

UNA CRÍTICA REALISTA DEL GLOBALISMO JURÍDICO DESDE KANT A KELSEN Y HABERMAS *

Danilo ZOLO

Universidad de Florencia (Italia).

RESUMEN

El artículo presenta una arqueología conceptual y al mismo tiempo una crítica de lo que el autor llama el “globalismo jurídico”. El autor se refiere a la línea de pensamiento filosófico y teórico jurídico que se podría remontar a la obra *Zum ewigen Frieden* de Kant. Esta línea se desarrolló en nuestro siglo, primero, en la construcción teórico-jurídica de Hans Kelsen y después, en Italia, en el “pacifismo jurídico” de Norberto Bobbio. Esta posición está también presente en la cultura angloamericana contemporánea (los *Western globalists*) y es defendida, en la cultura alemana, por Jürgen Habermas. La crítica del autor se concentra en dos aspectos del “globalismo jurídico”: en primer lugar, se critica la concepción racionalista y normativista del derecho a la que el iusglobalismo nos remite y que atribuye al derecho una eficacia regulativa de los fenómenos sociales que éste en la realidad no alcanza a garantizar; en segundo lugar, se denuncia el prejuicio etnocéntrico de una cultura jurídica que, al mismo tiempo que elabora un proyecto de unificación del mundo, se muestra indiferente respecto a tradiciones culturales, políticas y jurídicas distintas de la occidental.

SUMMARY

The article presents a conceptual archeology that, at the same time, criticizes what the author calls “legal globalism”. The author refers to the line of philosophical and legal theoretical thought that goes back to Kant’s work *Zum ewigen Frieden*. In our century this line has been developed, first, in Hans Kelsen’s legal theoretical construction and then, in Italy, in Norberto Bobbio’s “legal pacifism”. The same position is also present in contemporary Anglo-American culture (the *Western globalists*), and is defended by Jürgen Habermas in German culture. The author’s criticisms focus on two aspects of “legal globalism”: in the first place, it criticizes the rationalist and normative conception of law that the iusglobalism gives us and that attributes to law an efficacy in regulating social phenomena that, in fact, it cannot guarantee, and in the second place, it denounces the ethno-centric prejudice of a legal culture, which while developing a project which pretends to unify the world, shows itself indifferent to cultural, political and legal traditions distinct from those of the West.

* Traducción de Pedro Mercado Pacheco.

1. EL GLOBALISMO JURÍDICO

Quisiera presentar en este ensayo una especie de arqueología conceptual y al mismo tiempo una crítica de lo que propongo llamar el “globalismo jurídico”. Me refiero a la línea de pensamiento filosófico y teórico jurídico que se podría remontar a la obra *Zum ewigen Frieden* de Kant y en particular a la idea kantiana del *Weltbürgerrecht* o “derecho cosmopolita”.

A través de la mediación del neokantismo de la escuela de Marburgo esta línea se desarrolló en nuestro siglo, primero, en la grandiosa construcción jurídica de Hans Kelsen y después, en Italia, en la teoría política y en la filosofía del derecho de Norberto Bobbio, y en particular en su propuesta de un “pacifismo jurídico”. Esta posición está también muy presente en la cultura angloamericana contemporánea (pensemos por ejemplo en los *Western globalists* como Richard Falk y David Held), pero ha sido sobre todo defendida en la cultura alemana por el más acreditado abanderado del internacionalismo y del pacifismo neokantiano: Jürgen Habermas.

La premisa filosófica del “globalismo jurídico” es la idea kantiana de la unidad moral del género humano. Esta idea iusnaturalista e ilustrada es articulada por Kelsen en algunas tesis tan innovadoras como radicales: la unidad y objetividad del ordenamiento jurídico, la primacía del derecho internacional, el carácter “parcial” de los ordenamientos jurídicos nacionales y, *last but not least*, la necesidad de desalojar la idea misma de soberanía.

En el plano normativo, el universalismo kantiano se traduce en la exigencia de una globalización del derecho bajo la forma de un ordenamiento jurídico que abarque toda la humanidad y absorba en su interior cualquier otro ordenamiento. El derecho debería asumir la forma de una legislación universal —una especie de *lex mundialis* válida *erga omnes*— basada en una homologación gradual no sólo de las costumbres y de los ordenamientos normativos nacionales, sino también de las diferencias políticas y culturales.

En primer lugar, esta unificación planetaria debería empezar por la producción del derecho, tarea que debería ser confiada a un organismo internacional, identificable en línea de principios con un parlamento mundial. En segundo lugar, el proceso de globalización debería afectar a la interpretación y aplicación del derecho, en especial del derecho penal. Ambas funciones deberían ser desarrolladas por una jurisdicción universal y obligatoria, competente para juzgar los comportamientos de los individuos particulares y no sólo la responsabilidad de los Estados. En este contexto normativo —para Kelsen y especialmente para Habermas— la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 es elevada al rango de “norma fundamental”: se asume como un núcleo de principios políticos y jurídicos capaz de dotar de legitimación constituyente a la *Cosmópolis* que se pretende realizar.

En el terreno de la política internacional, el “globalismo jurídico” auspicia el reforzamiento y una extensión de las funciones de las instituciones internacionales hoy existentes, sobre todo de las Naciones Unidas. Los procesos de globalización han demostrado, se afirma, que existe un desajuste funcional y una seria diferencia de escala entre el poder normativo y coercitivo de los Estados nacionales y las

nuevas dimensiones de los problemas que se acumulan en la agenda internacional: la paz, la protección de los derechos humanos, la tutela del ambiente, el equilibrio demográfico, el desarrollo económico, la represión del terrorismo y del tráfico internacional de armas y de drogas. En la era de la interdependencia global sería anacrónico seguir basando todavía la garantía del orden mundial y el mantenimiento de la paz en el “modelo de Westfalia”. El sistema de equilibrio de Estados soberanos, se nos dice, ya ha cumplido su tiempo: las prerrogativas de independencia de los Estados nacionales aparecen cada vez más como simples veleidades y como obstáculos para la solución de los problemas cruciales para el destino del planeta, comenzando por el de la contención de los particularismos étnicos que amenazan con precipitar al mundo en una guerra civil generalizada.

Por estas razones, los iusglobalistas proponen una reforma de los organismos internacionales que los transforme en auténticos poderes supranacionales, capaces de superponerse a la soberanía de los Estados nacionales y de limitar drásticamente su *domestic jurisdiction*. En concreto, en los ámbitos del mantenimiento de la paz y de la protección de los derechos del hombre, se ha propuesto la creación de organismos supranacionales de carácter policial y judicial, provistos de un poder autónomo de coerción y que, en consecuencia, tendrían a su disposición una fuerza militar internacional.

Hay que reconocer que el “globalismo jurídico” es hoy la línea de teoría del derecho y de política institucional que en buena medida triunfa. Y lo es a pesar de la aparente abstracción de sus tesis y de la escasez de estudios teóricos acerca de la idoneidad de un ordenamiento jurídico supranacional que desarrollase todas las funciones que pretenden atribuirle, y en particular las del mantenimiento de la paz. Un gran número de políticos, juristas, filósofos, moralistas y teólogos occidentales —de Habermas a Rawls pasando por Bobbio, Lyotard, Dahrendorf, Kung..., por citar sólo algunos— han expresado muchas veces la convicción de que la creación de una jurisdicción obligatoria y de una verdadera policía internacional es la única alternativa a la guerra y al desorden internacional (y, en última instancia, a la destrucción del planeta y a la extinción de la especie).

Es una convicción que da por descontada —en una especie de entimema argumentativo general— la “analogía interna” (*domestic analogy*): si es verdad que la centralización jurídica y política ha dado buenos resultados desde el punto de vista de la violencia en el interior de los Estados nacionales, entonces se puede argumentar que la concentración del poder en las manos de una autoridad supranacional suprema es la mejor vía para construir un mundo más seguro, ordenado y pacífico. La premisa tácita de este argumento es la relación de analogía que se establece entre la “sociedad civil” interna de un Estado nacional (occidental) y la denominada “sociedad mundial” contemporánea. Una premisa nada inocente y hoy sin duda muy controvertida: pensemos sólo en las tesis, muy diferentes entre sí, de autores como Serge Latouche, Samuel Huntington y Kenichi Ohmae. Para estos autores no sólo no existe ninguna “sociedad mundial” digna de ser llamada así, sino que están en curso procesos con un elevado potencial destructivo, que tienden a diferenciar, fragmentar y probablemente descomponer la supuesta unidad de la “aldea global”.

Hay que añadir que el éxito del “globalismo jurídico” se ha visto corroborado de forma muy concreta por la evolución de las relaciones internacionales después de la caída del imperio soviético y del fin del mundo bipolar. Se ha consolidado, especialmente a partir de la Guerra del Golfo, la práctica del intervencionismo “humanitario” de las grandes potencias y la tendencia a atribuirse un poder de injerencia, potencialmente universal, en los asuntos internos de los países que sufren crisis sociales o políticas. Pero quizás su éxito más evidente ha sido el representado por la creación, por voluntad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y para Ruanda. A lo que habría que sumar, por su especial significado simbólico, la construcción en La Haya de la primera “cárcel supranacional” puesta a disposición de dicho Tribunal.

Y para los próximos años se anuncia un desarrollo todavía más importante y lleno de futuro: el Tribunal Penal Internacional (International Criminal Court, ICC), cuyo Estatuto fue aprobado en Roma en Julio de 1998, entrará muy pronto en funcionamiento habiendo sido ratificado por casi sesenta países el tratado que lo instituye. A diferencia de todos los anteriores tribunales penales internacionales, este Tribunal no será un órgano temporal y especial, sino que estará dotado de una competencia permanente y universal para la represión de los crímenes contra la humanidad y de los crímenes de guerra cometidos por cualquier habitante del planeta. Y deberá dictar sus sentencias —y es éste un dato de gran relevancia— sobre la base de un Código penal internacional que una autoridad legislativa supranacional deberá promulgar.

2. UN ENFOQUE REALISTA

La perspectiva teórica que unifica los dos próximos apartados —dedicados a la crítica específica del pensamiento internacionalista de Hans Kelsen y Jürgen Habermas— se centrará en dos aspectos del “globalismo jurídico”, uno de carácter más teórico y otro más político.

En primer lugar, hay que someter a crítica la concepción racionalista y normativista del derecho a la que el globalismo jurídico nos remite. Esta filosofía del derecho oculta, en nombre de una visión idealizada de la justicia internacional, la estrecha conexión que une entre sí el derecho internacional, la política internacional y la fuerza militar. Y subestima la compleja interacción entre, por una parte, las estructuras normativas y, por otra, los procesos culturales y económicos. En definitiva, atribuye al derecho, especialmente a la jurisdicción penal, una eficacia regulativa de los fenómenos sociales —incluidos los conflictos civiles y la guerra— que la experiencia histórica parece empeñada cotidianamente en desmentir. En realidad, nada garantiza que una actividad judicial que aplique sanciones, aun las más severas, contra los individuos responsables de los ilícitos internacionales incida en las dimensiones macroestructurales de la guerra, es decir, que pueda actuar sobre las razones profundas de la agresividad humana, del conflicto y de la violencia arma-

da. Y también cabe albergar importantes dudas a propósito de la calidad de una justicia supranacional que se ejercerá, como no puede ser de otra manera, muy lejos y muy por encima de los contextos sociales, culturales y económicos en los que actuaron los sujetos expuestos a sus sanciones.

En segundo lugar, me propongo señalar el prejuicio etnocéntrico (europeo y occidental) de una cultura jurídica que, al tiempo que se genera dentro de un proyecto de unificación del mundo, se muestra particularmente indiferente respecto a tradiciones culturales, políticas y jurídicas distintas de la occidental. Y se trata de culturas y civilizaciones —si pensamos sólo en la India o China— que están muy lejanas del iusnaturalismo, el individualismo y el eficientismo técnico-científico de la civilización occidental y que, por eso, entran a menudo en un abierto conflicto ideológico con ella. Y este argumento vale sobre todo para la doctrina de los derechos humanos que sólo puede ser considerada “universal” en el interior de la *koiné* jurídica y política de occidente.

La premisa de fondo de mi crítica al “globalismo jurídico” es un enfoque realista del problema del orden y la paz internacional, un realismo en la línea tanto de la tradición continental del realismo político, como de la del realismo jurídico americano y escandinavo. Por un lado, se defiende que el orden y la paz internacional no pueden ser garantizados a través de instrumentos coercitivos —jurídicos, económicos o militares— al menos mientras persista el *trend* que hace cada día más agudas las disparidades de poder, de riqueza y de recursos científico-tecnológicos en el horizonte internacional. Por otro lado, se propone una reevaluación de las identidades étnico-nacionales —y por consiguiente también de las funciones de los Estados y de su soberanía, aunque sea “limitada”— en nombre de valores como el pluralismo político y la diferenciación cultural: valores a oponer a la poderosa deriva de la occidentalización del mundo y a la homologación mercantil de los estilos de vida.

3. EL GLOBALISMO JUDICIAL DE HANS KELSEN

En el ensayo *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, escrito durante la primera guerra mundial y publicado en 1920, Kelsen aborda el tema de la naturaleza y de las funciones del ordenamiento jurídico internacional¹. Con indudable originalidad y una imponente construcción teórica, Kelsen propone una perspectiva “monista” tanto frente a la teoría de la primacía del derecho estatal como a la del pluralismo paritario de las fuentes del derecho. Para Kelsen existe un

1. Vid. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Mohr, Tübingen, 1920, trad. it., Giuffrè, Milano, 1989; H. KELSEN, “Les rapports du système entre le droit interne et le droit international public”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 13, 1926, 4; H. KELSEN, “Die Einheit von Völkerrecht und staatlichen Recht”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht*, 19, 1958.

solo ordenamiento jurídico que incluiría en una única jerarquía normativa el derecho interno y el derecho internacional.

El punto de partida, en términos tanto metodológicos como propiamente filosóficos, es la lección racionalista y universalista de Kant. Kelsen hace suya la teoría del conocimiento y la filosofía de la ciencia elaborada por la escuela neokantiana de Marburgo y de ella deduce, siguiendo las lecciones de Rudolf Stammler, los presupuestos centrales de su teoría del derecho. El platonismo (neokantiano) de Hermann Cohen le transmite una preocupación metodológica casi obsesiva: la de eliminar de la ciencia del derecho todo elemento subjetivo para hacer de ella un conocimiento unitario y objetivo, o sea, “puro”. La pureza del conocimiento —defendía Cohen, y repite Kelsen— es su “unidad” según el método de las ciencias deductivas. El conocimiento lógico-matemático, a diferencia de las disciplinas empíricas que estudian los fenómenos naturales, es un conocimiento autónomo por su objeto y por su método, y es, además, un conocimiento trascendental en sentido kantiano, es decir, “originario” y válido en sí mismo, independientemente de cualquier referencia a los contenidos, a la realidad o a la *praxis*².

La unidad del derecho y la correspondiente primacía del derecho internacional significan para Kelsen que el ordenamiento internacional incluye todos los demás ordenamientos, especialmente los derechos estatales, y que está supraordenado a ellos. Entendido como ordenamiento jurídico originario, exclusivo y universal, el derecho internacional es, por tanto, incompatible con la idea de la soberanía de los Estados nacionales y territoriales y de sus ordenamientos jurídicos: ésta es una idea que debe ser “radicalmente abandonada”³.

Para Kelsen el derecho interno de los Estados no es más que un “ordenamiento parcial” en relación a la universalidad del ordenamiento internacional, y es la juridicidad y validez de este último la que confiere validez a los ordenamientos estatales. Por esta razón las normas internas no pueden entrar nunca en contradicción, so pena de nulidad, con las normas internacionales. Y en cuanto al fundamento de la obligatoriedad del derecho internacional, éste no puede ser buscado en algo externo al mismo ordenamiento: su validez debe ser postulada en términos lógico trascendentales como imagen jurídica del mundo y, al mismo tiempo, como reflejo de la unidad moral del género humano.

El vértice de la autorreferencia formalista de la teoría pura del derecho viene así a coincidir, paradójicamente, con la antigua idea teológica de la *civitas maxima* que en la época moderna vuelve a proponer la metafísica ilustrada de Christian Wolf, a la que Kelsen se remite. Al asumirla como fundamento último de su globalismo jurídico, Kelsen observa que esta idea estaba ya presente, antes incluso de que naciese el derecho internacional moderno, en la noción de *imperium romanum*,

2. Vid. las ilustradoras páginas del ‘Prólogo’ en H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, trad. it., cit., pp. IIIb-VIe.

3. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, trad. it., cit., pp. 17-147.

atravesó luego toda la Edad Media y sólo entró en crisis en los albores de la modernidad⁴. Pues bien, piensa Kelsen, la teoría pura del derecho está en condiciones de rescatar esta idea y de probar su validez científica. Y lo hace entendiendo el derecho internacional como “ordenamiento jurídico mundial o universal”. La primacía de este ordenamiento mundial se correspondería así con la idea de una “comunidad jurídica universal de los hombres”, que sobrepasa las comunidades estatales particulares y cuya validez hunde sus raíces en la esfera de la ética⁵. Cuando el ordenamiento soberano del Estado mundial haya absorbido todos los demás ordenamientos, el derecho se habrá convertido en la “organización de la humanidad y, en consecuencia, se identificará con el supremo ideal ético”⁶.

Está claro, por tanto, que a pesar de la pretendida pureza neokantiana de su ciencia del derecho, la opción en favor de la primacía del derecho internacional y en contra de la soberanía de los Estados nacionales en Kelsen es una elección ideológico-política cargada de decisiones metodológicas, asunción de valores e implicaciones éticas. Por un lado, Kelsen asocia la primacía del derecho internacional a una ideología pacifista y antiimperialista que pretende hacer frente a la lógica de poder de las modernas concepciones individualistas-estatalistas y relativistas. Y sin embargo, lo hace remitiéndose a nociones, como la de *imperium romanum* y la de *civitas maxima* que parece difícil asociar a ideales antiimperialistas y pacifistas y que, por lo demás, pueden parecer históricamente superadas desde la desaparición de la *respublica cristiana*, el fin del Imperio medieval y la afirmación, a partir de la paz de Westfalia, del moderno sistema pluralista de Estados soberanos.

Además de esto, Kelsen avanza la propuesta de una “revolución de la conciencia cultural” en un sentido globalista y cosmopolita. Se trata de un auténtico programa de política del derecho que propugna una evolución de la comunidad jurídica internacional desde sus condiciones “primitivas”, impuestas por el dogma de la soberanía estatal, hasta una organización global de la humanidad en la que deberán converger e integrarse, bajo la égida del derecho, la moral, la economía y la política⁷. Se trata, pues, de un programa que repropone en el siglo veinte una doctrina ilustrada y iusnaturalista que se remonta a la Europa del siglo dieciocho.

En *Peace through Law*, Kelsen va un poco más lejos y llega a elaborar el proyecto de una “Liga permanente para el mantenimiento de la paz” que debería garantizar el orden mundial tras la conclusión del fin de la Segunda Guerra Mundial. Kelsen toma prestado de Kant tanto el ideal de la paz perpetua y el modelo federalista, como la idea de un *Weltbürgerrecht*, un “derecho cosmopolita” que incluya como verdaderos sujetos a todos los miembros de la especie humana. Se trata de un proyecto que introduce en el viejo modelo de la Sociedad de Naciones novedades importantes y que vienen a otorgar una relevancia central a las funcio-

4. Vid. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, trad. it., cit., pp. 355-402

5. *Ibidem*, p. 468.

6. *Ibidem*, pp. 300, 468.

7. *Ibidem*, pp. 465-469.

nes judiciales en comparación con las funciones legislativas y de gobierno. El fracaso de la Sociedad de Naciones, afirma Kelsen, se debió a que en el centro de esta organización no estaba el Tribunal de Justicia, sino el Consejo, es decir, una especie de gobierno internacional.

Se cometió así un “error fatal en su construcción” porque la laguna más grave del ordenamiento internacional —la que hace ineficaz la teoría de la “guerra justa”— es precisamente la ausencia de una autoridad judicial. Una paz estable sólo puede ser asegurada por un tribunal de justicia internacional que sea aceptado de forma general y obligatoria como competente para regular los conflictos internacionales, es decir, para pronunciarse de manera imparcial sobre cuál de las partes en un conflicto tiene razón y cuál está equivocada. En ausencia de esta autoridad superior y neutral, cualquier Estado tiene de hecho la competencia para decidir quién ha violado el derecho internacional y recurrir a la guerra o a la represalia contra los presuntos violadores del derecho internacional⁸.

Hay un segundo punto en el que, como es bien conocido, Kelsen pone mucho interés: él defiende que uno de los medios más eficaces para garantizar la paz internacional es la aprobación de normas que establezcan la responsabilidad individual de quien, como miembro de un gobierno o como agente de un Estado, haya recurrido a la guerra violando el derecho internacional y el principio del *bellum iustum*⁹. El tribunal, por tanto, deberá no sólo autorizar la aplicación de sanciones colectivas a los ciudadanos de un Estado sobre la base de su “responsabilidad objetiva”, sino que deberá también procesar y castigar a los ciudadanos personalmente responsables de crímenes de guerra. Y los Estados estarán obligados a entregar al tribunal a los ciudadanos que hayan sido incriminados, los cuales podrán ser sometidos a sanciones, incluida en determinados casos y condiciones la pena de muerte e incluso violando el principio de irretroactividad de la ley penal, con la única condición de que en el momento de su comisión el acto sea considerado como injusto por la moral presente aunque no esté prohibido por ninguna norma jurídica¹⁰.

El pacifismo kelseniano está inspirado en un doble optimismo normativo. Por un lado, parte de la suposición racionalista de que es posible abolir la guerra, desarmar a los Estados, atenuar los conflictos políticos y superar las inmensas disparidades económicas y culturales que surcan el planeta, dando vida a un poder supranacional que se imagina por definición imparcial, racional e inspirado por la moral. Por otro lado, el pacifismo de Kelsen está firmemente convencido de que

8. Vid. H. KELSEN, *Peace through Law*, Garland Publishing, Inc., New York, 1973, pp. 13-5 [Trad. cast., *La paz por medio del Derecho*, Edit. Losada, Buenos Aires, 1946. N. del t.]; H. KELSEN, *Law and Peace in International Relations, The Oliver Wendell Holmes Lectures 1940-41*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1952, pp. 145-68 [Trad. cast., *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1943 y 1986, pp. 177-201. N. del t.].

9. Vid. H. KELSEN, *Peace through Law*, cit., pp. 71 y ss. [Trad. cast., *La paz por medio del derecho*, cit., pp. 117 y ss. N. del t.].

10. *Ibidem*, pp. 87-88 [Trad. cast., cit., pp. 136-140. N. del t.].

una actividad judicial supranacional es mucho más capaz de incidir en las dimensiones macroestructurales de la guerra que la actividad diplomática, política o económica.

4. CUATRO COROLARIOS

La hipótesis “monista” de la unidad del universo jurídico y de la primacía del derecho internacional es indisociable de una serie de asunciones colaterales a las que la construcción kelseniana recurre. Al menos cuatro de entre esos corolarios merecen ser destacados y brevemente discutidos aquí.

1º.—Ante todo, es obvio que Kelsen no puede defender la primacía del derecho internacional sin defender también su juridicidad. Y debe hacerlo para tomar posición contra la tesis de John Austin, que atribuye al ordenamiento internacional el carácter de una especie de “moralidad positiva”, pero no el de un ordenamiento jurídico en sentido estricto. Como es sabido, las dudas sobre la naturaleza jurídica del ordenamiento internacional se han planteado principalmente por la falta de instituciones y de instrumentos sancionadores en el ámbito internacional, o por su carácter descentralizado, fragmentario y poco eficaz.

Kelsen opone a esta tesis un razonamiento complejo. Por un lado, afirma que todo ordenamiento, para ser tal, deber ser un sistema coactivo, y por coacción entiende la amenaza o el uso de la fuerza física. Desde un punto de vista histórico y evolutivo, un sistema jurídico es más perfecto cuanto más sustraído esté el uso de la fuerza a la iniciativa individual y más centralizado esté en órganos especializados como los gobiernos o los tribunales. En este sentido, el Estado nacional moderno, aunque es un ordenamiento parcial, es un sistema jurídico perfecto porque en su interior la pacificación de las relaciones intersubjetivas está garantizada al más alto nivel a través de una elevada centralización del uso de la fuerza¹¹. Por otra parte, Kelsen distingue el aspecto propiamente normativo de la coacción del de su eficacia, considerando a ésta como un mero hecho, y en cuanto tal, irrelevante desde el punto de vista normativo. De lo que se deduce que, para Kelsen, el ordenamiento internacional es jurídico con la única condición de que disponga de medios “normativos” de coacción (aunque sean ineficaces o poco efectivos). En otras palabras, el ordenamiento internacional es jurídico si dicta normas sobre el uso de la fuerza y si sobre la base de esas normas es posible calificar el uso de la fuerza por un Estado contra otro como una sanción o como un ilícito¹².

11. Sobre la idea del derecho como orden social coactivo que tiende en su evolución histórica hacia formas cada vez más centralizadas vid. H. KELSEN, *Law and Peace in International Relations*, cit., pp. 48-51, 56-81 [Trad. cast., *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, cit., pp. 72-79 y 81-87. N. del t.].

12. Vid. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, trad. it., cit., pp. 102-3, 378-93; H. KELSEN, *Les rapports du système entre le droit interne et le droit international public*, cit., p. 134.

El hecho innegable de que la comunidad internacional no presente un nivel de organización sancionadora y coercitiva comparable a la de los Estados —que falten órganos especializados de aplicación del derecho— no excluye la juridicidad de su ordenamiento. Puesto que la comunidad internacional de todas formas dispone de una serie de reglas relativas al uso de la fuerza, lo único que se le puede criticar es que el ordenamiento jurídico internacional es un sistema jurídico imperfecto o “primitivo” debido al carácter descentralizado de su estructura sancionadora. Como todas las sociedades primitivas, la comunidad internacional deja en manos de sus miembros la tarea de usar la fuerza como autodefensa o como resarcimiento forzoso de un daño¹³. Pero no lo hace de forma indiscriminada, sino enunciando ciertas normas que califican como lícito o ilícito el recurso a la violencia. Éstas son las normas codificadas por la tradición del *bellum iustum*, injustamente olvidadas, afirma Kelsen, por los teóricos del derecho internacional. Y la razón de este olvido es que “quien rechaza la teoría del *bellum iustum* rechaza la naturaleza jurídica del derecho internacional”¹⁴.

2º.—La teoría de la “guerra justa”, abandonada por la gran mayoría de los teóricos positivistas como un residuo doctrinal premoderno, es retomada con fuerza por Kelsen, aunque en una versión simplificada y estilizada. La guerra, sostiene Kelsen, es un fenómeno tradicionalmente objeto de consideración ética, y la ética internacional, después del paréntesis del siglo diecinueve, está volviendo a ser objeto de una atenta consideración. Esta tendencia no debe ser infravalorada, nos advierte, porque la ética internacional es el terreno que alimenta el crecimiento del derecho internacional: todo lo que se considera justo tiene bastantes probabilidades de convertirse en derecho internacional¹⁵.

Considerada en sentido positivo, la guerra se configura como un instrumento coercitivo introducido en el ordenamiento jurídico internacional contra quien viole sus normas. En este caso, la guerra desarrolla la función de una sanción jurídica cuya aplicación es dejada a la discrecionalidad de cada uno de los miembros de la comunidad internacional. Pero es una sanción —y en consecuencia un comportamiento jurídico, un comportamiento debido— con la condición de que sea “justa”, es decir, de que sea un acto de reacción (represalia, reparación, etc.) ante un ilícito internacional, y de que sea llevada a cabo por el Estado víctima o por otros Estados que intenten ayudarlo militarmente. Fuera de esta hipótesis de *iusta causa belli*, la

13. Vid. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, trad. it., cit., pp. 380, 391-393; H. KELSEN, “Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 42, 1932, 4, p. 131.

14. Vid. H. KELSEN, *The Legal Process and International Legal Order*, cit., p. 13. Sobre el tema de la teoría de la guerra justa en Kelsen vid. F. RIGAUX, “Hans Kelsen e il diritto internazionale”, *Ragion pratica*, núm. 4, 1996, pp. 91-8; C. LEBEN, “Un commento a Rigaux”, *ibidem*, pp. 107-9.

15. Vid. H. KELSEN, *Law and Peace in International Relations*, cit., pp. 36-37 [Trad. cast., *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, cit., pp. 60-61. N. del t.].

guerra es un uso ilegítimo de la fuerza y, por tanto, calificable como un ilícito internacional¹⁶.

3º.—El tercer corolario de la tesis de la unidad del ordenamiento jurídico y de la correspondiente primacía del derecho internacional, es la igualdad formal de todos los Estados (al menos, hasta que los Estados sean absorbidos por el ordenamiento global de la *civitas maxima*). Según Kelsen, si prescindimos de la hipótesis monista es lógicamente inconcebible lo que para él constituye la esencia misma del ordenamiento internacional, esto es, la idea de una comunidad de Estados dotados de iguales derechos a pesar de sus diferencias desde el punto de vista territorial, de población y de poder¹⁷.

4º.—El cuarto corolario se refiere a la cuestión de la subjetividad jurídica internacional. De la negación de la soberanía de los Estados y del reconocimiento de la unidad moral y jurídica de la humanidad se deriva por necesidad lógica, argumenta Kelsen, el rechazo de la concepción tradicional grociana del derecho internacional como un ordenamiento cuyos sujetos son exclusivamente los Estados. Según esta visión, el derecho internacional se refiere sólo a las relaciones entre los Estados nacionales y eventualmente a las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales que aquéllos hayan constituido mediante un pacto: no abarcaría, por tanto, ni las relaciones entre los Estados y sus ciudadanos ni, con mayor razón, las relaciones entre los ciudadanos de un Estado y los organismos internacionales. Según esta teoría, los comportamientos relevantes para el derecho internacional deben ser imputados no a los individuos particulares, aunque siempre sean los individuos los que los llevan a cabo, sino a los Estados a los que dichos individuos pertenezcan como súbditos o como ciudadanos. Así pues, los individuos están privados de subjetividad jurídica en el ordenamiento jurídico internacional y, por lo general, no están directamente vinculados por sus normas ni expuestos a sus sanciones.

Para Kelsen, por el contrario, no es posible que no sean sujetos de derecho internacional, además de los Estados, los individuos particulares, y en consecuencia las normas del derecho internacional deben regular también las acciones de los individuos y asignar consecuencias directas frente a ellas. Para Kelsen es prioritario establecer el deber de obediencia de todos los sujetos humanos a las normas internacionales¹⁸.

16. Vid. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, trad. it., cit., pp. 387-393. Un tratamiento amplio y sistemático del tema del *bellum iustum* puede encontrarse en H. KELSEN, *Law and Peace in International Relations*, cit., pp. 36-55 [Trad. cast., *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, cit., pp. 59-79. N. del t.].

17. Vid. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, trad. it., cit., pp. 299-300, 370-1.

18. Vid. H. KELSEN, *Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis*, cit., pp. 301-3.

Los cuatro corolarios que Kelsen deduce de la primacía del derecho internacional han sido criticados desde diversos puntos de vista, tanto en sus aspectos formales como por los juicios de valor a los que implícita o explícitamente remiten. Así, se ha afirmado que Kelsen deduce arbitrariamente del ordenamiento jurídico estatal la idea de que no existe derecho en ausencia de un ejercicio sancionador de la fuerza física¹⁹. No hay duda de que Kelsen abusa de la “analogía interna” (*domestic analogy*) cuando juzga como primitivo el estadio en el que se encuentra el derecho internacional. De hecho, asume que para llegar a ser “maduro”, es decir, plenamente jurídico, el ordenamiento jurídico debe desarrollarse hasta satisfacer los mismos criterios que determinan el carácter jurídico de un ordenamiento estatal. Pero mientras el monopolio del ejercicio de la coacción física (o de la amenaza de su ejercicio) es sin lugar a dudas una característica sobresaliente de los ordenamientos estatales, no se puede negar que existen sistemas normativos eficaces, como el de la Iglesia romana por ejemplo, que aplican sanciones sin recurrir a la coacción física y sin amenazar siquiera con ella. Y también en el plano internacional existen ordenamientos, como entre otros el sistema de las organizaciones deportivas profesionales, que aplican exclusivamente sanciones pecuniarias o sanciones de expulsión de la organización o de exclusión de sus beneficios²⁰. En otras palabras, podría decirse que el monismo jurídico y político de Kelsen, en la misma medida en que se opone a la soberanía de los Estados, tiende a concebir el ordenamiento internacional precisamente bajo la forma estatal.

También ha sido puntual la crítica del intento de Kelsen de introducir en su teoría “pura” del derecho la noción ético-teológica de “guerra justa” como fundamento del carácter jurídico del derecho internacional. Es sin duda paradójico que un autor que se remite a ideales pacifistas y antiimperialistas —y que hace de la paz el fin último del derecho— asuma la guerra (justa) como condición de la juridicidad del ordenamiento internacional (y, por consiguiente, dada su concepción monista, del derecho *tout court*)²¹.

En cuanto al corolario que deduce la igualdad jurídica de los Estados de la primacía del derecho internacional, se puede señalar que Kelsen, en su tratado dedicado a la estructura normativa de las Naciones Unidas, *The Law of the United Nations*, sólo dedica un comentario blando al carácter formalmente desigual y

19. Vid. F. RIGAUX, “Hans Kelsen e il diritto internazionale”, cit., pp. 94-8; C. LEBEN, “Un commento a Rigaux”, cit., pp. 106-9.

20. Vid. F. RIGAUX, “Hans Kelsen e il diritto internazionale”, cit., pp. 94-7; C. LEBEN, “Un commento a Rigaux”, cit., pp. 118-20.

21. De esta paradoja parece darse cuenta Kelsen, aunque sea parcial y tardíamente, en *Principles of International Law*, cit., pp. 29-33. En este texto, aunque continúa adhiriéndose a la teoría de la “guerra justa”, Kelsen reconoce que la aplicabilidad práctica de la teoría es problemática en ausencia de una autoridad superior y neutral que tenga el poder de calificar los actos de guerra como justos o injustos. Así como reconoce la importancia de la objeción que surge de la circunstancia de que sólo un Estado más fuerte que el Estado adversario está en condiciones de usar la guerra como instrumento legítimo de coerción.

jerárquico de esta institución²². En este texto de 1950, Kelsen no dice prácticamente nada del “plusvalor jurídico” que algunos años antes la Carta de las Naciones Unidas había otorgado a las cinco potencias vencedoras de la segunda guerra mundial. Por lo demás, en su propio proyecto de una “Liga permanente para el mantenimiento de la paz”, publicado en 1944 como apéndice a *Peace through Law* —y por tanto antes de la creación de las Naciones Unidas—, Kelsen ya había previsto la institución de “miembros permanentes” del Consejo de la Liga siguiendo el modelo del *Covenant* de la Sociedad de Naciones²³.

Pero el punto que vale la pena subrayar por encima de todo, también porque hasta ahora ha sido olvidado por la crítica, es la estridente contradicción entre la exigencia kelseniana de que los individuos también sean considerados sujetos del ordenamiento internacional y la idea de que la guerra pueda ser una sanción “justa” de derecho internacional frente a los Estados (y a sus ciudadanos) que hayan utilizado la fuerza ilícitamente. Entendida como sanción jurídica, la guerra es en el fondo la ejecución de una pena capital colectiva sobre la base de una presunción de responsabilidad penal de todos los individuos que hayan actuado en las organizaciones militares del Estado que se pretende castigar, desde el Jefe de Estado Mayor hasta el último soldado raso. Además no podemos olvidar que en las condiciones modernas la sanción bélica afecta de forma indiscriminada tanto a los responsables de los comportamientos que se juzgan delictivos, como a una gran cantidad de sujetos ajenos por completo a las decisiones y a las operaciones bélicas, e incluso en algunos casos a las propias víctimas del poder totalitario de la *élite* política interna que desencadenó la guerra. Desde el punto de vista de sus consecuencias destructivas, la guerra moderna —carente de reglas, de medida y de proporción— no es fácilmente distinguible del terrorismo internacional (y quizás sea oportuno recordar que Kelsen escribe *Peace through Law* justamente en los años en los que la guerra “justa” de los Aliados se está terminando con los bombardeos terroristas de ciudades alemanas como Dresde, Hamburgo y Berlín, y después con el lanzamiento de las bombas atómicas sobre Japón). Con argumentos análogos a los usados por Kelsen se podría, pues, proponer una teoría del “terrorismo justo” como sanción jurídica internacional y defender que una acción terrorista pueda ser un acto jurídico válido.

Pero, aparte de este argumento formal, cabría incluso llegar a dudar de que Kelsen siga siendo fiel a una inspiración liberal y democrática cuando concibe la guerra como una sanción penal, aunque técnicamente primitiva, que afecta a la vida, la libertad y los bienes de los individuos por la simple razón de su pertenencia a un determinado Estado, o sea, prescindiendo de cualquier tipo de responsabilidad personal. Un individuo, escribe Kelsen, puede ser legítimamente castigado “sobre la base de la llamada ‘responsabilidad objetiva’ (*absolute liability*) aunque

22. H. KELSEN, *The Law of the United Nations*, Frederick A. Praeger, New York, 1950.

23. Vid. H. KELSEN, *Peace through Law*, cit., pp. 58, 135 [Trad. cast., *La paz por medio del derecho*, cit., pp. 102-104. N. del t.].

no haya actuado de manera voluntaria o dolosa, y sin que exista por su parte culpa o negligencia”²⁴. A esto podría añadirse que Kelsen afirma en ese mismo texto que en el plano internacional es impracticable el principio democrático de “un hombre, un voto”, porque si se aplicase en la elección de un parlamento mundial, las potencias demográficas como China y la India gozarían de una representación tres veces superior a la de los Estados Unidos e Inglaterra juntos²⁵. En consecuencia, el internacionalismo jurídico de Kelsen desatiende dos principios fundamentales de la tradición liberal democrática: el carácter personal de la responsabilidad penal y la titularidad del poder constituyente.

5. HABERMAS Y EL DERECHO COSMOPOLITA

En un ensayo dedicado a un texto clásico del pacifismo y del internacionalismo europeo —*Zum ewigen Frieden* de Kant— aparecido en 1995 en *Kritische Justiz*²⁶, Jürgen Habermas nos ofrece la clave para entender qué es lo que piensa hoy sobre temas como el problema de la paz, la teoría de los derechos humanos, la perspectiva de una ciudadanía universal y las tareas de las instituciones internacionales.

Un tema al que Habermas vuelve con insistencia es el de la necesidad de reforzar las instituciones internacionales. Kant había lanzado la idea de un ordenamiento jurídico global (*ein globaler Rechtszustand*) que uniera a los pueblos y aboliese la guerra. La propuesta kantiana, sostiene Habermas, debe ser asumida y radicalizada. El proyecto de una “Liga de los pueblos” que uniese entre sí a los Estados soberanos tiene que traducirse en el proyecto “cosmopolita” de un “Estado de los pueblos” (o “Estado cosmopolita”) que limite y al final absorba completamente la soberanía de los Estados nacionales. Y en esta dirección deben ser reformadas, sobre todo, las Naciones Unidas. Éstas se muestran hoy inadecuadas para hacer frente a la situación internacional creada por la caída del imperio soviético y el fin de la Guerra Fría. La Guerra del Golfo de 1991 mostró, según Habermas, que la turbulencia de las relaciones internacionales, debida a los desequilibrios económico-sociales que dividen el planeta, exige no sólo un aumento del prestigio y de la autoridad de las Naciones Unidas, sino también que sean potenciadas

24. Vid. H. KELSEN, *Peace through Law*, cit., pp. 72-3 («That an individual is to be punished although he has not acted wilfully and maliciously or with culpable negligence, so-called ‘absolute liability’, is not completely excluded, even in modern criminal law»). Sobre el tema de la ‘responsabilidad objetiva’ en el derecho interno y en el derecho internacional vid., también, H. KELSEN, *Law and Peace in International Relations*, cit., pp. 96-106 [Trad. cast., cit., pp. 119. N. del t.].

25. Vid. H. KELSEN, *Peace through Law*, cit., p. 10 [Trad. cast., cit., p. 35. N. del t.].

26. Vid. J. HABERMAS, “Kants Idee des Ewigen Friedens — aus dem historischen Abstand von 200 Jahren”, *Kritische Justiz*, 28, 1995, pp. 293-319, incluido posteriormente en J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a. M., 1996 [Existe traducción castellana, “La idea kantiana de la paz perpetua desde la distancia histórica de 200 años” en J. HABERMAS, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós, Barcelona, 1999, pp. 148-188. N. del t.].

militarmente. Una vez superado el esquema bipolar del equilibrio mundial —y las nefastas divisiones internas que provocó en el Consejo de Seguridad— es necesario que las Naciones Unidas ejerzan plenamente el poder ejecutivo y militar que la Carta les habían conferido, pero que el conflicto entre las grandes potencias había terminado por desvanecer.

Lo que para Habermas es importante y posible es que las grandes potencias industriales acuerden dotar a las Naciones Unidas de una fuerza política y militar considerable, comprometiéndose al mismo tiempo a mantener entre sí relaciones pacíficas. Un orden mundial pacífico (*Weltfriedensordnung*) será posible en la práctica, como de alguna manera ya había intuido Kant, cuando las grandes potencias hayan dejado de ser agresivas y dentro de ellas se hayan asentado culturas políticas “republicanas”, es decir, liberales y pacifistas. Esta expectativa estaría siendo corroborada, afirma Habermas, por la evolución a largo plazo de las ideologías dominantes en las democracias del bienestar: las pretensiones nacionalistas están hoy agotadas y no es probable que en un futuro próximo exploten guerras de tipo clásico. Y si es cierto que los Estados democráticos son menos propensos a la guerra que los Estados despóticos y totalitarios, también lo es, sostiene Habermas, que las guerras que aquéllos llevan a cabo son de carácter diverso: la opinión pública interna les exige que el recurso al uso de la fuerza militar no esté inspirado únicamente en el particularismo de la razón de Estado, sino que favorezca la difusión internacional de formas de Estado y de gobierno no autoritarias. Los gobiernos de los países democráticos pueden verse empujados por la presión de la opinión pública interna a adoptar “políticas altruistas” (*selbstlosen Politiken*)²⁷.

La reforma de las Naciones Unidas debería encaminarse, en consecuencia, a hacer de dicha organización la sede de una policía internacional, es decir, de “fuerzas armadas neutrales de intervención rápida” organizadas y financiadas por las grandes potencias con el objetivo de realizar “un orden cosmopolita justo y pacífico”. Sin su disponibilidad a colaborar, cualquier sistema internacional por fuerza seguirá siendo débil, como lo han sido hasta ahora las Naciones Unidas. Por tanto, la tarea de garantizar el orden y la paz internacional corresponde a las grandes potencias.

Estas transformaciones institucionales deberán incidir en la soberanía interna y externa de los Estados nacionales, limitándola drásticamente. El derecho cosmopolita debe ser institucionalizado de forma que obligue a los gobiernos a respetar sus normas bajo la amenaza de sanciones. Sólo así el frágil sistema westfaliano de equilibrio entre los Estados soberanos preocupados exclusivamente de su propia autoafirmación se transformará en una federación dotada de instituciones comunes que desarrollen funciones estatales, o sea, que regulen jurídicamente las relaciones entre sus miembros e impongan el respeto de las reglas. En esta dirección cosmopolita tienen que ser superadas también, según Habermas, las mismas ambigüeda-

27. Vid. J. HABERMAS, “Kants Idee des Ewigen Friedens”, cit., pp. 298, 307 [Trad. cast., *La inclusión del otro*, cit., pp. 154-155, 170. N. del t.].

des de la Carta de las Naciones Unidas, que al tiempo que atribuye al Consejo de Seguridad amplios poderes de intervención militar con el fin del restablecimiento de la paz, prohíbe de forma contradictoria cualquier tipo de intervención en los asuntos internos de un Estado y reconoce en general a los Estados el derecho a la autodefensa militar²⁸.

Un segundo tema al que Habermas dedica mucha atención es el de la protección de los derechos humanos. La tesis habermasiana es que su tutela no puede dejarse en manos de los Estados nacionales, sino que debe ser confiada cada vez más a organismos supranacionales. También por esta razón es necesaria una aceleración del proceso de transición del “derecho internacional” al “derecho cosmopolita”.

La premisa general de esta tesis es (1) la universalidad de la doctrina de los derechos humanos. Un corolario fundamental de la misma es (2) la atribución de la condición de sujeto del derecho internacional (o bien del “derecho cosmopolita”) a todos los habitantes del planeta como un derecho originario que pertenece a toda persona “en cuanto ser humano”. Y, por último, su principal consecuencia práctica es (3) la exigencia de que en el ámbito de las Naciones Unidas se creen nuevos órganos ejecutivos y judiciales que tengan el poder de constatar las violaciones de los derechos humanos y se organicen fuerzas de policía judicial a disposición de los Tribunales internacionales ya existentes para la represión de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad²⁹.

Intentemos analizar estos tres puntos. Habermas se enfrenta sobre todo al tema de la fundamentación cognitiva y normativa de los derechos humanos³⁰. Su preocupación principal es excluir que la doctrina de los derechos humanos esté tan asociada a los patrones de la racionalidad occidental que no sea posible proponérsela a la universalidad de los hombres sin caer en alguna forma de imperialismo cultural. Habermas es muy consciente de este riesgo y a pesar de ello no renuncia a interpretar la teoría de los derechos humanos como un núcleo de intuiciones morales en el que confluyen las grandes religiones universalistas del planeta: un núcleo que goza, por tanto, de una universalidad trascendental, mucho más allá de los procesos históricos y culturales de Occidente.

Pero existe un segundo orden de argumentos, de carácter pragmático, que según Habermas pueden ser hechos valer en favor de la tesis de la universalidad de la teoría de los derechos fundamentales. Su universalidad residiría en el hecho de que sus patrones normativos están mucho menos ligados a los particularismos de la

28. Vid. J. HABERMAS, “Kants Idee des Ewigen Friedens”, cit., pp. 302-3 [Trad. cast., *La inclusión del otro*, cit., pp. 162-163. N. del t.].

29. Vid. J. HABERMAS, “Kants Idee des Ewigen Friedens”, cit., pp. 303-5 [Trad. cast., *La inclusión del otro*, cit., pp. 163-166. N. del t.].

30. Vid. J. HABERMAS, “Kants Idee des Ewigen Friedens”, cit., p. 307 [Trad. cast., *La inclusión del otro*, cit., pp. 169-170. N. del t.]; J. HABERMAS, “Legittimazione in forza dei diritti umani”, *Fenomenologia e società*, 20, 1997, 2, pp. 7-13.

tradición cultural de Occidente que a la necesidad de responder a los desafíos de la modernidad y de la creciente complejidad social que ésta comporta. La condición moderna es ya un hecho global al que tienen que hacer frente todas las culturas y religiones universales, no sólo la civilización occidental. En las sociedades complejas modernas —estén en Asia o en Europa— no existen equivalentes funcionales que puedan sustituir al derecho en su capacidad de lograr una “abstracta” integración social de sujetos entre sí “extraños”. En este sentido, el derecho moderno occidental, con sus normas al mismo tiempo coercitivas y garantes de la libertad individual, es un aparato normativo técnicamente universal y no la expresión de una ética particularista³¹.

También en el tema de los derechos humanos, sostiene Habermas, es necesario seguir la lección de Kant e intentar al mismo tiempo superarla. Kant había concebido la unión cosmopolita como una federación de Estados, no de ciudadanos del mundo. Al hacer esta elección Kant fue incoherente con su tesis general según la cual todo ordenamiento jurídico, y no sólo el interno de los Estados, remite en última instancia a un derecho originario de los sujetos individuales: cada individuo tiene derecho a las mismas libertades sobre la base de leyes universales. Esta fundamentación individualista del derecho moderno, sostiene Habermas, deber ser mantenida también para el derecho internacional. Los derechos fundamentales exigen, en virtud de su contenido semántico, una sociedad cosmopolita. La autonomía de los ciudadanos no puede ser mediada por la soberanía de un Estado, la autonomía supera el particularismo nacional y puede volverse, en nombre del derecho cosmopolita, en contra del Estado mismo³².

Por último, insiste Habermas, es necesario confiar a las Naciones Unidas amplios poderes ejecutivos y judiciales para que puedan garantizar una tutela efectiva de los derechos humanos. Si se quiere que los derechos fundamentales gocen de la eficacia *erga omnes* propia del derecho positivo no podemos quedarnos en la constitución de tribunales internacionales carentes de jurisdicción obligatoria. A pesar de que la Carta de las Naciones Unidas imponga a sus miembros el respeto de los derechos humanos y confíe su defensa a organismos internacionales como la Comisión de Derechos Humanos, no existe todavía, observa Habermas, un tribunal permanente que enjuicie los casos de violación de los derechos humanos. Esta jurisdicción universal y obligatoria debe ser creada urgentemente, como Hans Kelsen proponía en *Peace through Law*³³. Y es necesario que las Naciones Unidas intervengan incluso militarmente en la represión de las violaciones de los derechos humanos usando fuerzas armadas puestas bajo su mando directo.

31. Vid. J. HABERMAS, “Legittimazione in forza dei diritti umani”, cit., pp. 8 y ss.

32. Vid. J. HABERMAS, “Kants Idee des Ewigen Friedens”, cit., pp. 303-4 [Trad. cast., *La inclusión del otro*, cit., pp. 163-166. N. del t.].

33. Vid. J. HABERMAS, “Kants Idee des Ewigen Friedens”, cit., p. 308 [Trad. cast., *La inclusión del otro*, cit., pp. 171-172. N. del t.]; H. KELSEN, *Peace through Law*, cit. [Trad. cast., *La paz por medio del Derecho*, cit. N. del t.].

Un tercer tema que recorre frecuentemente los textos habermasianos es el de la “ciudadanía cosmopolita”, también éste de evidente ascendencia kantiana. La tesis de Habermas es que una concepción democrática del Estado de derecho puede —y debe— preparar el camino al estatuto de la ciudadanía cosmopolita que hoy se perfila en las comunicaciones políticas a escala planetaria. La Guerra de Vietnam, las transformaciones revolucionarias de la Europa del Este y la Guerra del Golfo son ya, dice Habermas, “acontecimientos cosmopolitas”. Lo son porque los *mass media* electrónicos los han hecho presentes en una esfera pública planetaria. Según Habermas, en el marco cosmopolita de la comunicación electrónica ya se está haciendo realidad aquella idea de “opinión pública mundial” que ya Kant había entrevisto como contexto de la Revolución Francesa. La organización cosmopolita del planeta no es ya una quimera: ciudadanía nacional y ciudadanía cosmopolita tienden a unirse en un *continuum* social y político. Y en esta misma dirección también se inscribiría la difusión del fenómeno de las agregaciones regionales, cuyo caso más típico es el de la Unión Europea³⁴. Se podría hablar ya de una “sociedad mundial” (*Weltgesellschaft*) basada en la globalización de las comunicaciones y de los mercados³⁵.

En este sentido se puede mantener, según Habermas, que ya ha empezado la superación del anárquico “estado de naturaleza” que caracterizó durante siglos las relaciones entre los Estados nacionales. Los Estados pueden todavía hacer la guerra entre ellos, pero está ya muy próxima la extinción de su *domestic jurisdiction*. La globalización económica y financiera pone en discusión los presupuestos mismos del derecho internacional clásico, es decir, la soberanía de los Estados nacionales y la separación tajante entre política interna y política exterior. Los Estados se ven hoy inducidos a usar formas de *soft power*, renunciando a la imposición directa de sus objetivos a través de la amenaza del uso de la fuerza (*hard power*). El marco clásico de la política de potencia se ha modificado profundamente no sólo gracias a la influencia de puntos de vista normativos ligados a la política de democratización y de defensa de los derechos humanos, sino gracias también a la creciente difusión de poderes supranacionales, durante un tiempo concentrados en las manos de un restringido número de potencias mundiales³⁶. En suma, estamos en pleno desarrollo de un proceso de transición del derecho internacional westfaliano a un nuevo “derecho cosmopolita” que se corresponde con la dimensión social y comunicativa de la ciudadanía universal.

34. Habermas se muestra a favor de los procesos de unificación regional —especialmente del europeo— entendidos como etapas en la dirección cosmopolita, vid. J. HABERMAS, “Kants Idee des Ewigen Friedens”, cit., p. 307 [Trad. cast., *La inclusión del otro*, cit., pp. 169-170. N. del t.].

35. Vid. J. HABERMAS, “Kants Idee des Ewigen Friedens”, cit., p. 306 [Trad. cast., *La inclusión del otro*, cit., p. 167. N. del t.].

36. Vid. J. HABERMAS, “Kants Idee des Ewigen Friedens”, cit., p. 299 [Trad. cast., *La inclusión del otro*, cit., p. 157. N. del t.].

6. UNA RADICALIZACIÓN DE LA TRADICIÓN KANTIANA

Si las cosas están planteadas en estos términos, el internacionalismo habermasiano nos propone una fuerte radicalización en sentido cosmopolita de la tradición kantiana. Y son por tanto posibles, en nombre de una interpretación realista de las relaciones internacionales, algunas observaciones críticas acerca del optimismo y del idealismo globalistas característicos de este cosmopolitismo radical.

La primera observación se refiere a la simpatía con que Habermas ve los fenómenos de la globalización económica y comunicativa, que él interpreta como aspectos de un proceso evolutivo, imparable y universal, de secularización y modernización del mundo. En la interpretación de Habermas, la modernidad parece haber perdido cualquier vínculo histórico con Occidente y parece imponer sus modelos de racionalidad social a todas las culturas y civilizaciones por igual. Y no sólo eso: para Habermas este proceso conlleva al menos dos ventajas a largo plazo. Por un lado, da vida a una esfera pública planetaria que sienta las bases para el advenimiento de una comunicación política universal y, en esa perspectiva, de una democracia transnacional. Por otro lado, difunde la técnica de integración social propia del derecho moderno (occidental) y, en consecuencia, extiende la tutela de los derechos subjetivos implícita en esta técnica.

A esta interpretación se le puede contraponer la tesis según la cual los procesos de modernización imponen una “occidentalización del mundo” y una “criollización” de las culturas indígenas, porque exportan y convierten en dominantes la ciencia, la tecnología, la industria, la burocracia y los medios de comunicación occidentales. Según algunos sociólogos de la globalización, Mike Featherstone y Bryan Turner por ejemplo, este proceso de homologación planetaria de los modelos de existencia, de los estilos de pensamiento y de las prácticas productivas no puede ser interpretado como una tendencia hacia la integración cultural de la sociedad mundial, como la formación de una *global civil society*. Se trataría más bien de formas de penetración que pueden rozar los límites de un auténtico “etnocidio” y que en cualquier caso no producen orden e integración comunitaria, sino contaminación, resistencia y desorden³⁷.

En segundo lugar, es lícito dudar de que el proceso de modernización económica que han sufrido las culturas no occidentales lleve unida una extensión de la tutela de los derechos fundamentales, como si la globalización de los mercados realizase *eo ipso* el universalismo de los derechos. La experiencia de los países asiáticos de industrialización reciente —inspirada en el “modelo Singapur” del que ha hablado Ralf Dahrendorf— parece demostrar que la economía de mercado y el desarrollo de las tecnologías informáticas más sofisticadas pueden convivir con regímenes autoritarios que rechazan la ideología occidental de los “derechos del

37. Vid. M. FEATHERSTONE (ed.), *Global Culture, Nationalism, Globalization ad Modernity*, Sage Publications, London, 1991; B. S. TURNER, *Theories of Modernity and Postmodernity*, Sage Publications, London, 1990.

hombre” y su pretensión de universalidad. Y es igualmente también dudoso que la tutela de los derechos subjetivos pueda ser considerada como una derivación puramente técnica del formalismo jurídico, y no como un principio que tiene profundas raíces en la tradición ética y filosófico-política occidental. Precisamente Habermas ha escrito páginas convincentes sobre la relación entre la filosofía europea del “derecho natural” y el derecho positivo moderno y sobre la “impregnación ética” del Estado de Derecho.

Un análisis realista de los procesos de globalización en curso aconsejaría, por el contrario, una actitud más prudente acerca de las perspectivas de una realización efectiva del proyecto cosmopolita. Como ha mostrado Kenichi Ohmae, existen poderosas fuerzas tanto en Occidente como en Oriente que se oponen a ese proyecto en nombre de la soberanía de las leyes económicas que gobiernan los mercados globales³⁸. Y, en consecuencia, podría resultar peligrosa una interpretación que dedujese de los actuales procesos de globalización la exigencia de un desmantelamiento del sistema westfaliano de Estados soberanos. Por lo menos se debería tener en cuenta el hecho de que la creciente diferenciación de los ritmos del “desarrollo humano” en las diversas áreas continentales del planeta se ve en muchos casos favorecida por esos mismos procesos de globalización de la economía internacional y por la escasa capacidad de defensa de las economías propias por parte de los Estados (los más débiles y pobres)³⁹. Como tampoco debería eliminarse del horizonte cosmopolita la variable del terrorismo internacional como réplica inevitable a una ulterior concentración del poder internacional en manos de las grandes potencias.

7. CONCLUSIÓN

Sería un error subestimar la importancia que la doctrina occidental del “globalismo jurídico” ha asumido tras la caída del imperio soviético y el fin del bipolarismo. Su relevancia internacional depende seguramente de la hegemonía económico-militar de Occidente, además de la influencia de los procesos de globalización que parecen exigir la unificación a escala planetaria de las estructuras normativas y jurisdiccionales. Pero depende además de la circunstancia de que se trata de una filosofía del derecho orientada a legitimar las instituciones internacionales hoy existentes y de modo particular sus más recientes desarrollos “humanitarios” y judiciales.

Pero este innegable éxito no atenúa, en mi opinión, la debilidad de una teoría que no obstante sus aspiraciones cosmopolitas permanece todavía anclada en la

38. Vid. K. OHMAE, *The End of the Nation State. The Rise of Regional Economies*, The Free Press, New York, 1995.

39. Vid. R. GILPIN, *The Political Economy of International Relations*, Princeton University Press, Princeton, 1987; P. HIRST, G. THOMPSON, *Globalization in Question*, Polity Press, Cambridge, 1996.

cultura de la vieja Europa y en el iusnaturalismo clásico-cristiano. La idea del derecho internacional que propone es indisociable de una visión ideológico-metafísica —reflejada en la noción de *civitas maxima*— que establece como fundamento de la comunidad jurídica internacional la doble creencia en la naturaleza moral del hombre y en la unidad moral del género humano.

Esta filosofía del derecho está dominada por la idea kantiana y neokantiana de que el progreso de la humanidad sólo es posible bajo la condición de que algunos principios éticos sean compartidos por todos los hombres y que sean hechos valer por poderes supranacionales que trasciendan el “politeísmo” de las convicciones éticas y de los ordenamientos normativos hoy existentes. No es casualidad que la doctrina individualista-liberal de los derechos humanos —también ella, como Kelsen reconoció, de impronta iusnaturalista— sea hoy presentada de forma obsesiva a las culturas no occidentales como la constitución política del mundo. E incluso el fenómeno de la guerra se achaca a la situación de “anarquía” que, según esta filosofía monista, caracterizaría desde hace por lo menos tres siglos las relaciones entre los Estados. Un orden mundial justo y una paz estable y universal pueden ser garantizados, no dejan de repetir los globalistas, solamente por una jerarquía de poderes supranacionales, por una legislación universal (inspirada en la ética hebraico-cristiana) y por una jurisdicción penal obligatoria.

A este modelo iusglobalista y cosmopolita se le puede oponer la idea, que Bull expone en *The Anarchical Society*⁴⁰, de un “orden político mínimo”. Bull expresaba su desconfianza en la hipótesis de una autoridad mundial a la que se confiase, según la ideología de los *western globalists*, la tarea de garantizar, además de una paz estable y universal, la justicia distributiva, el desarrollo económico, la protección internacional de los derechos subjetivos, el equilibrio ecológico del planeta, la contención del crecimiento demográfico, etc. Una autoridad cosmopolita de este tipo, incluso la más democrática, no podría dejar de ser intensamente invasiva e intervencionista y amenazar, por tanto, la integridad y la autonomía de las civilizaciones y de las culturas.

Inspirándose en esta opción neo-grociana y realista se podría defender que el derecho internacional debe orientarse hacia la constitución de una “sociedad jurídica” que sea capaz de coordinar a los sujetos de la política internacional según una lógica de subsidiaridad normativa respecto a la competencia de los ordenamientos estatales. Y ello concediendo una cantidad limitada de poder propiamente supranacional a órganos centralizados, y permitiendo únicamente un recurso mínimo a las intervenciones coercitivas que no sean autorizadas por la comunidad internacional caso por caso y sobre la base del principio de la “igual soberanía” de todos sus miembros.

En este sentido es en el que puede ser propuesta la expresión “derecho supranacional mínimo”: según una lógica federalista aplicada a las relaciones entre

40. Vid. H. BULL, *The Anarchical Society*, Macmillan, Londres, 1977, pp. 284-95, 302-305.

competencias normativas de los Estados nacionales y competencias normativas de órganos supranacionales, este derecho dejaría un amplio espacio a las funciones de la *domestic jurisdiction*, sin pretender sustituirla o sofocarla con organismos normativos o judiciales supranacionales. En otras palabras, el “orden político mínimo” —precisamente para ser tal, es decir, mínimo— debería basarse en una especie de “regionalización policéntrica” del derecho internacional, más que en una estructura jerárquica que correría el riesgo de provocar la revuelta de las “periferias”.

Éste es, en mi opinión, un punto de gran importancia tanto por la razón general del respeto a las diferentes tradiciones culturales, políticas y jurídicas, como sobre todo por lo que se refiere a la protección de los derechos subjetivos. En efecto, todavía está por demostrar que la tutela internacional de los derechos de libertad —objetivo que en la tradición europea, continental y anglosajona está celosamente confiado a las estructuras del Estado de Derecho (o *rule of law*)— pueda ser transferida útilmente a organismos supranacionales. Sería contradictorio y arriesgado confiar la protección de los derechos subjetivos a la competencia exclusiva —o aunque sea sólo predominante— de organismos judiciales distintos de los nacionales, incluso en la hipótesis de que fuesen los órganos políticos y judiciales de un Estado nacional los que violasen los derechos de libertad de los ciudadanos. En efecto, es ilusorio pensar que, salvo excepciones irrelevantes, la tutela de las libertades fundamentales pueda ser garantizada eficazmente en el ámbito internacional si dicha tutela no está garantizada previamente en el ámbito interno por las instituciones liberales y democráticas de un Estado de derecho. Y este argumento puede valer también y en particular para la justicia ejercida por los tribunales penales internacionales.

Un “derecho internacional mínimo” no debería de todas formas significar una especie de inercia de la comunidad internacional frente a los muchos problemas que hoy han asumido una dimensión global —comenzando por el problema de la paz— y frente a los cuales los Estados están escasa o nulamente preparados. Sin embargo, me parece que es importante mantener separadas, por un lado, la exigencia de una coordinación jurídica y de una estrecha colaboración política entre los sujetos políticos internacionales, y por otro, la idea de que la concentración del poder en órganos supranacionales sea una respuesta válida a los problemas planteados por los procesos de globalización.