en un análisis político del funcionamiento del Consejo de Seguridad.

La primera de las debilidades de la organización es calificada como de naturaleza constitucional. El Pacto de la Sociedad de Naciones no prohibía la guerra como tal, sino que autorizaba a sus miembros a recurrir a ella bajo determinadas circunstancias. Quedaba, por lo tanto, “tácitamente admitido que la guerra es una solución, la solución normal de los conflictos internacionales. Esas obligaciones, jurídicamente, se presentan sólo como excepciones; pero la regla implícita es el recurso a la guerra”⁵²².

Su segunda debilidad importante sería de carácter estructural y se referiría al contraste que existió entre la distribución del poder tal y como se establecía por el Pacto y tal y como era en la realidad. Ello repercutió directamente en su incapacidad manifiesta para evitar situaciones que amenazaran la paz y la seguridad

⁵²² *Ibid.*, p. 478

internacionales: “la estructura de la Sociedad era predominantemente europea en un momento en el que los principales factores de la política internacional no eran ya predominantemente europeos”⁵²³. En efecto, la única superpotencia no europea miembro de la Sociedad era Japón. Estados Unidos nunca llegó a ser miembro y la Unión Soviética se incorporó sólo en 1934, cuando el declive de la organización era ya manifiesto. He ahí el principal defecto de una organización dedicada a la paz universal, pero que carece de un poder universal. Una organización tal “debe ser universal en el sentido de que todas las naciones poderosas, que son las que con más facilidad perturbarán la paz y el orden mundial, se encuentren bajo su jurisdicción”⁵²⁴. Como sabemos [*supra*, 3.2.1], Kelsen no dejó de interesarse por las consideraciones de tipo político, y también se preocupó por buscar la vía para que el mayor número posible de estados formaran parte de la organización para que ésta pudiera ser lo más eficaz posible; pero, desde luego, el énfasis que Morgenthau pone sobre las condiciones políticas de la Sociedad es indiscutiblemente mayor que la del maestro de Viena.

El artículo 17 del Pacto intentó alcanzar la universalidad por una vía secundaria, dando a la Sociedad autoridad incluso sobre estados no miembros que fueran parte en algún conflicto. Se trataba, sin embargo, únicamente de una “invitación”: el estado invitado podía perfectamente rechazar dicha invitación, en cuyo caso podía proceder la adopción de sanciones por parte del Consejo de acuerdo con el artículo 16. Aun así, desde la perspectiva de Morgenthau tales previsiones se convertían en papel mojado si el infractor era una gran potencia. Es decir, que la viabilidad de la función de gobierno de la Sociedad de Naciones quedaba condicionada en todo caso a la distribución del poder entre sus estados miembros, pero también —y esto es lo relevante— entre los estados no-miembros.

⁵²³ *Ibidem*.

⁵²⁴ *Ibidem*.

Tras repasar un buen número de casos con los que pretende avalar las anteriores críticas teóricas, Morgenthau llega a una conclusión meridianamente clara: la ineptitud de la Sociedad de Naciones para mantener el orden y la paz internacionales fue el resultado inevitable de la prevalencia de los intereses de las naciones soberanas sobre los objetivos morales y éticos del gobierno de la Sociedad de Naciones⁵²⁵. Y es que “por mucho que la Sociedad de Naciones se propusiera solventar situaciones políticas presentándolas como asuntos jurídicos, solamente pudo abordarlas como casos aislados, de acuerdo con las reglas aplicables de derecho internacional, y no como fases concretas dentro de una situación política compleja que requiere de una solución compleja conforme a principios políticos. Los problemas políticos nunca han sido resueltos, sino únicamente aplazados y finalmente olvidados de acuerdo a las reglas del juego del derecho”⁵²⁶.

5.2.3. *Las Naciones Unidas*

El *Center for Study of American Foreign and Militar Policy* que Morgenthau dirigía en Chicago organizó en 1945 un coloquio sobre la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas. En el prefacio al libro que recoge algunas de las contribuciones se declara que “las lecciones de los decadentes años de la Sociedad de Naciones, del gran debate entre el aislacionismo y el internacionalismo, y sobre la Segunda Guerra Mundial no han caído en saco roto entre la nueva generación de estudiosos de los asuntos internacionales americanos. Para esta nueva escuela de pensamiento, los tratados internacionales de naturaleza política derivan su significado no únicamente de su propio tenor literal, sino de éste en conjunción con las condiciones políticas en las que se insertan [...]. Esta escuela de pensamiento, en consecuencia, no contempla de forma optimista ni pesimista el papel de la Carta de las Naciones Unidas en relación con la paz y la seguridad en el mundo; puesto que reconoce que el futuro de

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 482

⁵²⁶ MORGENTHAU, Hans J., *Scientific Man... cit.*, p. 119

la Carta dependerá fundamentalmente no de la propia Carta sino de los desarrollos políticos que tendrán lugar de manera completamente independiente a la propia Carta”⁵²⁷. Esa idea contrasta del todo con lo expuesto por Kelsen en sus comentarios a la Carta, que reflejan la idea contraria: que el futuro de las Naciones Unidas, desde luego, sí estaba condicionado en buena medida con la corrección técnica de su documento fundacional. Por eso, como el viejo maestro no fue demasiado optimista en cuanto a los resultados de la Conferencia de San Francisco, se esforzó en ofrecer con su tratado de 1950 un amplio catálogo de soluciones técnicas para que los defectos técnicos pudieran ser al menos parcialmente enmendados por la vía interpretativa [*supra*, 3.2.2].

Es significativo que el artículo con el que Morgenthau participó en el libro homenaje a Kelsen editado por George A. Lipsky en 1953 se titule precisamente “*Political Limitations of the United Nations*”. Y es que, en efecto, el análisis político vuelve a ser imprescindible para comprender la realidad jurídica desde la óptica de Morgenthau: “el gobierno de las Naciones Unidas, como el de los Estados Unidos, sólo puede ser entendido confrontando lo previsto por su constitución con las realidades de la práctica política”⁵²⁸. Esa confrontación es precisamente el método seguido para analizar las Naciones Unidas en tanto que proyecto de gobierno internacional.

La distribución de funciones entre el Consejo de Seguridad y la Asamblea General es notablemente diferente respecto de como lo era en la Sociedad de Naciones. Aquí la tendencia a favorecer el gobierno de las grandes potencias es todavía más acusada y se manifiesta en tres previsiones de la Carta: 1) la incapacidad de la Asamblea para

⁵²⁷ “Preface”, en MORGENTHAU, Hans J. (ed.), *Peace, Security and the United Nations*, The University of Chicago Press, 1945, pp. 5-8, p. 7

⁵²⁸ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 483

tomar decisiones en asuntos políticos⁵²⁹, 2) el requisito de la unanimidad en el voto en los miembros permanentes del Consejo y 3) el *derecho* de las partes en una disputa a vetar cualquier medida coactiva contra sí mismas.

Por otro lado, es cierto que la Asamblea General puede recomendar al Consejo de Seguridad una solución para un problema internacional siempre que alcance una mayoría de dos tercios. Sin embargo, el Consejo puede ignorar esa recomendación a discreción. Esto no sería tan grave si la Asamblea fuera un simple organismo de membresía limitada con funciones de asesoría, y no, como es, un foro que pretende representar a todas las naciones del mundo. Naciones que reiteradamente ven su criterio pisoteado por la voluntad de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Esto le parece a Morgenthau una muestra más de la “monstruosidad constitucional”⁵³⁰ que es la Carta: el vicio no se encuentra tanto en la predominancia de las grandes potencias como en la forma escandalosa en la que la Asamblea demuestra su impotencia. Por eso resulta justa la afirmación de que “las Naciones Unidas son un gobierno internacional de las grandes potencias que se parece en sus previsiones constitucionales a la Santa Alianza y en sus pretensiones a la Sociedad de Naciones”⁵³¹.

El gobierno internacional previsto por las Naciones Unidas es, en realidad, un gobierno ejercido por las potencias que son miembros permanentes del Consejo de Seguridad; puesto que ninguna acción importante destinada a mantener la paz puede llevarse a cabo por las Naciones Unidas sin el consentimiento de cualquiera de esas cinco potencias. Analizado esto desde el punto de vista político, quiere decir que la

⁵²⁹ En virtud de lo previsto en el artículo 12.1 de la Carta, cuando el Consejo se está ocupando de un asunto, la Asamblea puede todavía debatirlo, pero se debe abstener de formular recomendaciones. Morgenthau observa que esta previsión otorga al Consejo el poder de controlar indirectamente las funciones de la Asamblea en temas de relevancia política: simplemente introduciendo un asunto en su agenda, el Consejo transforma a la Asamblea en un simple foro de debate, privado si quiera del derecho de expresar una opinión colectiva sobre cierto asunto (*vid.* MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 484).

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 484

⁵³¹ *Ibid.*, p. 485

acción conjunta de estas potencias significa un gobierno del mundo por una minoría; pero —lo que quizás es aún peor— la falta de acuerdo entre ellas significa un desgobierno mundial, lo que ha venido siendo más bien la tónica en sus casi setenta años de funcionamiento.

Otra debilidad que Morgenthau observa en la Carta es la poca precisión con la que se describen los principios de justicia en los que la organización está basada. Concretamente, llama la atención que el principio fundamental sobre el que la organización se asienta sea el principio de igualdad soberana de sus miembros. Si las previsiones de la Carta se cumplieran, los únicos estados que mantendrían su soberanía serían los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, por lo tanto, se llega a la conclusión de que “el principio de igual soberanía proclamado en el Preámbulo es contradictorio con la verdadera distribución de funciones prevista por la Carta”⁵³². Como también vio Kelsen, otros conceptos proclamados fundamentales como la justicia, el respeto por el derecho internacional o el derecho a la autodeterminación, que no son evidentes por ellos mismos, adolecen igualmente de una formulación abstracta que no es concretada a lo largo de la Carta. Pero la solución dada por Morgenthau es notablemente diferente a la de Kelsen: será “la concreta situación política [no la tarea de interpretación judicial] lo que les dé a estos términos abstractos un significado concreto que permita guiar el juicio y la actuación de los hombres”⁵³³. Hay que fijarse, por lo tanto, en la realidad política de las Naciones Unidas. Y Morgenthau lo hizo profusamente, utilizando un análisis histórico y cuantitativo, como demuestra la recopilación que realiza de las resoluciones emitidas por el Consejo y por el Asamblea entre 1946 y 1964⁵³⁴.

Morgenthau llama la atención sobre el hecho de que las Naciones Unidas se alzan sobre unas premisas que no se corresponden con la realidad. Estas premisas eran 1)

⁵³² *Ibid.*, p. 486

⁵³³ *Ibid.*, p. 487; también Id., “Political Limitations of the United Nations”, *cit.*, pp. 143

⁵³⁴ *Id.* MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, pp. 489 y ss.

que las grandes potencias actuarían al unísono, poniéndose de acuerdo en las actuaciones relativas a la salvaguarda de la paz y la seguridad; 2) que su actuación combinada sería suficiente para acabar con cualquier amenaza a la paz; y 3) que tal amenaza no emanaría de las mismas grandes potencias. Todas estas asunciones se desmoronan a la vista de la experiencia histórica. Las grandes potencias (hay que situarse en el contexto de la Guerra Fría y pensar fundamentalmente en Estados Unidos y la Unión Soviética) en muy escasas ocasiones llegaron a un acuerdo para actuar al unísono y, lo que es más, ellas fueron la fuente principal de inseguridad en el mundo. En consecuencia, el esquema constitucional de la Carta, definido en el escenario de la segunda postguerra mundial pronto quedó desfasado, demostrándose poco útil para garantizar la paz en un contexto bipolar. A ello habría que sumar las previsiones de los artículos 51 y 52, que favorecen el principio de regionalismo y dan lugar a la creación de pactos en materia de seguridad colectiva o de alianzas militares, tales como la OTAN, que dejan en buena medida sin efecto las previsiones de la Carta en materia de mantenimiento de la paz⁵³⁵.

Aunque del asunto de la diplomacia (verdadera clave de la paz para Morgenthau) se hablará más adelante, aquí hay que hacer una matización interesante sobre la diplomacia propia de las Naciones Unidas. Si bien el poder sigue siendo un factor determinante en la (así llamada) nueva diplomacia de las Naciones Unidas, ha perdido peso respecto de la diplomacia tradicional. En el nuevo sistema, una gran potencia debe presentar los asuntos a votar en términos aceptables para todos los miembros cuyo voto necesita. Esta necesidad implica una importante transformación, puesto que las iniciativas deben ser presentadas en un lenguaje que refleje el común interés de todos los miembros y no ya el interés particular de una sola nación o de un grupo reducido de ellas. Con frecuencia esa transformación “no es más que una justificación ideológica y una conceptualización de las políticas nacionales en

⁵³⁵ *Vid.* MORGENTHAU, Hans, J., “Political Limitations of the United Nations”, *cit.*, pp. 147-148. Similar fue el razonamiento de Kelsen, quien cuestionó la compatibilidad entre las obligaciones impuestas por la OTAN y por las Naciones Unidas (*vid.* KELSEN, Hans, “Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations”, *cit.*)

términos de las supranacionales”⁵³⁶. Resulta, entonces, un error creer que la pertenencia de un estado a una organización internacional modifica sus intereses nacionales, convirtiéndolos en intereses universales. En este sentido, Morgenthau considera radicalmente equivocadas las declaraciones de algunos representantes norteamericanos que presentaron la política exterior de los Estados Unidos como la política de las Naciones Unidas. Esa afirmación tiene tan poco sentido, dice, como lo tendría afirmar que “la política de la *United States Steel Corporation* es la política de la *National Association of Manufacturers*”⁵³⁷.

No hay que pretender esconder, por lo tanto, los conflictos políticos derivados de la divergencia de intereses entre unos sujetos y otros de la escena internacional; sino, por el contrario, identificarlos y gestionarlos de la manera más adecuada, tal y como trataría de hacer la diplomacia. Vuelve a llamar la atención aquí la patente influencia de Carl Schmitt y es inevitable recordar la reflexión de que “quien dice humanidad, está intentando engañar”⁵³⁸. La apelación a la universalidad para Morgenthau, como para Schmitt parece que únicamente puede servir para encubrir los intereses de la parte bajo una retórica que ignora o niega la esencia conflictiva y necesariamente particularista de lo político. Por ese motivo, Morgenthau encuentra discutible que las Naciones Unidas puedan hablar como una “voz de la humanidad en su conjunto”, y que su Secretario General pueda desempeñar un papel realmente neutral. El éxito de esa función, como la de los hombres de estado, depende en última instancia para él de una cuestión personal, de sus capacidades morales e intelectuales.

Morgenthau piensa además que la creación de las Naciones Unidas no ha servido para evitar ninguna guerra. Pero, en cambio, sí que considera que ha servido para que algunas guerras terminaran más rápidamente⁵³⁹; si bien es cierto que en esos casos

⁵³⁶ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations...* cit., p. 499. En el mismo sentido, Id., “Political Limitations of the United Nations”, cit., p.152

⁵³⁷ MORGENTHAU, Hans, J., “Political Limitations of the United Nations”, cit., p.150

⁵³⁸ SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, cit., p. 84

⁵³⁹ Proporciona cinco ejemplos: Indonesia 1949, Palestina 1949, Egipto 1956 y 1973, y Kachemira 1965

existía un interés común de las grandes potencias en acortar tales guerras o, como mínimo, no había un interés en prolongarlas. La conclusión es que la experiencia habría mostrado que el intento de usar las Naciones Unidas para el propósito de forzar el acuerdo de las superpotencias es fútil y sirve más bien para agravar los desacuerdos. Por eso consideró que para la prevención de los conflictos internacionales “debemos mirar a un sitio diferente de las Naciones Unidas”⁵⁴⁰. En definitiva, mientras que Kelsen vio en las Naciones Unidas un instrumento eminentemente jurídico, Morgenthau las ve como un instrumento fundamentalmente político. “Las Naciones Unidas no sólo no han reemplazado la política del poder, sino que sus nuevos procedimientos y formas se encuentran al servicio de esa política del poder”⁵⁴¹.

Sea como fuere, no puede afirmarse que Morgenthau sea un detractor de las Naciones Unidas como tal; y la mejor muestra es que considera que, aunque su contribución a la paz “sólo puede ser menor”⁵⁴², “lo poco que ha sido conseguido por las Naciones Unidas es mejor que nada”⁵⁴³. Afirmación, desde luego, mucho más moderada que algunas de las realizadas por los contemporáneos pensadores neocons, como Richard Perle⁵⁴⁴ o John R. Bolton⁵⁴⁵, que han apostado por la reconversión de la organización en una simple agencia humanitaria; o, lo que es lo mismo, por su desaparición en los términos en los que fue concebida por la Conferencia de San Francisco.

⁵⁴⁰ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 502

⁵⁴¹ MORGENTHAU, Hans, J., “Political Limitations of the United Nations”, *cit.*, p.150

⁵⁴² *Ibid.*, p.152

⁵⁴³ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 500

⁵⁴⁴ *Vid.* PERLE, Richard, “Thank God for the death of the UN”, en *The Guardian*, 21 de marzo de 2003; con mayor profundidad, Id. y FRUM, David, *An End to Evil. How to Win the War on Terror*, Random House, Nueva York, 2004

⁵⁴⁵ *Vid.* BOLTON, John R., *Surrender Is Not an Option. Defending America at the United Nations and Abroad*, Simon & Schuster, Nueva York, 2008

5.3. La propuesta de construcción normativa del orden internacional

5.3.1. Sobre el estado mundial

Tras la lectura de *PAN* habría que poner en cuestión la idea —aceptada por muchos⁵⁴⁶— de que Morgenthau llega a ser defensor de un estado mundial. Si bien es cierto que reconoce (como también lo hizo Kelsen) que constituiría la situación ideal para la minimización de los conflictos que amenazan la paz internacional, ello no convierte la idea del estado mundial en una propuesta normativa seria. No hay duda de que Morgenthau ciertamente flirtea con la idea de un estado mundial⁵⁴⁷ pero, si hacemos una interpretación sistemática del conjunto de su obra, veremos que resulta más bien de un recurso retórico que una propuesta real, ya que parece radicalmente incompatible con su profunda desconfianza hacia las instituciones supranacionales⁵⁴⁸.

De los intentos de buscar la paz y la seguridad internacional a través de la limitación de los intereses estatales (*peace through limitation*) Morgenthau saca dos conclusiones principales: 1) que ninguno de esos intentos ha tenido éxito y 2) que ningún intento similar podrá tener éxito en el actual contexto internacional, es decir, en un mundo de estados soberanos. Cabe analizar, entonces, si se podría construir una sociedad mundial que superara el panorama de un mundo compuesto por estados por el de un estado mundial (*peace through transformation*). La propuesta de construir el estado mundial nace, de la consideración de que lo que se necesitaría “para salvar al mundo de la auto-destrucción no es la limitación del ejercicio de la

⁵⁴⁶ Entre otros, *cf.* BARBÉ, Esther, “Estudio preliminar”, *cit.*, p. XXXV; BOYLE, Francis Anthony, *World Politics and International Law*, *cit.*, pp. 70 y ss.; o CHEUERMAN, William E., *Morgenthau...* *cit.*, pp. 122 y ss.

⁵⁴⁷ *Vid.*, entre otros, MORGENTHAU, Hans J., “L’Etat universel et les institutions supranationales”, en *Comprendre*, vol. 23, nº 4, 1962, pp. 1-11; Id., “A World State?” en *Pax Romana*, vol. 1, 1963, pp. 7-11 y 14

⁵⁴⁸ *Vid.* SPEER II, James P., “Hans Morgenthau and the World State”, en *World Politics*, nº 20, vol. 2, 1968, 207-227; o CRAIG, Campbell, “Hans Morgenthau and World State Revisited”, en WILLIAMS, Michael, C. (ed.), *Realism Reconsidered...* *cit.*, pp. 195-215

soberanía nacional a través de obligaciones internacionales e instituciones, sino la transferencia de las soberanías de las naciones individuales a una autoridad mundial, que sea tan soberana sobre las naciones individuales como las naciones individuales lo son sobre sus respectivos territorios. Las reformas de la sociedad internacional han fracasado y están condenadas a fracasar. Lo que se necesita es, consecuentemente, una transformación radical de la existente sociedad internacional de naciones soberanas en una comunidad supranacional de individuos⁵⁴⁹. Pero fijémonos en que lo que Morgenthau está queriendo transmitir con esto es fundamentalmente una cosa: que el derecho internacional es incapaz de asegurar la paz. Habría que elegir entre paz o derecho internacional, puesto que siempre que continúen existiendo estados, soberanos como son, se continuarán rigiendo por la política del poder, sin consentir limitaciones jurídicas externas que entorpezcan la consecución de los objetivos marcados por sus respectivos intereses nacionales.

a) Las condiciones de un estado

Antes de abordar las posibilidades de un gobierno mundial, Morgenthau repasa detenidamente las condiciones que hacen posible la paz en el ámbito doméstico. Considera que son dos los principales factores que hacen posible la paz entre los distintos grupos sociales que conviven dentro de un mismo estado: 1) la tendencia de los miembros de una sociedad a respetar la ley, 2) su falta de capacidad, por lo general, para quebrantar la paz social si esa fuera su intención. Que los individuos tiendan a respetar la ley depende, a su vez, de dos condiciones: 1) que sientan más lealtad hacia la sociedad como conjunto que únicamente hacia una parte de ella y 2) que sientan que la sociedad puede satisfacer mínimamente sus aspiraciones de justicia, en forma de satisfacción de sus demandas. De esta forma, los puntos clave para que una autoridad sea aceptada como gobierno serían tres: 1) una fuerza a todas luces superior, 2) lealtades suprasectoriales y 3) una expectativa de justicia. Ninguno

⁵⁴⁹ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 505-506

de esos tres puntos, como veremos, son cumplidos en el ámbito internacional. Detengámonos brevemente en cada uno de ellos:

1. La fuerza superior del estado se manifiesta tanto en el monopolio del uso legítimo de la violencia como en la presión social. Esa violencia organizada es presentada, además, como una violencia hasta cierto punto neutral y no arbitraria, que está limitada a preservar el orden establecido en las leyes. Aunque ser neutral en este caso equivale, por supuesto, a defender el *status quo*.

2. Respecto de las lealtades suprasectoriales, Morgenthau parecería estar de acuerdo, a grandes rasgos, con las tesis del *no demos* cuando reconoce que “las sociedades nacionales están compuestas por una multiplicidad de grupos sociales”⁵⁵⁰; es decir, admite que los estados no son realidades uniformes culturalmente sino que dentro de ellas se da el pluralismo. Reconocería, a su vez, que “el pluralismo de los grupos domésticos y sus conflictos tiende a influir en sus participantes a considerar la relatividad de sus intereses y lealtades y, en consecuencia, a mitigar los conflictos entre los diferentes grupos”⁵⁵¹. La suma o acumulación de identidades que se produce en las sociedades modernas tendría así el efecto de minimizar los conflictos entre individuos que no forman parte de una misma identidad. El estado podría ser un factor identitario común, siempre que se cumpla con la siguiente característica.

3. La expectativa de justicia es lo que diferencia los principios generales compartidos por la sociedad en conjunto de las específicas reivindicaciones de minorías y grupos particulares. Se deben conjugar ambos tipos de demandas para no poner en riesgo la paz social. En todo caso, los diferentes grupos deben contar con cauces pacíficos

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 506

⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 507. El argumento es el mismo que contemporáneamente ha utilizado, entre otros Amartya Sen (*Identidad y violencia. La ilusión del destino*, Katz, Buenos Aires, 2007 [2006]). Sobre el complejo debate acerca de las identidades en el contexto de la globalización, *cfr.* DE LUCAS, Francisco Javier, *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*, Icaria, Barcelona, 2003

para expresar sus legítimas expectativas de justicia a través de la opinión pública, la elecciones, el control parlamentario, etc.

Cuando Morgenthau habla del papel del estado en este asunto, deja ver una determinada concepción del estado que que no encontramos explícitamente en sus escritos de los años treinta sobre teoría del derecho internacional y que interesa contrastar específicamente con Kelsen. Esta concepción recuerda a la clásica visión de la *Staatsrechtslehre* alemana que, como hicieran Jellinek o Laband, considera al estado como un ente con personalidad propia. A diferencia de Kelsen, Morgenthau no considera que el estado sea un conjunto de normas jurídicas y sólo un conjunto de normas jurídicas; sino que explícitamente combina la perspectiva jurídica con la perspectiva sociológica. Estado, dice Morgenthau “no es sino otro nombre para la organización coactiva de la sociedad —para el orden jurídico que determina las condiciones bajo las cuales la sociedad puede utilizar el monopolio de la violencia organizada con el fin de preservar el orden y la paz—. Sus funciones para el mantenimiento de la paz domésticas son tres: 1) el estado asegura la continuidad jurídica de la sociedad nacional. Hace posible, por lo tanto, que el individuo conciba la nación como un *continuum* de tiempo y espacio, como una personalidad en cuyo nombre actúan los hombres, que demanda y recibe servicios y prestaciones, por el que uno puede sentir lealtades personales que se sienten hacia pocos grupos sociales, con excepción de la familia y de la iglesia. 2) El estado proporciona la mayoría de instituciones y de procesos de cambio social. 3) El estado proporciona instancias para el cumplimiento de sus leyes”⁵⁵².

⁵⁵² MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, pp. 510-511. Cabe señalar, sin embargo, que en sus obras europeas había ofrecido alguna definición de estado más similar a la kelseniana. Por ejemplo: “El estado es el ámbito de validez de las normas-sanciones que ostentan sobre un determinado territorio el grado más alto de eficacia empíricamente constatable. El territorio del estado es idéntico a ese ámbito de validez; sus fronteras coinciden con las fronteras de ese ámbito. Llamamos orden jurídico del estado al conjunto de normas jurídicas cuya validez consiste en la perspectiva de realización de las normas-sanción en cuestión” (Id., *La réalité des normes... (cit.)*, p. 215)

Teniendo eso en cuenta, Morgenthau destaca que la contribución del estado a la paz doméstica es una contribución indispensable y, sin embargo, insuficiente: “sin la contribución del estado no podría haber paz doméstica, pero sólo con la contribución del estado tampoco podría haberla”⁵⁵³. La existencia de abundantes guerras civiles en la historia probaría que el razonamiento de Hobbes de que el gran *Leviatán* del estado era la solución para pacificar las relaciones entre los individuos adolecía de una omisión importante: “la frecuencia y la devastación de las guerras civiles demuestra que la existencia del estado no asegura la preservación de la paz doméstica. La razón reside en la propia naturaleza del estado. El estado no es una creación artificial de una convención constitucional, concebido a la imagen de algunos principios abstractos de gobierno que se impone a la sociedad allá donde esté. Al contrario, el estado es parte de la sociedad y de ella brota [...] El estado, lejos de ser una cosa aparte de la sociedad, es creado por la sociedad”⁵⁵⁴. Allá donde existen conflictos intergrupales no resueltos o bien una insatisfacción absoluta de las aspiraciones de justicia de las personas, el estado no será capaz de garantizar la paz. Vuelve a incidir, por lo tanto, en la tesis de que el derecho no es garantía suficiente para la paz, ni en el ámbito internacional ni en el doméstico. Un derecho internacional fuerte y vinculante sin una base social que lo sustentase era tan inviable como lo fue en su día el orden constitucional de Weimar, sin el suficiente respaldo popular y con los poderes fácticos en su contra. De ahí que Morgenthau comparara —por poner uno de sus ejemplos más gráficos— la prohibición que el Pacto Briand-Kellogg hizo de la guerra con la prohibición de vender alcohol impuesta por la 18ª Enmienda de la Constitución de Estados Unidos (en vigor entre 1919 y 1933)⁵⁵⁵. Ambas normas, salvando las distancias, constituirían ejemplos de que el derecho no puede configurar la realidad social según Morgenthau. En consecuencia, una norma que trata de ser impuesta contra la moral social mayoritaria —o en ausencia de ella— está destinada a ser ineficaz y, por eso, inválida.

⁵⁵³ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 511

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 512

⁵⁵⁵ *Id.* MORGENTHAU, Hans J., *Scientific Man... cit.*, p. 117

b) El problema del estado mundial

Aun sin aceptar que la analogía entre el ámbito doméstico y el internacional sea aplicable, Morgenthau explora algunas de las propuestas sobre un hipotético estado mundial para concluir su inviabilidad como fórmula con la que alcanzar la paz mundial. Un asunto que considera relevante respecto de la formación de un estado mundial es el grado de apoyo popular que este estado tendría; es decir, su base social. ¿Estarían los pueblos del mundo dispuestos a aceptar un gobierno único? ¿bajo qué aspiraciones de justicia se unirían y se sustentarían sus diferentes reivindicaciones?. Éstas y otras muchas cuestiones tienen para Morgenthau una respuesta necesariamente negativa.

“No existe ninguna sociedad que alcance la extensión de un estado mundial. Lo que existe es una sociedad internacional de naciones soberanas. No existe una sociedad supranacional que comprenda a todos los miembros individuales de todas las naciones y que, por lo tanto, sea idéntica a la humanidad políticamente organizada. La sociedad más amplia en la que un mayor número de personas pueden vivir en nuestros días es la sociedad nacional. La nación es, como hemos visto, el receptor secular de las más intensas lealtades de los hombres. Tras ella hay otras naciones, pero ninguna comunidad por la que nadie quiera actuar a expensas de lo que considere que es el interés de su nación”⁵⁵⁶ y a continuación lanza una consideración contra el cosmopolitismo y la libre movilidad de las personas: “la gente puede tener la voluntad de proporcionar comida, ropa o dinero a los necesitados sin importarles su nacionalidad. Pero prefieren mantener a los necesitados donde están que permitirles ir donde deseen y convertirse así en ciudadanos útiles de nuevo. Mientras que la ayuda es vista como compatible con el interés nacional, la libertad de migrar

⁵⁵⁶ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 514

no lo es”⁵⁵⁷. Siendo, en términos kantianos, el test de la hospitalidad⁵⁵⁸ un requisito indispensable para cualquier teoría cosmopolita que se precie —y toda teoría sobre estado mundial lo es por definición—, tal sentimiento sería una muestra de que “los pueblos del mundo no cuentan con la voluntad de aceptar un gobierno mundial, y su incondicional lealtad a la nación se erige como un obstáculo insoslayable en su establecimiento”⁵⁵⁹. En definitiva, nadie estaría dispuesto a morir por un estado mundial, al contrario que por un estado propio. Dándole la vuelta al argumento de Morgenthau, cabría quizás preguntarse si, de la misma forma, nadie estaría dispuesto a matar por ese estado mundial; de forma que la relajación de las pasiones patrióticas pueda ser vista como un fenómeno no necesariamente negativo⁵⁶⁰.

Los pueblos del mundo, se muestra convencido Morgenthau, “ni quieren ni pueden hacer aquello que el estado mundial requeriría de ellos con tal de poder cumplir sus propósitos”⁵⁶¹. El principal propósito de un estado mundial sería mantener la paz en el mundo. A ese fin podría servir siempre que cumpliera con tres funciones: 1) proporcionar a la humanidad una personalidad jurídica que permita su unidad; 2) crear y mantener instituciones de alcance global para el cambio social (fundamentalmente un parlamento) que permitan a todos los grupos humanos esperar una satisfacción razonable de sus diferentes expectativas; y 3) establecer medidas coactivas que permitan repeler cualquier amenaza a la paz con la suficiente contundencia. El segundo requisito, el de la democracia global, nos coloca directamente ante los consabidos dilemas de una complejísima representación política: “la representación numérica sería *obviamente inaceptable para las razas blancas*, puesto que significaría el dominio del mundo por las razas de color. Cualquier tipo de representación en violación del principio de mayoría tendería a

⁵⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁵⁸ Recuérdese el tercero de los “artículos definitivos” para la paz perpetua formulados por Kant: *cfr.* KANT, Immanuel, “Sobre la paz perpetua”, *cit.*, pp. 157 y ss.

⁵⁵⁹ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 515

⁵⁶⁰ *Cfr.* POGGE, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, trad. de Ernest Weikert García, Paidós, Barcelona, 2005 [2002], pp. 215 y ss.

⁵⁶¹ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 515

estabilizar la supremacía blanca a costa de la opresión de las de colores”⁵⁶². Los conflictos internacionales que una situación de este tipo podrían provocar, lejos de prevenir la guerra, la harían probable, cuando no inevitable.

c) Imperialismo y federalismo

Después de esta reflexión general, Morgenthau analiza lo que considera “dos falsas soluciones”: “la conquista del mundo” (*i.e.*, el imperialismo) y “los ejemplos de Suiza y de los Estados Unidos” (*i.e.*, el federalismo).

Como ejemplo de modelo imperialista se toma el Imperio Romano, si bien se reconocen las grandes diferencias que existirían con lo que realmente sería un estado mundial. En cualquier caso, lo relevante es la reflexión de lo que significaría un estado mundial construido sobre la base de la imposición imperialista: “un estado mundial creado por la conquista y falto del soporte de una comunidad mundial tiene la posibilidad de mantener la paz dentro de sus fronteras sólo si puede crear y mantener una completa disciplina y lealtad entre los millones de soldados y policías que se necesitarán para imponer su ley sobre una humanidad displicente. Tal estado mundial sería un monstruo totalitario”⁵⁶³.

Más interesante es la reflexión a propósito de la construcción federalista del estado mundial, que propiamente no sería un estado mundial, sino una federación mundial de estados al estilo de la que Kelsen apuntó en *PMD*. Al igual que Kelsen⁵⁶⁴, Morgenthau consideró que ni el caso de Suiza ni el de Estados Unidos podrían servir de modelos para la construcción de un estado mundial, porque están basados en

⁵⁶² *Ibid.*, pp. 515-516. La cursiva es mía. Además, la inmigración y el comercio son dos de los aspectos prácticos que más preocupan a Morgenthau. Sin embargo, el ejemplo de la construcción política de la UE es probablemente el ejemplo más claro de que, al menos parcialmente, se pueden llegar a normas comunes entre pueblos muy diferentes entre sí, como son los que integran la Unión —a pesar de ello, muy imperfecta—.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 518

⁵⁶⁴ *Vid.* KELSEN, Hans, *La paz por medio del derecho*, *cit.*, p. 45

concretas experiencias históricas, marcadas por circunstancias socio-políticas y culturales muy particulares. “La experiencia suiza confirma nuestras propias conclusiones relativas a la fragilidad de la paz por limitación, y al mismo tiempo pone el acento tanto en la necesidad como en la dificultad del establecimiento de un estado sobre los estados nacionales”⁵⁶⁵. El ejemplo de Estados Unidos es todavía más inverosímil, porque, entre otras cosas, los trece estados que conformaron la federación compartían fuertes vínculos lingüísticos, culturales y morales. Además, en este caso no se trataba de trece pueblos soberanos, sino sometidos a los dictados de una metrópolis, de forma que, tal y como Morgenthau lo ve, de lo que se trata en realidad es de un cambio de soberanía (la de la corona británica) por otra. La creación de los Estados Unidos sirve además, para probar dos premisas anteriormente mantenidas: 1) las guerras pueden ocurrir también dentro de los estados y 2) los Estados Unidos se constituyeron sobre una comunidad moral y política que la Constitución no creó porque era preexistente a ella: “la comunidad del pueblo americano antecedió al estado americano, como la comunidad mundial debe anteceder al estado mundial”⁵⁶⁶. Aquí nos encontraríamos claramente ante la tesis contraria a la del patriotismo constitucional desarrollada por Habermas⁵⁶⁷.

5.3.2. *La diplomacia como clave para la paz*

Kelsen, quien apenas reparó en la importancia de la diplomacia, dedicándole muy poco espacio entre sus escritos internacionalistas, y fundamentalmente dedicado a su estatuto jurídico⁵⁶⁸ o a las sanciones⁵⁶⁹. Morgenthau, en cambio, hizo de ella su apuesta fundamental para conseguir la pacificación de las relaciones internacionales.

⁵⁶⁵ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 519

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 520

⁵⁶⁷ Entre la amplísima bibliografía sobre el tema, *cfr.* HABERMAS, Jürgen, *Más allá del Estado nacional*, Trotta, Madrid, 2008 [1997]

⁵⁶⁸ *Vid.* KELSEN, Hans, *Principles of International Law, cit.*, pp. 230 y 242

⁵⁶⁹ *Vid.* KELSEN, Hans, *Collective Security... cit.*, p. 104

Si el tribunal internacional obligatorio era la pieza clave del pacifismo kelseniano, la diplomacia será sin duda su equivalente en el realismo político de Morgenthau....

a) El arte de la diplomacia

Hemos visto que la paz internacional no puede ser garantizada a través de la limitación de la soberanía de los estados. Y hemos visto también que la transformación de un mundo de estados soberanos a un mundo con una única soberanía mundial es imposible bajo las actuales circunstancias morales, sociales y políticas, que conllevan la falta de la indispensable comunidad mundial. Ante ese panorama, la solución que Morgenthau considera más acertada para poder avanzar hacia un escenario en el que tal estado mundial (si es deseable) fuera posible, es el esfuerzo por mitigar y minimizar los múltiples conflictos políticos que se dan entre los estados. Este método de establecer las precondiciones para una paz permanente es llamado paz a través de la adaptación (*peace through accommodation*); y su principal instrumento es la diplomacia⁵⁷⁰.

Morgenthau considera la diplomacia como un elemento de importancia capital para el poder del estado. Toda diplomacia que conduce a la guerra es una diplomacia fracasada porque falla en su principal objetivo, que es promocionar el interés nacional por medios pacíficos. A la vista de ese objetivo, serían cuatro las tareas de la diplomacia: 1) debe determinar sus objetivos a la luz del poder real y del poder potencialmente disponible para lograrlos; 2) debe evaluar los objetivos de otras naciones y el poder real y potencial que aquellas tienen para lograrlos; 3) debe determinar hasta qué punto esos diferentes objetivos son compatibles unos con otros, “una nación que busca lograr una política exterior pacífica e inteligente no puede dejar de comparar sus propios objetivos y los objetivos de otras naciones a la luz de

⁵⁷⁰ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 539

su compatibilidad”⁵⁷¹; y 4) debe emplear los medios necesarios para lograr esos objetivos. El fallo en cualquiera de esas tareas puede conllevar el fracaso de la política exterior de un país y, con él, poner en riesgo la paz de la comunidad internacional.

Para lograr el mejor equilibrio entre la satisfacción de los propios intereses y los de las demás naciones, la diplomacia cuenta con tres tipos de medios fundamentales: la persuasión, el compromiso y la amenaza de la fuerza. Los tres tipos de medios deben, además, combinarse adecuadamente: si una delegación diplomática apuesta excesivamente por la amenaza de la fuerza probablemente no sea exitosa en el objetivo de evitar un enfrentamiento político; si, por el contrario, prescinde absolutamente de ese recurso, tal vez no sea tomada en serio. En definitiva: “el arte de la diplomacia consiste en poner el énfasis adecuado en el momento acertado en cada uno de estos medios a su disposición”⁵⁷².

Los instrumentos de la diplomacia serían básicamente dos: los ministerios de exteriores (en el propio país) y los representantes diplomáticos (que se envían a las capitales de los países extranjeros). Morgenthau considera que “mientras que el ministerio de exteriores es el cerebro de la política exterior, los representantes diplomáticos son los ojos, los oídos y la boca”⁵⁷³. El diplomático, según esto, tendría tres funciones básicas: la representación simbólica, la representación legal y la representación política. Esta última sería de lejos la función más importante; particularmente en cuanto que el diplomático es capaz de recopilar información, y en especial información secreta, que puede servir para calibrar los intereses de la nación extranjera y confrontarlos con los intereses propios, de forma que la política exterior pueda ser llevada a cabo con la lectura más acertada de la situación real. Además, por

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 540

⁵⁷² *Ibid.*, p. 541

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 542

supuesto, los diplomáticos cumplen con la importante tarea de negociar o preparar el negociado para acuerdos de paz, comerciales, etc.

Pero Morgenthau se muestra preocupado por lo que considera una situación de evidente declive de la diplomacia: “hoy la diplomacia ya no juega el papel, a menudo espectacular y brillante y siempre importante que jugó desde el fin de la Guerra de los Treinta Años hasta el principio de la Primera Guerra Mundial [...]. Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, la diplomacia ha perdido su vitalidad, y sus funciones se han marchitado como nunca antes lo habían hecho en la historia del moderno sistema de estados”⁵⁷⁴. Se identifican cinco causas de ese declive:

1) El desarrollo de las comunicaciones. Sobre ello hay poco que decir: es un hecho que a partir del siglo XX los avances técnicos y científicos han posibilitado una auténtica revolución que ha dinamitado los tiempos y las distancias que antaño condicionaban la práctica diplomática. La inmediatez que permiten los nuevos medios puede ser, sin embargo, un arma de doble filo si es que hace al diplomático perder de vista el sosiego y la prudencia que su oficio requiere.

2) La depreciación de la diplomacia: es una consecuencia directa de la depreciación de la política en general, que con tanta agudeza se había criticado en *SM*. Hay que insistir que Morgenthau considera un grave error la especie de tabú surgido del pensamiento liberal hacia la toma en consideración de la lucha por el poder como un factor determinante de las relaciones sociales: “la oposición y el desprecio hacia la diplomacia es [...] una concreta manifestación de la hostilidad hacia el moderno sistema de estados y hacia la clase de política internacional que éste ha producido”⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 545

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 546

En realidad, los métodos a menudo oscuros y secretos de la diplomacia, contrastan en particular con el postulado positivista del principio de publicidad, relacionado con el principio de legalidad y con la seguridad jurídica: “Durante y después de la Primera Guerra Mundial, recibió gran pábulo la opinión de que las maquinaciones secretas de los diplomáticos fueron en buena medida, si no de manera decisiva, causantes de esa guerra”⁵⁷⁶. Es por eso que el primero de los *Catorce Puntos de Wilson* consistió en poner fin a la diplomacia secreta: *no deberá haber acuerdos internacionales privados de ninguna clase, sino que la diplomacia deberá conducirse siempre de manera franca y a la vista del público*. En efecto, un tratado secreto, no puede ser una norma válida a los efectos del derecho internacional. He aquí otra comparación específica a realizar entre Kelsen y Morgenthau.

3) La diplomacia a través de procedimientos parlamentarios es consecuencia de la consideración anterior. Como un nuevo tipo de diplomacia, después de la Segunda Guerra Mundial se empieza a fomentar la idea de que la solución a los problemas internacionales debe ser alcanzada a través de procedimientos deliberativos, fundamentalmente en el marco de la ONU y otros organismos multilaterales. La puesta en práctica de estos procedimientos, sin embargo, es más aparente que real según Morgenthau, puesto que es inevitable que las negociaciones realizadas en los foros públicos sean siempre precedidas por reuniones privadas y negociaciones secretas.

4) El peculiar enfoque no tradicional que las dos superpotencias dieron a la diplomacia, en un clima enrarecido por la desconfianza mutua generada por la Guerra Fría.

5) A todo ello hay que añadirle la propia naturaleza de la política internacional contemporánea. Bajo la influencia de la ideología universalista, la diplomacia queda

⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 546-547

obsoleta: “la persuasión es vista como superchería, el compromiso significa traición y la amenaza de fuerza equivale a declarar la guerra” “no es la sensible, flexible y versátil mentalidad del diplomático, sino la rígida, implacable y unidireccional mente del militar lo que guía el destino de las naciones. La mente del militar no sabe nada de persuasión y de compromiso. Sabe sólo de victoria o de derrota”⁵⁷⁷.

Morgenthau, evidentemente, considera que esa forma de pensar pone gravemente en riesgo la paz porque, limitada al rígido corsé impuesto por las normas internacionales, no da margen a calibrar la política exterior de los estados en base a una comprensión racional de las circunstancias políticas. Piensa, no obstante, que tal situación puede ser revertida y a ese fin dedica las últimas páginas de *PAN*, donde se aprecia de forma más marcada el carácter no sólo analítico, sino también normativo-propositivo de la obra de Morgenthau.

b) El futuro de la diplomacia

Para volver a situar la diplomacia en el lugar que merecería habría que eliminar los factores que han causado su declive. Fundamentalmente, habría que acabar con esa concepción de las relaciones internacionales que desprecia la política del poder. La diplomacia “no es más que un síntoma de la lucha por el poder entre naciones soberanas que tratan de mantener ordenada y pacíficamente relaciones entre ellas. Si hubiera una forma de prohibir esa lucha por el poder en la escena internacional, la diplomacia desaparecería con ella”⁵⁷⁸. Las naciones que son soberanas inevitablemente quieren defender sus propios intereses, y por norma general quieren hacerlo de la manera menos gravosa posible. Puesto que la guerra es un recurso tremendamente costoso, lo normal es que los estados estén interesados en preservar la paz y el orden en sus relaciones con otros estados; y para hacerlo deben ser

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 550

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 551

capaces de persuadir, negociar y ejercer presión sobre ellos. Deben, en consecuencia, utilizar la diplomacia.

Se insiste en que los procedimientos deliberativos de tipo parlamentario no pueden ser sustitutos de la práctica diplomática tradicional. Tales procedimientos tenderían, según Morgenthau, a agravar más que a mitigar los conflictos internacionales. Por ello insiste en repasar lo que le parece que son los tres grandes vicios de la llamada nueva diplomacia: 1) la publicidad, 2) el voto mayoritario y 3) la fragmentación de los asuntos internacionales.

1. Respecto al “vicio” de la publicidad, complementando cuanto se ha dicho sobre los procedimientos de diplomacia parlamentaria, Morgenthau distingue entre los “pactos abiertos” y los “pactos a los que se llega en abierto”, entre la publicidad para los resultados de las negociaciones diplomáticas y entre la publicidad de las negociaciones diplomáticas en sí. “Desclasificar los resultados de las negociaciones diplomáticas es necesario por los principios de la democracia, porque sin ello no puede haber control democrático de la política exterior. En cambio, la publicidad para las propias negociaciones no sólo no es un requisito democrático, sino que va en contra del sentido común”⁵⁷⁹. Esa imposibilidad de dar publicidad al acto de negociar está directamente relacionada con la misma naturaleza de la negociación: que los otros estados conocieran las negociaciones podría implicar una situación de desventaja y, por lo tanto, un riesgo a la seguridad nacional, núcleo del interés nacional.

2. A propósito del “vicio” de la decisión mayoritaria, hay que recordar que Morgenthau considera que el método mayoritario (de dos tercios) empleado por la Asamblea General de Naciones Unidas antes que contribuir al arreglo pacífico de las controversias, tiende a agravarlas. Y ello porque permite escenificar el desacuerdo de

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 552

una amplia mayoría de estados que, sin embargo, no cambiará ni un ápice la conducta de un estado soberano lo suficientemente potente. De modo que con el voto mayoritario de los organismos internacionales lo único que se consigue es frustrar las hipotéticas expectativas respecto de los cambios que dicho voto vaya a provocar; consumiendo además tiempo y esfuerzos que podrían ser dedicados a otro tipo de negociación más productiva. “Votar habitualmente en contra de una minoría poderosa en el seno de un organismo deliberativo internacional [...] no contribuye a la preservación de la paz. La minoría no puede aceptar la decisión de la mayoría, y la mayoría no puede imponer su decisión. En el mejor de los casos, los procedimientos parlamentarios aplicados a la escena internacional dejan las cosas como están, dejan los problemas sin arreglar y los asuntos sin resolver. En el peor, no obstante, estos procedimientos envenenan el clima internacional y agravan los conflictos que pueden desembocar en guerras. Proporcionan a la mayoría la oportunidad de humillar públicamente a la minoría”. Y eso sin olvidar que, a su vez, el derecho de veto de los miembros permanentes del Consejo “proporciona a la minoría un arma con la que entorpecer la voluntad de la mayoría y con la que obstruir por completo el funcionamiento de los organismos internacionales”⁵⁸⁰.

Morgenthau sostiene que el voto mayoritario sí que tiene sentido dentro de un estado, en el interior del cual una minoría suele aceptar en términos generales la decisión mayoritaria. Pero carece de sentido en una sociedad como la internacional, compuesta por una amalgama de estados soberanos que no permitirán sin resistencia que las decisiones de otros les afecten en contra de su voluntad. En el ámbito internacional no hay constitución, no hay veto presidencial, no hay control jurisdiccional y no hay carta de derechos que impongan restricciones procedimentales y sustanciales sobre las mayorías en casos de abusos. Además, y éste es un argumento clave, la mayoría de dos tercios que se pueda alcanzar en la Asamblea General no refleja necesariamente —de hecho, raramente lo hace— la

⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 556

distribución de poder real entre sus miembros; al contrario de lo que teóricamente sucede en un parlamento nacional.

3. Por último, el “vicio” de la fragmentación se manifiesta en la misma esencia del procedimiento del voto mayoritario, que en cada caso debe ser tratado de forma particularizada, como un caso aislado. “Los hechos de la vida que serán objeto de la decisión mayoritaria se encuentran artificialmente separados de los hechos que les preceden, acompañan y siguen, y son transformados en un “caso” jurídico o en un “asunto” político a dirimir por la mayoría”⁵⁸¹. Pero es innegable que cada caso particular resulta ser solamente un fragmento de una situación más compleja y extensa, que hunde sus raíces en el pasado y que puede tener efectos en el futuro. Morgenthau considera que en un procedimiento de voto por mayorías no se pueden tener adecuadamente en cuenta esas circunstancias al tener que limitarse artificialmente el objeto a debatir y, en consecuencia, restringir el margen y la flexibilidad de la propia decisión. Para confirmarnos confianza en la política en detrimento del derecho, afirma que: “los problemas políticos nunca fueron solucionados de acuerdo con las reglas del juego jurídico, sino únicamente esquivados y finalmente archivados [...]. Sólo en raras ocasiones ha sido hecho un intento de afrontar las cuestiones políticas de las cuales estas situaciones son manifestaciones superficiales”⁵⁸².

Por todo ello, para Morgenthau la decadencia de la diplomacia implica también la decadencia de la paz. “Una diplomacia que, en lugar de hablar en términos conciliatorios al otro lado, se dirige al mundo con fines propagandísticos; que, en lugar de negociar con el compromiso como objetivo, se afana por conseguir triunfos baratos o irrelevantes mayorías [...] que en lugar de enfrentarse con los problemas centrales se contenta con manipular los secundarios, esa diplomacia es un riesgo y no

⁵⁸¹ *Ibidem*.

⁵⁸² *Ibid.*, p. 557

una ayuda para la causa de la paz”⁵⁸³. Influenciados por los tres vicios apenas comentados, “quienes se supone que son los cerebros de la diplomacia, su sistema nervioso, cumplen como mucho las funciones de terminaciones nerviosas. No hay nadie que contemple el problema de la política internacional como un todo y vea todos los casos particulares como fases y manifestaciones de un todo. Más bien, cada especialista del ministerio de exteriores se encasilla en los problemas que pertenecen estrictamente a su especialidad”⁵⁸⁴, sin tener en cuenta la visión holística que es imprescindible para resolver cualquier conflicto social o político. De este modo, puede comprobarse que la fragmentación no es un problema exclusivo del derecho internacional (especialmente destacado en nuestro tiempo)⁵⁸⁵, sino que aqueja también a la disciplina de las relaciones internacionales.

c) La promesa de la diplomacia: sus nueve reglas

De entre los factores que contribuyen al declive de la diplomacia, Morgenthau considera que donde es más necesario influir es en lo que él llama “nacionalismo universalista”, oxímoron que se ha adueñado del pensamiento mayoritario y de las instituciones internacionales, como las Naciones Unidas. Sólo descartando ese “nacionalismo universalista” la diplomacia podrá realizar su labor al servicio de la paz, encontrando las fórmulas más adecuadas para compatibilizar los distintos intereses nacionales que se manifiestan en el ámbito internacional en una permanente lucha por el poder.

Para avanzar hacia ese camino, Morgenthau formula *Nueve reglas de la diplomacia*. En ellas se concentra la esencia de su pensamiento político tanto como en los —mucho más conocidos— *Seis principios del realismo político*. Estas nueve reglas se

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 558

⁵⁸⁴ *Ibidem*.

⁵⁸⁵ El Informe de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas correspondiente al 58º periodo de sesiones, celebrado entre mayo y agosto de 2006, contiene un apartado especialmente interesante dedicado a la fragmentación del derecho internacional redactado por una comisión de expertos presidida por Martii Koskeniemi: *vid.* A/61/10, § 233 y ss.

dividen en *cuatro reglas fundamentales* y *cinco prerrequisitos del compromiso* que veremos a continuación.

Cuatro reglas fundamentales

1. La diplomacia debe huir de posiciones absolutas. “Las guerras de religión nos han enseñado que la pretensión de imponer la propia religión como la única verdadera al resto del mundo es tan frágil como costosa”⁵⁸⁶. Esa experiencia histórica debería ser suficiente como para descartar cualquier aspiración universalista —que para Morgenthau, en realidad, no puede ser otra cosa que una aspiración particular disfrazada de retórica universalista— difícilmente susceptible de imponerse sobre los demás de forma estable y permanente. Sólo teniendo en cuenta eso la diplomacia puede jugar con garantías su papel de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, ya que sólo así podrá alcanzar los acuerdos necesarios para combinar los diferentes intereses en juego.

2. Los objetivos de la política exterior deben definirse en términos de interés nacional y deben encontrarse respaldados por un poder suficiente. “El interés nacional de una nación amante de la paz sólo puede ser definido en términos de seguridad nacional, y la seguridad nacional debe ser definida como integridad del territorio nacional y de sus instituciones. La seguridad nacional, entonces, es el mínimo irreducible que la diplomacia debe defender con el respaldo de un poder suficiente”⁵⁸⁷. De ahí que el mantenimiento de un elevado nivel militar y el establecimiento de una área de influencia política no son lo que definen una política exterior exitosa, pero sí son las condiciones que la hacen posible.

3. La diplomacia debe observar el escenario político desde el punto de vista de otras naciones. Debe considerar permanentemente si los intereses que las otras naciones,

⁵⁸⁶ MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations... cit.*, p. 561

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 561

formulados también en términos de seguridad nacional, pueden colisionar con los intereses propios. En ese caso la diplomacia debe pensar en la solución menos gravosa y más duradera; o lo que es lo mismo, en una solución distinta a la guerra. Hay que tener en cuenta que en un escenario como en el que escribía Morgenthau, de Guerra Fría y de acentuada bipolaridad, este cálculo se vuelve considerablemente más complejo. No es de extrañar la consabida proliferación de agentes secretos y otros métodos de espionaje, a pesar de que su estatuto queda al margen de la legalidad y de los principios del estado de derecho.

4. Las naciones deben estar dispuestas a asumir compromisos sobre cualquier asunto, siempre que no sea vital; es decir, siempre que no afecte al mínimo intocable de su seguridad nacional. Esos compromisos dependen enteramente de la formación y de la calidad moral e intelectual de las personas que desempeñan la labor de diplomáticos: “no existe ninguna fórmula predeterminada para su aplicación automática. Sólo a través de un continuo proceso de adaptación, apoyado tanto por la firmeza como por la auto-contención, podrá ser alcanzado un compromiso en los asuntos secundarios [entendiendo por tales aquellos que no tienen que ver con la seguridad nacional]”⁵⁸⁸. Por ese motivo, el aseguramiento del mínimo vital del estado, su seguridad nacional, es una premisa sin la cual ninguna diplomacia se puede desarrollar y sin la cual, por lo tanto, ningún compromiso político internacional se puede alcanzar.

Cinco prerrequisitos del compromiso

1. Hay que considerar que el derecho no puede estar nunca por encima de la política. “Un diplomático que piensa en términos legalistas y propagandísticos siente la particular tentación de insistir en el tenor de la ley, como él interpreta la ley, y tiende a perder de vista las consecuencias que esa insistencia puede acarrear para su propia nación y para la humanidad. Puesto que hay derechos que defender, este tipo de

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 563

diplomacia piensa que ese asunto no puede ser negociado. Sin embargo, la elección que debe asumir el diplomático no es entre legalidad e ilegalidad, sino entre sabiduría política y locura política”⁵⁸⁹. La lógica del derecho, en consecuencia, habría de mantenerse al margen del trabajo del diplomático, quien se ha de preocupar por conseguir la situación más ventajosa para el país que representa, ateniéndose no a criterios “legalistas” sino al interés nacional.

2. Nunca te coloques en una posición de la que no te podrás retirar sin *perder la cara* o que no podrás superar sin graves riesgos. La violación de esta regla a menudo resulta de descuidar la precedente. “Una diplomacia que confunde la sombra de un derecho jurídico con la realidad de la ventaja política probablemente se sitúe en una posición en la que puede tener un reconocimiento jurídico, pero ningún negocio político”⁵⁹⁰.

3. “Nunca dejes que un aliado débil tome las decisiones por ti”⁵⁹¹. Una cosa es que se obtenga el apoyo puntual de un aliado, o que se construya una alianza política o militar de carácter más o menos estable; y otra es que se confunda el propio interés nacional con el interés nacional del aliado.

4. Los militares no deben determinar la política exterior. Las fuerzas armadas son instrumentos de guerra; mientras que la política exterior es un instrumento de paz. Es cierto que el sentido último de la guerra y de la política exterior es el mismo: ambos sirven al interés nacional. Pero ambos difieren, sin embargo, en su objetivo inmediato, en los medios que emplean y en los modos de pensar con los que realizan sus respectivas tareas⁵⁹². Tanto el objetivo de la guerra (romper la voluntad del enemigo) como su método (aplicar la mayor cantidad de violencia en el punto más débil del enemigo) son simples e incondicionales. Consecuentemente, los dirigentes

⁵⁸⁹ *Ibidem*.

⁵⁹⁰ *Ibidem*.

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 564

⁵⁹² *Ibidem*.

militares deben pensar en términos absolutos: “viven en el presente y en el futuro inmediato. La única cuestión ante ellos es cómo obtener victorias tan económica y rápidamente como sea posible y cómo evitar la derrota”⁵⁹³. La política exterior, particularmente la política exterior conducida a través de la diplomacia, es todo lo contrario. Tanto su objetivo (hacer ceder, que no romper, la voluntad de la contraparte tanto como sea necesario con el fin de salvaguardar los propios intereses sin lesionar los de la otra parte) como sus métodos (no avanzar destruyendo los obstáculos que se crucen en el propio camino, sino retrocediendo ante ellos, esquivándolos, circunvalándolos, haciéndolos más débiles o disolviéndolos aplicando la persuasión, la negociación o la presión) son relativos y condicionales. En consecuencia, la mente del diplomático es compleja y sutil: “ve el asunto que maneja como un momento histórico y más allá de la victoria del mañana anticipa las incalculables posibilidades del futuro”⁵⁹⁴. Y es que poco tienen que ver los métodos militares con la paciencia, la sensibilidad y la sutileza que requiere la buena diplomacia.

Dentro de una sociedad de estados soberanos, la fuerza militar es un instrumento necesario de la política exterior; sin embargo, esa fuerza militar debe estar siempre subordinada a las autoridades civiles, que constitucionalmente son responsables de ella: “la paz debe ser el objetivo de las políticas exteriores de las naciones conscientes de las potencialidades de la guerra moderna. La política exterior debe ser conducida de tal modo que haga posible la preservación de la paz, evitando el estallido inevitable de la guerra”⁵⁹⁵.

5. Por último, se vuelve a repetir la idea de que la política exterior no es una cuestión que deba ser sometida a la opinión pública. Si bien Morgenthau no está en contra de que se pueda ejercer un cierto control democrático sobre los resultados de la política

⁵⁹³ *Ibidem*.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 565

⁵⁹⁵ *Ibidem*.

exterior, no cree que las decisiones a tomar en materia de política exterior deban adoptarse siguiendo métodos democráticos o deliberativos⁵⁹⁶. Las decisiones en esta materia son tan delicadas que deben tomarse prescindiendo de los sentimientos (que tanto cuentan para la opinión de las masas) y ateniéndose a consideraciones enteramente racionales (que no racionalistas). Por otro lado, reconoce que un gobierno no puede ignorar del todo a la opinión pública, ni si quiera en los asuntos externos; por eso deberá buscarse el equilibrio más adecuado.

Para acabar, Morgenthau insiste en la inevitable precariedad a la que está condenada la paz en una sociedad, como la internacional, compuesta por estados soberanos. Pero, considerando que bajo las existentes condiciones la internacional continuará siendo una sociedad de estados soberanos, cree que la mejor fórmula para preservar esa precaria paz es la labor compleja y constante de los diplomáticos. Por eso se muestra profundamente preocupado por la correcta formación que necesitan quienes desempeñan las labores diplomáticas. Su adiestramiento es crucial para que puedan cumplir con la tarea de leer correctamente el panorama político internacional, reconociendo adecuadamente los distintos intereses que se encuentran en juego y la inevitable pugna que se produce entre ellos. Que esos intereses, en muchas ocasiones divergentes e incluso contradictorios, sean encauzados a través de resoluciones pacíficas es la gran labor del diplomático.

Quizá Morgenthau esté en lo cierto respecto de la eficacia y el buen hacer de la diplomacia para solucionar los conflictos internacionales. La cuestión, sin embargo, será si su planteamiento, alejado de la publicidad que requiere el estado de derecho y de la deliberación que requiere la democracia no implica tanto como aceptar que deban existir las *cloacas del estado*, ámbitos que el derecho no puede cubrir y donde, por lo tanto, el poder se encuentra libre de todo control y escrutinio.

⁵⁹⁶ *Vid.*, con toda claridad, en algunos de los textos recogidos en HANS J. MORGENTHAU, *The Decline of Democratic Politics* (3 vols.) The University of Chicago Press, 1962; especialmente, el vol. 1

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se han presentado las posiciones de Kelsen y de Morgenthau como dos maneras opuestas de contemplar las relaciones entre el derecho y la política en el ámbito internacional. De acuerdo con los objetivos planteados al inicio, realizar esta contraposición ha servido al menos para dos cosas. Por un lado, ha servido para profundizar en el conocimiento de las teorías de ambos autores, estableciendo un conjunto de vínculos entre ellas que ha pretendido poner de manifiesto sus fortalezas y debilidades. No se trataba en este sentido de realizar una tesis sobre dos autores, puestos uno al lado del otro, sino de obtener un producto con entidad propia, surgido de la contraposición entre ellos. Por otro lado, con este ejercicio se han querido buscar algunas referencias válidas a partir de las que poder asomarse a los complejos debates teóricos que hoy —como ayer— suscita la existencia misma del derecho internacional. Los resultados podrían ser sintetizados en siete reflexiones conclusivas:

1. *Se confirman los vínculos entre las teorías de Kelsen y Morgenthau.*

Del estudio combinado que aquí se ha realizado de sus obras se puede confirmar, en primer lugar, que existen vínculos relevantes entre las teorías de Kelsen y de Morgenthau. Formados en el mismo sustrato intelectual derivado de la *Staatsrechtslehre* alemana y habiendo seguido una trayectoria vital similar —como se ha mostrado en el Capítulo I—, ambos se vieron obligados a afrontar con sus teorías los mismos problemas de la realidad internacional. Pese a que en la gran mayoría de casos ofrecieron respuestas divergentes, y aunque han pasado a la historia del pensamiento como representantes de dos posiciones opuestas entre sí, en esta investigación se ha constatado que los vínculos teóricos entre ellos existen. Para encontrarlos, sin embargo, se ha hecho necesario bucear hasta el Morgenthau menos

conocido, que no es aquel analista de la política exterior, autor de los famosos *Seis principios de realismo político*, sino el ambicioso joven teórico del derecho que pretendía dar con la fórmula del equilibrio idóneo entre lo político y lo jurídico en el ámbito internacional. Pronto cejaría en ese esfuerzo para ocuparse únicamente de la teoría de la política internacional, asumiendo así que la balanza estaba destinada a decantarse siempre del lado del poder. Pero hasta que no da ese paso, materializado en la publicación de *PAN* en 1948, estamos ante un jurista. Un jurista que, como tantos otros de su generación, estuvo enormemente influido por Kelsen. Y no solamente estuvo influido por Kelsen, sino que le tomó como el principal referente en la construcción de lo que pretendía ser una nueva teoría del derecho internacional: la así llamada por él, teoría realista (1936) o teoría funcionalista (1940). Dicha teoría nunca llegaría a ser desarrollada como tal, pero sus principales postulados cobraron vida en la concepción del derecho internacional ofrecida en *PAN*, una concepción en la que el derecho quedaba enteramente condicionado a los resultados de la lucha por el poder que permanentemente tendría lugar en las relaciones internacionales en tanto que ámbito de lo político.

No se puede llegar a afirmar que la influencia sea recíproca. Sería engañoso decir que la teoría de Morgenthau haya influido en modo alguno en las posiciones de Kelsen. Sin embargo, en las obras de los años cincuenta sí que puede apreciarse alguna reacción del maestro vienés contra los enfoques realistas del derecho internacional a los que Morgenthau había contribuido decisivamente. En esta tesis se ha prestado atención a los esfuerzos de Kelsen en dejar clara su perspectiva jurídica en un tiempo en el que para los juristas internacionalistas era muy fácil dar el paso del derecho a las relaciones internacionales. Los únicos pasajes encontrados en los que Kelsen cita explícitamente a Morgenthau, en *Collective Security*, se refieren precisamente a esa circunstancia: “la oposición a la seguridad colectiva basada en el argumento de que ésta sirve para mantener el *status quo* es la consecuencia de una ideología anti-jurídica o, lo que es lo mismo, de una ideología anti-pacífica, que consciente o inconscientemente, directa o indirectamente, aboga por la política del

poder”¹. El viejo Kelsen lanza así el claro mensaje de que sin derecho no hay paz posible. Lo que se escondía tras las demandas de quienes, como Morgenthau, defendían restringir el papel del derecho en el ámbito internacional alegando su falta de dinamismo era, en realidad, la intención de librarse de aquellas normas jurídicas que interferían en la consecución de ciertos intereses particulares.

2. Las premisas importan.

A lo largo de este trabajo se ha insistido en que es necesario acudir a las premisas que sustentan el pensamiento de Kelsen y de Morgenthau para comprender el origen de las respuestas, tan diferentes, que proporcionan a los mismos problemas relacionados con la paz y el orden internacional. El desacuerdo epistemológico de fondo acerca de la relación entre el ser y el deber ser marca por completo sus divergentes caminos teóricos. Mientras que la validez y la eficacia normativa se distinguen netamente en la teoría kelseniana, en la teoría de Morgenthau, en cambio, permanecen ligadas por un vínculo tan estrecho que hace difícil su distinción. Alrededor de esta idea gira el concepto de derecho internacional articulado por cada uno de ellos. Hasta tal punto resultan diferentes sus concepciones que ha sido difícil mantener el esquema simétrico y paralelo a través del cual se ha articulado esta tesis. En los Capítulos III y V, referidos a los problemas concretos de la realidad internacional, ha sido posible mantener ese equilibrio estructural puesto que, hijos de la misma época, ambos se enfrentaron con los mismos grandes problemas. En los Capítulos II y IV, que trataban de comparar específicamente la teoría del derecho internacional de Kelsen con la teoría de la política internacional de Morgenthau, la tarea ha sido más complicada. De la teoría jurídica de Kelsen resulta relativamente sencillo extraer los caracteres de sistematicidad, coactividad y funcionalidad para reconstruir su aplicación al derecho internacional. En la teoría de Morgenthau, en cambio, estas tres características

¹ KELSEN, Hans, *Collective Security... cit.*, p. 44

aparecen mucho más difíciles de deslindar. Ello debido en parte a la menor claridad conceptual de Morgenthau, pero sobre todo, a su propia metodología, que reniega de las delimitaciones propuestas para la ciencia del derecho por la teoría pura. En cualquier caso, se han tratado de exponer lo más sistemáticamente posible los rasgos de la teoría jurídica de Morgenthau. Es cierto que ésta no presenta una gran relevancia por sí misma, pero creo que su exposición —además de servir de contrapunto a las posiciones de Kelsen— puede haber aportado algunas claves para entender el desarrollo de su teoría de las relaciones internacionales y la degradación del estatuto del derecho internacional que en ella tiene lugar.

Las diferentes premisas de partida se traducen de lleno en sus distintos conceptos del derecho internacional. El número de normas internacionales consideradas como normas válidas —o, lo que es lo mismo, como normas jurídicas existentes— resulta ser mucho mayor para Kelsen que para Morgenthau. Kelsen fue crítico con instrumentos internacionales como el Pacto Briand-Kellogg, el Pacto de la Sociedad de Naciones o la Carta de Naciones Unidas. Pudo aborrecer las deficiencias técnicas de las que estaban aquejados o incluso cuestionar su oportunidad política; pero en ningún caso dudó de su validez jurídica en tanto que normas producidas a través del procedimiento establecido por la regla del derecho internacional consuetudinario *pacta sunt servanda*. Se trataba de normas jurídicas válidas, y como tales tenían que ser aplicadas por los correspondientes órganos del derecho internacional. Esos mismos tratados internacionales, en cambio, no podían ser vistos por Morgenthau como normas jurídicas reales puesto que, al ser sus disposiciones frecuentemente violadas sin apenas consecuencias, su ineffectividad determinaba su invalidez. Si la validez normativa estaba estrechamente vinculada con la capacidad de la norma para devenir eficaz, entonces la falta de mecanismos sancionadores del derecho internacional restringía considerablemente el campo de aquellas normas que realmente podían ser consideradas normas jurídicas. La crítica que Morgenthau formulaba a la teoría positivista y, en consecuencia, a la posición mantenida por Kelsen, era la reducción del ser al deber ser. La crítica que merece Morgenthau, en

cambio, es que su posición reduce el deber ser al ser, privando así al derecho de influir en la configuración de la realidad social.

La divergencia en las premisas de partida desemboca, por lo tanto, en una divergencia teórica y ésta, a su vez, en una posible divergencia práctica. Es importante remarcar esta idea porque, como se ha advertido reiteradamente, tanto el pacifismo jurídico de Kelsen como el realismo jurídico de Morgenthau (al menos tal y como aquí han sido concebidos) contienen un fuerte carácter prescriptivo o performativo. Se trata de dos teorías que no se contentan con analizar la realidad del ámbito internacional y describirla tal cual es, sino que pretenden incidir en ella. Ambas son un buen ejemplo de que las teorías pueden (y deben) tener consecuencias en la práctica. De ahí debe derivarse, en mi opinión, una necesaria reflexión acerca de la responsabilidad del teórico y de su función social.

3. *¿Juridificar las relaciones internacionales o politizar el derecho internacional?*

Los desacuerdos de base entre los dos autores alcanzan también de lleno a sus propuestas acerca del mejor modo de conseguir la paz. La concepción liberal de la política conducía a Kelsen a considerar que una paz estable entre las naciones y entre los pueblos era posible siempre que se crearan las condiciones para ello; y el derecho era la principal herramienta para crear tales condiciones. La concepción agonística, anti-liberal, de la política mantenida por Morgenthau sugería, al contrario, que la paz era más bien el resultado de un precario equilibrio de poderes, susceptible de quebrarse en cualquier momento. Podría decirse que la propuesta de Kelsen se resume en la idea de la juridificación de las relaciones internacionales, mientras que la de Morgenthau consiste en la politización del derecho internacional. Ambas propuestas se manifiestan como tremendamente ambiciosas. Si el someter la paz al derecho en el ámbito internacional, como pretendía Kelsen, puede resultar utópico, no acaba siendo mucho menos utópica en el fondo la apelación de Morgenthau a

querer gestionar las relaciones internacionales a partir de la comprensión de aquello que es precisamente incompresible por irracional, que son los oscuros deseos de poder que se esconderían en el corazón de los hombres.

Si la propuesta de Kelsen se materializa en la figura del tribunal de justicia, en tanto que institución jurídica por excelencia, la de Morgenthau cobra vida en el papel sutil y sinuoso —aunque central— concedido a la diplomacia. Mientras que para Kelsen la razón del derecho no se detenía a la puerta de los estados-nación sino que iba mucho más allá para alcanzar a toda la humanidad, para Morgenthau, en cambio, el ámbito internacional era un ámbito si no del todo anárquico, sí un espacio en el que la falta de sociedad e instituciones hacían inevitable que las relaciones de poder cobraran toda su intensidad, relegando al derecho a un pequeño reducto de normas procedimentales. Así, mientras que el sometimiento de la guerra al derecho y su paulatina sustitución por la responsabilidad penal de los individuos representa para Kelsen el camino correcto (y único) hacia la paz, para Morgenthau, por el contrario, dicha propuesta cometía el error fundamental de cerrar los ojos a la realidad de la política internacional, dificultando así el establecimiento de las soluciones que la comunidad internacional necesitaba. Estas soluciones, para el de Coburg, no podían pasar por cambiar la sociedad internacional mediante el derecho —como pretendía Kelsen— sino por *acomodar* los distintos intereses en juego a través de la política. Es la diplomacia el instrumento que por excelencia serviría a esa tarea.

4. *Dos evoluciones: ¿globalización desregulada y tecnocracia europea?*

El resultado de llevar hasta sus extremos la propuesta de Morgenthau conduce si no a la negación del derecho internacional, al menos a su reducción a un escaso número de reglas procedimentales que únicamente pueden ser válidas en la medida en que no interfieran en el interés nacional de los estados. Tomada de una forma más o menos extrema, la posición de Morgenthau de que es la política lo que debe prevalecer en

todo caso al derecho internacional, es la idea que subyace al actual proceso de desformalización en el que el derecho internacional se encuentra actualmente inmerso. No es de extrañar, por eso mismo, que desde la caída de las Torres Gemelas haya recobrado actualidad su pensamiento y se hayan multiplicado los trabajos que recuperan sus tesis —justa o injustamente interpretadas, como hemos visto—.

Y es que el aparato conceptual ofrecido por Morgenthau, que permite aplicar a la esfera de las relaciones internacionales el más viejo y contrastado arte de la política, abre la puerta de par en par al modelo de globalización neoliberal contemporáneo. Puesto que lo que importa no son las formas jurídicas sino las relaciones de poder, el estado mismo es considerado como un ente transitorio, susceptible de ser sustituido por cualquier otra entidad que concentre el suficiente poder. Recordemos que del nuclear concepto de *interés nacional*, únicamente el sustantivo *interés* era lo inmutable en tanto que derivado de la naturaleza humana, mientras que el adjetivo *nacional* era accesorio. Podemos atrevernos a afirmar, entonces, que hoy el interés nacional está siendo sustituido por el *interés patrimonial*. Si entre las listas de las principales potencias económicas mundiales ya se cuentan más empresas que estados, si las cotizaciones bursátiles condicionan la actuación de los gobiernos con más fuerza que las obligaciones asumidas por la firma de tratados internacionales; si, en definitiva, los agentes de naturaleza privada, como conglomerados financieros o corporaciones transnacionales, tienen cada vez más peso en la política internacional, podríamos pensar entonces que sería el interés patrimonial, y no el interés nacional, el nuevo concepto clave para entender la realidad global. En este contexto, por seguir con el símil, ya no serían los diplomáticos, sino los *brokers*, los encargados de velar por la paz a través de la acomodación de los distintos intereses en juego. No serían ya los hombres de estado, sino los *shareholders* (los accionistas) quienes marquen las líneas a seguir en el juego de la política mundial.

Pero si la lógica desformalizadora (o anti-formalista) de Morgenthau conduce —por supuesto, combinada con una infinidad de factores adicionales— a la globalización

desregulada de la actualidad, la lógica formalista de Kelsen, por el contrario, podría verse reflejada en un esquema similar a lo que hoy es la Unión Europea. Edificada a través de un método federalista en el que los estados miembros ceden parte de su soberanía a una entidad común, con una importantísima diversidad cultural en su interior y con un tribunal de justicia —el de Luxemburgo— que ha desempeñado un papel clave en el desarrollo del derecho comunitario (históricamente mucho más importante que el propio parlamento)², la Unión ha conseguido descartar la guerra como un medio de resolución de conflictos entre sus estados miembros. Y eso, en un continente con el pasado bélico del europeo, debe ser valorado. Puede pensarse por ese motivo que la Unión Europea sea la entidad política que más se ha aproximado a un modelo de construcción jurídico-política que Kelsen miraría con agrado. Y, sin embargo, este modelo ha mostrado a las claras las insuficiencias de un sistema institucional que, guiado más por un tribunal y por un banco que por un parlamento —Comisión y Consejo al margen—, ha permitido que la democracia sea fagocitada por la tecnocracia. Esa despolitización del derecho europeo ha sido un factor decisivo, precisamente, para que se hayan producido en estos últimos años los cambios normativos demandados por los nuevos poderes privados de la globalización; y, lo que es más grave, para que esos cambios se introduzcan en nombre de la eficiencia presupuestaria, la racionalización del gasto público u otros conceptos presentados como técnicos y, en consecuencia, no cuestionables por legos en la ciencia económica. Es por eso que, pese a las peticiones de la ciudadanía europea, no se consentirá en someter a referéndum la firma de la llamada Asociación Transatlántica de Comercio e Inversiones (TTIP, por sus siglas en inglés) que se está negociando durante estos meses entre la Unión Europea y Estados Unidos, y que promete ser un nuevo paso en el proceso de degradación de los servicios públicos y de las garantías de los derechos sociales que hasta ahora habían caracterizado el modelo social europeo. En definitiva, si tomamos la Unión Europea como referente,

² Cfr. POIARES MADURO, Miguel, *We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution: a critical reading of Article 30 of the EC Treaty*, Hart, Oxford, 2002 ; también LA TORRE, Massimo, “Legal Pluralism as Evolutionary Achievement”, en *Ratio Juris*, vol. 12, nº 2, 1999, 182-195

se pone de manifiesto el difícil encaje —Heller diría que radicalmente imposible— que tiene la construcción de una entidad política supranacional con el respeto hacia las reglas de la democracia, ambas ideas igualmente defendidas por Kelsen.

5. *Universalismo y particularismo.*

Ese difícil encaje que se plantea entre el desarrollo del derecho internacional y la legitimidad democrática tiene que ver con otra de las cuestiones que se han puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo. Se trata de la tensión entre el universalismo y el particularismo que se refleja en los postulados mantenidos por Kelsen y por Morgenthau. La lógica del derecho, tal y como Kelsen la plantea, es una lógica por definición universalista; y, por el contrario, la lógica de la política, tal y como es concebida por Morgenthau, es una lógica particularista. De esta contraposición se derivan dos enfoques antagónicos de enfrentarse con los problemas de la paz y el orden internacional. La proyección universalista del derecho, en tanto que instrumento general y abstracto, lo convertía para Kelsen en la mejor herramienta para afrontar *objetivamente* los conflictos internacionales. Sólo de un tercero imparcial, es decir, de un tribunal, cabía esperar esa objetividad. Dicha objetividad, sin embargo, no era posible para Morgenthau. Para él la mejor fórmula para solventar los conflictos internacionales no era la generalidad y abstracción del derecho, sino la singularidad y la concreción que sólo era capaz de aportar el enfoque político. La solución a un conflicto internacional, por lo tanto, no habría de venir dada por ese tercero pretendidamente imparcial, sino por las propias partes; por la capacidad de las partes de hacer confluir sus respectivos intereses a través de la negociación política facilitada por la diplomacia. Esta solución, sin embargo, plantea no pocas dudas, fundamentalmente, si la concebimos en el marco de un estado de derecho, en el que el poder estatal (también cuando se trata de la política exterior) está sometido a la ley. La ley exige publicidad, mientras que la negociación diplomática exige secreto.

Puesto al lado del realismo político de Morgenthau, el pacifismo jurídico de Kelsen se manifiesta ciertamente idealista y rígido. Al prestar insuficiente o nula atención al contexto social en el que operan las normas del derecho internacional construye una teoría que privilegia la validez formal de las normas en detrimento de su eficacia. Sabemos que asumir plenamente la prohibición de la intervención en el territorio de otros estados establecida por la Carta de Naciones Unidas, por ejemplo, implica con demasiada frecuencia una considerablemente escasa operatividad, una muy menguada capacidad de reacción de la comunidad internacional. La respuesta ante manifiestas violaciones masivas de derechos humanos se ve lastrada por la instrumentalización que del Consejo de Seguridad hacen sus cinco miembros permanentes. La solución que la postura de Morgenthau ofrece a esta situación, que propone privilegiar la eficacia a la validez implica, sin embargo, un coste no menor. Si se asume que la respuesta ante los conflictos internacionales ha de ser fundamentalmente política y no jurídica, se asume entonces que hay poderes que no están (*que no deben estar*) sometidos al derecho. Se asume, entonces, una quiebra del principio de legalidad.

6. *¿Hacia una política del derecho internacional?*

Al hilo de estas reflexiones, sería aventurado, y tal vez demasiado predecible, tratar de formular una síntesis entre las posiciones de Kelsen y de Morgenthau. Plantear algo así como un *formalismo realista* es una tentación a la que resultaría fácil sucumbir aquí. Tal concepto, no obstante, se presentaría como una insalvable *contradictio in terminis*: el formalismo descuida inevitablemente la realidad, mientras que el realismo ignora por definición las formas. No me atrevo a llegar tan lejos como para formular un concepto así. Sí que considero, en cambio, que es necesario apuntar hacia el desarrollo de teorías que sean capaces de encontrar mejores fórmulas de convivencia entre el derecho y la política en el ámbito

internacional. Ello, por supuesto, tampoco supone ninguna novedad. Koskenniemi habla de una *política del derecho internacional*³, en tanto que un enfoque teórico preocupado por combinar la insoslayable realidad de las relaciones de poder existentes en el ámbito internacional con el mantenimiento de una *formalización moderada* del derecho internacional. Si las enseñanzas de Morgenthau resultan claves para lo primero, la recuperación de la teoría internacionalista de Kelsen se hace imprescindible para lo segundo.

Frente a las actuales teorías que pretenden aplicar la lógica desformalizadora neoliberal a la teoría del derecho internacional a través de marcos conceptuales como el *rational choice* (Posner y Goldsmith⁴ o Guzman⁵), Jochen von Bernstorff ha explicado con toda claridad el sentido de recuperar hoy la teoría internacionalista de Kelsen⁶. Es cierto que se trata de una teoría formalista, en la que cualquier contenido es posible *a priori*. Tener una forma vacía no es mucho pero, sin embargo, ya es algo. Sin el establecimiento de un marco normativo no puede haber una igualdad aproximada en el juego político, pero tampoco en el económico ni en el social. La forma no es suficiente pero sí es necesaria. He ahí el valor de la teoría kelseniana, que aunque seguramente no consigue construir una ciencia completamente objetiva, sí sirve, en mi opinión, para ofrecer ese marco dentro del cual lo político tenga lugar. Al hacerlo, lo jurídico no necesariamente se coloca por encima de lo político, pero sí afirma su racionalidad propia y autónoma respecto de éste. Por eso el derecho no puede ser el simple reflejo de la política: es mucho menos y, a la vez, mucho más. La condición mínima para que el derecho pueda funcionar como ese campo de juego

³ KOSKENNIEMI, Martii, *The Politics of International Law*, cit. Las teorías que pretenden aplicar el esquema constitucionalista al derecho internacional parecen no haber entendido, precisamente la esencia de la política internacional y la estructura crecientemente pluralista y fragmentada de lo que es cada vez menos un derecho inter-nacional para ser un derecho post-nacional. Ésa es la tesis que ha mantenido Krisch: vid. KRISCH, Nico, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, 2010.

⁴ POSNER, Eric A. y GOLDSMITH, Jack L., *The Limits of International Law*, cit.

⁵ GUZMAN, Andrew T., *How International Law Works. A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, 2008

⁶ Vid. von BERNSTORFF, Jochen, *The Public International Law Theory... cit.*, pp. 233 y ss.

donde la política tiene lugar es, ya se sabe, la prohibición general de la guerra o, lo que es lo mismo, la consideración de que la guerra sólo puede ser o sanción o delito. No debemos minusvalorar la importancia de esta idea, que en la época en la que Kelsen la formuló supuso un paso fundamental hacia la racionalización y la modernización del derecho internacional. Perseverar en la idea de la prohibición de la guerra, por muy poco que parezca, nos da un asidero fundamental al que agarrarnos para reivindicar con fuerza el derecho internacional frente a quienes hoy tratan de negar su normatividad, presentando como lo más racional aquello que interfiere a los intereses —nacionales o patrimoniales— que defienden.

7. El test de los derechos humanos.

Sea como fuere, me parece que hay una prueba que se puede añadir a estas reflexiones y que serviría para valorar de un modo definitivo las virtudes y defectos de cada una de las teorías aquí analizadas. Se trata del *test de los derechos humanos*. Una teoría jurídica o política que no es útil para garantizar los derechos humanos en un sentido fuerte, es decir, que no tiene un potencial emancipador, no merece demasiada atención. Para realizar este *test* basta acudir a alguna situación actual en la que los derechos humanos están siendo vulnerados y pensar qué soluciones daría cada una de las teorías en juego. No importa en qué caso pensemos: el marco conceptual de Kelsen ofrece siempre una solución más satisfactoria que el de Morgenthau en este sentido. Sin derecho no hay derechos, y por eso el proceso de desformalización del derecho internacional está directamente relacionado con la crisis del estado de derecho y de los derechos. La apelación a la lucha por el poder de Morgenthau está inevitablemente reñida con la lógica de los derechos que —por utilizar la expresión de Ferrajoli— no es ya la ley del más fuerte, sino la ley del más débil.

La tensión entre el derecho y la política es irresoluble. Sólo a través de una larga y en ocasiones penosa lucha podemos hacer que la balanza se decante del lado del más débil. Me niego a creer, por lo tanto, que esa lucha pueda ser únicamente la lucha por el propio interés, tal y como la plantean Morgenthau y los realistas. La política no necesariamente debe ser pensada como la eterna lucha de unos contra otros, sino que también puede ser la acción común, el actuar juntos como iguales, tal y como nos hizo ver Hannah Arendt. Es posible, en consecuencia, imponer la lógica de la solidaridad (plasmada en el respeto a los derechos) a la lógica de la competencia. Esa es la esencia de la lucha por el derecho⁷ y por los derechos, que es una lucha inevitablemente política. Una lucha que, como la historia interminable de Michael Ende, no tiene fin, sino que debe ser luchada día a día. Como parte de esa lucha ha sido concebido este trabajo, que ha tratado de ofrecer sólo una aproximación parcial a la maraña de enredos en la que se encuentra atrapado el derecho internacional.

⁷ *Vid.* von IHERING, Rudolf, *La lucha por el derecho*, versión de Adolfo Posada, prólogo de Leopoldo Alas, Comares, Granada, 2008

BIBLIOGRAFÍA

1. Kelsen

- a) Monografías o colecciones de ensayos
- b) Artículos en revistas o en obras colectivas

2. Morgenthau

- a) Monografías y obras colectivas
- b) Artículos en revistas o en obras colectivas

3. Otros autores

4. Referencias literarias

1. Kelsen

a) Monografías o colecciones de ensayos

- KELSEN, Hans, *La Teoría Del Estado De Dante Alighieri*, traducción y estudio preliminar de Luis Requejo Pagés, KRK, Oviedo, 2007 [1905]
- *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, edición de Agostino Carrino, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1997 [1911, 2ª ed. 1923]
- *De la esencia y el valor de la democracia*, traducción y estudio preliminar de Luis Requejo Pagés, KRK, Oviedo, 2006 [1920, 2ª ed. 1929]
- *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, edición de Agostino Carrino, Giuffrè, Milán, 1989 [1920, 2ª ed. 1928]
- *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato. Studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto*, edición de Agostino Carrino, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1997 [1922, 2ª ed. 1928]
- *Socialismo e Stato. Una ricerca sulla teoria politica del marxismo*, trad. y estudio introductorio de Roberto Racinaro, De Donato, Bari, 1978 [1923]
- *Teoría General del Estado*, trad. de Luis Lezaz y Lacambra, Coyoacán, México, 2008 [1925]
- *El Estado como integración. Una controversia de principio*, estudio preliminar y trad. de Juan A. García Amado, Tecnos, Madrid, 1997 [1930]

- *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, trad. de Luis Legaz, Reus-Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933
- *Teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, estudio introductorio de Carlos Cossio, trad. de Jorge G. Tejerina, Losada, Buenos Aires, 1941 [1934]. También utilizada la versión italiana: *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, prefacio y trad. Renato Treves, Einaudi, Turín, 2000
- *The Legal Process and International Order*, Constable and Co., Londres, 1935
- *Legal Technique in International Law: a Textual Critique of the League Covenant*, Geneva Research Centre, Ginebra, 1939
- *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, prólogo de Luis Récasens Siches, trad. de Florencio Acosta, Fondo de Cultura Económica, México, 1996 [1942]. También utilizada la versión italiana: *Diritto e pace nelle relazione internazionale*, estudio introductorio de Carlo Nitsch, Giuffrè, Milán, 2009
- *El contrato y el tratado. Analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*, trad. Eduardo García Máynez, introducción A. Noriega, Imprenta Universitaria, Colofón, México, 2002 [1943]
- *La paz por medio del derecho*, estudio introductorio de Massimo La Torre y Cristina García Pascual, trad. de Luis Echávarri, Trotta, Madrid, 2003 [1944]
- *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, pref. de Ettore Gallo, intro. de Gaetano Pecora, ETAS, 2009 [1945]
- *Autobiografía*, traducción y presentación de Luis Villar Borda, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2008 [1947]
- *Scritti autobiografici*, edición a cargo de Mario G. Losano, Diabasis, Reggio Emilia, 2008
- *The Political Theory of Bolshevism. A Critical Analysis*, University of California Press, Los Ángeles, 1948
- *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Lawbook Exchange, New Jersey, 2000 [1950]
- *Principles of International Law*, Lawbook Exchange, New Jersey, 2003 [1952, 2ª ed. 1967]. Hay traducción en castellano: *Principios de derecho internacional público*, trad. de Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida, estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2013
- *¿Qué es la justicia?*, Fontamara, México, 2008 [1953]
- *Collective Security Under International Law*, Lawbook Exchange, New Jersey, 2001 [1957]
- *Teoría pura del derecho* (2ª ed.), trad. de Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 2009 [1960]. También utilizada la versión italiana: *Dottrina pura del diritto*, estudio introductorio y trad. de Mario G. Losano, Einaudi, Turín, 1966
- *Teoría general de las normas*, Trillas, México, 2007 [1979]
- *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin*, ed. Eckhart Arnold, Buenos Aires, Katz, 2006 [2004]
- *¿Qué es justicia?*, ed. a cargo de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1982

- *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, ed. a cargo de Juan Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988
- *Ecrits français de droit international*, ed. a cargo de Charles Leben, Presses Universitaires de France, París, 2001

KELSEN, Hans, y CAMPAGNOLO, Umberto, *Diritto internazionale e Stato sovrano*, ed. a cargo de Mario G. Losano, Giuffrè, Milán, 1999. Hay traducción al castellano: *Derecho internacional y estado soberano. Un diálogo con Kelsen sobre paz, federalismo y soberanía*, trad. de Consuelo Ramón Chornet, Tirant lo Blanch-Publicacions Universitat de València, Valencia, 2007

KELSEN, Hans y SCHMITT, Carl, *La polémica Schmitt / Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución / ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, estudio preliminar de Giorgio Lombardi, trad. de Manuel Sánchez y Roberto J. Brie, Tecnos, Madrid, 2009 [1931]

KELSEN, Hans y VOLPICELLI, Arnaldo, *Parlamentarismo, democracia e corporativismo (1930)*, ed. a cargo de Mario G. Losano, Arango, Turín, 2012

b) Artículos en revistas o en obras colectivas

- KELSEN, Hans, “Zur Reform der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wehrmacht Österreich-Ungarns”, en *Zeitschrift für Militärrecht*, 1917, pp. 8-23
- “Anticritica”, en KAUFMANN, Erich, *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, ed. a cargo de Agostino Carrino, trad. Roberto Miccú y Agostino Carrino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992 [1921], pp. 97-102
 - “Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public”, *Recueil des Cours 1926*, Académie de Droit International, París, 1927, pp. 227-331
 - “Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht” en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 12, 1932, pp. 481-608
 - “Théorie Générale du Droit International Public. Problèmes choisis”, *Recueil des Cours 1932*, Académie de Droit International, París, 1932, pp. 120-349
 - “La technique du droit international et l’organisation de la paix”, en *Revue de Droit international et de Législation comparée*, nº 61, 1934, pp. 5-24. Existe una traducción al castellano de Luis Legaz: “La técnica del Derecho Internacional y la organización de la paz”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1935, pp. 769-789
 - “Traité internationaux à la charge d’États tiers”, en *Mélanges offerts à Ernest Mahaim*, t.2, Liège, Recueil Sirey, París, 1935, pp. 164-172

- “Contribution à la théorie du traité international”, en *Internationale Zeits c/ Neif für die Theorie des Rechts, Revue internationale de la théorie du droit*, 1936, pp. 253-292
- “La transformation du droit international en droit interne”, en *Revue Générale de Droit International Public*, n° 43, 1936, pp. 5-49
- “De la séparation du Pacte de la Société des Nations et des traités de paix”, en *La Crise Mondiale. Collection d'études publiée à l'occasion du Dixième Anniversaire de l'Institut Universitaire de Hautes Études Internationales par ses professeurs*, Éditions Polygraphiques, Zürich, 1938. VIII, pp. 143-173
- “À propos de la théorie de la primauté du droit international”, en *Revue Générale de Droit International Public*, n° 45, 1938, pp. 504-506
- “Théorie du droit international coutumier”, en *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. X, 1939, pp. 253-274
- “La Théorie Juridique de la Convention”, en *Archives de la Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, Paris, 1940, pp. 33-70
- “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, en *Harvard Law Review*, vol. 55, n° 1, 1941, pp. 44-70
- “The Law as a Specific Social Technique”, en *University of Chicago Law Review*, vol. 9, n° 1, 1941, pp. 75-97
- “Essential Conditions of International Justice”, en *American Society of International Law Proceedings*, vol. 35, 1941, pp. 70-85
- “International Peace-By Court or Government?”, en *The American Journal of Sociology*, vol. 46, n° 4, 1941, pp. 571-581
- “Compulsory Adjudication of International Disputes”, en *American Journal of International Law*, vol. 37, n° 3 (Julio 1943), pp. 397-406
- “Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals”, en *California Law Review*, vol. 31, n° 5 (diciembre 1943), pp. 530-571
- “The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization”, en *Yale Law Journal*, vol. 53, n° 2, 1944, pp. 207-220
- “The Strategy for Peace”, en *The American Journal of Sociology*, vol. 49, n° 5, 1944, pp. 381-389
- “The Rule against Ex Post Facto Laws and the Prosecution of Axis War Criminals”, en *Judge Advocate Journal*, n° 2, 1945, pp. 8-12
- “The Old and the New League: The Covenant and the Dumbarton Oaks Proposals”, en *American Journal of International Law*, vol. 39, n° 1, 1945, pp. 45-83
- “The Preamble of the Charter: A Critical Analysis”, en *The Journal of Politics*, vol. 8, n° 2, 1946, pp. 134-159
- “Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations”, en *Harvard Law Review*, vol. 59, n° 7, 1946, pp. 1087-1121
- “Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations”, en *Iowa Law Review*, vol. 31, n° 4, 1946, pp. 499-543

- “Limitations on the Functions of the United Nations”, en *Yale Law Journal*, vol. 55, nº 5, 1946, pp. 997-1015
- “Membership in the United Nations”, en *Columbia Law Review*, vol. 46, nº 3, 1946, pp. 391-411
- “Will the judgement in the Nuremberg trial constitute a precedent in international law?” en *International Law Quarterly*, vol. I, nº 2, verano 1947. Traducción italiana: “Il processo di Norimberga e il diritto internazionale”, en *Nuovi Studi Politici*, nº 19, 1989, pp. 99-115
- “Law, State and Justice in Pure Theory of Law”, en *Yale Law Journal*, vol. 57, nº 3, 1948, pp. 377-390
- “Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics”, en *American Political Science Review*, vol. 42, nº 5, 1948 pp. 906-914
- “Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations”, en *American Journal of International Law*, vol. 42, nº 4, 1948
- “The Settlement of Disputes by the Security Council”, en *International Law Quarterly*, vol. 2, nº 2, 1948, pp. 173-213
- “Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements: An Analysis of Article 103 of the Charter”, en *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, nº 3, 1948
- “The North Atlantic Defense Treaty and the Charter of the United Nations”, en *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, vol. 19, 1949 pp. 41-48
- “Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations”, en *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, nº 1, 1951, pp. 1-15
- “The Future of Collective Security”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 21, nº 2, 1951, pp. 83-96
- “Foundations of Democracy”, en *Ethics*, vol. 66, nº 1, 1955, pp. 1-101. Hay una versión castellana: “Los fundamentos de la democracia”, en *Escritos sobre democracia y socialismo*, ed. a cargo de Juan Ruiz Manero, Madrid, Debate, pp. 207-333
- “È possibile e desiderabile definire l’aggressione?”, en *Scritti di Diritto Internazionale in honore di Tomaso Perassi*, Giuffrè, Milán, 1957, vol II, pp. 1-19
- “Tributes to Sir Lauterpacht”, en *European Journal of International Law*, vol. 8, nº 2, 1997 [1961], pp. 309-312

2. Morgenthau

a) Monografías o colecciones de ensayos

- MORGENTHAU, Hans J., *Die internationale Rechtspflege, ihr Wesen und ihre Grenzen*, Robert Noske, Leipzig, 1929. Existe una traducción parcial al italiano en *Il concetto del politico*. “Contra” Schmitt, ed. a cargo de Alessandro Campi y Luigi Cimmino, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009, pp. 155 y ss.
- *La notion du “politique” et la théorie des différends internationaux*, Sirey, París, 1933. Trad. inglesa: *The Concept of the Political* (ed. y prefacio Hartmut Behr y Felix Rösch), Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2012
- *La réalité des normes. En particulier des normes du droit international*, Alcan, París, 1934
- (ed.), *Peace, Security and the United Nations*, The University of Chicago Press, 1945
- *Scientific Man vs. Power Politics*, University of Chicago Press, 1946
- *Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace*, (7ª ed., revisada por K. W. Thompson y W. D. Clinton), Mc Graw Hill, Nueva York, 2006. Trad. castellana: *La lucha por el poder y por la paz*, trad. de Francisco Cuevas Cancino, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1963 [1948]
- *In Defense of the National Interest: A Critical Examination of American Foreign Policy*, Alfred A. Knopf, Nueva York, 1951
- (ed.) *Germany and the Future of Europe*, The University of Chicago Press, 1951
- *The Purpose of American Politics*, Alfred A. Knopf, Nueva York, 1960
- *Politics in the Twentieth Century* (3 vols.), The University of Chicago Press, 1962
- *Vietnam and the United States*, Public Affairs, Washington, 1965
- *A New Foreign Policy for the United States*, Praeger, Nueva York, 1969
- *Truth and Power: Essays of a Decade, 1960-70*, Praeger, Nueva York, 1970
- *Science: Servant or Master?*, New York American Library, Nueva York, 1972
- *Escritos sobre política internacional*, ed. y trad. de Esther Barbé, Tecnos, Madrid, 1990
- MORGENTHAU, Hans J. y THOMPSON Kenneth W. (eds.), *Principles and Problems of International Politics. Selected Readings*, Alfred A. Knopf, Nueva York, 1950
- MORGENTHAU, Hans J. y CHOMSKY, Noam, *El interés nacional y los documentos del Pentágono*, Cuadernos Beta, A. Recondo, Barcelona, 1973 [1972]

b) Artículos en revistas o en obras colectivas

- MORGENTHAU, Hans J., “Théorie des sanctions internationales”, en *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. 16, no. 3º (1935), pp. 474-503 y nº 4 (1935), pp. 809-836
- “Positivism mal compris et théorie réaliste du droit international”, en *Colección de Estudios históricos, jurídicos, pedagógicos y literarios ofrecidos a D. Rafael Altamira y Crevea*, Bernejo, Madrid, 1936, pp. 446-465
- “The end of Switzerland’s differential neutrality”, en *American Journal of International Law*, vol. 32, 1938, pp. 558-562
- “The Problem of Neutrality”, en *The University of Kansas City Law Review*, vol. 7, 1939, pp. 109-128
- “Positivism, Functionalism, and International Law”, en *American Journal of International Law*, vol. 34, nº 2 (Abril 1940), pp. 260-284
- “Professor Karl Neumeyer”, en *American Journal of International Law*, vol. 35, nº 4, 1941, p. 672
- “Review of Book: *Law without Force*, by Gerhart Niemeyer”, en *Iowa Law Review*, vol. 27, nº 2 (Enero 1942), pp. 350-355
- “Review of Book: *Power Politics*, by Georg Schwarzenberger”, en *American Journal of International Law*, nº 36, 1942 pp. 351-352
- “Implied Regulatory Powers in Administrative Law”, en *Iowa Law Review*, vol. 28, nº 4, 1943, pp. 575-612
- “Implied Limitations on Regulatory Powers in Administrative Law”, en *Chicago Law Review*, vol. 2, nº 2, 1944, pp. 91-116
- “The Limitations of Science and the Problem of Social Planning”, en *Ethics*, vol. 54, nº 3 (1944), pp. 145-147
- “The Machiavellian Utopia”, en *Ethics*, vol. 55, nº 2, 1945, pp. 145-147
- “The Evil of Politics and the Ethics of Evil”, en *Ethics*, vol. 56, nº 1, 1945, pp. 1-18
- “Preface”, en MORGENTHAU, Hans J. (ed.), *Peace, Security and the United Nations*, The University of Chicago Press, 1945, pp. 5-8
- “Views of Nuremberg: Further Analysis of the Trial and Its Importance”, en MORGENTHAU, Hans J., *Politics in the Twentieth Century* (vol. 1), The University of Chicago Press, 1962, pp. 377-379
- “The Twilight of International Morality” en *Ethics*, vol. 58, nº 2 (Enero 1948), pp. 79-99
- “International Affairs”, en *The Review of Politics*, nº 10, 1948, pp. 493-497
- “The Problem of Sovereignty Reconsidered”, en *Columbia Law Review*, vol. 48, nº 3 (Abril, 1948), pp. 341-365
- “The Political Science of E. H. Carr” en *World Politics*, vol. 1, nº 1 (Octubre 1948), pp. 127-134
- “Germany: the Political Problem”, en MORGENTHAU, Hans J. (ed.), *Germany and the Future of Europe*, The University of Chicago Press, 1951, pp. 76-88

- “Another *Great Debate*: The National Interest of the United States” en *American Political Science Review*, vol. 46, 1952, pp. 961-988
- “Building a European Federation” en *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*, vol. 46 (1952), pp. 130-134
- “Political Limitations of the United Nations,” en LIPSKY George A., (ed.), *Law and Politics in the Contemporary World: Essays on Hans Kelsen’s Pure Theory and Related Problems in International Law*, University of California Press, Berkeley, 1953
- “Les dangers du *néo-pazifisme*”, en *Preuves*, no. 80 (1957), pp. 66-70
- “L’Etat universal et les institutions supranationales”, en *Comprendre*, vol. 23, n° 4 (1962), pp. 1-11
- “A World State?” en *Pax Romana*, vol. 1 (1963), pp. 7-11 y 14
- “The Political Conditions for an International Police Force”, en *International Organization*, vol. 17, n° 2 (Primavera 1963), pp. 393-403
- “The Impartiality of the International Police”, en ENGEL, Salo y MÉTALL, Rudolf A. (eds.), *Law, State, and International Legal Order: Essays in Honor of Hans Kelsen*, University of Tennessee Press, Knoxville, 1964
- “Bernard Johnson’s Interview with Hans J. Morgenthau”, en THOMPSON, Kenneth y MEYERS, Robert J., (eds.), *Truth and Tragedy: A Tribute to Hans J. Morgenthau*, Transaction, New Brunswick, 1984 [1968], pp. 333-386
- “The Incarnation of Demoniac Power”, en *Business Week*, n° 2276, 21 de abril 1973, p. 12
- “International Law and International Politics: An Easy Partnership”, *Proceedings of the Annual Meetings of the American Society of International Law* (1974), pp. 331-334
- “Henry Kissinger, Secretary of State”, en *Encounter*, vol. 43, n° 6, 1974, pp. 57-61
- “Science of Peace: A Rationalist Utopia”, en *Social Research*, vol. 42, n° 1, 1975, pp. 20-34
- “Hannah Arendt, 1906-1975”, en *Political Theory*, vol. 4, no. 1 (February 1976), pp. 5-8
- “Fragment of an Intellectual Autobiography: 1904-1932”, en THOMPSON, Kenneth y MEYERS, Robert J., (eds.), *Truth and Tragedy: A Tribute to Hans J. Morgenthau*, Transaction, New Brunswick, 1984, pp. 1-17

3. Otros autores

AMSTRUP, Niels, “The “Early” Morgenthau. A Comment on the Intellectual Origins of Realism”, en *Cooperation and Conflict*, 13, 1978, pp. 163-175

ANZILOTTI, Dionisio, *Scritti di Diritto Internazionale Pubblico*, CEDAM, Pádua, 1956

ARENDDT, Hannah, “We, refugees”, en ROBINSON, Marc (ed.), *Altogether Elsewhere. Writers on Exile*, Faber & Faber, Boston, 1994, pp. 110-119, p. 110 [1943]

— *La condición humana*, trad. Ramón Gil, Paidós, Barcelona, 1993 [1958]

— *Eichmann en Jerusalén*, trad. de Carlos Ribalta, Debolsillo, Barcelona, 2010 [1963]

ARON, Raymond, *Paz y guerra entre las naciones* (2 vols.), trad. y prefacio Mari Carmen Ruiz de Elvira, Alianza, Madrid, 1985 [1962]

AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence. Or, the Philosophy of Positive Law*, 2 vols., 5ª ed., John Murray, Londres, 1911 [1861]

BAIN, William: “Deconfusing Morgenthau: Moral Inquiry and Classical Realism Reconsidered”, en *Review of International Studies*, nº 26, 2000, pp. 445-464

BARBÉ, Esther, “El papel del realismo en las relaciones internacionales (La teoría de la política internacional de Hans J. Morgenthau)”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), nº 57, Julio-Septiembre, 1987, pp. 149-176

— “Estudio preliminar”, en MORGENTHAU, Hans J., *Escritos sobre política internacional*, ed. y trad. de Esther Barbé, Tecnos, Madrid, 1990

— *Relaciones Internacionales* (3ª ed.), Tecnos, Madrid, 2007

BARKAWI, Tarak, “Strategy as a Vocation: Weber, Morgenthau and Modern Strategic Studies”, en *Review of International Studies*, 24, 1998, pp. 159-184

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, con un comentario de Voltaire, trad. de Juan A. de las Casas, intro y notas Juan A. Delval, Alianza, Madrid, 2003 [1764]

BEHR, Hartmut y HEATH, Amelia, “Misreading in IR Theory and Ideology Critique: Morgenthau, Waltz, and Neo-realism”, en *Review of International Studies*, vol. 35, nº 2, 2009, pp. 327-349

- BEHR, Hartmut y RÖSCH, Felix, “Introduction”, en MORGENTHAU, Hans J., *The Concept of the Political*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2012 [1933], pp. 1-79
- BENTHAM, Jeremy, *Theory of Legislation* (2 vols.), Weeks, Jordan & Company, Boston, 1840
- BERLIN, Isaiah, *The Hedgehog and the Fox*, Weidenfeld & Nicolson, Londres, 1953
- von BERNSTORFF, Jochen, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen. Believing in Universal Law*, Cambridge University Press, 2010
- BESSON, Samantha y TASIOLAS, John (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, New York, 2010
- BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 1982
- *El tercero ausente*, trad. de Pepa Linares, Cátedra, Madrid, 1997 [1989]
- *Una guerra giusta? Sul conflitto del Golfo*, Marsilio, Venecia, 1991
- *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991
- *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1992
- “Democracia y sistema internacional”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 4, 1994, p. 5-21
- BOBBIO, Norberto y MATTEUCCI, Nicola (Dirs.), *Diccionario de política* (2 vols.), Siglo XXI, Madrid, 1983
- BOBBIO, Norberto y ZOLO, Danilo, “Hans Kelsen, la teoría del derecho y el derecho internacional. Un dialogo de Norberto Bobbio y Danilo Zolo”, en *Anuario de filosofía jurídica y social*, 1999
- BOLT, Ernest C., *Ballots Before Bullets. War Referendum Approach to Peace in America, 1914-41*, University of Virginia Press, Charlottesville, 1988 [1977]
- BOLTON, John R., *Surrender Is Not an Option. Defending America at the United Nations and Abroad*, Simon & Schuster, Nueva York, 2008
- BERGMAN, G. Merle, “The Communal Concept of Law”, en *Yale Law Journal*, vol. 55, nº 1, 1947, pp. 55-82

- BOYLE Francis Anthony, *World Politics and International Law*, Duke University Press, Durham, 1985
- BROWN, Cris, “The Twilight of International Morality”? Hans J. Morgenthau and Carl Schmitt on the end of the *Jus Publicum Europaeum*”, en WILLIAMS, Michael C. (ed.), *Realism Reconsidered: The Legacy of Hans J. Morgenthau in International Relations*, Oxford University Press, 2008, pp. 42-61
- BULL, Hedley, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*, Columbia University Press, 2002 [1977]
- “Hans Kelsen and International Law”, en TUR, Richard, y TWINING, William (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford University Press, 1986, pp. 321-336
- BYERS, Michael y NOLTE, Georg (eds.), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge University Press, 2003
- CALAMANDREI, Piero, *Fe en el derecho*, ed. de Silvia Calamandrei, trad. y prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, Marcial Pons, Barcelona, 2009 [1940]
- CALSAMIGLIA, Albert, “Ciencia y racionalidad en Kelsen”, estudio preliminar a KELSEN, Hans, *¿Qué es justicia?*, ed. a cargo de Id., Ariel, Barcelona, 1982, pp. 7-34
- CAMPAGNOLO, Umberto, *Nations et droit. Le développement du droit international entendu comme développement de l'État*, Alcan, París, 1938
- *Verso una costituzione federale per l'Europa. Una proposta inedita del 1943*, ed. a cargo de Mario G. Losano, Giuffrè, Milán, 2003
- *Conversazioni con Hans Kelsen: documenti dell'esilio ginevrino 1933-1940*, edición a cargo de Mario G. Losano, Giuffrè, Milán, 2010
- CAMPDERRICH BRAVO, Ramón, “Soberanía y orden internacional en la filosofía política y jurídica de Hans Kelsen y Carl Schmitt: aportaciones a un debate reciente”, en *Anuario de filosofía del derecho*, nº 23, 2006, pp. 205-217
- CAMPIONE, Roger, *El nomos de la guerra. Genealogía de la “guerra justa”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009
- CARR, Edward H., *La crisis de los veinte años (1919-1939). Una introducción al estudio de las relaciones internacionales*, prólogo de Esther Barbé, trad. de Emma Benzal, Catarata, Madrid, 2004 [1939]

- CARRINO, Agostino (ed.), *Kelsen e il problema della sovranità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1990
- CARTY, Anthony, *The Decay of International Law. A reappraisal of de limits of legal imagination in international affairs*, Manchester University Press, 1986
 — “The Continuing Influence of Kelsen on the General Percepcion of the Discipline of International Law”, en *European Journal of International Law*, nº 9, 1998, pp. 344-354
 — *Philosophy of International Law*, Edinburgh University Press, 2007
- CARVAJAL, Leonardo, “Morgenthau: ¿el Maquiavelo de la política internacional?”, en *OASIS. Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales*, nº 12, 2007, pp. 253-269
- CASSESE, Antonio, *Il diritto internazionale nel modo contemporaneo*, il Mulino, Bologna, 1984
 — *International Law*, Oxford University Press, New York, 2005 (2ª edición)
- CELANO, Bruno, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, il Mulino, Bologna, 1995
- CIAURRO, Luigi, “Postilla alla critica giuridica di Kelsen sul proceso di Norimberga”, en *Nuovi Studi Politici*, nº 19, 1989, pp. 117-126
- von CLAUSEWITZ, Carl, *Della guerra*, edición a cargo de Gian Erico Rusconi, Einaudi, Turín, 2000
- CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, prólogo de Michelangelo Bovero, Fondo de Cultura Económica-UNAM, México, 2009
- CRAIG, Campbell, “Hans Morgenthau and world state revisted”, en WILLIAMS, Michael, C. (ed.), *Realism Reconsidered: The Legacy of Hans J. Morgenthau in International Relations*, Oxford University Press, 2008, pp. 195-215
- CUENCA GÓMEZ, Patricia, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008
 — “La relación entre el derecho y el poder en la teoría pura del derecho de H. Kelsen”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 13, 2010, pp. 273-296

- D'ASPREMONT, Jean, "Hart et le positivisme postmoderne en droit international", en *Revue Générale de Droit International Public*, 113(3), pp. 635-654
- DE LUCAS, Francisco Javier, "Anotaciones sobre el principio kantiano de publicidad", en *Dianoia*, nº 33, 1987, pp. 131-148
- "Introducción a la selección de textos de Condorcet", Castellón y Becker, *¿Es conveniente engañar al pueblo?*, trad. Francisco Javier de Lucas, Madrid, CEC, 1991
- "La insumisión como desobediencia civil en democracia" (1994), en V.V.A.A., *En legítima desobediencia: Tres décadas de objeción, insumisión y antimilitarismo*, Traficantes de sueños, Madrid, 2002, pp. 213-216
- *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*, Icaria, Barcelona, 2003
- DE LUCAS, Francisco Javier y RAMÓN CHORNET, Consuelo, "La vuelta de un oxímoron. A propósito de la guerra justa" en SÁNCHEZ DURÁ, Nicolás (ed), *La guerra*, ed. Pre-textos, Valencia, 2006, pp. 247-265
- *Querela Pacis, Perpetua? Una reivindicación del Derecho Internacional*, Ed. PUV, 2007
- DÍAZ, Elías, *El derecho y el poder. Realismo crítico y filosofía del derecho*, Dykinson-IDHBC, Madrid, 2013
- DINER, Dan y STOLLEIS, Michael (eds.), *Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition*, Bleicher Verlag, Gerlingen, 1999
- DRURY, Shadia B., *Leo Strauss and the American Right*, Palgrave Macmillan, 1999
- DYZENHAUS, David, *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford University Press, 1997
- EINSTEIN, Albert, *La mentalidad militar*, trad. de Laura Manero, Alpha Decay, Barcelona, 2005
- ENGEL, Salo (ed.) *Law, State and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, The University of Tennessee Press, Knoxville, 1964
- ERASMO de ROTTERDAM, *The complaint of peace, Translated from the Querela Pacis*, Hard Press, 2013 [1517]
- ESQUIVEL PÉREZ, Javier, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, UNAM, Mexico, 1980

- FALK, Richard, *The Status of Law in International Society*, Princeton University Press, 1970
- FASSÓ, Guido, *Historia de la filosofía del derecho. Vol. III: Siglos XIX y XX*, trad. de José F. Lorca, Pirámide, Madrid, 1979 [1970]
- FELLER, Abraham, H., “Review of Hans Kelsen *The Law of the United Nations*”, en *Columbia Law Review*, vol. 51, nº 4, 1951, pp. 537-539
- FERGUSSON, Adam, *Cuando muere el dinero. La pesadilla de la hiperinflación en la República de Weimar*, trad. de María Hernández, Alianza, Madrid, 2010 [1975]
- FERNÁNDEZ BUEY, Francisco, *Albert Einstein. Ciencia y conciencia*, El Viejo Topo, Madrid, 2005
- FERNÁNDEZ CAMPO, Sabino, *Los discursos del poder. Palabras que cambiaron el curso de la historia*, Belaqva, Barcelona, 2003
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2005 [1989]
- *Derechos y garantías. La ley del más débil*, prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2006 [1999]
- *Razones jurídicas del pacifismo*, ed. de Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2004
- *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (3 vols.), trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011 [2007]
- *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2008
- FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012
- FREI, Christoph, *Hans J. Morgenthau. An Intellectual Biography*, Baton Rouge, LA, Louisiana State University Press, 2001
- “Hans J. Morgenthau’s Early Quest”, en HACKE, Christian *et al*, *The Heritage, Challenge and Future of Realism: In Memoriam Hans J. Morgenthau (1904-1980)*, V&R, Gotinga, 2005, pp. 39-48
- FREUD, Sigmund, *Más allá del principio del placer*, trad. de Luis López Ballesteros, RBA, Barcelona, 2002 [1920]
- FRIEDMAN, Wolfgang G., *An Introduction to World Politics*, Macmillan, Londres, 1951

- FRISCH PHILIPP, Frisch, *La forma en que se plasmó la teoría pura del derecho de Hans Kelsen en la jurisdicción austriaca*, trad. de Elsa Bieler, Coyoacán, México, 2011
- FUKUYAMA, Francis, *El fin de la historia y el ultimo hombre*, Planeta, Barcelona, 2002 [1992]
- GANDHI, Mahatma K., *Teoria e pratica della non-violenza*, ed. a cargo de Giuliano Pontara, Einaudi, Turín, 1973
- GARCÍA AMADO, Juan A., *Hans Kelsen y La Norma Fundamental*, Marcial Pons, 1996
- GARCÍA, Caterina y RODRIGO, Ángel J., *Los límites del proyecto imperial. Estados Unidos y el orden internacional en el siglo XXI*, Catarata, Madrid, 2008
 — (eds.), *Unidad y pluralismo en el derecho internacional público y en la comunidad internacional. Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas. Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011
- GARCÍA PASCUAL, Cristina, *Legitimidad democrática y poder judicial*, prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1996
 — “Orden jurídico cosmopolita y estado mundial en Hans Kelsen”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 2/1999
 — “El Derecho Internacional en la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen”, en DE LUCAS, Francisco Javier *et al.*, *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002
 — “Contra el Derecho Internacional. Imperialismo americano y subjetividad jurídica”, en BARRANCO, M^a del Carmen, *et al.*, *Perspectivas actuales de los sujetos de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 247-270
 — “Justicia y mal absoluto”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 28, 2012, pp. 55-77
 — *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional* [inédito]
- GARCÍA SAEZ, Jose Antonio, “Las aspiraciones cosmopolitas de la ciudadanía europea a la luz del Tratado de Lisboa”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 19, 2009, pp. 24-43
 — “Guerra, coacción y autotutela en el pacifismo jurídico de Hans Kelsen”, en *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, Año 2010, nº 11, pp. 177-189
 — “Siete notas sobre el pacifismo jurídico de Norberto Bobbio”, en ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier e IGLESIAS GARZÓN, Alberto (eds.); *Norberto Bobbio: aportaciones al análisis de su vida y de su obra*, Dykinson-IDHBC, Madrid, 2010, pp. 489-510

- “Piratas, emperadores y nazis. La individualización de la sanción como base de la justicia penal internacional en el pacifismo jurídico de Hans Kelsen”, en VVAA, *Derecho Penal Internacional y Memoria Histórica. Desafíos del pasado y retos del futuro*, Fabian Di Placido, Buenos Aires, 2012, pp. 137-155
- “El pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli en *Principia Iuris*”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 25, 2012, pp. 82-102
- “El pacifismo jurídico en el siglo XX a través de las obras de Kelsen, Bobbio y Ferrajoli” (Capítulo XIV), en PECES BARBA, Gregorio et al., *Historia de los derechos humanos en el siglo XX*, tomo IV, Dykinson-IDHBC, Madrid, 2013, pp. 651-685
- “Memoria histórica y aplicación retroactiva de la sanción penal. Algunos fundamentos desde el pacifismo jurídico de Hans Kelsen”, en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 4, 2013, pp. 139-153
- “A propósito del paso de Hans J. Morgenthau por España: *Positivism mal entendido y teoría realista del derecho internacional*”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 30, 2014 [en prensa]

GARCÍA-SALMONES ROVIRA, Mónica, *The Project of Positivism in International Law*, Oxford University Press, 2013

GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, *Teoría de la revolución. Sistema e historia*, prólogo de Eusebio Fernández, CSIC-Plaza y Valdés, Madrid, 2010 [1932]

GREWE, Wilhelm, *The Epochs of International Law*, trad. de Michael Byers, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 2000 [1984]

GROSS, Leo, “Hans Kelsen: October 11, 1881-April 15, 1973”, en *The American Journal of International Law*, vol. 67, nº 3, 1973, pp. 491-501

- “On the Justiciability of International disputes”, en THOMPSON, Kenneth y MEYERS, Robert J., (eds.), *Truth and Tragedy: A Tribute to Hans J. Morgenthau*, Transaction, New Brunswick, 1984, pp. 203-217

GUASTINI, Riccardo, *Lezioni di teoria costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2001

GUZMAN, Andrew T., *How International Law Works. A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, 2008

HABERMAS, Jürgen, *El Occidente escindido*, trad. de José Luis López, Trotta, Madrid, 2006 [2004]

- *Más allá del Estado nacional*, Trotta, Madrid, 2008 [1997]

HACKE, Christian, et al (eds.), *The Heritage, Challenge, and Future of Realism. In Memoriam Hans J. Morgenthau (1904-1980)*, Bonn University Press, 2005

- HART, Herbert L. A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1997. Trad. catalán: *El concepte de dret*, trad. de Pau Luque, edicions de la Ela Geminada, Girona, 2012 [1961]
- “Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law”, en Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, 1983, pp. 309-342. Hay traducción al castellano: “La teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho”, en CASANOVAS, Pompeu y MORESO, José Juan (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Barcelona, 1994, pp. 383-421
- HAYEK, Friedrich A., *Camino de servidumbre*, Alianza, Madrid, 2005 [1944]
- HEGEL, G. W. Friedrich, *Principios de filosofía del derecho. O derecho natural y ciencia política*, trad. de Juan Luis Vermal, Edhasa, Barcelona, 1999 [1821]
- HEIDEGGER, Martin, *Ser y tiempo*, trad. de José Gaos, RBA, Barcelona, 2004
- HELLER, Hermann, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, trad. y estudio preliminar de Mario de la Cueva, Fondo de Cultura Económica, México, 1995 [1927]
- *Teoría General del Estado*, estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2004 [1934]
- *Escritos políticos*, Alianza, Madrid, 1985
- *El sentido de la política y otros ensayos*, Pre-textos, Valencia, 1996
- HERZ, John, H., “The Pure Theory of Law Revisited: Kelsen’s Doctrine in the Nuclear Age”, en ENGEL, Salo (ed.) *Law, State and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, The University of Tennessee Press, Knoxville, 1964, pp. 107 y ss.
- “Letter to the Morgenthau Conference”, en HACKE, Christian, et al (eds.), *The Heritage, Challenge, and Future of Realism. In Memoriam Hans J. Morgenthau (1904-1980)*, Bonn University Press, 2005, pp. 23-28
- HIRSCH, Felix. E., “Hermann Oncken and the End of an Era”, en *The Journal of Modern History*, vol. 18, nº 2, 1946, pp. 148-159
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, 2 vols., trad. y prólogo de Carlos Mellizo, RBA, Barcelona, 2002 [1651]
- HOFFMANN, Standley, “An American Social Science: International Relations”, en *Daedalus*, nº 106, 1977, pp. 41-60

HONIG, Jan Willem, “Totalitarianism and Realism. Hans Morgenthau’s German Years”, en *Securiy Studies*, n° 5 (1995/6), pp. 283-313

HUBBARD-BROWN, Janet, *Condoleezza Rice. Stateswoman*, Chelsea House, Nueva York, 2008

HUSSERL, Edmund, *Investigaciones lógicas* (2 vols.), trad. de Manuel G. Morente y José Gaos, Alianza, Madrid, 1982 [1900/1901]

HYDE, Charles Ch., *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, Little, Brown, 1922

von IHERING, Rudolf, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. Enrique Príncipe y Satorres, estudio preliminar José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 1998 [1852-1865]

— *La lucha por el derecho*, versión de Adolfo Posada, prólogo de Leopoldo Alas, Comares, Granada, 2008

JABLONER, Clemens, “Kelsen and his Circle: The Viennese Years”, en *European Journal of International Law*, n° 9, 1998, pp. 368-385

— “El concepto jurídico de la teoría pura del derecho”, en VILLAR BORDA, Luis (Comp.), *Hans Kelsen, 1881-1973*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2004, pp. 17-44

JANIS, Mark W., “Jeremy Bentham and the Fashioning of International Law”, en *The American Journal of International Law*, vol. 78, n° 2, 1984, pp. 405-418

JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, Fondo de Cultura Económica, México, 2000 [1911]

JERVIS, Robert, *Perception and Misperception in International Politics*, Princeton University Press, 1976

JESTAEDT, Matthias, “Estudio preliminar”, en KELSEN, Hans, *Autobiografía*, traducción y presentación de Luis Villar Borda, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2008 [1947], pp. 21-50

JÜTERSONKE, Oliver, “Hans J. Morgenthau on the Limits of Justiciability in International Law: Tension and Dispute”, en *Journal of the History of International Law*, 8, n° 1, 2006, p. 181-211

— “The image of law in *Politics Among Nations*”, en WILLIAMS, Michael C. (ed.), *Realism Reconsidered: The Legacy of Hans J. Morgenthau in International Relations*, Oxford University Press, 2008, pp. 93-117

- *Morgenthau, Law and Realism*, Cambridge University Press, 2010
- “Hans J. Morgenthau and the World State: Realism and the Legacy of Kelsenian Formalism”, texto preparado para la Conferencia anual de la *British International Studies Association* (BISA), celebrada en Manchester en abril de 2011 [se cita con permiso expreso de su autor]
- “Echoes of a Forgotten Past: Mid-Century Realism and the Legacy of International Law”, en *Ethics and International Affairs*, 26, n° 3, 2012, pp. 373-386
- KAGAN, Robert, *El retorno de la historia y el fin de los sueños*, trad. de Alejandro Pradera, Taurus, Madrid, 2008
- KAMMERHOFER, Jörg, *Uncertainty in International Law. A Kelsenian Perspective*, Routledge, Londres, 2011
- KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, intro. y trad. de Pedro Ribas, RBA, Barcelona, 2004 [1781, 2ª ed. 1787]
- *Ensayos sobre la paz, el progreso y el ideal cosmopolita*, prólogo de Manuel Garrido, Cátedra, Madrid, 2009
- KAUFMAN, Robert, “Morgenthau’s Unrealistic Realism”, en *Yale Journal of International Affairs*, 24, 2005-2006, pp. 24-38
- KAUFMANN, Erich, *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, ed. a cargo de Agostino Carrino, trad. R. Miccú y Agostino Carrino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992
- KENNEDY, Hellen, *Carl Schmitt en la República de Weimar. La quiebra de una constitución*, prefacio de Eloy García, trad. de Pedro Lomba, Tecnos, Madrid, 2012 [2004]
- KINGSBURY, Benedict, “Legal Positivism as Normative Politics. International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim’s Positive International Law”, en *European Journal of International Law*, n° 13, 2002
- KEOHANE, Robert O., “Theory of World Politics. Structural Realism and Beyond”, en FINIFTER, Ada W. (ed.), *Political Science: The State of the Discipline*, ASPA, Washington D.C., 1983
- KEOHANE, Robert O. y NYE, Joseph, *Power and Interdependence*, Longman, 4ª ed., 2012 [1977]

von KIRCHMANN, Julius H., *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. y escrito preliminar de Antonio Truyol y Serra, Civitas-Colección de Estudios Políticos, Madrid, 1949 [1847]

KISSINGER, Henry, “A Gentle Analyst of Power: Hans Morgenthau”, en *The New Republic*, vol. 14, nº 4, 1980, pp. 12-14

KOSKENNIEMI, Martii, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2005 [1989]

— “Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations”, en BYERS, Michael (ed.), *The Role of Law in International Politics. Essays in International Relations and International Law*, Oxford University Press, 2000 pp. 17-34

— *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, 2001

— “Global Governance and Public International Law”, en *Kritische Justiz*, Vol. 37, 2004, pp. 241-254

— *The Politics of International Law*, Hart, Oxford, 2011

— “Introduction”, en LAUTERPACHT, Hersch, *The Function of Law in International Community*, Oxford University Press, 2011 [1933]

KRISCH, Nico, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, 2010

KUNZ, Joseph L., “La primauté du droit des gens” en *Revue de droit international et de législation comparée*, 1925, pp. 556-598

— “The Viena School and International Law”, en *New York University Law Quarterly Review*, vol. 11, nº 3, 1934, 370-421

— “Niemeyer on Law without Force A Review en *Michigan Law Review*, vol. 39, nº 8, 1941, pp. 1337-1344

— “Compulsory International Adjudication and Maintenance of Peace”, en *American Journal of International Law*, nº 38, 1944, pp. 673-678, p. 678

LACASTA, José Ignacio, “Camino de terciopelo en la filosofía jurídica española”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 20, 2010, pp. 171-178

LADAVAC, Nicoletta B., *Hans Kelsen à Genève. 1933-1940*, Thémis, Ginebra, 1996

— “Hans Kelsen (1881-1973) Biographical Note and Bibliography”, en *European Journal of International Law*, nº 9, 1998, pp. 391-400

— *Con esattezza kelseniana. Precisazioni sulla dottrina pura del diritto nelle lettere di Kelsen a Losano*, Giuffrè, Milán, 2003

— “Diritto e pace in Hans Kelsen”, en *Sociologia del Diritto*, año 39, nº 1, 2012, pp. 79-96

- LAGI, Sara, *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920) Los orígenes de “De la esencia y valor de la democracia”*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2007
- “Kelsen e il diritto internazionale in Europa ed in America”, en LA TORRE, Massimo (ed.), *Tra apologia e utopia. Forma e decisione nel diritto internazionale (Il contributo di Martii Koskenniemi)*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2013, pp. 57-65
- LANDAUER, Carl, “Antinomies of the United Nations. Hans Kelsen and Alf Ross and the Charter”, en *European Journal of International Law* (2003), vol. 14, n° 4, pp.767-799
- LA TORRE, Massimo, “Un jurista en el crepúsculo de Weimar. Política y derecho en la obra de Hermann Heller”, trad. de Antonio Lastra, en HELLER, Herman, *El sentido de la política y otros ensayos*, Pre-textos, Valencia, 1996, pp. 9-54
- “Legal Pluralism as Evolutionary Achievement”, en *Ratio Juris*, vol. 12, n° 2, 1999, 182-195
- *La crisi del novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Dedalo, Bari, 2006
- *Law as Institution*, Springer, Heidelberg, 2010
- LA TORRE, Massimo y GARCÍA PASCUAL, Cristina, “La utopía realista de Hans Kelsen”, estudio introductorio a KELSEN, Hans, *La paz por medio del derecho*, cit. pp. 9-29
- LAUTERPACHT, Hersch, *The Function of Law in the International Community*, introducción de Martii Koskenniemi, Oxford University Press, 2011 [1933]
- “The Grotian Tradition in International Law”, en *XXIII British Year Book of International Law*, 1946, pp. 1-53
- *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge University Press, 2010 [1958]
- LEGAZ y LACAMBRA, Luis, “Kelsen y el Pensamiento Jurídico Español”, en ENGEL, Salo (ed.) *Law, State and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, The Univesity of Tenennessee Press, Knoxville, 1964, pp. 171-179
- LEBEN, Charles, “Hans Kelsen and the Advancement of International Law”, en *European Journal of International Law*, n° 9, 1998, pp. 287-305
- *The advancement of international law*, Hart, Oxford, 2010
- LEBOW, Richard Ned, *The Tragic Vision of Politics. Ethics, Interests and Orders*, Cambridge Univesity Press, 2003

- LEBOW, Richard Ned y ERSKINE, Toni (eds.), *Tragedy and International Relations*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2012
- LIPSKY, George A., (ed.), *Law and Politics in the Contemporary World: Essays on Hans Kelsen's Pure Theory and Related Problems in International Law*, University of California Press, Berkeley, 1953
- LITTLE, Richard, "The balance of power in *Politics Among Nations*", en WILLIAMS, Michael C., *Realism Reconsidered: The Legacy of Hans J. Morgenthau in International Relations*, Oxford University Press, pp. 137-165
- LLOREDO ALIX, Luis M., *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento*, Dykinson-IDHBC, Madrid, 2012
- LOMBARDI, Giorgio, "Estudio preliminar. La querella Schmitt/Kelsen: Consideraciones sobre lo vivo y lo muerto en la gran polémica sobre la justicia constitucional del siglo XX", en KELSEN, Hans y SCHMITT, Carl, *La polémica Schmitt / Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución / ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. IX-LXXII
- LÓPEZ PINA, Antonio, "Hermann Heller y España", en HELLER, Hermann, *Escritos políticos*, Alianza, Madrid, 1985, pp. 335-382
- LOSANO, Mario G., "Saggio introduttivo", en KELSEN, Hans, *Dottrina pura del diritto*, Einaudi, Turín, 1966
- *Forma e realtà in Kelsen*, Edizioni di Comunità, Milán, 1981
- *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*, Giuffrè, Milán, 1977
- "Savigny en la correspondencia de Ihering y Gerber", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 18, 1978, pp. 321-340
- "Presenze italiane in Kelsen", en KELSEN, Hans, y CAMPAGNOLO, Umberto, *Diritto internazionale e Stato sovrano*, ed. a cargo de Mario G. Losano, Giuffrè, Milán, 1999, pp. 7-77
- "Il testo fondamentale della dottrina pura del diritto", en LADAVAC, Nicoletta B., *Con esattezza kelseniana. Precisazioni sulla dottrina pura del diritto nelle lettere di Kelsen a Losano*, Giuffrè, Milán, 2003, pp. 3-31
- "Hans Kelsen: Una biografía cultural mínima", en *Derechos y libertades*, nº 14, Época II, enero 2006, pp. 113-128
- "Prefazione", en KELSEN, Hans, *Scritti autobiografici*, edición a cargo de LOSANO Mario G., Diabasis, Reggio Emilia, 2008, pp. 7-35
- "La trilogía su Umberto Campagnolo (1907-1976): Kelsen, il federalismo, la «guerra giusta» e la guerra europea", en *Memorie 35-36 (2011-2012) della Classe*

- di Scienze Morali, Storiche e Filologiche*, vol. 145, 2011, pp. 45-59 [Debo al profesor Losano la cortesía de compartir este escrito conmigo antes de su publicación]
- “Gli anni americani di Hans Kelsen”, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, año XLI, nº 1, junio 2011, pp. 253-258
- *Tra democrazia in crisi e corporativismo in ascesa: Il primo libro italiano di Hans Kelsen*, Arango, Turín, 2012
- LUDWIK, Fleck, *La génesis y el desarrollo de un hecho científico. Introducción a la teoría del estilo de pensamiento y del colectivo de pensamiento*, trad. Luis Meana, prólogo de Lothar Schafer, y Thomas Schnelle, Alianza, Madrid, 1986 [1935]
- LUZZATI, Claudio, “Más allá de Kelsen. Monismo y pluralismo en el derecho internacional”, en *Doxa*, nº 22, 1999, pp. 134-170
- MANNHEIM, Karl, *Ideologia i utopia. Una introducció a la sociologia del coneixement*, trad. de Joan Fontcuberta i Gel, ed. y prólogo de Salvador Cardús i Ros, Edicions 62, Barcelona, 1987 [1929]
- MAQUIAVELO, Nicolás, *El príncipe*, cap. XV, RBA, Barcelona, 2004 [1532]
- MARTÍN, Sebastián, “Los fundamentos sociales, políticos y jurídicos del Rechtsstaat. Una relectura de Hermann Heller (1891-1933)”, en *Res Publica*, nº 25, 2011, pp. 151-175
- MARX, Karl, *Sobre la cuestión judía*, estudio preliminar de Antonio Hermosa Andújar, Prometeo, Buenos Aires, 2004 [1844]
- MAZZARESE, Tecla, “Tutela della pace o (ri)legittimazione della guerra giusta?: Kelsen e il diritto internazionale preso sul serio”, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, vol. 87, nº 4, 2010, pp. 519-556
- MCINTOSH, Simeon C.R., *Kelsen in the Grenada Court. Essays on Revolutionary Legality*, Ian Randle, Kingston, 2008
- MEIER, Heinrich, *Carl Schmitt, Leo Strauss y "El concepto de lo político" Sobre un diálogo entre ausentes*, Katz, Madrid, 2009
- MÉTALL, Rudolf A., *Hans Kelsen, obra y vida*, Coyoacán, México, 2010
- MERKL, Adolf, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Giuffrè, Milán, 1987

- MÖLLER, Horst, *La república de Weimar. Una democracia inacabada*, Machado, Papeles del tiempo, Madrid, 2012 [1985]
- MOLLOV, Benjamin M., *Power and Transcendence. Hans J. Morgenthau and the Jewish Experience*, Lexington Books, Lanham, 2020
- MONEREO PÉREZ, José Luis, *Los fundamentos de la democracia. La teoría política y jurídica de Hans Kelsen*, El Viejo Topo, Madrid, 2013
- MONTAIGNE, Michel de, *Ensayos completos*, trad. de Almudena Montojo, Cátedra, 2013 [2003]
- MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, (2 vols.) trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, introducción de Enrique Tierno Galván, RBA, Barcelona, 2002
- MUÑOZ CONDE, Francisco y MUÑOZ AUNIÓN, Marta, *¿Vencedores o vencidos? Comentarios jurídicos y cinematográficos a la película de Standley Kramer “El juicio de Nuremberg” (1961)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003
- NEACSU, Mihaela, *Hans J. Morgenthau’s Theory of International Relations: Disenchantment and Re-Enchantment*, Palgrave Macmillan, 2009
- NIEMEYER, Gerhart, *Law Without Force*, Transaction, New Brunswick, 2001 [1941]
- NIETZSCHE, Friedrich, *Así habló Zaratustra*, trad. e introducción de Juan Carlos García-Borrón, RBA, 2004 [1883-1885]
- NITSCH, Carlo, “«Holmes Lectures, 1940-41» Studio storico-critico su Kelsen in America”, estudio introductorio a KELSEN, H., *Diritto e pace nelle relazione internazionale*, Giuffrè, Milán, 2009, pp. III-LXX
— *Diritto e forza nella comunità degli stati. Studi su Hans Kelsen e la teoria del diritto internazionale*, Satura, Nápoles, 2012
- NORTON, Anne, *Leo Strauss and the Politics of American Empire*, Yale University Press, 2004
- OPPENHEIM, Lasa, *International Law, A Treatise*, (2ª edición) 2 vols., Longmans Green, London, 1912
- ORTEGA Y GASSET, José, *La rebelión de las masas*, RBA, Barcelona, 2004 [1932]
- PASSERIN D’ENTRÈVES, Alessandro, *Dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, Giappichelli, Turín, 1967

- PAULSON, Standley L., *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*, trad. de Luis Villar Borda, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2000
- PAYANDEH, Mehrdad, “The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart”, en *The European Journal of International Law*, vol 21, n° 4, 2011, pp. 967-995
- PECORA, Gaetano, *Il pensiero politico di Kelsen*, Laterza, Bari, 1995
- PERLE, Richard y FRUM, David, *An End to Evil. How to Win the War on Terror*, Random House, Nueva York, 2004
- PETERSEN, Ulrik Enemark, “Breathing Nietzsche’s Air. New Reflections on Morgenthau’s Concepts of Power and Human Nature”, en *Alternatives*, 24 (1999). pp. 83-119
- PICHLER, Karl, “The Godfathers of ‘Truth’. Max Weber and Carl Schmitt in Morgenthau’s Theory of Power Politics”, en *Review of International Studies*, 24 (1998), pp. 185-200
- PISARELLO, Gerardo, *Un largo termidor*, Trotta, Madrid, 2011
— “El pacifismo militante de Luigi Ferrajoli”, en FERRAJOLI, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, ed. de Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2004, pp. 11-24
- POGGE, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, trad. de Ernest Weikert García, Paidós, Barcelona, 2005 [2002]
- POIARES MADURO, Miguel, *We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution: a critical reading of Article 30 of the EC Treaty*, Hart, Oxford, 2002
- PORTINARO, Pier Paolo, *Il realismo politico*, Laterza, Roma-Bari, 1999
— *I conti con il passato. Vendetta, amnistia, giustizia*, Feltrinelli, Milán, 2011
- POSNER, Eric A., *The Perills of Legal Globalism*, The University of Chicago University Press, 2009
- POSNER, Eric A. y GOLDSMITH, Jack L., *The Limits of International Law*, Oxford University Press, 2005
- PREDIERI, Alberto, *Carl Schmitt, un nazista senza coraggio* (2 vols.), La Nuova Italia, Scandicci, 1998

- PRIETO, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, Trotta, Madrid, 2005
- RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Wenceslao Roces, 1965 [1947]
- RAMÓN CHORNET, Consuelo, *¿Violencia necesaria? La intervención humanitaria en el derecho internacional*, Trotta, Madrid, 1995
- RAZ, Joseph, *The Concept of Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford University Press, 1970
- RIGAUX, François, “Hans Kelsen on International Law”, en *European Journal of International Law*, nº 9, 1998, pp. 325-343
- RIVAYA, Benjamín, “Kelsen en España”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), nº 107, enero-marzo, 2000, pp. 151-177
 — *Una Historia de la Filosofía del Derecho española del siglo XX*, Madrid, Iustel, 2010
 — “Sectarismo, corrección política y descortesía académica en la Filosofía del Derecho española. Respuesta a José Ignacio Lacasta”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 20, 2010, pp. 179-187
- ROEHRSEN, Carlo, “Le critiche a Kelsen durante la Repubblica di Weimar”, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV serie, LXVII, 1990, pp. 305-307
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio, “La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XIX, 1976-1977, pp. 183-197
 — *La ley y el derecho vivo. Método jurídico y sociología del derecho en Eugen Ehrlich*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002
- ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico*, estudio preliminar y trad. de Sebastián Martín-Retortillo, Reus, Madrid, 2012 [1918]
- RÖSCH, Felix, *Hans J. Morgenthau and the Weimar Republic. On the Epistemological Origins of Hans J. Morgenthau's Weltanschauung*, VDM, Saarbrücken, 2008
- ROSS, Alf, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, trad. de Julio Barboza, Albeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961 [1946]
 — *A Textbook of International Law. General Part*, The Lawbook Exchange, Nueva York, 2006 [1947]

- *The Constitution of the United Nations. Analysis of Structure and Function*, The Lawbook Exchange, Nueva York, 2008 [1950]
- *The United Nations. Peace and Progress*, Bedminster, Totowa, 1966
- ROUSSEAU, Jean-Jaques, *Emilio, o la Educación*, trad. de Francesc Lluís Cardona, RBA, Barcelona, 2002 [1762]
- *Jugement sur le projet de paix perpétuelle de l'abbé de Saint-Pierre*, Ellipses, París, 2004 [1782]
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, *La justicia de la guerra y de la paz*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988
- “Paz y democracia internacional”, en CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, y SALAZAR UGARTE, Pedro (coords.), *Política y derecho. [Re]pensar a Bobbio*, UNAM-Siglo XXI, México, 2005, pp. 201-223
- RUSSELL, Greg, *Hans J. Morgenthau and the Ethics of American Statecraft*, Louisiana State University Press, 1990
- RÜTHERS, Bernd, “On the Brink of Dictatorship. Hans Kelsen and Carl Schmitt in Cologne 1933”, en DINER, Dan y STOLLEIS, Michael (eds.), *Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition*, Bleicher Verlag, Gerlingen, 1999, pp. 115-122
- SAINT-PIERRE, Charles Irene Castel, *Project pour rendre la paix perpetuelle en Europe*, Antonie Schouten, 1713 [facsimil]
- SAINT-SIMON, Henri y THIERRY, Agustin, *De la reorganisation de la société européenne. Ou de la nécessité et des moyens de l'Europe en un seul corps politiuqe, en consevant chacun son indépendance nationale*, Adrien Égron, París, 1814 [facsimil]
- SANTOS, Boaventura de Sousa., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*, Trotta / ILSA, Madrid, 2009
- SCELLE, Georges, “Règles générales du droit de la paix” en *Recueil des Cours 1933*, Académie de Droit International, París, 1933, pp. 326-703
- *Précis de Droit de Gens* (2 vols.), Sirey, París, 1932, 1934
- SCHACHTER, Oscar, “Review of Hans Kelsen The Law of the United Nations”, en *Yale Law Journal*, vol. 60, n° 1, 1951, pp. 189-193
- SCHELER, Max, *L'idea de la pace e il pacifismo*, Medusa, Milán, 2004

SCHEUERMAN, William E., *Between the Norm and the Exception. The Frankfurt School and the Rule of Law*, The MIT Press, Massachusetts, 1994

— *Carl Schmitt. The End of Law*, Rowman & Littlefield, Lanham, 1999

— “Was Morgenthau a Realist? Revisiting *Scientific Man vs Power Politics*”, en *Constellations*, vol. 14, nº 4, 2007, pp. 506-530

— “Realism and the Left: The Case of Hans J. Morgenthau”, en *Review of International Studies*, nº 34, 2008, pp. 29-51

— “Carl Schmitt and Hans Morgenthau: Realism and beyond”, en WILLIAMS, Michael C. (ed.), *Realism Reconsidered: The Legacy of Hans J. Morgenthau in International Relations*, Oxford University Press, 2008, pp. 62-92

— *Morgenthau. Realism and Beyond*, Polity, Cambridge, 2009

— *The Realist Case for Global Reform*, Polity, Cambridge, 2011

SCHINDLER, Diètrich, “Les progrès de l'arbitrage obligatoire depuis la création de la Société des Nations”, en *Recueil des cours 1928*, tomo 25, vol. V, Académie de Droit International, pp. 233-364

SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, versión de Rafael Agapito, Alianza Editorial, Madrid, 1999 [2ªed., 1932]

— *Teología política*, trad. de Fco. Javier Conde, epílogo de José Luis Villacañas, Trotta, Madrid, 2009 [1933]

— *Tierra y mar. Una reflexión sobre la historia universal*, prólogo de Ramón Campderrich, Trotta, Madrid, 2007 [1942]

— *El crimen de guerra de agresión en el Derecho Internacional y el principio «nullum crimen, nulla poena sine lege»*, trad. de Max Maureira Pacheco y Klaus Wrehde, Hammurabi, Buenos Aires, 2006 [1945]

— *El nomos de la tierra en el derecho de gentes del «Jus Publicum Europaeum»*, trad. Dora Schilling Thon, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979 [1950]

— *Ex captivitate salus. Experiencias de la época 1945-1947*, ed. de Julio A. Prados, Trotta, Madrid, 2010 [2002]

— *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, ed. a cargo de Giorgio Agamben, Neri Pozza, Vicenza, 2005 [2ª ed., 2012]

SCHUETT, Robert, “Freudian Roots of Political Realism. The Importance of Sigmund Freud to Hans J. Morgenthau’s Theory of International Power Politics”, en *History of the Human Sciences*, 20 (2007), pp. 53-78

SCHUPMANN, Benjamin A., *Morgenthau Mal Compris: Investigating the Philosophical Roots of Hans Morgenthau's Political Realism*, VDM, Saarbrücken, 2011

- SCHWARZENBERGER, Georg, *Power Politics. A Study of the World Society*, Stevens, Londres, 3ª ed. 1964 [1961]
- SEN, Amartya, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, Katz, Buenos Aires, 2007 [2006]
- SHILLIAM, Robbie, “Morgenthau in Context: German Backwardness, German Intellectuals and Rise and Fall of a Liberal Project”, en *European Journal of International Relations*, vol. 13, nº 3, 2007, pp. 299-327
- SOHN, Louis, “Review of Hans Kelsen The Law of the United Nations”, en *Harvard Law Review*, vol. 63, nº 3, 1951, 517-519
- SÖLLNER, Alfons, “From Public Law to Political Science? The Emigration of German Scholars after 1933 and Their Influence on the Transformations of a discipline” en SÖLLNER, Alfons y ASH, Mitchell G., *Forced Migration and Scientific Change. Émigré German-Speaking Scientists and Scholars After 1933*, Cambridge University Press, 1996, pp. 246-272
- “German Conservatism in America. Morgenthau’s Political Realism” en *Telos*, nº 72, 1987, pp. 161-172
- SOMEK, Alexander, “Kelsen Lives”, en *European Journal of International Law*, nº 9, 1998, pp. 409-451
- SPEER II, James P., “Hans Morgenthau and the World State”, en *World Politics*, nº 20, vol. 2, 1968, 207-227
- STOLLEIS, Michael, *A History of Public Law in Germany, 1914-1945*, trad. de Thomas Dunlap, Oxford University Press, 2004 [1999]
- STONE, Julius, *The Quest for Survival. The Role of Law and Foreign Policy*, Harvard University Press, Cambridge, 2000 [1961]
- TELMAN, D.A. Jeremy, “Law or Politics? Hans Kelsen and the Post-War International Order”, en *Constellations*, vol.18, nº 4, 2011, pp. 513-528
- “The Reception of Hans Kelsen's Legal Theory in the United States: A Sociological Model”, en *L'Observateur des Nations Unis*, vol. 24, nº 1, 2008
- “A Path Not Taken: Hans Kelsen's Pure Theory of Law in the Land of Legal Realists”, en WALTER, Robert, JABLONER, Clemens y ZELNY, Klaus, *Hans Kelsen Anderswo/Hans Kelsen Abroad*, vol 33 de *Schriftenreihe des Hans-Kelsen-Instituts*, Manz, 2010

- THOMPSON, Kenneth y MEYERS, Robert J., (eds.), *Truth and Tragedy: A Tribute to Hans J. Morgenthau*, Transaction, New Brunswick, 1984
- TOURNAYE, Cécile, *Kelsen et la sécurité collective*, Ed. Université Panthéon-Assas (Paris II), L.G.D.J., Paris, 1995
- TRIEPEL, Heinrich, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, Recueil des Cours 1923, Académie de Droit International, Paris, 1925, pp. 73-118
- TRUYOL y SERRA, Antonio, “La guerra y la paz en Rousseau y Kant”, en *Revista de estudios políticos*, nº 8, 1979, pp. 47-62
 — “Presentación”, en MORGENTHAU, Hans J., *Escritos sobre política internacional*, ed. y trad. de Esther Barbé, Tecnos, Madrid, 1990, pp. IX-XVIII
 — “Verdross et la théorie du droit”, en *European Journal of International Law*, nº 5, 1994, pp. 55-69
- TUR, Richard, y TWINING, William (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford University Press, 1986
- TURNER, Stephen y MAZUR, George, “Morgenthau as a Weberian Methodologist” en *European Journal of International Relations* 15, nº 5, 2009, pp. 477-504
- VASQUEZ, John A., *The Power of Power Politics. From Classical Realism to Neotraditionalism*, Cambridge University Press, 1999
- VERDROSS, Alfred, “Le fondement du droit international” en *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, Paris, 1927, pp. 247 y ss.
 — “Règles générales du droit de la paix” en *Recueil des Cours 1929*, Académie de Droit International, Paris, 1929, pp. 271 y ss.
- VERZIIL, Jan H. W., “La classification des différends internationaux et la nature du litige anglo-turc relatif au vilayet du Mossoul”, en *Revue de Droit International*, vol. 6, nº 6, 1925, pp. 732-759
- VILLAR BORDA, Luis (comp.), *Hans Kelsen. 1881-1973*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2004
 — “Hans Kelsen y el Derecho Internacional”, en *Derechos y Libertades*, nº 14, Época II, enero 2006, pp. 221-234
- VINX, Lars, “Austin, Kelsen, and the Model of Sovereignty: Notes on the History of Modern Legal Positivism”, en FREEMAN, Michael y MINDUS, Patricia (eds.), *The Legacy of John Austin's Jurisprudence*, Springer, Heidelberg, 2013, pp. 51-71

- de VISSCHER, Charles, *Théories et réalités en droit international public*, A. Pedone, París, 1953
- VITORIA, Francisco, *Relectio de indis. Carta magna de los indios*, CSIC, Madrid, 1989 [1538]
- VOEGELIN, Eric, *El asesinato de dios y otros escritos políticos*, prólogo de Peter J. Opitz, Hydra, 2009
- V.V.A.A., “El pensamiento político de Hans Kelsen”, en *Boletín del Área de Derecho Público —BADP—*, nº 1, Julio/Septiembre 2009
- V.V.A.A., *En legítima desobediencia: Tres décadas de objeción, insumisión y antimilitarismo*, Traficantes de sueños, Madrid, 2002
- WALLERSTEIN, Immanuel, *La decadencia del imperio. EEUU en un mundo caótico*, trad. de Antonio Saborit, Txalaparta, Tafalla, 2005 [2003]
- WALTER, Robert, *La teoría di Kelsen*, Giappichelli, Turín, 2005
- WALTERS, Frank P., *Historia de la Sociedad de Naciones*, trad. de Fco. Fernández de Castillejo, Tecnos, Madrid 1971 [1952]
- WALTZ, Kenneth, *Theory of International Politics*, McGraw Hill, Nueva York, 1979
- WALZ, Gustav A., *Esencia del derecho internacional y crítica de sus negadores*, estudio preliminar y trad. de Antonio Truyol y Serra, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943 [1930]
- WALZER, Michael, *Just und Unjust Wars. A Moral Argument with Historical Illustrations*, Basic Books, New York, 1977 (4ª ed., 2006) [1977]
- WEBER, Max, *La “objetividad” del conocimiento en la ciencia social y en la política social*, ed. y estudio preliminar de Joaquín Abellán, Alianza, Madrid, 2009 [1904]
- *La ciencia como profesión / La política como profesión*, ed. y trad. Joaquín Abellán, Espasa-Calpe, 2007 [1919]
- *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva* (2 vols.), ed. de Johannes Winckelmann, Fondo de Cultura Económica, México, 1969 [1922]
- WEHBERG, Hans, “Review of Morgenthau, *Die internationale Rechtspflege*”, en *Die FriedensWarte*, 30, 1930, pp. 30-31

WIGGERSHAUS, Rolf, *La Escuela de Frankfurt*, Fondo de Cultura Económica, México, 2010

WILLIAMS, Michael C., *The Realist Tradition and the Limits of International Relations*, Cambridge University Press, 2005

— “Morgenthau now: Neoconservatism, national greatness and realism”, en Id. (ed.), *Realism Reconsidered: The Legacy of Hans J. Morgenthau in International Relations*, Oxford University Press, 2008, pp. 216-240

WOLFF, Christian, *Metafisica Tedesca*, ed. a cargo de Raffaele Ciafardone, Rusconi, Milán, 1999

WRIGHT, Quincy, *A Study of War*, University of Chicago Press, 1983 [1942]

ZAMBERNARDI, Lorenzo, *I limiti della potenza. Etica e politica nella teoria internazionale di Hans J. Morgenthau*, il Mulino, Bologna, 2010

— “The impotence of power: Morgenthau's critique of American intervention in Vietnam” en *Review of International Studies*, 37, 2011, pp. 1335-1356

ZOLO, Danilo, *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, Paidós, Barcelona, 2000 [1997]

— “Hans Kelsen: International Peace through International Law”, en *European Journal of International Law*, nº 9, 1998, pp. 306-324

— *Globalizzazione. Un mapa dei problemi*, Laterza, Roma-Bari, 2004

— *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, Dykinson-IDHBC, Madrid, 2005

— *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Trotta, Madrid, 2007

4. Referencias literarias

CAPOTE, Truman, *A sangre fría*, Anagrama, Barcelona, 2007 [1966]

COHEN, Albert, *Bella del Señor*, Anagrama, Barcelona, 2011 [1968]

MUSIL, Robert, *El hombre sin atributos*, Austral, 2010 [1930]

SCHNITZLER, Arthur, *Juventud en Viena. Una autobiografía*, Acantilado, Barcelona, 2004 [1968]

SOLMSEN, Arthur R.G., *Una princesa en Berlín*, Tusquets, Barcelona, 2010 [1980]

UHLMAN, Fred, *El reencuentro*, Tusquets, Barcelona, 2010 [1971]

ZWEIG, Stefan, *El mundo de ayer. Memorias de un europeo*, Acantilado, Barcelona, 2005 [1942]

