

## EL MONISMO INTERNACIONALISTA KELSENIANO: LAS ACROBACIAS DE UN POSITIVISTA EN EL CIRCO DEL IUSNATURALISMO PACIFISTA

KELSEN'S INTERNATIONALIST MONISM: THE ACROBATICS OF A POSITIVIST IN THE CIRCUS OF THE  
PACIFIST NATURAL LAW THEORY

**Alberto Puppo \***

**Resumen:** En este trabajo intentaré demostrar que la tesis monista epistemológica, la única que Kelsen afirma poder defenderse en un plano teórico, es parasitaria de la tesis normativa de la primacía del derecho internacional. Aunque para Kelsen es perfectamente equivalente, desde un punto de vista epistemológico, cuál tesis normativa se adopte, no es para nada equivalente, desde un punto de vista ideológico, cuál tesis epistemológica –entre el monismo y el pluralismo– se adopta. La elección epistemológica del monismo no es, a pesar de la pureza de la teoría, ni inocente ni neutral. Si, como cuestión de hecho, resulta que los fenómenos normativos nacionales e internacionales se caracterizan por la diversidad y no por la homogeneidad, la tesis kelseniana de la unidad solo puede explicarse como condición necesaria de su proyecto político pacifista.

**Abstract:** In this paper I will attempt to show that the epistemological monistic thesis, i.e. the only, according to Kelsen, that can be defended on a theoretical level, is parasitic of the normative thesis of the primacy of international law. Although for Kelsen is perfectly equivalent, from an epistemological point of view, what normative thesis is adopted, I will suggest that it is not at all equivalent, from an ideological standpoint, what epistemological thesis –among monism and pluralism– is adopted. The epistemological choice of monism, despite the purity of the theory, is neither innocent nor neutral. If, as a matter of fact, national and international normative phenomena are characterized by diversity and not by homogeneity, Kelsen's theory of the unity can only be explained as a necessary condition of his pacifist political project.

**Palabras clave:** Ciencia del derecho, monismo internacional, ideología pacifista, positivismo metodológico, norma fundante básica

**Key words:** Legal Science, International Monism, Pacifist Ideology, Methodological Positivism, Basic Norm

**Fecha de recepción:** 20-4-2015

**Fecha de aceptación:** 21-06-2015

---

\* Profesor del Departamento de Derecho del ITAM (México). Agradezco a Germán Sucar por sus valiosos comentarios, en una fase prodrómica de mi trabajo, sobre la reconstrucción de la Teoría pura del derecho kelseniana. Obviamente soy el único responsable de los errores o interpretaciones poco ortodoxas que propongo. Agradezco también a los participantes del Seminario Sempithidia (UBA), por sus comentarios a una versión anterior de este trabajo, y especialmente a los participantes del Tequila Seminar (Ciudad de México), cuyos comentarios y críticas me han permitido, espero, eliminar o reducir los defectos que afectaban la penúltima versión de este trabajo. Agradezco también algunas sugerencias bibliográficas de los evaluadores de la Revista.

## 1. INTRODUCCIÓN

Los estudiosos de Hans Kelsen<sup>1</sup>, sin duda fascinados por el rigor de sus elaboraciones teóricas, no pueden dejar de manifestar una cierta sorpresa cuando reconstruyen la evolución de la postura del jurista vienés respecto de la existencia de relaciones lógicas entre normas. Después de haber sostenido la aplicabilidad directa de la lógica a las normas, y haber planteado su aplicabilidad indirecta –por intermedio de las proposiciones normativas formuladas por la ciencia del derecho–, el último Kelsen parece abandonar la tesis de la aplicabilidad de la lógica a las normas<sup>2</sup>. A pesar de que este tema

---

<sup>1</sup> Cuando me refiera a ‘Kelsen’, al ‘monismo de Kelsen’, o a ‘la postura de Kelsen’, sin más especificaciones, haré alusión a su teoría tal como puede desprenderse de tres obras que caracterizan, por así decirlo, su madurez y en donde se encuentra, a la vez, el desarrollo más completo de su postura teórica y su más clara exposición del derecho internacional: *Teoría pura del Derecho*, 2a ed. (1960), trad. de R. Vernengo, México: Instituto de Investigaciones jurídicas, 1982 (de aquí en adelante TP2); *Principles of International Law*, New York: Rinehart & Company Inc., 1952 (de aquí en adelante PIL); *Teoría general del derecho y del estado* (1945), trad. de E. García Maynez, México: Unam, 1988 (de aquí en adelante TGDE). Para no encumbrar el texto con datos bibliográficos que pueden resultar superfluos para el lector bien informado, para el cual los textos de Kelsen no constituyen ninguna novedad sobre la cual documentarse, sólo proporcionaré las referencias precisas a la obra de Kelsen cuando se trate de citar pasajes o evocar intuiciones que considero cruciales o cuestionables. En general usaré las ediciones en castellano. Para las obras de las cuales una edición castellana no existe (por ejemplo *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*), utilizaré, según las ocasiones, la edición original (cuando se trate del francés o del inglés), o las traducciones brindadas por autores alemanes o de habla alemana en sus obras en idioma inglés. Me refiero, en particular, a tres obras recientes que han sido un formidable apoyo no solamente bibliográfico sino sobre todo intelectual: Paz, R.Y., *A Gateway between a Distant God and a Cruel World: The Contribution of Jewish German-Speaking Scholars to International Law*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2013; Kammerhofer, J., *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*, London-New York: Routledge, 2011; Bernstorff, J. von, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in Universal Law*, Cambridge-New York: Cambridge University Press, 2010. En la misma línea, vid. también García-Salmones Rovira, M., *The Project of Positivism in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013, especialmente el cap. 4 sobre Kelsen. Por obvias razones de espacio, a pesar de que mucho de lo que diré encuentra apoyo o oposición en lo que especialistas de la obra de Kelsen han podido sostener durante los últimos cien años, no podré establecer un dialogo crítico con ellos.

<sup>2</sup> Véase respectivamente: Kelsen, H., *La teoría pura del Derecho*, 1a ed. (1934), trad. de J.G. Tejerina, Buenos Aires: Losada, 1941 (de aquí en adelante TP1); TP2; *Teoría general de la normas* (1979), trad. de H.C. Delory Jacobs, México: Trillas, 1994. Sobre la evolución de la relación de Kelsen con la lógica, no encontré mejor reconstrucción que la de Gianformaggio, L., “Sobre la deducción de la validez en Hans Kelsen”, trad. de Pablo Larrañaga, en Gianformaggio, L., *Estudios sobre Kelsen*, Mexico: Fontamara, 1994, pp. 49-85, que no solamente analiza críticamente los textos kelsenianos, sino que destaca la importancia del encuentro con von Wright, antes del cual, probablemente, la importancia de la lógica fue, para Kelsen, relativamente modesta. Así que una reconstrucción posible, que Gianformaggio sugiere y que yo enfatizo, va en el sentido de una suerte de enamoramiento, caracterizado, como suele pasar, por una gran pasión y una relativa (si la comparamos con la carrera de Kelsen) brevedad. Vid. también Losano, M. G., “La teoría pura del Derecho: del logicismo al irracionalismo”, trad. de J. Ruiz Manero, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2, 1985; este trabajo de Losano se publicó originalmente como estudio preliminar a la traducción italiana de la *Allgemeine Theorie der Normen (Teoria generale delle norme*, ed. de M. G. Losano, trad. de Mirella Torre, Torino: Einaudi, 1985). Losano, p. 84,

pueda parecer alejado de la cuestión del monismo internacionalista, a la cual está dedicado este trabajo, resulta claro que la originalidad de la postura monista kelseniana reside en la naturaleza de los argumentos que la sostienen. Tales argumentos son lógicos, en primer lugar, y epistemológicos en segundo lugar, ya que la postura epistemológica (monista) sobre la unidad y unicidad del derecho positivo (nacional e internacional) como objeto de conocimiento, es indisociable de la cuestión relativa a la posibilidad de contradicciones normativas insolubles. Si el derecho nacional y el derecho internacional se conciben como partes de una única estructura jerárquica, siempre existirá la posibilidad de eliminar un conflicto normativo (no disuelto por la vía interpretativa), aplicando, por ejemplo, la técnica de la *lex superior*.

Más allá de la reconstrucción clásica y casi no cuestionada del monismo kelseniano, puede formularse una genuina duda: ¿en qué medida Kelsen ha realmente creído, en las fases anteriores, que la lógica se aplicaba a las normas jurídicas? Dicho de otra forma: ¿en qué medida la tesis de la aplicabilidad de la lógica a las normas ha sido independiente de su preferencia moral por el derecho internacional o, más precisamente, por los valores (esencialmente la paz) que, según él, el derecho internacional es (o era) susceptible de proteger de mejor forma que el derecho nacional? ¿En qué medida la estructura (escalonada) que Kelsen ha atribuido a los órdenes jurídicos ha sido independiente de la finalidad que él atribuyó a los mismos?

Las respuestas a tales preguntas dependen de la atribución al jurista vienés de actitudes, intenciones, sentimientos e ideales, que quizá poco tienen que ver con una estricta reconstrucción de sus tesis teóricas<sup>3</sup>.

Mis respuestas tomarán como punto de partida lo que estudios más profundos sobre la relación entre el Kelsen *persona* y el Kelsen *teórico del derecho internacional*<sup>4</sup>, han podido llevar a la luz. Se trata, en último análisis, de seguir una sugerencia hermenéutica formulada por el propio Kelsen: “Más

---

basandose en pasajes kelsenianos que dan cuenta de las muchas “aporias y discordancias” de su teoría, sugiere que quizá haya que atenuar el “rechazo del logicismo”.

<sup>3</sup> A veces hay que desconfiar de las explícitas intenciones de un autor. Bobbio, N., “Kelsen e il problema del potere” (1981), en Bobbio, N., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoles: Edizioni Scientifiche italiane, 1992, p.121, citado por Greppi, A. “Derecho, poder, estructura y función (La evolución de un tema kelseniano en la filosofía jurídica de Bobbio)”, *Anuario de filosofía del derecho*, 12, 1995, pp. 547-568, p. 559, ya lo había destacado, refiriéndose precisamente a Kelsen: “Por cuanto Kelsen haya afirmado insistentemente el carácter científico de la teoría pura y rechazado toda interpretación ideológica, no se puede renunciar por completo a captar el sentido de su construcción y a entender el porqué de ciertas tesis a través de sus posiciones políticas. [...] Detrás de la tesis de la primacía del Derecho sobre el poder, primacía que se manifiesta en la suposición de la norma fundamental, está presente, de forma inconsciente, incluso a pesar de desmentidas expresas, el ideal del Estado de Derecho”. En mi elección metodológica, he probablemente adoptado la postura que consiste en “crear una obra autónoma con fragmentos kelsenianos”, actividad, según Losano, “culturalmente aceptable”, siempre y cuando no se presente como la *verdadera doctrina kelseniana*, sino como “un desarrollo o una revisión de la misma” (Losano, M. G., “La teoría pura del Derecho”, cit., p. 84).

<sup>4</sup> Paz, R.Y., *A Gateway between a Distant God and a Cruel World*, cit., pp. 220 y ss.

intensamente que nunca uno percibe que detrás de cada ‘libro’ está un hombre con sus conflictos”<sup>5</sup> (2). Mi reconstrucción de la postura kelseniana en relación con el derecho internacional se caracterizará por el intento de analizar cuestiones estrictamente epistemológicas (y/o lógicas) a la luz de posturas genuinamente político-morales. Desde sus trabajos de los años veinte, en efecto, parecería que lo que más preocupa a Kelsen es afirmar el carácter jurídico del orden normativo internacional, afirmar que el derecho internacional es realmente derecho (3). Kelsen no parece tomar muy en serio la posibilidad de aceptar, sin más, que el derecho internacional no es derecho –consecuencia, para él desastrosa, que no se cansa de imputar a los dualistas– o que no lo es en el mismo sentido en que lo es el derecho interno. Esto lo enfrenta a dificultades que algunos de sus discípulos no positivistas (como Alfred Verdross o Hersch Lauterpacht<sup>6</sup>), que comparten la ideología pacifista, por no tener un compromiso con el positivismo metodológico, no tienen que enfrentar (4). Finalmente, a la luz de la distinción entre estructura, función y finalidad, intentaré confirmar mis hipótesis sobre la relación –plausible por lo menos– que puede establecerse entre la finalidad (moral) y la estructura del derecho en la construcción de una ciencia del derecho internacional de corte kelseniano (5). Mi conclusión principal será que la ciencia del derecho internacional no presupone la misma norma fundante básica presupuesta por la ciencia del derecho interno, lo que destruye el fundamento epistemológico del monismo kelseniano, y solo nos deja con la posibilidad de suscribir la tesis de la primacía del derecho internacional sobre una base genuinamente político-moral.

## 2. KELSEN Y EL PROBLEMA DE LA SOBERANÍA

Aunque mi pretensión exegética es relativamente humilde, no sobraré ofrecer, desde ya, algún breve dato bibliográfico (2.1.), que quizá puede esclarecer parcialmente la plausibilidad de mi intuición, la cual tomará la forma de un acusación: en el asesinato de la soberanía, a Kelsen puede imputarse, por lo menos, un dolo eventual (2.2.).

### 2.1. Apuntes bibliográficos sobre Teoría pura y monismo internacional

El primer dato al cual me refiero es tan sencillo como indiscutible: la primera edición completa de la teoría pura del derecho se remonta a 1934. El monismo internacionalista, en cambio, empieza a aparecer con claridad desde 1920, en su obra sobre soberanía y teoría del derecho internacional, cuyo subtítulo –una contribución para una teoría pura del derecho– no puede dejarnos

<sup>5</sup> Kelsen, H., “Natural Law Doctrine and Legal Positivism” (1928), trad. de W.E. Krauss, en *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1945, p. 430 (la traducción es mía).

<sup>6</sup> Sobre estos autores, sus teorías, las diferencias teóricas respecto de Kelsen y su relación también académico-personal con el maestro vienés, remito a Paz, R.Y., *A Gateway between a Distant God and a Cruel World*, cit.; Kammerhofer, J., *Uncertainty in International Law*, cit.; Bernstorff, J. von, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, cit.

indiferentes<sup>7</sup>. Por otro lado, Kelsen dedica el curso que será publicado en el *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, en 1926<sup>8</sup>, a las relaciones entre derecho interno y derecho internacional, en donde sin sorpresa desarrolla y defiende su postura monista. Estos datos sugieren que las tesis kelsenianas sobre el derecho internacional y sus relaciones con el derecho interno preceden la elaboración completa de su teoría pura del derecho, lo que puede explicar que a pesar de los cambios sufridos por la teoría pura entre la primera y la segunda edición (sin hablar de los cambios que la misma sufre en su *Teoría general de las normas*), sus ideas sobre el monismo y sobre la primacía del derecho internacional no cambiaron a lo largo de toda su carrera.

La observación anterior parecería inadecuada si se considera, como lo sugiere atinadamente Ulises Schmill, que todos los grandes temas de la teoría pura del derecho ya estaban en su obra de 1911, los *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*<sup>9</sup>. En la lista que el autor mexicano ofrece de los temas tópicos de la Teoría pura, sin embargo, sin sorpresa no aparece el tema del monismo, esto es, el tema de las relaciones entre derecho interno y derecho internacional<sup>10</sup>. La explicación es tan sencilla que no hay que buscarla más lejos que en el título mismo de la obra: la teoría pura que Kelsen ofrece en 1911 es una teoría pura del Estado, y su gran objetivo es brindar una definición del Estado en términos puramente normativos, como personificación de un orden jurídico. Al respecto, es sabido que si todo Estado es necesariamente un orden jurídico, la inversa no es verdadera, esto es, no todo derecho es un Estado, y la prueba de esto es exactamente el derecho internacional, siempre y cuando, obviamente, se le reconozca cualidad jurídica.

Resulta por ende claro, en mi opinión, que hasta la primera edición completa de la *Teoría pura*<sup>11</sup>, la mente de Kelsen, por así decirlo, corre lejos, pero

---

<sup>7</sup> Kelsen, H., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen: Mohr, 1920. La importancia, para Kelsen, del derecho internacional es tan evidente que, “desde un punto de vista bibliométrico, los avatares de la vida llevaron a Kelsen a ser sobre todo un internacionalista” (Losano, M. G., “Hans Kelsen: una biografía cultural mínima”, trad. de F. J. Ansuátegui Roig, *Derechos y Libertades*, núm. 14, 2006, p. 114).

<sup>8</sup> Kelsen, H., “Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public”, en *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, IV, vol. 14, 1926, pp. 217-331.

<sup>9</sup> Trad. de la segunda edición (1928) de W. Roces, notas, revisión y presentación de U. Schmill, México: Porrúa, 1987.

<sup>10</sup> Schmill, U., “Aportaciones teóricas de la teoría pura del derecho”, *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 33, 2010, pp. 17-36, pp. 20-21 se refiere a “las relaciones o el paralelismo entre la teoría jurídica y la teología, el surgimiento de la ley de causalidad a partir del principio de retribución, el análisis de las doctrinas del Derecho penal y civil en lo que se refiere al concepto de la voluntad, la crítica definitiva al postulado de que la relación teleológica constituye la ley explicativa de la normatividad, la teoría de la interpretación jurídica, etcétera”. Aunque esta lista termine con un ‘etcétera’ y no pretenda por lo tanto ser exhaustiva, una rápida mirada al *Índice* de la segunda edición de los *Problemas capitales*, permite resaltar el o los gran ausente(s): la aplicabilidad de la lógica a las normas y las relaciones entre sistemas jurídicos (en particular entre derecho interno y derecho internacional).

<sup>11</sup> Es necesario precisar que se trata de la primera edición completa, ya que en la (absolutamente) primera edición (Kelsen, H., *La teoría pura del derecho* (1933), trad. de Legaz, L.,

sobre dos carriles paralelos: el carril de la teoría del Estado, en el cual el enemigo es esencialmente Jellinek, y el carril de la teoría del derecho internacional y en particular de las relaciones entre sistema jurídico interno y sistema jurídico internacional, en el cual los enemigos son los negadores del derecho internacional (en cuya categoría Kelsen termina por incluir a los positivistas dualistas).

El concepto central, sobre el cual se injertan las dos problemáticas, es naturalmente el concepto (jurídico) de soberanía. La obra de 1920 dedicada al problema de la soberanía constituye probablemente la prueba bibliográfica de la importancia que para Kelsen reviste el problema fundamental de la soberanía de los Estados; tan es verdad que 40 años después le dedica un texto, corto pero de una extrema claridad<sup>12</sup>. La soberanía, quiero sugerir, es la problemática más importante, porque, en último análisis, representa lo que en lenguaje ordinario llamaríamos un problema: en pocas palabras, para Kelsen, la soberanía es un problema para la paz; la soberanía es, sencillamente, un obstáculo, por lo menos la soberanía tal como la concibe la teoría tradicional. Dado que ninguna norma del derecho positivo puede resolver el problema, “la solución [...] correspondería a la ciencia del derecho”<sup>13</sup>.

---

México: Colofón, 1989), falta por completo el capítulo sobre derecho internacional, presente en la edición de 1934. Esto no significa que Kelsen no aproveche para insertar su tesis monista con primacía del derecho internacional en un breve apartado incluido en el capítulo sobre orden jurídico. Sin embargo, resulta completamente ausente una teorización al respecto. Dice Kelsen: “Supuesto que no hay un solo orden jurídico válido, sino una pluralidad de tales órdenes coordinados entre sí y delimitados jurídicamente en sus respectivos ámbitos de validez; y admitido que es el Derecho internacional el que realiza esta coordinación y esta delimitación, no hay más remedio que considerar que el Derecho internacional es un orden jurídico superior a todos los órdenes estatales, a los cuales integra en una comunidad jurídica universal; de este modo queda garantizada la unidad de todo Derecho en un sistema de zonas jurídicas jerárquicamente escalonadas” (p. 57). La postura de Kelsen, desprovista de su fundamentación teórica, corresponde quizá a lo que Hart (vid. Hart, H.L.A., “La teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho” (1968), trad. de Tamayo y Salmorán, R., *Boletín mexicano de derecho comparado*, n. 21, 1974, pp. 105-140, ha considerado la “versión débil” del monismo kelseniano. Es algo dudoso – cfr. por ejemplo la opinión radical de Somek, A., “Kelsen Lives”, *European Journal of International Law*, n. 18, 2007, pp. 409-451, según el cual “Kelsen no expone en ninguna parte un monismo en un ‘forma más débil’” (p. 426, traducción mía)– que Kelsen haya realmente sostenido dos posturas monistas, una débil y una fuerte. Es sin embargo innegable que a veces el autor vienés parece desarrollar un discurso monista basándose en hechos, en lo que el derecho positivo es. Un interesante ejemplo de ello se encuentra en una obra madura, en donde, primero afirma que “la teoría pluralista es incompatible con el derecho positivo”, luego recuerda que de todas formas “la concepción pluralista es insostenible también por razones lógicas” (*PIL*, p. 404, traducción mía).

<sup>12</sup> Kelsen, H., “Sovereignty” (1962), en S.L. Paulson y B. Litschewski Paulson (eds.), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford-New York: Clarendon, 1998, pp. 525-536.

<sup>13</sup> Luzzati, C., “Más allá de Kelsen. Monismo y pluralismo en el derecho internacional”, trad. de A. García Figueroa, *Doxa - Cuadernos de filosofía del derecho*, 22, 1999, pp. 134-170, p. 142, nota 27. Como destacado por García Pascual, C., *Norma mundi: la lucha por el derecho internacional*, Madrid: Trotta, 2015, p. 51, la propuesta kelseniana se construye así “sobre la pretensión del

Si la teoría (pura) del Estado puede ser considerada como la vía para demostrar el carácter puramente jurídico del concepto de soberanía, la teoría del derecho internacional brinda el fundamento ideal para considerar a la soberanía no como una sustancia metafísica, de sabor hegeliano (o kaufmanniano<sup>14</sup>), sino como un conjunto de ámbitos de validez determinados por normas del derecho internacional. Esta juridificación de la soberanía es posible si y solo si se supone una norma fundante básica nacional o si se afirma la validez de una norma jurídica positiva internacional. La primera vía corresponde a una teoría ficcionista<sup>15</sup> del Estado que no puede ocultar una llamativa analogía con la teoría del reino de Dios:

Si es permitida una analogía entre el microcosmos del orden jurídico y el macrocosmos del orden del Universo [...] entonces se coloca, en la grandiosa personificación de todas las normas que rigen en el Universo, en tanto es pensado como un sistema significativo y sin contradicciones, esta idea de un Dios personal y unitario, de manera similar (o con una economía del pensamiento parecida) como en la construcción jurídica de un portador personal unitario del orden jurídico, la persona del Estado, el Estado personal unitario<sup>16</sup>.

La segunda vía corresponde a una teoría de la Comunidad internacional, como *Civitas Maxima* –una comunidad jurídica universal de seres humanos–, cuyos ecos dantescos y medievales no son menos religiosos. Estas dos vías se entrecruzan desde su tesis sobre el *De Monarchia* de Dante, escrita durante el mismo año en que Kelsen se convirtió a la Iglesia católica<sup>17</sup>:

El sistema de la Weltanschauung medieval ha alcanzado en las obras de Dante su realización más brillante y consecuente. Todos los méritos de este sistema, su profundidad de pensamiento, su rigurosa coherencia lógica, se ponen de manifiesto a la luz de una gran personalidad. El entero universo se reconstruye intelectualmente formando un edificio conceptual de grandiosa arquitectura: el universo; en él, la tierra; sobre ésta, la humanidad, en sus distintas formas de asociación, hasta llegar a la familia y, desde ésta, al individuo –todo ello constituye una sólida cadena, en la que no puede prescindirse de ningún eslabón sin arruinar el conjunto–. También el Estado terrenal se concibe únicamente como una parte de ese edificio del mundo, como un miembro orgánico del Estado de Dios, comprensivo del cielo y de la tierra. Como todo ente individual o colectivo, en la medida en que constituye una unidad

---

sometimiento del poder al derecho, sometimiento representado por la superación del concepto de soberanía que debe quedar disuelto en el fenómeno jurídico”.

<sup>14</sup> Sobre Kaufmann, vid. Paz, R.Y., *A Gateway between a Distant God and a Cruel World*, cit., p. 211.

<sup>15</sup> Sobre este aspecto vid. Schmill, U., “Presentación”, en H. Kelsen, *Ensayos sobre jurisprudencia y teología*, México: Fontamara, 2004, pp. 17 ss.

<sup>16</sup> Kelsen, H., *Ueber Staatsunrecht* (1914), ahora en H. Klecatsky, R. Marcic y H. Schambeck (eds.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Viena: Verlag, 1968, pp. 957-1057, p. 964, citado por U. Schmill, “Presentación”, cit., p. 15. Dada la perfección de Dios, sin sorpresa tal analogía lleva a la tesis central del orden jurídico como unidad lógica: “El supuesto que el orden jurídico sea la voluntad de la persona unitaria del Estado, es solamente la expresión de una unidad lógica, la ausencia interna de contradicciones de un sistema de normas jurídicas” (ibid., pp. 963-964, citado por U. Schmill, cit., p. 17).

<sup>17</sup> En general, sobre la importancia de las conversiones religiosas de Kelsen para entender sus posturas, vid. Paz, R.Y., *A Gateway between a Distant God and a Cruel World*, cit.

autónoma, el Estado terrenal es sólo una imagen del conjunto del universo, del reino de Dios, con respecto al cual se encuentra en la relación del microcosmos con el macrocosmos<sup>18</sup>.

Lo que Kelsen admira y rescata de Dante es sobre todo la idea (a priori) de una paz universal, que se traduce, en sus propios términos, en la idea de una comunidad jurídica universal compuesta de seres humanos<sup>19</sup>.

## 2.2. El dolo eventual de Kelsen en el asesinato de la soberanía

A la luz de esta apostilla bibliográfica, si se dirige una mirada desencantada a la obra kelseniana, parecería que existe un punto firme y un elemento variable. El punto firme –la primacía del derecho internacional– es normativo. Lo que intentaré mostrar es que su misma concebibilidad, desde una perspectiva positivista, depende de una previa fundamentación epistemológica de la tesis de la unidad y unicidad del derecho. La primacía del derecho internacional solo tiene relevancia (jurídica) práctica si derecho internacional y derecho interno constituyen un solo sistema. La teoría pura brinda el contexto para fundamentar epistemológicamente el monismo como postura científica. Son reveladoras las palabras con las cuales Kelsen concluye la primera edición de la Teoría pura, reveladoras de la relación compleja entre, por un lado, la ausencia, en la formulación de la teoría, de intenciones políticas y, por el otro, su posible consecuencia que es claramente política. Utilizando el lenguaje de la dogmática penal, podríamos imputar a Kelsen, en el asesinato de la soberanía, por lo menos un dolo eventual:

*La disolución teórica del dogma de la soberanía, de ese instrumento principal de la ideología imperialista dirigida contra el Derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría Pura del Derecho. Aunque en manera alguna se lo haya logrado con una intención política, puede no obstante tener consecuencias políticas. Pues se allana un obstáculo que se opone, poco menos que en forma insuperable, a todo perfeccionamiento técnico del Derecho internacional, a todo intento de centralización progresiva del Derecho internacional<sup>20</sup> (énfasis añadidos).*

En la última página de la edición francesa de la *Teoría pura*, después de haber retomado casi textualmente el párrafo arriba citado, Kelsen concluye con unas palabras cristalinas: “al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la *Teoría pura del derecho* crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada”<sup>21</sup> (énfasis añadido). Como lo destaca von Bernstorff, “la unión del derecho internacional y del derecho nacional dentro de un cosmos jurídico monista fue

---

<sup>18</sup> Kelsen, H., *La teoría del estado de Dante Alighieri* (1905), trad. de J. L. Requejo Pages, Oviedo: KRK ediciones, 2007, pp. 103-104.

<sup>19</sup> Kelsen, H., *Das Problem der Souveränität*, cit., segunda edición, 1928, citado por Paz, R.Y., *A Gateway between a Distant God and a Cruel World*, cit., p. 231.

<sup>20</sup> TP1, p. 161.

<sup>21</sup> Kelsen, H., *Teoría pura del derecho* (1953), trad. de Moisés Nilve, 4a ed., Buenos Aires: Eudeba, 2009, p. 175.



una precondition central para una nueva y objetiva construcción del derecho internacional”<sup>22</sup> (traducción mía).

Obviamente mi intuición no significa que la *Teoría pura* no tenga importancia independientemente de la cuestión de las relaciones entre derecho internacional y derecho interno, y tampoco minimiza una innegable realidad, esto es, que entre todos los autores que compartían probablemente la postura normativa sobre la primacía del derecho internacional, ninguno ha desarrollado una teoría *pura* del derecho internamente coherente<sup>23</sup>. Reconocer esta verdad no es, sin embargo, gran cosa: en efecto, por lo general, los autores –algunos de los cuales eran sus alumnos– que compartían tal postura eran iusnaturalistas o por lo menos no se esforzaban por no parecerlo<sup>24</sup>. Kelsen buscó lograr lo que parecía imposible. La evolución de la doctrina internacionalista y el éxito del constitucionalismo global parecen mostrar que Kelsen logró su objetivo: brindar argumentos sólidos para aquellos que, desde una perspectiva positivista, quieren defender una postura que subordina la validez de las normas internas a las normas internacionales<sup>25</sup>.

Este último punto creo que justifica, más allá de la relevancia de mi intuición sobre el propio Kelsen, el análisis aquí propuesto, que es susceptible, como externalidad positiva, de brindar algo de luz (crítica) sobre una cierta forma de pensar el derecho internacional, característica del constitucionalismo

---

<sup>22</sup> Bernstorff, J. von, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, cit., p. 84.

<sup>23</sup> Como lo destaca Kammerhofer, J., “Kelsen - Which Kelsen? A Reapplication of the Pure Theory to International Law”, *Leiden Journal of International Law*, 22, no. 2, 2009, pp. 225-249, lo que es relevante no es exclusivamente si la teoría encaja con el derecho positivo que trata de capturar, sino si la doctrina encaja con la teoría, y desde este punto de vista la teoría kelseniana es perfectamente coherente y valiosa (p. 236). En fin, es posible sostener algo más radical: según Kelsen, en último análisis, “[l]as normas sólo ‘existen’ en el modelo teórico, como objeto de conocimiento que hacen verdaderas las proposiciones normativas” (Comanducci, P., *Assaggi di metaetica II*, Torino: Giappichelli, 1998, p. 150, traducción mía). Cfr. también la aguda observación de Vernengo, R., “Kelsen’s *Rechtssätze* as Detached Statements”, en R. Tur - W. Twining (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford: Clarendon, 1986, pp. 99-108, p. 105: “el derecho, como objeto pre-científico, sería, para Kelsen, algo tal vez dado en otro campo de la experiencia, diferente del derecho que estudia la ciencia del derecho y con el cual trabaja el abogado” (traducción mía).

<sup>24</sup> Sobre la postura monista e iusnaturalista de Verdross y la decepción de este último respecto de la postura kelseniana, vid. Kammerhofer, J., *Uncertainty in International Law*, cit., especialmente pp. 213-218. Por otro lado, para Lauterpacht, “el derecho era una traducción de la Bondad natural en el lenguaje del derecho internacional como profesión. Porque la Bondad era una unidad singular, el derecho también debía ser ‘uno’. Ergo, en Lauterpacht la puerta de entrada hacia Dios idealizó la completitud normativa del derecho y la justicia absoluta. El autor concibe al derecho como un todo comprensivo. De hecho, si la justicia no es universal y completa, la misma resulta negada (Paz, R.Y., *A Gateway between a Distant God and a Cruel World*, cit., p. 235, traducción mía). Lauterpacht, como Verdross, también considera defectuosa la visión kelseniana; en particular piensa que la teoría de Kelsen habría ganado mucho si hubiera tomado como base al derecho natural (Ibid. pp. 237-238).

<sup>25</sup> Vid. Paz, R. Y., *A Gateway between a Distant God and a Cruel World*, cit., p. 220.

global<sup>26</sup>. Este último, protagonista del debate contemporáneo, no sería sino la maduración o hasta la mera reformulación de intuiciones y/o propuestas teóricas de autores como Alfred Verdross (y por supuesto, por lo menos indirectamente, Hans Kelsen) que ya en 1923 publicaba una obra cuyo título es revelador: *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* cuya traducción podría ser *La Constitución del derecho internacional público* o *La Constitución de la comunidad jurídica internacional*.

En este trabajo no me ocuparé directamente del constitucionalismo global, ni de su plausibilidad teórica ni de su justificación genética a partir de la teoría kelseniana. Es suficiente destacar que la teoría de Kelsen, por su pureza y claridad, es un buen laboratorio para decir algo sobre una cierta forma de ser jurista internacional, una cierta forma de pensar el derecho internacional.

### 3. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO Y EL CARÁCTER JURÍDICO DEL ORDEN NORMATIVO INTERNACIONAL

La clave para entender la *Teoría pura del derecho* es sin duda la noción de norma fundante básica, cuya presuposición permite, en particular, considerar al derecho como a una unidad (3.1.). Al respecto sugeriré que la tesis epistemológica del monismo, esto es, la idea de que todas las normas jurídicas válidas no pueden sino pertenecer a un sólo y único sistema, resulta, a una lectura atenta de los textos kelsenianos, ser la condición necesaria para sostener, desde una perspectiva positivista, el carácter jurídico del orden normativo internacional (3.2.).

---

<sup>26</sup> El globalismo jurídico, o constitucionalismo internacional, se ve reflejado en una literatura particularmente extensa, que de una forma o de otra, remite a la tradición cosmopolita y pacifista kantiana, tal como desarrollada por autores (teóricos del derecho, internacionalistas o filósofos políticos) de cultura filosófico-jurídica alemana como Kelsen, Verdross o Habermas o más recientemente Tomuschat (vid. sobre esta línea de pensamiento el reciente trabajo de von Bogdandy, A., *Hacia un nuevo derecho público: estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México: UNAM-IJ, 2011, especialmente su capítulo XII, intitulado “El constitucionalismo en el derecho internacional”), o por autores, de gran influencia en ámbito latinoamericano, que han adaptado tal tradición al discurso garantista, como es el caso de Ferrajoli (vid. Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de P. Andrés Ibañez, et al., Madrid: Trotta, 2011. En fin, no puede no llamar atención la relación genética, señalada por Broude, T. - Paulus, A. (eds.), *Precursors to International Constitutionalism: The Development of the German Constitutional Approach to International Law*, número especial del *Goettingen Journal of International Law*, 4(2), 2012, pp. 349-362, p. 355, que parece existir entre la experiencia alemana del siglo XIX, en particular su lucha para la unidad nacional y la unificación del derecho y el pensamiento de los grandes teóricos del derecho constitucional e internacional que pertenecen a la tradición alemana, verdaderos precursores del proyecto de constitucionalización del orden jurídico internacional e incansables defensores del monismo. En general, sobre la relación entre el kelsenismo y la tradición del globalismo jurídico, remito al erudito e interesante trabajo de García Pascual, C., *Norma mundi*, cit.

### 3.1. La teoría de la norma fundante básica: unidad y unicidad del sistema jurídico

La naturaleza de tal norma fundante básica es más que cuestionable<sup>27</sup>, y lo menos que puede decirse es que en ella los admiradores o los detractores de la teoría kelseniana pueden ver, respectivamente, una brillante fundamentación epistemológica para una visión positivista y monista del derecho, el trágico<sup>28</sup> disfraz de una postura esencialmente iusnaturalista, una suerte de “doctrina profana de la gracia”<sup>29</sup> o, en fin, un estratagema verbal<sup>30</sup>.

Sobra probablemente recordar que la teoría de Kelsen se basa en la adopción, por parte de la ciencia del derecho, de un cierto punto de vista teórico de acuerdo con el cual aquello que pre-teóricamente llamamos “derecho” ha de ser reconstruido como un sistema de normas válidas. Este punto de vista tiene una dimensión puramente epistemológica: es una forma de conocer una cierta porción de la realidad, sobre la base de ciertos objetivos teóricos. El elemento culminante de la construcción kelseniana (vinculada a su concepción neo-kantiana de la ciencia) es la noción de norma fundante básica, una norma solamente pensada, una norma a la cual no corresponde ningún acto *real* de voluntad<sup>31</sup>, esto es, que no tiene existencia como norma positiva, ya que si existiera un tal acto de voluntad habría que buscarle un fundamento en otra

---

<sup>27</sup> La primera cuestión espinosa se refiere a su carácter de “norma”. Vernengo, R., “Kelsen’s *Rechtssätze* as *Detached Statements*”, cit., pp. 105-107, afirma por ejemplo que la norma fundante básica es en realidad la proposición fundante de la ciencia jurídica normativa. En el mismo sentido Spaak, T., “Kelsen and Hart on the Normativity of Law”, *Scandinavian Studies in Law*, 48, 2005, pp. 397-414, p. 406, duda que sea necesario concebirla como norma. Para un análisis profundizado de las implicaciones de una reinterpretación “proposicional” de la teoría de la norma fundante básica, vid. Puppo, A., *Acceptation et normativité: la force du devoir dans le discours juridique*, Roma: Aracne, 2011, pp. 287 ss.

<sup>28</sup> Sobre el aspecto trágico de la teoría kelseniana, vid. las reflexiones de Catania, A., “Fondamenti del diritto e prospettiva normativistica”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 74, 4, 1997, pp. 594-604, especialmente p. 604: “El hecho que Kelsen preserve tenazmente la transcendencia de la *Grundnorm* respecto del *Sein*, la autoridad de la pirámide de normas que de ella depende y por lo tanto reafirme la persistencia en el derecho moderno de la transcendencia del derecho antiguo, obedecido porque sagrado y justo, y al mismo tiempo afirme la naturaleza completamente hipotética, o si se quiere ficticia de aquella norma – *Grund* como *Abgrund* –, es profundamente y conscientemente trágica, como trágica ha sido la experiencia política y moral de nuestro siglo” (traducción mía).

<sup>29</sup> Baranger, D., “*Temps et constitution*”, *Droits*, 30, 1999, pp. 45-70, p. 63, nota 1 (traducción mía).

<sup>30</sup> Celano, B., *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, Bologna: Il Mulino, 1999, pp. 374 ss. y p. 381 en nota.

<sup>31</sup> “Si la norma fundante básica no puede ser una norma querida, siendo sin embargo lógicamente imprescindible su enunciación en la premisa mayor de un silogismo que fundamente la validez objetiva de las normas, solo puede ser entonces una norma pensada” (TP2, p. 211). Más adelante, en un trabajo de 1964 –“La función de la constitución” (1964), trad. de E. Bein, en E.E. Marí (ed.), *Derecho y Psicoanálisis: Teoría de las ficciones y función dogmática*, Buenos Aires: Hachette, 1984–, sin abandonar la noción de norma fundante básica, Kelsen ya no la caracteriza como una hipótesis o suposición de la ciencia jurídica, sino como una ficción teórica. Sobre este aspecto de la teoría kelseniana, tal como desarrollada en su obra póstuma *Teoría general de las normas*, cit., vid. Puppo, A., *Acceptation et normativité*, cit., pp. 283 y ss.

norma, lo que generaría un regreso *ad infinitum*<sup>32</sup>. Esta norma fundante básica debe ser presupuesta (o asumida) por la ciencia del derecho, ya que sin esta presuposición sería imposible dar cuenta del fenómeno jurídico en términos normativos (*i.e.*, de validez jurídica)<sup>33</sup>.

En varias ocasiones Kelsen recuerda sin embargo que dicha presuposición no es una necesidad<sup>34</sup>. Siempre sería posible, por ejemplo, dar cuenta del fenómeno jurídico como lo hace la sociología, esto es, en términos de prácticas sociales sujetas al principio de causalidad. Sin embargo –y se trata del punto central del argumento kelseniano– lo que *de hecho* hacen los juristas no es sociología del derecho. Los juristas describen el derecho como un sistema de normas válidas, sobre la base del principio de imputación. Así, si queremos dar cuenta de lo que hacen los juristas, hay que incluir en una teoría explicativa del derecho la noción de norma fundante básica.

La teoría pura del derecho, con su teoría de la norma fundante básica – destaca enfáticamente Kelsen:

solo hace consciente lo que todos los juristas, por lo común inconscientemente, hacen cuando conciben [los actos constituyentes y los actos realizados conforme a la constitución] como hechos no determinados por una legalidad causal, sino cuando interpretan su sentido subjetivo como normas objetivamente válidas, como un orden jurídico normativo, sin remitir la validez de ese orden a una norma superior, metajurídica –es decir, a una norma impuesta por una autoridad superior a la autoridad jurídica–; cuando piensan conceptualmente el derecho como derecho positivo exclusivamente<sup>35</sup>.

Mi objetivo no es decir algo nuevo o interesante sobre la norma fundante básica, sino solo recordar que cuando Kelsen defiende la tesis monista respecto de las relaciones entre derecho interno y derecho internacional, en contra de la tesis dualista, insiste sobre el carácter epistemológico de las razones que justifican la adopción del monismo. La unidad del orden jurídico existe, por así

<sup>32</sup> En palabras de Kelsen, “la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito [...]. Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema” (TP2, p. 202). Según Baranger, D., “Temps et constitution”, cit., p. 60, “la norma fundante básica opera como una prohibición de buscar los orígenes de la constitución, método que era común en las constituciones de origen divino” (traducción mía).

<sup>33</sup> Vid. lo que cristalinamente afirma al respecto Raz, J., “La teoría de Kelsen de la norma fundamental” (1974), trad. de Tamayo y Salmorán, R., en Raz, J., *La autoridad del derecho*, Mexico: UNAM-Instituto de Investigaciones jurídicas, 1985, p. 143: “La ciencia jurídica no se compromete a considerar el derecho como justo. Adopta este punto de vista en un sentido especial de ‘adoptar’. Es una adopción profesional y no comprometida. La ciencia jurídica presupone la norma fundamental, no como lo hacen los individuos –*i.e.* aceptándola como justa–, sino en su especial sentido profesional y no comprometido” (puntuación modificada). Se trata de lo que Finnis, J., “On Hart’s Ways: Law as Reason and as Fact”, en Kramer, M.H. et al. (eds.), *The Legacy of H.L.A. Hart. Legal, Political and Moral Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 3-27, ha correctamente designado por la expresión “perspectiva profesional no comprometida” (p. 8, traducción mía).

<sup>34</sup> Vid. por ejemplo TP2, p. 229.

<sup>35</sup> TP2, pp. 213-214.

decirlo, desde el punto de vista de la ciencia del derecho que conoce su objeto a través del concepto (de la categoría normativa) de la validez. De acuerdo con Kelsen, la ciencia del derecho, al presentar su objeto como un sistema de normas válidas, no puede concebirlo sino como una unidad (*i.e.*, todo lo que es concebido como derecho constituye un dominio autónomo de norma válidas el cual sólo puede ser comparado o contrastado en su dominio de validez con otros sistemas de normas válidas distintos e independientes, como la moral o la religión), coherente (*i.e.*, sin contradicciones) y completo (*i.e.*, sin lagunas).

La unidad existe en el ojo del “observador”, en el ojo de aquel que “observa” un cierto fenómeno a través de los lentes de la validez jurídica. El punto de vista normativo (o punto de vista de la validez normativa) es el punto de vista de aquel que piensa como un jurista<sup>36</sup>. Es un punto de vista entre otros. Kelsen no tiene ninguna pretensión de afirmar que debe adoptarse forzosamente tal punto de vista. Sin embargo, si no se adopta, simplemente no será posible concebir las relaciones subjetivas de voluntad entre los individuos como normas jurídicas válidas.

Según el jurista vienés entonces desde el punto de vista de la ciencia del derecho sólo puede existir un sistema de normas jurídicas válidas. Tal postura constituye por lo tanto la negación de las posturas conocidas como dualistas o pluralistas. El pluralismo se refiere intuitivamente a la existencia de dos (o más) sistemas jurídicos autónomos o relativamente autónomos, al menos el sistema interno y el sistema internacional; cada sistema tendría su unidad, su fundamento de validez etc.

Una vez aceptado el monismo como postura epistemológica y aceptado por lo tanto que sólo existe un sistema jurídico y un fundamento último de validez, se trata –para la ciencia del derecho kelseniana– de ordenar las fuentes del derecho dentro de una misma (y única) estructura escalonada. El punto crucial, obviamente, es el fundamento último de validez, la norma que otorga validez a todas las demás normas. El monismo internacionalista afirma que el fundamento último de validez debe ser el derecho internacional o, dicho kelsenianamente, que es una norma del derecho internacional la que confiere competencia al primer constituyente de cada Estado<sup>37</sup>, de forma análoga a como un soberano nacional puede autorizar a ciertas autoridades regionales para que creen ordenes jurídicos regionales.

El monismo con primacía internacional, según sus partidarios, es la mejor forma de limitar la soberanía de los Estados, y por lo tanto para garantizar la paz mundial. Dada la finalidad moral que consiste en la paz

---

<sup>36</sup> Sobre este aspecto de la teoría kelseniana, y en particular sobre la noción de punto de vista jurídico elaborada por Raz, J., “La teoría de Kelsen de la norma fundamental”, cit., para dar cuenta de la especificidad de los enunciados normativos formulados por la ciencia del derecho, remito a Puppo, A., *Acceptation et normativité*, cit., pp. 264 ss.

<sup>37</sup> Vid., por ejemplo, como Kelsen desarrolla este punto en *PIL*, pp. 414 ss.

mundial, el monismo epistemológico parece ser el medio adecuado para alcanzarla.

### 3.2. Guerra, sanciones y autenticidad del derecho positivo internacional

La estrategia de Kelsen es particularmente evidente cuando analiza, en la *Teoría general del derecho y del estado*, la cuestión de la guerra y en particular la teoría del *bellum justum* y termina planteando la cuestión, para él *interna* al derecho positivo, de las relaciones entre el derecho internacional y los derechos nacionales<sup>38</sup>.

Según Kelsen, existen esencialmente dos interpretaciones, entre ellas incompatibles, acerca de la relación entre la guerra y el derecho: una asume la doctrina del *bellum justum*, la otra la rechaza. Enfrentada a una elección al respecto, “la ciencia objetiva no está en condiciones de decidirse por una u otra de las dos interpretaciones”.<sup>39</sup> Sin embargo, dado que la interpretación que no se adhiere a la doctrina del *bellum justum* debe asumir la consecuencia inevitable que consistiría en no considerar al derecho internacional como auténtico derecho, debe por lo tanto preferirse la otra interpretación porque solamente en base a ella puede caracterizarse al derecho internacional como derecho. Esa preferencia se justifica por el hecho de que la respectiva interpretación “es la única que concibe al derecho internacional como verdadero derecho”<sup>40</sup>.

Esta caracterización –precisa Kelsen– parece adecuada dada la tendencia evolutiva del derecho internacional. En efecto, aun admitiendo el carácter primitivo del derecho internacional, si se toma como ejemplo la evolución (de primitivo y descentralizado a sofisticado y centralizado) que ha caracterizado el derecho nacional, “[a]penas puede dudarse de que el derecho internacional del presente contenga todas las potencialidades de semejante evolución; incluso ha revelado una definida tendencia en tal sentido”<sup>41</sup>. La teoría de la guerra justa resultaría ser la correcta interpretación del derecho internacional si y solamente si tal “evolución pudiera reconocerse como inevitable”<sup>42</sup>. El rigor científico de Kelsen no puede obviamente quedarse con tal suerte de profecía y lo lleva a

<sup>38</sup> *TGDE*, pp. 395 ss. Sobre este tema ver, entre otros, García Saez, J. A., “Guerra, coacción y autotutela en el pacifismo jurídico de Hans Kelsen”, *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, 2010, n. 11, pp. 177-189, especialmente pp. 183 ss.; García Pascual, C., *Norma mundi*, cit., pp. 57 ss.

<sup>39</sup> *TGDE*, p. 406.

<sup>40</sup> *Idem*.

<sup>41</sup> *Idem*. No puede dejar indiferente una sugerencia que Losano, M. G., “Hans Kelsen: una biografía cultural mínima”, cit., pp. 114-115, presenta como “una impresión [suya] no apoyada en argumentos textuales”, de que “la identificación teórica entre Estado y Derecho, típica de Kelsen, derivara de algún modo de vivir en un Estado en el que solamente el Derecho lograba mantener juntos un mosaico de lenguas y de etnias diversas”. El argumento evolucionista podría así estar relacionado con “el proceso de unificación jurídica de las monarquías austríaca y húngara [que] duró desde 1867 hasta 1914: un período lo suficientemente largo quizás como para marcar la vida del joven jurista”.

<sup>42</sup> *Idem*.

precisar que “esa suposición, más que reflejar un pensamiento científico, refleja anhelos políticos”: en efecto –observa– “[d]esde un punto de vista estrictamente científico, no queda excluida la posibilidad de una evolución del derecho de las relaciones internacionales en una dirección diametralmente opuesta”<sup>43</sup>.

La conclusión a la cual llega el jurista vienés es algo sorprendente ya que, a pesar de haber reconocido que la tendencia hacia la unidad no es para nada necesaria, afirma haber demostrado que el llamado derecho internacional *puede* ser considerado derecho en el mismo sentido en que lo es el derecho nacional, y queda consecuentemente comprobada la pertinencia epistemológica del análisis de la relación que existe entre el derecho internacional y el derecho nacional, a la cual dedica la sucesiva sección de la *Teoría General del Derecho y del Estado*. Un lector atento puede notar que Kelsen dice “puede”. Pero tal posibilidad depende de una tendencia que no se afirma como más probable que la opuesta. Parecería que la situación puede perfectamente ser capturada por una aguda observación de otro gran maestro vienés: “En esto no puedo equivocarme y, en el peor de los casos, convertiré mi proposición (*Satze*) en norma (*Norm*)”<sup>44</sup>. La *Grundnorm* kelseniana, en su versión “como si” no sería quizá sino una proposición sobre cuya verdad Kelsen sospecha (o acepta) haberse equivocado.

Es sin embargo un hecho que tal verdad, o tal posible verdad (inscrita en el futuro), es afirmada, reafirmada, sin nunca cansarse, casi como un “mantra” –definitorio de una suerte de teoría de la civilización<sup>45</sup>– esencialmente en los mismos términos desde la primera<sup>46</sup> a la segunda edición<sup>47</sup> de la Teoría pura, pasando por su edición francesa<sup>48</sup>. Todo ello sugiere tomar en serio lo que podría llamarse el *argumento evolucionista*, esto es, la presuposición según la cual

<sup>43</sup> *Idem.* Aquí es donde se combinan perfectamente dos rasgos, la ingenuidad y la lucidez, que caracterizan según García Pascual, C., *Norma mundi*, cit., p. 51, la obra kelseniana.

<sup>44</sup> Wittgenstein, L., *Sobre la certeza* (1969), trad. de J. L. Prades y V. Raga, Barcelona: Gedisa, 1998, § 634, p. 84, para el original alemán, y p. 85 para la traducción castellana (que he ligeramente modificado).

<sup>45</sup> Vid. Bernstorff, J. von, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, cit., p. 200.

<sup>46</sup> Citaré a continuación, en el cuerpo del texto, el argumento evolucionista tal como formulado en la primera edición de la *Teoría pura*.

<sup>47</sup> Vid. TP2, p. 330: “Todo el movimiento técnico-jurídico aquí señalado tiene, a la postre, la tendencia a borrar la línea divisoria entre el derecho internacional y el orden jurídico de cada Estado, de suerte que, como última finalidad de la efectiva evolución del derecho, orientada a una progresiva centralización, aparece la unidad organizadora de una comunidad universal dotada de un derecho mundial, es decir, la constitución de un Estado mundial. Por el momento, sin embargo, no cabe hablar de una tal cosa. Sólo contamos con una unidad epistemológica de todo el derecho; es decir, cabe concebir al derecho internacional, junto con los órdenes jurídicos particulares de cada Estado, como un sistema unitario de normas, de igual modo que se acostumbra ver en los órdenes jurídicos estatales particulares una unidad”.

<sup>48</sup> Vid. Kelsen, H., *Teoría pura del derecho* (1953), cit., p. 162: “Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoria que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos”.

el derecho internacional “es un orden jurídico primitivo y descentralizado que se está volviendo a través de un proceso socio-histórico un orden jurídico universal y centralizado”<sup>49</sup>.

A título de ejemplo reproduciré al argumento tal como formulado en la primera edición de la *Teoría pura*<sup>50</sup>:

El movimiento técnico-jurídico aquí indicado tiene, a la postre, la tendencia a borrar la línea divisoria entre Derecho internacional y orden jurídico estatal, de modo que aparece como meta final de la evolución jurídica real dirigida hacia la creciente centralización, *la unidad organizada de una comunidad universal del Derecho mundial*, es decir, *la formación de un Estado mundial*. Sin embargo, todavía al presente no puede hablarse de algo semejante. Solamente se da una unidad gnoseológica de todo el Derecho; es decir, puede concebirse el Derecho internacional junto con los órdenes jurídico-estatales singulares, a la manera de un sistema unitario de normas, tal como se está habituado a considerar el orden jurídico estatal (énfasis añadidos).

Volveré más adelante sobre el argumento evolucionista ya que su importancia para entender el monismo internacionalista, requiere de un análisis de la relación entre estructura, función y finalidad del derecho internacional, relación que se esconde por detrás de la expresión ‘meta final de la evolución jurídica’. Por el momento, me limitaré a recalcar la relevancia *estructural* de la teoría la guerra justa, central en el razonamiento kelseniano que acabo de reconstruir: mucho, si no es que todo, depende, desde la perspectiva de la *Teoría pura*, de la posibilidad de concebir a la guerra como sanción. La guerra justa sería la sanción para la guerra como acto (ilícito) de agresión. Si y solamente si entendemos la guerra como sanción aplicada por la comunidad internacional en contra de los Estados, podemos defender el carácter jurídico del orden normativo internacional<sup>51</sup>.

Aun si se admite que en un sentido el derecho internacional es un conjunto de normas concebidas como condicionales cuyo antecedente es un acto ilícito y el consecuente es una sanción, Kelsen reconoce el carácter incompleto de las normas internacionales. Una norma jurídica internacional, para ser plenamente una norma válida, necesita del derecho nacional. La tesis monista (en su versión epistemológica) kelseniana es lo que permite afirmar la unidad del derecho internacional y del derecho interno, y dada tal unidad, resulta posible, dentro del mismo sistema normativo, completar las normas defectuosas internacionales con la aplicación de sanciones cuya relevancia práctica –esto es, su coactividad, y en último análisis su capacidad de guiar la conducta– depende, necesariamente, de alguna norma de un orden jurídico

---

<sup>49</sup> Paz, R. Y., *A Gateway between a Distant God and a Cruel World*, cit., p. 222 (traducción mía). Que no se trate de una mera presuposición sino de un genuino “programa político” es sostenido, por ejemplo, por Zolo, D., “Hans Kelsen: International Peace through International Law”, *European Journal of International Law*, 9, 2, 1998, pp. 306-324, p. 310.

<sup>50</sup> *TP1*, pp. 144-145.

<sup>51</sup> *PIL*, p. 18.



nacional<sup>52</sup>. Dado que la mayoría de las normas jurídicas internacionales son “normas incompletas que requieren una implementación mediante normas del derecho nacional [...] el orden jurídico internacional tiene sentido (*is significant*) solo como parte de un orden jurídico universal que comprende también todos los órdenes jurídicos nacionales”<sup>53</sup>.

En virtud de lo anterior resulta plausible afirmar que la tesis meramente epistemológica, la única que Kelsen afirma poder defenderse en un plano teórico<sup>54</sup> –por lo menos por el momento en que escribe–, es parasitaria de la tesis genuinamente normativa. Aunque para Kelsen es perfectamente equivalente, desde un punto de vista epistemológico, cuál tesis normativa –entre la primacía del derecho estatal y la primacía del derecho internacional– se adopte, hay que sospechar que lo que no es para nada equivalente, desde un punto de vista ideológico, es cuál tesis epistemológica –entre el monismo y el pluralismo– se adopte. Dicho de otra forma, la elección de la *Teoría pura*, cuyo carácter axiológicamente neutral y normativamente puro no se discute, esto es, “el rechazo a la vez de la moralidad y de la realidad no es ni inocente ni neutral”<sup>55</sup>.

Lo anterior sugiere que la relación entre la postura epistemológica y la ideológica es por lo menos compleja, ya que hay que combinarla con una de las cuestiones centrales del positivismo metodológico –suscrito por Kelsen– esto es, la independencia conceptual del derecho positivo respecto del derecho natural (o una la moral crítica).

---

<sup>52</sup> Contrariamente a lo que sostiene Luzzati, C., “Más allá de Kelsen. Monismo y pluralismo en el derecho internacional”, cit., p. 143, a pesar de la importancia de la construcción monista para dotar de sanciones a las normas internacionales, no tengo la impresión de que “en la concepción kelseniana el monismo preceda hasta en orden de importancia al requisito de la coactividad”. En orden de importancia la primera preocupación es demostrar que el derecho internacional es auténtico derecho: los roles del monismo y de la coactividad son por así decirlo complementarios, pero ambos secundarios respecto, a la vez, de su ideología anti-soberanista y de su concepto de norma jurídica, cuya propiedad definitoria es la imputación de una sanción.

<sup>53</sup> *PIL*, p. 403 (traducción mía). En la medida en que el carácter (o no) jurídico del orden internacional depende en definitiva del concepto de derecho que se adopta, resulta claro, como lo destaca Luzzati, C., “Más allá de Kelsen. Monismo y pluralismo en el derecho internacional”, cit., p.141, que “si una definición del concepto de derecho no tiene la pretensión de presentarse como una definición real, entonces comporta una opción valorativa”.

<sup>54</sup> Vid., por ejemplo, *TP2*, p. 330: “Sólo contamos con una unidad epistemológica de todo el derecho; es decir, cabe concebir al derecho internacional, junto con los ordenes jurídicos particulares de cada Estado, como un sistema unitario de normas”.

<sup>55</sup> Paz, R. Y., *A Gateway between a Distant God and a Cruel World*, cit., p. 234 (traducción mía). Dicho de otra forma: la “imagen de la cientificidad [de Kelsen] es fuertemente ideológica” (Luzzati, C., “Más allá de Kelsen. Monismo y pluralismo en el derecho internacional”, cit., p. 159).

#### 4. EL MONISMO KELSENIANO: UN IUSNATURALISMO PACIFISTA PURIFICADO POR EL MÉTODO POSITIVISTA

La teoría del derecho occidental que se ha ocupado de la cuestión de la naturaleza del derecho internacional, esquemáticamente, ha sostenido las siguientes posturas: una tesis positivista negacionista (o agnóstica), unas tesis iusnaturalistas (estatalistas o internacionalistas), unas tesis positivistas no negacionistas (pluralistas o monistas, estas últimas declinadas diferentemente según la primacía otorgada al derecho interno o al derecho internacional). No se trata, en sentido estricto, de teorías rivales, ya que muy a menudo no pretenden dar cuenta del mismo fenómeno o, como intentaré mostrar, terminan diciendo lo mismo, con distintas palabras y/o a partir de distintos marcos teóricos y/o a partir de distintos compromisos político-morales (4.1.). La postura de Kelsen constituye, sin duda, un intento de ganar sobre dos terrenos, el terreno metodológico y valorativamente neutral del positivismo, y el terreno sustantivamente pacifista de una cierta forma de iusnaturalismo (4.2.); sin embargo, si la victoria en plano de la teoría positivista estatal parece haber sido un real triunfo, hay que dudar de que tal triunfo, en el plano de la teoría del derecho internacional, pueda alcanzarse sin renunciar a la pureza (4.3.).

##### 4.1. Amigos y enemigos de la soberanía: positivismo clásico vs. iusnaturalismo

La tesis negacionista, por lo menos dentro del ambiente filosófico positivista y analítico, tiende a ser atribuida al padre del positivismo analítico, John Austin<sup>56</sup>. Según este autor, el derecho estatal es derecho positivo en la medida en que es expresión de la voluntad del soberano (sus mandatos), respaldada por el uso de la fuerza y por instituciones que garantizan su aplicación coactiva. No existe otro derecho positivo. El llamado derecho internacional no existe o no es derecho positivo, aunque, en este último caso, esto no signifique que no pueda jugar algún tipo de papel en las jurisdicciones nacionales<sup>57</sup>.

La postura que este positivismo adopta respecto del derecho internacional, repensado a la luz de las categorías elaboradas por los teóricos positivistas post-hartianos, puede ser incluyente o excluyente<sup>58</sup>. En el primer caso, el derecho internacional puede ser incorporado al derecho interno, siempre y cuando el soberano así quiera; en el segundo caso, los jueces podrían

<sup>56</sup> Austin, J., *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5a ed., revisada y editada por Campbell, R., Londres: John Murray, 1885.

<sup>57</sup> Sobre la variedad de estas posturas, vid. Lauterpacht, H., *The Function of Law in International Community* (1933), Oxford: Oxford University Press, 2011, y sobre todo sobre la diferencia entre los auténticos negadores del derecho internacional (por ejemplo Hobbes y Espinoza, vid. pp. 408-410) y los autores que niegan que las normas internacionales son auténticas reglas jurídicas positivas (por ejemplo Austin, vid. pp. 410-411).

<sup>58</sup> Sobre la distinción incluyente/excluyente, vid. Escudero, R., *Los calificativos del positivismo jurídico: el debate sobre la incorporacion de la moral*, Madrid: Civitas, 2004.

aplicar el derecho internacional como pueden aplicar la moral o las normas de una religión, esto es, sin que en ningún momento las normas internacionales adquieran el estatus de normas jurídicas positivas. La derivación incluyente del positivismo clásico confluye en el monismo con primacía estatal. La versión (más fiel a la original) excluyente implica, desde una perspectiva monista, la negación del derecho internacional, mientras que desde una perspectiva pluralista, puede conciliarse con un reconocimiento del derecho internacional, como derecho, aunque no como derecho positivo estatal; esto es, dado que la categoría de lo *jurídico* no se reduce necesariamente a lo *estatal*, el derecho internacional podría ser un orden jurídico de otro tipo, por ejemplo natural o jurídico no-estatal.

Es sabido que para Kelsen –sospecho no sin algo de razón– no existen diferencias pragmáticas entre negadores del derecho internacional, pluralistas y monistas *estatalistas* ya que todos terminan relegando el derecho internacional en una posición secundaria, completamente supeditada al dogma de la soberanía<sup>59</sup>.

La reacción, sobre todo durante finales del siglo XIX, de los cultores no positivistas del derecho internacional, consistió esencialmente en dos pasos: no cuestionar que el derecho estatal es derecho positivo, pero afirmar que encima de él se erige el derecho natural (o alguna forma de moral objetiva universal, por ejemplo el *ius cogens*)<sup>60</sup>. Cuando el derecho estatal viola los principios del derecho natural (o las leyes de la humanidad), dependiendo del tipo de iusnaturalismo, clásico o contemporáneo, se deriva una de estas dos consecuencias: en el primer caso lo que el Estado hace en violación de principios superiores (internacionales, morales o naturales) no es derecho; en el segundo caso, sí es derecho, pero desvanece la obligación de obedecer. Obviamente, desde un punto de vista pragmático, el resultado es perfectamente idéntico, ya que si tal o cual mandato estatal no es derecho, obviamente no hay nada *jurídico* que obedecer. Lo que cambia es la “causa” de la no obediencia, que es en el primer caso conceptual y en el segundo normativa<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Vid. Kelsen, H., “Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public”, cit., p. 288, según el cual, textualmente, la “consecuencia lógica [del pluralismo] es la aniquilación completa del derecho internacional” (traducción mía).

<sup>60</sup> Verdross es el ejemplo paradigmático de esta forma, típicamente internacional, de iusnaturalismo, que encuentra su inspiración en la filosofía iusnaturalista escolástica de los fundadores del derecho internacional, en particular Vitoria y Suárez. Siendo Verdross, también, el padre del constitucionalismo internacionalista, resulta evidente la conexión entre el nuevo globalismo jurídico y el viejo iusnaturalismo, ambos contruidos a la sombra de la noción vitoriana de *Totus orbis, qui aliquo modo est una republica* o de la noción wolffiana de *Civitas maxima*. Sobre la noción de *ius cogens* en general y, en particular, para una posible interpretación en clave no iusnaturalista, vid. Garibian, S. y Puppo, A., “Acerca de la existencia del *ius cogens* internacional: una perspectiva analítica y positivista”, *Isonomía*, 36, 2012, pp. 7-47.

<sup>61</sup> Sobre la distinción entre el iusnaturalismo clásico (que sostiene una tesis conceptual) y el iusnaturalismo contemporáneo (que sostiene una tesis normativa), vid. Sucar, G., *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 155.

La concepción iusnaturalista, en ámbito internacional, ha conocido un cierto éxito cuando la diplomacia internacional se ha enfrentado a casos claros de atrocidades cometidas por Estados. Hay que destacar, retomando el argumento kelseniano sobre el carácter incompleto de las normas internacionales, que el punto neurálgico de las discusiones, por ejemplo respecto del genocidio que el gobierno turco estaba cometiendo en contra de sus ciudadanos armenios, era el uso de la fuerza. Es allí en donde cualquier postura iusnaturalista pierde toda relevancia práctica, ya que del hecho de afirmar que algo no es derecho o no debe ser obedecido, no puede derivarse ninguna consecuencia práctica cuando el “creador de *no derecho*” detenta el monopolio de la fuerza, y por lo tanto mueve, por lo menos a corto plazo, los hilos de la obediencia.

A pesar de su impotencia pragmática en el plano internacional, las posturas iusnaturalistas han dado un impulso enorme a la construcción de un (¿nuevo?) orden jurídico internacional. A pesar de ello, sería incorrecto olvidar que paralelamente al iusnaturalismo al cual, en último análisis, debemos todos los fundamentos morales del hoy *positivo* derecho internacional de los derechos humanos, siempre ha existido un iusnaturalismo estatalista, que encontró un fiel aliado, durante el siglo XIX y la primera mitad de siglo XX, en el positivismo ideológico. Ambas posturas, con (la primera) o sin (la segunda) una referencia al derecho natural, coinciden en la primacía, por así decir moral, del soberano estatal.

Así que el iusnaturalismo que realmente adquiere relevancia desde la perspectiva del derecho internacional, para rebatir los argumentos negacionistas del positivismo clásico, es el iusnaturalismo hoy conocido como pacifista, cuyo símbolo filosófico son probablemente Wolff o Kant (y no Hegel), y cuya quintaesencia dogmático-internacional es Verdross (y no Kaufmann)<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> Hay que precisar que no siempre el fundamento filosófico que brinda un autor clásico para sostener un cierto proyecto político corresponde a la visión política que el mismo filósofo tenía en mente o a los acontecimientos políticos contingentemente asociados a tales visiones. Un solo ejemplo será suficiente: Vitoria, ejemplo de iusnaturalismo escolástico, se esforzó por justificar, sobre la base del derecho natural, la Conquista española de América. Pero su concepción del *totus orbis* ha sin duda inspirado nociones posteriores, como la de *Civitas maxima*, fundamentales para un iusnaturalismo de corte universalista y no imperialista. Si tomamos el caso de Kant, y contrariamente a sus usos contemporáneos, el universalismo, por ejemplo, de los derechos humanos, nunca ha significado, para el filósofo alemán, el abandono del dogma de la soberanía. Todo lo anterior es extremadamente simplista, pero espero funcione como una advertencia para siempre tomar con precaución cualquier imputación de paternidad intelectual u otros atajos histórico-filosóficos de los cuales adolecen la mayoría de los trabajos (incluido éste) sobre el monismo internacionalista, cuyo carácter sugerente a veces no puede ocultar, aunque pueda disculpar, la imprecisión de la reconstrucción. Kelsen es un ejemplo paradigmático de atajos reconstructivos: siempre se asocia a Kant, pero a una mirada atenta, tanto en el plano epistemológico como en los planos filosófico-jurídico y filosófico-político hay mucho menos Kant de lo que parece. A pesar de ello, sigue siendo sugerente afirmar la existencia de una conexión entre el constructivismo y cosmopolitismo kantiano y, por ejemplo, la construcción monista pacifista de la ciencia del derecho kelseniana.

## 4.2. *When Kant meets Hobbes: pureza de la obligación política y pacifismo en Kelsen*

La construcción monista kelseniana tiene el objetivo de rescatar a la vez el positivismo en su versión excluyente y el pacifismo anti-soberanista. Se trata, en mi opinión, de una versión sofisticada del positivismo ideológico moderado (o de iusnaturalismo hobbesiano<sup>63</sup>), teoría de la justicia que, según la aguda reconstrucción de Bobbio<sup>64</sup>, afirma la existencia de un deber moral condicional de obedecer al derecho. Kelsen, en lugar de afirmar, como los positivistas ideológicos moderados, la existencia de una norma moral que impone obedecer al derecho (o al soberano) siempre y cuando el derecho cumpla con lo prometido en un hipotético contrato social, funda la fuerza obligatoria del derecho sobre la norma fundante básica<sup>65</sup>, norma cuyo contenido es idéntico a la norma moral de los positivistas ideológicos (o a la única norma natural de Hobbes, la que confiere legitimidad política al Estado), pero cuya existencia es negada, ya que se trata –como resulta claramente en los últimos trabajos del jurista vienés– de una ficción.

La comparación entre la postura de Kelsen y el iusnaturalismo puramente formal de Hobbes, esto es, que no impone al soberano ningún contenido sustantivo derivado de algún principio de derecho natural, parece haber sido aceptada por el mismo autor de la Teoría pura:

Ya se ha señalado que la función de la norma básica no es solo reconocer un material históricamente dado como derecho, sino también comprenderlo como un todo significativo. Hay que reconocer con franqueza (y ya se ha indicado) que tal logro no sería posible por medio del positivismo puro, es decir, simplemente mediante el principio dinámico de la delegación como se expresa en la norma fundante básica del derecho positivo. Con el postulado del orden significativo, esto es, no contradictorio, la ciencia jurídica sobrepasa los límites

---

<sup>63</sup> El iusnaturalismo hobbesiano, según Bobbio, N., “Jusnaturalismo y positivismo jurídico” (1962), trad. de E. Garzón Valdés, en Bobbio, N., *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara, 2004, pp. 67-90, se caracteriza por limitarse a conferir legitimidad al soberano, sin implicar un compromiso sustantivo con algún contenido normativo. En este sentido, desde un punto de vista pragmático, es indistinguible del positivismo ideológico. La clasificación de muchos autores del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX en una u otra categoría, resulta, en definitiva, una cuestión vinculada más a la ideología del “clasificador” que a la naturaleza del “clasificado”. En el mismo sentido, y en la medida en que el positivismo ideológico es por cierto una ideología soberanista por excelencia, como lo recuerda Luzzati, C., “Más allá de Kelsen. Monismo y pluralismo en el derecho internacional”, cit., p. 148, nota 50, Santi Romano había agudamente vislumbrado “una sutil consonancia –cuya culminación estaría representada por la teoría del Estado ético de Hegel– entre el monismo estatalista y el iusnaturalismo”.

<sup>64</sup> Bobbio, N., “Positivismo jurídico” (1961), trad. de E. Garzón Valdés, en Bobbio, N., *El problema del positivismo jurídico*, México: Fontamara, 2004, pp. 37-66.

<sup>65</sup> Se trata, también, de una teoría de la obediencia al derecho en la medida en que uno de los significados del concepto de validez es la fuerza obligatoria. Sobre los problema que esto genera, vid. Ross A., “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho Natural” (1961), trad. de G. Carrió y O. Paschero, en Ross, A., *El concepto de validez y otros ensayos*, México: Fontamara, 1997, pp. 7-32, que al respecto, para referirse a la postura kelseniana, acuña la expresión ‘cuasipositivista’.

del positivismo puro. Abandonar este postulado implicaría al mismo tiempo el auto-abandono de la ciencia jurídica. La norma básica aquí se ha descrito como el presupuesto esencial de cualquier conocimiento jurídico positivista. Si se quiere considerar como elemento de una doctrina iusnaturalista, a pesar de su renuncia a cualquier elemento de la justicia material, muy poco podría objetarse<sup>66</sup>.

La presuposición de la norma fundante básica, sin embargo, no es gratuita: solo tiene sentido presuponer la norma fundante básica en un contexto de ejercicio efectivo de la fuerza por parte de las autoridades del sistema jurídico. Dado que la efectividad del orden jurídico no puede depender exclusivamente de la amenaza del uso de la fuerza, hay que sospechar que, por lo menos desde el punto de vista de los sujetos susceptibles, con sus conductas, de contribuir a la efectividad del sistema, se vuelve relevante, o hasta ineliminable, la cuestión del fundamento, no hipotético, sino real, del deber de obedecer al derecho.

Kelsen, y con él otros importantes representantes del positivismo jurídico contemporáneo, como Hart, puede fácilmente superar este desafío limitándose a afirmar que es un hecho que existen sistemas jurídicos efectivos, cuyo ejemplo paradigmático son los derechos estatales. La ciencia del derecho, en otras palabras, existe como institución dotada de sentido siempre y cuando ya se esté en presencia de un sistema jurídico efectivo<sup>67</sup>. La autoridad moral del derecho se alimenta de su éxito, y si existe algo como una ciencia del derecho de tipo kelseniano, es porque ya existe un sistema jurídico suficientemente exitoso, esto es, cuya autoridad moral no tiene competidores creíbles. Si no existen competidores creíbles es, probablemente, porque la autoridad guía la conducta de una forma, por así decirlo, razonable<sup>68</sup>. Este carácter razonable quizá tiene mucho que ver con lo que Fuller llamó la moralidad interna del derecho<sup>69</sup>, un conjunto de requisitos, por lo demás formales, que facilitan la obediencia, y por lo tanto la efectividad del orden jurídico<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> Kelsen, H., "Natural Law Doctrine and Legal Positivism", cit., p. 437 (traducción mía).

<sup>67</sup> Delacroix, S., 'Schmitt's Critique of Kelsenian Normativism', *Ratio Juris*, 18, 1, 2005, pp. 30-45, destaca perfectamente este aspecto cuando afirma que "para ser 'puro', el positivismo jurídico kelseniano necesita tomar como punto de partida la asunción según la cual el problema de cómo es posible, en su momento inicial, un orden jurídico es solamente un problema aparente o un problema que no necesita solución" (p. 30, traducción mía).

<sup>68</sup> Este aspecto de la concepción kelseniana ha sido perfectamente capturado por Raz, J., "La teoría de Kelsen de la norma fundamental", cit., especialmente pp. 175-176, cuando analiza el concepto kelseniano de 'normatividad', que es a la vez la normatividad justificada de los iusnaturalistas y la normatividad social de los que rechazan cualquier fundamento metafísico. La norma fundante básica es el estratagema que junta mágicamente el aspecto social (ya que solo se presupone una norma básica en una situación de efectividad), y el aspecto justificatorio (ya que en virtud de la norma fundante básica, resulta justificado el deber de obedecer a cada orden jurídico efectivo).

<sup>69</sup> Vid. Fuller, L., *The Morality of Law* (1964), Yale: Yale University Press, 1986.

<sup>70</sup> Mi uso de la tesis fulleriana de la moralidad interna del derecho puede parecer excesivamente funcionalista. Sobre la cuestión de la naturaleza, moral o funcional de los requisitos de la moralidad interna del derecho, ha habido recientemente un interesante debate. Me limitaré a

### 4.3. Efectividad, formalismo y racionalidad del poder estatal

Esta estrategia puede funcionar para dar cuenta de la presuposición de una norma fundante básica por parte de una ciencia del derecho kelseniana en un contexto estatal. ¿Pero qué ocurre cuando nos planteamos la misma cuestión en el orden jurídico internacional? Los estudiosos del derecho internacional se enfrentan al reto que representa la explicación de una realidad –las relaciones internacionales– en la cual la frontera entre una estructura normativa (si existe), un conjunto de ideales morales, y una serie de decisiones políticas es particularmente móvil<sup>71</sup>. Esta observación debe ser interpretada como una constatación de hecho de las grandes dificultades teóricas que encuentra el jurista internacionalista. Dicho enfáticamente: es una cuestión controvertida *cuál norma fundante básica presuponer* ya que el criterio de la efectividad, una vez que se sale de las fronteras de un Estado, ayuda muy poco. Podría hasta sostenerse que si la efectividad de un orden normativo es condición necesaria para presuponer una norma fundante básica (como parece pensar Kelsen), sólo sería científicamente *responsable* presuponer una norma fundante básica nacional.

Lo que quiero destacar es que, aunque la actividad del jurista que se dedica al derecho interno puede parecer, a una mirada superficial, muy similar a la desempeñada por el jurista internacional, para el primero las fronteras (del conocimiento –que determinan las fronteras del objeto, pero que presupone la efectividad del uso de la fuerza) están perfectamente trazadas, ya que la historia ha definido claramente el ámbito de estudio del jurista positivista, desde por lo menos el siglo XIX, cuando, como lo recuerda Bobbio, se juntan las tres dimensiones del positivismo que el mismo autor conceptualmente distingue<sup>72</sup>. El positivismo como ideología tiende a legitimar el soberano al cual los sujetos deben obediencia; que sea en virtud de un contrato social o de otra justificación moral, lo que es cierto es que los mandatos del soberano son considerados como moralmente obligatorios independientemente de su contenido. El derecho, en un solo movimiento, absorbe y disuelve los ideales morales y la decisión política del soberano. En la estructura vertical del derecho estatal se condensan y desaparecen la moral y la política: “el principio del derecho toma el lugar del principio de la justicia y del principio del poder”<sup>73</sup>. La pureza de una teoría del derecho encuentra un presupuesto esencial en esta sublimación de lo político y de lo moral en lo jurídico-estatal.

---

remitir a Murphy, C., “Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law”, *Law and Philosophy*, 24 (3), 2005, pp. 239-262, y a Bennett, M. J., “Hart and Raz on the Non-Instrumental Moral Value of the Rule of Law: a Reconsideration”, *Law and Philosophy*, 30 (5), 2011, pp. 603-635.

<sup>71</sup> En el caso de Morgenthau, como lo subraya Koskenniemi, “Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations”, en M. Byers (ed.), *The Role of Law in International Politics*, Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 17-34, p. 25, esta constatación lleva al internacionalista a abandonar los estudios jurídicos en sentido estricto.

<sup>72</sup> Bobbio, N., “Positivismo jurídico”, cit.

<sup>73</sup> Bernstorff, J. von, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, cit., p. 258 (traducción mía).

El positivismo como teoría elabora una explicación del fenómeno jurídico estatal a partir de proposiciones sencillas que capturan, grosso modo, la estructura y la función del derecho continental decimonónico. El derecho es un conjunto de mandatos del soberano, cuya máxima manifestación es la ley, expresión de la racionalidad del legislador, lo que permite, a la vez, considerar el derecho como un sistema coherente y completo, y el juez como un mero aplicador mecánico de la ley. La teoría positivista, tal como ha sido someramente expuesta, ha perdido casi completamente su poder explicativo o, dicho de otra forma, se ha demostrado falsa. Aun así, ha contribuido a generar lo que puede llamarse ‘cultura del formalismo’ o ‘cultura de la legalidad’, a la vez una *forma mentis* y un *modus operandi* de la ciencia del derecho piramidal (por lo menos continental):

La construcción en grados del ordenamiento jurídico puede muy bien ser considerada como la representación más adecuada de ese Estado racional y legal, racional porque está regulado por el Derecho en todos los niveles, cuya formación constituye, según Weber, la línea tendencial del gran Estado moderno [...]. Una vez más, esto no significa que Kelsen, a pesar de su pretensión de elaborar una teoría general del Derecho válida para todos los sistemas jurídicos de todos los tiempos no teorice en realidad una forma histórica de Estado: significa que una completa teorización del sistema jurídico como sistema normativo complejo no podía nacer más que como fruto de una continua reflexión sobre la formación del Estado moderno en el que la racionalización de los procesos de producción jurídica hace más evidente la estructura piramidal del ordenamiento o, de otro modo, permite percibir con mayor transparencia que ese ordenamiento normativo al que damos el nombre de ordenamiento jurídico es un universo estructurado de cierto modo. Lo que nos importa poner de relieve es que cuando Kelsen describe la progresiva juridificación del Estado moderno, hasta el punto de que llega a la famosa o mal afamada reducción del Estado a ordenamiento jurídico, manifiesta el mismo proceso que Weber capta en la formación del poder legal que acompaña al desarrollo del Estado en el mismo período histórico. El Estado es el mismo ordenamiento jurídico (Kelsen) en cuanto el poder está completamente legalizado (Weber)<sup>74</sup>.

La misma intuición es compartida por Dyzenhaus según el cual toda la teoría del derecho de Kelsen se construye a partir de la “asunción que la concepción de la legitimidad de Weber es correcta”<sup>75</sup>. Tal cultura del formalismo, fortalecida por la justificación racional del poder del Estado burocrático (de derecho), resulta inseparable de la tercera dimensión del positivismo, el positivismo metodológico, cuya tesis fundamental es la tesis de

---

<sup>74</sup> Bobbio, N. “Estructura y función en la teoría del Derecho de Kelsen” (1973), trad. de A. Ruiz Miguel, en Bobbio, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, México: Cajica, 2006, pp. 245-263, p. 258.

<sup>75</sup> Dyzenhaus, D., “Hermann Heller and the Legitimacy of Legality”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 16 (4), 1996, pp. 641-666, p. 647 (traducción mía).



las fuentes sociales del derecho, entre cuyos corolarios se encuentra la tesis de la no conexión identificatoria entre el derecho y la moral<sup>76</sup>.

Cuando teóricos como Kelsen, Ross o Bobbio, se han preguntado cuál es la función del derecho interno, la respuesta siempre ha sido, aún con variaciones<sup>77</sup>, que el derecho es un mecanismo para el ejercicio del monopolio de la fuerza. Independientemente del contenido que tenga, desde el derecho más noble hasta el derecho nazi, el orden jurídico siempre tiene como función el ejercicio monopolístico de la fuerza. Dicho kelsenianamente: no se presupone una norma fundante básica a partir de la constatación que un determinado orden normativo es justo, sino a partir de la constatación que un determinado orden normativo, por atroces que sean sus normas y despiadadas sus sanciones, es efectivo.

Un requisito obvio, para facilitar la obediencia necesaria para la consolidación del monopolio de la fuerza, es la ausencia de contradicciones normativas, ya que por cada contradicción normativa respecto de la conducta p, esto es, por cada caso en que p resulta ser, a la vez, una conducta obligatoria y una conducta prohibida, cada instanciación social de p, constituiría, a la vez, una contribución hacia la efectividad y una contribución en el sentido opuesto. En un caso extremo, si por cada conducta existiera una contradicción normativa, la relevancia práctica del orden jurídico sería nula. Para decirlo con un ejemplo trivial: si cada semáforo tuviera prendidas, siempre, la luz verde y la luz roja, el semáforo se volvería prácticamente irrelevante.

Se entiende por tanto fácilmente la importancia, en la concepción kelseniana, del requisito de la coherencia del sistema, y su relación conceptual con la tesis monista. Sin embargo tal relación es más *turbia* de lo que parece. Si es cierto que monismo y ausencia de contradicciones normativas son caras de la misma moneda, no es tan cierto que esta moneda no haya salido de una ceca iusnaturalista.

Hay que preguntarse, ahora, ¿cuál es la relevancia de las contradicciones normativas para la ciencia del derecho? Una respuesta posible es: ninguna. La ciencia del derecho construye sistemas normativos coherentes a partir de la observación de un conjunto de acciones sociales. Las eventuales contradicciones relevantes para la ciencia del derecho son contradicciones meramente prácticas, se trataría de una suerte de colisión entre fuerzas humanas, de “materiales positivos confusos, múltiples y –aparentemente– contradictorios”<sup>78</sup>. Dado que

---

<sup>76</sup> D’Aspremont, J., *Formalism and the Sources of International Law. A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford: Oxford University Press, 2011.

<sup>77</sup> Sobre algunas variaciones que han caracterizado la postura de Bobbio, vid. Greppi, A., “Derecho, poder, estructura y función”, cit.

<sup>78</sup> Luzzati, C., “Más allá de Kelsen. Monismo y pluralismo en el derecho internacional”, cit., p. 152. Kelsen es explícito, y constante, en recordar que la unidad y la coherencia son un producto de la ciencia del derecho: vid. *TGDE*, p. 446: “Una de las tareas principales del jurista consiste en presentar de manera congruente el material con que trata. Como ese material es presentado

no hay normas válidas antes de presuponer una norma fundante básica y que no hay norma fundante básica sin una ciencia del derecho que la presuponga, la ciencia del derecho no observa contradicciones entre normas jurídicas válidas porque, simplemente, no observa normas jurídicas válidas. La verdadera pregunta es por lo tanto humildemente fáctica: ¿qué observa la ciencia del derecho? Pero también: ¿cómo observa? Esta inquietud puede encontrar una respuesta a partir de una clara distinción entre estructura, función y finalidad del derecho, distinción que, como intentaré mostrar en la próxima sección resulta particularmente borrosa cuando se aplica al derecho internacional y a la ciencia que pretende (re)construirlo.

## 5. ESTRUCTURA, FUNCIÓN Y FINALIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL

Si se toma en cuenta que en el ámbito de las ciencias humanas la frontera entre las actitudes de los científicos y la realidad capturada por sus teorías es algo borrosa (5.1.), es posible sostener que la estructura, la función y la finalidad del derecho dependen de la consciencia de los juristas, y en último análisis de los propósitos que animan a los juristas en su tarea reconstructiva, esto es, de una combinación perniciosa, y raramente explícita, de estructuralismo formalista y finalismo (5.2.).

### 5.1. Hechos institucionales y ciencias sociales

La adopción de un cierto punto de vista depende de dos factores: del objeto de la realidad que se quiere explicar y, cuando ésta consiste en prácticas humanas, del propósito que se le atribuye. La cuestión del propósito o de la función que una práctica humana o una institución es llamada a cumplir puede depender, a su vez, de dos factores: de las intenciones de los participantes, o de las intenciones del observador que, por así decirlo, atribuye una cierta función a la institución, independientemente de las actitudes de los participantes. La atribución de una cierta función a una institución determinada puede resultar de un estudio histórico, que de alguna forma ponga en primer plano a los participantes, pero no necesariamente a los participantes actuales de la práctica. En otras palabras, es posible que una institución dada, como cualquier instrumento creado por seres humanos, haya sido pensada, concebida y construida, en un momento  $t_1$ , para cumplir algunas funciones específicas y que en un momento  $t_2$  otros participantes hayan quizá atribuido a la misma institución otra función. Podría darse el caso de que tal institución no pueda cumplir con la nueva función y, en tal hipótesis, los mismos participantes y algunos observadores podrían preguntarse cuáles son las razones de tal

---

por medio de expresiones lingüísticas, resulta posible *a priori* que tal material contenga contradicciones. La función específica de la interpretación jurídica es eliminar tales contradicciones, revelando que sólo son aparentes. El material jurídico es transformado en un sistema de derecho en virtud de la interpretación jurídica". En TP2, p. 215, Kelsen es aún más explícito ya que precisa que el material normativo no es *dado* sino *propuesto* a la ciencia del derecho.

disfuncionamiento. Una de estas razones podría tener que ver con la estructura de la institución. Dada la estructura de la institución, sería posible entender o explicar la razón por la cual tal institución no puede cumplir una determinada función.

La cuestión, sin embargo, es más compleja ya que, tratándose de instituciones humanas, la estructura de las mismas no está dada por la naturaleza, como podría ser la estructura de alguna clase natural. Así que si se considera que la nueva función es muy importante, y que la razón de la imposibilidad de realizarla depende de la estructura, pueden adoptarse, por lo menos, dos posturas. Por un lado podría pensarse, como algo óptimo, que la estructura pueda modificarse espontáneamente, con el tiempo, para hacer posible la nueva función<sup>79</sup>. Por otro lado, podría pensarse que la estructura debe ser modificada, esto es, que los mismos participantes podrían tomar la decisión de modificar la estructura para hacer posible la realización de la nueva función.

Aunque pueda parecer superfluo, no es inútil insistir en la diferencia entre una perspectiva funcionalista y una finalista. Más allá de cualquier distinción abstracta, creo que es muy útil utilizar el tiempo como criterio de distinción. La finalidad se inscribe en el futuro, mientras que la función se inscribe en el presente o en el pasado. Dada la misma estructura, su función dependerá de ciertas exigencias (que podemos identificar en el presente o en el pasado) para cuya satisfacción una determinada estructura fue concebida (o surgió espontáneamente si es natural). Esta estructura, sin embargo, puede tener varias finalidades, las cuales, si se acepta que se trata de una estructura institucional, dependerán de las preferencias y de los deseos de los que, en un momento dado, tienen, como participantes, algún tipo de poder.

La confusión entre función y finalidad se vuelve manifiesta cuando, dada una cierta estructura que responde a una cierta exigencia social identificable en el presente, los participantes *esperan* que la misma estructura pueda realizar una nueva función. Lo que realmente ocurre es que los participantes tienen alguna finalidad, quieren alcanzar algún objetivo, y lo quieren hacer a través, o a partir, de una estructura ya existente. Para que la institución pueda permitir alcanzar dicho objetivo, hay que presuponer que la institución puede realizar una nueva función, cuya realización progresiva acercará al objetivo deseado. Si la estructura depende de la función, y si a menudo la función viene sustituida por la finalidad, resulta claro cómo los objetivos de los juristas pueden jugar un papel importante en la determinación de la estructura del objeto que estudian. Por cierto, ello no es así por razones lógicas, sino por así decirlo, por tendencias psicológicas. Dicho de otra forma, cuando el neo-kantismo se aplica a ciencias como la física, resulta más fácil imaginar que los conceptos construidos por los científicos, para capturar una cierta porción de la realidad, no son el reflejo de

---

<sup>79</sup> Vid. lo que Kelsen sostiene a propósito de la *tendencia evolutiva* del derecho internacional, destinado a cumplir con el proyecto monista (cf. *supra*, § 3.2., los pasajes de TP1 y TP2 ya citados). Sobre este punto volveré en la conclusión.

ciertos objetivos que los científicos tienen respecto de dicha realidad. La estructura del cuerpo humano, capturada por los conceptos de la anatomía, y las funciones del cuerpo humano, capturadas por los conceptos de la fisiología, *prima facie*, pueden ser consideradas como independientes de la antropología (optimista o pesimista) del científico o, por decirlo abruptamente, de lo que se quiere hacer con el cuerpo humano.

Sin embargo, cuando se pasa a las ciencias sociales, la frontera entre las funciones de una institución y la finalidad que en un mundo ideal tal institución debería perseguir resulta particularmente borrosa. Cuando la estructura de la realidad es maleable, por falta de una consolidación histórica, por falta de sólidas instituciones que la representan, el jurista puede caer en la tentación de sustituir, a las reales capacidades y funciones de una cierta institución, sus deseos y objetivos o, más profundamente, puede imponer una lectura institucional a una porción de la realidad que por sus características se resiste a ella.

## **5.2. Deseos de la ciencia kelseniana y argumento evolucionista: ¿es el deber postulado un *telos*?**

El caso de Kelsen es interesante porque, a partir de la finalidad, esto es garantizar la paz mundial, construye una teoría formal del derecho en donde todo fenómeno jurídico tiene la misma estructura, la estructura condicional de las normas que enlazan una sanción a un supuesto de hecho, y la estructura dinámica (vertical) del orden jurídico. Esta afirmación es obviamente cuestionable. Puede en efecto objetarse que, de acuerdo con Kelsen, y esto coherentemente con su teoría, la finalidad de asegurar la paz mundial, no es condición necesaria ni suficiente (ni consecuencia) de su teoría formal. Esta es neutra respecto de cualquier finalidad no teórica. Su teoría es neutra respecto de cualquier valoración moral, política o ideológica.

Tal última consideración refleja el propósito explícitamente kelseniano. Su idea, al menos en la teoría pura es que no se puede decir, desde una perspectiva epistemológica sobre la relación entre derecho interno y derecho internacional, que uno esté subordinado al otro; en tanto ideología, Kelsen prefiere la subordinación del derecho nacional al internacional porque cree que esto garantiza mejor la paz; pero, en su caso, se trata de una preferencia y no de una ideología, ya que mantiene dicha preferencia abiertamente y no camuflada bajo una pseudo descripción científica.

Aun así, me parece plausible sostener una hipótesis distinta, contraria a cuanto Kelsen explícitamente defiende. La preferencia por la subordinación del derecho interno al derecho internacional dentro de la misma estructura, desde el punto de vista de una teoría pura (esto es que deja afuera cualquier consideración de tipo moral, entre otras), solo es posible si se afirma, preliminarmente, que se trata de fenómenos, prácticas, en fin, instituciones, que tienen la misma naturaleza. Desde una perspectiva formalista, la “naturaleza”

no es otra cosa que la estructura. Por esta razón, Kelsen se ve obligado a reconstruir (poco plausiblemente) algunos aspectos de las relaciones internacionales (como la guerra o las represalias) en términos de sanciones. De no hacerlo, habría debido llegar a la conclusión que el derecho internacional no es derecho, por falta de sanciones. Pero esta conclusión, científicamente aceptable, no es moralmente (para Kelsen) aceptable; esto es, no puede aceptarse dada la finalidad que se atribuye al derecho, que es garantizar la paz. Si el derecho internacional y el derecho interno no tuvieran la misma estructura, no podrían formar un único sistema. Si no formaran un único sistema el derecho internacional no podría condicionar la validez de las normas internas.

La interpretación propuesta creo que encuentra algún tipo de fundamento en algunas afirmaciones kelsenianas, que acompañan la exposición de lo que he llamado 'argumento evolucionista', pero sobre todo en el tratamiento que Kelsen da a la cuestión de las relaciones entre finalidad, postulados y deber ser en los *Problemas capitales*. Este tema es analizado en el contexto de una crítica dirigida en contra de la concepción teleológica de la norma sostenida por Stammler<sup>80</sup>. El punto kelseniano es sencillo: solo hay relaciones causales o normativas. Un punto de vista finalista no es otra cosa que un punto de vista causal. Se entiende el énfasis puesto sobre el carácter tajante de la distinción entre relación causal y relación normativa, dado que se trata de la obra en que se formula por primera vez la distinción entre ciencias causales y ciencias normativas. Lo que no queda muy claro, y es esencial para el propósito de este trabajo, es si realmente el *fin* puede ser reducido a la *causa*. En lo que sigue intentaré mostrar que el fin tiene una relación íntima con los *deberes postulados*.

Para ello es importante reconstruir el razonamiento kelseniano. Kelsen distingue entre fin interior y fin exterior. Si el segundo puede ser reducido a un elemento causal, sin mayores dificultades, el mismo Kelsen admite sin embargo que la diferenciación entre fin y norma es más difícil "cuándo se trata del llamado fin interior, es decir, de un fin en el sentido originario de esta palabra, cuando yo me propongo algo como fin, cuando *quiero* algo"<sup>81</sup>. A pesar de recordar que una norma es el sentido objetivo de un querer y no su mero sentido subjetivo, el jurista vienés reconoce que "cuando quiero algo o me lo propongo como fin, parece como si formulase un postulado, como si me estatuyera un deber ser"<sup>82</sup>. Obviamente la distinción entre querer y deber es inatacable una vez que se ha presupuesto una norma fundante básica que nos permite reconstruir normativamente, esto es, en términos de normas objetivamente válidas, un conjunto de actos de voluntad.

Pero cuando pasamos al fundamento último de validez, tal obviedad resulta más que problemática. Más problemática aun si se toma en cuenta el

---

<sup>80</sup> Kelsen, H., *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*, cit., pp. 49 ss.

<sup>81</sup> Kelsen, H., *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*, cit., p. 55.

<sup>82</sup> *Idem*.

deseo mil veces formulado por Kelsen en cuanto a la esperada evolución del derecho; aquí viene perfectamente a colación lo que el autor precisa en una nota al pie: “lo que se valora subjetivamente es siempre, simplemente, objeto de una representación, de una aspiración, de un deseo, de una voluntad, de un fin propuesto: lo que encierra un valor en sentido subjetivo se halla en una relación psíquica del objeto con el hombre que lo valora”<sup>83</sup>. La norma fundante básica, podríamos decir usando –por cierto fuera de contexto– las mismas palabras de Kelsen, “al estatuir un deber ser, al señalar algo como lo que es debido, ‘establece un fin’, convierte en fin lo que deber ser”<sup>84</sup>. Esto, de acuerdo con Kelsen, no implica una identidad entre norma y fin, pero quizá sugiere que detrás de la norma solo pensada (o, mejor dicho, de la norma que es el sentido de un acto de voluntad imaginario), se encuentra un acto de voluntad bien real, el querer de aquel que la presupone.

Lo que intento sugerir es que, en general, la misma *Teoría pura* y, en particular, la tesis de la identidad de estructura entre derecho interno y derecho internacional (y por lo tanto de la unidad epistemológica) parecen depender, en definitiva, de una postura moral sobre lo que sería *bueno* que el derecho permitiera realizar. Tal postura moral no es de tal o cual autor, sino de la ciencia del derecho la cual, kelsenianamente, se constituye al mismo tiempo en que se constituye su objeto de conocimiento. Una vez que, por así decirlo, una ciencia jurídica *activa* y un orden jurídico *efectivo* están dados como fenómenos sociales, la postura kelseniana resulta relativamente sólida. Pero tal solidez descansa sobre el misterio que envuelve la delimitación del objeto, la *decisión lógico-transcendental* de unir en el mismo conocimiento acciones sociales de las cuales no se ha demostrado que tienen realmente estos rasgos, por lo menos muy parecidos, que legitiman la tesis epistemológica de la unidad. Es en este momento que Kelsen pierde su más poderoso aliado epistemológico, ya que

Kant tiene un segundo principio que se erige en oposición exacta, es decir la ley de la especificación: *entium varietates no temere esse minuendo* – la variedad de entidades no debe ser reducida a ciegas. Si la diferencia es suficiente, hay que crear una nueva especie [...]. En contraste con el plan de Kelsen, las preguntas que se deben formular son tanto si los distintos derechos son suficientemente uniformes para crear una unidad epistemológica (*genus*) como si son lo suficientemente diferentes para crear una distinción epistemológica (*species*)<sup>85</sup>.

Una última precisión es necesaria: cuando Kelsen analiza el derecho interno, su perspectiva es perfectamente y legítimamente formal. El derecho se define a partir de una cierta estructura. Es evidente que el derecho, desde el punto de vista de la *Teoría pura*, puede perseguir cualquier finalidad, finalidad que, de todas formas, no hace parte de las propiedades definitorias del derecho. El problema, entonces, solo surge cuando Kelsen analiza las relaciones entre derecho internacional y derecho interno, y mi punto aquí consiste solamente en

<sup>83</sup> Kelsen, H., *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*, cit., p. 56, nota 16.

<sup>84</sup> Kelsen, H., *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*, cit., p. 57.

<sup>85</sup> Kammerhofer, J., “Kelsen - Which Kelsen?”, cit., p. 234 (traducción mía, énfasis y latín en el original, notas al pie omitidas).

decir que la tesis epistemológica de la necesidad del monismo depende de la combinación entre una postura moral (sobre la primacía del derecho internacional, *condicio sine qua non* para no obstaculizar la evolución hacia un Estado mundial) y una postura metodológica (el positivismo que afirma la separación entre derecho y moral).

Un iusnaturalista, como hemos visto<sup>86</sup>, afirmaría lo mismo, pero diciendo que hay que limitar la soberanía de los Estados a partir del derecho natural o de las leyes de la humanidad. Un pluralista podría afirmar que aunque es cierto que un sistema jurídico dado solo puede incorporar normas de otro ordenamiento normativo sobre la base de una de sus normas, de esto no se sigue que todas las normas no incorporadas no pueden ser jurídicas, y por lo tanto son jurídicamente irrelevantes<sup>87</sup>.

## 6. CONCLUSIÓN

La postura de Kelsen, en mi opinión, paga a la pureza y al positivismo un tributo muy alto, que consiste en brindar una visión distorsionada de la realidad, o por lo menos, termina generando una gran confusión<sup>88</sup>. Dicho de otra forma: la ciencia del derecho tal como fue concebida por Kelsen es inseparable del Estado, entendido como *Rechtsstaat*, y el éxito de la *Teoría pura* parecería por tanto depender de “la capacidad que tenía para representar las características peculiares de la organización del moderno Estado Constitucional de derecho y, además, por la capacidad para darle sentido a la función del trabajo del jurista dentro de tales organizaciones”<sup>89</sup>. Si, para Kelsen, la expresión ‘estado de derecho’ es un pleonasma dado que el Estado no es otra cosa sino la personificación de un orden jurídico, de la misma forma podríamos decir que ‘estado de derecho internacional’ es una *contradictio in adiecto*. Esto no es así en virtud de la naturaleza del mundo, esto es así en virtud del punto de vista estatalista, normativista y formalista que adopta la ciencia del derecho kelseniana.

La ciencia del derecho internacional adopta otro punto de vista. Si el punto de vista de la ciencia del derecho es el punto de vista de aquellos que presuponen una norma fundante básica, entonces hay que concluir que el derecho internacional se construye, en la consciencia de los juristas

---

<sup>86</sup> Vid. *supra* § 3.

<sup>87</sup> Sobre esta postura, vid. la reconstrucción del pensamiento de Santi Romano operada por Luzzati, C., “Más allá de Kelsen. Monismo y pluralismo en el derecho internacional”, cit., p. 156.

<sup>88</sup> Vid. Luzzati, C., “Más allá de Kelsen. Monismo y pluralismo en el derecho internacional”, cit., p. 155: “La confusión kelseniana entre la norma fundamental y la definición del derecho – entendida como criterio de selección de las normas fundamentales– comporta fatalmente una confusión entre dos diversos niveles de discurso: aquel en el que se habla del derecho positivo y aquel en el que se habla de la ciencia jurídica”.

<sup>89</sup> Gianformaggio, L., “¿Qué queda en la *Allgemeine Theorie der Normen* de los sistemas normativos estáticos y dinámicos?” (1991), trad. de P. Comanducci, en Gianformaggio, L., *Estudios sobre Kelsen*, cit., p. 88.

internacionalistas, a partir de una norma fundante básica distinta de aquella que opera en la consciencia de los juristas internos.

Aunque, por cierto, no tiene sentido hablar de naturaleza en sentido estricto, la geología y la genealogía del derecho internacional dejan sospechar que hay que tomar una decisión: respetar la diferente función que ha tenido el derecho internacional y no pedirle que satisfaga necesidades para las cuales ha sido pensado el derecho interno, reafirmando al mismo tiempo la importancia de ambas finalidades y reconociendo la perfecta juridicidad de ambos ordenes normativos; o bien apostar a que la introducción en la máquina jurídica estatal de los deseos, querer y valores de (los científicos del) derecho internacional transformará al derecho (como unidad) en una herramienta que no solamente brinda la estabilidad del estado de derecho (kelsen-weberiano) nacional, sino también la protección de toda la humanidad (la *civitas maxima* wolffiana) en un contexto de paz y seguridad internacional.

Volvemos, inexorablemente, al argumento evolucionista, formulado desde la primera edición de *Teoría pura*. Casi un siglo después, hay que sospechar que, a pesar de los cambios estructurales que ha conocido el derecho internacional, el mundo normativo internacional y los mundos normativos nacionales siguen evolucionando sobre dos caminos distintos, no por razones contingentes, sino porque los respectivos arquitectos, los científicos del derecho, tienen agendas distintas, miradas distintas y viven -y nos hacen vivir-, en definitiva, en ficciones distintas.