



Homenaje a Kant



El proyecto kantiano en la teoría legal internacional moderna*



Patrick Capps**

INTRODUCCIÓN

En la última mitad del siglo XX, la influencia de la filosofía kantiana, en términos morales, políticos y legales, aumentó. Este desarrollo puede ser atribuido al impresionante kantianismo expresado por John Rawls en su original trabajo sobre las bases políticas del Estado.¹ También deben prestárseles atención a las teorías kantianas desarrolladas por Habermas, Alexy y Gewirth.² Estos ejemplos ilustran la continua relevancia que el pensamiento kantiano tiene sobre la filosofía moderna.

Durante el mismo período, abogados de derecho internacional público se pusieron al corriente sobre el trabajo de Kant en derecho internacional. Su tesis de que el derecho internacional requiere instituciones que expresen la voluntad general de los Estados soberanos para asegurar la paz mundial y para solucionar conflictos



* Del Centro de Estudios Jurídicos Internacionales de la Universidad de Bristol. Quiero agradecer a Malcom Evans, Julian Rivers, Chanaka Wickremasinghe, Stuart Toddington y Baskac Cali, por los comentarios en los primeros borradores de este artículo y por discutir conmigo los asuntos fundamentales que se tratan en éste.

** Este ensayo fue publicado en: Fernando R. Tesón, *A Philosophy of International Law*, Westview Press, Boulder CO, 1998.

¹ Rawls, *A Theory of Justice* (1972). Véase Johnson sobre la relación entre Kant y Rawls, "The Kantian Interpretation", en *Ethics*, 85 (1974) 58; Darwall, "A Defense of the Kantian Interpretation", en *Ethics*, 86 (1976) 164; Rawls, "Kantian Constructivism in Moral Theory", en *Journal of Philosophy*, 77(1980) 515; Hill, "Kantian Constructivism in Ethics", en *Ethics*, 99 (1989) 752, y Doppelt, "Is Rawls' Kantian Liberalism Coherent and Defensible?", en *Ethics*, 99 (1989) 815.

² Habermas, *The Theory of Communicative Action*, vol. I, (1986); Habermas, *Between Facts and Norms* (1996); Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (1989), y *Theorie der Grundrechte* (1996); y Gewirth, *Critical Essays on Rationality and Community* (1978). Sobre la relación entre Kant y Habermas, véase MacCarthy, *The Critical Theory of Jurgen Habermas* (1978) 325-327. Para analizar la relación entre Kant y Gewirth, véase la parte II de Boyland (edit.), *Gewirth. Critical Essays on Actions, Rationality, and Community* (1999).

internacionales fue capturada inspiradoramente en los documentos fundadores³ de las Naciones Unidas. A pesar de los aparentes problemas de esta institución —como el hecho de que la autoridad legal está arraigada firmemente en el consentimiento estatal y del problema de la efectividad derivado de lo anterior— aún se puede entender como un movimiento importante hacia la visión kantiana de un orden legal internacional.

Por lo tanto, no debe sorprender que en los últimos diez años haya habido un renacimiento de la teoría legal internacional de Kant. Entre otros, Rawls ha hecho su propia contribución⁴ y Tesón ha aportado el trabajo *A Philosophy of International Law*,⁵ el cual es el objeto de esta revisión.



³ Véase, por ejemplo, que el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas (1945) considera que “para comprender la génesis de la nueva organización de paz, no era necesario, tal como fue creído en el período de la Liga de las Naciones, remontarse a filósofos de siglos pasados, a las ideas clásicas de paz eterna y de federalismo europeo para alcanzar la paz”. Véase *The Charter of the United Nations* (1985). A pesar de las comprensibles posiciones antiteóricas tomadas por los autores de la Carta, su preámbulo refleja claramente las posiciones de Kant sobre derecho internacional.

⁴ Rawls, *The Law of Peoples* (1999). Para aquellos que conocen la obra de Rawls, *A Theory of Justice*, su trabajo sobre derecho internacional debe de parecer confuso. En su *Teoría de la justicia*, Rawls establece una justificación poderosa para la teoría política liberal, y uno podría considerar que su teoría sobre derecho internacional establecería límites liberales sobre lo que pueden hacer los Estados. Esto es, uno puede pensar que Rawls respaldaría un sistema de derecho internacional basado en la federación de Estados liberales, lo que estaría muy cerca de la posición de Kant. Sin embargo, en su trabajo sobre derecho internacional, Rawls plantea que Estados no liberales son permitidos en el orden legal internacional. Ésta contradicción *prima facie* puede ser fácilmente comprendida una vez uno entiende la distancia teórica que Rawls ha tomado desde sus conclusiones originales y universales planteadas en *A Theory of Justice*. Él ha atenuado sus posiciones en su trabajo más reciente a tal punto que un número de sus posiciones sobre el mundo —algunas de las cuales no son totalmente liberales— son permisibles en un Estado particular y entre ciertos Estados. En este sentido, véase “Justice as Furnace. Political not Metaphysical”, en *Philosophy and Public Affairs*, 14 (1985) 223; Rawls, “The Idea of Unoverlapping Consensus”, en *OJLS*, 7 (1985) 1, y Rawls, *Political Liberalism* (1993). Para comentarios sobre esta tendencia, véase Hampton, “Should Political be done Without Metaphysics”, en *Ethics*, 99 (1989) 791. Acerca de la discusión sobre la concepción de Rawls sobre el derecho internacional, véase Pogge, “An Egalitarian Law of Peoples”, en *Philosophy and Public Affairs*, 23 (1994) 195, y Koper, “Rawlsian Global Justice. Beyond the Law of Peoples to Cosmopolitan Law of Persons”, *Political Theory*, 28 (2000) 640.

⁵ Tesón, *A Philosophy of International Law* (1999). Referencias a este trabajo son hechas en el texto. Véase también Doyle, “Kant, Liberal Legacies and Foreign Affairs”, en *Philosophy and Public Affairs*, 12 (1983) 205; Sorensen, “Kant and the Process of Democratisation. Consequences for Neo-Realist Thought”, en *Journal of Peace Research*, 29 (1992) 397; MacMillan, “A Kantian Protest Against the Peculiar Discourse of Inter-Liberal State Peace”, en *Millennium*, 24 (1994) 549; Mertens, “War and International Order in Kant’s Legal Thought”, en *RatioJuris*, 8 (1995) 296; Ward, “Kant and the Transnational Order. Towards and European Community Jurisprudence”, *RatioJuris*, 8 (1995) 315; Bartelson, “The Trial of Judgment. A Note on Kant and the Paradoxes of International Law”, en *International Studies Quarterly*, 39 (1995) 255; Bohman y Lutz-Bachmann (eds.), *Latinazgo Perpetual Peace. Essays on Kant’s Cosmopolitan Ideal* (1997); Laberge, “Kant Unjustice and the Law of Nations”, en Maple y Nardin (eds.), *International Society. Diverse Ethical Perspectives* (1998) 83; Franceschet, “Popular Sovereignty or Cosmopolitan Democracy? Liberalism, Kant and International Reform”, en *European Journal of International Relations*, 6 (2000) 277; Franceschet, “Sovereignty and Freedom. Emmanuel Kant’s Liberal International Legacy”, en *Review of International Studies*, 27 (2001) 209, y Cavallar, “Kantian Perspectives on Democratic Peace. Alternatives to Doyle”, en *Review of International Studies*, 27, 2001, 229.

1. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE TESÓN

Una manera obvia para iniciar esta reseña es describiendo las características generales de la filosofía kantiana⁶ sobre el derecho internacional. Sin embargo, existe un desacuerdo considerable acerca de cuáles son estas características. Por lo tanto, empezaré con lo que Tesón considera son los rasgos esenciales de una teoría kantiana del derecho internacional.

La frase inicial en *A Philosophy in International Law* hace claras las intenciones de Tesón. Su libro “defiende la idea, primero desarrollada por Immanuel Kant[,] de que el derecho internacional y la justicia doméstica están fundamentalmente conectadas”.⁷ Para Tesón, justicia doméstica implica el respeto que un gobierno tiene hacia los derechos humanos y democráticos.⁸ Por dos razones debe anotarse que éste es un punto de vista razonable, pero idiosincrásico, del trabajo de Kant. Primero, Kant piensa que se puede demostrar la validez de un principio moral universal como el imperativo categórico,⁹ pero no es totalmente seguro que este principio requiera el respeto por los derechos humanos.¹⁰ Segundo, la adherencia de Kant a los derechos democráticos es más probable, pero no obvia. Por ejemplo, en su trabajo fundamental sobre derecho internacional, *Perpetual Peace*, Kant proclama que “La Constitución civil de todo Estado debe ser republicana”.¹¹



⁶ Cuando el término *kantiano* es empleado en referencia a un teórico, significa que su trabajo está directamente inspirado por las propuestas filosóficas y legales de Kant. Ejemplo de esto son los trabajos: *Groundwork on the Metaphysics and Morals* (1972), publicado por primera vez en 1985 y traducido por Paton, *The Critique of Practical Reason* (1956, publicado por primera vez en 1788 y traducido por Beck), *The Metaphysics of Morals* (publicado por primera vez en 1797 y traducido por Gregor, de aquí en adelante *The Metaphysics of Moral* (véase nota 14) y *Perpetual Peace* (1957, publicado por primera vez en 1795 y traducido por Beck). Esta denominación debe distinguirse de las teorías neokantianas propuestas, entre otros, por Kelsen, quien desarrolló su teoría pura del derecho empleando la metodología de Kant, a partir de la teoría pura del conocimiento propuesta en *The Critique of Pure Reason* (1929, publicado por primera vez en 1781 y traducido por Kemp Smith). Véase Kelsen, *Introduction to the Problems of the Legal Theory* (1996, publicado por primera vez en 1934 y traducido por Paulson and Litschewski-Paulson).

⁷ Tesón, *A Philosophy of International Law*, op. cit., p. 1.

⁸ *Ibid.*, p. 7.

⁹ Véase nota 28.

¹⁰ Debe anotarse que el imperativo categórico le da primacía a los deberes antes que a los derechos y, por lo tanto, se necesita algún argumento para hacer una conexión entre el imperativo categórico y los derechos humanos. En el debate sobre la filosofía de Kant existe un alto grado de controversia al respecto. Por ejemplo, Hoffe considera que la aplicación del imperativo categórico en un orden jurídico impone restricciones procedimentales en el Estado, en lugar de darle a cada individuo derechos humanos. Véase Beylerveld, citado en Boylan, op. cit., y Korsgaard, “Kant’s Formula of Universal Law”, en *Pacific Philosophical Quarterly*, 66 (1985) 24. Tesón también considera que derechos humanos positivos como el de dar ayuda humanitaria pueden derivarse del imperativo categórico y esto también es bastante controversial.

¹¹ Kant, *Perpetual Peace*, op. cit., p. 11 (8: 349). Cuando me refiera al trabajo de Kant, después de dar la página del texto en cuestión, anotaré el volumen y el número de página del mismo texto, pero de la edición de la Academia Prusiana.

Tesón considera que esto corresponde a la concepción moderna de una democracia constitucional. Dice al respecto: “Republicano significa para Kant, lo que nosotros llamamos hoy democracia liberal, es decir, una forma de organización política que muestra un respeto total por los derechos humanos”.¹² Como mínimo, lo que Kant considera un gobierno republicano es aquel que tiene restringido su poder político por una constitución que previene el despotismo del monarca o de las masas. No es claro, por lo menos no en *Perpetual Peace*, si el republicanismo necesita que los individuos tengan derechos democráticos.¹³ Sin embargo, la idea de una representación democrática está presente en el mayor trabajo de Kant sobre teoría del derecho, *The Metaphysics of Morals*,¹⁴ y no existe nada en *Perpetual Peace* que específicamente rechace la idea de un proceso democrático representativo junto con el respeto constitucional de garantías individuales frente al poder gubernamental.¹⁵ Por lo tanto, tal vez Tesón está en lo correcto cuando sugiere que la mejor interpretación al término republicanismo en el trabajo de Kant es por el camino de la noción de democracia constitucional. Para Tesón, “la tesis kantiana puede resumirse como sigue: observancia de derechos humanos y democráticos es el requerimiento primario para hacer parte de la comunidad de naciones bajo el derecho internacional”.¹⁶

La primera línea del trabajo de Tesón deja claro que quiere plantear una defensa de la tesis kantiana sobre el derecho internacional. Uno puede esperar en el resto del libro réplicas a quienes critican la tesis kantiana y ataques a quienes tienen posiciones teóricas diferentes. Éste es el caso, en términos generales. En el primero y quinto capítulos, Tesón trabaja con las aproximaciones kantianas a temas sustantivos como soberanía, uso de la fuerza, autodeterminación y



¹² Tesón, *A Philosophy of International Law*, op. cit., p. 3.

¹³ Véase Kant, *Perpetual Peace*, op. cit., pp. 11-15 (8: 349-354) y Archibugi, “Models of International Organization in Perpetual Peace Projects”, en *Review of International Studies*, 18 (1992) 295, pp. 310-314.

¹⁴ Kant, *The Metaphysics of Morals*. Existen dos ediciones de este libro publicadas por Cambridge University Press. En estas dos ediciones existen diferencias en la presentación. La traducción original fue publicada en 1991, por Mary Gregor, y una edición revisada de este trabajo por Roger Sullivan fue publicada en 1996. La mayor diferencia entre los dos trabajos se puede entender por la hipótesis de Bernd Ludwigs, quien asegura que los copistas entendieron mal las instrucciones de Kant acerca de lo que se debía incluir y quitar del texto. Sullivan ha aceptado esta hipótesis y eso explica el porqué de las diferencias de los dos trabajos. Véase Ludwig “The Right of a State’ in Immanuel Kant’s Doctrine of Right”, en *Journal of the History of Philosophy*, 27 (1990) 402. Las referencias a la edición de 1991 se indicarán con la letra A, y la de 1996, con la letra B.

¹⁵ Véase Caballar, op. cit., p. 236.

¹⁶ Tesón, *A Philosophy of International Law*, op. cit., p. 7.

sucesión de estados. El tercero, cuarto y sexto son discusiones sobre otras aproximaciones teóricas del derecho internacional como la teoría del juego, la teoría de Rawls sobre el derecho internacional y las teorías feministas sobre el mismo asunto.

En el libro existen varios argumentos iluminadores como los capítulos sobre Rawls, feminismo y sucesión. Sin embargo, en este artículo quiero argumentar que en dos aspectos particulares el trabajo de Tesón es problemático, en la medida en que su intento por defender la tesis kantiana se debilita. El primer aspecto se refiere a un punto metodológico: Tesón no aborda con suficiente detalle el método de Kant. Sin esto, es difícil plantear una demanda por la validez de la tesis kantiana ante el escepticismo. El segundo aspecto es sustantivo: Tesón flagrantemente pasa por alto el movimiento en la filosofía kantiana de la moralidad internacional al derecho internacional y, por lo tanto, propone una visión sesgada e idiosincrásica de la jurisprudencia kantiana.

2. ASUNTOS METODOLÓGICOS EN UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Método es comprendido aquí como la justificación de una visión particular de lo que se debe examinar para explicar, describir, comprender o criticar el fenómeno social de lo que constituye el derecho internacional. Tal como lo sugieren Ratner y Slaughter, método en este contexto generalmente implica (a) el proceso de generar un concepto a priori de derecho internacional, que (b) se aplica a un problema concreto en ese derecho.¹⁷ Por lo tanto, para considerar la validez de un método particular, debemos enfrentar dos preguntas: (a) ¿cómo vamos a apreciar la validez de un concepto a priori de derecho internacional?, y (b) ¿cómo un concepto particular de derecho internacional se puede relacionar con una realidad empírica?

Existen dos problemas metodológicos en el trabajo de Tesón: primero y relacionado con (a), no procura justificar las bases teóricas de sus alegaciones, las cuales son fundadas en la validez del principio moral supremo de Kant —el imperativo categórico—, y esto deja

¹⁷ De acuerdo con Ratner y Slaughter en "Apraising the Methods of International Law", en *AJIL*, 93 (1999) 291, p. 292, método generalmente significa "la aplicación de un aparato marco conceptual —una teoría del derecho internacional— a los problemas concretos enfrentados por el derecho internacional".

su teoría abierta al ataque por parte de aquellos que esbozan una visión más escéptica. Segundo y relacionado con (b), el vínculo de Tesón entre su concepción de derecho internacional y la realidad empírica es ambiguo.

2.1 Una justificación de Kant sobre el concepto de derecho internacional

Kant considera que su método puede suministrar mejores bases para una conceptualización de derecho internacional que las descripciones puramente empíricas. En relación con la jurisprudencia en general, Kant establece:

Así como la pregunta mas citada para el lógico "que es la verdad", el interrogante "qué es correcto", también puede avergonzar al *jurista* si éste no pretende dar una respuesta tautológica y prefiere, en vez de dar una solución universal, referirse a lo que la ley en un tiempo y en un país determinado prescribe. Él puede ciertamente contestar lo que es expuesto como correcto (*quid sit iuris*), en un lugar y tiempo específico. Pero la cuestión de si lo que estas leyes prescriben es también correcto y cuál es el criterio universal por el cual puede uno reconocer que es correcto o equivocado (*iustum et iniustum*), son asuntos que permanecerán escondidos para el jurista, al no ser que él deje esas cuestiones empíricas para después y busque la fuente de sus juicios en la razón únicamente, de tal manera que establezca las bases para cualquier posible indicación de derecho positivo (si bien las leyes positivas pueden servir como excelentes guías para esto). Como la cabeza de madera en la fábula de Fedra, una doctrina empírica de los derechos es una cabeza que puede ser hermosa, pero desafortunadamente no tiene cerebro.¹⁸

Aquí, y en concordancia con la estipulación de Ratner y Slaughter sobre el significado del método en derecho internacional, Kant establece que juicios a priori justificables deben informar el concepto de derecho y, como corolario, uno de derecho internacional, el cual puede ser entonces usado para criticar o validar nuestras familiares y rutinarias concepciones de este fenómeno social. En este pasaje, Kant está esbozando un argumento común en la filosofía del derecho internacional y en la filosofía jurídica moderna, y es importante clarificarlo antes de explicar la visión de Kant.

Los varios proponentes de este argumento, como Koskeniemi y Carty, aseguran que la descripción del derecho internacional moderno generalmente está construida mediante alianzas de prácticas sociales comunes, emparejadas a nuestras concepciones lingüísticas (es



¹⁸ Kant, *The Metaphysics of Morals*, op. cit., en A 55 = B 23 (6: 229-230).

decir, el fenómeno social al que se le da la etiqueta de “derecho internacional”). Sin embargo, tales proposiciones se basan en unas suposiciones a priori, las cuales varían de acuerdo con el individuo, el tiempo y el lugar. Fannin, quien también desarrolla esta línea de argumentación respecto a la descripción del derecho en general, considera que esas divergencias son causadas por diferencias de opinión sobre a qué características de la realidad empírica se les debe dar una importancia dentro de una descripción particular.¹⁹

Específicamente, Koskenniemi argumenta que “los hechos del mundo social internacional no aparecen ‘automáticamente’, sino son el resultado de encontrar una matriz conceptual relevante”.²⁰ Carty plantea una posición similar: “Uno no puede simplemente estudiar las prácticas de los Estados como prueba del derecho porque es lógicamente inconcebible examinar cualquier evidencia sin un criterio *a priori* de relevancia y significación”.²¹ Adicionalmente, para Slaughter esta idea forma la piedra angular de su concepción del derecho internacional. Argumenta la autora que “los siglos 17 y 18, padres del derecho internacional, tienen consigo profundas suposiciones sobre la incidencia de la guerra, la paz y la naturaleza de los Estados”, y que, por tanto, “los abogados internacionalistas deben ser más explícitos acerca de la ciencia política que les subyace”.²²

A pesar de que este punto es incontrovertible, lo que no resulta tan obvio es qué fenómeno social se debe considerar relevante o significativo en una descripción particular de derecho internacional. Koskenniemi y Kennedy, por ejemplo, seguramente cuestionarían si es posible hacer ese juicio de una forma no arbitraria.²³ Carty sería agnóstico o tal vez favorecería una aproximación discursiva pragmática.²⁴ Slaughter piensa que un método inductivo empírico puede ser empleado para justificar aproximaciones particulares.



¹⁹ Finnin, *Natural Law and Natural Rights* (1980) 9. Él dice: “Es obvio entonces que las diferencias en descripción (por diferentes teóricos legales) vienen de diferencias de opinión entre teóricos descriptivos acerca de lo que es importante y significativo en el campo de los datos y la experiencia con la cual todos están relacionados”.

²⁰ Koskenniemi, *From Apology to Utopia* (1998), pp. 188-189.

²¹ Carty, *The Decay of International Law* (1986), pp. 95-96.

²² Slaughter, “International Law in a World of Liberal States”, en *EJIL*, 6 (1995) 503, p. 537. Véase también Burley, “Law among Liberal States. Liberal Internationalism and the Act of the State Doctrine”, en *Columbia Law Review*, 92 (1992) 1907. Aquí Slaughter parece adoptar una posición Kantiana, la cual es altamente matizada por Doyle, *op. cit.*

²³ Véase Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, *op. cit.*, p. 458 y *passim*. Véase también Kennedy, *International Legal Structure* (1987).

²⁴ Véase Carty, *op. cit.*, en el capítulo 9.

Se puede discutir²⁵ el argumento de Kant cuando considera que los requisitos morales del imperativo categórico establecen un juicio importante no arbitrario y apodíctico, que puede ser empleado para darle forma a su concepto de derecho internacional. La validez de este punto de vista viene no de una analogía con la realidad empírica, sino de una justificación a priori que él establece para este principio.²⁶ El imperativo categórico se formula de diferentes formas; sin embargo, en relación con la ley Kantiana, él mismo prefiere apelar a la formulación llamada el *principio universal de lo correcto* (*universal principle of right*): "Cualquier acción es correcta si puede coexistir con la libertad de todos de acuerdo con una ley universal, o si en su máximo, la libertad de escoger de cada uno puede coexistir con la libertad de todos de acuerdo a un principio universal".²⁷

Entonces, si quiere ser observado como justificado, un concepto de derecho o de derecho internacional debe tener como premisa el imperativo categórico.²⁸ Tesón insiste en su kantianismo sobre la relación general



²⁵ Es discutible, porque algunos teóricos no consideran que los límites morales del imperativo categórico estén incorporados en el concepto de derecho de Kant. Los dos más prominentes impulsores de esta tesis son Waldron y Maus. Waldron argumenta que el imperativo categórico abandona el movimiento de pasar del razonamiento moral al legal. Esto, porque el razonamiento legal crea un juicio general o omnilateral, el cual soluciona del problema moral en el estado de naturaleza, donde cada individuo toma decisiones unilaterales de lo que considera que el imperativo categórico requiere. Véase Waldron, "Kant's Legal Positivism", en *Harvard Law Review*, 109 (1996) 1535. Maus considera que las visiones autoritarias de la teoría legal kantiana, las cuales se desarrollan desde relatos del derecho natural y positivo, deben ser remodeladas en una forma más positiva para que enfaticen los constreñimientos democráticos en el proceso de hacer las leyes. Véase Maus, "The Differentiation between Law and Morality as a Limitation of Law", en MacCormick y Wroblewski (eds.), *Law, Morality, and Discursive Rationality* (1989) 141. Ahora bien, existen tres argumentos que se pueden hacer sobre este asunto sin enredarse demasiado: primero, tanto Waldron como Maus trabajaron con una traducción más vieja de Kant, que los llevó a una lectura más positiva. Véase nota 6 y a Flikschuh, "On Kant's Rechtslehre", en *European Journal of Philosophy*, 5 (1997) 50. Sobre este punto véase la diferencia de traducción de "Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Intent" (8: 15), empleada por Waldron (en p. 1564) y la traducción del mismo pasaje de Humphrey sobre Kant, *Perpetual Peace and other Essays* (1983) 34 (8:23). Segundo, existe soporte suficiente para probar que los límites morales del imperativo categórico están incorporados en las reglas legales. Véase, por ejemplo, a Ludwig, *Kant Rechtslehre* (1988); Mullholland, *Kant's System of Rights* (1991); Kersting, *Wohlgeordnete Freiheit* (1993), y Toddington y Olsen, "Idealism for Pragmatists", en *Archiv fur Rechts und Sozialphilosophie*, 85 (1999) 510. Tercero, la interpretación moral de la teoría legal kantiana es tan plausible como otros relatos. Por lo tanto, argumentaré, al igual que Tesón, desde la presunción de validez de la aproximación moral, pero sin hacer ningún comentario sobre ésta.

²⁶ La justificación más fuerte dada por Kant es la deducción trascendental en la parte III de *The Groundwork of the Metaphysics of Morals*, op. cit.. La deducción trascendental es un método mediante el cual Kant intenta derivar en forma lógica el imperativo categórico, a partir de la reflexión racional del individuo sobre su capacidad de concebir que él o ella tienen razón práctica. No hago ningún comentario para establecer si este argumento de Kant sobre el imperativo categórico es correcto o no. Sin embargo, véanse Allison, *Kant's Theory of Freedom* (1993), capítulos 11-13 y Beyleveld, citado en Boylan, op. cit..

²⁷ Kant, *The Metaphysics of Morals*, op. cit., en A 56 = B 24 (6: 230).

²⁸ Véase nota 25.

entre el razonamiento moral y el de derecho internacional. Pero, de nuevo, un cierto grado de argumento se requiere para hacer esta conexión, y esto lo consigue el relato de Franceschet, quien argumenta que Kant concibe un “contrato original” que apoya a un legislador que quiere únicamente aquello que cada individuo consienta de acuerdo con los requisitos del imperativo categórico.

Cada legislador actual, sea local o internacional, no alcanzará este ideal, pero, a pesar de ello, debe intentarlo.²⁹ Desde luego, ésta es una premisa sobre la validez del imperativo categórico, y si Tesón está empeñado en una defensa de la visión kantiana del derecho internacional, él tiene, al menos inicialmente, que centrarse en las justificaciones de Kant sobre el principio moral supremo. Sin esto, parece difícil asegurar, desde el trabajo de Kant, por qué exactamente el imperativo categórico debe ser considerado el punto de vista no arbitrario, premisa de un concepto de derecho internacional. Sin este argumento es muy difícil ver cómo Tesón puede alterar las opiniones de escépticos como Koskeniemi o Kennedy. Tesón puede argumentar que su audiencia, presumiblemente compuesta de abogados internacionalistas, no estaría impresionada por las incursiones detalladas en las complejidades de la filosofía práctica kantiana, sin embargo, tiene muy poca opción si él quiere que su teoría sea una defensa del proyecto kantiano en derecho internacional.³⁰

2.2 Empirismo, como una justificación del concepto de derecho internacional

El segundo problema del método de Tesón tiene que ver con la manera como aplica la teoría kantiana del derecho internacional a la rea-



²⁹ Véase Franceschet, “Sovereignty and Freedom...”, *op. cit.*, pp. 221-22 y Laberge, *op. cit.*, pp. 83-89. Sin embargo, esto es en alguna medida controversial. Véase nota 25. Los indicios textuales de la afirmación de Kant sobre una conexión entre el imperativo categórico y el orden internacional legal pueden ser encontrados en la *Peace Perpetual* y en *The Metaphysics of Morals*. Kant sostiene, por ejemplo, que la constitución de un Estado, “es establecida, primero, por los principios de libertad de los miembros de una sociedad (como hombres); segundo, por los principios de dependencia de todos (como súbditos) con respecto a una legislación común específica y tercero, por la ley de igualdad (como ciudadanos)”. Véase Kant, *The Metaphysics of Morals*, *op. cit.*, en A 84 = B 51 (6: 23). Tesón considera otras dos formulaciones del imperativo categórico, las cuales son la fórmula del final en sí mismo y la fórmula de la ley universal. Véase Kant, *Groundwork on the Metaphysics of Morals*, *op. cit.*, en 83 (4: 420) y 90 (4: 427). Para ver la analogía entre estas dos versiones del imperativo categórico y el derecho internacional, véase Kant, *The Metaphysics of Morals*, *op. cit.*, en A 151 = B115 (6: 345) y *Perpetual Peace*, *op. cit.*, en 16 (8: 344).

³⁰ Este punto es esgrimido por otro crítico del trabajo de Tesón. Véase García, “Review of Teson’s *Philosophy of International Law*”, en *AJIL*, 93 (1999) 746, en 749.

lidad empírica. Ya vimos que la realidad empírica es algo que no se puede aprehender neutralmente y que juicios a priori importantes son establecidos por relatos acerca de ésta. Lo que importa aquí es la relación que Tesón percibe hay entre la teoría kantiana del derecho internacional y tal 'realidad'. Para establecer por qué la posición de Tesón es de alguna importancia, se pueden usar las líneas generales de la aproximación de Slaughter sobre la relación entre conceptos de derecho internacional y la realidad empírica. Esto, porque por momentos las aproximaciones adoptadas por Tesón y Slaughter parecen similares y comparten un problema común.

Como se ha señalado, Slaughter argumenta que debemos ser conscientes de los supuestos a priori que apuntalan nuestras concepciones de derecho internacional. Ella considera que el realismo y el liberalismo —dos concepciones populares de las relaciones internacionales y que ella busca aplicar al derecho internacional— están precedidos por tres suposiciones. Para Slaughter, el realista asume (a) que los Estados son los primeros actores en el sistema internacional y que ellos son racionales y funcionalmente idénticos; (b) que las 'preferencias' de los Estados están fijadas, y (c) que el sistema internacional es anárquico.³¹ Por su parte, el liberal asume: (a) que los actores primarios en el sistema internacional son individuos y grupos que actúan en las sociedades civiles nacionales y transnacionales; (b) que los Estados interactúan con estos actores en una relación compleja de representación y regulación, y (c) que lo que los Estados hacen en asuntos internacionales es el agregado de la presión puesta sobre ellos por los actores primarios.³²

Ahora, cada grupo de estas suposiciones es empleado por los teóricos para crear una "construcción intelectual que [...pueda ser usada] para describir el mundo empírico que ellos estudian".³³ Pero, ¿cómo escogemos entre estas posiciones adversas? Bien, a Slaughter le preocupa "la validación empírica de estos modelos", según la cual la "hipótesis [...] puede describir una dimensión importante del sistema actual";³⁴ por ello ha:

³¹ Véase Slaughter, *op. cit.*, p. 507.

³² *Ibid.*, pp. 507-508.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*, p. 505.

...diseñado un [...] modelo hipotético de derecho internacional basado en un grupo de suposiciones acerca de la composición y comportamiento de Estados específicos. El valor último de este modelo tiene que esperar la conformación empírica de una hipótesis específica destilada a partir del mismo.³⁵

En la medida en que Slaughter busca defender el liberalismo, entonces tiene que mostrar que éste *describe* una realidad empírica mejor que el realismo. Presumiblemente, y de acuerdo con esta metodología, los modelos liberal y realista son verificados o probados en su validez cuando se confrontan contra la realidad empírica. Si el modelo 'encaja', lo aceptamos; si no lo modificamos o lo rechazamos. Si Slaughter está en lo cierto, el realismo debe ser modificado o, mejor aún, rechazado, pues no 'encaja' en la realidad empírica. Como el liberalismo 'encaja', entonces ése es el modelo que debemos que considerar válido.

Esta clase de empirismo —común a las ciencias sociales— está basada en la propuesta de un modelo hipotético que se confronta contra la realidad empírica. Este modelo opera como sigue. Inicialmente un modelo hipotético es propuesto; es decir, es *deductivamente* empleado para explicar y predecir una realidad empírica. Luego si el modelo predice, es aceptado. Si falla, es rechazado o modificado. Por lo tanto, su validez es afirmada por el empleo inductivo de hechos empíricos.³⁶ En conclusión, si Slaughter está en lo correcto, hay que adherirse al liberalismo, pues la inducción de hechos empíricos no requiere el abandono del liberalismo. La adopción de esta aproximación es muy clara en el trabajo de Slaughter. Por ejemplo, ella afirma:

Ni el derecho ni la política pueden ser una ciencia, pero los teóricos de las relaciones internacionales tienen una ventaja comparativa cuando formulan una hipótesis generalizada acerca del comportamiento de los Estados y en la conceptualización de la estructura básica del sistema internacional [...] Esta aproximación primero buscaría una congruencia entre la imagen y el modelo del sistema internacional que implícita o explícitamente informa el derecho internacional y los modelos usados por los teóricos de las relaciones internacionales. Como politólogos, estos académicos están preocupados por la validación empírica de estos modelos.³⁷

Aquí debe anotarse que Slaughter adopta un método por el cual el liberalismo es validado mediante el método empírico. Por algunos momentos en su libro, Tesón parece aceptar esta posición. Por ejem-

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Hollis, *Models of Man* (1977) 47 y *passim*.

³⁷ Slaughter, *op. cit.*, p. 504.

plo, en una crítica a la aproximación positiva del derecho internacional dice que “la tesis kantiana es una vía prometedora para aproximarse al derecho y las relaciones internacionales porque provee las herramientas para *explicar* lo que el positivismo deja sin explicar”.³⁸ De igual forma, sugiere que la teoría del juego es inductivamente problemática, pues no puede explicar por qué los Estados cumplen con el derecho internacional a pesar de que no es su mayor interés.³⁹ De acuerdo con esto, una aproximación del derecho internacional basada en las obligaciones morales de los Estados en relación con el respeto a los derechos humanos es mucho menos problemática. Por lo tanto, parecería que la razón por la cual uno aceptaría el modelo kantiano es por su capacidad de explicar la realidad empírica a través de instancias deductivas e inductivas del método empírico.⁴⁰

En otras partes de su trabajo, Tesón parece estar trabajando en una esfera normativa. Esto significa que la tesis kantiana provee razones justificables de por qué instituciones y reglas jurídicas internacionales pueden tomar cierta forma. Por ejemplo, él argumenta:

Una manera para explicar las instituciones democráticas, tal como lo plantea este libro (respeto por los derechos humanos más un gobierno verdaderamente representativo) es observándolas como tentativas para colocar límites a la consecución de intereses gubernamentales a expensas de los intereses de la gente [...] prohibiendo al gobierno violar los derechos humanos establecemos límites de la forma como el gobierno puede querer perseguir sus intereses.⁴¹

Entonces, Tesón puede ser comprendido como aquel que adopta dos métodos diferentes de justificación de la tesis kantiana. Primero, considera que es justificada, porque puede explicar una realidad empírica mejor que otras teorías. Segundo, porque otorga una explicación normativa para limitar las actividades de los Estados.

En un sentido normativo, la validez de la tesis kantiana es establecida por las razones que favorecen una concepción de derecho internacional basado en los requerimientos morales del imperativo



³⁸ Tesón, *A Philosophy of International Law*, op. cit., p. 95.

³⁹ *Ibid.*, pp. 90-91.

⁴⁰ Doyle, op. cit., adopta una aproximación empírica similar para justificar su kantianismo. Sin embargo, examino el trabajo de Slaughter porque mientras Doyle puede estar más cerca al empirismo, al cual Tesón alude, Slaughter es más directa acerca de los apuntalamientos metodológicos del método empírico.

⁴¹ Tesón, *A Philosophy of International Law*, op. cit., p. 95.

categorico sobre otras concepciones opuestas. Por lo tanto, la cuestión de la validez es determinada por la validez misma del imperativo categorico, y esto nos lleva de nuevo al enunciado citado antes. Por lo tanto, al retomar la justificación empírica ofrecida por estos teóricos, el empleo de relatos convencionales sobre derecho internacional, como mecanismos justificativos, es visto cínicamente por un número importante de teóricos. Este escepticismo puede explicarse si se consideran las elocuentes críticas de Karl Popper y Martín Hollis acerca del método empírico en las ciencias sociales en general.⁴² Para empezar, necesitamos ser más precisos sobre lo que puede significar *realidad empírica*. Como Slaughter y Tesón parecen entender *realidad empírica* como una ambigüedad dada, entonces es necesario especular.

De un número total de reportes de primera, segunda o tercera (o más) mano, nosotros recibimos información sobre un patrón de hechos que constituye el mundo empírico. Tales reportes pueden venir de periódicos, artículos académicos y demás; sin embargo, éstos dependen, en últimas, de un número masivo de hechos sociales. La totalidad de estos hechos sociales puede entenderse como la representación de la realidad empírica, y tiene sentido sugerir que es contra esta totalidad contra la cual el liberalismo, el realismo o cualquier otro modelo hipotético tiene que verificarse o rechazarse vía inducción.

No obstante, tal como Popper argumenta en relación con el método empírico en general, esta totalidad de hechos sociales no puede usarse sin ambigüedad, como árbitro de nuestras controversias teóricas, pues todas las teorías parten de ciertas suposiciones acerca de lo que, dentro de la totalidad de hechos sociales, debe ser considerado relevante para un modelo teórico del fenómeno social, incluidas las concepciones liberales y realistas del derecho internacional.

Dentro de los modelos de derecho internacional existen dos juicios. Primero, existe un juicio de *relevancia*, el cual requiere que los teóricos determinen, a partir de la totalidad de los hechos sociales que constituyen la realidad empírica, cuáles de los hechos son relevantes para estudiar el derecho internacional. Por ejemplo, los liberales consideran que las actividades de la burocracia son relevantes para

⁴² Véase Popper, *Conjectures and Refutations* (2000, publicado por primera vez en 1963), introducción y capítulo 1; y Hollis, *op. cit.*, capítulo 3.

estudiar el derecho internacional; los realistas, no. Segundo, existe un juicio de *importancia*. Los realistas consideran que las emanaciones hacia afuera de la “voluntad estatal” son de central importancia. Los liberales consideran fundamental el proceso interno por el cual la “voluntad estatal” es articulada.⁴³ Como lo plantea Katz, un animal hambriento dividirá su entorno entre cosas comestibles y no comestibles, y podemos agregar que dentro de las comestibles, el animal puede considerar algunas más nutritivas que otras.

Por analogía, los liberales y los realistas son dos animales que consumen cosas radicalmente diferentes.⁴⁴ Igualmente instructiva es la analogía de Popper de la “máquina inductiva”, la cual puede formular modelos con los cuales se puede verificar su validez contra la realidad empírica. Popper argumenta que como “los arquitectos de la máquina”, nosotros “tenemos que decidir *a priori* qué constituye el mundo; qué cosas pueden ser tomadas como similares e iguales y qué clase de ‘leyes’ deseamos que la máquina sea capaz de ‘descubrir’ en el mundo”.⁴⁵ Por lo tanto, parece ilógico considerar al realismo o al liberalismo como mejores o peores para explicar la realidad empírica, porque cada uno se basa en juicios de relevancia y significancia acerca del número de hechos que constituyen la realidad empírica. En lugar de ser mejores o peores descripciones, ellas son simplemente interpretaciones diferentes de ese número total de hechos y, por lo tanto, la realidad empírica no puede ser un árbitro neutral de nuestras controversias.

Si esto es correcto, existen dificultades serias con el método de Slaughter. Igualmente, parecería que Tesón no es muy acertado al proponer una metodología empírica para justificar la tesis kantiana. Entonces, ¿cómo podría uno justificarla? Pues desde el punto de vista de la epistemología racionalista (la cual Kant acepta), la validez de la tesis tiene que ser probada *a priori*, de acuerdo con criterios como la coherencia lógica y si sus premisas son inicios de preguntas. Sin embargo, esa clase de cuestionamientos es la exactamente



⁴³ He argumentado este punto de una forma más extensa en “Incommensurability. Purposability and International Law”, en *EJIL*, 11 (2000) 637, pp. 639-653. Este argumento también está desarrollado por Korhonen, “Liberalism and International Law. A Center Projecting a Periphery”, en *Nordic Journal of International Law*, 65 (1996) 481.

⁴⁴ Katz, *Animals and Men* (1937), capítulo 6.

⁴⁵ Popper, *op. cit.*, p. 48.

requerida para afirmar la validez de la justificación normativa de Tesón del liberalismo kantiano, y, como se ha dicho, Tesón no entra en este debate.

Ambos, Tesón y Slaughter creen que las premisas a priori apuntalan concepciones del derecho internacional, pero no intentan justificarlas. Volviendo a la analogía de Kant, sobre la cabeza de madera en la fábula de Fedra, las acciones de Tesón y Slaughter son políticamente correctas, pues ellos creen que es el cerebro el que cuenta y que la apariencia es superficial. Sin embargo, ellos necesitan establecer de manera categórica los criterios que les permitan afirmar qué hace inteligente al cerebro.

3. LA RAZÓN MORAL Y LEGAL EN EL PENSAMIENTO KANTIANO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Los temas metodológicos que se han discutido páginas atrás necesitan ser incluidos en alguna *defensa* de las filosofías de Kant sobre derecho internacional, pero la ausencia de estas consideraciones no es fatal para el trabajo de Tesón. Sugiero una consideración más cuidadosa de las bases justificatorias de la teoría kantiana para que sean defendidas efectivamente en contra de aquéllas de carácter crítico. En esta coyuntura quiero volver a un segundo y más serio problema en el libro de Tesón. He argumentado que este autor logra trivializar y dejar sin desarrollo una consideración clave —si no la central— en la filosofía de Kant del derecho y el derecho internacional. Se trata del paso de una razón moral a una omnilateral o legal. Si se acepta este argumento, es dudoso si Tesón, en gran parte de su libro, se refiere de alguna forma a la concepción kantiana del derecho internacional. Este argumento es hecho por referencia al de Tesón, cuando éste favorece una intervención de los Estados para asegurar objetivos humanitarios.⁴⁶



⁴⁶ El mismo argumento puede ser expuesto como respuesta al encontrado en el capítulo 5 de su libro sobre la secesión. Una de las anomalías de la teoría legal kantiana es que no acepta la idea de revolución contra un gobierno injusto, y esto presumiblemente incluiría una prohibición a la secesión. Tesón considera esta anomalía cuando afirma: “la tesis kantiana sobre la alianza racional a la ley no se reconcilia fácilmente con su fuerte oposición a un derecho a la revolución. La proposición de que los ciudadanos puedan revelarse (como última mediada) contra el poder arbitrario cuando el soberano ha roto el contrato inicial, está plasmado en cualquier política liberal. Tal vez Kant estaba tratando de afirmar algo puramente formal, es decir, que el tener un *derecho legal* para los ciudadanos es, en sí mismo, contradictorio” (p. 6). Sobre este punto véase también Franceschet, “Sovereignty and Freedom...”, *op. cit.*, pp. 219-220.

3.1 Una justificación de Tesón para el uso de la fuerza

Tesón considera que los principios legales tradicionales que defienden el concepto de soberanía estatal (como la no intervención y la autonomía) están moral y conceptualmente equivocados.⁴⁷ En cambio, cree que una concepción “moralmente cargada” de soberanía está justificada normativamente por la tesis kantiana. Asegura que la *libertad* del gobierno “consiste en esbozar (interna o externamente) el poder coercitivo del Estado”, pero que la *libertad* del gobierno no puede ser una buena cosa por las mismas razones que la libertad individual es una buena cosa y, por lo tanto, “las acciones tienen que ser justificadas, como todo ejercicio de poder político, con las herramientas de la moralidad política”.⁴⁸

Luego, Tesón argumenta que la filosofía moral y política de Kant establece los límites de la libertad particular de un gobierno, y esto obliga a que los Estados se adhieran a una protección de los derechos humanos y democráticos. Dos corolarios fluyen de este argumento: (a) que los ciudadanos pueden revolucionarse y derrocar un gobierno injusto y al que una minoría perseguida tiene derecho a suceder, y (b) que los gobiernos que respetan los derechos humanos y democráticos pueden ejercer la legítima defensa e intervenir en los asuntos internos de los Estados cuyos gobiernos les niegan a sus ciudadanos estos derechos. Para él, la intervención es justificada cuando existe una conjunción de dos condiciones:

Dos condiciones se aplican a los intervencionistas potenciales: su causa tiene que ser justa y su gobierno legítimo. Hemos visto que la única meta legítima de un intervencionista es la protección de los derechos humanos [...] la guerra de un gobierno para proteger los derechos humanos, cuando ellos son violados por un agresor extranjero, es llamada legítima defensa, la guerra de un gobierno para defender los ciudadanos de un Estado específico de las violaciones a sus derechos humanos por su propio gobierno es llamada, intervención humanitaria.⁴⁹

Este argumento depende de una distinción clara establecida entre gobiernos legítimos e ilegítimos, donde solamente los legítimos tienen el deber de intervenir.⁵⁰ Las condiciones para la legitimidad de un



⁴⁷ Cfr. Tesón, *A Philosophy of International Law*, op. cit., p. 40.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 42.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 59.

⁵⁰ Tesón establece que gobiernos ilegítimos —por ejemplo, dictaduras— no pueden “desarrollar válidamente actos de intervención”. *Ibid.*, p. 57.

gobierno son el respeto por los derechos humanos y democráticos. Otra condición que Tesón no reconoce, pero que presumiblemente tiene que aplicar, es que este deber está únicamente en cabeza de aquellos gobiernos de Estados que ostenta suficiente poder (militar o de otro carácter). “Obligación” implica “poder”.

Tesón desarrolla sus ideas a partir de las condiciones desde las cuales se puede atribuir legitimidad a un Estado o gobierno, cuando él distingue entre contrato social horizontal y vertical. El contrato social horizontal se ocupa de las obligaciones que dentro de la sociedad cada individuo tiene hacia otros; mientras que el vertical, del establecimiento de las instituciones políticas que mantienen el contrato social horizontal. Un gobierno legítimo asegura que los derechos democráticos y humanos sean totalmente respetados en ambos contratos.⁵¹ Si un gobierno es una dictadura, entonces el contrato social se ha roto y el *gobierno* es clasificado como ilegítimo. Igualmente, si el contrato social horizontal se ha roto, por ejemplo, por una guerra civil o una desintegración del Estado, entonces, el gobierno se ha convertido en ineficiente para mantener la obligación que cada ciudadano tiene respecto al otro. Cuando esto ocurre, el *Estado* es ilegítimo.

Uno puede encontrar armonía entre las posiciones de Tesón y Kant respecto a este asunto. Kant argumenta:

No existen límites para un Estado contra un *enemigo injusto* (no límites con respecto a la cantidad o el grado, aunque existen límites con respecto a la calidad); esto es, un Estado agredido no puede usar *cualquier* medio *sin importar*, pero puede usar aquellos medios que son admisibles en el grado que se permita, con el propósito de mantener lo que le pertenece.⁵²

Por lo tanto, Kant favorecería una división entre Estados justos e injustos y un derecho a la legítima defensa. Sin embargo, Kant luego pregunta: “¿pero qué es un Estado enemigo en términos del concepto de derecho de las naciones, en el cual —como en la situación en estado de naturaleza— cada Estado es justificado en su propia experiencia?”.⁵³ Por lo tanto, Kant está diciendo que la determinación de un Estado de si otro es justo o no es un *juicio unilateral*.

⁵¹ *Ibid.*, p. 57.

⁵² Kant, *The Metaphysics of Morals*, op. cit, en A 155 = B 118 (6: 349).

⁵³ *Ibid.*

Tesón se extiende en este argumento. Afirma que la legítima defensa y la intervención son, de hecho, manifestaciones de una política exterior justificada normativamente. Cada Estado tiene un triple deber: “(1) defender sus instituciones justas; (2) respetar los derechos de las personas dentro y fuera del país[,] y (3) promover globalmente la preservación de los derechos humanos y democráticos”.⁵⁴ El punto (1) corresponde a la legítima defensa, si los individuos que operan dentro de las instituciones estatales las consideran justas, y los puntos (2) y (3) dan un deber *a prima facie* para intervenir si un gobierno de un Estado justo considera que los derechos humanos y democráticos se están infringiendo en otro territorio. En este punto, el argumento de Tesón se desvía de la posición de Kant. Esto se puede ver mejor por vía ejemplo, y para ello usaré el famoso caso de Nicaragua.⁵⁵

El caso Nicaragua se refiere a acciones militares de Estados Unidos en ese país. Para detener las actividades de ese país, Nicaragua le pide a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) medidas provisionales. En la fase de los méritos del proceso, Nicaragua pide indemnizaciones. La CIJ falló a favor de Nicaragua en ambas instancias. Lo que es de interés específico aquí son los argumentos de Nicaragua y de Estados Unidos para defender sus acciones. La naturaleza de la acción de Estados Unidos en Nicaragua fue descrita en el reporte hecho por el presidente al Congreso el 10 de abril de 1985. Inicialmente el reporte estableció:

La política de Estados Unidos hacia Nicaragua, desde el ascenso de los Sandinistas al poder, consistentemente ha buscado conseguir cambios en la política y el comportamiento del gobierno nicaragüense. No hemos buscado derrotar al gobierno nicaragüense o forzar a Nicaragua a adoptar un sistema específico de gobierno.⁵⁶

Existieron cuatro cambios que Estados Unidos intentó conseguir. Primero, “una terminación de todas las formas de ayuda nicaragüense en países vecinos a grupos subversivos o insurgentes”.⁵⁷ Específicamente, Estados Unidos estaba preocupado con el flujo de armamentos que llegaban a los puertos nicaragüenses y luego eran suministrados a los insurgentes salvadoreños. Segundo, una



⁵⁴ Tesón, *A Philosophy of International Law*, op. cit., p. 55.

⁵⁵ El caso concerniente a actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta (Nicaragua contra Estados Unidos de América) tiene dos fases: (a) “Request for Provisional Measures”, en *ICJ Reports* (1984) y (b) “Merits”, en *ICJ Reports* (1986).

⁵⁶ *Merits*, op. cit., p. 46.

⁵⁷ *Ibid.*

“implementación del compromiso sandinista hacia el pluralismo, los derechos humanos, las elecciones libres, el no alineamiento y una economía mixta, propios de la Organización de los Estados Americanos”.⁵⁸ Tercero, “una reducción del aparato militar y de seguridad de Nicaragua para restablecer el balance en la región”. Cuarto, una “una ruptura de los lazos militares y de seguridad con el Bloque Soviético y Cuba”.⁵⁹

El primero y cuarto cambios, de los buscados por Estados Unidos, pretendían conseguir, predominantemente, metas políticas, y presumiblemente no tienen una justificación legal. Sin embargo, pueden tenerla la primera y segunda razones esbozadas por el país del norte. Respecto a la legítima defensa colectiva, primer argumento de Estados Unidos, sería una defensa *a prima facie* contra Nicaragua.⁶⁰ Como apoyo a este alegato, el representante de Estados Unidos leyó lo siguiente: “Contrario a las constantes negociaciones de los representantes nicaragüenses, ese país está totalmente envuelto en el apoyo a la insurgencia salvadoreña”.⁶¹ El ministro de Relaciones Exteriores de Nicaragua rechazó esas afirmaciones:

Estoy consciente de las afirmaciones hechas por los Estados Unidos de que mi gobierno está enviando armas, municiones, equipos de comunicaciones y soportes médicos a los rebeldes que llevan a cabo una guerra civil contra el gobierno del Salvador. Tales afirmaciones son falsas y constituyen nada más que un pretexto para continuar con sus actividades militares y paramilitares ilegales contra Nicaragua dirigidas a derrocar mi gobierno [...]. Es interesante que sólo el gobierno de los Estados Unidos alega esto y no el del Salvador que es la supuesta víctima del presunto tráfico de armas. Existen totales relaciones diplomáticas entre Nicaragua y el Salvador. Empero, el salvador nunca —ni una sola vez— ha presentado una protesta a mi gobierno acusándolo de complicidad o responsabilidad en cualquier tráfico de armas u otros abastecimientos militares para grupos rebeldes en ese país.⁶²

El gobierno de Estados Unidos consideró que las condiciones para ejercer la legítima defensa estaban dadas. Igualmente, Nicaragua consideró que las condiciones por las cuales podía ejercer su derecho a la autodeterminación, a la no intervención y, en últimas, a la legítima defensa, estaban igualmente dadas. Éstas son alegaciones

⁵⁸ *Ibid.*, p. 47.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Véase, por ejemplo, Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law*, (1996) 444.

⁶¹ “Request for Provisional Measures”, *op. cit.*, p. 26.

⁶² *Ibid.*, p. 28. El salvamento de voto del juez Schwebel sugiere que la afirmación del gobierno nicaragüense sobre la quiescencia salvadoreña en este asunto es debatible.

opuestas. Si ambos gobiernos las consideran legítimas, de acuerdo con la manera descrita por Tesón, entonces su interpretación de la tesis kantiana justificaría a ambos Estados para usar la fuerza contra el otro.

En cuanto a la segunda justificación para la acción de los Estados Unidos, funcionarios estatales pensaron que la intervención para reestablecer los derechos humanos y la democracia eran justificadas. Existen algunos indicios, aunque débiles, para respaldar el derecho a la democracia,⁶³ pero desde el punto de vista de Tesón la posición de Estados Unidos es claramente justificable.⁶⁴ Nicaragua hizo reclamos similares para fundamentar su posición, ellos afirmaron que la CIJ tenía que determinar medidas provisionales basadas en el derecho a la autodeterminación, en el derecho a la no interferencia y en que “la vida, la propiedad de los ciudadanos nicaragüenses, la soberanía del Estado, la salud y el progreso de la economía, estaban todas en juego”.⁶⁵

Como Roth afirma, “el [gobierno sandinista] interpretó democracia y derechos humanos como la obligación de [...] una gran distribución de la riqueza y el poder en manos de la sociedad en procura del establecimiento de instituciones permanentes”.⁶⁶ En cuanto al gobierno nicaragüense le concierne, estas afirmaciones indican que estaba actuando legítimamente y que las acciones militares de Estados Unidos infringieron los derechos humanos de los nicaragüenses. De acuerdo con la tesis de Tesón, Nicaragua tiene derecho a la legítima defensa. De nuevo, el punto aquí es que ambos Estados tienen una justificación para usar la fuerza en defensa de la democracia y los derechos humanos.⁶⁷



⁶³ Véase Roth, *Governmental Illegitimacy in International Law* (1999), 298.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 294-295.

⁶⁵ “Request for Provisional Measures”, *op. cit.*, p. 17. También se podría anotar que los sandinistas cuando estaban en la oposición política fueron apoyados por la OEA, en razón de los terribles abusos a los derechos humanos cometidos por el régimen de Somoza, véase Roth, *op. cit.*, p. 294.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 301-302.

⁶⁷ Tesón escribió esto en respuesta a la parte de la sentencia de la CIJ, que afirmó que “ésta puede no ser una situación que justificaría el uso de la fuerza por los Estados Unidos con propósitos de protección de derechos humanos”, pero criticó a la Corte por basarse sobre “pomposos y anticuados” principios como la soberanía y la no intervención y por no estar más abierta a argumentos que permitirían la intervención humanitaria. Sobre los meritos de permitir la intervención de los Estados Unidos contra la violación de los derechos humanos en Centroamérica, no ofreceré ninguna opinión, más allá de decir que si la CIJ está aplicando principios pomposos y anticuados como la soberanía estatal, Tesón puede estar aplicando una posición “pomposa y anticuada” sobre la virtud de la política exterior de los Estados Unidos. Véase Tesón, “Le Peuple, C’est Moi! The Word Court and Human Rights”, en *AJIL*, 81 (1987) 173, p. 183.

3.2 Unilateralismo y voluntad general

La división de Tesón entre Estados justos e injustos está basada en el trabajo de Kant. Para este último un Estado puede decidir unilateralmente si otro es justo o injusto, apoyándose en el imperativo categórico. Específicamente, Kant advierte que un enemigo injusto:

Es un enemigo cuya voluntad públicamente expresada (ya por la palabra o por el hecho) revela una máxima, por la cual si fuera convertida en una regla universal, cualquier condición de paz entre las naciones sería imposible y en cambio un estado de la naturaleza sería perpetuado.⁶⁸

A partir de esto, y si ciertas suposiciones son hechas respecto a las relaciones entre el imperativo categórico y los derechos humanos y democráticos, podemos ver una congruencia entre las posiciones tomadas por Tesón y Kant. Sin embargo, es de central importancia la distinción de Kant entre un estado de naturaleza en las relaciones entre los Estados, por una parte, y la sociedad civil o el orden legal internacional, por otra. En el estado de la naturaleza cada Estado es “juez de su propia causa” y, por lo tanto, unilateralmente decide lo que considera correcto. Para Kant, ésta es una característica de una situación no legal.⁶⁹ No importa si este juicio unilateral es un intento genuino por hacer corresponder esa política con los requerimientos morales del imperativo categórico, pues es la naturaleza unilateral del juicio lo que lo hace problemático.

Las razones dadas por los gobiernos de Nicaragua y Estados Unidos en apoyo a sus acciones (si aceptamos la lectura de Tesón sobre estas exigencias) pueden leerse de acuerdo con las exigencias morales del imperativo categórico. Si ambos Estados están justificados sobre el uso de la fuerza, inevitablemente serán los Estados más poderosos los que deroguen las políticas de los más débiles, y esto hará que los juicios unilaterales de los Estados más fuertes se impongan. Por lo tanto, mediante el enfoque en la legitimidad moral de la política exterior y la acción unilateral de los Estados, Tesón está considerando cómo los Estados (estrictamente) deben actuar en el estado de naturaleza.⁷⁰

⁶⁸ Kant, *The Metaphysics of Morals*, op. cit., en A 155 = B 119 (6: 349).

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Uso la expresión *deberes estrictos* para hacer precisión acerca de cuáles son las obligaciones desde las que se encuentran los Estados. De acuerdo con Gewirth, no todos los deberes son correlativos a obligaciones, pero los *deberes estrictos* sí lo son. Véase Gewirth, op. cit., pp. 63-68.

Como Kant lo establece, “es *redundante* [...] hablar de un enemigo injusto en un estado de naturaleza, pues éste es en sí, una condición de injusticia”.⁷¹ El estado de naturaleza es injusto porque:

En un estado de naturaleza entre los Estados, el *derecho de ir a la guerra* (participar en hostilidades) es la manera en que a ellos se les es permitido conseguir sus intereses contra otro Estado, es decir, por su propia *fuerza*, cuando cree que ha sido afectado por otro Estado; pues esto, no puede hacerse en el estado de naturaleza por un juicio legal (el único mecanismo por el cual las disputas son solucionadas en una condición jurídica).⁷²

Kant plantea una posición similar en *Perpetual Peace*:

El concepto de derecho de las naciones como un derecho a no hacer la guerra, en realidad no significa nada, porque es una ley el decidir lo que es correcto por máximas unilaterales a través de la fuerza y no mediante leyes públicas, universalmente válidas que restrinjan la libertad de cada uno.⁷³

Entonces, ¿cómo se consolida la transformación de un estado de naturaleza a un orden legal internacional? Kant explica:

(1) Estados, considerados en sus relaciones externas con los demás, están por naturaleza (como salvajes sin ley) en una condición no legal. (2) Esta condición no legal, es una *condición* de guerra (derecho del más fuerte), incluso, si no es una condición constante de guerra, ataques y hechos (hostilidades) actuales, a pesar de que ningún Estado es agraviado en esta condición. Ella, es en sí misma errónea en el más alto de los grados, y los Estados colindantes con otros Estados están en la obligación de abandonarla. (3) Una liga de naciones de acuerdo con la idea del contrato social original es necesaria [...] (4) Sin embargo, esta alianza debe no implicar una autoridad soberana (como en la constitución civil) sino únicamente una *asociación* (federación).⁷⁴

Kant considera los pasos (1) a (4) como un movimiento desde lo unilateral a lo omnilateral o la voluntad general.⁷⁵ Creo que sus argumentos pueden entenderse como sigue: (1) que el estado de naturaleza es inmoral por el conflicto causado por los actos y los juicios unilaterales por parte de los Estados;⁷⁶ (2) por lo tanto, éstos deben abando-



⁷¹ Kant, *The Metaphysics on Morals*, op. cit., en A 156 = B 119 (6: 350).

⁷² *Ibid.*, en A 152 = B 116 (6: 346).

⁷³ Kant, *Perpetual Peace*, op. cit., p. 19 (8: 356).

⁷⁴ Kant, *The Metaphysics on Morals*, op. cit., en A 151 = B 114 (6: 344).

⁷⁵ Estos términos son aplicados en el paso de estado de naturaleza, a sociedad civil, dentro de un Estado, pero pueden ser igualmente aplicados a las relaciones entre Estados en la medida en que la preocupación de Kant, en este nivel, se centra en el cambio de un estado de naturaleza a un orden legal.

⁷⁶ El argumento para demostrar el estado de naturaleza no es expresado claramente en *Perpetual Peace*. Sin embargo, ayuda el argumento de Franceschet. Basado en este argumento, se puede coherentemente afirmar que el estado de naturaleza es inmoral porque el proceso de toma de decisiones se reduce a que los juicios de los Estados más débiles sean desplazados por el juicio de los Estados más fuertes. Esto hace a este proceso menos óptimo, comparado con el del hipotético *contrato original*.

nar su capacidad de juzgar y de actuar unilateralmente y (3) deben establecer, entonces, una liga de naciones, basados en una constitución (esto es, un contrato original), la cual (4) tiene que estar institucionalmente diseñada en forma de federación.

Ahora bien, si leemos el punto de vista de Tesón sobre la intervención a la tesis kantiana, parece estar diciendo que los Estados, cuando actúan unilateralmente, intentarían hacerlo moralmente. Sin embargo, al darle el deber a los Estados de intervenir en asuntos de política exterior, Tesón parece abandonar la idea kantiana de que la esencia del derecho internacional no se preocupa de que los Estados decidan unilateralmente sobre qué es correcto. Kant, en la lectura de Tesón, justifica las interpretaciones unilaterales de los Estados más poderosos sobre la moralidad objetiva requerida cuando se aplica a un mundo sumamente complejo, pero es claro que Kant no argumenta esto y que él está a favor de una distinción entre razones morales unilaterales y razones legales. Es la capacidad de los Estados para juzgar y actuar unilateralmente lo que constituye el problema que el derecho internacional debe resolver.

Para ser justos, en el trabajo sobre Kant, Tesón hace una pequeña concesión en esta dirección, pero solamente afirma que varios aspectos de la Carta de las Naciones Unidas deben ser enmendados, únicamente para incluir a los Estados legítimos⁷⁷ y que las cortes permanentes deben ser establecidas para corresponder con los tres artículos definitivos de la paz perpetua.⁷⁸ Afirma que “éstos y otras reformas tienen que ser desarrolladas en detalle”,⁷⁹ pero es claramente el desarrollo de estas reformas lo central en el proyecto kantiano de la teoría legal internacional.

3.3 Reconsiderando la intervención humanitaria

De acuerdo con la comprensión convencional del derecho internacional, la intervención se define como la acción del Estado A que

⁷⁷ Por ejemplo, Tesón argumenta que los artículos 4 y 6 de la Carta pueden ser modificados y que las ambigüedades en el artículo 4 pueden ser interpretadas a favor de los derechos humanos (pp. 25-26). Véase Laverge, *op. cit.*, p. 95.

⁷⁸ Tesón, *A Philosophy of International Law*, *op. cit.*, pp. 25-26, también está a favor de que los gobiernos ilegítimos no deban ser reconocidos, no se les permita celebrar tratados y que sus representantes no tengan estatus diplomático.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 25.

afecta las políticas del Estado B, sin la autorización del Consejo de Seguridad y sin el consentimiento del Estado B.

La intervención unilateral de los Estados para asegurar objetivos humanitarios es claramente respaldada por Tesón en su posición sobre el trabajo de Kant; sin embargo, se ha mostrado que esta conclusión no emerge fácilmente de un análisis textual del trabajo de Kant. Juicios y acciones unilaterales de los Estados son exactamente el problema del que se ocupa el derecho internacional, según Kant. De aquí se desprende que la intervención humanitaria por parte de los Estados —en la medida en que es unilateral— es ilegal, y entonces, la justificación de Tesón de la acción humanitaria se desvía considerablemente de la posición de Kant. Sin embargo, esta afirmación es extremadamente simplista y se debe tener más cuidado antes de concluir sobre la legalidad de la intervención humanitaria unilateral, de acuerdo con la tesis kantiana.

La concepción kantiana sobre el orden internacional legal está concebida de forma más bien ambigua en la idea de voluntad general. ¿Qué quiere decir Kant con esto? Es claro que en un orden legal internacional los juicios sobre qué puede ser considerado como la voluntad general reemplazan a los juicios unilaterales del estado de naturaleza. Por lo tanto, es problemático elaborar un concepto de la voluntad general para explicar el porqué del unilateralismo en el estado de naturaleza.

Para Kant, el problema en el estado de naturaleza es “decidir qué es correcto por la regla unilateral del uso de la fuerza...”,⁸⁰ que es una situación de conflicto interestatal donde los Estados más poderosos tienden a prevalecer. Kant lo visualiza claramente como una función de la voluntad general: el obviar los problemas con el estado de naturaleza; y argumenta que los diferentes juicios de los Estados tienen que ser sopesados contra los de otras instituciones legales internacionales, para así alcanzar una decisión justa en lugar de una determinada por la acción o amenaza de acción por parte de Estados más poderosos.⁸¹

Sin embargo, más allá de esto, Kant es de poca ayuda. En forma especulativa, su idea sobre la voluntad general puede dividirse en dos componentes. Ésta requiere que se establezcan: primero, principios



⁸⁰ Kant, *Perpetual Peace*, op. cit., p. 19 (8:356).

⁸¹ *Ibid.*, p. 16 (8: 354).

básicos que permitan guiar la conducta de los Estados y, segundo, mecanismos institucionales que creen y apliquen juicios legales, de acuerdo con tales principios. Ahora, si esta interpretación especulativa de la voluntad general es correcta, es similar, por lo menos *prima facie* a la forma como el sistema de las Naciones Unidas supuestamente opera. Los principios son parte de la Carta y las decisiones son tomadas y aplicadas por la CIJ y el Consejo de Seguridad. Mientras que puede ser poco prudente adherirse a esta similitud con demasiada convicción, sí resulta adecuado en aras de argumentar.

Con esta estrecha definición, el sistema de las Naciones Unidas es capaz de tomar decisiones respecto a la legalidad o ilegalidad de intervenciones para alcanzar objetivos humanitarios, y puede, por lo menos *en teoría*, justificar tales decisiones en principios legales establecidos dentro de la Carta y en otra parte. Obviamente, si la acción de un Estado para conseguir objetivos humanitarios es autorizada por el Consejo de Seguridad, entonces no es estrictamente una intervención humanitaria, de acuerdo con la definición dada. Igualmente, si el Consejo de Seguridad prohíbe la intervención, en consecuencia, para un Estado que participe, la acción se hace ilegal.⁸² Desde luego, este argumento asume que el sistema de las Naciones Unidas es capaz de determinar la legalidad de reclamos opuestos y, por lo tanto, ser una expresión genuina de la voluntad general, pues dentro del sistema de las Naciones Unidas existen circunstancias claras donde *ningún juicio* es tomado. Las bases conceptuales de la CIJ y el derecho a veto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad son dos ejemplos en los cuales no se hacen juicios legales. En estas circunstancias, ¿cómo actúan los Estados?

Esta pregunta puede resolverse mediante la consideración de cómo funciona el sistema de las Naciones Unidas, el cual puede ser únicamente entendido como funcionalmente consistente con la idea de Kant de la voluntad general, en ciertas circunstancias. En algunos casos las disputas serán resueltas por las instituciones que toman decisiones, por ejemplo la CIJ, que toma como referencia principios legales. Cuando el derecho internacional es incapaz de determinar efectivamente la voluntad general, se deja que los Estados dialoguen, para que sea la diplomacia la que, en últimas, pre-

⁸² Sin embargo, para un ejemplo claro de tal lectura, véase Verdross y Simma, *Universelles Völkerrecht* (1984).

sione la resolución de las disputas. Ésta es una situación donde los conflictos entre los Estados son algunas veces regulados por el derecho internacional y algunas veces resueltos por los Estados, empleando represalias efectivas y no efectivas.

Pero cuando un Estado utiliza represalias, crea una posición legal, es decir, está “decidiendo lo que es correcto por la regla unilateral del uso de la fuerza” y esto es una característica del estado de naturaleza en las relaciones internacionales.⁸³ Entonces, desde la perspectiva kantiana, las relaciones entre los Estados en el sistema de las Naciones Unidas parecen ser, en alguna medida, extensión del orden legal y, en otra medida, del estado de naturaleza. A falta de una mejor expresión, es un *sistema semilegal*.⁸⁴ Por lo tanto, respecto a la intervención humanitaria existen tres escenarios: (a) si un juicio es hecho por el Consejo de Seguridad autorizando al Estado A para usar la fuerza contra el Estado B para detener o prevenir un desastre humanitario, la intervención del Estado A es legal; (b) si el Consejo de Seguridad juzga o prohíbe que el Estado A use la fuerza contra el Estado B para detener o prevenir un desastre humanitario, entonces la intervención del Estado A es claramente ilegal, y (c) el Consejo de seguridad no toma ninguna decisión.

Respecto a (c) surge la pregunta de cómo puede un Estado actuar en ausencia de una decisión legal. Bien, esto llevaría a pensar cómo un Estado debe actuar en el estado de naturaleza. En éste, los Estados están obligados a seguir las exigencias morales del imperativo categórico y cada Estado determina unilateralmente cuáles son. Si el Estado A considera que es moralmente justificado intervenir en el Estado B, podrá hacerlo; pero el problema es, como lo señala Kant, que no existen unos límites externos para determinar la legalidad del juicio tomado por el Estado.

Este argumento indica que cuando el sistema las Naciones Unidas es incapaz de tomar una determinación de una disputa en particular, los Estados pueden hacer un juicio moral unilateral para parti-

⁸³ Kant, *Perpetual Peace*, op. cit., p. 19 (8: 356).

⁸⁴ Empleo el prefijo *semi* porque expresa mejor mi punto de vista sobre lo que considero es el actual sistema de las Naciones Unidas, en algún grado, un orden legal. No es un sistema casi legal si este término significa que el derecho internacional no es en realidad 'derecho', sino algo análogo al derecho, tal como lo sugeriría Austin. Véase Austin, *Province of Jurisprudence Determined* (1995, primera vez publicado 1832) 20.

cipar en una intervención humanitaria. Sin embargo, debe recordarse que para Kant “esta condición es en sí misma equivocada en el más alto de los grados y los Estados que colindan con los otros están en la obligación de abandonarla”.⁸⁵ Por lo tanto, como los Estados, amparados en las Naciones Unidas, pueden considerar unilateralmente tener un deber moral de participar en una intervención humanitaria, esto no significa que es legalmente justificada. En cambio, un argumento en este sentido simplemente demuestra lo inadecuado del sistema de las Naciones Unidas desde el punto de vista de Kant y su teoría legal internacional.

4. EL PROYECTO KANTIANO EN LA TEORÍA LEGAL INTERNACIONAL MODERNA

El argumento expuesto propone que la distinción entre formas de razonamiento legales y morales sea un componente central en la filosofía legal internacional de Kant, y que, por lo tanto, exista una justificación moral, pero legal, para la intervención humanitaria.

La filosofía de Kant sobre el derecho internacional descansa sobre un método que se basa en los requerimientos legales a priori del imperativo categórico y del contractualismo social. El trabajo de Tesón, especialmente sobre la intervención humanitaria, parece estar en oposición directa con el punto de vista de Kant. Tesón parece igualar legalidad con moralidad; sin embargo, admite que su teoría no quiere ser exacta a una interpretación textual de Kant. El autor alega que:

Se puede distinguir dos formas de aproximarse al trabajo de un filósofo. Una es clarificando lo que el filósofo está diciendo [...] La otra, es reconstruyendo los puntos de vista del filósofo, de tal manera que se establezca una coherente y racionalmente defendible interpretación de su punto de vista [...] Sin negar el valor de la exégesis, soy un decidido proponente de la reconstrucción.⁸⁶

Por ahora se ha establecido claramente que existe una disparidad textual entre los escritos de Kant y la reconstrucción de Tesón; sin embargo, la posición del segundo en relación con la intervención humanitaria y su abandono del contractualismo social en la teoría legal internacional de Kant la convierte en la antítesis de lo soste-



⁸⁵ Kant, *The Metaphysics of Morals*, op. cit., en A 151= B 114 (6: 344).

⁸⁶ Tesón, “Kantian International Liberalism”, en Mapel y Nardin (eds.), *International Society. Diverse Ethical Perspectives* (1998) 103.

nido por el primero, y no en una reconstrucción de la posición de ese autor.

Kant, a diferencia de la lectura hecha por Tesón, es mejor entendido como proponente de una teoría institucional de derecho internacional, necesariamente basada en la moral, pero distinta desde el punto de vista conceptual. No obstante, una vez se ha dado el paso clave de un Estado prelegal de naturaleza a uno de orden legal internacional, el problema de la legitimidad institucional se erige. Este problema surge por la tensión entre dos aspectos de la filosofía legal internacional kantiana, los cuales ya se han descrito. Por un lado, el aspecto social contractualista del trabajo de Kant hace hincapié en la necesidad de resolver los conflictos entre los Estados; por otro lado, los aspectos morales obligan a que las soluciones alcanzadas sean legítimas.

Para hacer hincapié en el aspecto contractualista sobre el aspecto moral, tómese la posición de Kant cercana a la hobbesiana. Esta lectura indica que mientras los conflictos estén resueltos, el derecho internacional está respondiendo al problema del estado de naturaleza.⁸⁷ Pero la legitimidad de un juicio legal que resuelve un conflicto particular puede ser cuestionada. No podemos presumir simplemente que porque un juicio legal soluciona un conflicto, es legítimo. El asunto de legitimidad se erige porque a los juicios legales internacionales normativamente los preceden los juicios unilaterales de los Estados. A pesar de que éste es un problema que enfrentan todos los sistemas legales, Koskenniemi, encuentra esto particularmente problemático para el derecho internacional. Por ejemplo, él se pregunta por qué las interpretaciones conflictivas hechas por los Estados sobre documentos son normativamente derogadas por los tribunales internacionales.⁸⁸ Además, se pregunta por qué los Estados deben cumplir con los juicios legales, en lugar de desechar sus juicios unilaterales.

Idénticas preocupaciones las puede resolver una teoría institucional del derecho internacional, donde los conflictos entre Estados sean solucionados por un proceso de toma de decisiones *legítimo*, el cual



⁸⁷ Para un detallado análisis de la relación entre el contractualismo social kantiano y hobbesiano, véase TUC, *The Rights of War and Peace* (1999), pp. 207-225.

⁸⁸ Koskenniemi, 'The Politics of International Law', 1 *EJIL* (1990) 4, en 22-23.

normativamente derogue los juicios unilaterales de los Estados. Desarrollar esta teoría es un elemento clave en el proyecto kantiano de derecho internacional. Un punto de partida inicial, y obvio en este proyecto, es determinar cómo es posible razonar lógicamente desde un imperativo moral abstracto, pasando por principios básicos constitucionales, hasta llegar a reglas que pueden ser aplicadas a casos particulares.⁸⁹ Kant es claro en concluir que pasar de las reglas morales a las legales constituye un problema que tiene que ser enfrentado por dos razones: primero, cómo los principios legales pudieron ser incorporados en el derecho internacional fue de una importancia aplastante para Kant, y esto es claro incluso si se es escéptico acerca de si Kant alcanzó este objetivo con éxito.⁹⁰ Segundo, y además fascinante, Kant considera cómo están relacionados el abiertamente formal imperativo categórico, los principios morales que pueden derivarse de éste y las reglas legales. Él advierte que:

Un *conflicto de deberes* (*collisio officiorum* s. *obligationum*) sería una relación entre los mismos, en la que uno cancelaría al otro (total o parcialmente). Pero, ya que deber y obligación son conceptos que expresan la *necesidad* práctica objetiva de ciertas acciones y dos reglas opuestas no pueden ser necesarias al mismo tiempo, si es un deber, actuar de acuerdo con una regla, pues actuar de acuerdo con la regla opuesta, no es un deber, si no un acto contrario al deber, y en ese contexto, una colisión de deberes y obligaciones es inconcebible (*obligationes non colliduntur*). Por lo tanto, un sujeto puede tener en una regla que se prescribe para sí mismo, dos bases para la obligación (*rationes obligandi*), una o la otra por sí mismas no son suficientes para imponerle la obligación (*rationes obligandi non obligantes*), ya que una de ellas no es un deber. Cuando tales bases están en conflicto, la filosofía práctica nos dice, no que la obligación más fuerte se impone (*fortior obligatio vincit*), sino que la base más fuerte de la obligación prevalece (*fortior obligandi incit*).⁹¹

Por lo tanto, cuando existe un conflicto entre dos reglas legales —en el sentido de que ellas requieren dos patrones diferentes y contradictorios de conducta—, Kant nos dice que examinemos las obligaciones morales que justifican reglas particulares. Cada obligación tiene una fuerza normativa que provee una justificación para una regla particular. Entonces, pesando y balanceando la fuerza normativa relativa de principios morales opuestos, se puede establecer cuáles reglas deben ser aplicadas y seguidas. El argumento propuesto por Kant es legítimo, y aunque no es suficiente para aplacar a un escéptico, sugiero que está

⁸⁹ Véase Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, op. cit. Véase también Schieder, "Pragmatism as a Path Towards a Discursive and Open Theory of International Law", en *EJIL*, 11 (2000) 663, p. 688.

⁹⁰ Véase nota 25.

⁹¹ Kant, *The Metaphysics of Morals*, op. cit., en A 50 = B 16 (6: 224).

exponiendo un asunto clave que ha identificado un gran número de abogados internacionalistas. El peso de los principios relativos es central a la teoría legal internacional de Lauterpatcht y Higgins.⁹² Igualmente, esta idea es central al apoyo dworkiniano a la *relatividad normativa* del derecho internacional, desarrollada por Tasioulas.⁹³ Sin embargo, las bases sobre las cuales estos principios pueden ser valorados permanecen relativamente subdesarrolladas por estos teóricos y el problema de inconmensurabilidad de estos principios es aún extenso.⁹⁴

De acuerdo con Kant, el imperativo categórico es el principio moral que establece el valor a cada principio opuesto, y desde la argumentación hecha en las sesiones previas es claro cómo esa valoración tiene que ser decidida por las instituciones jurídicas internacionales y no unilateralmente. Se puede ser escéptico acerca de la capacidad del algo formalista imperativo categórico para determinar cuándo una obligación particular tiene un valor normativo superior al de otra. El escepticismo estaría ciertamente aliviado si Tesón pudiera establecer la conexión lógica entre el imperativo categórico —específicos derechos humanos y democráticos— y el peso relativo de cada derecho. Pero lo fundamental aquí es que tal escepticismo no significa que dicha tarea sea imposible y que los abogados internacionalistas no hagan un esfuerzo por lograrla.

5. CONCLUSIÓN

Dos críticas se han hecho contra el libro de Tesón. Primera, necesita considerar la validez del imperativo categórico como un principio moral. Sin esto, la validez de su aproximación al derecho internacional, la cual está basada en este principio, carece de fundamentos. Segundo, Tesón parece evadir o trivializar el problema central de la filosofía legal de Kant, que se ocupa del paso de estado de naturaleza al orden legal internacional. Sin esto, Tesón parece por momentos ser un apologista de las actividades unilaterales de los Estados, y esto es algo que Kant firmemente rechazaría.



⁹² Véase Lauterpatcht, *The Development of the International Law by the World Court* (1958), pp. 399 y ss; Higgins, *Problems and Process. International Law and How we use it* (1994), capítulo 1.

⁹³ Véase Tasioulas, "In Defence of Relative Normativity. Communitarian Values and the Nicaragua Case", en *OJLS*, 16 (1996) 123 y siguientes. Debe ser anotado que la *Theorie der Grundrechte* de Alexy (1996) se extiende impresionantemente sobre los conocimientos básicos. Véase también Jansen, "The Validity of Public Morality", en *Archiv Für Rechts und Sozialphilosophie* (1998) 1.

⁹⁴ Inconmensurabilidad, en este sentido, significa que no existe una vía racional para valorar reclamos morales.

También es intuitivamente plausible que los mecanismos legales deben desarrollarse para resolver conflictos entre los Estados, en casos donde invariablemente ambos Estados consideran tener justificación para sus acciones. Como Tesón evade esta posición en Kant, su análisis es problemático, y se ha planteado que mientras el trabajo de Tesón es un análisis valioso de las ideas de Kant sobre la situación moral de los Estados en un estado de naturaleza, no representa un relato maduro sobre el concepto de Kant en relación con el derecho internacional.

Por lo tanto, el proyecto kantiano tiene que moverse hacia una teoría basada en principios constitucionales legítimos y procedimientos que permitirán la aplicación efectiva del imperativo categórico en las relaciones entre Estados. Esto no necesariamente conduce a una concepción dogmática del derecho internacional, basada en ciertos principios constitucionales sustantivos, inviolables y absolutos. En cambio, lleva a una concepción de derecho internacional basada en instituciones que son efectivamente diseñadas para anticiparse y resolver conflictos entre los Estados en una forma moralmente justificada.

BIBLIOGRAFÍA⁹⁵

Alexy, *Theorie der Grundrechte* (1996).

_____, *A Theory of Legal Argumentation* (1989).

Allison, *Kant's Theory of Freedom* (1993).

Archibugi, "Models of International Organization in Perpetual Peace Projects", en *Review of International Studies*, 18 (1992) 295, pp. 310-314.

Austin, *Province of Jurisprudence Determined* (1995) 20.

Bartelson, "The Trial of Judgment. A Note on Kant and the Paradoxes of International Law", en *International Studies Quarterly*, 39 (1995) 255.

Bohman y Lutz-Bachmann (eds.), *Latinazgo Perpetual Peace. Essays on Kant's Cosmopolitan Ideal* (1997).

Boyland (edit.), *Gewith. Critical Essays on Actions, Rationality, and Community* (1999).

Burley, "Law among Liberal States. Liberal Internationalism and the Act of the State Doctrine", en *Columbia Law Review*, 92 (1992) 1907.

⁹⁵ N. del E.: datos bibliográficos suministrados por el autor.

- Capps, Patrick, "Incommensurability. Purposibility and International Law", en *EJIL*, 11 (2000) 637, pp. 639-653.
- Carty, *The Decay of International Law* (1986).
- Cavallar, "Kantian Perspectives on Democratic Peace. Alternatives to Doyle", en *Review of International Studies*, 27, 2001, 229.
- Darwall, "A Defense of the Kantian Interpretation", en *Ethics*, 86 (1976) 164.
- Doppelt, "Is Rawls' Kantian Liberalism Coherent and Defensible?", en *Ethics*, 99 (1989) 815.
- Doyle, "Kant, Liberal Legacies and Foreign Affairs", en *Philosophy and Public Affairs*, 12 (1983) 205.
- Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (1980) 9.
- Flikschuh, "On Kant's Rechtslehre", en *European Journal of Philosophy*, 5 (1997) 50.
- Franceschet, "Sovereignty and Freedom. Emmanuel Kant's Liberal International Legacy", en *Review of International Studies*, 27 (2001) 209.
- _____, "Popular Sovereignty or Cosmopolitan Democracy? Liberalism, Kant and International Reform", en *European Journal of International Relations*, 6 (2000) 277.
- García, "Review of Teson's Philosophy of International Law", en *AJIL*, 93 (1999) 746, en 749.
- Habermas, *Between Facts and Norms* (1996).
- _____, *The Theory of Communicative Action*, vol. I, (1986).
- Hampton, "Should Political be done Without Metaphysics", en *Ethics*, 99 (1989) 791.
- Higgins, *Problems and Process. International Law and How we use it* (1994), capítulo 1.
- Hill, "Kantian Constructivism in Ethics", en *Ethics*, 99 (1989) 752.
- Jansen, "The Validity of Public Morality", en *Archiv Für Rechts und Sozialphilosophie* (1998) 1.
- Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law*, (1996) 444.
- Johnson, "The Kantian Interpretation", en *Ethics*, 85 (1974) 58.
- Kant, *Groundwork on the Metaphysics and Morals* (1972).
- _____, *Perpetual Peace and other Essays* (1983) 34 (8:23).
- _____, *Perpetual Peace* (1957).
- _____, *The Critique of Practical Reason* (1956).
- _____, *The Critique of Pure Reason* (1929).
- _____, *The Metaphysics of Morals*.
- Kats, *Animals and Men* (1937), capítulo 6.
- Kelsen, *Introduction to the Problems of the Legal Theory* (1996).
- Kennedy, *International Legal Structure* (1987).

- Kersting, *Wohlgeordnete Freiheit* (1993).
- Koper, "Rawlsian Global Justice. Beyond the Law of Peoples to Cosmopolitan Law of Persons", *Political Theory*, 28 (2000) 640.
- Korhonen, "Liberalism and International Law. A Center Projecting a Periphery", en *Nordic Journal of International Law*, 65 (1996) 481.
- Korsgaard, "Kant's Formula of Universal Law", en *Pacific Philosophical Quarterly*, 66 (1985) 24.
- Koskenniemi, 'The Politics of International Law', 1 *EJIL* (1990) 4, en 22-23.
- _____, *From Apology to Utopia* (1998), pp. 188-189.
- Laberge, "Kant Unjustice and the Law of Nations", en Maple y Nardin (eds.), *International Society. Diverse Ethical Perspectives* (1998) 83.
- Lauterpacht, *The Development of the International Law by the World Court* (1958), pp. 399 y ss.
- Ludwig, "'The Right of a State' in Immanuel Kant's Doctrine of Right", en *Journal of the History of Philosophy*, 27 (1990) 402.
- Ludwig, *Kant Rechtslehre* (1988).
- MacCarthy, *The Critical Theory of Jurgen Habermas* (1978) 325-327.
- MacMillan, "A Kantian Protest Against the Peculiar Discourse of Inter-Liberal State Peace", en *Millennium*, 24 (1994) 549.
- Maus, "The Differentiation between Law and Morality as a Limitation of Law", en McCormick y Wroblewski (eds.), *Law, Morality, and Discursive Rationality* (1989) 141.
- Mertens, "War and International Order in Kant's Legal Thought", en *RatioJuris*, 8 (1995) 296.
- Mullholland, *Kant's System of Rights* (1991).
- Pogge, "An Egalitarian Law of Peoples", en *Philosophy and Public Affairs*, 23 (1994) 195.
- Popper, *Conjectures and Refutations* (2000).
- Ratner y Slaughter, "Apraising the Methods of International Law", en *AJIL*, 93 (1999) 291.
- Rawls, *The Law of Peoples* (1999).
- _____, *Political Liberalism* (1993).
- _____, "Justice as Furnace. Political not Metaphysical", en *Philosophy and Public Affairs*, 14 (1985) 223.
- _____, "The Idea of Unoverlapping Consensus", en *OJLS*, 7 (1985) 1.
- _____, "Kantian Constructivism in Moral Theory", en *Journal of Philosophy*, 77(1980) 515.
- _____, *A Theory of Justice* (1972).
- Roth, *Governmental Illegitimacy in International Law* (1999), 298.

- Slaughter, "International Law in a World of Liberal States", en *EJIL*, 6 (1995) 503, p. 537.
- Sorensen, "Kant and the Process of Democratisation. Consequences for Neo-Realist Thought", en *Journal of Peace Research*, 29 (1992) 397.
- Tasioulas, "In Defence of Relative Normativity. Communitarian Values and the Nicaragua Case", en *OJLS*, 16 (1996) 123 y ss.
- Tesón, *A Philosophy of International Law* (1999).
- _____, "Kantian International Liberalism", en Mapel y Nardin (eds.), *International Society. Diverse Ethical Perspectives* (1998) 103.
- _____, "Le Peuple, C'est Moi! The Word Court and Human Rights", en *AJIL*, 81 (1987) 173, p. 183.
- United Nations, *The Charter of the United Nations* (1985).
- Toddington y Olsen, "Idealism for Pragmatists", en *Archiv fur Rechts und Sozialphilosophie*, 85 (1999) 510.
- TUC, *The Rights of War and Peace* (1999), pp. 207-225.
- Verdross y Simma, *Universelles Völkerrecht* (1984).
- Waldron, "Kant's Legal Positivism", en *Harvard Law Review*, 109 (1996) 1535.
- Ward, "Kant and the Transnational Order. Towards and European Community Jurisprudence", *RatioJuris*, 8 (1995) 315.