

H. HART ENTRE EL MONISMO Y EL PLURALISMO JURÍDICO

Profa. Cristina García Pascual

Universitat de València

«Se puede sostener ...que el derecho internacional no sólo carece de reglas secundarias de cambio y adjudicación...sino que carece también de una regla de reconocimiento...Estas diferencias son notables, y en verdad es muy difícil dejar a un lado la pregunta “¿es realmente derecho el derecho internacional?»

H. L.A. Hart

1. Negacionismo jurídico

A lo largo del siglo XIX y de buena parte del XX, cualquier aproximación teórica al derecho internacional parecía exigir una previa toma de postura sobre su posible y siempre controvertida naturaleza jurídica. Los tratados de derecho internacional o los programas de esta materia que se impartían en las universidades empezaban por intentar responder a cuestiones de carácter existencial: ¿eso que los políticos y actores de la vida pública denominan orden internacional, tiene carácter normativo o son solo prácticas comunes que no vinculan realmente a los Estados? ¿Existe algo que podamos denominar con propiedad derecho internacional? ¿Es el derecho internacional derecho?¹ En la respuesta al problema existencial serán más numerosos los académicos, y seguramente también los políticos, que opten por negar la juridicidad de las normas que regulan las relaciones entre los Estados que aquellos que defiendan su estatuto jurídico. En ese contexto, la teoría de Kelsen marcará un antes y un después; por su fuerza y transcendencia equipará, por así decirlo, las fuerzas en la contienda supliendo la escasez de juristas que, como él, consideran el

* Este texto reproduce con algunas modificaciones una parte del capítulo III de mi libro *Norma Mundi. La lucha por el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2015 donde reviso el concepto de derecho internacional también en otros juristas o filósofos como Kelsen, Schmitt, Habermas, Posner o Koskenniemi...

¹ Dworkin, en uno de sus últimos artículos, recuerda que la «cuestión existencial» acerca del derecho internacional no preocupa ya a nadie en nuestros días. Las clases de Derecho internacional en las facultades de Derecho no empiezan con la controvertida cuestión, y sin embargo los retos que la misma plantea siguen vivos. «Even though almost everyone agrees that “international law” is really law, and that the rules and principles set out in documents of that kind are part of it, the question of why these documents constitute some kind of legal system is crucial because how these rules and principles should be interpreted hinges on it. Interpretive issues are both controversial and dramatically important» (R. Dworkin, «A New Philosophy for International Law», en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 41, n. 1, 2013, p. 3).

sistema internacional un auténtico orden jurídico, con la calidad y la audacia de sus argumentos. Justamente por esto, durante décadas los más acérrimos negadores del derecho internacional y, por tanto, de cualquier elucubración sobre el derecho cosmopolita, considerarán las afirmaciones de Kelsen como el principal objetivo de sus críticas, aquello que de alguna manera se debe rebatir y vencer si se quiere negar con fundamento la naturaleza jurídica del orden normativo que regula las relaciones entre Estados.

Las teorías de los que podríamos denominar los “negadores del derecho internacional” son variadas y se construyen desde distintas posiciones iusfilosóficas. Algunos como Hobbes, Spinoza o Pufendorf niegan el orden jurídico internacional desde el iusnaturalismo. Lasson, Gumplowicz, Lundstedt y Olivecrona desde el realismo y Austin y Hart desde el positivismo.

Para algunos el derecho internacional no más que un conjunto de leyes morales positivas para otros un derecho en gestación o un conjunto de ficciones que encubren hipócritamente fines nacionales². Ya sostenía Spinoza que el llamado derecho internacional «no tiene absolutamente nada que ver con el concepto jurídico que hoy nos es familiar. Es un Derecho internacional falto de una legalidad propia que vincule a los Estados: es el puro correlato ideal de la eventual constelación de fuerzas y designa una mera relación funcional dinámica de la realidad causal del ser». Concebir el derecho internacional como política de fuerza condensa las posiciones de la amplia y siempre presente corriente realista en el derecho internacional. Especialmente la de aquellos que desarrollaron sus tesis frente al positivismo en el marco de la Alemania anterior a la Segunda Guerra Mundial, como C. Schmitt y H. Heller, o la de quienes en tiempos más recientes sostuvieron la inconsistencia de la ciencia del derecho internacional y propiciaron su sustitución por el estudio de las relaciones internacionales como E. H. Carr y H. Morgenthau.

La relevancia para la filosofía del derecho de la teoría de H. L.A. Hart, merece un tratamiento detenido de sus argumentos en contra de la entidad jurídica del orden normativo internacional. ¿Cómo puede sostener Hart frente a Kelsen la ajuridicidad del derecho internacional? ¿Cómo puede hacerlo sin aproximarse peligrosamente al decisionismo antidemocrático? ¿Cómo sin cuestionar su propia teoría del derecho?

² A. Truyol y Serra, «Doctrines contemporaines du droit des gens. Introduction», en *Revue Générale de Droit International Public*, n.º 3, julio-septiembre, 1950, p. 379.

2. *El derecho internacional como uso social normativo. La tradición anglosajona de Austin a Hart*

Entender las posiciones de H.L.A. Hart sobre el derecho internacional exige mirar también hacia las posiciones precedentes de John Austin, es sabido que para Hart, las teorías del fundador de la escuela analítica son motivo constante de reflexión, crítica y reelaboración. Por encima de diferencias sustanciales o de simples matices, ambos juristas defienden una concepción del derecho internacional muy similar.

Austin parte del estudio de las leyes³ para elaborar su concepción del derecho y por tanto también del derecho internacional. La ley es esencialmente una orden, un mandato imperativo emanado de un superior. Ciertamente, no toda orden de un superior –precisa Austin– es una ley; antes bien esta requiere un carácter de estabilidad y generalidad que la haga obligatoria para un grupo determinado de individuos. El término ley, por otra parte, se utiliza a menudo con falta de rigor. Por ello el jurista inglés considera que es necesario distinguir entre leyes propiamente dichas, entre las que se encontrarían las leyes divinas y leyes jurídicas positivas, y leyes en sentido lato, es decir, las leyes morales positivas y las leyes, en sentido derivado, como las leyes de la naturaleza.

Para John Austin las leyes jurídicas positivas se caracterizan por haber sido emanadas de individuos determinados o de grupos de individuos dotados de razón, implican una relación de subordinación y la posibilidad de utilizar la coacción en su aplicación. Aquí ya es fácil imaginar la consideración que a Austin le merecerá el derecho internacional. Para el profesor inglés, las reglas del derecho de gentes forman parte de las leyes morales positivas, como tales emanan de la opinión pública, más o menos difusa, y por tanto son análogas a las reglas del honor, de la moda, de la cortesía y diversas de las leyes jurídicas positivas. Carecen, en consecuencia, del carácter imperativo de las leyes propiamente dichas⁴. Austin, sin embargo, insiste en el hecho de que las reglas internacionales son

³ J. Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, vol. I, 5.^a ed., London, John Murray, 1885, pp. 171-172.

⁴ El derecho internacional, junto con el derecho consuetudinario y el derecho constitucional, se encuentran para Austin en el ámbito de la moral positiva, de lo que no es derecho. Son cuerpos de normas que no son imperativas porque no han sido dictadas por una persona o colectivo determinado, es decir, porque no se pueden atribuir a un soberano. «Algunas están establecidas por la opinión general de las personas que son miembros de una determinada profesión; otras por la de una nación o sociedad política independiente; otras por la de una sociedad más amplia formada por varias naciones» (J. Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, cit., p. 183). La ausencia de un poder superior en el ámbito internacional es definitiva para mostrar el carácter no jurídico del *jus gentium*: «Aun suponiendo que los sistemas de todas

normas positivas, es decir, no son reglas ideales de carácter ético, sino normas que realmente se aplican. Podría así definirse el *jus gentium* en el pensamiento de John Austin como un orden normativo de costumbres o usos sociales⁵. Es decir, el jurista inglés afirma el carácter normativo del derecho internacional mientras niega su naturaleza jurídica.

A conclusiones no muy diferentes, aun partiendo de presupuestos bien distintos, llegará Herbert L.A. Hart muchas décadas después cuando en su más célebre obra, *El concepto de derecho*, dedique todo un capítulo a la reflexión en torno al llamado derecho internacional. De la misma manera que Kelsen, en 1934, cerraba el círculo de su *Teoría pura del derecho* con la referencia al orden jurídico internacional, también Hart parece creer necesario, en el marco de la jurisprudencia analítica, concluir su teoría del derecho, aunque sea a modo de epílogo, con las cuestiones que derivan de aplicar sus propios presupuestos teóricos a esa realidad compleja constituida por las normas que regulan las relaciones entre los Estados. Si trasladar la teoría pura del derecho al escenario internacional obligaba a Kelsen a replantearse cuestiones que habían quedado consolidadas como principios inamovibles de su propia teoría, también Hart, cuando intente aplicar su concepción del derecho a las normas internacionales, deberá cuestionar algunas de sus más conocidas afirmaciones y en algún caso incluso negarlas. El derecho internacional, la existencia de la *norma mundi*, se revela como un terreno pantanoso para los teóricos del derecho. Veámoslo.

Hart, al abordar el tema del derecho internacional, empieza con una aclaración previa sobre una de sus más conocidas tesis jurídicas, la concepción del derecho como sistema de normas primarias y secundarias. Como es sabido, las normas primarias o de conducta imponen obligaciones, mientras que las normas de organización o competencia especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser consideradas válidas, pueden ser creadas, derogadas o modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible. Para el profesor inglés, la idea de la unión entre dichas normas permitiría a los juristas tomar

las naciones, bien totalmente o bien en parte, se asemejen exactamente los unos a los otros (es decir, que todos o muchos de los preceptos de los varios sistemas sean exactamente iguales), ni así, podríamos decir de ellos con propiedad que formaban un Derecho Universal, ya que la sanción es aplicada por el Gobierno de cada comunidad y no por un superior común a toda la humanidad. Y esto clasifica al Derecho Internacional con la moral más bien que con el Derecho» (J. Austin, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 26, nota 1).

⁵ Aunque Austin califique de «moral positiva» al derecho internacional, consuetudinario o constitucional, no quiere decir que estemos ante cuerpos de normas contrastadas con los principios morales, o que sean reglas ideales que prescriben lo que debería ser y que en este sentido constituirían una ética; antes bien, son reglas que existen en la medida en las podemos observar en la realidad. Y por eso, para ser más exactos, antes que de reglas morales deberíamos hablar de costumbres o de usos sociales (J. Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, cit., pp. 172-173).

distancias de esa concepción del derecho kelseniana construida sobre la coacción como elemento característico de lo jurídico⁶, separarse también de la idea del derecho como mandato de un soberano, a la manera de Austin, y a la vez distanciarse de la asimilación del derecho con la moral propia de las teorías iusnaturalistas. Ahora bien, si vamos a adentrarnos en los clásicos problemas de conceptualización del derecho, que, según Hart, carece de normas de organización o secundarias, parece necesario aclarar, nos dirá Hart, con sorpresa para sus lectores, que él nunca ha sostenido que el término «derecho» deba ser definido como unión de reglas, pues no entra en sus pretensiones ofrecer una norma para el uso de la expresión «derecho»⁷. Resulta más interesante, concluye Hart, tratar de averiguar el carácter de las dudas de los juristas en torno al correcto o incorrecto uso de la expresión derecho internacional antes que pretender regular el uso de las palabras.

Con esta primera advertencia aprendemos que para Hart, a pesar de que el derecho internacional no es un sistema jurídico, puesto que carece de normas secundarias, es materia de análisis en relación a las dudas sobre su correcta denominación. Si para que el derecho internacional fuese objeto de la atención de Kelsen este debe partir de su indudable carácter jurídico, para Hart el teórico del derecho puede analizar realidades no jurídicas pero próximas al derecho y extraer de ellas conclusiones⁸. En este sentido, sostendrá que ante el problema de atribuir juridicidad al orden normativo internacional, debemos liberarnos de pretensiones esencialistas o del lastre de considerar que el uso del término «derecho» no deba corresponderse más que a un único significado. Pero tampoco cabe resolver la cuestión afirmando que el uso de las palabras es meramente convencional y, por tanto, concluir que ante el término derecho referido al orden internacional no existe otra posibilidad que observar o apartarse de la convención. La tarea a la que el jurista oxoniense se quiere enfrentar es, más bien, la de analizar si el uso común de la expresión «derecho internacional» puede llegar a obstruir algún propósito práctico o teórico teniendo en cuenta que «la extensión de los términos generales de cualquier disciplina

⁶ Las normas secundarias no tienen sanción y son auténticas normas jurídicas, su existencia muestra que la función principal del derecho es la de ofrecer pautas de conducta, y solo cuando el orden jurídico fracasa en esta su función principal, subsidiariamente, entra en juego la función sancionadora.

⁷ H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pp. 263-264.

⁸ Para Dworkin la aproximación de Hart al problema del derecho internacional es puramente sociológica y en ese sentido poco útil para los juristas, «Whether there is any system of practices that can sensibly and usefully be described, for their sociological or anthropological purposes, as international law. That is very different from the doctrinal question posed to the lawyers and judges who practice international law: the question, for instance, whether the intervention in Kosovo was legal under international law» (R. Dworkin, *op. cit.*, p. 4).

sería nunca carece de su principio o fundamento racional». Preguntarnos por el uso del término derecho no es más que demandar por ese principio o fundamento. En su búsqueda, tendremos que examinar las fuentes de dudas que enturbian la consideración jurídica de las normas que regulan las relaciones entre los Estados.

Partamos, como nos pide Hart, de que no es inadecuado utilizar el término «derecho» para calificar el conjunto de normas internacionales aunque sea evidente, a su juicio, que en el conjunto de dichas normas no existen las reglas secundarias de adjudicación (aquellas que confieren potestades jurisdiccionales) o las reglas de cambio (aquellas que confieren potestades para crear, modificar o derogar el derecho), ni siquiera existe la regla de reconocimiento (aquella que permite identificar las normas que pertenecen al sistema). El derecho internacional estaría formado con exclusividad por normas de conducta o reglas primarias de obligación⁹. Es decir, constituiría una realidad normativa sin instrumentos para enfrentarse a los problemas que los tres tipos de normas secundarias están llamadas a resolver: la ineficacia, la inamovilidad y la incerteza de un orden normativo. Dicho de otra manera, Hart, en 1961, más de una década después de acabar la Segunda Guerra Mundial, creada la estructura de ONU y en el marco de la guerra fría, considera que el derecho internacional es ineficaz, pues carece de órganos jurisdiccionales capaces de determinar con autoridad cuándo una norma internacional ha sido violada y en su caso imponer sanciones. Es inmóvil, o «inmune al cambio deliberado», porque no podemos encontrar en el derecho internacional mecanismos claros para cambiar las normas ya existentes, ni sabemos quiénes tendrían la potestad de realizar tales cambios. Finalmente, el derecho internacional, a los ojos de Hart, carece de certeza, porque no distinguimos con claridad lo que son normas de derecho internacional de lo que no lo son, porque la regla de reconocimiento, esa que contiene los criterios comúnmente aceptados para reconocer las normas que integran un orden normativo, no existe en el orden internacional. El derecho internacional no sería en consecuencia un sistema normativo, antes bien estaríamos ante un

⁹ Según Hart el derecho internacional podría ser un conjunto de normas o reglas, pero no un sistema normativo, en cuanto que no contiene regla de reconocimiento. Norberto Bobbio, en cambio, no duda en describir el derecho internacional como un orden normativo en fase de transición desde un sistema simple a un sistema complejo (N. Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, ed. y trad. de A. Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres ed., 1980, pp. 325 y ss.). Entendido a la manera de Bobbio, el derecho internacional como sistema normativo simple o semicomplejo poseería evidentemente norma o normas para la identificación del sistema. La diferente valoración que del derecho internacional realizan Hart y Bobbio muestra también las notables diferencias entre la regla de reconocimiento ideada por el primero y la norma o normas de identificación de normas que propone Bobbio a la hora de describir los sistemas normativos. Sobre dichas diferencias puede verse J. Ruiz Manero, «Bobbio y los Conceptos de Norma Jurídicamente Última», en *Seqüência, Estudos Jurídicos e Políticos*, vol. 33, n.º 64, 2012, pp. 39-56.

conjunto de normas asistemáticas que pese a su carácter no jurídico tendrían, según Hart, relevancia social y carácter obligatorio.

2.1. Estados soberanos, sanciones y normas morales en el derecho internacional

Si para el jurista inglés en el derecho internacional no existen reglas secundarias, el origen de las dudas acerca de la juridicidad de ese orden, o de su capacidad para crear obligaciones, estará íntimamente ligado a tres de las cuestiones que él creía resolver al presentar el derecho como una suma de reglas primarias y secundarias. Es decir, y como ya he señalado, en (i) primer lugar con la consideración del derecho como un orden principal y esencialmente coactivo, en (ii) segundo lugar con la visión imperativista del derecho que solo reconoce normas jurídicas allí donde hay un legislador soberano, y en (iii) tercer lugar con la consideración del derecho como un orden moral. Como veremos, Hart intentará realizar una operación que difícilmente podrá concluir con éxito, sostendrá que el derecho internacional no es derecho, pero al mismo tiempo que las normas que lo componen tienen carácter obligatorio, y ambas cosas sin compartir o ceder ante teorías que había previamente desechado en el desarrollo de su concepción general del derecho. Es decir, no querrá hacer concesión alguna a aquellos que consideran que el orden internacional no es jurídico, ni vinculante, porque no es coactivo; tampoco frente a quienes piensan que no lo es porque carece de legislador soberano; y mucho menos frente a quienes niegan su juridicidad y su obligatoriedad porque no se adapta a las exigencias del derecho natural. Quiero analizar brevemente cada una de estas cuestiones:

(i) La concepción del derecho como orden normativo respaldado por la fuerza a la manera de Austin o bien a la manera de Kelsen parece conllevar en sí misma una propia teoría de la obediencia al derecho, concretamente aquella que identifica el «tener una obligación» o «estar obligado» con la probabilidad de sufrir la sanción o el castigo con que se amenaza para el caso de desobediencia. Aquí se produce para Hart una indudable confusión entre el enunciado predictivo externo «probablemente sufriré a causa de la desobediencia» y el enunciado normativo interno «tengo obligación de actuar así», confusión que Hart ilustra con el conocido ejemplo del atracador. Ante la situación en la que cualquiera de nosotros nos encontraríamos si un delincuente nos pidiera bajo amenaza que le entreguemos nuestro dinero, sería apropiado sostener que nos «vemos obligados» a hacerlo, pero no que «tenemos la obligación» de darle aquello que nos pide¹⁰. Por ello, y

¹⁰ Vid. H. L. A. Hart, *op. cit.*, pp. 102-110.

desde el presupuesto teórico de que lo que cualifica la obligatoriedad de la norma no es estrictamente su carácter coactivo, «no parece –afirma Hart– haber buenas razones para limitar la idea normativa de la obligación a las reglas que tienen el sustento de sanciones organizadas»¹¹. Es decir, no parece suficiente constatar la inexistencia de sanciones en el derecho internacional para afirmar sin más que las normas de las que este se compone carecen de carácter obligatorio.

Se podría, sin embargo, ofrecer otros argumentos, tal vez de mayor peso, que fueran en ese mismo sentido de mostrar la falta de vinculatoriedad de las normas internacionales. Argumentos dirigidos directamente contra las propias tesis hartianas. A este propósito cabría aludir a la conocida tesis del «contenido mínimo de derecho natural» que Hart defiende y la peculiar posición que la sanción tiene dentro de ella.

Para Hart, como es sabido, de la constatación empírica de la influencia social de la moral en los distintos tiempos de ese fenómeno dinámico que es el derecho, no se sigue la conexión conceptual entre ambos órdenes. Pero ello no significa que el derecho positivo pueda tener cualquier contenido, antes bien, necesariamente debe contener un mínimo de derecho natural, es decir, algunos principios de conducta universalmente reconocidos basados en algunas verdades elementales que tienen que ver con el ser humano y sus circunstancias. La teoría de Hart, trataría de recuperar «la tesis de Hobbes y Hume acerca de ciertas características empíricas de la naturaleza humana como presupuesto inevitable de toda forma de convivencia social»¹². Así, para el profesor de Oxford, de verdades obvias como la vulnerabilidad humana, los recursos limitados, la igualdad aproximada entre los hombres y su altruismo, comprensión y fuerza de voluntad limitados, podemos extraer tres contenidos mínimos de derecho natural: la prohibición de la violencia sobre las personas y las cosas, la exigencia de respeto a las promesas y la necesidad de las sanciones.

Para el jurista de Oxford, en la doctrina del derecho natural existe, así, un núcleo de racionalidad o de buen sentido: el presupuesto tácito de que el fin propio de la actividad humana es la supervivencia o de que, dicho de otra manera, las acciones que llamamos naturalmente buenas son las exigidas para seguir viviendo¹³. Este contenido mínimo para

¹¹ *Ibid.*, p. 269.

¹² *Vid.* J. R. de Páramo, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 372.

¹³ H. L. A. Hart, *op. cit.*, p. 236. Pensar que la actividad humana tiene como fin la supervivencia hace de esta también el fin del derecho y del orden moral, algo que a Lon Fuller le da juego para la ironía. Citando

la existencia y eficacia de un ordenamiento jurídico no debe confundirse desde luego con la conformidad entre las normas jurídicas y la moral. Simplemente se trata de presupuestos o de requisitos mínimos que toda organización social tiene que contener para ser viable¹⁴.

Es respecto al último elemento natural que, según Hart, debe contener todo derecho y toda moral social donde surgen las dudas respecto a la juridicidad y el carácter vinculante del derecho internacional. Si para Hart la existencia de la prohibición del libre uso de la violencia o de reglas que provean el uso oficial de la fuerza es uno de los contenidos mínimos del derecho y también de la moral convencional, ¿cómo mantener el carácter obligatorio de las normas que regulan las relaciones entre los Estados al comprobar que entre ellas no existen propiamente las sanciones?

Hart, consciente de esta importante objeción, realiza las precisiones siguientes. Los sujetos del derecho internacional no son los mismos que los sujetos del derecho estatal. En este sentido, el contenido mínimo de derecho natural se aplicaría a una sociedad de individuos, de seres humanos, y no de Estados. Cabe recordar que la necesidad de la sanción como contenido mínimo deriva de una verdad elemental: la igualdad aproximada entre los hombres, es decir, del hecho de que en una comunidad de hombres ningún individuo es tan poderoso como para que pueda vivir sin cooperación. Por ello, porque somos aproximadamente iguales, necesitamos de un sistema de abstenciones y concesiones mutuas, que está en la base tanto de la obligación jurídica como de la obligación moral y del uso intermitente de la fuerza (de las sanciones) respecto de los transgresores. A diferencia de una comunidad de hombres, de los Estados no podemos sostener esta igualdad aproximada¹⁵. Y puesto que en el escenario internacional los actores difieren considerablemente en fuerza, allí no encontraremos sanciones, o, si las hubiere, serían fútiles.

De manera que solo podríamos hablar del carácter jurídico del derecho internacional en el momento en que podamos también identificar la circunstancia efectiva de una aproximada igualdad entre los miembros de esa comunidad. Imaginando ese contexto de igualdad aproximada, Hart dirá: «queda por ver en qué medida las armas atómicas, cuando estén al alcance de todos, restablecerán el balance del poder desigual, y darán lugar a

a Tomás de Aquino, dirá que «si el fin más elevado de un capitán fuera conservar su barco, lo mantendría en puerto siempre». Frente a la supervivencia, Fuller piensa que el principio que sostiene e inspira toda aspiración humana es el de mantener la comunicación con nuestros semejantes (L. Fuller, *La moral del derecho*, trad. de F. Navarro, México, Trillas, 1967, pp. 203 y ss.).

¹⁴ *Ibid.*, p. 238.

¹⁵ *Ibid.*, p. 245.

formas de control más parecidas al derecho penal interno»¹⁶. Hasta ese día, ante una diversa situación de hecho, ante un trasfondo fáctico tan diferente como el que existe entre el derecho internacional y el derecho estatal, sostendrá que no se da una similar necesidad de sanciones ni hay una similar perspectiva de uso seguro y eficaz de las mismas¹⁷. Y, sin embargo, el escenario de una sociedad internacional de iguales a través de la posesión de armas nucleares y la disuasión que estas comportan podría ilustrar justamente lo contrario a lo que nos propone Hart y, en todo caso, una visión del derecho extremadamente ligada a la fuerza. De un lado tendríamos que imaginar un mundo en el que el equilibrio armamentístico entre los distintos Estados actuaría como elemento de disuasión frente a las tentaciones de agresión a terceros (el uso de las armas nucleares sería tanto como un suicidio), y, paradójicamente, aquí serían posibles las sanciones porque estaríamos en una sociedad de iguales o de aproximativamente iguales. En cambio, en la sociedad de desiguales (Estados con un poder armamentístico radicalmente diverso), allí donde cabría pensar que la coacción sería más necesaria, las sanciones no serían posibles. Si las cosas fueran así, en ese ámbito intraestatal las funciones del derecho o su utilidad parecerían seriamente cuestionadas. El derecho internacional quedaría como un instrumento que añade poco o nada a los equilibrios de fuerza existentes.

Pero Hart se resiste a establecer paralelismos entre la sociedad estatal y la sociedad internacional. No parece posible, como hizo Kant y tras sus pasos Kelsen, interpretar las relaciones entre las naciones como un estado de naturaleza y aplicar al mismo la receta de civilización que el derecho administra a la comunidad humana prejurídica. Tampoco parece posible imaginar un orden internacional en el que los individuos sean, junto a los Estados, también sujetos de derechos. El calificativo internacional para Hart significa inter-naciones, y las reglas aplicables en este contexto son claramente diferentes a las reglas que se imponen entre individuos. Concretamente, la violencia entre los individuos sería muy diferente a la violencia que se puede ejercer entre los Estados. En el ámbito internacional no sería fácil identificar con certeza al agresor o a la víctima; además, el inicio de una guerra podría tener consecuencias impredecibles.

La situación de desigualdad en la que conviven los Estados, y que vuelve extremadamente difícil la articulación de un sistema de sanciones, proyecta la imagen de una comunidad en la que algunos sujetos podrían sobrevivir autárquicamente sin la

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *Ibid.*, p. 270.

colaboración de otros. Si respecto a los individuos Hart sostiene que «aun el hombre más fuerte tiene que dormir y cuando está dormido pierde temporalmente su superioridad»¹⁸, respecto a los Estados tendríamos que imaginar que algunos de ellos son gigantes y otros pigmeos y que estos gigantes no duermen, no tienen momentos de debilidad, y que en una comunidad donde los sujetos no son «aproximadamente iguales» las mínimas reglas de convivencia no tienen razón de ser. Por otra parte, y siguiendo a Hart, la organización y el uso de las sanciones en el ámbito internacional no solo sería difícil, sino que comportaría riesgos temibles y la amenaza de aquellas añadiría poco a los obstáculos naturales¹⁹. Parecería pues que no existen sanciones en el ámbito internacional y tampoco es claro, en la argumentación hartiana, que debieran o pudieran existir. También podríamos decir aquí que el derecho internacional no es y tampoco podría ser el instrumento adecuado para actuar contra las grandes desigualdades.

Y a pesar de todo lo dicho, Hart sigue afirmando que su caracterización del derecho internacional, como orden sin sanciones, no pone en duda la obligatoriedad de sus reglas. Porque «tanto en el pensamiento como en el lenguaje, lo que estas reglas prescriben aparece como obligatorio; hay presión general para que las reglas sean acatadas; las pretensiones y los reconocimientos se basan en ellas, y se considera que su violación justifica no sólo insistentes demandas de compensación sino represalias y contramedidas. Cuando se hace caso omiso de las reglas no es sobre la base de que no son obligatorias; por el contrario, se realizan esfuerzos para ocultar los hechos. Se puede decir, por supuesto, que tales reglas sólo son eficaces en la medida en que se refieren a cuestiones sobre las cuales los Estados no están dispuestos a luchar»²⁰.

Hart no encuentra en el derecho internacional eso que había considerado requisito para que cualquier organización social fuese viable, las sanciones. Pero ¿cómo calificar entonces las represalias y las contramedidas a las que él mismo se refiere? Insiste en que no hay una relación lógica entre la afirmación de inexistencia de sanciones y el carácter obligatorio de las reglas, pero ¿qué significa la obligatoriedad en la sociedad de los gigantes y de los pigmeos?, o ¿cómo sostener que está obligado el poderoso respecto al que carece de poder si no existe, ni deberían de existir, sanciones? El jurista inglés se

¹⁸ *Ibid.*, p. 245.

¹⁹ *Ibid.*, p. 271.

²⁰ *Ibidem.*

reafirma en la no equiparación entre derecho y fuerza y a la vez se resiste a negar al derecho internacional carácter obligatorio.

(ii) Cabe analizar ahora otro problema, el de si es posible admitir obligaciones internacionales, como pretende Hart, y a la vez sostener que los sujetos de esas obligaciones son Estados soberanos, si no existe una contradicción entre «ser soberano» i «estar obligado» o entre la soberanía del Estado y la vinculación del mismo a obligaciones que tengan su origen en el derecho internacional. Como ya hemos tenido la oportunidad de ver, dudar del carácter obligatorio de las normas de derecho internacional, como ya hemos tenido oportunidad de ver, está íntimamente relacionado con el concepto de soberanía. Para Austin justamente esta era la razón principal para fundar el carácter ajurídico del orden internacional: el no estar compuesto por mandatos de un soberano definido como *command of an uncommanded commander*. En una posición radicalmente opuesta, cabría recordar cómo Kelsen sostendrá que el concepto de soberanía introduce en el discurso jurídico-político un fuerte elemento de ambigüedad o de obscuridad, y abogará por su eliminación o bien por su sustitución por el concepto de ordenamiento jurídico si lo que pretendemos es la paz del derecho también en el ámbito internacional.

También para Hart la soberanía, y sobre todo una determinada concepción de la misma, constituye una fuente de confusión. Introducir claridad en los discursos que giran alrededor de esta idea de soberanía requiere sin embargo precisar previamente qué entendemos por Estado. Hart considera que «la expresión Estado [...] es una manera de referirse a dos hechos: primero, que una población que habita un territorio vive bajo aquella forma de gobierno ordenado establecido por un sistema jurídico con su estructura característica de legislatura, tribunales y reglas primarias; y, en segundo lugar, que el gobierno goza de un grado de independencia vagamente definido»²¹.

La vaguedad en la concreción de la independencia del Estado es la clave para resolver esa contradicción entre soberanía y limitación del poder que a autores como Heller o Schmitt, con profundas diferencias entre ellos les llevará a sacrificar al derecho en el altar del poder. Es cierto que el término soberanía se equipara a menudo a independencia pero, como Hart nos advierte, existen muchas posibilidades o grados de independencia. Así, «un Estado soberano es aquel que no está sometido a ciertos tipos de control, y su soberanía es el área de conducta en la que es autónomo. [...] El significado de la palabra Estado introduce o sugiere alguna medida de autonomía, pero sostener que ésta “tiene que ser

²¹ *Ibid.*, p. 273.

ilimitada” o que sólo “puede” estar limitada por cierto tipo de obligación es, en el mejor de los casos, afirmar la pretensión de que los Estados deben hallarse libres de toda otra limitación, y, en el peor, enunciar un dogma no razonado»²².

Por ello, para Hart, la tesis del monismo estatal (supremacía del orden estatal sobre el internacional) concebida como respuesta al difícil problema de las relaciones entre derecho interno y derecho externo resulta insostenible. Tres argumentos avalan esta afirmación:

- En primer lugar, el monismo jurídico, o su traducción en teorías voluntaristas o de la «autolimitación», no puede explicar cómo se sabe que los Estados solo pueden ser limitados por obligaciones auto-impuestas o por qué debemos aceptar la noción de soberanía que esas doctrinas conllevan. «¿Hay algo más para sustentarla, fuera del hecho de que ha sido repetida a menudo?»²³.

- En segundo lugar, hay algo incoherente en el argumento dirigido a mostrar que los Estados, en razón de su soberanía, solo pueden estar sometidos a reglas que ellos se han impuesto a sí mismos. Para que de las relaciones entre Estados o para que del fruto de sus acuerdos, tratados o promesas puedan surgir obligaciones para el Estado que participa en las mismas, es necesario que existan reglas que especifiquen un procedimiento para que de esos actos surjan auto-obligaciones. «De aquí –afirma Hart– que incluso esta máxima forma voluntaria de obligación social implica algunas reglas que son obligatorias independientemente de la elección de la parte obligada por ellas, y esto en el caso de los Estados es incompatible con la suposición de que su soberanía exige libertad frente a todas las reglas de ese tipo»²⁴.

- En tercer lugar, los hechos. La realidad constituye un argumento definitivo frente a la pretensión de que los Estados solo pueden ser obligados por obligaciones auto-impuestas. Aquí dos ejemplos típicos: de un lado, la formación de un nuevo Estado y la manera en que este es sometido inmediatamente a las obligaciones generales del derecho internacional y, de otro lado, el caso de un Estado que adquiere territorio, o que experimenta algún otro cambio que hace aplicable para él, por vez primera, obligaciones impuestas por reglas que previamente no había tenido oportunidad de observar ni de transgredir, y a las que no había tenido ocasión de dar o de rehusar consentimiento²⁵. En

²² *Ibid.*, p. 275.

²³ *Ibid.*, p. 277.

²⁴ *Ibid.*, p. 278.

²⁵ *Vid. ibid.*, p. 279.

todo caso cabría añadir que por las razones antes expuestas tampoco una situación fáctica diferente a la descrita justificaría suficientemente el monismo estatal.

Las normas internacionales pueden crear obligaciones aunque no sean normas jurídicas y a pesar de que el destinatario de las mismas sea un sujeto soberano. De la misma manera que la teoría contractualista en el ámbito interno, que solo acepta como obligaciones los frutos de una promesa, es errónea, también lo es la teoría monista, que pretende vincular la existencia de normas internacionales al consentimiento o a la autoimposición. Aquí, para Hart, sí vale la analogía (aunque sea en negativo) entre la comunidad estatal y la comunidad internacional, ya que el monismo estatalista, a sus ojos, no sería más que la transposición al derecho internacional de las teorías contractualistas de la ciencia política.

Cabría pensar que el rechazo del monismo estatalista, o la afirmación de que las normas internacionales se imponen por encima de la voluntad de los Estados, conduce a Hart a un monismo internacionalista, es decir, a la consideración de que normas estatales y normas internacionales componen una única estructura de normas en la que las segundas están supraordenadas a las primeras. Pero no es así. Hart rechaza la unidad de ambos derechos²⁶. Y no podría ser de otra manera desde el momento en que, como sabemos, sostiene que no existe regla de reconocimiento en el conjunto de normas de derecho internacional sobre fundamentar su existencia como sistema jurídico, y aún menos su carácter fundante respecto al derecho estatal. Las reglas que componen el derecho internacional son obligatorias por encima de cualquier soberanía porque aisladamente (no en su conjunto) se reconocen así.

(iii) Finalmente queda por examinar si todas las consideraciones anteriores no deberían llevar a Hart a admitir que el derecho internacional no es más que un conjunto de normas morales. Hart se niega a esta asimilación.

En el marco del positivismo jurídico, el jurista inglés, sostiene, como es sabido, la separación entre el derecho y la moral²⁷. Si bien no niega la influencia histórica de la

²⁶ Para una amplia valoración del monismo kelseniano por parte de Hart *vid.* H. L. A. Hart, «Kelsen's Doctrine of the Unity of Law», en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 309-342. Versión castellana, «La teoría de Kelsen sobre la unidad del ordenamiento jurídico», en *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, trad. de R. Tamayo y Salmorán, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 383-421.

²⁷ Puede verse a este respecto el libro de H. L. A. Hart, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 1-64 o su artículo «El nuevo desafío del positivismo jurídico», en *Sistema*, n.º 36, 1980, y desde luego el capítulo quinto de *El concepto de derecho*, *cit.*, pp. 99-123.

moral sobre los sistemas jurídicos o la posibilidad de incorporar principios morales al derecho, la coincidencia fáctica entre el derecho y la moral es meramente contingente y en ningún caso lógica o conceptual. Como hemos visto, aunque la teoría del contenido mínimo del derecho natural niegue que el derecho pueda tener cualquier contenido, no va más allá de reconocer unos mínimos que permiten la viabilidad de la vida en comunidad y por otra parte, como dije, es una teoría que no se aplicaría a la comunidad de Estados.

Si el derecho internacional es un conjunto de normas que carece de reglas secundarias, podríamos pensar que estamos ante normas morales, normas que identificamos por su contenido y no por su forma. Hart ofrece al menos tres argumentos en contra de la inclusión del derecho internacional en el ámbito de los órdenes morales²⁸. En primer lugar un argumento de nuevo de carácter fáctico. Los Estados a menudo se reprochan mutuamente acciones o conductas inmorales con independencia de la violación o no de normas de derecho internacional. Para Hart, la apreciación de la conducta de los Estados en términos de moral por un lado, y la formulación de reclamaciones y demandas o el reconocimiento de derechos y obligaciones de acuerdo con las reglas de derecho internacional por otro, constituye una prueba de la diferencia entre la moral internacional y el llamado derecho internacional.

En segundo lugar hay que admitir con Hart que, al igual que en el derecho de un Estado, en el derecho internacional existen múltiples normas que son, no todas, desde luego, totalmente indiferentes desde el punto de vista moral. Se trata de distinciones arbitrarias, formalidades o determinación de especificidades que parecen características naturales del derecho. Por otra parte, como apunta el jurista inglés, es cierto que tanto en el orden moral como en el derecho internacional no existe el legislador, pero tampoco en esta característica se pueden equiparar ambos órdenes. Para la moral «la idea misma de cambio

²⁸ Hart critica a Austin la idea de que toda forma de estructura social que no sea reducible a órdenes respaldados por amenazas sea una forma «moral». «Es posible, por supuesto –dirá– usar la palabra “moral” con este alcance muy amplio; así usada viene a servir de cajón de sastre conceptual [...]. La objeción a este procedimiento es que entre lo que queda así englobado como moral hay diferencias tan importantes de forma y de función social, que no se concibe ningún propósito, práctico o teórico, que pudiera ser servido por una clasificación tan tosca» (H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, cit., p. 280). Sin embargo, la crítica a Austin no impide que ambos juristas lleguen a conclusiones similares a la hora de valorar el carácter jurídico del derecho internacional. Para Austin el derecho internacional es moral positiva (no principios éticos ideales) y para Hart, como veremos, usos sociales. Cabría recordar que entre los usos sociales y las normas morales positivas la diferencia es sutil o inexistente. Podríamos decir en todo caso que las segundas se expresan a través de las primeras. En este sentido, las normas morales positivas están lejos de ser normas de moral racional o crítica y menos aún en la concepción austiniana de las mismas. Ignorar esta proximidad o indiferenciación entre ambos tipos de normas lleva a juristas como M. Payandeh a considerar que Austin y Hart llegan a conclusiones opuestas. La conclusión, contra lo que cree Payandeh, para ambos autores es sin embargo la misma (cfr. M. Payandeh, «The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart», en *The European Journal of International Law*, vol. 21, n.º 4, 2011).

por *fiat* legislativo es repugnante»²⁹. Para el derecho internacional «la ausencia de una legislatura no es más que una ausencia que muchos conciben como un defecto que un día será subsanado»³⁰.

Finalmente y en tercer lugar tampoco valdría para Hart el argumento según el cual, aun cuando algunas reglas particulares del derecho estatal pueden hallarse en conflicto con la moral, el sistema como un todo tiene que reposar sobre una convicción generalmente difundida de que hay una obligación moral de obedecer sus reglas. Para el jurista de Oxford, aunque puede haber tal sentimiento de obligación moral, es difícil ver por qué o en qué sentido este tiene que existir como una condición de la existencia del derecho internacional. «La prueba de que existen reglas “obligatorias” en una sociedad cualquiera, es simplemente que ellas son concebidas de esa manera, que en el lenguaje se alude a ellas en esos términos y que funcionan como tales»³¹.

La argumentación de Hart resulta tortuosa. Si eso que llamamos derecho internacional no es propiamente derecho no es porque carezca de coacción, de sanciones organizadas, porque no exista soberano o porque no descansa sobre un sustrato de moralidad. Y todo ello puesto que Hart no define el derecho como orden, *prima facie*, coactivo, ni considera condición de la existencia del derecho la presencia de un soberano o el acuerdo con contenidos de moralidad. El derecho internacional no tiene naturaleza jurídica por otras razones, condensadas en la inexistencia de reglas secundarias. Pero la inexistencia de regla de adjudicación, ¿no significa que no hay autoridad que determine la violación de las normas y las sanciones correspondientes?, y la ausencia de regla de cambio, ¿no presupone la ausencia de legislador? Por otra parte, tampoco resulta clarificador que Hart insista en la obligatoriedad de las normas internacionales y al mismo tiempo admita que en ellas no encontramos ese contenido mínimo de derecho natural que sabemos es un requisito no solo para la existencia de los órdenes jurídicos, sino también para la viabilidad de cualquier orden de moral social.

2.2. Analogías de forma y de contenido

Llegados a este punto todo el problema alrededor de la concepción del derecho internacional parece reducirse a la pregunta acerca de cuál es el carácter efectivo de esas

²⁹ H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, cit., p. 284.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibid.*, p. 285.

reglas tal como funcionan en las relaciones entre los Estados. Qué son si no son ni derecho ni moral. Lo que llamamos derecho internacional, nos dice Hart, se asemeja formalmente a un sistema simple de derecho consuetudinario o primitivo, y materialmente, es decir en cuanto a los contenidos de sus normas, a cualquier sistema de derecho estatal.

Así, no podemos considerar al derecho internacional «auténtico» derecho porque en su forma difiere de los órdenes jurídicos que encontramos al interno de los Estados contemporáneos. Hart no es de esos juristas, dirá, que «en su ansiedad por defender contra el escéptico el título que el derecho internacional tiene para ser llamado “derecho”, han cedido a la tentación de minimizar estas diferencias formales»³² o han extremado los argumentos para demostrar la similitud entre ambas realidades. Especialmente este sería el problema de Kelsen y de su lucha por demostrar que tanto en el ámbito internacional como en el estatal encontramos la *Grundnorm*, esa norma de identificación de normas válidas, presupuesto para poder deducir el carácter jurídico del derecho. Necesitamos una *Grundnorm* o una regla de reconocimiento en todo orden cuyas normas se presumen vinculantes. Pero Hart dirá que «si en los hechos se aceptan reglas como pautas o criterios de conducta, y se las sustenta con las formas apropiadas de presión social distintas de las reglas obligatorias, no se requiere nada más para mostrar que ellas son reglas obligatorias, aun cuando, en esta forma simple de estructura social, falta algo que aparece en el derecho nacional: a saber, una manera de demostrar la validez de las reglas individuales por referencia a alguna regla última del sistema»³³.

Podría decirse –afirma Hart– que las reglas de una estructura simple, al igual que la regla de reconocimiento de los sistemas normativos complejos, son obligatorias si son aceptadas y funcionan como tales³⁴. En una estructura simple de reglas, obsecarse en la búsqueda de una norma que dé unidad o sistematicidad puede oscurecer la comprensión de esa misma estructura antes que constituir una vía para su correcta interpretación.

En esta línea resulta, a los ojos del profesor inglés, absurdo proponer la máxima *pacta sunt servanda* o, lo que es lo mismo, «los Estados deben conducirse como acostumbra a hacerlo» como norma básica del orden internacional. «Una norma así no dice nada más que esto: que quienes aceptan ciertas reglas tienen que observar también una regla que dice

³² *Ibid.*, p. 286.

³³ *Ibid.*, p. 289.

³⁴ *Vid. ibid.*, p. 290. En este punto la aclaración del profesor de Oxford está cargada de toda la ambigüedad que conlleva la propia idea de la regla de reconocimiento y sobre todo del concepto de «aceptación». Sobre este tema puede verse A. Catania, «L'accezzazione nel pensiero di H. L. A. Hart», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n.º 48, 1971, pp. 261 y ss.

que las reglas deben ser observadas. Esta es una mera reduplicación inútil del hecho de que los Estados aceptan un conjunto de reglas como obligatorias»³⁵.

La sociedad internacional se regiría así por un conjunto de reglas separadas (no unidas a través de una regla de reconocimiento) que, sin embargo, tendría la capacidad de imponer obligaciones. Porque, como dirá Hart, «es ciertamente concebible que una sociedad pueda vivir según reglas que imponen obligaciones a sus miembros, aun cuando ellas son simplemente consideradas como un conjunto de reglas separadas, que no están unidas por ninguna regla básica»³⁶. La mera existencia de reglas no implica la existencia de una regla de reconocimiento, y sería un error suponer que esta es una condición necesaria general de la existencia de reglas obligatorias. La regla de reconocimiento, en fin, «*no es una necesidad, sino un lujo que encontramos en sistemas sociales adelantados [...]. En la forma más simple de sociedad tenemos que esperar y ver si una regla llega a ser aceptada como tal o no; en un sistema con una regla básica de reconocimiento, antes de que una regla sea efectivamente dictada podemos decir que será válida si satisface los requisitos de la regla de reconocimiento*»³⁷.

La ausencia de regla de reconocimiento sería en definitiva la principal diferencia, de carácter formal, entre el derecho estatal y el internacional. Pero las analogías entre ambos órdenes normativos, a pesar de todo lo dicho, no deben menospreciarse. Si las diferencias formales son contundentes, encontramos significativas analogías, todas ellas de carácter material, referentes a principios, conceptos y métodos que son comunes al derecho nacional y al derecho internacional. No hay analogías formales, pero sí de contenido, y respecto a esto Hart dirá: «No hay otras reglas sociales que estén tan cerca del Derecho nacional como las de Derecho Internacional»³⁸.

Hart anda por un camino sinuoso para llegar a una modesta y sorprendente conclusión que aporta poca luz al problema del derecho internacional y que, a su vez, oscurece algunas de las posiciones más consolidadas del llamado positivismo metodológico. ¿Cómo imaginar un conjunto de normas sin ningún criterio que permita identificarlas? ¿Qué quiere decir Hart al afirmar que el derecho internacional se parece materialmente en principios, conceptos y métodos, al derecho nacional? ¿No insiste la jurisprudencia

³⁵ H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, cit., p. 291.

³⁶ *Ibid.*, p. 288.

³⁷ *Ibid.*, pp. 289-290.

³⁸ *Ibid.*, p. 292.

analítica en afirmar una y otra vez que el derecho no tiene un contenido propio ni unas características sustanciales? ¿Cuál es ahora el contenido del derecho?

Muchos juristas críticos o seguidores de las tesis hartianas han mostrado su decepción ante las posiciones internacionalistas del jurista inglés. Y en la práctica el lector de *El concepto de derecho* a menudo prescinde del capítulo décimo. Si la visión del derecho de Hart sigue siendo una de las teorías más influyentes en el mundo del derecho, podemos decir que no es así en lo que se refiere al campo del derecho internacional.

En la raíz de la pobreza de los resultados que Hart nos ofrece está, creo, el error en el punto de partida. Asumiendo los presupuestos positivistas³⁹, afirmar que no existen reglas secundarias y que, a la vez, las normas internacionales son obligatorias, nos lleva a imaginar el derecho internacional como las normas de una comunidad primitiva aislada, estrechamente unida y con gran homogeneidad entre sus miembros. Pero la comunidad internacional es justamente lo contrario de una sociedad primitiva, no se puede aplicar el adjetivo de aislada, no está unida y no es homogénea. Hart parte de que en el ámbito internacional no existe ningún tipo de normas secundarias y esto, tanto en nuestros días como en 1961, parece una afirmación precipitada, hecha sin un profundo análisis de la realidad del derecho internacional.

Si observamos los procesos de creación de derecho en el ámbito internacional, debemos de dar cuenta de una realidad sometida a reglas y bastante más formalizada de lo que pensaba Hart⁴⁰. Los tratados, por ejemplo, en nuestros días se han profesionalizado e institucionalizado de manera que ya no es posible caracterizarlos como procesos meramente bilaterales. A menudo se ha comparado la forma en que los tratados multilaterales se negocian con el trabajo que se realiza en una sesión parlamentaria en el proceso de elaboración de una ley teniendo en cuenta que se adoptan por votación mayoritaria o por consenso. La diferencia entre costumbre y legislación, por otra parte, se ha relativizado. Y a esto habría que añadir realidades que se han desarrollado en los últimos tiempos y de las que seguramente Hart no tenía conocimiento, como por ejemplo la actividad creadora del derecho de las organizaciones internacionales, el desarrollo de formas de legislación por parte del Consejo de Seguridad, los elementos de creación de

³⁹ Cosa distinta sería que contestáramos a los presupuestos positivistas de Hart a la manera de Dworkin, para quien el positivismo no puede sernos útil en el ámbito internacional porque necesariamente está ligado a la teoría del consentimiento. Si queremos encontrar fundamento para el derecho internacional, «we must free the subject from the torpor of legal positivism» (R. Dworkin, *op. cit.*, p. 30).

⁴⁰ M. Payandeh, *op. cit.*, pp. 982 y ss.

derecho que encontramos en los tribunales *ad hoc* o el incremento de la importancia de las normas de *jus cogens*.

Todo esto nos llevaría a afirmar que si bien falta un poder legislativo centralizado, los mecanismos actuales de creación del derecho internacional superan la visión hartiana de una estructura normativa primitiva en su forma.

Algo similar se puede decir de la regla de adjudicación⁴¹. Su inexistencia significa la ausencia de procedimientos para determinar con autoridad cuándo una norma ha sido violada y en consecuencia imponer una sanción. Implica que no existe el procedimiento, ni el órgano que lo aplica, ni la sanción organizada, y por lo tanto la estructura normativa resulta del todo ineficaz ¿Es esta la realidad del orden internacional? Creo que, evidentemente, no. Sabemos que la Corte Internacional de Justicia es el órgano judicial principal de la ONU. Sus sentencias son claros ejemplos de determinaciones realizadas con autoridad sobre la violación o no de normas internacionales. Por no hablar del trabajo de otros muchos tribunales como la Corte penal internacional, los tribunales *ad hoc* como el tribunal para la antigua Yugoslavia o los tribunales regionales como el de la Unión Europea o la Corte Interamericana de Derechos Humanos por citar algunos. Ciertamente, la comparación de los tribunales internacionales con los de un Estado nos ofrece una imagen de los primeros de mayor ineficacia e incide sobre sus dificultades a la hora de determinar e interpretar el derecho aplicable, pero de ahí a sostener, como deberíamos deducir de las palabras de Hart, que no existen tales tribunales o si existen su jurisdicción es voluntaria (como si la voluntariedad debilitase el carácter jurídico del procedimiento⁴²), existe un salto argumental que carece de justificación.

Por lo que se refiere a las sanciones, una de las conquistas del derecho internacional moderno es la prohibición del uso de la fuerza. La autodefensa está permitida solo excepcionalmente. Si es evidente que estamos lejos de un sistema de sanciones centralizadas, tal constatación no nos conduce necesariamente al polo opuesto, a sostener la total ausencia de sanciones. En un sistema primitivo predomina la autodefensa (el sujeto agredido es el que se vuelve contra su agresor) y en el ámbito internacional no es eso exactamente lo que encontramos, sino una estructura normativa más evolucionada que no

⁴¹ *Ibid.*, pp. 985 y ss.

⁴² Hart reconoce alguna analogía entre la Corte Internacional de Justicia y la jurisdicción estatal. Pero si bien reconoce que las sentencias de la Corte Permanente de Justicia Internacional son debidamente cumplimentadas por las partes, nos recuerda que ningún Estado puede ser llevado ante estos tribunales internacionales sin su consentimiento previo. Parecería que la voluntariedad con que se aceptan las normas o la jurisdicción de un tribunal anula su carácter jurídico, lo que ciertamente sería una novedad dentro de la propia teoría del derecho hartiana (*vid. ibid.*, p. 287).

ha logrado todavía superar completamente la técnica de la autodefensa. Mientras que durante siglos solo el Estado que estaba directamente afectado por la violación se le permitía actuar en contra del agresor, la evolución moderna del derecho internacional permite la intervención a Estados no directamente afectados. Y lo mismo se puede decir de las violaciones de las obligaciones *erga omnes*, obligaciones que un Estado tiene no solo frente a otro, sino frente a la comunidad en su conjunto. El derecho internacional tiende así a permitir que los Estados reclamen las violaciones *erga omnes* ante los tribunales internacionales y justamente aquí, en el trabajo de los tribunales, es donde mejor se aprecia una fuerte tendencia a la individualización de la sanción que si bien no nos sitúa en el escenario de orden jurídico complejo, tampoco nos permite calificarlo como simple o formalmente primitivo.

Finalmente, y por lo que se refiere a la regla de reconocimiento⁴³, esa regla que nos libra de la incerteza y que por tanto hace las veces de la *Grundnorm* kelseniana, ¿es razonable o simplemente descriptivo negar su existencia? Como es bien sabido, para Hart la existencia de la regla de reconocimiento es una cuestión de hecho (existe solo si es aceptada y practicada) que consiste en el reconocimiento por parte de los jueces del derecho válido por referencia a ciertos criterios. Afirmar su inexistencia supone entonces decir que en el día a día de los jueces, tanto en el de los que trabajan en tribunales internacionales como en el de aquellos que lo hacen en órganos jurisdiccionales estatales, no podemos observar prácticas coincidentes a la hora de identificar el derecho internacional. Algo que resulta altamente contra-fáctico.

Frente a Hart, son muchos los internacionalistas que proponen como regla de reconocimiento del derecho internacional el artículo 38.1 de la Corte Internacional de Justicia. O dicho de otra manera, la observación de la actividad de los tribunales develaría que los jueces reconocen como derecho válido lo contenido en ese artículo. A saber:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

⁴³ *Ibid*, p. 989.

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

Las dudas, más que sobre la existencia de regla de reconocimiento, se concentrarían en torno a la validez de algunas de las normas consuetudinarias, y sobre todo respecto a la necesidad de una mayor limitación de la interpretación normativa que en el ámbito internacional resulta terreno constante de disputas. También podría ser dudosa la jerarquía normativa, que para Kelsen parecía tan clara y que para tantos internacionalistas es débil si no inexistente. No obstante, volveríamos a la consideración anterior. Se podría decir que los criterios de identificación de normas son discutidos, que no siempre hay consenso sobre los mismos, pero la radicalidad de afirmar que no existe regla de reconocimiento no resulta una descripción adecuada del derecho internacional, ni de la actividad de los internacionalistas, ni siquiera asumiendo todos y cada uno de los presupuestos positivistas de Herbert Hart.

Así, podemos dudar o debatir sobre la eficacia de las reglas secundarias en el ámbito internacional, podemos advertir, por ejemplo, una insuficiencia en los mecanismos de determinación de la violación de normas y de administración de sanciones o de identificación de las normas internacionales, pero afirmar su total inexistencia no nos devuelve una imagen verosímil de esa realidad normativa⁴⁴. Si para el análisis del reglas internacionales partimos de la inexistencia de legislador, de tribunales con jurisdicción compulsiva o de sanciones organizadas, cómo vamos a entender tantas categorías e instituciones jurídicas internacionales (qué son las represalias, qué los tribunales de justicia internacional *ad hoc* o permanentes, o cómo podemos designar tratados como el de UE), o cómo vamos a explicar y calificar acontecimientos violentos si no podemos calificarlos de legales o ilegales. La aproximación hartiana al terreno del orden internacional deja un sinfín de preguntas sin respuesta y a la vez permite que afloren algunas contradicciones en relación a las más clásicas y consolidadas teorías del filósofo de Oxford.

⁴⁴ Si no existe la regla de reconocimiento del derecho internacional, ¿cómo hablar siquiera de conjunto de normas?, ¿qué elemento aglutinante permitiría calificarlas de conjunto?