Libro completo en https://tinyurl.com/472hb2hr
2026. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
https://www.juridicas.unam.mx/
Acervo de la BJV: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv

Capítulo quinto

SUBSISTEMA ONTOLÓGICO: DERECHO INTERNACIONAL

I. Introducción

En Iberoamérica, Hans Kelsen es conocido sobre todo por sus obras de carácter metodológico, las cuales conforman un proyecto académico de largo aliento que, en su conjunto, es conocido como la teoría pura del derecho. Sin embargo, quien fuera el líder de la Escuela Jurídica de Viena también destacó en otras áreas de la ciencia jurídica debido a sus importantes contribuciones, como lo es el derecho internacional. La obra de Kelsen en este último ámbito, sin embargo, resulta poco conocida, no sólo por los filósofos del derecho, sino también por los propios especialistas del derecho internacional tanto en el mundo de habla hispana[845] como en el anglosajón.[846] Esto resulta sorprendente, y hasta paradójico, porque los textos de este autor cuyo tema central es, precisamente, la ciencia del derecho, no son los que más páginas ocupan en toda su obra; en realidad, sus escritos sobre derecho internacional son los más abundantes. Es por ello por lo que Mario G. Losano ha sostenido lo siguiente: "Hay que señalar que, al menos desde el punto de vista bibliométrico, los avatares de la vida llevaron a Kelsen a ser sobre todo un internacionalista".[847]

[845] *Cfr.,* por ejemplo, Sepúlveda, César, "La naturaleza y la esencia del derecho internacional", en Sepúlveda, César, *Derecho internacional,* 10a. ed., México, Porrúa, 1979, pp. 39-65; en particular, las pp. 52-56.

[846] Telman, D.A. Jeremy, "La recepción de la teoría jurídica de Hans Kelsen en Estados Unidos: un modelo sociológico", trad. de Augusto Fernando Carrillo Salgado, en Ibarra Palafox, Francisco; Carrillo Salgado, Augusto Fernando; Hernández Manríquez, Javier, y Muñoz Mendiola, Julio César (coords.), *op. cit.,* p. 370. Al respecto, D.A. Jeremy Telman explica: "Tras su migración a los Estados Unidos, Kelsen estuvo treinta años involucrado activamente con la academia, la docencia, y como profesor visitante en el extranjero, pero su enfoque hacia la teoría jurídica jamás encontró seguimiento entre los juristas de América, aunque su reputación crecía internacionalmente… En las dos áreas donde podríamos esperar que la influencia de Kelsen fuera inevitable —derecho internacional y filosofía del derecho—, la oposición a su pensamiento es aún más marcada".

[847] Losano, Mario, "Hans Kelsen: una biografía…", *cit.*, p. 114.

De acuerdo con la periodización de la obra de Kelsen que Stanley L. Paulson ha propuesto, adoptada con reservas en el capítulo segundo de esta investigación, las principales aportaciones que el jurista austriaco realizó al derecho internacional forman parte de la llamada fase clásica de su trabajo.[848] Es importante notar, sin embargo, que a pesar de que las aportaciones que realizó al derecho internacional se sitúan en la fase clásica de su obra, caracterizada por la impronta o influencia del neokantismo, en esta área de su doctrina se puede observar un paulatino debilitamiento en la fundamentación kelseniana. En efecto, este bemol del pensamiento internacionalista de Kelsen se agudizó en los trabajos que escribió sobre dicha materia entre 1945 y 1955.

El objetivo general de este capítulo consiste en exponer de manera sistemática las tesis principales que Kelsen aportó y desarrolló al derecho internacional entre la década de los veinte y la de los cincuenta. Así las cosas, éste se encuentra dividido en los siguientes apartados. En primer lugar, se explican los episodios más importantes de la vida del jurista vienés en los que se puede observar la manera en la que el autor fue aproximándose al examen exhaustivo de los temas centrales del derecho internacional hasta convertirse en un especialista en la materia. Posteriormente, se explican algunas de las tesis centrales que desarrolló en el ámbito internacionalista durante el tiempo en que fue académico en Alemania, Suiza y los Estados Unidos de América. Más adelante se exponen algunas de las transformaciones de la fundamentación neokantiana del pensamiento internacionalista de Kelsen al término de la Segunda Guerra Mundial. Por último, se analiza la relación entre el derecho internacional y la teoría pura del derecho.

II. Experiencia vital de Hans Kelsen como un especialista del derecho internacional

1. *Los años en la Universidad de Viena*

A menudo, las aproximaciones biográficas sobre Kelsen colocan el acento en todos aquellos trabajos relacionados de manera directa con la teoría pura del derecho, entre los que se encuentran, por ejemplo, los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* o ambas ediciones de la *Teoría pura del derecho*. En las líneas

[848] Paulson, Stanley L., "Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory?…", *cit.*, pp. 153-166, especialmente, p. 161; *cfr.* Paulson, Stanley L., "Una periodización…", *cit.*, pp. 53-86.

siguientes se procederá de manera diferente, ya que se destacará la experiencia vital del jurista austriaco en tanto especialista del derecho internacional.

Hans Kelsen nació en Praga, el 11 de octubre de 1881,[849] su familia era de origen judío y pertenecía a la clase media-baja austriaca.[850] En otras palabras, el joven austriaco no provenía ni de una familia adinerada ni de abolengo, lo cual de alguna manera representaba una desventaja. Se matriculó en la Facultad de Ciencia Jurídica de la Universidad de Viena, donde cursó el grado de derecho, escribió su tesis doctoral y redactó su tesis de habilitación. En esencia, el tema central de este último trabajo era el derecho público austriaco de finales del siglo XIX y principios del XX, pero su contenido era tan rico y profundo que desbordó los causes de su objeto hasta proyectarse hacia el ámbito de la filosofía y la metodología jurídicas.

A pesar de las notables contribuciones que Kelsen había realizado al campo de la teoría jurídica, él mismo se dio cuenta, sin embargo, que no había abordado un tema central de la ciencia jurídica: la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos estatales parciales. Efectivamente, en el prólogo a la segunda edición de la obra antes mencionada, el autor precisa que no se había ocupado del derecho internacional desde el punto de vista de la teoría pura del derecho, y señala, además, que el precursor en esta área había sido su alumno, colega y amigo, Alfred Verdross:

> Las investigaciones de la presente obra versan solamente sobre los problemas del orden jurídico de un solo Estado, sin ocuparse para nada de las *relaciones de los diversos Estados entre sí y con el orden jurídico internacional*… El mérito de haber planteado por vez primera el problema de las relaciones entre el derecho de un Estado y el derecho internacional, desde el punto de vista de la teoría pura del derecho, corresponde a ALFRED VERDROSS. En su estudio publicado en 1914, "Zur Konstruktion des Volkerrechts" (en *Zeitschrift für Volkerrechts,* t. VIII, págs. 329 ss.), este autor distingue dos posibilidades antagónicas: la de concebir el derecho internacional desde el punto de vista del orden jurídico de cada Estado, como parte de éste, y la de encuadrar los órdenes jurídicos de los diversos Estados sujetos dentro del marco del derecho internacional, supeditándolos a él. Como se ve, en este estudio impera todavía la construcción dualista de un derecho internacional coexistente con los órdenes jurídicos de los distintos Estados y sin conexión alguna con ellos. En cambio, en su obra publicada en 1920 con el título de "*Die volkerrechiswidrigen Kriegshandlugen und der Strafanspruch des Staaten*", proclama ya expresamente que "el derecho internacional y el de-

[849] Kelsen, Hans, *Autobiografía…, cit.,* p. 52. Véase, también, Schmill Ordóñez, Ulises, "Aportaciones teóricas de la teoría pura del derecho", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 33, 2010, p. 19.

[850] *Ibidem,* p. 68.

recho nacional tienen necesariamente que ser partes de un sistema jurídico unitario" (*op. cit.,* pp. 41 y ss.).[851]

La parte final de la cita anterior revela una de las ideas centrales del pensamiento internacionalista kelseniano: la tesis de la unidad. De acuerdo con esta idea, el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos parciales estatales constituyen un solo objeto de estudio. Esta idea fue planteada, como se ha dicho, por Alfred Verdross. El mérito del erudito austriaco, no obstante, radica en haber llevado el razonamiento de su alumno hasta sus últimas consecuencias; la cita anterior contribuye también a confirmar y destacar el hecho de que el profesor austriaco comenzó a incorporar el derecho internacional a su doctrina a partir de la década de los veinte.

Entre 1919 y 1929, el jurista austriaco fue profesor de teoría y filosofía del derecho en la Facultad de Ciencia Jurídica de la Universidad de Viena, donde se conformó un grupo de investigación a su alrededor conocido como la Escuela Jurídica de Viena; Kelsen tuvo que abandonar dicha facultad, y se vio obligado también a separarse de su cargo como juez constitucional debido a la polémica jurídico-política que desató una de las causas que él dirimió en torno a la procedencia, o no, del divorcio en Austria.[852] Posteriormente, se incorporó como profesor de derecho internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia.

A partir de aquel momento, el jurista vienés cultivó el ámbito del derecho internacional con especial intensidad, hasta mediados de la década de los cincuenta, momento en el cual iría abandonando paulatinamente la materia para dirigir de nuevo su interés a los temas clásicos de la teoría pura del derecho, pero con la novedad de que trató de ligar su doctrina con los estudios sobre lógica aplicada al derecho que, para aquel entonces, estaban ganando terreno en las discusiones académicas. Si bien es cierto que comenzó a dedicarse con intensidad al derecho internacional a partir de su incorporación como profesor en la Universidad de Colonia, no hay que olvidar que

[851] Kelsen, Hans, *Problemas capitales…, cit.,* pp. LIV y LV. Énfasis en el original.

[852] Losano, Mario, "Hans Kelsen: una biografía…", *cit.*, p. 118. Hans Kelsen tuvo que abandonar su puesto como profesor de la Facultad de Ciencia Jurídica de la Universidad de Viena y separarse de su cargo como juez vitalicio del Tribunal Constitucional de Austria debido al repudio social del que fue víctima luego de participar en la resolución de una controversia sobre las dispensas matrimoniales (divorcio). En realidad, se trataba de una lucha por el poder político entre el gobierno federal de Austria y las entidades federativas; en efecto, mientras que el gobierno central aprobaba las dispensas, algunos de los estados federados las rechazaban. Como Kelsen se inclinaba hacia las dispensas, se le atacó porque políticamente fue considerado como un garante de los intereses del gobierno central.

ya había analizado anteriormente algunos de los temas centrales del derecho internacional; tal es el caso de su extensa monografía *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional. Contribución a una teoría pura del derecho.*

2. *Los años en la Universidad de Colonia*

Tras abandonar Viena, Kelsen se incorporó como profesor de la Universidad de Colonia, donde regentó la cátedra de derecho internacional.[853] La decisión de incorporarse a la Facultad de Derecho antes mencionada resultó sorprendente, pues, de acuerdo con el contexto político y social del momento, él, "judío y demócrata, aceptó la llamada... en una Alemania donde ya los nacionalsocialistas estaban ganando rápidamente aceptación popular y escaños parlamentarios".[854] En efecto, para aquel momento el movimiento nacionalsocialista ya había emergido y se encontraba en una fase de rápida expansión y consolidación. Es probable que el erudito vienés hubiera decidido incorporarse al claustro docente de dicha facultad debido al estimulante ambiente intelectual que existía a pesar del siniestro trasfondo político y económico de la Alemania de aquel entonces. Durante la República de Weimar, en efecto, aparecieron numerosas y novedosas interpretaciones sobre la ciencia jurídica, su objeto de estudio y su finalidad.

Así pues, el punto de partida, en sentido estricto, de la trayectoria académica de Kelsen como un especialista del derecho internacional se encuentra en Colonia; el autor, al respecto, en sus escritos biográficos, explica: "La casualidad quiso que precisamente entonces yo recibiera una convocatoria a la Universidad de Colonia. La acepté, a pesar de que conllevaba la obligación de dictar derecho internacional, materia con la que anteriormente no me había ocupado de manera intensa".[855] El 2 de noviembre de 1930, a la edad de casi 50 años, Kelsen pasó a formar parte del claustro docente de la universidad referida,[856] en la que permaneció durante dos años y medio más. En dicha universidad, el erudito austriaco impartió la cátedra de derecho internacional, una rama de la ciencia jurídica que si bien es cierto no dominaba, no le era del todo desconocida, pues, como se ha mencionado, ya se había ocupado de esta materia con anterioridad en diferentes textos, como en el caso de su monografía *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional*

853 Losano, Mario, "Hans Kelsen: una biografía…", *cit.*, p. 119.

854 *Idem.*

855 Kelsen, Hans, *Autobiografía, cit.*, p. 150.

856 Aladár Métall, Rudolf, *op. cit.*, p. 75.

de 1920, así como algunas conferencias que dictó en La Haya en 1926 y un artículo que publicó en 1929 en el que abordaba el tema de la soberanía.[857]

Durante el semestre del verano de 1932, el fundador de la Escuela Jurídica de Viena dictó una serie de conferencias sobre derecho internacional en calidad de profesor visitante en el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales en Ginebra, así como en la Academia de Derecho Internacional de la Haya.[858] Estas experiencias fueron esenciales para la carrera profesional de Kelsen, pues le permitieron ganar un importante capital social que más tarde le sería de utilidad para escapar del nacionalsocialismo. En Colonia fue designado decano de la Facultad de Derecho de la universidad antes mencionada.[859] Por si lo anterior fuera poco, no dejó de ampliar su obra científica en otros ámbitos; de esta época datan sus ensayos *¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?,* su artículo sobre la sentencia del tribunal estatal del 25 de octubre de 1932, *La teoría general del derecho a la luz de la concepción del materialismo histórico, Forma de Estado y concepción del mundo, La justicia platónica* y *Amor platónico.*[860]

La buena suerte del fundador de la Escuela Jurídica de Viena pronto se esfumó debido a la toma del poder por parte de los nacionalsocialistas en 1933; primero el jurista se separó de su cargo como decano a manera de medida precautoria y adoptó un perfil más bajo. Sin embargo, una mañana, al leer el periódico mientras desayunaba, su esposa le hizo notar que su nombre aparecía en la última página del diario en la que se precisaba que había sido cesado temporalmente de su cátedra como profesor de derecho internacional.[861] Cabe destacar que en aquel momento el fundador de la Escuela Jurídica de Viena no había sido una de las víctimas directas del nacionalsocialismo debido a su origen judío, religión que por cierto no había practicado nunca, sino que, más bien, su destitución se debió a que era un declarado demócrata y un pacifista en un ambiente donde la democracia era repudiada y se enarbolaba una perspectiva bélica.[862]

Debido a su prestigio y aportaciones, numerosos profesores se opusieron a la deposición de Kelsen como profesor de derecho internacional e, inclusive, escribieron una carta dirigida al Ministerio Prusiano de Ciencia, Arte y Educación en la que se hablaba bien de él y se precisaba que había sido

---

857 *Idem.*

858 *Idem.*

859 *Ibidem,* p. 76.

860 *Idem.* Existe traducción al castellano de este texto; véase, Kelsen, Hans, *Amor…, cit.*, 153 pp.

861 *Ibidem,* p. 77.

862 *Idem.*

un crítico brillante del marxismo (uno de los motivos principales de las destituciones en aquel entonces era simpatizar con el marxismo y comunismo). Esta epístola, sin embargo, no encontró resonancia alguna, a pesar de que estaba firmada por importantes personalidades, como Hans Carl Nipperdey, Heinrich Lehmann, Hans Planitz, Godehard Josef Ebers, Albert Coenders y Gotthold Bohne.[863] Es probable que la carta no hubiera tenido el efecto deseado debido a que faltaba la firma de Carl Schmitt, quien, en aquel entonces, ya colaboraba de manera estrecha con el gobierno de Adolf Hitler. Finalmente, Kelsen fue cesado de manera definitiva de su puesto como profesor y le fue retirada su pensión.

Debido a la delicada coyuntura política del momento, y para evitar la vigilancia de la correspondencia que imperaba en Alemania, el erudito austriaco se trasladó temporalmente a Viena,[864] donde entró en contacto con algunos de sus colegas de otras universidades con el propósito de encontrar un puesto académico adecuado. El fundador de la Escuela Jurídica de Viena recibió tres ofrecimientos: el primero de la Escuela Londinense de Economía, el segundo de la recién fundada Nueva Escuela para la Investigación Social y, finalmente, un ofrecimiento del Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales, el cual aceptó.[865]

3. *Los años en el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales*

El 25 de octubre de 1933, Kelsen dictó su lección inaugural en el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales, titulada *La técnica del derecho internacional y la organización de la paz*; al poco tiempo, estableció relaciones con altos funcionarios de la Sociedad de Naciones y de la Organización Internacional del Trabajo. El profesor austriaco, durante el tiempo que pasó en Ginebra, no sólo dirigió sus esfuerzos hacia el derecho internacional,[866] sino que extendió sus intereses hacia otros campos relacionados con la ciencia jurídica; por ejemplo, dictó una conferencia sobre la justicia platónica ante la

863 *Ibidem,* p. 78.

864 Aladár Métall, Rudolf, *op. cit.,* p. 78.

865 *Ibidem,* p. 81.

866 Entre los textos que publicó durante su época ginebrina se encuentran: "La téchnique du droit international et l'organisation de la paix", *Revue de Droit International et de Législation Comparée,* vol. 15, núm. 1, 1934, pp. 5-24; "Les résolutions de la S. D. N. concernant la séparation du pacte et des traités de paix", *Revue de Droit International et de Législation Comparée,* vol. 20, núm. 1, 1939, pp. 101-113, y *Law Technique, and the International Law,* trad. de Albert Highley, Ginebra, Geneve Research Centre, 1939, 178 pp.

Sociedad Ginebrina a favor de la Cultura y el Arte Alemán; también publicó su ensayo *La política helénico-macedónica y la "política" de Aristóteles,* sin dejar de mencionar, por supuesto, la aparición de la primera edición de su *Teoría pura del derecho.* De igual forma, durante esta época el profesor vienés recibió la distinción doctor *honoris causa* por las universidades de Utrecht y Harvard.[867]

Aunque Kelsen había encontrado cierta paz en Ginebra, todavía no había resuelto todas sus preocupaciones. Al incorporarse al Instituto de Altos Estudios Internacionales, el erudito contaba con 53 años, lo que era una edad bastante avanzada para la época. Para poder alcanzar una pensión por jubilación, Kelsen tenía que continuar vinculado a una universidad alemana, razón por la cual aceptó una propuesta de su colega Franz Weiss para ocupar la cátedra de derecho internacional en la Universidad Alemana de Praga, la cual intercalaba con la que ya ocupaba en el instituto antes mencionado.[868] Al principio, su incorporación a dicha universidad lucía bastante prometedora, ya que

> Además de los derechos de pensión, el ofrecimiento de Praga presentaba otra ventaja segura de carácter práctico y que en la situación de aquel entonces era muy importante. Con la cátedra en una universidad checoslovaca, se adquiría automáticamente la nacionalidad checa, lo cual significaba, sobre todo, también un pasaporte checoslovaco. Es comprensible que Kelsen no tuviese mucho interés en verse obligado a tener que usar un pasaporte alemán con la cruz gamada y además adornado con una "J".[869]

La experiencia de Praga le permitió darse cuenta de que la vida de sus seres queridos, y aun la propia, comenzaba a correr peligro debido al avance militar, político, ideológico y económico del nacionalsocialismo por toda Europa. En ese sentido, antes de su llegada e incorporación a la Universidad de Praga, comenzaron a sucederse diversas expresiones de repudio antisemita en su contra.[870] Por si lo anterior fuera poco, el día de su lección inaugural se les impidió el paso a través de la fuerza y la represión a los alumnos que se habían matriculado con él.[871] Finalmente, se descubrió un complot a través del cual se quería atentar contra su vida.[872] A pesar de todas las dificultades que tuvo que sortear, Kelsen recordaba los años en Suiza de manera bastan-

867 Aladár Métall, Rudolf, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

868 *Ibidem,* p. 85. Kelsen dictaba cátedra un semestre en Ginebra y otro en Praga.

869 *Ibidem,* p. 86.

870 *Ibidem,* pp. 86 y 87.

871 *Ibidem,* pp. 87 y 88.

872 *Ibidem,* p. 88.

te positiva, tal y como lo narra en sus escritos biográficos: "Las condiciones externas en Ginebra eran magníficas. Sólo dos lecciones y un seminario en la semana [*sic*]. El sueldo no era tan bueno como en Colonia, pero suficiente para llevar una vida cómoda. Sobre todo, tiempo suficiente para trabajar científicamente [*sic*]".[873]

4. *La migración a los Estados Unidos de América*

Ante las muestras tan claras del deterioro social en Europa, así como al avance del antisemitismo, Kelsen decidió partir hacia los Estados Unidos de América el 28 de mayo de 1940. En la Unión Americana, el profesor austriaco continuaría cultivando la disciplina jurídica del derecho internacional; en efecto, publicaría numerosas monografías, artículos y ensayos en los que examinaría la naturaleza jurídica de la ONU, sus debilidades institucionales, y también centraría su atención en la condición jurídico-política de Alemania al término de la Segunda Guerra Mundial y la responsabilidad individual y colectiva de quienes la habían provocado. De igual forma, sería un asesor importante de numerosas figuras políticas que participaron en la creación de la ONU.

En los Estados Unidos de América, se incorporó temporalmente como profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. El fundador de la teoría pura del derecho albergaba la esperanza de permanecer como profesor asociado, pero esto jamás sucedió.[874] No se conoce la razón exacta por la que él no fue aceptado como titular de una cátedra en la Universidad de Harvard. La versión oficial es que el rector no prolongó el contrato de Kelsen porque no existía una plaza disponible.[875] Investigaciones recientes han señalado, sin embargo, que otros motivos de carácter político interpretaron un papel importante en este episodio de la vida del jurista vienés.[876] En aquel momento, el líder de la Escuela Jurídica de Viena estaba siendo investigado por las autoridades del FBI debido a la cercanía que alguna vez tuvo con los austromarxistas durante la época en que había participado en la redacción de la Constitución de la República de Austria.[877] Además, por increíble que parezca, sobre Kelsen pesaba la sospecha de que había colaborado con la fundamentación ideológica del nacionalsocialismo.

---

873 *Ibidem,* p. 154.

874 *Idem.*

875 *Idem.*

876 Kelsen, Hans, *Autobiografía, cit.,* p. 170.

877 Schuett, Robert, *Hans Kelsen's Political Realism,* Reino Unido, Edinburgh University Press, 2021, pp. 8-13.

Estas no son las únicas explicaciones que se han realizado en torno a este episodio de la vida del fundador de la teoría pura del derecho, también se ha considerado que "la ausencia de fluidez en el inglés de Kelsen en aquel tiempo, su incapacidad para enseñar cursos básicos de derecho estadounidense y los temas financieros post depresión parecen haber desempeñado algún papel, así como la supuesta oposición del profesorado más antiguo de derecho internacional".[878] En sus escritos autobiográficos, el profesor austriaco expresa lo siguiente respecto de este episodio de su vida: "Ese fracaso me hirió bastante, con mayor razón cuando yo, como doctor honoris causa de la Universidad de Harvard, había esperado un mejor trato".[879] A pesar de los problemas anteriores, el erudito austriaco contó con la ayuda de sus colegas Lon Fuller y Roscoe Pound, quienes intercedieron para que pudiera hallar acomodo en otra universidad. En el verano de 1942, logró colocarse como profesor visitante en la Universidad de California y, tres años más tarde, alcanzó la posición de profesor a tiempo completo de las cátedras de derecho internacional, teoría jurídica y origen de las instituciones jurídicas.[880] Más tarde, Kelsen vería restituidos algunos de sus derechos por parte del gobierno austriaco; además, con la pensión que recibió de la Universidad de California pudo jubilarse y comprarse una casa.

III. Aportaciones que Hans Kelsen realizó en Europa al derecho internacional

1. *Consideraciones preliminares*

Las principales aportaciones que Hans Kelsen realizó al derecho internacional se sitúan en la fase clásica de su teoría pura del derecho. Sin embargo, el estilo expositivo y los fundamentos que el jurista austriaco empleó no fue siempre el mismo. En efecto, en los trabajos que publicó sobre derecho internacional entre las décadas de los veinte y los cuarenta se puede observar la impronta del neokantismo, principalmente el de Hermann Cohen.[881] A partir de 1945, aproximadamente, la fundamentación neokantiana de su doctrina internacionalista comienza a flaquear, sin que ésta desaparezca por completo. Efectivamente, la base epistemológica del profesor vienés se tam-

878 Schauer, Frederick, *op. cit.*, pp. 391-401.

879 Kelsen, Hans, *Autobiografía, cit.,* pp. 170 y 171.

880 *Ibidem,* p. 171.

881 Heidemann, Carsten, "Das «Faktum» der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie,* núm. 163, 2020.

balea, en la medida en que, al examinar los problemas más acuciantes del derecho internacional, comienza a introducir razonamientos, planteamientos e ideas que contaminaron el principio de pureza metodología. Por ejemplo, a diferencia de Immanuel Kant, que planteó la posibilidad de una organización internacional surgida a partir de un tratado, Kelsen consideró que la paz podría ser salvaguardada mediante un tribunal internacional de justicia que regulara el uso de la fuerza entre los Estados del mundo, lo que proyectó en algún sentido su teoría pura del derecho al mundo del ser.

Por si lo anterior fuera poco, en la obra que el otrora líder de la Escuela Jurídica de Viena escribió entre 1945 y 1955 sobre derecho internacional comienzan a aparecer conceptos e ideas que, al parecer, no pueden ser deducidos a partir de los métodos trascendental y analítico que son propios del neokantismo. Entre dichos conceptos se encuentran la fundamentación realista (en términos políticos) del derecho internacional. Para Kelsen, la existencia de las normas jurídicas internacionales es necesaria porque entre los Estados siempre surgirán conflictos. Además, el jurista austriaco fue también un defensor del concepto de la "guerra justa", la cual es una reacción bélica en contra de un daño arbitrario por parte de un Estado a otro. La guerra justa es la antítesis de la guerra de agresión e implica un juicio de valor al considerarla como un medio de defensa adecuado. Finalmente, el otrora líder de la Escuela Jurídica de Viena en reiteradas ocasiones afirmó y explicó que si se le compara con los ordenamientos normativos estatales, el derecho internacional es un derecho primitivo debido a la descentralización en la producción y aplicación de sus normas, pero no se puede sostener con total seguridad que el derecho nacional esté mucho más centralizado frente al internacional.

2. *Los años en la Universidad de Viena (el problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional)*

En 1920, el profesor vienés publicó una monografía titulada *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional;* en este libro sentó las bases de lo que sería su obra posterior sobre derecho internacional. En términos generales, las reflexiones de Kelsen son desarrolladas a partir de una de las tesis principales de Alfred Verdross, la de que el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos estatales parciales constituyen una unidad.[882]

[882] Carrino, Agostino, "Presentazione", en Kelsen, Hans, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto,* Milán, Giuffrè, 1989, pp. VII y VIII.

En *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional,* comienza su exposición tratando de esclarecer el concepto de soberanía, para poder determinar su relación con su teoría normativista sobre el Estado y el derecho. La monografía de constituye una fractura con las tesis sobre la soberanía que imperaban a finales del siglo XIX y principios del XX en Europa, las cuales compartían en común la idea de la existencia de dos ordenamientos jurídicos, el internacional y el nacional. Así las cosas, en las páginas de *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional,* el jurista vienés trató de definir con la mayor precisión posible lo que debe comprenderse por soberanía; esto le permitió demostrar que la discusión sobre qué ordenamiento jurídico debe prevalecer, el internacional o el estatal, no es más que un falso dilema[883] y, más que nada, una cuestión política.

A lo largo del tiempo, explica Kelsen, los pensadores políticos han sostenido numerosas y variadas tesis sobre lo que debe comprenderse por soberanía. Si bien es cierto que la mayoría de dichos filósofos se encuentran de acuerdo en que la soberanía es, en esencia, la capacidad para ejercer cierto poder político, jurídico, económico e ideológico sobre los hombres sin que exista una fuerza superior, no han logrado ponerse de acuerdo sobre quién, o quiénes, deben ser los titulares de dicha soberanía, o de qué manera ésta se ejerce. Para Platón, por ejemplo, la soberanía residiría en el filósofo-gobernante; para San Agustín, en Dios; para los filósofos de la Revolución francesa, como Rousseau, ésta se encontraría en el pueblo, y para Carl Schmitt, en el caudillo. Kelsen critica este tipo de perspectivas por considerarlas subjetivas en dos sentidos; primero, porque hacen referencia al ser humano como punto de partida del concepto de soberanía (idealismo subjetivista frente al idealismo trascendental u objetivista); segundo, debido a que encubren tesis ideológicas cuyo objetivo final es justificar y legitimar a las personas que ejercen el poder político en una sociedad.

El erudito austriaco, por su parte, sostiene lo que considera una tesis objetivista, ya que afirma que la soberanía es la capacidad de autodeterminación de un Estado, el cual es identificado con el propio ordenamiento jurídico.[884] Se trata, efectivamente, de una tesis cuya fundamentación es de corte neokantiano y con la cual el profesor vienés trata de eludir una fundamentación fáctica que podría emanar de una sociedad multicultural.[885]

---

[883] *Ibidem,* pp. XI y ss.

[884] La tesis kelseniana sobre la soberanía del ordenamiento jurídico podría estar sujeta a la misma crítica que ha sido realizada a la teoría de la norma fundante, esto es, que elude examinar a profundidad el origen y justificación jurídico-moral del poder político a nivel internacional.

[885] Carrino, Agostino, *op. cit.,* p. XIV.

De esta manera, la soberanía kelseniana se convierte en un postulado, en un presupuesto, en una hipótesis de la razón jurídica "pura", a través de la cual el ordenamiento jurídico no requiere ser fundado metajurídicamente.[886] La soberanía kelseniana es una herramienta que permite reducir la tensión cognitiva que produce el pensar o reflexionar sobre el origen real del poder político de las normas jurídicas. Este concepto es, además, una cualidad funcional que participa del proceso de secularización y modernización al impedir que el pensamiento se proyecte al mundo real.[887]

Como la soberanía equivale a la capacidad del ordenamiento jurídico para producir sus propias normas, es comprensible que Kelsen la asociara con la positividad del propio ordenamiento normativo. La expresión "positividad del derecho" no debe ser entendida como la eficacia de las normas, sino tan sólo como el monopolio en la creación de éstas. A diferencia de la Escuela Histórica del Derecho, encabezada por Savigny, que había identificado la positividad de las normas con su eficacia, el líder de la Escuela Jurídica de Viena trató de evitar hacer referencia a la eficacia de las normas para preservar su objeto de estudio en el ámbito del deber.[888]

Con base en las ideas anteriores, Kelsen desarrolla la tesis de la unidad entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos estatales parciales, que había sido planteada por primera vez por su colega, amigo y otrora discípulo, Alfred Verdross. En el marco de los razonamientos anteriores, sin duda alguna, uno de los debates que más dolores de cabeza ha ocasionado a lo largo de la historia del derecho internacional ha sido el de determinar qué ordenamiento debe prevalecer frente al otro (el nacional o el internacional).[889] Para el jurista austriaco se trata de un falso dilema porque la existencia de un ordenamiento supone la del otro; por tal motivo, afirma que el derecho internacional y el derecho nacional constituyen una unidad lógica. En otras palabras, todos los ordenamientos nacionales serían, desde la óptica kelseniana, ordenamientos jurídicos parciales del derecho internacional, los cuales se encuentran situados en el mismo nivel. Puesto que todos los ordenamientos jurídicos nacionales son parciales, éstos se encuentran en un plano de igualdad y poseen el mismo valor.[890]

---

886 *Ibidem,* p. XVIII.

887 *Ibidem,* p. XXX.

888 *Ibidem,* p. 133.

889 El problema de determinar qué ordenamiento debe prevalecer es un tema recurrente en las discusiones académicas que se dan en el marco de la teoría jurídica contemporánea; por ejemplo, tras la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 en México, se discutió extensamente sobre los alcances del artículo 133 constitucional.

890 Carrino, Agostino, *op. cit.,* p. XXXIX. El relativismo axiológico de Kelsen está reflejado también en la tesis de que todos los ordenamientos jurídicos estatales parciales poseen

Es evidente que aunque Kelsen quería alcanzar una objetividad absoluta con su teoría pura del derecho, y, en este caso, con su teoría sobre la soberanía, en realidad, entre la forma político-jurídica y la forma epistemológica de su pensamiento existe una conexión íntima.[891] En efecto, no es un secreto que el jurista en el campo de la política era un demócrata, mientras que en el ámbito epistemológico era un relativista axiológico, razón por la cual para él todos los valores poseen la misma importancia debido a su inconmensurabilidad. De ahí que el erudito austriaco haya realizado la siguiente afirmación respecto del valor que tienen los ordenamientos jurídicos estatales parciales y que concuerda con lo que hasta ahora se ha venido exponiendo: "El Estado, sin embargo, es algo supremo, más exactamente, algo superior, solo en relación con sus súbditos y no a los otros Estados coordinados con él, respecto de los cuales, por lo tanto, es definido solo como «independiente», no como algo superior".[892] Hay que prestar especial atención sobre todo a la parte final de la afirmación anterior, ya que ahí sostiene que todos los ordenamientos jurídicos se encuentran en el mismo nivel.[893]

Kelsen explica que el problema sobre la prevalencia de un ordenamiento jurídico sobre el otro, el internacional sobre el nacional, o viceversa, no es una cuestión que pueda ser resuelta por el derecho positivo, porque podría ser perfectamente válido que en una Constitución se estableciera una jerarquía específica entre ambos ordenamientos jurídicos. Por tal motivo, es la ciencia jurídica la que debe poner un punto final a la cuestión.[894] La tesis de la unidad entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos estatales parciales es una respuesta que se basa en las relaciones lógicas que existen entre ambos sistemas de normas.[895] Para el jurista vienés, no existe una relación de coordinación entre el derecho internacional y el derecho nacional; tal afirmación conduciría a un regreso hacia el infinito, ya que sería necesario un tercer sistema que marcara las pautas de dicha relación, y otro que reglamentara éste, y así sucesivamente.[896] Kelsen destaca además que el ámbito personal de validez de las normas jurídicas tampoco puede ser empleado como un argumento fuerte para distinguir entre la prevalencia de un ordenamiento jurídico sobre el otro, ya que tanto en el caso de las normas del

el mismo valor al situarse en el mismo nivel. No obstante, esta postura es, a su vez, un juicio de valor.

891 *Ibidem,* p. XXXVI.

892 Kelsen, Hans, *Il problema della sovranità…, cit.,* p. 12.

893 *Ibidem,* p. 60.

894 *Ibidem,* p. 152.

895 *Ibidem,* p. 154.

896 *Ibidem,* p. 164.

derecho internacional como en las del derecho nacional, el destinatario de las normas no es ni más ni menos que el ser humano.[897] La unidad de ambos ordenamientos jurídicos está determinada por la norma fundante del derecho internacional, una norma presupuesta que clausura el sistema y evita un regreso hacia el infinito.

Otra característica de la soberanía que Kelsen considera relevante es el hecho de que se trata, en realidad, de un poder limitado en la medida en la que la existencia de un Estado supone una limitación en el tiempo y en el espacio de sus normas frente a los otros ordenamientos jurídicos estatales parciales. En caso de que no existiera tal limitación, el derecho internacional sería una maraña de normas.[898] La limitación de la soberanía de un Estado frente a la de los otros ordenamientos jurídicos estatales parciales es de naturaleza lógica. Pero tal limitación sólo es formal porque ni el resto de los ordenamientos jurídicos estatales parciales ni el propio derecho internacional pueden condicionar directamente el contenido o materia de las normas.[899]

Otro problema que analiza en su monografía *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional* es la idea del reconocimiento de un Estado por otro país. Reconocer a un Estado significa que una organización social de carácter internacional acepta la existencia de un poder jurídico sobre una sociedad, espacio y tiempo. El reconocimiento de un Estado se traduce también en el establecimiento de relaciones diplomáticas entre ambas naciones, sin dejar de mencionar, por supuesto, el surgimiento de vínculos comerciales y culturales entre éstas. A lo largo de la historia del derecho internacional, el reconocimiento se ha encontrado supeditado a la concesión de ciertos beneficios, por lo general económicos, de un Estado frente a otro Estado más fuerte. Así pues, resulta evidente que el reconocimiento no sólo es un fenómeno jurídico, sino también político y económico. De acuerdo con la fundamentación neokantiana de la teoría pura del derecho, el reto consistiría en mantener al reconocimiento en el mundo del deber. Kelsen, al respecto, realiza una doble distinción: el reconocimiento es un acto jurídico declarativo, mientras que, desde el punto de vista político, se trata de un acto constitutivo. La ciencia jurídica pura debe centrar su atención en el primero de los actos si quiere permanecer en el mundo del deber. Ésta debe limitarse a constatar que un

[897] *Ibidem,* pp. 191 y 192. La tesis más común es que los Estados son los principales sujetos del derecho internacional; para Kelsen, sin embargo, aunque un Estado es el objeto de estudio de la ciencia jurídica, quienes aplican y resienten los efectos de las normas son los seres humanos. Ellos son, en última instancia, los principales destinatarios de las normas.

[898] *Ibidem,* p. 65.

[899] *Ibidem,* p. 125.

ordenamiento jurídico ha reunido ciertas características para poder afirmar que un Estado es tal.[900]

Por último, es importante mencionar que aunque Kelsen trata de desarrollar sus ideas sin hacer referencia a elementos que provengan del mundo del ser,[901] y que el autor busca evitar a toda costa cualquier sincretismo metodológico, de manera excepcional, el erudito austriaco, en algunas ocasiones, hace uso de la historiografía para desarrollar sus ideas. Por ejemplo, al inicio de su monografía, se ve obligado a recurrir a la historiografía para localizar el origen del concepto de soberanía. Éste, explica Kelsen, no existía entre los griegos, sino que aparece en la doctrina de Bodin, pues fue él quien planteó por primera vez la idea sobre la existencia de dos ordenamientos jurídicos: el internacional y los nacionales.[902]

A. *La réplica de Carl Schmitt a "El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional"*

Con base en una fundamentación epistemológica neokantiana, en *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional*, Kelsen quería despolitizar las discusiones en torno a los conceptos centrales del derecho internacional para reconducir el discurso jurídico por los cauces de la racionalidad. La monografía no pasó inadvertida por el público académico; por el contrario, algunas de las tesis que en ella expuso fueron objeto de críticas. Dos años después de su aparición, en efecto, Carl Schmitt publicó un breve texto monográfico titulado *Teología política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía* (1922)*;* en esta obra, el jurista alemán dedica una serie de comentarios críticos a algunas de las ideas que el líder de la Escuela Jurídica de Viena había expuesto en *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional*. La respuesta que Schmitt ofrece a las tesis normativistas kelsenianas es de tipo histórico; para empezar, considera ingenuo el intento del jurista vienés de despolitizar el proceso evolutivo del concepto de soberanía, tal y como había ido desarrollándose en Europa.[903] Schmitt explica que Kelsen había planteado

[900] *Ibidem,* p. 127.

[901] *Ibidem,* pp. 5 y 6.

[902] *Ibidem,* pp. 5-12.

[903] Schmitt, Carl, *Teología política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía,* trad. de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez, Madrid, Trotta, 2009, p. 11. En *Teología política,* Schmitt explica que el concepto de soberanía, tal y como había sido examinado en Europa, no es unívoco. Se trata de un concepto que ha sufrido numerosas metamorfosis a lo largo del tiempo, de acuerdo con las circunstancias sociales imperantes en el Viejo Continente. Sin embargo, todos estos cambios siempre se han referido al ejercicio real del poder político; por

una hipótesis que se aleja de la realidad social, pues no resuelve en absoluto el problema sobre el concepto de soberanía. En efecto, para él, considerar a la soberanía como una cualidad hipotética del ordenamiento jurídico no es una respuesta que pueda hacer frente a ciertas situaciones que exigen un ejercicio real del poder político. He aquí algunas críticas que el jurista alemán dirige en ese sentido al otrora líder de la Escuela Jurídica de Viena:

> La objetividad que para sí reivindica Kelsen se reduce a eliminar todo elemento personalista y a referir el orden jurídico a la validez impersonal de una norma impersonal.[904] [En otro lugar de esa misma obra, Carl Schmitt añade lo siguiente] La crítica es fácil para quien a nada se aventura y sigue resueltamente una línea ideológica sin preocuparse de probar con algún ejemplo concreto en qué se distingue de lo anterior su propia jurisprudencia. Los conjuros metodológicos, la agudeza de los conceptos y la crítica penetrante sólo tienen valor si son a manera de ejercicios preparatorios. Cuando con el pretexto de que la jurisprudencia es cosa formal, no calan la entraña de las cosas, aunque se disfracen como quieran, no por eso salen de la antecámara de la jurisprudencia.[905]

Dicho lo anterior, el jurista de Plettenberg, a diferencia del líder de la Escuela Jurídica de Viena, personaliza de nueva cuenta la discusión sobre el concepto de soberanía. De esta manera, el punto de partida de *Teología política*, por lo que respecta al concepto de "soberanía", comienza con una frase contundente de su autor, la cual define desde un inicio su posición frente al problema: "Soberano es quien decide sobre el estado de excepción".[906] Tal y como se puede apreciar, Schmitt no define qué entiende por soberanía y tampoco quién es el soberano; para él, la soberanía es simple y llanamente el ejercicio de la fuerza política, jurídica y económica. La soberanía de una organización social llegará hasta donde se extienda de manera efectiva la influencia de un grupo social sobre el grueso de la población.

---

tal motivo, la hipótesis de Kelsen, ante los ojos de Schmitt, despolitiza el problema y posterga la discusión sobre quién debe ejercer el poder sobre la población. En palabras del jurista alemán: "Ya sea sólo Dios soberano, es decir, el que en la tierra obra como su representante indiscutible, ya lo sea el emperador, el príncipe o el pueblo, esto es, aquellos que con el pueblo pueden identificarse sin contradicción, se plantea siempre el problema del sujeto de la soberanía, es decir, la aplicación del concepto a una situación concreta… La pregunta que se formula es la misma: quién dispone de las facultades no regladas constitucionalmente, es decir, quién es competente cuando el orden jurídico no resuelve el problema de la competencia". *Ibidem,* p. 16.

904 *Ibidem,* p. 30.

905 *Ibidem,* p. 24.

906 *Ibidem,* p. 13.

El segundo aspecto que llama la atención respecto de la definición de Schmitt es la expresión "estado de excepción". Éste no es para el jurista alemán lo que hoy en día podría entenderse como estado de necesidad, idea que, por lo general, hace referencia a la autorización de emplear poderes ilimitados frente a una situación extraordinaria y crítica, como una revuelta o un movimiento social intestino. Para el jurista alemán, el estado de excepción es una situación anómala que subraya el límite de las normas jurídicas. El estado de excepción se presenta a cada instante; ahí, por ejemplo, donde un Estado invade la competencia de otro, cuando un grupo de personas trata de poner en jaque las instituciones estatales o cuando, empleando términos contemporáneos, existe una "colisión" entre dos principios. De acuerdo con Schmitt, la soberanía no se muestra con toda su intensidad en un estado normal de cosas, como aduce Kelsen, sino que, al tratarse de un poder político, éste se verá con mayor claridad en situaciones límite: "La excepción es más interesante que el caso normal. Lo normal nada prueba, la excepción, todo… En la excepción, la fuerza de la vida efectiva hace saltar la costra de una mecánica anquilosada en repetición".[907] Para Schmitt, la excepción prueba quién tiene el poder para resolverla y, en consecuencia, quién es el soberano.

Puesto que el estado de excepción es una situación anómala que se presenta a cada paso en el marco del funcionamiento de la vida institucional cotidiana, explica Schmitt, sería imposible tratar de definir con toda precisión aquello que debe entenderse como tal. Al respecto, señala: "El caso excepcional, el que no está previsto en el orden jurídico vigente, puede a lo sumo ser calificado como caso de extrema necesidad, de peligro para la existencia del Estado o de otra manera análoga, pero no se puede delimitar rigurosamente".[908] El estado de excepción es, en otras palabras, una situación contingente.

Para el jurista alemán, quien debe determinar en el ámbito administrativo qué es un estado de excepción y qué no lo es sería el soberano (el presidente del *Reich*). Pero también en sede judicial, especialmente en el ámbito constitucional, se presentan estados de excepción; aquí serían los jueces quienes tendrían que determinar qué se entiende como tal y qué no lo es, pero siempre siguiendo lo que diga el soberano (presidente del *Reich*). Por lo que respecta al primero de los casos, explica: "La facultad de derogar las leyes vigentes, sea con carácter general o especial, es el atributo más genuino de la soberanía".[909] El soberano, esto es, el presidente del *Reich,* en la teoría polí-

[907] *Ibidem,* p. 20.
[908] *Ibidem,* p. 14.
[909] *Ibidem,* p. 15.

tica de Schmitt, se encuentra por encima de los demás poderes (incluyendo, naturalmente, el Judicial).

De lo expuesto hasta ahora se puede colegir que las raíces de la teoría de Schmitt se encuentran en la teología política. En efecto, para este autor, los conceptos políticos modernos han sido tomados prestados del cristianismo. Por ejemplo, la libertad (en sentido amplio, esto es, libertad de expresión escrita u oral, para elegir un medio de subsistencia, etcétera) correspondería al libre albedrío. El respeto hacia los demás individuos sería el equivalente del amor al prójimo. En ese mismo orden de ideas, se puede establecer un parangón entre el poder omnímodo católico, esto es, la fuerza divina de Dios y el soberano. Al respecto, el erudito alemán explica: "Todos los conceptos centrales de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados… El estado de excepción tiene en la jurisprudencia análoga significación que el milagro de la teología".[910] El milagro que realiza el soberano en la teoría política de Schmitt consistiría en identificar y resolver el estado de excepción.

Es evidente que el jurista alemán logró colocar sobre la mesa de las discusiones jurídico-políticas de manera original e interesante el problema de la soberanía, así como destacar las limitaciones de las tesis kelsenianas; sin embargo, no ofrece respuesta alguna a cómo deben regularse las decisiones que dirimen un caso excepcional; es cierto que los ordenamientos jurídicos, o mejor dicho, las normas que los constituyen, poseen limitaciones o, en el peor de los casos, vacíos o lagunas, pero ello no quiere decir que el poder decisor puede actuar arbitrariamente. Schmitt, en realidad, lo que está planteando es la existencia de un poder soberano sin límites, lo que sería peligroso para cualquier democracia. Las actuaciones del poder soberano, para no ser arbitrarias, tendrían que estar reguladas por la razón práctica general y la argumentación jurídica en particular.

3. *Los años en el Instituto de Altos Estudios Internacionales*

Como se ha visto, en Colonia la preocupación principal de Kelsen fue despolitizar las discusiones en torno a ciertos conceptos centrales del derecho internacional. En Ginebra, el jurista austriaco refinó su pensamiento e introdujo nuevos problemas e ideas de acuerdo con la coyuntura histórica que estaba viviendo. En ese sentido, entre los textos más importantes que Kelsen publicó durante su época ginebrina se encuentran: *La técnica del derecho*

[910] *Ibidem*, p. 37.

internacional y la organización de la paz (1934),[911] *Las resoluciones de la Sociedad de Naciones concernientes a la separación del pacto y tratados de paz* (1939),[912] *La técnica jurídica en el derecho internacional* (1939) y la *Teoría del derecho internacional consuetudinario* (1939).[913] Durante los años que el jurista pasó en Ginebra comienza a resquebrajarse paulatinamente la fundamentación neokantiana de su obra internacionalista al abandonar el rigor metodológico adoptado al introducir conceptos que extrajo del pensamiento de diversos autores. A pesar de sus esfuerzos, conforme pasaba el tiempo, al parecer, fue incapaz de mantener su pensamiento internacionalista en el mundo del deber.

A. *Fisuras de la fundamentación neokantiana del pensamiento internacionalista kelseniano*

En Ginebra, en términos generales, la fundamentación neokantiana del líder de la Escuela Jurídica de Viena en el ámbito del derecho internacional sigue siendo fuerte, ya que trata de evitar cualquier referencia al mundo del ser para permanecer en el análisis de las categorías de análisis que forman parte del mundo del deber. Sin embargo, en la producción científica kelseniana ya se pueden observar algunas fisuras en el edificio teórico que el jurista austriaco había construido hasta aquel entonces. La más evidente de ellas consiste en el debilitamiento de su relativismo axiológico. En efecto, el erudito austriaco sitúa a la salvaguarda de la paz como el problema central del derecho internacional y, con ello, él está colocando también un fin principal que los ordenamientos jurídicos parciales estatales deben perseguir. En ese orden de ideas, el profesor vienés explica que, a lo largo de la historia, ningún ser humano ha negado la necesidad de salvaguardar la paz del mundo;[914] inclusive aquellos dirigentes políticos con una visión belicista de la realidad habían tratado de encubrir sus intenciones con la máscara de la paz.

Es comprensible, y hasta moralmente loable, que el jurista vienés hubiera tratado de dar respuesta a los problemas internacionales coyunturales de su época, pero ello se tradujo también en el menoscabo de su relativismo axiológico, así como en un debilitamiento de la fundamentación neokantiana de su pensamiento al partir de problemas materiales con el objeto de llegar a soluciones ideales. Además, se puede observar que el líder de la Escuela Jurídica de Viena se aparta del neokantismo, porque mientras que Immanuel Kant, en su

[911] Kelsen, Hans, "La téchnique du droit…", *cit.*, pp. 5-24.
[912] Kelsen, Hans, "Les résolutions…", *cit.*, pp. 101-113.
[913] Kelsen, Hans, *Law technique…, cit.,* 178 pp.
[914] Kelsen, Hans, "La téchnique du droit…", *cit.*, p. 5.

obra *Hacia la paz perpetua,* propuso la suscripción voluntaria de un tratado para la creación de una especie de confederación de países, Kelsen, por su parte, desarrolló una visión política más realista. Para este último, la paz no es una cuestión estrictamente moral, sino jurídica;[915] por tal motivo, comienza a desarrollar todo un andamiaje normativo y político cuyo objetivo es la consecución de la paz. En los escritos sobre derecho internacional que Kelsen redactó en Ginebra parece que actúa más como asesor político que como jurista.

El primer paso que el erudito propone para alcanzar la paz es el desarme de los países de Europa continental, así como de todas las naciones del mundo. Esta medida consiste en la reducción a su mínima expresión de la capacidad bélica de cada país del mundo. Tal medida, propuesta en el pacto Briand-Kellogg y la carta fundadora de la Sociedad de Naciones, sólo sería posible a través del establecimiento de una fuerza que fuera superior a todos los Estados y que estuviera expresada en las normas e instituciones que regularan su aplicación.[916] En otras palabras, Kelsen propone que los Estados reduzcan su capacidad bélica para crear una fuerza armada centralizada. Dicha fuerza armada se encargaría de restablecer el orden internacional a través del uso de la coacción regulada por el derecho.

En el ámbito del derecho internacional, las principales sanciones son las represalias y la guerra,[917] y la diferencia entre ambas medidas es de grado. Aquéllas consisten en una limitación en la esfera económica, política o territorial de un Estado como consecuencia de una lesión injustificada hacia otro. La guerra, por su parte, es la aniquilación total de un miembro de la comunidad internacional. Kelsen sólo reconoce la guerra como una reacción a una agresión injustificada o, lo que es lo mismo, el erudito austriaco es partidario de la doctrina de la guerra justa. Las represalias y la guerra son sanciones primitivas,[918] porque al tratarse de castigos colectivos aplicados por la comunidad internacional sobre un Estado se asemejan a la venganza de la sangre del derecho penal[919] en las que participaba toda la comunidad en contra de un agresor.

Por lo que respecta a las represalias, de acuerdo con el jurista vienés, la parte afectada tiene el derecho de aplicarlas sólo si una sentencia así lo ordena. Mejor dicho, la parte afectada tiene el derecho de aplicar las san-

915 *Idem.*

916 *Ibidem,* p. 7.

917 *Ibidem,* p. 8.

918 *Ibidem,* p. 22.

919 Véase Castellanos, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal,* 39a. ed., México, Porrúa, 1998, pp. 31-33.

ciones expresadas en el fallo en caso de que el Estado culpable se niegue a acatar de buena fe el contenido de la sentencia de una corte internacional de justicia. Si el Estado agresor opusiera alguna resistencia, la comunidad internacional podría reaccionar en su contra[920] gracias a la previa centralización de la fuerza coactiva. Una característica de la obra internacionalista de Kelsen durante su época ginebrina es que reconoce que en la medida en que los Estados de la comunidad internacional fueran integrándose, los titulares de la pretensión y acción procesal podrían ser también los propios individuos.[921]

Kelsen extiende su tesis respecto de la característica primitiva de las represalias y la guerra a todo el derecho internacional. En efecto, para él, el derecho internacional es un derecho primitivo debido a la descentralización en la promulgación y aplicación de las normas.[922] En la aurora de la humanidad, el derecho y su aplicación emanaban de la costumbre, y ésta, como es bastante conocido, es una de las principales fuentes del derecho internacional. El fundador de la Escuela Jurídica de Viena estima que de seguir el mismo curso que los ordenamientos jurídicos estatales parciales, el derecho internacional perdería su carácter primitivo para convertirse en un orden normativo centralizado; es evidente que se trata, por supuesto, de un juicio de valor y una perspectiva optimista, más que de un verdadero razonamiento científico, porque no existe manera de predecir que ese será el camino que tomará el derecho internacional en su evolución o que el derecho de los ordenamientos jurídicos estatales parciales es superior al del derecho internacional.

He aquí algunas palabras del propio Kelsen al respecto: "el derecho internacional *superará* este estado primitivo. Ya se han realizado progresos significativos en este sentido al seno de algunas comunidades jurídicas particulares, tales como las comunidades de Estados constituidos por la Sociedad de Naciones o por el Pacto Briand-Kellogg".[923] Más adelante, agrega una metáfora de carácter biologicista que no le favorece mucho a la fundamentación neokantiana de su pensamiento:

> Si está permitido establecer analogías en el domino del derecho con aquello que sucede en la naturaleza… situado bajo el signo de la *ley fundamental biogenética*… aquí la comunidad internacional en su conjunto —que corresponde

[920] *Idem.*

[921] *Ibidem,* p. 22.

[922] *Ibidem*, *passim.*

[923] *Ibidem,* p. 10. La traducción es propia; énfasis añadido.

> por decirlo así, a la especie— debe reproducir, en el estado embrionario en la que aún se encuentra, todos los estadios del desarrollo a través del cual el orden jurídico interno ha pasado anteriormente.[924]

Kelsen realiza, como se puede advertir fácilmente, un juicio de valor al asegurar de manera terminante que el derecho internacional general *superará* el estado primitivo en el que se encuentra. Además de las críticas expuestas en líneas superiores, no se puede afirmar con la seguridad con que lo hace el jurista vienés que el derecho nacional es un derecho evolucionado frente al derecho internacional, sino más bien tan sólo se puede suponer tal condición. Piénsese, por ejemplo, en los numerosos métodos de creación de las normas que caracterizan al Estado moderno, todos los cuales merman la idea respecto de la centralización en la creación del derecho. Además, tampoco podría asegurarse que la aplicación de las normas nacionales sea el medio más eficaz para imponer los mandatos del derecho, porque a menudo las sentencias son impugnadas en numerosas ocasiones, lo que dificulta el cumplimiento del fallo o las controversias jurídicas se arreglan mediante la mediación.

B. *Introducción de conceptos ajenos a la fundamentación neokantiana*

A menudo se ha tratado de ver en el jurista vienés un precursor del sistema internacional actual; esto es, uno en el que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ocupa un papel central y en torno al cual orbitan diferentes sistemas jurisdiccionales regionales internacionales. Kelsen fue un pacifista, es cierto, pero su visión difería de la actual. Como se ha visto más arriba, el líder de la Escuela Jurídica de Viena consideró al derecho como uno de los principales instrumentos para alcanzar la paz, y aunque la siguiente idea fue desarrollada más tarde por él, tenía también en mente la creación de una corte internacional de justicia capaz de hacer cumplir las normas del derecho internacional. En otras palabras, el modelo internacionalista que el jurista austriaco tenía en mente habría seguido cauces muy distintos a los que hoy en día conocemos.[925] A decir verdad, el profesor austriaco consideró que el fracaso de la Sociedad de Naciones se debió a que ésta no colocó en el centro de la dinámica de la política internacional una corte que fuerza capaz de resolver las disputas que surgen entre las naciones del mundo. Por tal

[924] *Ibidem,* p. 11. La traducción es propia.
[925] *Ibidem,* p. 24.

motivo, durante su época ginebrina, no dedicó muchas páginas a estudiar la conformación y funciones de una sociedad internacional de naciones.[926]

Otro tema de interés para Kelsen durante los años que pasó en Ginebra fue el de la fundamentación epistemológica del derecho internacional;[927] en este punto, al parecer, abrevó del pensamiento de diversos autores para construir su propio punto de vista, pero, al hacerlo, fue introduciendo conceptos que no siempre parecen compatibles con la fundamentación neokantiana de su obra. Por ejemplo, pareciera ser que desarrolló una visión realista, en términos de filosofía política, respecto del derecho internacional, ya que consideró necesaria la existencia de estas normas debido a los constantes conflictos que surgen entre las naciones; para Kelsen, la existencia del derecho internacional posee un carácter pragmático, más que moral.[928] Entre los autores que comparten este punto de vista, y de los cuales el líder de la Escuela Jurídica de Viena pudo haber tomado prestadas algunas ideas, se encuentran Thomas Hobbes, Baruch Espinosa, Hegel, Adolf Lasson, Glumpowicz, Lundstet y Olivecrona.[929]

Por otra parte, llama la atención el intento del profesor austriaco por combatir una postura específica en torno a la esencia del derecho internacional, la cual consiste en considerarlo como una subespecie de las normas morales. Entre los autores que han soportado este punto de vista se encuentran John Austin, Julius Binder, Félix Somló y Burckhardt. [930] El jurista vienés, por su parte, a través de conceptos como la norma fundante del derecho internacional trató de superar esta visión para ofrecer una visión normativista del derecho internacional que fuera compatible con su teoría pura.

Finalmente, Kelsen coincidió plenamente con un tercer grupo de pensadores, que han visto al derecho internacional como un ordenamiento jurídico débil o, mejor dicho, análogo al de las comunidades primitivas.[931] Para estos autores, el derecho internacional es un derecho deficiente en la medida en que no existen órganos que monopolicen su creación y aplicación: "estos publicistas …estiman que el derecho internacional es un derecho transicional en un estado de constante mejoramiento, que tendrá que desembocar por fuerza en un sistema acabado, en un derecho federal de las naciones".[932]

---

[926] *Ibidem,* pp. 16 y 17.

[927] Kelsen, Hans, *Teoría del derecho internacional consuetudinario,* trad. de Ariel Peralta García, México, Ediciones Coyoacán, 2012, p. 16.

[928] Sepúlveda, César, "La naturaleza y la esencia del derecho internacional", en Sepúlveda, César, *Derecho internacional,* 10a. ed., México, Porrúa, p. 40.

[929] *Ibidem,* pp. 40-42.

[930] *Ibidem,* pp. 43 y 44.

[931] *Ibidem,* p. 45.

[932] *Idem.*

Entre los principales expositores de esa corriente se encuentran Oppenheim, Holland, Zitelmann y De Louter.[933]

Una de las principales críticas que se le puede formular a estos filósofos es que juzgan la naturaleza del derecho internacional a partir de algunas características que son propias del derecho positivo nacional y, al hacerlo, pierden de vista que el primero posee rasgos propios; por ejemplo, hay quien considera que el derecho internacional "es de carácter diverso, es de más elevada naturaleza, se aplica «intergentes», entre los Estados, y cuando se aplica, no se apela a la autoridad, como en el caso del derecho interno, sino que se apela a la razón misma, al sentido de equidad, a una conciencia más elevada".[934]

Kelsen, como se ha mencionado, para introducir su personal punto de vista asimilaría las tesis anteriores y crearía una perspectiva ecléctica. El erudito austriaco no negaría la calidad jurídica del derecho internacional. Para él, las normas del derecho internacional pueden ser consideradas como derecho, ya que entre sus principales características se encuentran su aplicación compulsoria (aunque también precisó que, en algunas ocasiones, dichas normas se encuentran incompletas, ya que sólo establecen supuestos generales que deben ser ulteriormente individualizados y materializados por los órganos del Estado). Además, rechazaría la idea de que el fundamento del derecho internacional es la moral y propondría una alternativa semejante a la empleada en el caso del sistema jurídico nacional para clausurarlo (teoría de la norma fundante del derecho internacional).[935]

Debajo de la norma fundante del derecho internacional, explica Kelsen, se encuentra la costumbre, una palabra polisémica que a menudo se emplea para hacer referencia tanto al proceso de creación del derecho como a su resultado o producto.[936] El líder de la Escuela Jurídica de Viena entiende como tal uno de los diferentes métodos de creación del derecho.[937] Ésta se sitúa en un punto intermedio entre el fundamento de la validez del derecho internacional y la máxima *pacta sunt servanda* (base de los tratados internacionales);[938] al final de esta jerarquía se encuentran las sentencias de las cortes internacionales de justicia.[939]

---

933 *Idem.*

934 *Idem*.

935 Kelsen, Hans, *Teoría del derecho internacional…, cit.,* pp. 14 y 15.

936 *Ibidem,* pp. 27-29.

937 *Ibidem,* pp. 7-10.

938 *Ibidem,* pp. 23-25.

939 *Ibidem,* p. 18.

IV. Metamorfosis en el pensamiento internacionalista kelseniano

1. *Eclecticismo del pensamiento internacionalista de Hans Kelsen*

A medida que la Segunda Guerra Mundial se agudizaba, el eclecticismo del pensamiento internacionalista de Kelsen se fue haciendo también más marcado. El autor comenzó a introducir una serie de conceptos que contrastaban con el rigor metodológico y la fundamentación neokantiana que se puede observar en su monográfica de la década de los veinte, titulada *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional. Contribución a una teoría pura del derecho.* Tales ideas son, por ejemplo, la propia noción de un ordenamiento jurídico universal, la necesidad del derecho internacional debido a que entre las naciones y entre los individuos siempre surgen conflictos de interés, el concepto de la guerra justa, y la tesis de que el derecho internacional es un ordenamiento jurídico primitivo.

No siempre es fácil identificar las raíces del pensamiento kelseniano en el ámbito del derecho internacional, ya que el autor abrevó de otras tradiciones jurídicas sin hacer una expresa referencia a éstas, probablemente con el deseo de no contaminar la pureza de su método. El problema se agudiza cuando se recuerda que Kelsen no fue un autor prolífico en su aparato crítico. Sin embargo, esta labor es necesaria porque permite entender las características de la obra del autor en comento. Aunque el líder de la Escuela Jurídica de Viena trató de desarrollar su obra con el mayor rigor conceptual posible, guiado por el principio de pureza metodológica (es decir, tratando de evitar todo sincretismo epistemológico), en realidad, en numerosas ocasiones, incurrió en diferentes deslices que, en su conjunto, contaminaron la fundamentación neokantiana de su pensamiento. En ese sentido, por ejemplo, Danilo Zolo explica lo siguiente:

> Resulta bastante claro que la opción a favor de la primacía del Derecho internacional y contra la idea de la soberanía de los Estados-naciones en Kelsen, a pesar de la proclamada pureza neokantiana de su ciencia del derecho, es una elección ideológica y política, respaldada con decisiones metodológicas, presupuestos valorativos e implicaciones morales.[940]

[940] Zolo, Danilo, "Hans Kelsen: International Peace through International Law", *European Journal of International Law,* núm. 9, 1998, p. 310.

A decir verdad, en la obra sobre derecho internacional de Kelsen subyacen diversas ideas que pueden encontrarse en el trabajo de los precursores más destacados del derecho internacional. En otras palabras, el trabajo sobre derecho internacional que Kelsen escribió constituye una especie de síntesis crítica de algunas de las tesis principales que habían sido desarrolladas por otros autores en torno a la fundamentación y naturaleza del derecho internacional. Al respecto, han sido identificadas cuando menos tres posiciones esenciales asimiladas por el profesor vienés[941] (sin que por ello él pueda ser encasillado en una tradición distinta al positivismo jurídico). La primera se circunscribe al ámbito del iusnaturalismo, la segunda fluctúa entre el contractualismo y el derecho natural, mientras que la tercera se circunscribe a la sociología del derecho.

El jurista vienés tomaría prestada la idea de un ordenamiento jurídico universal de la tradición iusnaturalista; se trata de una idea planteada por San Agustín de Hipona y desarrollada por el profesor salmantino Francisco de Vitoria. Al respecto, de nueva cuenta, haciendo referencia a Danilo Zolo, el líder de la Escuela Jurídica de Viena sería una especie de heredero de la tradición medieval de la *Civitas maxima:*

> Kelsen presenta la propuesta conclusiva de una "revolución del conocimiento cultural", en un sentido cosmopolita. Esta es en todo sentido un programa político, que proclama una evolución de la comunidad jurídica internacional desde su condición "primitiva", impuesta por el dogma de la soberanía estatal, a una organización universal de la humanidad… Este programa propone de nuevo, en el siglo XX, una doctrina ilustrada del derecho natural que puede ser rastreada a la Europa del siglo XVIII.[942]

Además de lo anterior, es muy probable que Kelsen hubiera tomado prestada del pensamiento hobbesiano la idea de que una de las principales características del ser humano es su egoísmo, el cual lo conduce a disputarse el poder en todos los ámbitos, incluido —por supuesto— el del derecho internacional; esta tesis le permitiría subrayar la necesidad de la existencia de un ordenamiento jurídico de carácter universal. Finalmente, de Oppenheim, Holland, Zitelmann y De Louter, el profesor austriaco, al parecer, tomó prestada la tesis de que el derecho internacional es un derecho primitivo o subdesarrollado en comparación con las instituciones jurídicas del derecho nacional.

---

941 *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría del derecho internacional…, cit.*, p. 16.

942 Zolo, Danilo, *op. cit.,* p. 310.

2. *El origen iusnaturalista del derecho internacional y la guerra justa*

Es probable que la postura epistemológica en torno a la fundamentación y naturaleza del derecho internacional más antigua sea la del iusnaturalismo. Los primeros intentos por fundamentar esta disciplina jurídica pueden rastrearse a finales de la primera mitad de la Edad Media. Durante esta época se afirmaba que la validez del derecho internacional se encuentra subordinada a su correspondencia con ciertas directrices éticas promulgadas por Dios que, en su conjunto, constituyen un derecho superior al creado por el ser humano. Entre los principales representantes de esta corriente se encuentran el otrora obispo de Hipona, San Agustín, y el catedrático salmantino Francisco de Vitoria.[943]

San Agustín no sólo ha sido uno de los pilares filosóficos de la iglesia cristiana,[944] sino también uno de los precursores del derecho internacional. Influido por la doctrina de Platón y la revitalización que Plotino hizo de ella,[945] San Agustín propuso la existencia de dos ciudades: la de Dios y la del Mal. La Ciudad de Dios se caracteriza por la paz, belleza, armonía y, en el caso que nos ocupa, por la fraternidad que impera entre los seres humanos. La Ciudad del Mal, por el contrario, no es más que una pálida imitación de la primera porque es el escenario de los pecados del hombre. En vista de la imperfección de esta segunda ciudad, el ser humano debe tomar como ejemplo a la Ciudad de Dios para mejorar su realidad.[946]

Al adoptar la Ciudad de Dios como un modelo a seguir, la fraternidad entre todos los seres humanos se convierte también en uno de los objetivos principales de la humanidad o, por decirlo de algún modo, en una especie de parámetro universal que permitiría ligar a todos los Estados y naciones del orbe. "Para este autor, la humanidad forma una sola comunidad, a pesar de la diversidad individual, y esa comunidad mundial es el tercer nivel en la jerar-

---

943 Seara Vázquez, Modesto, *Derecho internacional público,* 22a. ed., México, Porrúa, 2005, pp. 36-39.

944 Antuñano Alea, Salvador, "Estudio introductorio", en San Agustín, *Confesiones* & *Contra los académicos,* trad. de Ángel Custodio Vega, Madrid, Gredos (col. Grandes Pensadores), 2014, pp. XIII-LVI. Véase, también, Montes de Oca, Francisco, "Introducción", en San Agustín, *Confesiones,* 11a. ed., traducción, introducción y notas de Francisco Montes de Oca, México, Porrúa (col. "Sepan Cuantos…"), 1995, pp. IX-LXII.

945 *Idem.*

946 San Agustín, *La ciudad de Dios,* José Morán (ed.), Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1953, pp. 714-717.

quía de las asociaciones humanas precedida por la familia, que es la primera, y por la ciudad en segundo lugar".[947]

Francisco de Vitoria,[948] catedrático de la Universidad de Salamanca, al igual que San Agustín, se ocuparía de esta cuestión, y lo haría también desde el punto de vista del iusnaturalismo. El profesor salmantino desarrolló su pensamiento a partir de la adopción de la *Suma teológica* de Santo Tomás de Aquino, la influencia del nominalismo parisiense y del humanismo.[949] Francisco de Vitoria construyó una obra con un enfoque realista del mundo porque centra su atención en los problemas más acuciantes del hombre.

El profesor salmantino es recordado como el fundador del derecho internacional moderno, el cual desarrolló gracias a las reflexiones que realizó en torno a la condición del ser humano frente al poder de las autoridades, así como la licitud, ilicitud, fines y alcances de la guerra. De acuerdo con el catedrático español, cada individuo es titular de ciertas prerrogativas o derechos inalienables que le permiten desarrollar su esencia vital conforme a los fines que se fija. Estas potestades las denomina "derechos para todo hombre".[950]

Las características esenciales de los derechos para todo hombre son su universalidad, inalienabilidad y necesidad.[951] En términos generales, "los derechos de todo hombre consisten en respetar la dignidad de la persona, es decir, su igualdad y su libertad, en el ámbito familiar, civil e internacional, para así lograr la felicidad de cada uno y la paz en la sociedad; protegiendo siempre a los más débiles".[952] Las prerrogativas a las que hace referencia Francisco de Vitoria se encuentran diseminadas a lo largo de toda su obra, pero a pesar de ello es posible identificarlas y agruparlas en las siguientes categorías: derechos de igualdad, libertad, de la primera sociedad (familia), de la sociedad civil y derechos de la sociedad internacional.[953] Para el profesor salmantino, el ser humano no sólo forma parte de una comunidad local, sino que también es miembro de una sociedad global o internacional.

---

[947] Seara Vázquez, Modesto, *op. cit.,* p. 36.

[948] Sobre la vida de Francisco de Vitoria, véase Coujou, Jean Paul e Idoya Zorroza, María, "Biografía de Francisco de Vitoria", en Coujou, Jean Paul e Idoya Zorroza, María, *Bibliografía vitoriana,* Pamplona, Universidad de Navarra (col. Cuadernos de Pensamiento Español), 2014, pp. 11-33.

[949] *Ibidem,* p. 16.

[950] Pliego Ramos, Alicia Catalina, "Los derechos para todo hombre en Francisco de Vitoria", en Aspe Armella, Virginia e Idoya Zorroza, María (eds.), *Francisco de Vitoria en la Escuela de Salamanca y su proyección en Nueva España,* Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2014, p. 101.

[951] *Ibidem,* p. 104.

[952] *Idem.*

[953] *Ibidem,* pp. 104-108.

La doctrina de los derechos de todo hombre de Francisco de Vitoria se encuentra ligada a su teoría sobre el derecho internacional. Puesto que estas prerrogativas son inherentes a todos los seres humanos del planeta, existe una obligación común o universal, por parte de todas las autoridades, sean temporales o espirituales, de respetarlas. Sin embargo, el ser humano, en ejercicio de su libre albedrío, a menudo comete numerosos atropellos contra los derechos de todo hombre; el más claro ejemplo de estas vejaciones se encuentra en la guerra. Por ello, rechazó a la guerra como medio de ataque, pero la aceptó como instrumento de defensa; se trata, en una palabra, de la doctrina de la guerra justa.

La guerra justa o la guerra defensiva es, para Francisco de Vitoria, un instrumento cuyo objetivo principal consiste en restablecer la protección de los derechos de todo hombre.[954] Para el catedrático salmantino, los fines de la guerra son la paz y la seguridad de la comunidad política mundial. Así pues, la guerra justa es una medida cuya existencia no puede ser rechazada porque en el mundo no podrían existir condiciones que pudieran asegurar la felicidad de los seres humanos si los tiranos, bribones o saqueadores pudieran actuar impunemente u oprimir a los buenos e inocentes.[955]

Francisco de Vitoria explica que la guerra justa sólo puede ser llevada a cabo ante un peligro real e inminente; esto es, como respuesta a una agresión inmediata, que no se encuentre en la imaginación ni de los príncipes ni de las personas.[956] La guerra, explica el filósofo salmantino, no es justa cuando opera la vanidad o gloria personal del príncipe;[957] por tal motivo, éste tiene que seguir el consejo de un cuerpo de asesores compuesto por hombres ilustrados.[958] Puesto que los derechos de todo hombre son universales, no es lícito asesinar al inocente durante el desarrollo de la guerra.[959] La guerra debe, por último, perseguir un fin restitutivo; por tal motivo, no es lícito abusar de las propiedades del enemigo derrotado.[960]

3. *La visión de Thomas Hobbes sobre derecho internacional*

La segunda corriente sobre la fundamentación del derecho internacional de la cual abrevó probablemente Kelsen es la del contractualismo del

[954] Vitoria, Francisco de, *El derecho a la guerra (con texto latino al frente) (De iure belli (Con testo latino a fronte)),* traducción, introducción y notas de Carlo Galli, Bari, Laterza, 2005, p. 11.

[955] *Ibidem,* p. 13.

[956] *Ibidem,* p. 21.

[957] *Ibidem,* p. 29.

[958] *Ibidem,* p. 43.

[959] *Ibidem,* p. 67.

[960] *Ibidem,* p. 37.

pensador inglés Thomas Hobbes; él, en realidad, ofreció una visión realista sobre la política internacional que parece compatible con el enfoque del erudito austriaco. Hobbes consideró que el derecho internacional es una máscara bajo la cual se ocultan los pactos o acuerdos internacionales que son, en realidad, el resultado de numerosas negociaciones políticas y relaciones de poder entre los Estados.[961] La visión de este autor es la del realismo político. Se trata, en una palabra, de la doctrina del derecho del más fuerte.[962]

La obra de Thomas Hobbes se encuentra influenciada tanto por la coyuntura histórica en la que se desarrolló su existencia como por la formación académica que recibió. Como se sabe, durante el siglo XVI, España e Inglaterra se disputaban la hegemonía de Europa y, en general, del mundo entero; ambas naciones se atacaban mutuamente de diferentes maneras, desde la abierta confrontación hasta la lucha velada en los ámbitos de la cultura y la economía. Además, en el ámbito interno, Hobbes vivió en un contexto geopolítico, y nacional, caracterizado por el miedo, la violencia y la zozobra.[963]

Por otra parte, el pensador inglés estuvo influenciado por el aprendizaje del griego, el latín y la lectura de los clásicos, en particular, por la obra y pensamiento de Tucídides, de quien inclusive tradujo por primera vez al inglés su famosa *Guerra del Peloponeso*.[964] Al parecer, Hobbes aprendió, o interpretó de la obra de Tucídides, que la democracia tiende a desintegrarse en facciones hasta degenerar en el caos. Por este motivo, con su traducción, pretendía contribuir a la educación de sus compatriotas para que el pasado les ayudara a conducir su existencia en el presente y en el porvenir.[965] Otros autores que dejaron una impronta significativa en el pensamiento hobbesiano fueron Euclides, Francis Bacon, Galileo Galilei y René Descartes; en la obra del filósofo inglés también están presentes los principios básicos de la lógica, la matemática y la física de su tiempo.[966]

---

961 Sepúlveda, César, "La naturaleza…", *cit.*, p. 40.

962 Xirau, Ramón, *Introducción a la historia de la filosofía,* 13a. ed., México, UNAM (col. Textos Universitarios), 2008, pp. 45 y 46.

963 Hernández Arias, José, "Thomas Hobbes, filósofo del poder y la libertad", en Hobbes, Thomas, *Tratado sobre el ciudadano; Leviatán* y *vida de Thomas Hobbes de Malmesbury escrita por él mismo,* trad. de Joaquín Rodríguez Feo, Carlos Mellizo y José Rafael Hernández Arias, Madrid, Gredos (col. Grandes Pensadores), 2012, p. XIV. Al respecto, véase Schmitt, Carl, "Lo Stato come meccanismo in Hobbes e in Cartesio", trad. de Carlo Galli, en Schmitt, Carl, *Scritti…*, *cit.*, pp. 50 y 51.

964 *Ibidem,* p. XVI.

965 *Ibidem,* p. XVII.

966 *Ibidem,* pp. XVIII-XXIII.

Con estas herramientas, Hobbes centró sus esfuerzos en criticar las tesis principales del naturalismo aristotélico-tomista. "Así pues, Hobbes se embarcó en una demolición sistemática de la doctrina aristotélica de la virtud, apartándose, por lo demás, del derecho natural cristiano, con sus ingredientes estoicos, que había introducido una específica finalidad, normatividad y sentido inmanente en la comunidad política".[967] Mientras que la mayoría de los pensadores de la Alta y Baja Edad Media habían desarrollado su pensamiento suponiendo la existencia de ciertas directrices morales representadas en última instancia por un principio supremo llamado Dios, para el pensador inglés el concepto de justicia jamás podría servir como el fundamento para una coexistencia pacífica. Para él, en realidad, la paz sólo se podría imponer a través de una refinada técnica del poder.[968]

Para desarrollar sus ideas, el pensador inglés tuvo que analizar y describir los rasgos constitutivos fundamentales del ser humano, el cual concibe como una criatura sujeta a sus apetencias físicas y espirituales que provienen, en esencia, de todo cuanto le rodea.[969] Por tal motivo, esta penosa condición conduce al ser humano a un estado de conflicto de todos contra todos. En ese sentido, explica Hobbes, "esta es la causa de que, si dos hombres desean la misma cosa, y en modo alguno pueden disfrutarla ambos, se vuelven enemigos, y en el camino que conduce al fin… tratan de aniquilarse o sojuzgarse uno a otro".[970]

El problema no es para nada menor, porque tal condición podría conducir, en última instancia, a la aniquilación del género humano. Para evitar esta destrucción masiva es necesaria la creación de una fuerza o potencia que sea superior a todos los individuos.[971] Por este motivo, el Estado deviene uno de los principales objetos de estudio de Hobbes:

> El punto de partida de la construcción del Estado, en Hobbes, es el miedo al estado de naturaleza… En el estado de naturaleza cada uno puede asesinar al otro… En la condición "civil" y estatal, por su parte, todos los ciudadanos del Estado tienen asegurada su existencia física; aquí, reina la paz, la seguridad y el orden.[972]

---

967 *Idem.*

968 *Ibidem,* p. XXVI.

969 Hobbes, Thomas, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil,* 2a. ed., trad. de Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica (col. Política y Derecho), 2014, pp. 6 y ss.; pp. 40-50.

970 *Ibidem,* p. 101.

971 *Ibidem,* pp. 137 y ss.

972 Schmitt, Carl, "Lo Stato…", *cit.*, pp. 47 y 48. La traducción es propia.

Así pues, una de las tareas políticas principales de cualquier sociedad es la construcción de un Estado fuerte, capaz de garantizar la paz y seguridad en todo sentido. Sin embargo, si el Estado es incapaz de garantizar la seguridad de cada uno de los individuos, entonces cesaría también la obligación de obedecerlo.[973] Esta protección que ofrecería el Estado no termina al interior de una organización social, sino que también debe garantizar la seguridad de los individuos en el ámbito externo. En efecto, en el plano internacional, se replicaría el estado de naturaleza descrito por el pensador inglés. Es por ello por lo que, desde el origen de la humanidad, han existido naciones que tratan de imponerse frente a otras. En consecuencia, una de las tareas principales de los individuos consistiría centrar sus esfuerzos en construir un Estado tan poderoso que fuera capaz de dictar las reglas del juego en el plano internacional.

Entre los autores modernos que han defendido este tipo de ideas se encuentran Espinosa, Hegel, Lasson, Glumpowicz, Lundstet y Olivecrona.[974] Aunque ellos desarrollaron sus propias ideas, también compartieron las siguientes tesis con Hobbes: consideraban que el derecho internacional es el resultado de un juego de fuerzas económico-políticas entre los Estados. Además, creían que no era del todo adecuado analizar las normas del derecho internacional desde el punto de vista de la justicia o legalidad formal, sino que debían ser examinadas desde la perspectiva de su adecuación a una situación política concreta. Finalmente, consideraron que el derecho internacional era inferior al derecho nacional, porque numerosas disposiciones del derecho de gentes han carecido de una sanción debido a la inexistencia de un monopolio de la fuerza entre las naciones.[975]

4. *El derecho internacional como un derecho primitivo*

A mediados del siglo XIX y principios del XX, surgió un tercer grupo de pensadores que sostienen que el derecho internacional es un derecho análogo al de las comunidades primitivas; se trata, en efecto, de un derecho deficiente[976] o inferior en la medida en que no existen órganos que monopolicen su creación y aplicación: "estos publicistas… estiman que el derecho internacional es un derecho transicional en un estado de constante mejoramiento,

[973] *Ibidem,* p. 51.

[974] Sepúlveda, César, "La naturaleza…", *cit.*, pp. 40-42.

[975] *Idem.*

[976] *Ibidem*, p. 45.

que tendrá que desembocar por fuerza en un sistema acabado, en un derecho federal de las naciones".[977] Entre los principales expositores de esta corriente se encuentran Oppenheim, Holland, Zitelmann y De Louter.[978]

Oppenheim destaca que el derecho internacional no existía durante la antigüedad, sino que fue desarrollándose paulatinamente como un producto de la civilización cristiana a partir de la segunda mitad de la Edad Media. Además, este jurista expone que autores como Hobbes, Pufendorf y Austin han rechazado la existencia del derecho internacional debido a la ausencia de una autoridad política soberana que cree dichas normas y, en consecuencia, que no es posible reconocerles alguna fuerza vinculante. Oppenheim, sin embargo, destaca que este punto de vista no es exacto, ya que dicha perspectiva sólo sería adecuada al derecho escrito que emana del Estado, pero no podría dar cuenta de otras formas de creación del derecho.

De acuerdo con Oppenheim, numerosos autores han reconocido a lo largo del tiempo que la costumbre es un verdadero método de creación del derecho. Por si lo anterior fuera poco, no hay que perder de vista que los tribunales de justicia no sólo aplican las normas legisladas, sino también aquellas que emanan de la propia práctica judicial y, en general, de la costumbre.[979] También expone que si bien es cierto que la coercitividad de las normas que conforman a los ordenamientos jurídicos modernos emana de la existencia de un poder central, éste no es el único método para conferir a las normas jurídicas una fuerza vinculante; el reconocimiento colectivo o consentimiento mutuo es otro camino para delegar un poder de hecho a las normas de derecho.

El derecho que Oppenheim está describiendo, uno que emana de la costumbre y carente de órganos centrales para su creación y aplicación, está presente sobre todo entre las comunidades primitivas: "Para la existencia del derecho, ni una autoridad legislativa, ni una corte de justicia son necesarias. Donde sea que surja una cuestión de derecho en una comunidad primitiva, es la propia comunidad y no una corte la que decide".[980] Naturalmente, conforme una comunidad va creciendo hasta convertirse en un Estado, las circunstancias cotidianas impiden que la propia comunidad se haga cargo colectivamente de determinar qué es el derecho y cómo debe aplicarse.[981]

---

977 *Idem.*

978 *Idem.*

979 Oppenheim, L., *International Law. A Treatise,* vol. I: *Paz*, Nueva York-Bombay, Longmans, Green, 1905, pp. 2-5.

980 *Ibidem,* p. 7. La traducción es propia.

981 *Idem.*

Las reflexiones anteriores permiten a Oppenheim estar en condiciones de proponer un concepto de derecho que, a su juicio, pudiera ser válido tanto al que emana de un proceso legislativo definido como al que surge de la costumbre: "Podemos decir que el derecho es un cuerpo de reglas para la conducta humana en una comunidad que, a través del consentimiento común de esta comunidad, debería ser impuesto por un poder externo".[982] De acuerdo con este concepto, las condiciones esenciales para que exista el derecho son: que existan una comunidad, un cuerpo de reglas para la conducta humana y un consentimiento común. Como se puede apreciar, no es una condición esencial ni que las normas jurídicas estén por escrito ni que exista una autoridad legislativa central o una corte de justicia.[983]

Puesto que el derecho internacional, al igual que el estatal, cumple con las condiciones antes apuntadas, éste puede ser considerado como tal. Por comunidad, el autor entiende un número de individuos ligados, en menor o mayor medida, por intereses comunes que crean una convivencia constante.[984] Nadie podría negar que, a través de los siglos, se han ido creando normas de derecho internacional que obligan a los Estados.[985] Oppenheim reconoce, sin embargo, que en comparación con el derecho estatal, la fuerza vinculante es uno de los elementos más débiles del derecho internacional, sin que por ello pueda dejar de ser considerado de esta manera.[986]

Con el paso del tiempo, Oppenheim introdujo nuevos desarrollos a su pensamiento. Para empezar, amplió el elemento subjetivo de su definición, al reconocer que los Estados no son los únicos sujetos de derecho internacional, sino que también lo son las organizaciones internacionales y aun los propios individuos. También modificó el ámbito de competencia del derecho internacional al subdividirlo en universal y particular (según se trate de pocos o muchos sujetos vinculados por un tratado).[987] Además, reafirmó su perspectiva optimista respecto del desarrollo del derecho internacional:

> Mientras que algunas deficiencias en el derecho internacional lo hacen, sin duda alguna, un orden jurídico imperfecto, los desarrollos particulares en los últimos 50 años indican un progreso considerable hacia su mejoramiento. El

---

[982] *Ibidem,* p. 8. La traducción es propia.

[983] *Ibidem,* pp. 8 y 9.

[984] *Ibidem,* p. 10.

[985] *Ibidem,* p. 12.

[986] *Ibidem,* p. 13.

[987] Oppenheim, L., *Oppenheim's International Law,* vol. I: *Paz*, 9a. ed., Sir Robert Jennings y Sir Arthur Watts (eds.), Londres-Nueva York, Longman, 1996, p. 4.

> surgimiento de un sistema de sanciones para el reforzamiento del derecho internacional es deseable.[988]

Más adelante, agrega:

> Existen también otras señales de la creciente madurez en el orden jurídico internacional. Éstas incluyen el reconocimiento de que ciertas reglas poseen el carácter de *ius cogens,* lo que reduce el área de operación de las reglas puramente consensuales… Existe también un crecimiento en la aceptación de que las reglas del derecho internacional son la base sobre la cual reposan los derechos de los Estados y no solamente limitaciones.[989]

Finalmente, es importante mencionar que Kelsen adoptó abiertamente algunos de los postulados de Oppenheim. Pero no sólo eso, Oppenheim también conocía la obra que el erudito austriaco había desarrollado durante los años que pasó en Austria, Suiza y los Estados Unidos de América. Una muestra de lo anterior se encuentra en el hecho de que al inicio del capítulo 1 de su libro *Derecho internacional*, publicado en 1955, contempla como lecturas recomendadas para sus alumnos algunas de las obras más importantes del líder de la Escuela Jurídica de Viena, tal es el caso de *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional* (pp. 102-274), *Teoría general del Estado* (pp. 119-132), *Derecho y paz en las relaciones internacionales* (pp. 3-82), *Teoría general del derecho y del Estado* (pp. 328-354), y *Principios de derecho internacional* (pp. 3-44, 196-201).[990]

V. Aportaciones que Hans Kelsen realizó al derecho internacional en los Estados Unidos de América

1. *Consideraciones preliminares*

Debido al temor de Kelsen de que Suiza pudiera ser tomada por las tropas nacionalsocialistas, él y su familia zarparon hacia los Estados Unidos de América el 28 de mayo de 1940. Al poco tiempo de su llegada, comenzó a realizar las gestiones necesarias para encontrar acomodo en alguna universidad estadounidense; al jurista vienés le pareció una idea adecuada tratar de encontrar un lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, de la que no

[988] *Ibidem,* p. 11. La traducción es propia.
[989] *Ibidem,* p. 12. La traducción es propia.
[990] *Ibidem,* p. 3.

hacía mucho tiempo había recibido la distinción como *Doctor honoris causa.* Instalado como docente, Kelsen recibió la cátedra Oliver Wendell Holmes, lo que le permitió dictar un ciclo de conferencias sobre la importancia, características y alcances del derecho internacional.[991]

Como se ha dicho, la fundamentación neokantiana del pensamiento internacionalista kelseniano fue diluyéndose paulatinamente a medida que el autor fue incorporando algunas de las tesis principales de otros expertos en la materia para conformar su pensamiento. La obra sobre derecho internacional que el erudito austriaco publicó en los Estados Unidos de América es una muestra clara del fenómeno referido. En efecto, en la Unión Americana las preocupaciones del fundador de la teoría pura del derecho giraron en torno a la salvaguarda de la paz y la creación de un tribunal internacional de justicia.

2. *La seguridad colectiva como el fin principal del derecho internacional*

Desde sus primeros trabajos, el jurista vienés dejó muy claro que su punto de vista en el ámbito de la ética era el relativismo axiológico; para el líder de la Escuela Jurídica de Viena, la ciencia jurídica no puede enarbolar ningún valor como su estandarte principal porque perdería su pretensión de objetividad. Pero Kelsen, el relativista axiológico, en los Estados Unidos de América parece que muda de opinión al respecto, porque afirma que sí existe un fin principal en el ámbito del derecho internacional, y, en general, para todo el derecho: la paz. Al respecto, afirma lo siguiente:[992] "El Derecho es, en esencia, un orden para promover la paz. Tiene por objeto que un grupo de individuos pueda convivir en tal forma que los conflictos que se susciten entre ellos puedan solucionarse una manera pacífica".[993] Es cierto que la afirmación anterior constituye una aporía en la obra kelseniana en la medida en que contradice lo que el autor había afirmado anteriormente; sin embargo, también permite observar que la fundamentación de la teoría del erudito austriaco aún encontraba sus raíces en el pensamiento de Immanuel Kant, porque este autor situó también a la paz como el valor supremo del derecho internacional, de acuerdo con su obra titulada *Hacia la paz perpetua*.[994]

---

[991] Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales,* 2a. ed., trad. de Florencio Acosta, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, 209 pp.

[992] *Ibidem,* p. 23.

[993] *Idem.*

[994] Véase Monereo Pérez, José Luis, "Soberanía y derecho internacional en Hans Kelsen: mito y realidad", en Kelsen, Hans, *Principios…, cit.*, p. XI; véase, también, Leyva Martínez,

La paz, o seguridad colectiva, como también la llama Kelsen, sólo puede garantizarse a través del uso de la fuerza.[995] El otrora líder de la Escuela Jurídica de Viena parece que se muestra como una especie de realista político en el ámbito de las relaciones internacionales, porque a diferencia de Immanuel Kant, quien propone que los Estados del orbe suscriban voluntariamente un tratado internacional para crear una comunidad global que garantice la paz, Kelsen considera que la mejor forma de salvaguardar la paz es a través del uso de la fuerza en contra del Estado que quebrante el orden global. El monopolio de la fuerza en el ámbito del derecho internacional sólo se puede conseguir a través de una paulatina centralización en la producción y aplicación de las normas.[996]

El monopolio en la creación y aplicación de las normas no debe conducir a una centralización absoluta de los Estados, porque entonces desaparecería el derecho internacional y se crearía un orden nacional global. Además, de acuerdo con el profesor vienés, tal ideal parece imposible de lograr debido a la pugna de intereses entre los diversos Estados del orbe; se trata, sin duda alguna, más bien de una utopía.[997] La forma en que se manifiesta la fuerza de las normas del derecho internacional es a través de la guerra y las represalias; ambas son sanciones internacionales, pero la primera se distingue de las segundas en que aquélla tiene como objetivo infringir la mayor cantidad de daño posible a un Estado, mientras que éstas son restricciones específicas a ciertas esferas de un Estado. En la doctrina internacionalista han existido dos grandes posiciones sobre la guerra: por una parte, algunas personas aceptan la idea de la guerra de agresión, esto es, el ataque sorpresivo de un Estado a otro cuando así lo considere adecuado; por otra parte, se encuentra la teoría de la guerra justa, por medio de la cual sólo se acepta recurrir a la guerra como medio de defensa. Kelsen se decanta por la doctrina de la guerra justa; sin embargo, al hacer esto el autor está introduciendo de nuevo un juicio de valor que contraviene el principio del relativismo axiológico.[998]

Gustavo, "Estudio preliminar", en Kant, Immanuel, *Hacia la paz perpetua. Un bosquejo filosófico,* trad. de Gustavo Leyva Martínez, México, Fondo de Cultura Económica, 2018, p. VII; *cfr.* Truyol y Serra, Antonio, "Presentación", en Kant, Immanuel, *Sobre la paz perpetua,* 6a. ed., trad. de Joaquín Abellán, España, Tecnos, 1998, p. XII, y Ramírez Cleves, Gonzalo A., "La paz perpetua de Kant y el pensamiento de Kelsen sobre el pacifismo", en Ramírez Cleves, Gonzalo A. (coord.), *Ecos de Kelsen: vida, obra y controversias,* Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 528.

995 Kelsen, Hans, *Derecho y paz…, cit.,* p. 52.

996 *Ibidem,* pp. 49 y 81-100.

997 *Ibidem,* pp. 49-52 y 153-176.

998 *Ibidem,* pp. 57-76.

3. *La necesidad de un tribunal internacional de justicia para la salvaguarda de la seguridad colectiva*

Durante la Segunda Guerra Mundial, Kelsen no centró su atención en la creación de órganos internacionales de carácter político, como la Sociedad de Naciones,[999] que pudieran salvaguardar la paz o seguridad colectiva, sino que creía que esta función podría ser cumplida mejor por un tribunal internacional de justicia.[1000] Al principio, el tribunal que el otrora líder de la Escuela Jurídica de Viena tenía en mente perseguía el objetivo de dirimir las disputas entre los Estados con motivo de una transgresión a un tratado o norma internacional. En este sentido, el tribunal kelseniano tendría un carácter de arbitraje, pues la ejecución de sus sentencias estaría a cargo de un órgano especial de ejecución que se valdría de la fuerza centralizada creada por los Estados. En un primer momento, el jurista austriaco consideró a los Estados como los principales sujetos del derecho internacional. Sin embargo, en vista de las monstruosidades cometidas durante el conflicto armado antes mencionado, principalmente por las dictaduras del Eje, Kelsen comenzó a cuestionarse, como un gran número de juristas europeos, si los individuos pudieran ser sujetos también del derecho internacional; la respuesta a la interrogante anterior fue afirmativa.[1001] Así, plantea esta cuestión en los siguientes términos:

> La exigencia de que se castigue a los *criminales de guerra* es, o debería ser, ante todo, la exigencia de que se castigue a los *autores de la segunda guerra mundial*, a las personas moralmente responsables por uno de los mayores crímenes en la historia de la humanidad… Castigar a los autores de una guerra significa hacer a ciertos individuos responsables castigándolos por actos cometidos por ellos mismos, por sus órdenes o con su autorización. Esto no significa castigar a un Estado como tal, es decir, a un Estado como un cuerpo colectivo. [1002]

De acuerdo con Kelsen, las sanciones del derecho internacional no sólo pueden ser colectivas, sino también individuales. El jurista tiene en mente el castigo de los individuos responsables de la Segunda Guerra Mundial, sobre todo están en su mira los jerarcas nazis. Empero, y puesto que no desea incurrir en argumentos de carácter moral, va a tratar de buscar un punto de partida jurídico desde el derecho positivo para desarrollar sus consideracio-

---

[999] *Ibidem,* p. 184.

[1000] *Ibidem,* p. 182.

[1001] Kelsen, Hans, *La paz por medio del derecho…, cit.,* pp. 91 y ss.

[1002] *Ibidem,* pp. 91 y 92. Énfasis añadido.

nes. Por tal motivo, el profesor vienés centra sus esfuerzos en encontrar excepciones a la regla general de que los principales sujetos del derecho internacional son los Estados. La primera de ellas es la aplicación de una sanción a los individuos que cometen piratería.[1003] Otra excepción se encuentra en el rompimiento del bloqueo y contrabando.[1004] Encontró, además, una tercera excepción, pues el derecho internacional general autoriza el castigo de los individuos que dañen los cables telegráficos submarinos.[1005] El castigo de los crímenes de guerra es la cuarta excepción. De acuerdo con esta regla, los individuos que no pertenezcan a las fuerzas armadas del enemigo, pero que tomasen las armas contra el Estado ocupante, podrían ser juzgados y castigados como criminales por el Estado afectado.[1006]

En realidad, Kelsen no encuentra una respuesta satisfactoria a la pregunta de si pueden ser castigados con base en la ley aquellas personas responsables de la Segunda Guerra Mundial, porque de acuerdo con la última excepción que ha sido referida, se puede castigar a la gente que no forme parte del gobierno, pero que atente contra la población civil del Estado enemigo. El líder de la Escuela Jurídica de Viena explica que existe una doctrina de acuerdo con la cual la responsabilidad individual de los miembros del gobierno que por una orden de un mando superior han realizado un acto que puede ser considerado criminal, no pueden estar sujetos a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado.[1007] Esta regla no significa que existe un privilegio personal de exención de la jurisdicción penal y civil, sino que es la consecuencia de la regla de derecho internacional de que ningún Estado puede pretender jurisdicción por parte de sus tribunales sobre los actos de otro Estado.[1008] Luego entonces, si los individuos han de ser juzgados y eventualmente castigados por los tribunales de otro Estado, o por un tribunal internacional, debido a los actos que han realizado a nombre del propio gobierno, se requiere de antemano la conclusión de un tratado internacional.[1009]

A pesar de lo anterior, Kelsen señala la existencia de una doctrina que podría ser el sustento para juzgar a los responsables de la Segunda Guerra Mundial; ésta consiste en que un individuo es responsable de cometer ciertos actos inhumanos si éstos ya eran considerados moralmente dañinos, aunque no estuvieran contemplados de este modo por el ordenamiento jurídico po-

[1003] *Ibidem,* p. 94.
[1004] *Ibidem,* p. 95.
[1005] *Ibidem,* p. 97.
[1006] *Idem*.
[1007] *Ibidem,* pp. 100 y 101.
[1008] *Ibidem,* p. 102.
[1009] *Ibidem,* p. 103.

sitivo. Al respecto, en palabras del propio jurista austriaco, "El tratado no [haría] más que transformar su responsabilidad moral en responsabilidad Jurídica. El principio que prohíbe las leyes *ex post facto* no es, con razón, aplicable a ese tratado".[1010] El otrora líder de la Escuela jurídica de Viena no se decanta por esta solución, aunque tampoco la descarta ni la censura, porque conduce al campo de la ética y, con ello, a un sincretismo metodológico.

En síntesis, a pesar de su aparente nitidez doctrinal, en realidad sucede todo lo contrario, ya que existe una falta de claridad conceptual en los escritos de posguerra de Kelsen. El estilo del jurista vienés en estos documentos es, en efecto, vacilante. Si se leen con detenimiento sus ideas, no resuelve la cuestión sobre los alcances de la jurisdicción internacional en cuanto a los individuos que ocasionaron la Segunda Guerra Mundial, en la medida en que no logra distinguir entre los criminales de guerra y los autores de ésta. Los criminales de guerra son aquellas personas que no forman parte de las fuerzas armadas de un Estado que se encuentra en conflicto con otro y, no obstante, atentan contra la población del Estado enemigo. Las sanciones individuales en contra de los criminales de guerra ya estaban previstas por el derecho internacional general. El problema real radicaba en determinar si era posible, o no, someter a juicio a los autores de la Segunda Guerra Mundial. De acuerdo con la explicación que desarrolla Kelsen, éstos no podían ser llevados a juicio porque un Estado no podía tener jurisdicción sobre otro. Además, tampoco hay que perder de vista la existencia de dos máximas esenciales del positivismo jurídico: "ninguna persona puede ser juzgada por un tribunal establecido con posterioridad al hecho que es considerado como delito" y "no pueden aplicarse normas penales en perjuicio de ningún individuo de manera retroactiva". Cuando el líder de la Escuela Jurídica de Viena propone la creación de un tribunal internacional de justicia lo hace con miras a futuro y no hacia el pasado: quería sentar las bases de una justicia internacional para el caso de que una nueva guerra pudiera estallar.[1011]

Características del tribunal internacional de justicia kelseniano

Kelsen fue meticuloso en el diseño de su tribunal internacional de justicia, el cual se compondría por 17 miembros designados entre eminentes juristas, cuyo nombramiento sería de carácter vitalicio, cada Estado propondría dos posibles candidatos al tribunal y enviaría sus propuestas a una se-

[1010] *Ibidem,* p. 104.

[1011] *Ibidem,* pp. 137-148; véanse, también, pp. 149-155.

cretaría general de una tentativa liga permanente para el mantenimiento de la paz. Una vez electos, los miembros del tribunal gozarían de privilegios e inmunidades diplomáticas; naturalmente, éstos no podrían ejercer ninguna otra función mientras estuvieran en el cargo. El tribunal, de entre sus miembros, contaría con un presidente y un vicepresidente. Todos los miembros residirían en la sede del tribunal. El *quorum* para que éste pudiera funcionar sería de 11 miembros.[1012]

El tribunal internacional que el otrora líder de la Escuela Jurídica de Viena tenía en mente poseía una doble función; la primera consistía en dirimir las disputas entre los Estados que fueran parte de una organización internacional con el objeto de evitar agresiones entre éstos; la segunda función del tribunal internacional de justicia era castigar a todos aquellos individuos que cometieran crímenes contra la humanidad en tanto funcionarios en representación de sus Estados. En este respecto, se trata de un tribunal de naturaleza esencialmente penal. Kelsen se decanta por esta opción porque un tribunal internacional que tiene que juzgar crímenes de tal naturaleza podría ser mucho más imparcial que un tribunal nacional.[1013] La base sobre la que deberían realizar su actividad los jueces internacionales sería, naturalmente, el derecho internacional positivo. Es importante subrayar que el erudito austriaco no hizo alusión al concepto de "derechos humanos" en sus escritos internacionalistas de posguerra, porque éste pertenece al ámbito de la doctrina del derecho natural; además, era una teoría que se encontraba en proceso de construcción y, finalmente, porque el propio Kelsen no los consideraba como proposiciones jurídicas en sentido estricto, pues carecían de una sanción, es decir, no poseían la forma básica "Si A es, debe ser B".[1014]

En caso de que fuera realizado un parangón entre el tribunal internacional de justicia de Kelsen y las cortes internacionales de justicia contemporáneas, probablemente el modelo kelseniano se asemejaría más bien a un punto intermedio entre la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional, que al Tribunal Europeo de Derechos Humanos o a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para empezar, porque la Corte Internacional de Justicia posee una composición similar a la del tribunal ideado por el erudito austriaco; está compuesta por quince miembros, los cuales son propuestos y selectos de acuerdo con lo más desgranado del ámbito jurídico nacional. La propuesta de candidatos es enviada al secretario general de la ONU para ser sometida a votación de la Asamblea General. Los jueces gozan de inmunidad diplomática y la corte funciona también

[1012] *Ibidem,* pp. 138-144.

[1013] *Ibidem,* p. 123.

[1014] *Ibidem,* pp. 103 y ss., *passim*.

permanentemente.[1015] Además de eso, la Corte Internacional de Justicia no conoce de contiendas sobre DDHH, sino más bien su competencia abarca todos los conflictos en otros numerosos ámbitos que las partes le sometan, así como a los asuntos previstos en la Carta de la ONU.[1016] Finalmente, la Corte Penal Internacional tiene como función principal el juzgar crímenes como los perpetrados por las dictaduras europeas durante la Segunda Guerra Mundial.

4. *Otras aportaciones que Hans Kelsen realizó al derecho internacional*

En los Estados Unidos de América, Kelsen publicó dos monografías de extensión considerable; la primera fue publicada en 1950 y lleva por título *El derecho de las Naciones Unidas: un análisis crítico de sus problemas fundamentales,* mientras que la segunda se titula *Principios de derecho internacional público* y fue publicada dos años más tarde. La primera es una monografía compuesta por 1000 páginas*;* aquí, el autor explica las instituciones que conforman a la ONU. El jurista comienza su exposición analizando la técnica con la que fue redactada la carta de la ONU, lo que le permite evidenciar sus principales flaquezas en términos conceptuales. De acuerdo con el otrora líder de la Escuela Jurídica de Viena, la Carta de la ONU es un instrumento más bien político que jurídico; esta característica resulta especialmente evidente en la forma en que están redactados sus artículos, pues éstos, al carecer de sanción, son más bien enunciados que proposiciones jurídicas.[1017] Kelsen concluye que las contradicciones de dicho instrumento internacional son en realidad irrelevantes, porque la carta no impone a los miembros, obligación alguna más allá de alguna sanción económica.[1018]

En *Principios de derecho internacional público,* Kelsen expone de nueva cuenta algunas tesis que ya había desarrollado en Colonia y Ginebra, a saber: que el derecho internacional es un derecho primitivo debido a la descentralización en la creación y aplicación de las normas. De igual modo, el erudito austriaco afirma que el fin principal del derecho internacional es la salvaguarda de la paz o seguridad colectiva. Entre las novedades que introduce se encuentra la tesis de que el derecho internacional comprende cuatro ámbi-

[1015] Seara Vázquez, Modesto, *Derecho internacional público,* 22a. ed., México, Porrúa, 2005, pp. 482-494.

[1016] *Ibidem,* p. 356.

[1017] Telman, D.A. Jeremy, "Law or Politics...", *cit.*, pp. 516 y 517.

[1018] *Ibidem,* p. 516.

tos de validez: territorial, temporal, personal y material. "Esta delimitación es la función específica del derecho internacional. En efecto, por el derecho internacional se determinan las esferas de validez territorial y personal, así como la temporal y la material, de los órdenes jurídicos nacionales".[1019] Además, explica que estos ámbitos son expuestos en términos muy generales en las normas del derecho internacional para que los Estados puedan precisar sus alcances.

En esa misma obra, se puede apreciar otro menoscabo de la fundamentación neokantiana del pensamiento internacionalista de Kelsen cuando explica en qué consiste la validez territorial del derecho internacional. Para el erudito austriaco, ésta consiste en la obediencia efectiva del derecho internacional en un espacio determinado. Otro ámbito en el que se puede observar el resquebrajamiento de la fundamentación neokantiana de la teoría pura del derecho se encuentra en el análisis que el autor realiza respecto del nacimiento, continuidad y extinción del Estado. Al respecto, precisa:

> Tanto el momento en que un Estado comienza a existir, esto es, cuando un orden jurídico nacional comienza a ser válido, como el momento cuando un Estado cesa de existir, es decir, cuando un orden jurídico nacional cesa de ser válido, está determinado por el derecho internacional positivo de acuerdo con el principio de efectividad.[1020]

El jurista austriaco llega a la conclusión de que un Estado deja de ser considerado como tal siempre que exista una alteración significativa de su territorio:

> ...en caso de que se efectúen [los cambios] por revolución o *coup d'état*, éste [el Estado] continúa siendo el mismo únicamente si el territorio (y la población que vive en él) se mantiene igual, de manera general… Una revolución victoriosa o *coup d'état* exitoso no destruyen la identidad del orden jurídico, que ellos han cambiado, siempre que la esfera de validez territorial permanezca idéntica.[1021]

VI. El derecho internacional en la teoría pura del derecho

El derecho internacional no siempre estuvo presente en los textos metodológicos de la teoría pura del derecho. Como se ha visto en líneas superiores de

[1019] Kelsen, Hans, *Principios..., cit.*, p. 161.
[1020] *Ibidem*, p. 203.
[1021] *Ibidem*, p. 207.

este capítulo, en el prólogo a la segunda edición de los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, Kelsen precisa que en dicha obra no se ocupa ni de las relaciones de los Estados entre sí ni de éstos con el derecho internacional.[1022] El jurista de Praga aclara, además, que Alfred Verdross fue el primero en plantear el problema de los vínculos entre un Estado y el derecho internacional desde el punto de vista de la teoría pura del derecho.[1023]

Algunos de los resultados más significativos de las investigaciones que Kelsen había realizado sobre la relación entre la teoría pura del derecho y el derecho internacional fueron incorporados a sus monografías cuyo contenido principal es la metodología y la filosofía del derecho a partir de la década de los veinte; esto resulta especialmente evidente con la publicación de la *Teoría general del Estado* de 1925. El jurista vienés trata el tema en el capítulo cuarto, epígrafes 22 y 23, así como en el capítulo séptimo, epígrafe 36. Kelsen comienza su exposición planteando la antítesis entre dos doctrinas: "una presupone al Estado, al orden estatal, como orden supremo, al paso que la otra afirma el orden internacional como un orden superior a los Estados. Pueden recibir estas teorías, respectivamente, el nombre de «primado del orden jurídico estatal» y «primado del orden jurídico internacional»".[1024] Más adelante, el jurista expone los argumentos principales de cada una de estas dos posturas.[1025] Se trata, en efecto, de una tesis dualista través de la cual se plantea la existencia de dos ordenamientos jurídicos: el estatal y el internacional.

Kelsen, sin embargo, rechazó cualquier dualismo metodológico o duplicación del objeto de estudio; él consideró a la doctrina de los dos ordenamientos jurídicos como un falso dilema que no podía ser resuelto ni afirmando la primacía de un ordenamiento sobre otro[1026] ni tampoco sosteniendo la validez coordinada de los dos ordenamientos normativos.[1027] Este dualismo, en realidad, en numerosas ocasiones, enmascara una pugna de intereses políticos y, en ocasiones, hasta militares, la cual consiste en brindar preeminencia a los factores reales de poder internos o externos a un país. El jurista plantea una estrategia para introducir su posición epistemológica. Primero precisa que, desde el punto de vista de la doctrina del derecho positivo, se debe otorgar el mismo valor a las dos hipótesis, porque no se puede atribuir preferencia a una u otra so pena de caer en lo subjetivo;[1028] en otras

[1022] Kelsen, Hans, *Problemas capitales…, cit.*, p. LIV.
[1023] *Ibidem,* p. LV.
[1024] Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado, cit.*, p. 156.
[1025] *Ibidem,* pp. 158-163.
[1026] *Ibidem,* pp. 158 (*infra*), 168 (*supra*), 169 (*infra*).
[1027] *Ibidem,* pp. 157, 158, 162 y 168.
[1028] *Ibidem,* p. 158.

palabras, todos los ordenamientos jurídicos poseen el mismo valor: "No son, pues, razones de índole jurídica aquellas que pueden dar la preferencia a una u otra de las dos hipótesis".[1029] Es decir, las dos teorías que han sido expuestas constituyen dos hipótesis epistemológicas distintas.[1030] Por lo tanto, decantarse por una u otra posturas es, más bien, una decisión que encuentra su origen en la política o ideología en la medida en que ambas posiciones constituyen dos modos diferentes de concebir el mundo y sus valores.[1031]

Kelsen da un segundo paso: introduce el enfoque normativista. En su opinión, la preminencia de un ordenamiento jurídico sobre otro se trata de un falso dilema porque está claro que la existencia del derecho estatal supone necesariamente la existencia del derecho internacional general, y viceversa. En concordancia con este razonamiento, propone la tesis de la unidad entre el derecho estatal y el derecho internacional: "Si hay un criterio absoluto para averiguar el carácter científico del conocimiento del Derecho o del Estado, no puede ser otro que la unidad del punto de vista gnoseológico".[1032] Se trata, en efecto, de la unidad desde el punto de vista jurídico-científico. Dicha unidad está determinada por un criterio de validez común. Sin embargo, cuando parece que va a revelar la naturaleza de aquel criterio, Kelsen duda. Podría pensarse que dicho criterio de validez es la norma fundante. Pero al tratar el tema, el jurista vienés emplea dicha categoría de análisis únicamente como un criterio de validez para el derecho interno, sin hacer mayor mención del derecho internacional. En efecto, Kelsen concibe a la norma fundante como una Constitución en sentido lógico-jurídico (y no jurídico-positivo)[1033] que tan sólo fundamenta el derecho estatal.

En *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, Kelsen ofrece una respuesta a este tema. Aquí, comienza por definir a la norma fundante del derecho internacional como la proposición jurídica que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre que nace de ciertas prácticas jurídicas entre los Estados.[1034] Ésta, en vía de consecuencia, confiere su validez a todas las variantes del derecho internacional, así como a los diversos órdenes jurídicos estatales subordinados al mismo.[1035] El jurista explica que existen tres tipos de derecho internacional: el general, el par-

[1029] *Ibidem,* p. 159.

[1030] *Ibidem,* p. 171.

[1031] *Idem.*

[1032] *Idem.*

[1033] *Ibidem,* pp. 325-329.

[1034] Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit,* trad. de Henri Thévenaz, Suiza, Éditions de la Baconnière, 1953, pp. 164-184.

[1035] *Idem.*

ticular o convencional y el creado por tribunales internacionales u órganos similares.[1036] El derecho internacional general se encuentra por encima del derecho internacional particular o convencional y el creado por las cortes internacionales; sin embargo, la norma fundante internacional antecede a todas las variantes de derecho internacional antes mencionadas.

En *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica,* Kelsen recoge su tesis de que el derecho internacional es un derecho primitivo, debido a la descentralización en la creación y aplicación de las normas, que ha ido transitando paulatinamente hacia la centralización. El profesor vienés repite, también, su opinión respecto de la posible evolución del derecho internacional general, es decir, que éste podría alcanzar el mismo grado de desarrollo técnico que los ordenamientos jurídicos estatales parciales.[1037] En esta monografía también expresa su opinión de que existe una alta probabilidad de que sea creado un orden jurídico universal con el paso del tiempo, pero, al mismo tiempo, la realidad política lo conduce a mantener una actitud cautelosa al respecto. Por esa razón, postula la unidad entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos estatales parciales sólo en términos teóricos.[1038]

El fundador de la teoría pura del derecho, asimismo, en *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* explica que el derecho internacional delimita la validez territorial, temporal y personal de los ordenamientos jurídicos estatales parciales[1039] y que éste se encuentra compuesto por proposiciones jurídicas incompletas que deben ser matizadas por los ordenamientos jurídicos estatales parciales. Otro aspecto que Kelsen precisa es que como el Estado es incapaz de suscribir tratados por sí mismo, requiere de ciertos órganos[1040] que puedan cumplir tal función y que éstos pueden ser unipersonales o colegiados. Desde el punto de vista externo, se trata de un órgano del derecho internacional; desde el punto de vista interno, es un órgano que forma parte del Estado que representa. La importancia de este órgano radica en que reduce y concretiza la complejidad de los múltiples lazos que ligan al derecho internacional con el derecho de los Estados.[1041]

Kelsen continuaría incorporando los resultados de sus investigaciones sobre la relación entre el derecho internacional y la teoría pura del derecho en su obra *Teoría general del derecho y del Estado.* En este libro reitera su tesis de que el fin principal del derecho internacional es la seguridad colectiva, es

[1036] *Ibidem,* pp. 164 y 165.
[1037] *Ibidem,* p. 168. La traducción es propia.
[1038] *Ibidem,* pp. 168, 169, 182 y 184.
[1039] *Ibidem,* p. 181.
[1040] *Ibidem,* p. 182.
[1041] *Idem.*

decir, la paz, y que ésta sólo puede garantizarse si la violencia o coacción es regulada.[1042] En primer lugar, es necesario que todos los Estados del orbe disminuyan su poder bélico para crear una fuerza centralizada al servicio del restablecimiento de la paz. El uso de la fuerza estaría regulado por las normas del derecho internacional y sólo estaría permitido como última *ratio.* Los actos coercitivos o interferencias violentas en tanto reacción contra un acto jurídico de otro Estado adquieren el nombre de represalias o guerra.[1043] Kelsen no dedica mucho espacio al tema de las represalias, sino que más bien realiza un estudio exhaustivo sobre la guerra.[1044] En ese sentido, expone las dos doctrinas principales en torno a ella. Por una parte, se encuentra la opinión de que la guerra no es un acto antijurídico ni una sanción mientras que un Estado no se encuentre obligado mediante un tratado a abstenerse de hacer la guerra.[1045] Por otra parte, con base en un punto de vista contrario, se sostiene que la guerra se encuentra prohibida conforme al derecho internacional, ya que sólo está permitida como reacción contra un acto ilegal;[1046] se trata de la doctrina de la guerra justa.

El jurista se inclina, una vez más, por esta última.[1047] Kelsen explica que la doctrina de la guerra justa ha sido la dominante porque existe un consenso general, tanto jurídico como moral, contra la guerra. Tan es así que aun los "más radicales partidarios de la guerra, los más extremados filósofos del imperialismo, en su afán de glorificar a ésta y vilipendiar al pacifismo, únicamente la justifican cuando es un medio dirigido al logro de un fin bueno".[1048] El jurista vienés realiza un estudio general sobre la doctrina de la guerra justa partiendo del derecho de los primitivos,[1049] continuando con la evolución de esta doctrina en la Edad Media[1050] y concluyendo con la posición que dicha doctrina guarda en el derecho internacional contemporáneo.[1051]

Kelsen también presenta los argumentos principales contra la doctrina de la guerra justa. El primero de ellos, que considera el más débil, consiste en afirmar que recurrir a la guerra sería una limitación a la soberanía de los Estados.[1052] La segunda objeción consiste en que la guerra está prohibida por

1042 Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado, cit.*, pp. 390 y ss.
1043 *Ibidem,* p. 393.
1044 *Ibidem,* pp. 394 y 395.
1045 *Ibidem,* p. 394.
1046 *Idem.*
1047 *Ibidem,* pp. 395-397.
1048 *Ibidem,* p. 396.
1049 *Ibidem,* p. 398.
1050 *Ibidem,* p. 399.
1051 *Idem.*
1052 *Ibidem,* p. 400.

la moral, pero no por el derecho internacional.[1053] La objeción de más peso es que la guerra no puede ser interpretada ni como sanción ni como acto antijurídico, porque el "derecho internacional general carece de un tribunal capaz de decidir la cuestión. El problema sólo puede decidirse, por tanto, a través de un mutuo acuerdo entre las partes en pugna".[1054] Kelsen, en consecuencia, clama por la promulgación de normas de derecho internacional que regulen puntualmente el fenómeno de la guerra, así como la creación de un tribunal internacional de justicia.

Un elemento que parece ser una novedad en el pensamiento internacionalista de Kelsen es la explicación de que si bien es cierto que los Estados son los sujetos inmediatos del derecho internacional, en última instancia los destinatarios de dicho ordenamiento jurídico son los individuos; al respecto, él mismo explica: "Si el derecho internacional no obligara y facultara a los hombres, las obligaciones y derechos establecidos por él no tendrían ningún contenido, y el derecho internacional no obligaría o autorizaría a nadie en ningún sentido".[1055] En la afirmación anterior se puede apreciar cierto humanismo en el pensamiento de Kelsen, porque hace énfasis en el hecho de que los Estados y los legisladores internos deben tener siempre en consideración las consecuencias que las normas de derecho internacional pueden tener sobre los individuos. Esta reflexión conduce al fundador de la teoría pura del derecho a subrayar que las normas del derecho internacional son proposiciones jurídicas incompletas. En ese sentido, explica que una norma jurídica consta de dos elementos: el material (lo que debe hacerse o evitarse) y el personal. Por lo general, las normas de derecho internacional fijan el primero de los elementos, pero no el segundo. Es el Estado, en efecto, el que determina los sujetos que deben cumplir con tal o cual conducta.[1056]

En la segunda edición de la *Teoría pura del derecho,* el otrora líder de la Escuela Jurídica de Viena amplía su explicación sobre la relación entre el derecho internacional y la teoría pura del derecho. De nueva cuenta, reafirma su tesis de que la expresión de la fuerza coactiva de las normas de derecho internacional se encuentra en las represalias y la guerra. También dedica algunas páginas al análisis de las principales doctrinas en torno a la guerra. Kelsen se decanta de nuevo por la teoría de la guerra justa, ofrece más o menos las mismas razones arriba señaladas y añade que dicha doctrina fue el fundamento de los tratados de paz a través de los cuales se dio por concluida la Primera Guerra Mundial y que sustentaron las normas constitutivas de la

[1053] *Ibidem,* p. 401.
[1054] *Ibidem,* pp. 401 y 402.
[1055] *Ibidem,* p. 407.
[1056] *Ibidem,* p. 408.

Sociedad de Naciones; sin dejar de mencionar que dicho fundamento también se encuentra presente en el Pacto Briand-Kellogg.[1057] Por si lo anterior fuera poco, Kelsen reitera que no debe perderse de vista que son los individuos los destinarios finales de las sanciones colectivas: "la guerra y las represalias tienen carácter de sanciones… dirigidas contra el Estado… aunque en forma inmediata estén dirigidas contra seres humanos".[1058] Es decir, cuando se expresa que es un Estado el que sufre las sanciones colectivas, en realidad lo que se quiere decir es que son los seres humanos que pertenecen a dicho Estado quienes padecen realmente tales sanciones.[1059] La postura pacifista y humanista del fundador de la Escuela Jurídica de Viena es clara.

Kelsen precisa también que tanto la doctrina de la primacía del derecho internacional como la de la primacía del derecho estatal conducen a teorías monistas; a la unidad de ambos ordenamientos normativos. El problema radica en determinar el fundamento de la validez de esa unidad.[1060] Si se asume que los Estados anteceden al derecho internacional, como sucede entre un Estado federal y las entidades que lo conforman, entonces se colocará como fuente superior al derecho estatal.[1061] Si se considera, por el contrario, que el derecho internacional es el ordenamiento que delimita la competencia espacial, temporal y personal de los Estados, entonces se dará preferencia a este ordenamiento jurídico. La primera de las posturas a menudo está relacionada con visiones imperialistas[1062] del mundo, mientras que la segunda con perspectivas pacifistas.[1063]

Por último, llama la atención que el erudito austriaco incorpora la tesis de que la responsabilidad colectiva de los Estados se está convirtiendo en responsabilidad individual, razón por la cual subraya de nueva cuenta la necesidad del establecimiento de tribunales de justicia internacionales permanentes.[1064] En suma, la postura pacifista y humanista de Kelsen fue acentuándose en sus textos sobre metodología del derecho como resultado de la incorporación de algunos resultados que el jurista alcanzó a través de sus investigaciones sobre la relación entre el derecho internacional y la teoría pura del derecho.

[1057] Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho, cit.*, pp. 324 y 325.
[1058] *Ibidem,* p. 325.
[1059] *Idem.*
[1060] *Ibidem,* p. 341.
[1061] *Ibidem,* pp. 335-341.
[1062] *Ibidem,* p. 345.
[1063] *Ibidem,* p. 344.
[1064] *Ibidem,* p. 330.