

# La naturaleza del derecho internacional. Una cuestión existencial\*

## *The nature of international law. An existential question*

Por CRISTINA GARCÍA PASCUAL  
Universitat de València

### RESUMEN

*¿Es el derecho internacional un verdadero orden jurídico? En este artículo se repasan algunas de las repuestas más arriesgadas y la vez más comprometidas a la cuestión existencial del derecho internacional ofrecidas por juristas y iusfilósofos. Se presenta un estado de la cuestión repasando los términos del debate: ¿qué capacidad tiene el derecho internacional de constreñir a los Estados?, ¿cuál es la estructura de sus normas, sistemática o asistemática?, ¿qué relación existe entre el derecho estatal y el derecho internacional, de inferioridad o de superioridad?, ¿cuál es, en definitiva, la naturaleza del derecho internacional, jurídica o moral? Si muchos de los problemas de las sociedades contemporáneas tienen una dimensión global y no local la respuesta a la cuestión existencial del derecho internacional es hoy más crucial que nunca.*

Palabras clave: *Derecho internacional, monismo y pluralismo jurídico, concepto de derecho*

---

\* Este artículo ha sido realizado en el marco del proyecto *Transformaciones de la justicia. Autonomía, inequidad y ejercicio de derechos* (DER2016-78356-P), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

## ABSTRACT

*Is international law a real legal order? In this article a review is proposed of some of the most risky and most committed answers to the existential question of international law offered by jurists and philosophers. A state of the matter is presented by reviewing the terms of the debate: What is the capacity of international law to constrain States? What is the structure of its norms? Is it a systematic or unsystematic one? What relationship exists between state law and international law? Is it one of inferiority or superiority? What is ultimately the nature of international law? Is it legal or moral? If many of the problems of contemporary societies have a global and non local dimension, the answer to the existential question of international law is today more crucial than ever.*

Keys words: *International law, monism and legal pluralism, concept of law*

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN.—1. TRES CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—2. HANS Kelsen Y LA CUESTIÓN EXISTENCIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL.—3. CUATRO NÚCLEOS PROBLEMÁTICOS EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL.—4. PALABRAS DE CONCLUSIÓN.—5. BIBLIOGRAFÍA.

**SUMMARY:** INTRODUCTION.—1. THREE PRELIMINARY CONSIDERATIONS.—2. HANS Kelsen AND THE EXISTENTIAL QUESTION OF INTERNATIONAL LAW.—3. FOUR PROBLEMATIC ISSUES IN THE PHILOSOPHY OF INTERNATIONAL LAW.—4. CONCLUDING WORDS.—5. BIBLIOGRAPHY.

## INTRODUCCIÓN

En 1944, algunos meses antes de que se acabara la Segunda Guerra mundial, Hans Kelsen recomendaba a todos aquellos que desearan estudiar el problema de la paz mundial de una manera realista aplicarse en el «perfeccionamiento lento y constante del orden jurídico internacional»<sup>2</sup>. Hacia ese objetivo, hacia la mejora técnica del derecho internacional, deberían dirigirse los esfuerzos de los juristas y más aún los de cualquier pacifista. Si atendemos al ideal de una paz que se construye por medio del derecho deberíamos decir que, en las muchas décadas que han pasado desde que Kelsen pronunciara esas palabras, no nos hemos empleado suficientemente en ese trabajo o nos hemos empleado de manera equivocada, visto que el mundo sigue

---

<sup>2</sup> H. Kelsen, *La paz por medio del derecho*, trad. cast. de Luis Echávarri, intr. de M. la Torre y C. García Pascual, Madrid, Trotta, 2003, p. 36.

azotado por la violencia y el derecho internacional sigue siendo una realidad imperfecta, a menudo inoperante. Tal vez parezca exagerado cargar sobre los hombros de los juristas, de los iusfilósofos, con tal responsabilidad, más aún cuando los argumentos de la filosofía del derecho a menudo son desatendidos, cuando no ignorados, por los actores políticos. Creo sin embargo, con Ronald Dworkin, que llegará el día en que la necesidad de un sistema de derecho internacional diferente al que tenemos sea apremiante y es mejor que ese día nos encuentre preparados. Debemos estar listos, sostiene Dworkin, «debemos discutir, nos compete retomar esa vieja pregunta acerca de si existe el derecho internacional, cuáles son sus fundamentos y cuáles son las implicaciones para la interpretación de esos fundamentos. Ya hemos pasado demasiado tiempo catalogando las ramas y ramillas de la doctrina internacional es hora de nutrir sus raíces»<sup>3</sup>.

La búsqueda de un camino para el perfeccionamiento del derecho, en términos kelsenianos, es un buen punto de partida a la hora de analizar los problemas del sistema internacional. Obviamente la cuestión es vasta, arriesgada y en cierta medida pretenciosa. Traigo aquí tan solo una aproximación y algunas cuestiones para la discusión.

## 1. TRES CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Tres consideraciones preliminares tendría que tener en cuenta todo iusfilósofo que se aproxima al problema del derecho internacional. Debería ser consciente (i) del lugar que ocupa en la historia de la filosofía del derecho el estudio del derecho internacional, (ii) de la dificultad de ese estudio y (iii) de las consecuencias de embarcarse en tal empresa.

(i) *Primera consideración preliminar: sobre el lugar que ocupa el estudio del derecho internacional en la teoría y filosofía del derecho y de la política*

Algunos juristas teóricos algunos filósofos han entendido la reflexión sobre el derecho internacional como el problema último de sus respectivos sistemas filosóficos o de sus teorías jurídicas, algo así como una cláusula de cierre.

Este es el caso de Immanuel Kant que dedicó algunos de sus últimos escritos al problema de la paz mundial, y con él al problema del orden internacional. El propio Rousseau, al final de su obra *El contrato social* había declarado que sería deseable completar la fundamentación del Estado con una reflexión sobre las relaciones entre los Estados tomando en consideración el derecho de gentes, un proyecto que

---

<sup>3</sup> R. DWORKIN, «Una nueva filosofía del derecho internacional», *Lecciones y Ensayos*, n. 93, 2014, p. 284. Similares consideraciones se encuentran ya en *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 15.

nunca realizó<sup>4</sup>. En el siglo xx Hart termina *El concepto de derecho* con un capítulo dedicado al derecho internacional. John Rawls tituló su último libro *El derecho de gentes*. Y también Ronald Dworkin dedicó uno de sus últimos artículos, sino el último, publicado en 2013, a eso que él denominará la cuestión existencial del derecho internacional. Parece como si un sistema filosófico o una teoría del derecho no estuviese completa si no pensásemos también en el orden jurídico y político del mundo.

Para otros juristas, para otros filósofos, más que un problema final, el orden mundial es el primer problema, un objeto de estudio constante a lo largo de sus obras. Esta es destacadamente la posición de Hans Kelsen pero, tal vez también la de Norberto Bobbio, Jürgen Habermas o la del teórico de la política Carl Schmitt.

Para este grupo de autores, antes que una cláusula de cierre, la reflexión en torno al derecho internacional está en el propio núcleo de cualquier teoría jurídico-política, tanto es así que si queremos tener un conocimiento completo de su obra e ignoramos sus análisis y propuestas sobre el orden internacional obtendremos una visión deformada o poco rigurosa de su pensamiento.

Como problema último o primero, la reflexión en torno al orden internacional parece pues ineludible en la construcción de una completa teoría del derecho y de la política, es decir, para todo aquel que se proponga elaborar una teoría con pretensiones de plenitud y universalidad. No resulta demasiado difícil establecer un paralelismo entre el lugar que ocupa la pregunta acerca de la existencia del derecho internacional en una teoría jurídica y política y el lugar que ocupa la prueba de la existencia de Dios en la tradición filosófico-metafísica.

(ii) *Segunda consideración preliminar: sobre la dificultad de pensar el orden internacional*

Una segunda consideración tiene que ver con las dificultades de la empresa misma. El derecho internacional plantea, tal vez como ninguna otra rama de los saberes jurídicos, el abanico de problemas básicos de la filosofía del derecho, y lo hace con un intensidad inusitada, como si fueran acuciantes aporías que deben resolverse si pretendemos dar una mera descripción de ese saber, si mínimamente pretendemos aproximarnos al mismo. Cuestiones tales como qué es el derecho, su relación con la fuerza y el poder, el problema de la obediencia a las normas o de su identificación o reconocimiento, el nacimiento y evolución de los órdenes jurídicos, el pluralismo y el monismo jurídico.

Se podría decir que pensar el derecho internacional significa pensar el orden del mundo, eso que en otro lugar he querido denominar la

---

<sup>4</sup> Vid. J. J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, en *Oeuvres complètes*, vol. III, Paris, Gallimard, 1964, p. 470.

*norma mundi*<sup>5</sup>, es decir las posibilidades del derecho para gobernar a la humanidad, para establecer pautas de justicia universales o, como mínimo, para diseñar vías para reducir la violencia. Estas tareas difícilmente se pueden emprender con éxito y solo pensarlas parece que nos trasladan al ámbito de la utopía o, tal vez, al más crudo escepticismo. El internacionalista se encontraría atrapado en el dilema que describe Martti Koskenniemi. De un lado intentará distanciarse de la voluntad, de los intereses del Estado, de manera que pueda mantener el carácter normativo del derecho internacional, y, si no lo consigue, su tarea se podrá calificar de apología del poder. Por otro lado deberá también, para ser relevante, mantener una estrecha relación con el comportamiento, la voluntad o los intereses del Estado; mantener la concreción evitando caer en lo que sería una ética o un discurso meramente moral, una utopía. El internacionalista se mueve así entre dos opciones: o sostiene un discurso descriptivo de la política, de las relaciones de poder, o mantiene un discurso prescriptivo, carente de relación con la realidad. O hace apología del poder, o defiende una utopía.

Permanecer alejado de ambos peligros navegando en el estrecho margen de agua brava que transcurre entre *Escila* y *Caribdis* es extremadamente difícil, imposible atendiendo a Koskenniemi<sup>6</sup>, pero no hay otro lugar para el jurista que piensa el derecho fuera de las fronteras de Estado.

(iii) *Tercera consideración preliminar: sobre las consecuencias de emprender el estudio teórico del derecho internacional*

El derecho internacional se revela como un banco de pruebas donde medir el alcance o la universalidad de las propias teorías políticas, jurídicas o filosóficas. ¿Es realmente universalizable el liberalismo político de Jonh Rawls? Si examinamos la teoría rawlsiana sobre el derecho de gentes probablemente obtendremos la respuesta. ¿Cuánto podemos extender ese ideal de la razón que esconde la salida del hombre del estado de naturaleza hacia la sociedad política? También aquí la repuesta nos puede llegar valorando nuestros argumentos en el contexto de una posible sociedad mundial. Algunos juristas o filósofos analizan el derecho internacional con sus propios presupuestos teóricos, pero en ese terreno los presupuestos se muestran contradictorios. Tal vez sea este el caso de Kelsen. Otros parecen renunciar a ellos, a sus propios presupuestos teóricos, y haciéndolo debilitan su propia teoría. Esta es la crítica que dirige Jeremy Waldrom contra

---

<sup>5</sup> Me permito citar C. GARCÍA PASCUAL, *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2015, donde se encuentran algunas de las ideas que se exponen en este artículo en una versión más desarrollada.

<sup>6</sup> M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Hart<sup>7</sup> o Thomas Pogge contra Rawls<sup>8</sup> y en los últimos tiempos también jóvenes iusfilósofos contra Dworkin<sup>9</sup>: no haber extendido su teoría al ámbito internacional, como si no fuera útil para entender ese fenómeno, esa realidad, como si ante el derecho internacional la única posición admisible fuese la del realista, que abandona la especulación filosófica y nos traslada la constante imposición de la fuerza por encima de cualquier regla jurídica o moral. El derecho internacional se revela como un terreno pantanoso. Donde muchas teorías deben ser revisadas.

## 2. HANS KELSEN Y LA CUESTIÓN EXISTENCIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL

Tras estas advertencias o consideraciones preliminares podemos entrar en materia, pero ¿por donde empezar? A lo largo del siglo XIX y de buena parte del XX, cualquier aproximación teórica al derecho internacional parecía exigir una previa toma de postura sobre su posible y siempre controvertida naturaleza jurídica. Los tratados de derecho internacional o los programas de esta materia que se impartían en las universidades comenzaban intentando responder a cuestiones de carácter existencial: ¿eso que los políticos y actores de la vida pública denominan orden internacional, tiene carácter jurídico o son solo prácticas comunes que no vinculan realmente a los Estados? ¿Existe algo que podamos denominar con propiedad derecho internacional? En las respuestas a estas preguntas sorprendía observar como que un mismo objeto podía ser representado de formas tan diferentes y a menudo tan opuestas.

Hoy en día, sin embargo, como indica Dworkin, la «cuestión existencial» acerca del derecho internacional ya no preocupa a nadie. Las clases de Derecho internacional en las facultades de Derecho no empiezan con la controvertida cuestión, y sin embargo los retos que la misma plantea siguen vivos. «A pesar de que casi todo el mundo está de acuerdo en que «el derecho internacional» es en realidad Derecho, y que las reglas y principios establecidos en los documentos de ese tipo forman parte de él, la cuestión de por qué estos documentos constituyen algún tipo de sistema legal es crucial porque cómo estas reglas

---

<sup>7</sup> J. WALDRON, «International Law: “A Relatively Small and Unimportant” Part of Jurisprudence?», en *Reading H. L. A. Hart’s The Concept of Law*, Luis Duarte d’Almeida, James Edwards y Andrea Dolcetti (eds.), Hart Publishing, 2013.

<sup>8</sup> T. POGGE, «Rawls on International Justice», en *The Philosophical Quarterly*, vol. 51, No. 203, 2001, pp. 246-253, o, del mismo autor, «Do Rawls’s Two Theories of Justice Fit Together?», en *Rawls’s Law of Peoples. A realistic Utopia?*, R. Martin y D. Reidy, (eds.), Malden, Blackwell, 2006, pp. 206-225.

<sup>9</sup> E. J. SCARFFE «A New Philosophy For International Law and Dworkin’s Political Realism», en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, n. 29, 2016, pp. 191-213.

y principios deberían interpretarse descansa ahí. Las cuestiones de interpretación son a la vez polémicas y dramáticamente importantes»<sup>10</sup>.

Empecemos entonces por aquí, tomemos la cuestión existencial ¿es el derecho internacional derecho? ¿es un sistema jurídico? ¿qué tipo de sistema jurídico es?

Para Kelsen<sup>11</sup> no cabe duda, lo que denominamos derecho internacional es derecho, es decir, tiene naturaleza jurídica en la medida en que se trata de un orden coactivo de normas jerarquizadas y puede ser descrito como un orden para promover la paz<sup>12</sup>. O también como «una técnica social específica que consiste en el intento de lograr la deseada conducta social de los hombres por medio de la amenaza de una medida de coerción que se tomará en el caso de conducta contraria, es decir, jurídicamente dañosa»<sup>13</sup>.

La coacción, como es bien sabido, es un elemento relevante para identificar un orden jurídico, y más aún si nos movemos en el universo kelseniano. Escribe Kelsen en *Principles of International Law*: «el derecho internacional es derecho en el mismo sentido del derecho nacional, en la medida en que sea posible, en principio, interpretar o como sanción o como delito el uso de la fuerza ejercitada por un Esta-

---

<sup>10</sup> Vid. R. DWORKIN, «A New Philosophy for International Law», en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 41, n.º 1, 2013, p. 3.

<sup>11</sup> No se pretende dar cuenta en este artículo de la ingente obra kelseniana en materia de derecho internacional, ni de su evolución a lo largo del tiempo. Se han tomado tan solo algunas de las tesis kelsenianas más conocidas y cristalizadas en las obras centrales del autor con el objetivo de enfrentarlas o hacerlas dialogar con posiciones que niegan la existencia del derecho internacional como orden jurídico. Para una completa reconstrucción crítica del pensamiento internacionalista de Hans Kelsen puede verse: A. SOMEK, «Kelsen lives», en *The European Journal of International Law*, vol. 18, n.º 3, 2007; M., KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 200, cap. 3; J. VON BERNSTORFF, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen. Believing in Universal Law*, trad. de T. Dunlap, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; J., KAMMERHOFER, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*, London-New York: Routledge, 2011; M. GARCÍA-SALMONES ROVIRA, *The Project of Positivism in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013. En castellano: J. L. MONEREO PÉREZ, *Los fundamentos de la democracia. La teoría político-jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, El Viejo Topo, 2013, cap. 5.; C. GARCÍA PASCUAL, *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, cit., cap. II; A. PUPPO, «El monismo internacionalista kelseniano: las acrobacias de un positivista en el circo del iusnaturalismo pacifista», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 18, 2015, pp. 35-66; J. A. GARCÍA SÁEZ, *Kelsen versus Morgenthau. Paz, política y derecho internacional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2016.

<sup>12</sup> «Tiene por objeto que un grupo de individuos pueda convivir en tal forma que los conflictos que se susciten entre ellos puedan solucionarse de una manera pacífica; esto es, sin recurrir a la fuerza y de conformidad con un orden de validez general» (H. KELSEN, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, trad. de F. Acosta, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, p. 23).

<sup>13</sup> H. KELSEN, *Principles of International Law*, New York, Rinehart & Company Inc., 1952, p. 5. Versión castellana de H. CAMINOS Y E. C. HERMIDA, *Principios de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Librería el Ateneo editorial, 1965.

do contra otro Estado»<sup>14</sup>. De manera que la juridicidad de las normas internacionales está condicionada por la posibilidad de encontrar en su seno la relación de imputación (ilícito-sanción) que permita considerar todo el sistema como un orden coercitivo. Debemos pues pensar en la fuerza que se puede ejercer en nombre del derecho internacional, en sanciones como las represalias pero sobre todo en la guerra. ¿Puede ser la guerra una sanción del derecho? ¿es una sanción del derecho internacional? ¿puede describirse, así como la respuesta a un ilícito, a la violación de una norma internacional? En la obra kelseniana ciertamente sí. De hecho no cabe otra posibilidad la guerra, o es delito, o es sanción, y aquí podemos establecer una comparación entre el derecho estatal y el internacional porque, «la guerra y la contra-guerra están en la misma relación recíproca que el homicidio y la pena capital»<sup>15</sup>.

Afirmar que la guerra puede ser una sanción del derecho significa introducir un criterio de justicia (o de legalidad) sobre la guerra misma<sup>16</sup>. El criterio, insisto, que nos va a permitir hablar de derecho internacional en sentido propio<sup>17</sup> y que supone una reedición en el siglo xx de la teoría de la guerra justa con todos los problemas que esta comporta.

De un lado, parece razonable no considerar todas las guerras iguales, no valorar por igual la guerra defensiva y la llamada guerra de agresión y, en este sentido, reconocer una cierta similitud entre el uso ilícito de la violencia entre particulares (homicidio...) y entre Estados (guerra de agresión), y el uso lícito de la violencia entre individuos (legítima defensa) y entre Estados (guerra defensiva). Y de la misma manera que en el derecho estatal podemos decir que existe una prohibición general del uso de la violencia también podemos decir que existe tal prohibición en el ámbito internacional. El principio de no agresión y el de resolución pacífica de las controversias se convierten en los criterios fundamentales del ordenamiento jurídico internacional. Ninguna guerra preventiva es desde esta perspectiva posible. Solo la legítima defensa y la sanción prevista por el ordenamiento pueden

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>16</sup> Para Kelsen existe una convicción jurídica, de acuerdo con la teoría del *bellum justum*, que considera la guerra un acto ilegal sólo permitido como reacción contra un «entuerto sufrido». Esta convicción tiene una justificación antes moral que estrictamente jurídica pero como dirá Kelsen «la moral internacional es la tierra que nutre el crecimiento del derecho internacional... Todo aquello que se considere “justo” en el sentido de la moralidad internacional tienen cuando menos, una tendencia a transformarse en “Derecho” internacional» (H. KELSEN, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, cit., p. 61).

<sup>17</sup> Para Kelsen, el derecho internacional será derecho, si se puede interpretar el recurso a la guerra en el sentido de la teoría de la guerra justa, esto es, en clave absolutamente jurídica. Vid. A. TRUYOL Y SERRA, «Doctrines contemporaines du droit des gens (suite) IV. Le droit des gens dans le système de la «Theorie pure de droit» de Hans Kelsen», en *Revue Générale de Droit International Public*, n.º 1, enero-marzo, 1951.

dar legalidad a un conflicto bélico. La posición contraria, que cualquier Estado puede ir por cualquier motivo a la guerra, se vuelve del todo antijurídica

Pero de otro lado, diferenciar entre las guerras, calificar algunas de ellas como sanciones del derecho, resulta cínico sino inmoral, puesto que las víctimas de la acción bélica difícilmente serán los responsables de las violaciones del derecho internacional que se pretende castigar. Por esta razón, para algunos juristas hay algo en la guerra de antijurídico, de contrario a derecho, cualesquiera que sean los fines por los que se lleva a cabo<sup>18</sup>. No es esta la postura de Kelsen, quien niega que todas las guerras sean iguales o que sean un fenómeno político antes que jurídico. La guerra es, sin duda, un mal, tal vez el mayor de los males, pero la estrategia para luchar contra ese mal no puede, a sus ojos, estar al margen del derecho. Al contrario, que haya guerras que pueden ser calificadas como sanciones permite al jurista discutir la adecuación de esa sanción, valorarla como técnica jurídica no depurada (primitiva) y, en este sentido, exigir su modificación o, mejor, su sustitución.

Siendo esto así, tenemos un primer elemento para poder considerar al derecho internacional un auténtico orden jurídico, (encontramos en su seno la relación de imputación ilícito-sanción) pero para Kelsen claramente, como para cualquier observador mínimamente atento, las diferencias entre derecho estatal e internacional siguen siendo muchas y relevantes<sup>19</sup>. En el orden internacional no existen órganos centrales especializados para la formación y ejecución del derecho. No rige el principio de división de poderes. En el marco jurídico internacional la formación de las normas generales se produce por vía de la costumbre o por vía de la convención (tratado), es decir, a través de los miembros mismos de la comunidad jurídica, y no a través de un órgano legislativo particular. No existen tampoco instancias centrales que apliquen las normas generales a casos concretos, sino que son los miembros de la comunidad internacional los que se encargan de dicha actividad. Es

---

<sup>18</sup> Vid. L. FERRAJOLI, *Razones jurídicas del pacifismo*, ed. de G. Pisarello, trad. de p. Andrés Ibáñez, G. I. Anitua, M. Monclús y G. Pisarello, Madrid, Trotta, 2004. Luigi Ferrajoli sostiene que «la guerra puede ser justificada por razones extra-jurídicas, de tipo económico, político y hasta moral; puede también ser considerada lícita o no ilegal, cuando no existan normas de derecho positivo que la prohíban. Pero no podrá ser calificada nunca de legal, porque la contradicción entre guerra y derecho no lo permite. El derecho, en efecto, es por su naturaleza un instrumento de paz, es decir una técnica para la solución pacífica de las controversias y para la regulación y limitación del uso de la fuerza» (pp. 28-29). Cfr. J. DE LUCAS, Y C. RAMÓN CHORNET, «La vuelta de un oxímoron. A propósito de la guerra justa», en N. Sánchez Durá (ed.), *La guerra*, Pre-textos, Valencia, 2006, pp. 247-265.

<sup>19</sup> Y no obstante habrá que tener en cuenta que Kelsen no podía tener presente ni la creciente producción normativa del Consejo de seguridad de la ONU, ni la expansión de la justicia penal internacional que se desarrollará décadas después. La «realidad» de derecho internacional ha cambiado mucho desde los años sesenta hasta nuestros días.

decir a menudo es el Estado lesionado el facultado para reaccionar con una sanción frente al Estado que presuntamente ha causado la lesión. Se trata de la técnica jurídica primitiva de la autodefensa de la que –cree Kelsen– también partió el desarrollo del orden jurídico de los Estados<sup>20</sup> y en la que prevalece el principio de responsabilidad colectiva e indirecta sobre el de la responsabilidad individual y directa<sup>21</sup>. De manera que el paralelismo trazado entre guerra y pena capital tiene sus limitaciones. Aunque ambas medidas de fuerza puedan ser entendidas como sanciones del derecho deberemos decir que la primera es objetiva y colectiva mientras que la segunda, la pena capital, es subjetiva e individual. Atendiendo a estas razones Kelsen dirá que el derecho internacional es derecho, pero primitivo, se encuentra en el mismo estadio donde se encontraba el orden jurídico interno antes de su evolución: un estadio caracterizado por un alto grado de descentralización.

Calificar el orden internacional como orden jurídico primitivo permite a Kelsen enfrentar los dilemas que la teoría de la guerra justa plantea al jurista y hacer una propuesta de futuro con directrices para perfeccionar el derecho internacional o para sacarlo de su primitivismo.

A este respecto Kelsen defenderá seguir el ejemplo de la evolución del derecho interno, donde partiendo de una situación de descentralización total fueron apareciendo paulatinamente los primeros órganos centralizados que, curiosamente, no son órganos de legislación, sino órganos de jurisdicción. Al fin y al cabo, dirá el jurista austriaco, «no puede haber legislador sin juez, aunque puede haber muy bien juez sin legislador»<sup>22</sup>. Por ello si se pretende que el derecho internacional evolucione y abandone técnicas como la autodefensa en pos de la paz, entonces el primer paso, o el paso más factible y menos utópico que puede darse en esa dirección, consiste en la creación de órganos jurisdiccionales internacionales con capacidad para imponer sanciones subjetivas e individuales<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Vid. H. KELSEN, *Teoría pura del derecho* (1960), trad. de R. J. Vernengo, México, Porrúa, 1991, p.326.

<sup>21</sup> Vid. H. KELSEN, *Teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho* (1934), trad. de J. G. Tejerina, Buenos Aires, Losada, 1941, p. 174.

<sup>22</sup> H. KELSEN, *La paz por medio del derecho*, cit. p. 54. Kelsen apuesta por una jurisdicción mundial y avanza una realidad que puede observarse, desde hace décadas, tanto en el ámbito estatal como en el ámbito internacional. La evolución de algunos ordenamientos jurídicos, especialmente del orden jurídico europeo, en la segunda mitad del siglo, ha producido una situación jurídica que muestra ciertas similitudes con un proceso de construcción del derecho en parte desde la instancia judicial ofreciendo una nueva virtualidad a las tesis kelsenianas (vid. C. GARCÍA PASCUAL, *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, Trotta, 2015, pp. 64 y ss).

<sup>23</sup> Esta evolución del derecho internacional hacia un derecho más perfecto técnicamente es también el camino hacia la paz. Dicho en palabras de Kelsen: «mientras no sea posible privar a los Estados interesados de la prerrogativa de decidir la cuestión del derecho y transferirla de una vez por todas a una autoridad imparcial, a saber, un

La defensa y justificación de un tribunal internacional de jurisdicción permanente y obligatoria como forma de hacer evolucionar el derecho desde un estadio primitivo hacia un estadio de mayor complejidad y modernidad llevará a Kelsen a posiciones que difícilmente se pueden hacer compatibles con la teoría pura del derecho<sup>24</sup> pero esto bien podría ser el objeto de otro artículo. Volvamos a nuestro problema, a la entidad del derecho internacional. Siguiendo a Kelsen podríamos decir que el derecho internacional es derecho en cuanto que se nos presenta como un orden coactivo, aunque inmediatamente añadamos que ese orden coactivo es primitivo y necesita evolucionar a través de la creación de órganos jurisdiccionales. Detengamos ahora en un aspecto que tal vez hallamos presumido apresuradamente y que, sin embargo, merece que le dediquemos atención. Me he referido al derecho internacional en la obra de Kelsen como un orden normativo, pero ¿es realmente un orden jurídico? es decir ¿tiene la estructura del derecho? o, en términos kelsenianos ¿es un sistema dinámico?

Kelsen nos presenta las normas de derecho internacional ordenadas formando una pirámide jerárquica culminada por la *Grundnorm*. En la base de la pirámide encontraríamos las sentencias o las normas que crean los tribunales internacionales cuya validez descansa en la norma inmediatamente superior, esto es, en los tratados, mientras que la validez de los tratados descansa en la costumbre internacional que ocupa el penúltimo escalón de la pirámide, (destacadamente esa costumbre que se expresa en la máxima latina *pacta sunt servanda*), por encima de la costumbre la norma fundamental. El derecho internacional es un sistema normativo unitario y no solo eso, sino que Kelsen sostiene la unidad lógica entre el derecho internacional y el derecho estatal. No debemos imaginar entonces dos pirámides una la del derecho estatal y otra la del derecho internacional que se correspondería a una reconstrucción dualista de ambos órdenes normativos, sino una única pirámide que reflejaría la teoría comúnmente denominada monismo jurídico y que podría a su vez construirse de dos maneras:

(i) o bien el derecho internacional se considera superior jerárquicamente al derecho estatal y en este sentido la norma fundamental que da validez al derecho internacional dará también validez al derecho nacional;

(ii) o al contrario se considera que el derecho nacional es un derecho superior y por tanto será su validez la que pueda extenderse al terreno del derecho internacional. Que ahora podríamos denominar «derecho estatal externo».

De manera que si consideramos el ordenamiento jurídico estatal sin hacer referencia al derecho internacional o pensamos que es supe-

---

tribunal internacional, es completamente imposible todo nuevo progreso en el camino de la pacificación del mundo» (H. KELSEN, *La paz por medio del derecho*, cit., p. 47).

<sup>24</sup> Vid. C. GARCÍA PASCUAL, *op. cit.*, pp. 68 y ss.

rior al derecho internacional, su fundamento último de validez sería la norma hipotética (que nos diría, por ejemplo, que la Constitución es una norma válida o que los padres de la Constitución tenían autoridad para dictar normas). Si, en cambio, partimos de la supremacía del derecho internacional, esa norma hipotética sería solo *relativamente hipotética*, ya que ahora esta podría, nos dice Kelsen, ser extraída de una norma positiva del ordenamiento jurídico internacional: el principio de efectividad<sup>25</sup>. En otras palabras, el derecho internacional constituye el fundamento del ordenamiento jurídico estatal porque en su seno existe un principio o norma consuetudinaria que establece «que un individuo o un grupo de individuos capaces de obtener una obediencia permanente al ordenamiento coercitivo establecido por ellos, tienen que ser considerados como autoridad legal y legítima»<sup>26</sup>. Y es así como el ordenamiento jurídico internacional mediante el principio de efectividad «determina no sólo la esfera de validez de los ordenamientos jurídicos estatales, sino también el fundamento de su validez... Y la norma fundamental del ordenamiento jurídico internacional es también el fundamento último de la validez de los ordenamientos jurídicos estatales»<sup>27</sup>. El monismo internacionalista nos ofrece una nueva imagen de la pirámide jerárquica<sup>28</sup>, en los escalones más altos estarían las normas internacionales mientras que en la parte baja de la pirámide encontraríamos todos los órdenes estatales integrados a través de una norma consuetudinaria del derecho internacional que reconoce legalidad y legitimidad allí donde encontremos una autoridad que produce normas que *efectivamente* son obedecidas.

Sostener la primacía del derecho internacional sobre el derecho estatal, supone aquí reconocer la igualdad de todos los Estados y a la vez implica una devaluación del concepto de soberanía. El Estado no es una persona, tampoco una voluntad independiente del derecho<sup>29</sup>. Sin sus propiedades ideológicas y metafóricas Estado y derecho no

---

<sup>25</sup> H. KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, México, UNAM, 1995, p. 437. Porque «una norma superior puede determinar en detalle el procedimiento de creación de las normas inferiores, o facultar a una autoridad para crear discrecionalmente preceptos de rango inferior. Es en este último sentido en el que el derecho internacional constituye la base del ordenamiento jurídico nacional [...] el derecho internacional hace una “delegación” en los órdenes jurídicos nacionales, cuyos ámbitos de validez determina de este modo» (*ibid.*, pp. 437-438).

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 438.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Sobre las distintas posibles formas de construir la pirámide compuesta de derecho internacional y de derecho estatal puede verse J. A. GARCÍA SAEZ, *Kelsen versus Morgenthau. Paz, política y derecho internacional*, cit., cap. II.

<sup>29</sup> El Estado, dirá ya en una de sus primeras obras, es «sólo la expresión de una unidad del ordenamiento jurídico: o bien una mera personificación del Derecho, análoga a la personificación del mundo en Dios» (H. KELSEN, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado [Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica]*, trad. de W. Roces, intr. de U. Schmill, México, Editorial Porrúa, 1987, p. XLIX).

son distintos<sup>30</sup>, antes bien el Estado es idéntico al orden legal interno que, desde la perspectiva de la primacía del derecho internacional, no es más que un orden legal parcial. De este modo el tradicional problema de la soberanía se disuelve en la teoría kelseniana simplemente en la cuestión de la primacía de los órdenes jurídicos. Desaparece, así, el Estado como sujeto por excelencia del derecho internacional o como la única voluntad (o la más importante) fuente de derecho internacional.

El monismo internacionalista se nos presenta como una construcción normativa de arquitectura perfecta y no solo en sentido jurídico sino sobre todo moral, «una de las raras conquistas verdaderamente importantes e incontestables del espíritu moderno»<sup>31</sup>, en ella todos los órdenes estatales por igual (con indiferencia de su población o de su poder) están unidos en una comunidad superior, sometidos a un mismo derecho, el internacional. Así explica Kelsen, en los años veinte del siglo pasado, la sorprendente conexión entre derecho y moral: «La unidad jurídica de la humanidad, donde la división, más o menos arbitraria, en Estados no es más que provisional, la organización del mundo en una *civitas maxima*, ese es el núcleo político de la hipótesis de la primacía del Derecho internacional [...] y al mismo tiempo la idea fundamental del pacifismo, antítesis del imperialismo en materia de política internacional. Del mismo modo que en una moral objetivista razonar sobre el hombre es razonar sobre la humanidad, del mismo modo, para la teoría jurídica objetivista, la noción de Derecho es idéntica a aquella de Derecho internacional, y ella es al mismo tiempo y por esa razón una noción moral»<sup>32</sup>.

Ciertamente será muy importante tener presente esta idea, la de que estamos ante una noción preferentemente moral, porque si eliminamos los argumentos de carácter axiológico e intentamos valorar las dos hipótesis que el monismo jurídico nos ofrece, no cabría más que

---

<sup>30</sup> Kelsen ya había afirmado en 1925 que «un criterio positivista que no trate de elevar el derecho a la categoría absoluta de derecho natural tiene que considerar al Estado como una especie de rey Midas que convierte en Derecho cuanto toca» (*vid.* H. KELSEN, *Teoría general del Estado*, trad. L. Legaz Lacambra, Barcelona, Labor, 1934, p. 57). Por esta razón, en la teoría kelseniana todo Estado es Estado de derecho, *vid.* H. KELSEN, *Teoría pura del derecho* (1934), cit., p. 168.

<sup>31</sup> *Vid.* H. KELSEN, «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international», cit., p. 299.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 325. El jurista austriaco parece afirmar la posibilidad de una evolución moral, de una evolución en la conciencia social desde el dominio de lo individual hacia la preeminencia de lo universal. «Del mismo modo que la teoría subjetivista del contrato social ha sido vencida al mismo tiempo que la idea de la soberanía del individuo, y que la validez objetiva del orden estatal está fuera de duda, de ese mismo modo, eliminado el dogma de la soberanía del Estado, se establecerá que existe un orden jurídico universal independiente de cualquier reconocimiento y superior a los Estados, una *civitas maxima*» (*ibid.*, p. 326).

admitir, según el jurista austríaco, su igual valor teórico<sup>33</sup>. La elección, entonces, entre una u otra de esas hipótesis solo puede darse si nos basamos en argumentos no jurídicos, sino meta-jurídicos: éticos y políticos.

Y es de este modo, que Kelsen responde a la cuestión existencial: proclamado el carácter jurídico del derecho internacional como orden coercitivo de normas jerarquizadas unidas de manera lógica al derecho estatal; mostrando su admiración por el monismo internacionalista, aunque no pueda ofrecer razones científicas para optar por él. Kelsen repropone en el siglo xx los planteamientos nucleares del cosmopolitismo jurídico a través de una visión, podríamos decir, *pan-juridicista* de la realidad. El proyecto secular de la construcción de una comunidad mundial sometida al derecho y liberada así de la violencia desordenada e ilimitada propia del estado de naturaleza o de un derecho imperfecto técnicamente.

### 3. CUATRO NÚCLEOS PROBLEMÁTICOS EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Tal vez si analizamos las tesis kelsenianas desde el paradigma central que preside, según Koskenniemi, cualquier aproximación al derecho internacional diríamos que Kelsen ha cedido a la utopía. Es fácil imaginar el rechazo que planteamientos como el de hacer descansar en una norma hipotética todo el orden jurídico, ahora mundial, tendrían en la Europa de entreguerras cuando muchos países, muchas teorías jurídicas y políticas, mostraron su fascinación por el ideal de un ejecutivo fuerte en manos de militares o por el decisionismo más radical liberado de los límites de la legalidad. Pero el rechazo al internacionalismo kelseniano no pertenece solo al pasado. De la respuesta a la cuestión existencial ofrecida por Kelsen, ayer como hoy, se ha criticado todo. Voy a centrarme aquí en las críticas dirigidas a los cuatro pilares que sostienen lo que podríamos denominar la teoría pura del derecho internacional, cuatro afirmaciones, como hemos visto, especialmente contundentes y especialmente polémicas o rebatidas, que nos pueden servir para identificar cuatro núcleos problemáticos en cualquier teoría del derecho internacional. En primer lugar, (i) la consideración del derecho internacional como un orden coactivo donde la guerra solo puede ser delito o sanción; en segundo lugar, (ii) la afirmación del carácter sistemático del derecho internacional; en

---

<sup>33</sup> Esta es la posición que queda cristalizada en la segunda edición de *La Teoría Pura del Derecho*, una visión mucho más escéptica en relación a la posible fundamentación jurídica del monismo internacionalista que la que se puede encontrar en los escritos de los años veinte. Sobre estas transformaciones en el tiempo del pensamiento kelseniano puede verse P. LANGFORD y I. BRYAN, «Hans Kelsen's Concept of Normative Imputation», en *Ratio Juris*, 2013, n. 26, pp. 85-110.

tercer lugar, (iii) la afirmación de la unidad lógica entre el derecho estatal y el derecho internacional; finalmente, (iv) la idea de que la supremacía del derecho internacional no se puede justificar normativamente.

(i) *El derecho internacional como un orden coactivo*

Frente al carácter coactivo del derecho internacional se construye la teoría de Carl Schmitt. Se podría decir que si para Kelsen todo es derecho para Schmitt todo es política. Si para Kelsen el derecho internacional parece avanzar hacia la sustitución de la sanción colectiva por la sanción individual para Schmitt el antagonismo social y la violencia colectiva (efectiva o latente) forma parte del fenómeno político de manera inextricable. El hombre es un lobo para el hombre podría ser el punto de partida schmittiano. Pero la hostilidad no se muestra en una guerra de todos contra todos porque en los hombres existe una tendencia a formar agrupaciones. El Estado que Kelsen pretendía jurificar y despolitizar ahora es una de esas agrupaciones que de manera natural e inevitable se enfrenta a otras agrupaciones o Estados. Cuando la intensidad del antagonismo aumenta se llega al enfrentamiento armado, y el Estado es un lobo para el Estado. La tendencia natural hacia el antagonismo, por otra parte, hará que el pacto entre los grupos enemigos aparezca siempre como una solución transitoria y frágil porque un orden social que se base en un acuerdo de principios entre grupos sociales enfrentados, o en el establecimiento de un sistema de decisión que presuponga el respeto a unas reglas del juego, nunca puede tener el carácter de una solución definitiva y estable<sup>34</sup>.

Y siendo esto así, cuando Schmitt aborde el problema del derecho internacional, no merecerá su atención el derecho de los tratados, ni los principios fundamentales de ese derecho, puesto que esas disposiciones siempre serán transitorias. La Grundnorm como fundamento último del derecho parece en este contexto argumentativo un sinsentido porque las decisiones de los órganos estatales o las decisiones políticas tienen valor jurídico autónomo que no procede de su remisión a normas generales y abstractas. Cualquier orden o todo el ordenamiento jurídico en su conjunto, reposan en el momento de la decisión, en ese momento en que haciendo caso omiso de las normas se usa la fuerza para resolver el antagonismo.

En este sentido cuando después de la Segunda Guerra Mundial Schmitt contemple las ruinas de Europa sostendrá que el derecho

---

<sup>34</sup> Vid. J. A. ESTÉVEZ ARAUJO, *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 257. Schmitt quiere hacer hincapié en aquello que, usando su propia terminología, podríamos denominar el momento constitutivo por encima del estudio y la reflexión en torno al momento ya constituido (el derecho positivo o la ordenación existente) (Cfr. C. SCHMITT, *El Nomos de la Tierra en el derecho de gentes del «jus publicum europaeum»*, trad. de D. Schilling Thon, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 68).

internacional de entre guerras fue demasiado lejos en su pretensión de someter a normas las relaciones entre los Estados. Para el que fuera conocido como el *kronjurist* del tercer Reich pretender prohibir con eficacia la guerra siempre fue una vana ilusión<sup>35</sup>. El derecho internacional no puede aspirar más que a ser una plasmación de las relaciones de fuerza existentes, expresión del poder de la decisión o de que la fuerza es, en última instancia, la única ley en el espacio internacional. Es justamente este punto de partida el que hace que en la obra de Schmitt, como en la de los más altos exponentes del realismo internacional, como Hans Morgenthau o Edward Carr, antes que un estudio del orden internacional y sus reglas encontramos propuestas de mínimos. El derecho internacional debería dar un paso atrás, no poner obstáculos al imperialismo de la Alemania de un tiempo o al de la primera potencia en nuestros días, porque las normativas internacionales frente al poder de la fuerza son superfluas y quedan como el objeto de una disciplina también fútil o vacía y que, como tal, no merece ser estudiada. Desde el punto de vista de Schmitt fácilmente se podría sustituir el estudio del derecho internacional por el más fructífero estudio de las relaciones internacionales. Nos moveríamos así de una disciplina jurídica a una política, puesto que es la política, entendida como el ámbito donde la decisión se impone a la ley, y no el derecho, la que vértebra la relación entre los pueblos. Una propuesta de un espacio internacional sin reglas que deban ser obedecidas, donde la guerra es una propiedad de la soberanía, sin *norma mundi*, aunque se presente como una descripción de la realidad internacional tiene mucho de prescripción. No es tanto un ser como un deber ser, una propuesta que vendría a constituir el proyecto de una distopía jurídica en cuanto que una ficción de sociedad sin derecho<sup>36</sup>.

(ii) *La unidad del orden internacional*

Frente al carácter unitario y sistemático del orden internacional se revuelve H. L. Hart. En el conjunto de reglas que denominamos derecho internacional, para el profesor del Oxford, no encontramos ninguno de los tres tipos de reglas secundarias que caracterizan los órdenes jurídicos. Sin reglas secundarias el derecho internacional, nos dice Hart, se asemeja formalmente a una estructura simple de derecho consuetudinario o primitivo, a un conjunto de usos sociales y materialmente, es decir en cuanto a los contenidos de sus normas, a cualquier sistema de derecho estatal<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> C. SCHMITT, *El crimen de guerra de agresión en el derecho internacional y el principio «nullum crimen, nulla poena sine lege»*, trad. de M. Maureira Pacheco y K. Wrehde, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.

<sup>36</sup> C. GARCÍA PASCUAL, *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, cit. pp. 112 y ss.

<sup>37</sup> H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 292.

Y está afirmación es sorprendente y radicalmente opuesta a las tesis kelsenianas y al propio positivismo jurídico. ¿Cómo debemos imaginar un conjunto de normas sin ningún criterio que permita identificarlas? ¿Qué quiere decir Hart al afirmar que el derecho internacional se parece materialmente en principios, conceptos y métodos, al derecho nacional? ¿No insiste la jurisprudencia analítica en afirmar una y otra vez que el derecho no tiene un contenido propio ni unas características sustanciales? ¿Cuál es ahora el contenido del derecho?

Hart en 1961, más de una década después de acabar la Segunda Guerra Mundial y creada la estructura de la ONU considera que el derecho internacional es radicalmente ineficaz, pues carece de órganos jurisdiccionales capaces de determinar con autoridad cuándo una norma internacional ha sido violada y en su caso imponer sanciones<sup>38</sup>; porque no existen, ni pueden existir, las sanciones en el derecho internacional ya que la sociedad de Estados no es una sociedad de sujetos aproximativamente iguales en fuerza. Además el derecho internacional es un cuerpo de reglas inmóvil, o «inmune al cambio deliberado», porque no podemos encontrar en el derecho internacional mecanismos claros para cambiar las normas ya existentes, ni sabemos quiénes tendrían la potestad de realizar tales cambios.

Además y en consecuencia, el derecho internacional, a los ojos de Hart, carece de unidad y de certeza, porque no distinguimos con claridad lo que son normas de derecho internacional de lo que no lo son, porque la regla de reconocimiento, esa que contiene los criterios comúnmente aceptados para reconocer las normas que integran un orden normativo, no existe en el orden internacional.

Ahora bien, no nos equivoquemos, para Hart la ausencia de reglas secundarias no implica que las que conocemos como reglas de derecho internacional carezcan de fuerza obligatoria. «Es ciertamente concebible –dirá– que una sociedad pueda vivir según reglas que imponen obligaciones a sus miembros, aun cuando ellas son simplemente consideradas como un conjunto de reglas separadas, que no están unidas por ninguna regla básica»<sup>39</sup>. E insiste: la mera existencia de reglas no implica la existencia de una regla de reconocimiento, y sería un error suponer que esta es una condición necesaria general de la existencia de reglas obligatorias. La regla de reconocimiento, en fin, «no es una necesidad, sino un lujo que encontramos en sistemas sociales

---

<sup>38</sup> Para Hart la necesidad de la sanción deriva de una verdad elemental: la igualdad aproximada entre los hombres. Como a diferencia de una comunidad de hombres, de los Estados no podemos sostener esa igualdad aproximada Hart cree que en el espacio internacional no encontraremos sanciones, o, si las hubiere, serían fútiles. «Queda por ver –dirá– en qué medida las armas atómicas, cuando estén al alcance de todos, restablecerán el balance del poder desigual, y darán lugar a formas de control más parecidas al derecho penal interno» (H. HART, *El concepto de Derecho*, p. 245). Donde más necesario sería el derecho, en una comunidad de desiguales, más difícil sería su existencia.

<sup>39</sup> H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, cit., p. 288.

adelantados [...]. En la forma más simple de sociedad tenemos que esperar y ver si una regla llega a ser aceptada como tal o no [mientras que] en un sistema con una regla básica de reconocimiento, antes de que una regla sea efectivamente dictada podemos decir que será válida si satisface los requisitos de la regla de reconocimiento»<sup>40</sup>. Y sin embargo la sociedad internacional parece lejos de constituir un sistema social simple.

Podríamos pensar que Hart se enfrenta a la deriva hacia la utopía del Kelsen con el crudo realismo pero de nuevo creo que la posición que sostiene Hart como la anterior de Schmitt es reductiva a la hora de describir el orden internacional y en este sentido resulta poco útil para el jurista que estudia y trabaja en ese campo. Sin duda existe un debate permanente sobre la eficacia de las reglas secundarias en el ámbito internacional, sobre, por ejemplo, la insuficiencia en los mecanismos de determinación de la violación de normas y de administración de sanciones o de identificación de las normas internacionales, afirmar, sin embargo, su total inexistencia no nos devuelve una imagen verosímil de esa realidad normativa<sup>41</sup>. Si para el análisis del reglas internacionales partimos de la inexistencia de legislador, de tribunales con jurisdicción compulsiva o de sanciones organizadas, cómo vamos a entender tantas categorías e instituciones jurídicas internacionales (qué son las represalias, qué los tribunales de justicia internacional *ad hoc* o permanentes, o cómo podemos designar tratados como el de UE), o cómo vamos a explicar y calificar acontecimientos violentos si no podemos calificarlos de legales o ilegales. Muchas preguntas quedan sin responder en la descripción hartiana del orden internacional al mismo tiempo que afloran algunas contradicciones en relación a las más clásicas y consolidadas teorías del filósofo de Oxford.

### (iii) *El monismo jurídico internacional*

Contra las tesis de Kelsen, concretamente contra esa unidad lógica entre el derecho estatal y el derecho internacional que el jurista alemán sostuvo, es decir, contra el monismo jurídico se alzan también muchos sociólogos o antropólogos en nuestros días, para quienes es evidente el asentamiento de un profundo y creciente pluralismo jurídico en el ámbito internacional. El pluralismo no es ya solo una característica de las sociedades primitivas, como tradicionalmente lo habían representado los juristas, sino ahora también de las sociedades más desarrolladas o complejas.

Desde hace décadas, se nos dice, en el ámbito internacional encontramos una pluralidad de actores capaces de crear normas válidas

<sup>40</sup> *Ibid.*, pp. 289-290.

<sup>41</sup> Ni de el actual derecho internacional ni del que Hart pudo conocer en los años sesenta. Para una crítica a las descripción del derecho internacional hecha por Hart, *vid.* M., PAYANDEH, «The Concept of International Law in the Jurisprudence of H. L. A. Hart», en *The European Journal of International Law*, vol. 21, n.º 4, 2011.

fuera de las estructuras de los Estados. Las normas jurídicas ya no están solas en el universo de normas que constituye un ordenamiento, sino que interactúan con otros sistemas normativos presentes en la sociedad mundial. Y esta sería, para estas visiones sociológicas y antropológicas, una buena imagen de la globalización: una multitud de interacciones entre sistemas normativos y actores donde la validez de la norma es el resultado de la negociación antes que el resultado de identificar en ella determinadas propiedades formales o materiales.

Un sociólogo como Boaventura de Sousa Santos que podríamos fácilmente incluir en esas corrientes de la sociología o antropología de la globalización, da cuenta de este contexto de interacciones y nos invita a prescindir, como instrumento de análisis y también de acción, de lo que él llama el «canon jurídico modernista». Un canon, dirá, tan «estrecho y reduccionista que desacredita, silencia o niega de forma arrogante las experiencias jurídicas de importantes grupos de la población»<sup>42</sup>. Para el sociólogo ha sido la propia pluralidad jurídica del mundo la que ha destruido el ideal de la unidad normativa de un tiempo tanto la pretendamos construir a través de una *Grundnorm* o subrayando el vínculo inextricable entre derecho y moralidad. La pluralidad de la realidad no se puede disolver en una teoría que nos explica el mundo a través de la unidad del derecho –piensa De Sousa. En este sentido resulta inútil, insistirá, buscar una mínima unidad jurídica en la pluralidad, es decir, iniciar «la búsqueda de una concepción única y transcultural de derecho que fundamente y le dé rigor al análisis del pluralismo jurídico, porque en cada sociedad las articulaciones entre los órdenes jurídicos asumen configuraciones distintas aunque se tome como punto de partida dicotomías fijas tan caras al pensamiento jurídico moderno como formal/informal y oficial/extraoficial»<sup>43</sup>.

Si seguimos al sociólogo portugués abandonar la categorías jurídicas modernas nos llevaría casi inmediatamente a reconocer que ley ya no es un dato sino más bien un proceso. Y en consecuencia en el ámbito internacional nuestra atención se debería trasladar de la norma positiva a aquellos quienes tienen el poder de, en un conflicto, definir la ley. Vamos de nuevo pero por un camino diferente a un puerto de llegada al que ya nos ha conducido Schmitt y en cierta medida también Hart. Pasamos del momento jurídico al momento político, entendido como el espacio de decisión desvinculado de reglas. Se habla de derecho, pero es este aquí un término vacío, un «no derecho», porque como nos recuerda Klaus Günther, si el derecho es «el resultado efímero y contingente de negociaciones a distintos niveles entre actores

---

<sup>42</sup> B. DE SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009, p. 609.

<sup>43</sup> «Solo en el momento en que el derecho se repolitice pierda su pretendida pero imposible independencia de la política podrá llenarse de contenido emancipatorio». (B. DE SOUSA SANTOS, *op. cit.*, p. 62).

diferentes, no tiene sentido atribuir valor de verdad a los enunciados jurídicos»<sup>44</sup>.

Una representación como la De Sousa Santos, sin duda, contiene elementos para una comprensión de la sociedad supranacional, pero ¿qué guía puede obtener de ellas el jurista internacionalista que debe trabajar en ese ámbito? ¿Cómo podrá construir su defensa o acusación ante un tribunal internacional acudiendo a las teorías de sociólogos, o a las consideraciones del realista que sólo nos invita a abandonar el derecho? ¿Qué instrumentos le pueden ofrecer todas estas teorías a la hora de elaborar una reclamación ante un tribunal internacional o ante un comité de la ONU?

Como sostiene Koskenniemi «Si se necesita el derecho internacional como una estructura de coordinación y cooperación entre Estados (soberanos), no menos se necesita con el fin de coordinar y organizar la cooperación de complejos de reglas y instituciones (autónomas)»<sup>45</sup>.

(iv) *La imposible justificación jurídica de la primacía del derecho internacional*

Finalmente frente a la radical separación entre derecho y moral que, como es bien sabido, vértebra la posiciones kelsenianas, también su teoría del derecho internacional, se revuelve toda la filosofía post-positivista. A lector de la Teoría pura del derecho no puede albergar dudas acerca de cuál de entre las dos opciones que nos ofrece el monismo jurídico es para Kelsen la opción éticamente válida, a la vez que sabe que, para el jurista austriaco, no tenemos argumentos estrictamente jurídicos para fundamentar esa preferencia. Se podría decir que Kelsen queda atrapado entre dos objetivos que asume como propios y que, sin embargo, son contradictorios entre sí: establecer un método no político para el estudio del derecho internacional y a la vez promocionar el proyecto político de una completa institucionalización y juridificación del orden mundial<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> K. GÜNTHER, «Legal pluralism or uniform concept of law? Globalisation as a problem of legal theory», 2008, n. 5, *No Foundations (NoFo)*, p. 16. Del mismo autor «Pluralismo jurídico y Código Universal de la Legalidad: la globalización como problema de Teoría del Derecho», *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 4. 2003, pp. 225-257.

<sup>45</sup> M. KOSKENNIEMI, «Report of the Study Group of the International Law Commission», *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, A/CN.4/L.682, 13 April 2006, párr. 487.

<sup>46</sup> Vid. J. VON BERNSTORFF, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen. Believing in Universal Law*, cit., p. 2. Porque, como hemos visto, mantener la opción por el monismo jurídico que da primacía al derecho internacional sobre el derecho estatal supone sacrificios insuperables para el ideal de la pureza metodológica; mantener, en cambio, esa pureza en la radical separación entre política y derecho debilitará el potencial transformador del orden internacional de la propia teoría. Y como sostiene Koskenniemi, expulsando la política del ámbito de la ciencia y de la teoría, Kelsen disminuyó su importancia en las luchas diplomáticas y constitucionales de la época. Lanzando su propio liberalismo cosmopolita como un asunto de valor

Y ciertamente sobre esta tensión entre lo político y lo no-político tiene mucho que decir todas las corrientes iusfilosóficas que florecerán con la larga y lenta decadencia del positivismo jurídico. Para una teoría postpositivista como la de Ronald Dworkin el límite que Kelsen no puede superar es justamente el punto de partida. Dworkin se niega a adoptar la tesis de la radical separación entre derecho y moral. Antes bien el derecho es parte de la moral<sup>47</sup>, una práctica interpretativa que no descansa en un hecho social, en una institución o un sistema jurídico, sino que descansa sobre argumentos de moralidad política. Un enunciado jurídico, es verdadero si deriva de principios de moralidad personal y política que proporcionan la mejor interpretación de otros enunciados jurídicos generalmente considerados como verdaderos en la práctica jurídica contemporánea<sup>48</sup>.

De manera que la pregunta acerca de qué es el derecho internacional es una pregunta moral aunque esto no signifique la completa indiferenciación entre derecho y moral. En *Justicia para erizos*, nos recuerda Dworkin, ya distinguimos al derecho de otras partes de la moral identificándolo con una serie de derechos individuales que puede ejercer cualquier persona, sin necesidad de ningún acto ulterior por parte de otra institución política, derechos que cualquier persona puede hacer valer ante una institución coercitiva, ante un Tribunal<sup>49</sup>.

Así si queremos saber qué es el derecho internacional deberíamos hacernos la misma pregunta: ¿qué derechos o qué obligaciones se podrían exigir apropiadamente de esa forma sin ninguna legislación posterior en el ámbito internacional?<sup>50</sup>. Y digo *se podrían* porque no existe un tribunal internacional que tenga jurisdicción en todos los países. De modo que el ejercicio de identificación del derecho internacional que Dworkin nos propone es del todo contrafactual. Imaginemos que existiera ese tribunal internacional ¿qué derechos correspondería que ejecutara, sin necesidad de una legislación o acuerdo internacional, solamente a petición de parte?

Dworkin propone la pregunta pero no nos da una respuesta detallada, no nos ofrece un listado de contenidos del derecho internacional

---

subjetivo, se privó de un lenguaje plausible para defenderlo. La preferencia por la democracia no parecía ya otra cosa que una cuestión de gusto. Mientras que la opción por la primacía de lo internacional sobre lo nacional quedaría como una elección puramente arbitraria. Vid. M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

<sup>47</sup> «y eso hace que el derecho internacional sea directamente relevante para la legitimidad de todos y cada uno de los miembros de la comunidad internacional» [«El derecho es parte de la moral (y buscamos sus fundamentos en la moral)»]. R. DWORKIN, «Una nueva filosofía para el derecho internacional», *Lecciones y Ensayos*, n. 93, 2014, p. 280

<sup>48</sup> Vid., R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, pp. 47-48.

<sup>49</sup> R. DWORKIN, «A New Philosophy for International Law», cit., p.12.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p.14.

más allá del sistema de fuentes recogido en art. 38 del Estatuto de la Corte de Justicia Internacional. Antes que contenidos, en los escritos del jurista americano, encontramos pautas interpretativas del derecho internacional inextricablemente unidas a la legitimidad a la que todo poder coercitivo debería aspirar. Dworkin nos recuerda que si el sistema internacional da poder a un Estado particular y al mismo tiempo también limita ese poder, la legitimidad del sistema internacional es inevitablemente condición de legitimidad de cualquier Estado. O dicho de otra manera, el sistema internacional debe ser legítimo en sí mismo para que cualquier Estado, cuyo poder se ve garantizado por el sistema internacional, sea también legítimo<sup>51</sup>.

En esta intersección de legitimidades los Estados asumen, en su actuación en la esfera internacional, dos deberes básicos el de mitigación y el de relevancia. Ambos deberes se convierten también en dos principios interpretativos básicos de la teoría y práctica del derecho internacional.

Los Estados tiene en primer lugar un deber de mitigar (*principle of mitigation*) las falencias o disfunciones del sistema internacional general, un deber que deriva, insisto, de la obligación general de cada Estado de mejorar su legitimidad política. Si un Estado puede ayudar a facilitar un orden internacional de manera que mejore la legitimidad de su propio gobierno coercitivo, entonces tiene la obligación política de hacer lo que pueda en esa dirección. Esa obligación requiere que el Estado acepte restricciones factibles y compartidas de su propio poder. Y en este sentido muestra la verdadera base moral del derecho internacional a la vez que se convierte en principio interpretativo básico de un hipotético tribunal<sup>52</sup>.

Pero el deber o principio de mitigación no es suficiente por sí solo para identificar el derecho internacional, en la medida en que diferentes regímenes internacionales podrían servir para mejorar la legitimidad del sistema vigente y los Estados podrían disentir razonablemente acerca de cuál puede considerarse preferible.

Por ello, Dworkin lo completa con un segundo deber o principio fundamental: el principio de relevancia o prominencia (*principle of salience*). Conforme al mismo, si un número significativo de Estados ha desarrollado un código de conducta común, entonces otros Estados tienen, al menos, un deber *prima facie* de suscribir también esa práctica, siempre que su generalización mejore su legitimidad como Estado

---

<sup>51</sup> *Ibid.*, p.17.

<sup>52</sup> «Of course that obligation demands only what, in the circumstances, is feasible. It does not require any state to ignore the division of the world into distinct states and suppose that it has the same responsibilities to citizens of other nations as it has to its own. But it does require a state to accept feasible and shared constraints on its own power. That requirement sets out, in my view, the true moral basis of international law. It therefore also states the basic interpretive principle that the hypothetical court I imagined should use in deciding what international law now requires» (*ibid.*, p. 17).

y la legitimidad del orden internacional en general<sup>53</sup>. Una pretensión de Derecho internacional tendrá mayor fuerza moral cuanto más amplia sea la perspectiva de apoyo<sup>54</sup>, esto es, en la medida en que se fundamente en un principio capaz de generar consenso. En otras palabras en el ámbito internacional, cuando un número significativo de Estados haya desarrollado una práctica cooperativa en torno a principios compartidos, el resto de Estados queda en una situación de mayor responsabilidad que la que tendría de no existir esa práctica. Y conforme a las premisas dworkinianas, no se puede entender que esta responsabilidad deriva de la propia práctica (de su carácter convencional o la vinculatoriedad de la promesa) sino de su capacidad para generar consenso en virtud del fundamento moral del principio que le sirve de base.

Habría que añadir que el principio de prominencia sirve de fundamento a la obligación de los tribunales de tratar de lograr la integridad entre los principios constitucionales de sus respectivos Estados y del orden internacional. El Derecho internacional se verá reforzado a medida que los principios generales reconocidos por los Estados se vayan uniformizando, con la progresiva interacción de los órdenes nacional e internacional<sup>55</sup>.

Ambos principios el de mitigación y el de relevancia se muestran como las exigencias morales de las que depende la legitimidad del sistema en su conjunto. Y forman parte de la estrategia interpretativa del derecho internacional que es el mayor rendimiento que podemos obtener de cualquier teoría sobre los fundamentos del derecho internacional. Conforme a los principios de mitigación y relevancia la correcta interpretación de un documento internacional en definitiva, es la que da el mejor sentido del texto, partiendo de que el objetivo subyacente del derecho internacional es la creación de un orden internacional que protege a las comunidades políticas de las agresiones externas, protege a los ciudadanos de esas comunidades de la barbarie doméstica, facilita la coordinación cuando es esencial y proporciona alguna medida de participación de las personas en su propia gobernanza en todo el mundo. Estos objetivos deben ser interpretados juntos: deben ser entendidos de tal manera que sean compatibles.

Dworkin se libera pues del corsé del positivismo jurídico y disfruta de la libertad de examinar el derecho internacional sin las constricciones que había torturado a muchos juristas que se enfrentaron al problema del derecho internacional. Aunque resulta extremadamente difícil establecer un diálogo hipotético entre Kelsen y Dworkin, tal vez sea imposible, podríamos decir que el dilema de Kelsen entre un teoría pura que no puede afirmar la supremacía del derecho internacional y una teoría que se muestra perfecta en ambos sentidos moral y

---

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 21.

jurídico, pero que es impura porque solo se puede basar en razones políticas y no jurídicas se disuelve en la teoría dworkiniana donde la exigencia de legitimidad política ilumina la práctica del derecho y no cabe hacer distinción en este sentido entre el ámbito del Estado y el ámbito internacional.

Pero más allá de la unidad entre moralidad, política y derecho los resultados que de la liberación de la estrecha forma positivista nos ofrece la teoría de Dworkin sobre el derecho internacional son pobres y extremadamente vagos<sup>56</sup>. El principio de mitigación y el de relevancia parecen principios débiles y, aún más, no añaden nada a la realidad del derecho internacional, nos hablan de una moralidad de mínimos y dejan fuera aspectos de la teoría de Dworkin como los principios igualitarios o una presencia fuerte de su tesis de la unidad de valor<sup>57</sup>.

## 5. PALABRAS DE CONCLUSIÓN

De modo que no parece sencillo descartar la naturaleza jurídica del derecho internacional o dejar a un lado el ideal de la extensión del principio de legalidad más allá del Estado. Por duros que sean los embates de las tesis realistas de Carl Schmitt, de las críticas de Herbert H. Hart o, en las últimas décadas, de las representaciones del pluralismo jurídico internacional o transnacional aportadas por la sociología y antropología jurídica no creo que sea posible renunciar al derecho como clave para ordenar y pacificar las relaciones entre Estados o para paliar las desigualdades entre los habitantes de mundo. Parece evidente que en el ámbito supra-estatal como en el estatal necesitamos del principio de legalidad y de su cultura, también de leyes comprometidas con los principios de justicia material de una manera mucho más fuerte de la que nos propone Ronald Dworkin.

La propuesta de Kelsen, el monismo internacionalista con todos sus problemas, no puede darse por superada, tampoco por enterrada bajo esa marea de teorías que una y otra vez le piden al jurista que se haga a

---

<sup>56</sup> En el mismo sentido *vid.* M. A. JOVANOVIĆ, «Dworkin on International Law: Not Much of a Legacy?», *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 28, 2015, pp. 443-460. o I. TUREGANO, «La filosofía del Derecho internacional de Dworkin. Una teoría insuficientemente igualitaria», en *El legado de Dworkin a la Filosofía del Derecho: Tomando en serio el imperio del erizo*. J. M. Sauca (ed.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, pp. 413-43.

<sup>57</sup> Dworkin no extiende su teoría pensada para el ámbito de una comunidad estatal al ámbito internacional. Los principios de la moralidad internacional no son una derivación de los principios de justicia del Estado. Este es de alguna manera el reproche que ya años antes de que Dworkin escribiese su artículo sobre el derecho internacional le dirige Alexander Brown quien si intenta empleando la metodología constructivista de Dworkin extender la justicia distributiva de la esfera estatal a la esfera global. *Vid.* A. BROWN, *Ronald Dworkin's Theory of Equality. Domestic and Global Perspectives*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2009.

un lado y que abra los ojos a la realidad, que admita que en el ámbito internacional sólo manda el poder, que la guerra es un mal necesario o que el mundo gira de espaldas al derecho internacional. Tal vez porque resulta imposible imaginar el trabajo del jurista, en el ámbito estatal o supraestatal, sin que éste haga uso del principio de imperio de la ley. O, simplemente porque, tal vez, sea cierto, como sostiene Radbruch, que está en la esencia del derecho el ser universal<sup>58</sup>.

La respuesta a la cuestión existencial del derecho internacional en todo caso, no podría ser de otra manera, queda abierta y es previsible y deseable que ocupe a los filósofos del derecho por muchos años.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- BERNSTORFF, J. von, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen. Believing in Universal Law*, Trad. de T. Dunlap, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- BROWN, A., *Ronald Dworkin's Theory of Equality. Domestic and Global Perspectives*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2009.
- DE LUCAS, J., y RAMÓN CHORNET, C. «La vuelta de un oxímoron. A propósito de la guerra justa», en N. Sánchez Durá (ed.), *La guerra*, Pre-textos, Valencia, 2006.
- DE SOUSA SANTOS, B., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009.
- DWORKIN, R., *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- «A New Philosophy for International Law», en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 41, n.º 1, 2013.
- *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Barcelona, Ariel, 1989.
- FERRAJOLI, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, ed. de G. Pisarello, trad. de P. Andrés Ibáñez, G. I. Anitua, M. Monclús y G. Pisarello, Madrid, Trotta, 2004.
- GARCÍA PASCUAL, C. *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, Trotta, 2015.
- GARCÍA SAEZ, J. A., *Kelsen versus Morgenthau. Paz, política y derecho internacional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2014.
- GARCÍA-SALMONES ROVIRA, M., *The Project of Positivism in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- GÜNTHER, K., «Pluralismo jurídico y Código Universal de la Legalidad: la globalización como problema de Teoría del Derecho», *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, vol. 4, 2003.
- «Legal pluralism or uniform concept of law? Globalisation as a problem of legal theory», 2008, n. 5, *No Foundations (NoFo)*.

<sup>58</sup> G. RADBRUCH, *Filosofía del derecho*, trad. cast. de José Medina Echavarría, Madrid, ed. *Revista de Derecho Privado*, 1934, p. 255.

- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992.
- JOVANOVIĆ, M. A., Dworkin on International Law: Not Much of a Legacy?, en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 28, 2015, pp. 443-460.
- KAMMERHOFER, J., *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*, London-New York: Routledge, 2011
- KELSEN, H., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international»: Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye, 14 (1926).
- *Teoría general del Estado*, trad. L. Legaz Lacambra, Barcelona, Labor, 1934.
- *Teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho* (1934), trad. de J. G. Tejerina, Buenos Aires, Losada, 1941.
- *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, trad. de F. Acosta, México, Fondo de Cultura Económica, 1943.
- *La paz por medio del derecho*, trad. cast. de Luis Echávarri, intr. de M. La Torre y C. García Pascual, Madrid, Trotta, 2003.
- *Principles of International Law*, New York, Rinehart & Company Inc., 1952, p. 5. Versión castellana de H. CAMINOS y E. C. HERMIDA, *Principios de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Librería el Ateneo editorial, 1965.
- *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado [Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica]*, trad. de W. Rocés, intr. de U. Schmill, México, Editorial Porrúa, 1987.
- *Teoría pura del derecho* (1960), trad. de R. J. Vernengo, México, Porrúa, 1991.
- *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Máñez, México, UNAM, 1995.
- KOSKENNIEMI, M., *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- *From Apology to Utopia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- «Report of the Study Group of the International Law Commission», *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, A/CN.4/L.682, 13 April 2006.
- LANGFORD, P., y Bryan, I., «Hans Kelsen's Concept of Normative Imputation», *Ratio Juris*, 2013, n. 26, pp. 85-110.
- MONEREO PÉREZ, J. L., *Los fundamentos de la democracia. La teoría político-jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, El viejo topo, 2013, cap. 5.
- PAYANDEH, M., «The Concept of International Law in the Jurisprudence of H. L. A. Hart», en *The European Journal of International Law*, vol. 21, n.º 4, 2011.
- POGGE, T. «Do Rawls's Two Theories of Justice Fit Together?», en *Rawls's Law of Peoples. A realistic Utopia?*, R. Martin y D. Reidy, (eds.), Malden, Blackwell, 2006, pp. 206-225.
- «Rawls on International Justice», en *The Philosophical Quarterly*, vol. 51, No. 203, 2001, pp. 246-253.
- PUPPO, A., «El monismo internacionalista kelseniano: las acrobacias de un positivista en el circo del iusnaturalismo pacifista», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 18, 2015, pp. 35-66.
- RADBRUCH, G., *Filosofía del derecho*, trad. cast. de José Medina Echavarría, Madrid, ed. *Revista de Derecho Privado*, 1934, p. 255.

- ROUSSEAU, J. J., *Du contrat social*, en *Oeuvres complètes*, vol. III, Paris, Gallimard, 1964.
- SCARFFE E. J., «A New Philosophy For International Law and Dworkin's Political Realism», *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, n. 29, 2016, pp. 191-213.
- SCHMITT, C., *El crimen de guerra de agresión en el derecho internacional y el principio «nullum crimen, nulla poena sine lege»*, trad. de M. Maureira Pacheco y K. Wrehde, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.
- *El Nomos de la Tierra en el derecho de gentes del «jus publicum europaeum»*, trad. de D. Schilling Thon, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979.
- SOMEK, A., «Kelsen lives», en *The European Journal of International Law*, vol. 18, n. 3, 2007.
- TRUYOL Y SERRA, A., «Doctrines contemporaines du droit des gens (suite) IV. Le droit des gens dans le système de la “Theorie pure de droit” de Hans Kelsen», en *Revue Générale de Droit International Public*, n.º 1, enero-marzo, 1951.
- TUREGANO, I., «La filosofía del Derecho internacional de Dworkin. Una teoría insuficientemente igualitaria», en *El legado de Dworkin a la Filosofía del Derecho: Tomando en serio el imperio del erizo*. J. M. Sauca (ed.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, pp. 413-43.
- WALDRON, J., «International Law: “A Relatively Small and Unimportant” Part of Jurisprudence?», en *Reading H. L. A. Hart's The Concept of Law*, Luis Duarte d'Almeida, James Edwards y Andrea Dolcetti (eds.), Hart Publishing, 2013.

Fecha de recepción: 31/03/2017. Fecha de aceptación: 31/10/2017.