

EL DERECHO INTERNACIONAL EN LA TEORIA KELSENIANA

por JOSEF L. KUNZ

I

No todas las obras de Hans Kelsen pertenecen a la teoría pura del derecho; ha escrito obras políticas (1), obras filosóficas, obras sociológicas (2). Ni todas las obras jurídicas de Kelsen pertenecen tampoco a la teoría pura del derecho; ha escrito obras fundamentales sobre el derecho constitucional positivo de la República de Austria, estudios sobre la técnica y la política del derecho.

Pero todas las obras de Kelsen están penetradas de las ideas básicas de su teoría pura del derecho, esta teoría que ha edificado en una labor incesante de más de treinta años, desde su *magnum opus* de 1911 en alemán hasta su *magnum opus* de 1945 (3) en inglés, que puede ser considerado como la forma definitiva dada a esta teoría por su creador.

La teoría pura del derecho ha conquistado una atención mundial, ha creado discípulos entusiásticos, ha despertado severos adversarios, adherentes críticos en todos los países, en todos los continentes, ha ejercido ya una honda influencia sobre la ciencia del derecho del mundo entero. Es la creación genial de la teoría pura del derecho que hace de Kelsen, en la frase de Carlos

(1) No citaremos más que su famoso libro: *Vom Wert und Wesen der Demokratie*. 2^a edición. Túbingen (1929), traducido en castellano (1935) y muchas otras lenguas.

(2) Véase ahora su grande obra sociológica en inglés: *Society and Nature. A Sociological Inquiry*. University of Chicago Press, 1943. Traducción castellana. Buenos Aires, 1945.

(3) Hans Kelsen: *General Theory of Law and State. (Twentieth Century Legal Philosophy Series. Vol. I)*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1945. pp. XXXIII, 516.

Cossio, "el jurista de la época contemporánea", y que asegura a su creador un puesto histórico entre los más grandes juristas de todas las naciones y de todos los tiempos. "No se ha producido hasta la fecha una construcción de idéntica magnitud", escribe Luis Legaz y Lacambra (4) y continúa: "Hay una serie de conceptos que tendrán que quedar —y de hecho han quedado ya— definitivamente incorporados al pensamiento de los juristas. Kelsen ha suministrado a la ciencia jurídica una serie de precisos instrumentos a cuyo manejo nunca podrá renunciar sin renunciarse a sí misma".

El tema de este estudio no es dar un análisis de la teoría pura del derecho, tan conocida en la América hispana, ni investigar —lo que sería tarea interesantísima— el desarrollo de esta teoría, sino mostrar el papel que tiene el derecho internacional en la teoría kelseniana.

II

La teoría pura es una teoría general del derecho, de todo derecho positivo posible, una teoría que es adecuada no solamente al derecho civil, basado sobre el derecho romano, por el cual fue desarrollada originariamente, sino también, como Kelsen ha demostrado en su obra de 1945, al *Common Law* anglo-ameriano. Por esta razón, esta teoría es la fundamentación de cada disciplina jurídica, desde el derecho privado hasta el derecho constitucional; debe, pues, incluir también el derecho internacional. Pero el papel que representa el derecho internacional en la teoría pura del derecho es extraordinario.

La disciplina fundamental de Kelsen, como se sabe, fue el derecho constitucional general y austriaco. El fue no solamente el representante científico del derecho constitucional de la República de Austria, sino también el creador de la Constitución Republicana Austriaca de 1920; fue él quien introdujo en esta Constitución la idea nueva de la Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), es él quien ha funcionado durante diez años como juez y *rappoiteur* permanente de esta Corte Constitucional.

Partiendo de la doctrina del derecho constitucional es como Kelsen ha venido a fundar la teoría pura del derecho; esto ya se ve en el título de su *magnum opus* de 1911: "Problemas funda-

(4) En la revista *La Ley*, Buenos Aires, 5 de septiembre de 1944, p. 4.

mentales de la doctrina del derecho constitucional, desarrollados de la doctrina de la norma” (5). Pero en esta grande obra Kelsen todavía se queda exclusivamente en los límites del derecho interno; no considera el derecho internacional de ninguna manera. Y aún dos años más tarde, en su estudio sobre el *Delito de Estado* (1913) (6), todavía profesa la típica doctrina dualista, según la cual derecho interno y derecho internacional constituyen dos esferas *toto genere* diferentes e independientes.

Es interesantísimo seguir de estos orígenes el papel siempre creciente del derecho internacional en la teoría pura del derecho, hasta que en su obra inglesa de 1945 obtiene un puesto predominante, penetrando toda la teoría pura del derecho y transformando esta teoría no solamente en una teoría general y abstracta del derecho positivo posible, sino también en una teoría especial y concreta del derecho internacional positivo vigente.

La doctrina del derecho internacional de Kelsen y de sus discípulos ha ganado adherentes en todos los países sobre los jusfilósofos y entre los especialistas del derecho internacional, ha influido positiva o negativamente gran parte de la producción científica en el dominio del derecho internacional en los últimos treinta años. Sería imposible citar aquí todas las pruebas para esta afirmación; basta hojear los escritos en las grandes lenguas europeas de la joven generación, de los que se ocupan principalmente del derecho internacional para ver la influencia de Kelsen y de la *Escuela Vienesa*. Pero aún grandes escritores de la generación previa, como Dionisio Anzilotti, han adoptado posiciones básicas de la teoría pura del derecho. La importancia de Kelsen y de la *Escuela Vienesa* ha sido el objeto de estudios por sus discípulos (7) y por otros autores (8); yo he tratado las rela-

(5) Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre von Rechtsatz. 2^a ed. Túbingen, 1923. pp. XXXVI, 709.

(6) Über Staatsrecht (Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart, XL (1913), pp. 1-114.

(7) Véase: W. Henrich Der Primat der Volkerrechtsordnung (Philosophie und Recht. Vol. I (1922), pp. 126-128). B. Akzin: L'école austro-allemande et le droit des gens (Revue de Droit International Paris, Vol. I (1922), pp. 342-372). Cl. Kockler: Begriff der Souveränität und die Wiener Rechtsschule. Tesis, Colonia, 1930. E. Voegelin: Die Souveränitätstheorie Dickinson's und die Reine Rechtslehre (Zeitschrift für öffentliches Recht, Viena, Vol. VIII (1928-29), pp. 413-434). Véase también el libro de W. Schiffer: Die Lehre vom Primat des Völkerrechts in der neueren Literatur. Leipzig, 1937 (pp. 165-259).

(8) Véase: Jhn Mattern: Concepts of State, Sovereignty and International Law. 1928 (pp. 121-137). F. Jaeger: Le problème de la souveraineté dans la doctrine de Kelsen. 1932. W. B. Stern: Kelsen's Theory of International Law (American Political Science Review. Vol. XXX (1930), pp. 736-741). Hyman E. Cohen: Recent Theories of Sovereignty. 1937 (pp. 224-234). Georges Man: L'Ecole de Vienne et le développement du droit des gens. Paris, 1938.

ciones entre la ciencia del derecho internacional y la teoría pura teóricamente en alemán (9), y más tarde, histórica y analíticamente en inglés (10).

Entre los discípulos inmediatos de Kelsen en Viena, Alfred Verdross y yo nos hemos dedicado principalmente al estudio del derecho internacional. El mérito de haber introducido ya en 1914 (11) el derecho internacional en la teoría pura, de adaptar esta teoría a los problemas del derecho internacional, pertenece a Verdross. En su estudio de 1914 ha dado el esquema de las posibles construcciones teóricas del derecho internacional: negación o afirmación del derecho internacional como derecho. Entre la última hipótesis hay la construcción dualística (Triepel, Anzilotti, y en una forma modernizada de Balladore Pallieri (12), y las construcciones monísticas, Verdross ha demostrado que la construcción dualística no es sostenible teóricamente y está en contradicción con el derecho internacional. Entre las construcciones monísticas hay de nuevo dos posibilidades: la que basa la validez del derecho internacional sobre la *voluntad* de un Estado (primado del derecho interno) y la que basa la validez del derecho entero sobre el derecho internacional (primado del derecho internacional). Verdross defiende, por vía de eliminación, el primado del derecho internacional como única construcción posible teóricamente y como la única que corresponde al derecho internacional positivo.

Verdross también ha clarificado definitivamente el concepto jurídico de soberanía como *Völkerrechtsunmittelbarkeit*: una comunidad jurídica que está sujeta única y exclusivamente al derecho internacional, pero no a otro derecho interno, es una comunidad soberana en el sentido del derecho internacional.

Por sus obras posteriores y su gran tratado sobre el derecho internacional de 1937 (13) Verdross ha llegado a ser uno de los

(9) Véase mi libro *Völkerrechtswissenschaft und Reine Rechtslehre*, Viena, 1923.

(10) Véase mi estudio: *The Vienna School and International Law* (New York University Law Quarterly Review, Vol. XI (1934, pp. 370-421).

(11) Verdross: *Zur Konstruktion des Völkerrechts* (Zeitschrift für Völkerrecht, Vol. VIII (1914), pp. 329-359).

(12) Véase mi estudio: *La doctrine dualiste chez Balladore Pallieri*. Revue Internationale de la Théorie du Droit, Vol. XI. (1937, pp. 12-21).

(13) Para no citar más que sus obras importantes, véase: *Die Einheit der rechtlichen Weltordnung auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*. 1923. *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*. 1926. *Fondement du Droit International* (Académie du Droit International a La Haye, Recueil des Cours, 1927, I, pp. 251-327). (*Règles générales du Droit International de la Paix* ib. 1929, V., pp. 275-507). *Völkerrecht*. Berlin. 1937.

más grandes internacionalistas de hoy. No es posible analizar aquí el desarrollo de la teoría de Verdross; pero es necesario notar que ya en su primer período su doctrina se distingue de la de Kelsen en un punto fundamental; la fe de Verdross, católico convencido, en valores absolutos, en la *valeur évidente* de la justicia, de la idea moral basada en Dios. Esta posición le conduce necesariamente más y más a un puro derecho natural, especialmente en conexión con sus investigaciones sobre las *normas generales comunes a las naciones civilizadas* y su grande obra de 1937 está reflejada claramente en la obra del jusfilósofo mexicano Eduardo García Maynez, quien estudió en Verdross en Viena. Pero Verdross está demasiado interesado en el contenido del derecho internacional positivo, lo conoce demasiado bien, es demasiado buen jurista para permitir que su exposé del derecho internacional positivo sea viciado por sus ideas de derecho natural.

Es la influencia de Verdross la que conduce a Kelsen a considerar el problema del derecho internacional; pero se queda siempre en los límites de la teoría pura y en su filosofía relativista. Al contrario de Verdross y de mí, Kelsen, aun ocupándose del contenido del derecho internacional positivo, está siempre interesado en primer lugar en el aspecto teórico del derecho internacional, es decir, en el examen de la naturaleza del derecho internacional y en los problemas fundamentales.

La vuelta al derecho internacional de la teoría kelseniana se ejercita con su segunda obra principal (14) sobre el problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional, un estudio que él califica ya en el título como una contribución a la teoría pura del derecho.

Durante la tercera década de este siglo Kelsen se ocupa, en lo que toca al derecho internacional, primeramente de estos aspectos tóricos; esto se ve en sus escritos y en los cursos hechos en francés en la Academia del Derecho Internacional en La Haya (15); tratan del problema de la soberanía y de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno.

Kelsen ha sido siempre, en primer lugar, profesor de la filosofía del derecho; pero hasta 1930 ha sido también profesor del

(14) Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag Zur einen Reinen Rechtslehre, 2^a ed. Tübingen, 1928.

(15) Les Rapports de système entre le droit interne et le droit international public (Recueil des Cours, 1926, IV, pp. 231-337). Théorie Générale du Droit International Public. Problèmes Choisis. (ib. 1932, IV, pp. 116-357).

derecho constitucional; pero después de 1930 ha sido profesor del derecho internacional, en la Universidad de Colonia, en el Instituto Universitario des Hautes Etudes Internationales en Ginebra, y desde su arribo a los Estados Unidos de América (1940) en las Universidades de Harvard y de California.

Aún después de 1930 los problemas teóricos del derecho internacional tienen un gran papel en sus escritos y en sus cursos, todavía no publicados, dados en francés en Ginebra; pero trata también problemas particulares monográficamente: el delito de Estado (16), los tratados internacionales (17), los tratados internacionales a cargo de Estados terceros (18); pero siempre se queda en la teoría pura; da un análisis de estos diferentes problemas desde el punto de vista de la teoría pura. Como todos los escritos de Kelsen aun éstos son muchas veces de un carácter polémico; establecen unas veces actitudes opuestas a la teoría dominante, como su estudio sobre el reconocimiento (19) en derecho internacional.

En los últimos ocho años Kelsen se ha ocupado en Europa y en los Estados Unidos primeramente de problemas del derecho internacional de *lege ferenda*, de la política del derecho internacional: problemas de técnica jurídica y del contenido de *lege ferenda*.

Los estudios jurídico-técnicos fueron causados por el problema de la revisión del Pacto de la Sociedad de las Naciones y de la separación de este Pacto de los tratados de paz (20). Estos estudios culminan en su libro magistral sobre la *Técnica Jurídica en Derecho Internacional*, que da una crítica del texto del Pacto de la Sociedad de las Naciones (21).

En los Estados Unidos Kelsen se ha ocupado en primer

(16) *Ueber Unrecht und Unrechtsfolgen im Völkerrecht* (Zeitschrift für öffentliches Recht, Viena, Vol. XII (1932), pp. 481-608).

(17) *Contribution à la théorie du traité international* (Revue Internationale de la Théorie du Droit, Vol. X (1935), pp. 253-292). *El contrato y el tratado. Analizados desde el punto de vista de la Teoría Pura del Derecho*. México, D. F. 1943.

(18) *Traité internationaux à la charge d'Etats tiers* (Mélanges offerts à Ernst Mahaim. Paris, 1933; Vol. II, pp. 164-172).

(19) *Recognition in international Law* (American Journal of International Law, Vol. XXXV (1941), pp. 605-617).

(20) Véase: *Zur rechtstechnischen Revision des Völkerbundstatus* (Zeitschrift für öffentliches Recht, Viena, Vol. XVIII (1937), pp. 401-490, 590-622). *De la séparation du Pacte de la Société des Nations et des traités de paix*. (En La Crise Mondiale. Paris, 1938, pp. 143-173). *Contributions à l'étude de la revision juridico-technique du Statut de la Société des Nations* (Revue Générale du Droit International Public, Paris, Vol. XLIV (1937), pp. 625-680; Vol. XLV (1938), pp. 5-43, 161-240).

(21) *Legal Technique in International Law. A textual critique of the League Covenant*. (Geneva Studies, Vol. X, Nº 6, Ginebra, 1939).

lugar de estudios de *lege ferenda*, de la futura organización internacional, tema palpitante a causa de la segunda guerra mundial. Estos escritos, todos en inglés, son dedicados al papel predominante de una Corte Internacional de justicia como centro de la futura organización internacional, y a la crítica de las proposiciones concretas de Moscú, de Dumbarton Oaks y de San Francisco (22).

III

No es posible dar aquí una exposición completa y crítica de la teoría kelseniana del derecho internacional; esto necesitaría un libro, no un artículo. Pero queremos dar una ojeada a su teoría, queremos mostrar cómo esta parte de la teoría kelseniana está bajo la influencia de su teoría pura general, y, por otro lado, cómo sus investigaciones en el dominio del derecho internacional han influido, clarificado, cambiado su teoría pura general, y añadiremos unas observaciones críticas.

Dividiremos la investigación en dos partes: la posición teórica de Kelsen frente al derecho internacional y su posición frente a la política del derecho internacional. La teoría del derecho internacional (23) se ocupa de la naturaleza jurídica y de la estructura del derecho internacional, de su relación con el Estado, de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional.

Es natural que la base de la teoría pura general sirva también de base a la teoría kelseniana del derecho internacional; es una teoría, no una filosofía; trata del derecho, no de la justicia. La

(22) Véanse sus libros: *The legal process and international order*, London, 1934. *Law and Peace in international relations*. Cambridge, Mass. 1942 (Traducción castellana: *Derecho y Paz en las relaciones internacionales*. México. D. F., 1943). *Peace through law*. Chapel Hill, N. C., 1944. Artículos: *Compulsory adjudication of international disputes* (*American Journal of International Law*, Vol. XXXVII, (1943), pp. 397-416). *Peace through law* (*Journal of legal and political sociology*, Vol. II (1943), pp. 52-67). Traducción castellana *La paz por el derecho*. Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, Vol. 27 (1943), pp. 1-39). En portugués: R. A. Metall: *O Plano Kelsen de organizacão jurídica de paz* (*O Direito*, N. XXIV, año IV (1943). *Collective and individual responsibility in international law* (*California Law Review*, Vol. XXXI (1943), pp. 530-571). *The principle of sovereing equality of States as a basis for international organization* (*Yale Law Journal*, Vol. LIII (1944), pp. 207-220; traducción castellana en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. XXXI, (1944). *The strategy of peace* (*American Journal of Sociology*, Vol. XLIX (1944), pp. 381-389). *The Old and The New League* (*American Journal of International Law*, Vol. XL (1945), pp. 45-83).

(23) Véase mi estudio, citado en la nota 10, y mi discurso: *The Theory of International Law* (*Proceedings of the American Society of International Law*. Washington, 1938, pp. 23-33).

justicia, según Kelsen, aunque sea indispensable psicológicamente, es un ideal irracional que no está sujeto a la cognición científica, es cosa subjetiva, no verificable científicamente, dependiente de la *Weltanschaung* de él que formula el juicio valorativo. Para adaptar estas ideas especialmente al derecho internacional, la idea de la *justicia internacional* será completamente diferente para el nacionalista y para el pacifista. Los juicios de justicia son juicios subjetivos. La ciencia del derecho internacional, como toda ciencia, puede solamente explicar, mientras la filosofía de la justicia quiere justificar. Se puede defender la democracia y el internacionalismo, se puede morir por estos ideales, pero no pueden ser probados. Kelsen es demócrata y pacifista, pero, como dice sinceramente, no porque podría demostrar científicamente la superioridad de estas actitudes, sino simplemente porque él, subjetivamente, las prefiere.

La teoría del derecho internacional no puede ser más que teoría normativa del derecho positivo, estrictamente separada de las ciencias naturales (sociología del derecho internacional) y, dentro de las ciencias normativas, de la ética internacional y de la política del derecho internacional. El sabio, como hombre, será nacionalista o pacifista; pero como jurista, no debe permitir que sus investigaciones teóricas jurídicas sean influídas por sus convicciones personales subjetivas; puede hacer la crítica del derecho positivo, puede formular proposiciones para un derecho internacional mejor; pero haciéndolo, no funciona como jurista, sino como político del derecho internacional. Pero cuando trata de demostrar que lo que quiere es el derecho positivo, al contrario de su contenido, o que el derecho positivo *no es derecho*, porque, en verdad, no lo quiere subjetivamente, comete el pecado contra el espíritu santo de la ciencia, se hace culpable de falsificar el contenido del derecho positivo, se hace culpable de una confusión de métodos.

Queremos añadir que este peligro es más actual en el campo del derecho internacional. Esta es la razón por que muchos de los escritos sobre derecho internacional no son ciencia, porque los autores, conscientemente o sin darse cuenta, falsifican el derecho internacional positivo, o en espíritu de juicio nacional, por *patriotismo* para defender su país de ellos a todo costo, o en un espíritu de prejuicio de sus ideas subjetivas favorecidas; muchas veces trabajan, en las palabras de Kelsen, con el *método de doble plano*, teniendo, por decir así, dos derechos internacionales a su disposición, el uno para con su propio Estado y los Estados ami-

gos y aliados del momento, el otro contra los Estados enemigos o no favorecidos del momento. Es por esta razón que los escritores del derecho internacional muchas veces son más abogados que sabios, que sus escritos hacen la impresión no de obras teóricas objetivas, sino de *ex parte plaidoyers*.

El llamado *derecho natural* no es y no puede ser derecho en el sentido del jurista; está constituido de postulados subjetivos de *lege ferenda*, hechos en un espíritu conservador, queriendo demostrar que el derecho positivo es el mejor, o en un espíritu revolucionario, queriendo demostrar que el derecho positivo es muy malo y debe ser cambiado en el sentido de sus postulados. Naturalmente el *derecho natural* como político, como lucha por el derecho, será eterno. El jurista se ocupa del derecho tal como es; el político del derecho internacional está interesado en el derecho como debería ser, el primero, trabajando con métodos jurídicos, quiere explicar; el segundo, trabajando con métodos políticos, quiere justificar; el primero está inspirado por el fin de la objetividad, el segundo por la subjetividad; el primero busca la verdad, el segundo el éxito; el objeto del primero es ciencia; el objeto del segundo es arte.

IV

En su primer *magnum opus* de 1911 Kelsen se ha quedado no solamente en los límites del derecho interno, sino que ha considerado aún el derecho interno exclusivamente desde el punto de vista estático, desde el punto de vista de la validez del derecho. Es el gran mérito de su discípulo Adolf Merkl (24) el haber introducido en la teoría pura el punto de vista dinámico, el punto de vista de la creación del derecho, como es el mérito de Verdross el haber adaptado la teoría pura a los problemas del derecho internacional. Estas dos innovaciones han sido adoptadas por Kelsen. En su obra de 1945 Kelsen ha dividido toda la teoría pura en dos grandes partes: la *nomostática* y la *nomodinámica*.

Trataremos en este capítulo los problemas de la *nomostática* del derecho internacional, es decir los problemas de su validez. Naturalmente la nomostática del derecho internacional en la teoría kelseniana está basada filosóficamente, como toda la teoría pura en la dichotomía kantiana, entre el sér y el deber sér. La

(24) Véase Adolf Merkl: *Das Recht in Lichte Anwendug. 1917. Die Lehre von der Rechtskraft.* 1923.

teoría del derecho internacional, pues, debe ser una teoría normativa del derecho positivo, no una sociología ética o política del derecho internacional. Aquí también la filosofía relativista de Kelsen predomina: la *justicia internacional* es un concepto metafísico que no pertenece a la ciencia del derecho internacional. El derecho internacional, como todo derecho, no es más que una técnica social especial, un medio específico de control social, es un medio, no un fin; puede tener los contenidos más diversos y opuestos; lo que lo hace derecho, no es el contenido, sino la forma, su estructura particular. Pero aquí aparece la diferencia entre la teoría general de Kelsen, teoría abstracta para todos los derechos positivos posibles, y su teoría del derecho internacional, teoría concreta del derecho internacional positivo vigente. Mientras la teoría general está basada sobre un estudio comparado de muchos derechos positivos, viejos y modernos, la teoría especial está basada sobre el estudio del derecho internacional vigente.

La primera cuestión es, si el derecho internacional es derecho en el sentido jurídico, cuestión fundamental, porque, contrariamente a los derechos internos, hubo y hay opiniones que niegan el carácter jurídico del derecho internacional.

La teoría general había definido la norma jurídica como juicio hipotético ligando un hecho con una consecuencia jurídica determinada, a saber pena o ejecución civil. El orden jurídico es un orden coercitivo por definición; el hecho es la condición de la sanción jurídica; este hecho (el delito), actitud contraria a la prescrita por la norma, no es pues una negación, una *violación* del derecho, sino la condición prevista por la norma. Toda norma jurídica arregla conducta humana, y no puede arreglar más que conducta humana. La sanción también se halla en la esfera normativa; el criterio distintivo de la norma jurídica no es la sanción como hecho, sino la coercibilidad; la norma no predice un hecho futuro, sino prescribe lo que debe ser. El criterio específico del derecho es su validez. De la validez se debe distinguir rigurosamente la eficacia de la norma jurídica; la eficacia se halla en la esfera del sér. La noción básica de la ciencia del derecho como ciencia normativa no es la causalidad, sino la imputación jurídica.

Si el derecho internacional es derecho, debe corresponder a estas concepciones básicas del derecho en general. Kelsen, pues, ha estudiado la estructura particular del derecho internacional vigente. El resultado de sus investigaciones puede resumirse diciendo que el derecho internacional es derecho, pero derecho pri-

nitivo. Las consecuencias para toda la teoría pura son de la más grande importancia: La teoría general debe incluir el derecho internacional y el hecho de esta inclusión ha influído profundamente, ha determinado, y unas veces cambiado, toda la teoría pura. Por otro lado se debe reconocer que la teoría pura, como teoría de todos los derechos positivos posibles, debe ocuparse no solamente de los derechos avanzados, sino también de los primitivos. La primitividad no es una característica especial y exclusiva del derecho internacional, sino también de los derechos internos en cierta fase de su evolución histórica: todo derecho, interno o internacional, puede ser avanzado o primitivo. El conocimiento de que aun los derechos internos avanzados fueron una vez derechos primitivos es muy fértil para problemas de la política del derecho internacional.

Finalmente el conocimiento de que la comunidad internacional es una comunidad jurídica primitiva, es decir, constituida por un orden jurídico primitivo, ha conducido a Kelsen a cambiar su previa estricta identificación del derecho con el Estado, porque hay comunidades preestatales (primitivas) y sobreestatales. Las unas y las otras son caracterizadas por la primitividad de su orden jurídico; esto explica las semejanzas entre el derecho entre las tribus prehistóricas y el derecho internacional de hoy.

Las normas del derecho internacional de hoy son normas jurídicas, es decir, juicios hipotéticos ligando un hecho como condición con la consecuencia jurídica de la sanción. Su primitividad, como en todos los órdenes jurídicos primitivos, consiste en la falta de órganos especiales (según el principio de la división del trabajo) para hacer, administrar y ejecutar las normas jurídicas; no hay órganos especiales legislativos, administrativos, no hay cortes con jurisdicción compulsiva en el derecho internacional general. La legislación, la administración, la decisión de conflictos, la ejecución de las normas está confiada en derecho internacional general a los sujetos mismos de este derecho. Como todo derecho primitivo, interno o internacional, el derecho internacional reconoce la validez de los tratados impuestos por la fuerza, no conoce la distinción entre las dos formas de la sanción, pena y ejecución civil, no conoce responsabilidad individual por culpa, sino responsabilidad colectiva por éxito; como todo derecho primitivo tiene un carácter predominantemente estático; la enorme importancia del *status quo*, la falta de solución del problema del *cambio pacífico* (*peaceful change*). Como todo de-

recho primitivo que no tiene cortes y órganos de ejecución especiales, debe permitir el recurso a la *autodefensa* por sus sujetos, que toma en derecho internacional general las formas de la guerra de las represalias, con todas las consecuencias perniciosas e inevitables de tal sistema. En una palabra: el orden jurídico internacional general es un orden jurídico primitivo porque es un orden extremadamente descentralizado estática y dinámicamente; diremos más en el capítulo siguiente sobre el concepto de centralización y descentralización, que en el desarrollo de la teoría pura kelseniana ha obtenido un puesto fundamental.

La exposición del derecho internacional general como derecho primitivo es rica para la construcción teórica de este derecho y fértil para la política del derecho internacional. Todo orden jurídico es un orden coercitivo: esto vale por el derecho avanzado y por el primitivo; debe valer, pues, para el derecho internacional positivo. La fuerza puede presentarse en un orden jurídico solamente como sanción o como condición de sanción (delito). Ahora bien; pero hay una norma positiva según la cual todo delito internacional obliga a la reparación. Kelsen duda de la existencia de tal norma en el derecho internacional general; cree que el deber de la reparación es solamente el resultado de un tratado concluido entre el Estado autor y el Estado víctima del delito. Pero aun bajo la hipótesis de tal norma del derecho internacional general no puede conceder que el deber de la reparación sea una sanción; es una obligación que reemplaza la obligación originaria. Sólo la consecuencia jurídica de la falta de cumplir la reparación puede ser sanción; pues la sanción de un orden jurídico es y no puede ser más que un acto coercitivo.

De las dos sanciones del derecho internacional general las represalias claramente corresponden a la concepción de sanción en un orden jurídico primitivo. Pero la guerra? Desde este punto es que Kelsen ha vuelto a ser casi el único defensor moderno de la doctrina del *bellum justum*. Y aquí no puedo estar de acuerdo porque esta actitud está en contradicción con el derecho positivo; la facultad del recurso a la guerra por los Estados soberanos está limitada solamente por tratados, no por el derecho internacional general.

La guerra privada, dice Kelsen, es técnicamente una sanción defectiva, pero es sanción: presupone el delito; el que recurre al desafío o actúa como órgano de la comunidad jurídica o comete un delito. Pero la guerra como instrumento para seguir intereses políticos no es sanción. La guerra no puede ser

más que sanción o delito; esto conduce a la doctrina del *bellum justum*. Si la guerra es lícita como no sanción, el derecho internacional general no solamente es un derecho primitivo, sino que no es derecho del todo. O se quiere reconocer la doctrina del *bellum justum* y el carácter jurídico del derecho internacional, o se debe lógicamente negar el carácter jurídico del derecho internacional general. No son pues consideraciones religiosas, morales o políticas, sino consideraciones puramente lógicas las que hacen de Kelsen el defensor de la doctrina del *bellum justum*. Pero una teoría que está en contradicción con el derecho positivo, constituye derecho natural: también hay un derecho natural lógico.

La doctrina del *bellum justum* no es derecho positivo; es un problema religioso; constituye en el campo del derecho una mera ideología; no es un problema teórico del derecho, sino un problema metafísico de justicia, como está indicado por su nombre. En su última obra inglesa Kelsen toma una actitud muy cauta: admite que aun bajo esta doctrina no se puede decir con autenticidad jurídica quién hace la guerra justa, porque no hay un tribunal objetivo y supraordenado en derecho internacional general para decidir esta cuestión; admite que la doctrina contraria no está solamente defendida por casi todos los internacionalistas modernos, sino que tiene también argumentos de mucho peso; admite que la actitud de los Estados puede ser interpretada de manera contraria. Admite finalmente que una decisión científica entre las dos doctrinas es imposible; que la decisión en favor de la doctrina del *bellum justum* refleja deseos; aunque no pueda ser probada, es posible. Esta posición es, yo creo, insostenible y conduce a Kelsen a posiciones erróneas en sus trabajos sobre política del derecho. Diremos más en el último capítulo de este estudio, donde daremos también nuestra posición frente a este problema.

Como todo orden jurídico, el derecho internacional general debe tener una esfera especial, temporal, personal y material de su validez. La esfera territorial es la comunidad internacional; sería una concepción de derecho natural el pretender que el derecho internacional se extiende por su naturaleza al mundo entero. Fue al principio un derecho intraeuropeo; pero por el desarrollo histórico ha llegado positivamente a tener casi todo el mundo como su esfera especial de validez. Su esfera temporal es ilimitada en principio.

En cuanto a su esfera personal, se debe tener en cuenta que

todo orden jurídico determina él mismo cuáles son sus sujetos. Es teóricamente insostenible decir que sólo los Estados soberanos pueden ser sus sujetos. La respuesta a este problema la debe dar el análisis del derecho positivo; este análisis muestra que los Estados soberanos son los sujetos normales y plenarios del derecho internacional, no solamente soportes de derechos y deberes internacionales, sino también los creadores del derecho internacional, pero no son sus sujetos únicos; hay en derecho positivo no Estados como sujetos del derecho internacional, como el Papa, ciertas Confederaciones de Estados, los insurgentes reconocidos como beligerantes.

Kelsen ha mostrado que el derecho puede obligar solamente a hombres, puede arreglar solamente conducta humana. Cuando se dice que el derecho internacional obliga a *los Estados*, es claro que debe, en último análisis, obligar a hombres o no sería derecho. Pero obliga a hombres indirectamente. Decir que el derecho internacional obliga a *los Estados* quiere decir que autoriza y obliga indirectamente a individuos, a estos hombres que son órganos de los Estados, determinados como tales por medio de los órdenes jurídicos nacionales, lo que constituye una particularidad técnica del derecho internacional. La norma internacional determina solamente lo que debe hacerse en el nombre del Estado, pero delega a los Estados soberanos el determinar los individuos como órganos. Es por esta razón que las normas del derecho internacional son normas incompletas que necesitan ser suplementadas por las normas de los derechos nacionales. Las normas del derecho internacional obligan de esta manera a ciertos hombres como órganos de los Estados; pero todos los individuos, sujetos de los Estados, son obligados colectivamente como objetos posibles de los actos coercitivos del derecho internacional, la guerra y las represalias.

El derecho internacional puede naturalmente obligar y autorizar a individuos aun directamente; pero los casos en el derecho internacional positivo son raros. Kelsen construye la contrabanda y la ruptura del bloqueo como delitos determinados por el derecho internacional, obligando directamente a individuos, y estipulando directamente una sanción individual. No puedo estar de acuerdo, porque esta construcción está en contradicción con el derecho positivo, como he mostrado en mi libro sobre el derecho de la guerra y de la neutralidad (25). El punto de vista de la responsa-

(25) Josef L. Kunz: *Kriegsrecht und Neutralitätsrecht*. Viena, 1935.

bilidad individual tiene un papel importante en los escritos de Kelsen sobre la política del derecho internacional.

La función esencial del derecho internacional consiste en la delimitación de las esferas espaciales, temporales, personales y materiales de los Estados soberanos. Es el derecho internacional el que determina directamente las esferas espaciales de los Estados soberanos, es decir, su competencia territorial. Como ha mostrado Verdross, hay en derecho positivo tres tipos de competencia territorial: La competencia territorial exclusiva de un Estado, la competencia territorial de una comunidad de Estados (con dominia) y la competencia territorial de todos los Estados de la comunidad internacional (el alto mar, *terrae nullius*).

Es también el derecho internacional el que delimita directamente la esfera temporal de los Estados (principio de la *identidad del Estado*, sucesión de Estados). Pero en lo que toca a la esfera personal de los Estados, el derecho internacional la delimita directamente sólo en ciertos casos (cambio de nacionalidad en consecuencia de cesión de territorio, etc.); en principio delega a los Estados soberanos la competencia de determinar cuáles son sus sujetos (el problema de la *nacionalidad*).

Finalmente el derecho internacional delimita también la esfera material de los Estados. En principio la competencia *ratione materiae* del derecho internacional es ilimitada; en derecho positivo la división de competencias es fuertemente en favor de los Estados soberanos. Pero su competencia exclusiva es dada por el derecho internacional. El *dominio reservado* de los Estados soberanos lo es porque es autorizado por el derecho internacional.

El *dominio reservado* no es una cosa a priori y estática; su contenido puede ser determinado solamente por el análisis del derecho internacional vigente, conocimiento fértil también en la política del derecho internacional. El *dominio reservado* como es dado por el derecho internacional es, en las palabras de la Corte Permanente de Justicia Internacional, una concepción esencialmente relativa que depende en cada momento del desarrollo del derecho internacional.

Es el derecho internacional, determinando sus sujetos, el que crea los Estados soberanos y que presenta las condiciones que deben ser cumplidas para que haya Estado soberano. La existencia de un Estado no está condicionada por su reconocimiento (26). Kelsen ha presentado recientemente una teoría del reco-

(26) Vease mi libro, *Die Anerkennung von Staaten und Regierungen im Völkerrecht*. Stuttgart. 1928.

nocimiento de los Estados con la cual no puedo estar de acuerdo, porque es incompatible con el derecho positivo. Pero es interesante notar que esta teoría kelseniana es una consecuencia de una posición que ha adoptado recientemente y que tiene un puesto predominante en toda su teoría general: es decir que el derecho no puede considerar los hechos desnudos, sino solamente hechos que la autoridad jurídica competente ha hecho constar.

Para estas comunidades jurídicas que cumplen las condiciones prescritas por el derecho internacional, he inventado, en mi obra sobre las *Uniones de los Estados* (27), la frase de los *Estados en el sentido del derecho nacional*, como los 48 Estados de los Estados Unidos de América. Sólo los primeros son soberanos, es decir, exclusiva e inmediatamente sujetos al derecho internacional y no a otro derecho nacional. La soberanía, como concepción jurídica, es una concepción de competencia.

El Estado soberano es, pues, en la definición jurídica de Kelsen, un orden jurídico coercitivo y centralizado, determinado en sus esferas de validez territoriales, personales y temporales por el derecho internacional, y la competencia material del cual, incluyendo la autonomía constitucional, es definida por el derecho internacional y puede ser limitada, pero limitada exclusivamente por el derecho internacional. Y la delimitación de las esferas territoriales y personales se hace, según el principio de la efectividad, norma positiva del derecho internacional, que aparece también como condición de los *Estados en el sentido del derecho internacional*. Las concepciones de centralización y de efectividad son de la más grande importancia en la *nomodinámica* del derecho internacional.

V

La *nomodinámica* del derecho internacional trata de su creación. Todo derecho arregla él mismo la creación de sus normas. La costumbre es todavía la única forma de creación del derecho internacional general. Derecho internacional particular puede ser creado por tratados internacionales, que, como Kelsen ha demostrado, cumplen dos funciones: Creación de normas concretas e individuales, correspondientes a los contratos del derecho nacional, y creación de normas abstractas y generales, correspondientes a la legislación nacional. Sólo esta legislación no es directa, sino en dos etapas: el acuerdo y la ratificación.

(27) Josef L. Kunz: Die Staatenverbindungen. Stuttgart. 1929.

El hecho del derecho internacional consuetudinario prueba que el derecho internacional no está basado en la *voluntad* de los Estados; los Estados nuevos son automáticamente obligados por el derecho internacional consuetudinario preexistente. Los tratados no son obligatorios porque las voluntades de las partes contratantes coinciden, sino porque el derecho internacional prescribe que tal coincidencia de voluntades hace los tratados obligatorios.

El derecho internacional también está estructurado por escalones; hay aquí también una *pirámide jurídica*, una estructura jerárquica de normas. El orden jurídico internacional también está bajo el principio de la creación dinámica del derecho por vía de una continua concretización e individualización de las normas; aquí también la diferencia entre *creación* y *aplicación* del derecho es relativa. La teoría del derecho internacional tiene que investigar esta estructura jerárquica, los problemas de las lacunas, del *jus cogens* y del *jus dispositivum*.

El orden jurídico internacional presupone también una norma hipotética como el *principium unitatis* de este orden. Kelsen ha aceptado al principio la norma *pacta sunt servanda* como norma básica del derecho internacional. Anzilotti la acepta todavía como tal. Pero esto es imposible. Es imposible anclar el derecho consuetudinario en esta norma, que es, además, una norma positiva; esta norma es una norma positiva del derecho internacional general que instituye un procedimiento especial —el procedimiento de los tratados— para la creación de normas del derecho internacional (28). Kelsen ahora formula la norma básica del derecho internacional de la manera siguiente: Los Estados deben conducirse, como se conducen habitualmente.

Los Estados soberanos no solamente son los sujetos, sino también los creadores del derecho internacional; son sus órganos. Cuando se habla de la comunidad internacional como de una comunidad *inorganizada*, esto quiere decir solamente que no tiene órganos especiales según el principio de la división del trabajo, pero no que tiene órganos propios. El órgano para la creación de derecho internacional particular por vía de tratados son las delegaciones juntas de los Estados, que forman un órgano del derecho internacional, órgano compuesto, pero propio de la co-

(28) Véase mi estudio: *The Meaning ad the Range of the norm: pacta sunt servanda*. (*American Journal of International Law*, Vol. 39, abril 1945, pp. 180-197). Este estudio será publicado en traducción castellana por la Revista de la Escuela Nacional de Derecho de la Universidad de México.

munidad internacional. En mi obra sobre la *Unión de los Estados* he dado una teoría de los órganos internacionales en el derecho internacional general y particular.

La enorme preponderancia del derecho internacional creado por tratados nos conduce a la división horizontal del derecho internacional en derecho internacional general y particular. Pero este último tiene su razón de validez en una norma del derecho internacional general, en la norma *pacta sunt servanda*. Tocamos aquí la concepción kelseniana de la centralización y descentralización, concepción fundamental para toda la teoría pura. La norma básica, dice Kelsen, constituye el *principium unitatis*; la idea de centralización y descentralización es el principio estructural fundamental, el *principium individuationis*, que constituye la variedad de las formaciones jurídicas. Mientras que el Estado es una comunidad centralizada, el derecho internacional está caracterizado por un alto grado de descentralización estática y dinámica. Estáticamente: las normas del derecho internacional general, las normas centrales del orden con esfera total de validez, son relativamente pocas: prevalecen las normas del derecho internacional particular, normas locales con validez territorial restringida. Dinámicamente: en cuanto a la creación del derecho, costumbre y tratados son formas descentralizadas de creación del derecho; la administración, la aplicación, la ejecución del derecho internacional es completamente descentralizada; está confiada a los Estados soberanos. Pero el derecho internacional particular, que está entre el derecho internacional general descentralizado y los órdenes jurídicos relativamente centralizados de los Estados soberanos, puede obtener un grado más alto de centralización que el derecho internacional general.

Todo esto es muy correcto y fértil; pero Kelsen trae de estos principios teóricos unas conclusiones con las cuales no puedo estar de acuerdo. Dice que según este *principium individuationis* todas las formaciones jurídicas pueden ser ordenadas como una línea continua de formaciones que gradualmente pasan de la una a la otra. En consecuencia no hay una división estricta entre derecho nacional e internacional; en consecuencia normas nacionales pueden crear Estados soberanos o comunidades internacionales particulares.

Es verdad lo que Kelsen dice de esta línea continua; pero esto es un fenómeno frecuente. De la misma manera hay una línea continua de la edad menor a la edad mayor; pero el derecho debe, en el interés de la seguridad jurídica, dividir esta línea

en cierto punto, estipulando, por ejemplo, que la edad mayor comienza a los veintiún años cumplidos. En mi obra sobre la *Unión de los Estados* he fijado la división en la línea continua según la concepción de la soberanía: una comunidad jurídica que está directa, única y exclusivamente subordinada al derecho internacional es un Estado en el sentido del derecho internacional, y una unión de tales Estados es en mi terminología una verdadera unión internacional de Estados, como la Confederación. Pero el Estado federal no es más que un Estado en el sentido del derecho internacional.

Es absolutamente correcto, si Kelsen dice que un Estado soberano puede ser creado por normas del derecho internacional, por ejemplo creación de un Estado federal por medio de tratados concluídos por Estados antes soberanos. Pero niego que una Confederación de Estados o Estados soberanos pueden ser creados por normas del derecho nacional. Kelsen cita como ejemplo el Commonwealth Británico y el Estatuto de Westminster de 1931; pero este ejemplo prueba lo contrario: Terranova es en derecho constitucional en principio un *Dominion* como el Canadá; pero hasta ahora no es un Estado soberano. Como es el derecho internacional que prescribe las condiciones del nacimiento de los Estados soberanos, según el principio de la efectividad, una comunidad jurídica para volverse Estado soberano debe cumplir estas condiciones: la norma nacional no es más que la oportunidad para llegar a ser Estado soberano, pero no puede ser la razón jurídica.

Los Estados soberanos, creadores y órganos del derecho internacional, creados y determinados en su competencia (soberanía) por el derecho internacional, constituyen una unidad con el derecho internacional supraordenado; los órdenes jurídicos nacionales son normas locales en la totalidad del derecho, son órdenes jurídicos delegados por el derecho nacional. Kelsen ha defendido siempre la unidad de todo el derecho, internacional y nacional, como un postulado epistemológico. Pero desde sus obras primeras hasta su obra de 1945 se queda en su opinión que la decisión cubre las construcciones monísticas, primado del derecho nacional o primado del derecho internacional, es científicamente imposible. En armonía con su filosofía relativista dice que estas dos construcciones corresponden a dos diferentes concepciones filosóficas y subjetivas del mundo, nacionalismo e internacionalismo: la decisión es ideológica, política.

Verdross y yo (29) siempre hemos combatido esta actitud. Kelsen tiene plenamente razón en sostener que del primado del derecho internacional no se pueden traer conclusiones en cuanto al contenido del derecho internacional positivo. Pero el argumento decisivo contra la pretendida imposibilidad científica de una decisión entre las dos construcciones monísticas es que el primado del derecho internacional no es una hipótesis hecha por el jurista, sino una construcción basada en el derecho internacional positivo, ganada por el análisis de este derecho positivo: basta leer las frases correspondientes en la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

La unidad de todo el derecho y la supraordenación del derecho internacional al derecho nacional tiene la importante consecuencia de que la pirámide jurídica va desde el último acto coercitivo de los órdenes jurídicos nacionales hasta la norma básica del derecho internacional. La norma básica del derecho internacional es, pues, la última razón jurídica de validez de todos los órdenes jurídicos nacionales. Lo que en las primeras obras de Kelsen fue la norma básica e hipotética del derecho de un Estado, vuelve a ser una norma positiva del derecho internacional. El orden jurídico internacional determina no solamente la esfera de la validez, sino también la razón de validez de los órdenes jurídicos nacionales y la determina según el principio de la efectividad.

Este principio es el que hace la revolución, del golpe de Estado —actos ilegales del punto de vista del derecho interno—, un hecho creador de normas, bajo la condición de que tiene éxito la revolución; es este principio el que cambia la norma básica del derecho internacional. Esta norma básica no es, pues, —lo he defendido desde largo tiempo y Kelsen ahora lo admite—, una construcción arbitraria del jurista, si no está determinada por hechos. Esta cognición ha, en su obra de 1945, influido profundamente toda la teoría kelseniana. El derecho puede ser creado de dos maneras: en conformidad con las normas prescritas por el derecho mismo —principio de la legitimidad— o en contra de estas normas, por vía revolucionaria: *oritur jus ex iniuria*. Esta cognición ha causado la clarificación de la relación entre validez y eficacia del derecho que hasta ahora fue un poco vaga en toda

(29) Véase ya mis estudios: *La primaaté du droit des gens* (*Revue de Droit Internationale et de Législation Comparée*, Vol. VI, 1925, pp. 556-598, y *Zuz Hypothese vom Primat des Volkerrights* (*Revue de Droit International*, Ginebra, Vol. V, 1927, pp. 1-15).

la teoría kelseniana: una norma creada legítimamente puede dejar de ser válida no solamente porque fue anulada por un procedimiento prescrito por el orden jurídico, sino también por vía de desuetudo —si sola una norma completamente pierde su eficacia—, o por el hecho de que el orden jurídico todo ha perdido su eficacia. La relación entre validez y eficacia jurídica la define Kelsen ahora de la manera siguiente: la eficacia del orden jurídico total es la *condicio sine qua non*, pero no la *condicio per quam* de la validez.

El derecho no es idéntico con la fuerza, ni tampoco con la ausencia de la fuerza, lo que sería anarquía: el derecho es fuerza organizada. Aquí entra mi concepción de la doble función de la guerra que Kelsen no quiere admitir: la guerra es o sanción o revolución. La creación revolucionaria del derecho no está limitada a los órdenes jurídicos nacionales, sino que se extiende al derecho internacional mismo. En el derecho internacional general primitivo la guerra en su primera función —sanción— substituye la falta de Cortes internacionales con jurisdicción compulsiva; la guerra en su segunda función, correspondiente a la revolución interna, substituye la falta de una legislación internacional. La revolución como la guerra está bajo el principio de la efectividad; crean normas nuevas, si tienen éxito. El jefe de una revolución que triunfa quizás llegue a ser jefe de Estado; el jefe de una revolución fracasada es un traidor: “Los vencidos son los traidores”, dice el Rey en *La Vida es Sueño*. Indirectamente Kelsen admite esta segunda función cuando reconoce las consecuencias jurídicas de la *debellatio*, sin preguntar si es el resultado de una guerra justa. Pero esto es lógicamente incompatible con el reconocimiento de la doctrina del *bellum justum*.

VI

El jurista es un técnico; es para los estadistas el decidir los fines; es para el jurista el dar forma técnica adecuada a las decisiones políticas. Pero cuando el jurista propone los fines del derecho nuevo, se vuelve político. Proponiendo soluciones, decisiones, investigando problemas del derecho que debería ser, el jurista trasciende los límites de la ciencia del derecho. Estricta separación entre ciencia y política del derecho, puridad del método es uno de los postulados más fundamentales de toda la teoría pura. Como político del derecho el jurista no tiene más ventajas que la de poder dar forma técnica adecuada a sus pro-

posiciones y la de saber el derecho positivo, que siempre debe ser el punto de partida de reformas.

Aún en sus escritos políticos sobre la futura organización internacional Kelsen parte de la teoría pura; aun sus proposiciones políticas son completamente compatibles con la teoría pura: este hecho explica los méritos y las debilidades de sus proposiciones.

Teóricamente Kelsen había demostrado que el derecho internacional general es un derecho primitivo, es decir un derecho muy descentralizado estática y dinámicamente. El avance en los derechos nacionales consiste en un procedimiento de centralización. Una comunidad jurídica relativamente muy centralizada es llamada un Estado. Pero, dice Kelsen, tal centralización es políticamente imposible hoy en derecho internacional. Un derecho internacional muy centralizado sería un Estado; imperio mundial o Estado federal mundial; ambas posibilidades son políticamente utopías. En consecuencia, sólo un progreso puede ser considerado cuando permita un grado de descentralización característico para el derecho internacional. La organización internacional futura no puede ser más que una organización de Estados soberanos, debe ser basada, en la fórmula de la Declaración de Moscú, sobre la *soberana igualdad* de los miembros.

El problema, pues, es: centralizar el derecho internacional sin quitarle el carácter de derecho internacional. La eliminación de la guerra es la tarea más urgente. Pero la solución del problema de una paz durable sólo puede ser intentada dentro del cuadro del derecho internacional, es decir por una organización que en su grado de centralización no exceda lo compatible con la técnica del derecho internacional.

Para la solución de tal problema Kelsen propone dos cosas: la primera una centralización que reemplace el principio de la responsabilidad colectiva por el principio de la responsabilidad individual. Pero como Kelsen se limita aquí al problema actual de los *criminales de guerra*, sus proposiciones no convencen.

Mucho más importantes son sus proposiciones de centralización en el otro campo. La centralización de la creación de las normas y de la sanción —por el monopolio de la fuerza en las manos de una autoridad internacional— es hoy utópica; pues una autoridad internacional con un monopolio de fuerza para con los Estados sería ya el gobierno de un Estado mundial.

La única posibilidad non-utópica, pues, es la centralización de la aplicación del derecho, del poder judicial. El error de la

Sociedad de las Naciones fue, según Kelsen, el haber puesto un órgano político, al consejo, en el centro de la organización internacional. El centro debe ser la Corte Internacional con jurisdicción compulsiva sobre todos los conflictos entre todos los Estados; un consejo no sería más que una instancia administrativa para ejecutar los juicios de la Corte. Esta es la vía para eliminar la guerra, dice Kelsen, y añade que esto es teóricamente correcto y políticamente posible.

Sus argumentos son los siguientes: La institución de una Corte Internacional con jurisdicción compulsiva sobre todos los conflictos internacionales sería el paso más sobresaliente en la historia del derecho internacional. En tanto que cada Estado es *judex in causa sua*, la cuestión básica del derecho se queda sin solución y no puede ser resuelta con autenticidad jurídica. Pero el grito para una *policía internacional* es políticamente utópico: tal policía efectiva sería el elemento constitutivo de un Estado mundial; y es insostenible también teóricamente, porque no puede haber ejecución antes de que haya juicio. Kelsen se sirve además de un argumento histórico: en el desarrollo de los derechos nacionales las Cortes preceden los órganos de legislación y de ejecución; la adjudicación internacional compulsiva corresponde, pues, a la ley de evolución histórica. Tiene muchos méritos este argumento; pero, del punto de vista de la crítica, se debe observar que el uso de la analogía entre derecho nacional e internacional y su historia necesita grande prudencia; además, si es verdad que las Cortes preceden los parlamentos, como en la historia del *Derecho Común* en Inglaterra, es verdad también que allá fueron las Cortes del Rey Normano, que juzgaban bajo su autoridad y protegidas por su fuerza; y es exactamente esta autoridad y fuerza protectora la que falta a las Cortes internacionales.

Otro argumento kelseniano en favor de su tesis podría ser llamado el argumento pragmático: las Cortes internacionales han sido adoptadas por los Estados soberanos; aquí el principio de la decisión por mayoría fue aceptado; las decisiones arbitrales han sido ejecutadas *bona fide* por los Estados: la creación de una adjudicación internacional compulsiva es pues *la línea de la mínima resistencia*.

Críticamente creo que Kelsen da excesiva importancia al procedimiento judicial internacional de hoy; no hay hasta ahora adjudicación internacional compulsiva; esta idea no ha hecho grandes progresos, ni en la Haya, ni en la Sociedad de las Na-

ciones, ni en el Sistema Interamericano. Hasta ahora los Estados submiten conflictos voluntariamente; ejecutan las decisiones, pero ya han calculado en avance la posibilidad de un juicio adverso; y no han sometido hasta ahora más que conflictos de segunda importancia relativamente.

No puedo estar de acuerdo con el postulado kelseniano de que la jurisdicción compulsiva debe abrazar todos, absolutamente todos los conflictos internacionales. Ataca Kelsen con razones impecables la distinción entre conflictos jurídicos y conflictos políticos, *que no pueden ser decididos por una Corte*; muestra que el argumento de la deficiencia del derecho internacional es teóricamente insostenible, porque cada conflicto internacional puede ser decidido sobre la base del derecho internacional positivo. Pero sin contar el argumento político de que los Estados no aceptarán esta proposición, hay objeciones teóricas. Tiene razón Kelsen en que cada conflicto puede ser decidido judicialmente; pero el problema palpítante muchas veces no es el decidir, sino el zanjar un conflicto. Yo he distinguido (30) entre conflictos sobre el derecho positivo y conflictos que tienen su origen en el hecho de que al menos una de las partes en conflicto quiere un cambio del derecho internacional positivo. Aun en el derecho nacional hay conflictos que son arreglados no por las Cortes, sino de otra manera; el derecho moderno del trabajo está lleno de ejemplos. Y los conflictos dinámicos son resueltos no por las Cortes, sino por vía legislativa aun en derecho nacional.

Los conflictos que tienen su origen en el deseo de cambiar el derecho internacional positivo ponen problemas de legislación; ya teóricamente no son idóneos para ser decididos por jueces. Dice Kelsen que la adjudicación internacional compulsiva es, quizás, el medio más eficaz para mantener el derecho positivo. Pero nuestro problema no es de mantener el derecho positivo a *tout prix*, sino de mantener la paz. Kelsen no pregunta cuál es el contenido del derecho positivo. Pero si este derecho positivo es anticuado, insoportable, injusto y no hay otra solución que la decisión judicial sobre la base de este mismo derecho injusto, una de dos cosas, o perpetuación de la tiranía, o revolución, guerra.

Yo estoy completamente de acuerdo con Kelsen en que el problema de la adjudicación internacional compulsiva es de la

(30) Véase mi estudio: *The Problem of Revision in International Law (Peaceful Change)* en el American Journal of International Law, Vol. 33, 1939, pp. 33-55, y mi estudio crítico: *Compulsory International Adjudication and Maintenance of Peace*. ib. Vol. 38, 1944, pp. 673-678.

más grande importancia y que todo debe hacerse para que los Estados sometan a Cortes internacionales todos sus conflictos que son conflictos sobre el derecho internacional positivo. Pero como hay también conflictos dinámicos, la adjudicación internacional compulsiva sola no puede eliminar la guerra, no puede garantizar la paz.

Aquí vemos la consecuencia política de la aceptación teórica de la doctrina del *bellum justum* por Kelsen: si la guerra no es más que sanción de un derecho primitivo, la adjudicación internacional compulsiva basta para eliminar la guerra. Pero según mi concepción teórica la guerra tiene dos funciones: sanción y creación revolucionaria del derecho. Para eliminar la guerra como sanción: Cortes internacionales con jurisdicción compulsiva; pero para eliminar la guerra en su segunda función se necesita una legislación internacional, y como ésta es políticamente imposible hoy, se necesitan medios diplomáticos casi legislativos.

Es verdad que la teoría pura no reconoce valores; es una teoría del derecho, no una filosofía de la justicia. Pero en la política del derecho internacional no es posible desterrar la concepción de la justicia. Los más grandes conflictos internos, las más grandes guerras no vienen de conflictos sobre el derecho positivo, sino de la lucha por el derecho que debería ser. La adjudicación internacional compulsiva es altamente necesaria; pero sola no puede bastar. Es una ilusión creer que será nunca posible transformar la historia mundial en nada más que un procedimiento judicial.



Esperamos haber mostrado en estas páginas la teoría y la política kelseniana del derecho internacional, el papel que el derecho internacional tiene en toda la teoría pura, la influencia recíproca que ha ejercido la teoría general kelseniana sobre su concepción del derecho internacional y la última sobre la teoría general. Como se ha visto, no estoy de acuerdo con Kelsen en todos los puntos, ni de su teoría, ni de su política del derecho internacional. Y es natural: sería un pobre tributo a un maestro, dice Federico Nietzsche, el no quedarse más que el discípulo siempre. Pero me es grato concluir este estudio con un homenaje a Hans Kelsen, jurista sobresaliente, hombre de genio.