

EL DERECHO COMUNITARIO: UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA PERSPECTIVA KELSENIANA

O DIREITO COMUNITÁRIO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA KELSENIANA

*Brenda Luciana Maffei**

Resumen: *El presente trabajo tiene como objetivo desarrollar algunas nociones al respecto del Derecho Internacional elaboradas por Hans Kelsen y su posible aplicación para comprender el surgimiento del Derecho Comunitario. Así, se intentará responder si el surgimiento de esta denominada nueva rama del Derecho puede ser considerado una evolución del Derecho Internacional en los términos y nociones estudiadas por el autor. El objetivo del estudio es específico y, preminentemente teórico y está dividido en cuatro puntos centrales: (i) analiza la naturaleza jurídica del Derecho Internacional, el principio del Bellum Justum y la guerra como sanción, (ii) trata sobre la concepción monista del sistema jurídico y la limitación de la soberanía por el Derecho Internacional, (iii) analiza los elementos que conforman la Confederación de Estados, siendo éste el mayor grado de centralización del Derecho Internacional presentado por Kelsen, (iv) explica la conexión existente entre la teoría monista internacionalista kelseniana, la centralización del Derecho Internacional y el Derecho Comunitario.*

Resumo: *O presente trabalho tem como objetivo desenvolver algumas noções ao respeito do Direito Internacional elaboradas por Hans Kelsen e a sua possível aplicação para compreender o surgimento de Direito Comunitário. Assim, tentar-se-á responder se o surgimento deste denominado novo ramo do Direito pode ser considerado uma evolução do Direito Internacional nos termos e noções estudadas pelo autor. O objetivo do estudo é, então, específico e, preminentemente teórico e está dividido em quatro pontos centras: (i) analisa a natureza jurídica do Direito Internacional, o princípio do Bellum Justum e a guerra como sanção, (ii) trata sobre a concepção monista do sistema jurídico e a limitação da soberania pelo Direito Internacional, (iii) analisa os elementos que conforma a Confederação de Estados, sendo este o maior grau de centralização do Direito Internacional e o Direito Comunitário.*

* Programa de Pósgraduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)
E-mail: brenda_maffei@yahoo.com.ar

Palabras clave: Derecho Internacional, Derecho Comunitario, Hans Kelsen
Palavras-chave: Direito Internacional, Direito Comunitário, Hans Kelsen

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo considera algunas nociones teóricas elaboradas por Hans Kelsen para aplicarlas al estudio del Derecho Comunitario. Así, puede decirse que el objetivo de este trabajo es de carácter teórico y limitado. Las principales obras analizadas son aquellas que el autor dedica al estudio del Derecho Internacional como son: “*Derecho y paz en las relaciones internacionales*”, “*La paz por medio del Derecho*” e “*Principios del Derecho Internacional*” y algunas nociones sobre el Derecho Internacional elaboradas en obras como: “*Teoría pura del Derecho*” y “*Teoría general del Derecho y del Estado*”.

Las cuestiones centrales que intentará responder el presente trabajo son las siguientes: ¿Puede entenderse que el surgimiento del Derecho Comunitario es una evolución del Derecho Internacional a partir del análisis de la teoría kelseniana? O en otros términos, ¿Es posible aplicar la teoría monista internacionalista kelseniana para explicar el fenómeno del Derecho Comunitario o, por el contrario, se trata de una clase de Derecho autónomo que se diferencia del concepto de Derecho Internacional clásico?

Es preciso, para responder las preguntas planteadas, analizar algunas cuestiones básicas referidas a la teoría internacionalista de Kelsen y, de esta forma, adentrarnos en su sistema teórico. De esta manera, y por la lógica misma del sistema kelseniano, todos los puntos de este trabajo, que van desde la exposición de la teoría que explica el Derecho Internacional en kelsen hasta llegar a responder nuestras preguntas, se encuentran vinculados entre sí. Este factor hace con que sea imposible llegar a responder las preguntas planteadas sin antes comenzar por la pregunta de base sobre la naturaleza jurídica del Derecho Internacional Público. Por su vez, tampoco es posible responder nuestras cuestiones, sin antes responder qué entendía Kelsen por unidad del sistema legal y cómo justificaba la limitación de la soberanía nacional absoluta. Al analizar todas estas cuestiones estamos realizando una aproximación de su teoría con las preguntas planteadas en el primer párrafo y de ahí deviene la importancia de exponerlas.

De esta forma, el trabajo se encontrará dividido en cuatro puntos. El primer punto analizará la naturaleza jurídica del Derecho Internacional, el principio del *Bellum Justum* y la guerra como sanción. El segundo punto tratará sobre la concepción monista del sistema jurídico y la limitación de la soberanía por el Derecho Internacional. El tercer punto analizará los elementos que conforman la Confederación de Estados,

siendo éste el mayor grado de centralización del Derecho Internacional presentado por Kelsen. Finalmente, el cuarto punto explicará la conexión existente entre la teoría monista internacionalista kelseniana, la centralización del Derecho Internacional y el Derecho Comunitario. Se responderá, así, si el Derecho comunitario puede entenderse como la mayor evolución del Derecho Internacional operada hasta el momento en el sentido kelseniano.

2. LA NATURALEZA DEL DERECHO INTERNACIONAL: LA IDEA DEL *BELLUM JUSTUM* Y LA GUERRA COMO SANCIÓN QUE PERMITE CARACTERIZAR LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO INTERNACIONAL

La primera pregunta que puede surgir en el lector al leer el título de este primer punto es: ¿Cual es la relevancia de revelar la naturaleza del llamado Derecho Internacional para responder la cuestión de si el Derecho Comunitario es una evolución de él o es una rama autónoma del Derecho que se diferencia tanto del Derecho nacional como del Derecho internacional a partir de la perspectiva kelseniana? La respuesta parece obvia. Sucede que si se pretende responder esa cuestión es indispensable saber si Kelsen entendía al Derecho Internacional como siendo Derecho y, en caso de dar una respuesta afirmativa, saber de qué clase de Derecho se trata, para luego saber si es posible que se lleve a cabo una evolución del mismo.

En líneas generales, para Kelsen, el llamado Derecho Internacional podrá considerarse alguna clase de Derecho en la medida que sea un orden coercitivo de la conducta humana presupuesta como soberana. En otras palabras se trata de saber si el Derecho Internacional estatuye actos coercitivos como sanciones y, en ese caso, saber si el Derecho Internacional puede ser considerado Derecho, así como lo es el nacional. Para responder esta cuestión Kelsen recurre a la idea de *bellum justum*.

2.1. Represalia y Guerra como sanción

Para desentrañar la idea de *bellum justum*, Kelsen indica que, habiendo examinado todo el material conocido bajo el nombre de Derecho Internacional, aparecen dos tipos distintos de intervención por la fuerza en la esfera de intereses del Estado. El primer tipo es limitado, esto quiere decir que la intervención está destinada a ciertos intereses del Estado y no es esencial que vaya acompañada del empleo de la fuerza. Este tipo de intervención es aceptado por el Derecho Internacional positivo y admitido como una reacción a un daño causado por el Estado intervenido. En este sentido, estamos haciendo referencia al concepto de represalia, que para Kelsen, puede caracterizarse como una sanción del Derecho Internacional. El otro tipo de intervención por la fuerza, que

puede presentar algunas objeciones en cuanto a su caracterización como sanción, es el ilimitado. Este tipo es entendido como una intervención a los intereses de un Estado en forma ilimitada y ejercida por actos de las Fuerzas Armadas, el Ejército, la Marina o la Fuerza Aérea. Esta forma ilimitada hace referencia al concepto de guerra. La pregunta que sigue entonces es saber si la guerra puede ser considerada como sanción así como lo es la represalia¹.

Kelsen identifica dos interpretaciones al respecto de la guerra. La primera entiende que la guerra no es ni un delito ni una sanción. Esa interpretación es sostenida por el hecho de que el Derecho Internacional general no prohibiría la guerra ni la permitiría como sanción. De esa forma, todo Estado podría, según el Derecho Internacional general, por cualquier razón, recurrir a la guerra sin que, con eso, viole el Derecho Internacional. La otra interpretación establece que la guerra es permitida como reacción contra una violación del mismo Derecho Internacional, quiere decir, contra la ofensa de los intereses de un Estado, cuando ese Estado sea autorizado por el Derecho Internacional general a reaccionar a aquella ofensa con las represalias o con la guerra. De esa forma quedaría configurado el principio del *bellum justum*. Para Kelsen ninguna de estas dos interpretaciones está errada, pero para quienes sostienen la última cabe la demostración y la prueba de que tal afirmación es correcta. Para demostrarlo Kelsen recurre a la enumeración de las diferentes críticas que fueron hechas al principio del *bellum justum* e intenta rebatirlas en la medida de lo posible.

2.2. Las críticas al *bellum justum*

Kelsen identifica ciertas críticas a la teoría del *bellum justum* que se encarga de responder. Esas críticas fueron ordenadas por Kelsen según su grado de seriedad. Como se podrá observar, mediante la respuesta a esas críticas, Kelsen deja aún más evidentes sus ideas sobre la naturaleza del Derecho Internacional².

La primera de ellas corresponde a la idea de que sería contradictorio a la soberanía de un Estado limitar su derecho a recurrir a la guerra. Él considera esta crítica como siendo la mas débil, ya que, indica que ella, al contrario de ir dirigida contra el concepto de guerra justa, va dirigida contra la idea de existencia del Derecho Internacional, al negar la existencia de un orden superior limitador de la soberanía de los Estados. Entonces, esta crítica no podría ser tomada en consideración porque toda caracterización jurídica de guerra supone la existencia de un orden jurídico que otorgue derecho e imponga obligaciones a los Estados.

¹ KELSEN, Hans. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. Trad. Florencio Acosta. México: Fondo de Cultura Económica, 1943. p. 55

² KELSEN, Hans. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. p. 63-79.

De esa forma, los críticos que utilizan ese argumento como forma de no reconocer el principio del *bellum justum*, en realidad, lo que hacen es negar la propia existencia del Derecho Internacional. Razón por la cual, la discusión estaría destinada a discutir la naturaleza misma del Derecho Internacional y no el principio *bellum justum*.

La Segunda crítica, con argumentos mas serios, indica que la guerra justa solo prueba que la guerra es moralmente prohibida. Kelsen responde a este argumento diciendo que, si los Estados basan su conducta reciproca bajo el principio de que toda guerra que se emprenda sin ser una reacción contra un delito no es justificable, entonces se está admitiendo la guerra como sanción. Al admitirse la guerra como sanción se está realizando un juicio de carácter jurídico.

La tercer crítica que le sigue en grado de importancia es aquella indica que la guerra nunca puede considerarse como sanción porque por razones técnicas la guerra nunca garantiza que el mal que implica la sanción sea sufrido tan solo por quien provocó el daño. Otro punto importante de crítica es que en la guerra no gana necesariamente quien tiene el derecho sino quien es el mas fuerte. En ese sentido, quedaría descartado el concepto de guerra como reacción, cuando la víctima es más débil.

La cuarta y última crítica identificada por Kelsen y, por ende, la de mayor importancia es aquella que establece que la guerra no puede ser interpretada ni como sanción ni como delito porque no existe un Tribunal que decida si ha existido, efectivamente, un delito. En ese sentido, si no se puede determinar la existencia de un delito, tampoco será posible caracterizar una guerra como justa, como reacción a un delito que no pudo ser definido como tal.

Kelsen no esclarece de forma clara como pueden ser superadas esas críticas. En un intento por explicar la razón de la no superación de ellas, introduce la idea del Derecho Internacional como orden jurídico primitivo. Es así, que esas dos últimas críticas lo llevan a caracterizar al Derecho Internacional como eminentemente descentralizado y primitivo, sin que ello provoque la no categorización del llamado Derecho Internacional como Derecho.

2.3. El Derecho Internacional como orden primitivo

La caracterización del Derecho Internacional como orden primitivo y descentralizado son dos conceptos que se encuentran estrechamente vinculados. Kelsen hace un paralelismo entre el Derecho Internacional, y aquellas sociedades primitivas en donde vigoraba la venganza de sangre o vendetta. De esta forma, él indica que:

“... La venganza de sangre es la forma más característica de esta técnica jurídica primitiva. Ni la determinación de la existencia de un delito, ni la ejecución

de la sanción son encargadas a una autoridad distinta a las partes interesadas. Cabe decir que en estos dos aspectos el orden jurídico está enteramente descentralizado. No hay ni un tribunal, ni un poder ejecutivo centralizado. Los parientes de la víctima, los dolientes, tienen que decidir por sí mismos si se debe proceder a la venganza, y, en tal caso, contra quién se debe proceder...³.

Así, un orden social con estas características, a pesar de encontrarse en un estadio poco evolucionado de la técnica jurídica ya puede ser considerado, según Kelsen, como un ordenamiento jurídico, siempre que esa “*vendetta*” pueda ser categorizada como sanción. Al tiempo que al hombre primitivo le es permitida la venganza de sangre como sanción, de la misma forma puede caracterizarse a la guerra como un delito o se la puede determinar como una reacción a ese delito y, por lo tanto, como una sanción⁴.

De esta forma, el principio del *bellum justum* se encuentra ligado a la categorización del Derecho Internacional como una clase de Derecho, aunque primitivo por no poder ser superadas las críticas que manifiestan la imposibilidad de que un órgano diferente de las partes involucradas determine la existencia de delito. En este sentido, la categorización del Derecho Internacional como verdadero Derecho depende de si es posible reconocer la teoría de la guerra justa. O en otras palabras depende de entender la guerra como sanción impuesta por el Derecho Internacional general, aunque sea una sanción interpuesta de forma descentralizada. Cabe advertir que Kelsen culmina su exposición admitiendo que la aceptación de la teoría de la guerra justa depende de una decisión y de una preferencia política y no de un juicio científico. Admite, por su vez, preferir la interpretación de la teoría de la guerra justa porque: (i) por un lado se termina reconociendo la naturaleza jurídica del Derecho internacional; (ii) se reconoce que el Derecho Internacional se encuentra en un estado descentralizado y primitivo y, por ese motivo: (iii) existe la posibilidad, así como sucedió con las sociedades primitivas, que este Derecho Internacional primitivo evolucione hacia la centralización necesaria para garantizar la paz⁵.

3. UNIDAD DEL SISTEMA LEGAL O MONISMO INTERNACIONALISTA: EL LÍMITE A LA SOBERANÍA ABSOLUTA DE LOS ESTADOS

Hasta aquí pudimos responder afirmativamente a la cuestión sobre la naturaleza jurídica del Derecho Internacional en Kelsen. Esa naturaleza

3 KELSEN, Hans. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. p. 49-79.

4 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução, Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 472-488.

5 Sobre el punto relativo a la descentralización y a la centralización del derecho volveremos en el punto 3 de este trabajo.

jurídica, sin embargo, presenta las características de un orden jurídico primitivo pero destinado a evolucionar. Una vez admitida la naturaleza jurídica del Derecho Internacional y sabiendo que para Kelsen existe un ordenamiento escalonado del Derecho, donde una norma inferior deriva de una superior, la pregunta obvia que sigue es: ¿Cual es el lugar que ocupa ese Derecho dentro del ordenamiento jurídico?

3.1. La unidad en el Derecho o el monismo internacionalista.

Según Kelsen existe una unidad cognoscitiva de todo el Derecho. Esto significa que podemos concebir el conjunto formado por el Derecho Internacional y los órdenes jurídicos nacionales como sistemas unitarios de normas. Si es considerada la unidad del sistema jurídico y si se considera que una norma inferior deriva su validez de una norma superior, la inferencia lógica que sigue de estos dos conceptos determina que: (i) o el Derecho Internacional es jerárquicamente superior al Derecho nacional o (ii) el Derecho nacional es jerárquicamente superior al Derecho internacional. Para Kelsen, será el Derecho Internacional quien determine la esfera de validez territorial, personal y temporal de las órdenes jurídicas nacionales y, por ese motivo es jerárquicamente superior. Esto es lo que torna posible la existencia de numerosos Estados. En este sentido Kelsen hace un paralelismo entre el Estado y el individuo. Así como los individuos se encuentran en un plano de igualdad entre ellos y todos se encuentran sujetos al orden jurídico, de la misma manera, todos los Estados se encuentran en un plano de igualdad y sujetos a un orden, el internacional. De este modo, para Kelsen es insostenible la teoría dualista por motivos lógicos. Esto es, porque el Derecho Internacional y el Derecho nacional no pueden ser sistemas de normas diferentes y mutuamente independientes, si las normas de ambos son consideradas válidas para el mismo tiempo y espacio. Dos normas que, por su significado, se contradigan mutuamente y, por lo tanto, se excluyan mutuamente no pueden ser admitidas como simultáneamente válidas⁶.

3.2. El fundamento del Derecho Internacional.

Admitida la teoría monista y descartada la teoría dualista por cuestiones lógicas, resta todavía saber, siguiendo el razonamiento kelseniano, cual será la fuente o el fundamento del Derecho Internacional de donde se derivan las otras normas inferiores. Para esto él da dos soluciones: (i) si se considera el orden nacional sin referencia al orden internacional entonces, el fundamento último de validez será

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 365.

la norma hipotética que califica “los padres de la Constitución”. En cambio, si se considera la existencia del Derecho Internacional la norma hipotética deriva del principio de eficacia. De esa norma hipotética “los padres de la Constitución” derivarían su poder de funcionar como los primeros legisladores. Así la primera Constitución es válida porque el orden coercitivo erigido con base en él es eficaz como un todo. De esa conclusión sigue que las normas fundamentales de los órdenes jurídicos nacionales son fundamentales solo en un sentido relativo⁷.

De ese modo, como el Derecho Nacional tiene el fundamento de su validez y, por consiguiente, su fuente en el Derecho Internacional, la fuente del primero debe ser la misma que la del segundo. Así, la visión dualista no puede ser defendida por la suposición de que el Derecho nacional y el Derecho internacional tienen fuentes diversas y mutuamente independientes.

Siguiendo este orden de ideas, resta saber entonces cual es la fuente o fundamento del Derecho Internacional. Para responder a esta cuestión Kelsen parte de la norma inferior dentro del ordenamiento jurídico, que será la decisión de un Tribunal internacional. Así ese Tribunal deriva su validez de un Tratado Internacional por el cual fue constituido. Si nos preguntamos por la validez de ese Tratado, Kelsen responde que ese Tratado será válido por derivar de una norma general que obliga a los Estados a conducirse de acuerdo con los Tratados por ellos firmados (*pacta sunt servanda*), que es creado por la costumbre de los Estados.

3.3. El monismo internacionalista y la consecuencia lógica de la limitación de la soberanía del Estado.

Si se considera la teoría monista internacionalista, que determina que existe un Derecho superior a los Estados, la consecuencia lógica de este precepto es: los Estados no son soberanos⁸. Esto quiere decir que si el Derecho Internacional existe o si se presupone su existencia, entonces, un orden jurídico superior a los Estados es válido.

Sin embargo, así como él admitió que existen fuertes argumentos para justificar la no existencia del principio del *bellum justum*, así también, existen fuertes argumentos para sostener que, en realidad no existe una jerarquía del Derecho internacional. En definitiva lo que Kelsen está queriendo decir es que, la teoría que sostiene que, por ser el Derecho Internacional reconocido por el Derecho nacional este último debe primar, es igualmente válida que la teoría sustentada por él, que determina que en realidad el Derecho Internacional es jerárquicamente

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. p. 521-523

⁸ Kelsen indica que la soberanía de un Estado significa concebir el ordenamiento jurídico de ese Estado como el grado supremo, la más alta autoridad. Vea: KELSEN, Hans. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. p. 104.

superior. Ambas posturas, según su teoría, son igualmente válidas aunque parten de diferentes concepciones del mundo. La teoría que sostiene una preeminencia del Derecho nacional partiría de una visión subjetivista (y según su entender, errada) del mundo. Esta visión parte del propio YO para concebir el mundo exterior como una representación, idea o voluntad del propio YO. De esta forma, ellos solo pueden entender al Derecho externo como Derecho interno y como parte constitutiva del propio Estado. Siguiendo ese razonamiento, kelsen enuncia que si se parte del propio Estado y de su primacía en el ordenamiento jurídico se excluye, entonces, las soberanías de los otros estados. En cambio, su postura del primado del orden jurídico internacional sobre el nacional parte de una visión objetivista del mundo para concebir el YO y, así, el ser YO soberano es el centro del mundo, pero solo como parte integrante del mismo mundo. Así los Estados valdrían como autoridades soberanas, pero apenas como órdenes jurídicos parciales incorporados al Derecho Internacional⁹.

Sin embargo como fue dicho precedentemente, la decisión por una u otra postura, así como sucede con la aceptación de la teoría del *bellum justum* y por consiguiente con la categorización del Derecho internacional como Derecho, es una decisión que termina siendo política. Lo único que la ciencia del Derecho puede hacer es otorgar los argumentos necesarios para sostener una u otra postura. En este sentido, Kelsen da los suyos para sostener que: (i) el Derecho Internacional es Derecho; (ii) el Derecho Internacional es primitivo y descentralizado, (iii) es inevitable que, si se considera la naturaleza primitiva del Derecho Internacional, existe la posibilidad de que se produzca su evolución; (iv) si se considera la existencia del Derecho Internacional como Derecho él forma parte, junto con el derecho nacional, de un único sistema jurídico; (v) que si ambos Derechos forman un único sistema jurídico, el Derecho Internacional debe considerarse jerárquicamente superior al nacional y, finalmente, (vi) si se considera un orden superior al nacional, entonces los Estados no son soberanos.

En conclusión, las dos consecuencias principales que derivan de la teoría de kelsen son: por un lado, que el Derecho Internacional, por ser una especie de Derecho primitivo, puede y debe evolucionar y, por el otro, que los Estados nos son soberanos por tener un orden superior por encima de ellos.

4. CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: LA CONFEDERACIÓN DE ESTADOS

Como se pudo observar los dos puntos anteriores finalizaron con la idea kelseniana de la evolución del Derecho Internacional. Este

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. p. 383-386

derecho tiene la característica de encontrarse en un nivel primitivo y descentralizado. Si existe alguna diferencia entre el Derecho nacional y el Derecho Internacional es precisamente esa, o sea, que el Derecho nacional se encuentra más centralizado que el Derecho internacional¹⁰. Pero, ¿A que se refiere Kelsen cuando indica que el Derecho Internacional se encuentra descentralizado? Algunas ideas sobre el tema ya fueron tratadas en el punto uno, cuando se discutió la naturaleza del Derecho Internacional. En esta parte nos ocuparemos, más detalladamente, de esta problemática.

4.1. La centralización y la descentralización

Kelsen identifica dos sentidos de centralización y descentralización, el estático y el dinámico. El primero se refiere a la esfera territorial de validez de las normas. De esta forma decir que un orden es centralizado en sentido estático, para Kelsen significa que todas las normas sean válidas en todo el territorio donde se extiende el orden. Por otro lado, decir que un orden es descentralizado en sentido estático indica que existen normas que tienen distintas esferas territoriales de validez, por lo que ciertas normas solo son válidas en determinadas partes del territorio. El aspecto dinámico de la centralización y de la descentralización hacen referencia a los métodos de producción de normas, o sea, a los órganos que las crean y que las ejecutan. Existirá centralización dinámica cuando las normas centrales y locales son creadas y ejecutadas mediante el mismo órgano. Por el contrario, existirá descentralización dinámica, cuando son varios los órganos que crean y ejecutan normas centrales y locales. Así, determina el autor:

El concepto de centralización ordinariamente se halla relacionado con la idea de normas válidas para todo el territorio y creadas por un solo órgano que, por decirlo así, forma el centro de la comunidad y que, por lo general, se halla ubicado en el centro geográfico. Por otra parte, el concepto de descentralización, por lo regular, se relaciona con la idea de una pluralidad de órganos, los cuales no están situados en el centro, sino esparcidos por todo el territorio, y que son competentes para crear normas válidas únicamente en las divisiones del territorio. Tal es la idea de un orden primitivo descentralizado no solo en sentido estático, sino también en sentido dinámico.

4.2. La descentralización del Derecho Internacional

Habiendo expuesto, brevemente, los conceptos de centralización

¹⁰ Cabe advertir, todavía, que para Kelsen la función del Derecho Internacional y del nacional es la misma, esto es, hacer posible la convivencia pacífica de los sujetos cuya conducta regula el orden jurídico.

y descentralización del Derecho, en este subítem serán expuestos los motivos por lo cuales Kelsen entendía que el Derecho Internacional se encontraba principalmente descentralizado. De esta forma Kelsen entendía que, en sentido estático, el Derecho Internacional se encuentra descentralizado porque: (i) sólo una parte relativamente pequeña de las normas del Derecho Internacional positivo son válidas en toda la esfera territorial de validez, o sea, en todo el territorio de los Estados y (ii) El número de las normas de Derecho Internacional particular (creadas por Tratados) es mucho mayor que el de las del Derecho Internacional general (producto de la costumbre). Por otro lado, en un sentido dinámico la descentralización del Derecho Internacional queda en evidencia porque: (i) con relación a la creación del Derecho, el Derecho internacional es creado por la costumbre (en este sentido toda la comunidad crea el derecho y no es designado un órganos especial para su creación) y por los Tratados (que, al igual que la costumbre, emana de los sujetos cuya conducta se regula por la norma, y no de un órgano distinto de ellos). Con relación a la aplicación del Derecho, en el Derecho Internacional no existe un tribunal que indique, en el caso concreto, si se han dado los supuestos y condiciones establecidos en la norma general y tampoco existe un órgano que se encargue de su ejecución¹¹.

Sin embargo y a pesar de haber descripto al Derecho Internacional como un orden jurídico primitivo y descentralizado, Kelsen reconocía la posibilidad de creación mediante Tratados, de comunidades cuya centralización exceda la de la comunidad constituida por el Derecho internacional general. Así pueden ser establecidos tribunales, órganos administrativos y órganos legislativos, originando comunidades internacionales. Claro que, según esta lógica, la creación de tal comunidad no podría superar el grado de centralización que lo transformaría en Derecho nacional. Esto quiere decir, que para que una comunidad pueda seguir siendo considerada internacional, es necesario que no pase un cierto límite de centralización que la transforme en un Estado y en Derecho nacional. En este sentido es importante remarcar que Kelsen no establece ningún límite exacto de centralización en donde podríamos comenzar a llamar a esa comunidad internacional de Estado nacional. Algunas conclusiones con relación al grado de centralización que determina la transformación de una comunidad internacional en un Estado, pueden ser extraídas de las diferencias que él encuentra entre las características principales de los Estados federales y de las Confederaciones de Estados.

¹¹ Para Kelsen la verificación de la existencia de las condiciones de la norma general por el tribunal y la entrega de la disputa a una autoridad centra, imparcial, de aquéllas interesadas es de la mayor importancia y es el factor decisivo que determina si no encontramos de un orden jurídico evolucionado o de un orden jurídico primitivo.

4.3. Diferencias y semejanzas entre el Estado Federal y la Confederación de Estados

Las semejanzas entre un Estado Federal y una Confederación de Estados internacional pueden ser numeradas como las siguientes: 1) la Constitución de una Confederación de Estados, como también sucede con un Estado Federal en relación a sus particiones, es un orden jurídico válido para el territorio de todos los Estados de esa comunidad internacional, y en el caso del Estado para todas las particiones de él; 2) la confederación tiene el carácter de un orden central y constituye una comunidad parcial, “La Confederación”. En el caso del Estado Federal, esa comunidad parcial sería precisamente el Estado; 3) los Estados separados, o sea, los “Estados miembros” de una confederación, son, como sucede con los Estados componentes del Estado federal, comunidades parciales, constituidos por ordenes jurídicos locales; 4) la confederación junto con los Estados-miembros forman la comunidad total. Lo mismo sucede con las particiones y el Estado, que juntos conforman la comunidad total; 5) la constitución de la comunidad central puede establecer un órgano central competente para decretar normas válidas para todos los Estados de la comunidad¹².

Sin embargo, las diferencias que hacen que una Confederación de Estados sea de carácter internacional y no se transforme en Derecho nacional y por lo tanto en un Estado, según Kelsen, son las siguientes: 1) la Confederación de Estados no posee policía, ejército, marina o fuerza aérea propios y ordinariamente esta limitada a solucionar las disputas entre los Estados miembros. Este hecho hace que la competencia de en el campo de política exterior y asuntos militares pertenezca a los Estados miembros y no a la Confederación como tal, 2) en la Confederación Internacional no existe cualquier ciudadanía de la confederación. Los individuos son ciudadanos a penas de los Estados-miembros perteneciendo jurídicamente a la comunidad internacional a penas de modo indirecto, a través de sus Estados; 3) las normas centrales del orden jurídico que constituye la confederación obligan y autorizan directamente sólo a los Estados, los individuos son afectados sólo indirectamente por la mediación de los ordenes jurídicos de los Estados a los cuales pertenecen. Kelsen mismo se encarga de decir que el hecho de que normas centrales establezcan obligaciones y autoricen directamente a los individuos es prueba de que ese orden es nacional y no internacional.

Así, Kelsen entendía que el Derecho Internacional tenía todas las características de un Derecho susceptible de evolucionar. La mayor evolución hasta el momento, se presentaba en la forma de Confederaciones de Estados, por encontrarse en un grado mayor de centralización. Reconocía, a su vez, las dificultades que implica el reunir un número de

12 KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. p. 455

Estados cuyos nacionales difieren en idioma, cultura e historia, pero era optimista en el sentido de pensar en la evolución hacia un Estado mundial. Tal conformación haría desaparecer cualquier división entre Derecho Internacional y Derecho nacional, provocando la aniquilación de aquel. Desde luego, que para llegar a esa conformación, admitía Kelsen, un largo periodo de tiempo sería necesario y, haciendo un paralelismo con la naturaleza, indicaba que la evolución del Derecho, así como aquella, es un proceso de lento desarrollo. Como paso para la mayor evolución del Derecho Internacional sostenía la posibilidad de creación de un grado intermedio. Esto quiere decir, la conformación de una comunidad internacional que abarque muchos Estados importantes, pero no todos.

Finalizando este punto diremos que, si bien Kelsen entendía en la confederación de Estados, la mayor evolución del Derecho Internacional, al encontrarse en un grado mayor de centralización, si esta sobrepasara el límite que hace distinguir, precisamente, una Confederación de Estados de un Estado nacional, entonces estaremos en presencia de un orden jurídico nacional y no de un orden jurídico internacional. En este sentido cabe preguntarnos si la Unión Europea presenta las características de un Estado o, por el contrario, puede entenderse una evolución del Derecho Internacional, en el sentido kelseniano, por ser una Confederación de Estados mas evolucionada. Con esta cuestión nos adentramos en el estudio del último punto del trabajo.

5. EL DERECHO COMUNITARIO: ¿LA MAYOR EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE ACUERDO A LA TEORÍA KELSENIANA?

En primer lugar, cabe advertir que la denominación Derecho Comunitario surge a partir de las Comunidades Europeas, erigidas en la década de los cincuenta (Comunidad Económica Europea, Comunidad Europea de la Energía Atómica y Comunidad Europea del Carbón y del Acero) quedando comprendidas estas tres comunidades dentro de la Unión Europea gracias al tratado realizado en el año 1992, el Tratado de la Unión Europea, también llamado Tratado de Maastricht¹³. Allí también son creados los 3 pilares de la Unión, el primer pilar que corresponde

¹³ Hacer un histórico del proceso de integración europeo, a pesar de ser útil, no es el objetivo de este trabajo. No obstante, puede decirse que, luego de la última reforma del Tratado de la Unión Europea, realizada por el Tratado de Lisboa, se reemplaza la palabra “comunitario” por de “la Unión Europea”, para pasar a ser Derecho de la Unión Europea. El Tratado de Lisboa no extinguió los tratados europeos existentes (Tratado de la Comunidad Europea y Tratado de la Unión Europea). Apenas introdujo modificaciones y renombró el Tratado de la Comunidad Europea para Tratado sobre el funcionamiento de la Unión (TFUE), sin alterar la nomenclatura del TUE. Vea: DE SOUZA, Florisbal Del’Olmo; KAKU, William Smith; SUSKI, Liana Maria Feix. “O Tratado de Lisboa: Aspectos gerais, atualidade e perspectivas”. Em: *Cidadania e Direitos Humanos. Tutela e efetividade internacional e nacional*. Rio de Janeiro. GZ, 2011. p. 209-224. p. 210.

a la dimensión comunitaria según las disposiciones sobre ciudadanía de la unión, políticas comunitarias, unión económica y monetaria, etc. Incluidas en los Tratados de la Comunidad Europea, en la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA) y en la Comunidad Europea de Energía Atómica (EURATOM). El segundo pilar correspondía a la política exterior y de seguridad común (PESC) y el tercer pilar a la Cooperación policial y judicial en materia penal.

Las principales consecuencias de la firma de ese Tratado y que interesan al análisis de este trabajo, pueden ser numeradas como las siguientes: 1) se crea una ciudadanía común, que establece una creciente ligación entre el individuo y la Unión; 2) se instituye una política monetaria común; 3) se establece una política exterior y de seguridad común¹⁴. En este sentido, estas tres características ya marcan diferencias sustanciales con lo que fue considerado por Kelsen una Confederación de Estados. Este factor se encuentra sumado al hecho de que en la Unión Europea son dictadas normas que se aplican directamente a los ciudadanos de los Estados Miembros (sería el caso de los reglamentos). ¿Será, entonces que al entrar en vigor el Tratado de Maastricht fue superado el grado de centralización que lo transforma en una Confederación de Estados y que, por lo tanto, puede entenderse al Derecho Comunitario representado en la Unión Europea como una evolución del Derecho Internacional en el sentido Kelseniano?

5.1. Unión Europea: ¿Confederación de Estados o Estado Federal?

Es necesario resaltar que la Unión Europea presenta características que pueden ser entendidas como siendo de un Estado Federal pero, por otro lado, también presenta características de la Confederación de Estados, según lo analizado anteriormente. Con relación a lo primero, como se mencionó, los ciudadanos de los países miembros de la Unión Europea, a partir de Maastricht, comparten una ciudadanía común, esto sin perder la ciudadanía propia del país de donde son nacionales. En segundo lugar son elaboradas, como también fue mencionado, normas que poseen un efecto directo en los Estados miembros que obligan directamente a los ciudadanos de la unión¹⁵. Por otro lado, sin embargo,

¹⁴ En este sentido, entre los objetivos de Maastricht se encuentran: lograr el refuerzo y la convergencia de sus economías y a crear una unión económica y monetaria que incluya, de conformidad con lo dispuesto en el presente Tratado, una moneda estable única, desarrollar una política exterior y de seguridad común que incluya la definición progresiva de una política de defensa común que podría conducir a una defensa común, reforzando así la identidad y la independencia europeas con el fin de fomentar la paz, la seguridad y el progreso en Europa y en el mundo.

¹⁵ Eso ya venía siendo ejercido con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Maastricht. Gran relevancia para entender estas nociones derivan del estudio de las sentencias elaboradas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de Carbón y Acero (CECA) (Transformado por el Tratado de la Comunidad Europea en el Tribunal de Justicia

la Unión no cuenta con ejército, policía o fuerza armada propios¹⁶ y tampoco fue establecida, todavía, una Constitución Europea que transforme la Unión en un verdadero Estado Europeo Federal¹⁷. Aparte de eso, la existencia jurídica de una ciudadanía común, que puede ser considerado un factor unificador, todavía no proporcionó el elemento integrador esperado que simbolice la voluntad general de los ciudadanos de los Estados-miembros de pertenencia a un mismo y único territorio.

Sobre cuestiones relativas a la Unión Europea y la necesidad de creación de un sentimiento de ciudadanía común y la posibilidad de establecer una Constitución, Jürgen Habermas, por ejemplo, sostiene que

Apenas a consciência nacional que se cristaliza em torno da percepção de uma ascendência, língua e história em comum, apenas a consciência de pertencer a “um mesmo” povo torna os súbditos cidadãos de uma unidade política partilhada – torna-os, portanto, membros que se podem sentir responsáveis uns pelos outros.

de la Comunidad Europea (TJCE), hoy denominado Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). El primero de los casos es Van Gend & Loos de 5 de febrero de 1963. El Tribunal sustentó que la Comunidad Económica Europea constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional, a favor del cual los Estados-miembros limitaron su soberanía en ámbitos restringidos. Consagra a autonomía de ese derecho, con relación a la legislación de los Estados-miembros y determina el efecto directo de las obligaciones y derechos que derivan de él. El segundo de los casos es el Costa/ENEL, de 15 de julio de 1964.

En él se sostuvo que al instituir una comunidad de duración ilimitada, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica y de representación internacional, y de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la comunidad, ellos tiene su soberanía limitada a partir de un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos. A partir de esa idea, los Estados no pueden hacer prevalecer una disposición de su propio ordenamiento jurídico contra una disposición del ordenamiento de la comunidad. En la secuencia se tiene el último caso. Se trata del caso Simmenthal, de 9 de marzo de 1978. Esa sentencia autorizó al juez nacional a no aplicar la ley nacional sin importar su jerarquía, si ella contraría al Derecho Comunitario. Así, cualquier tribunal nacional, en el ámbito de su competencia, tiene la obligación de aplicar integralmente el derecho comunitario y de proteger los derechos que éste le otorgue a los particulares, no aplicando cualquier disposición eventualmente contraria de la ley nacional, sea posterior o anterior a la norma comunitaria.

16 Desde el fracaso del Tratado que creaba la Comunidad Europea de Defensa en 1954, ésta cuestión se presenta como una de las dimensiones más singulares y complejas de la Unión Europea. Actualmente, el Tratado de Lisboa modifica a denominación Política Europea de Seguridad y Defensa (que correspondía al antiguo segundo pilar de la Unión Europea) substituyendo el adjetivo “europea” por “común”. LORENTZ, Adriane Cláudia Melo. *O Tratado de Lisboa: e as reformas nos tratados da União Europeia*. Ijuí: UNIJUÍ, 2008. p. 215.

17 El Tratado que establecía una Constitución para Europa fue firmado el 29 de octubre de 2004 y llevado a la aprobación interna de los Estados-miembros. Casi todos los países optaron por la aprobación por vía parlamentaria, pero Francia y Holanda utilizaron la vía del referéndum. Es así que, el 29 de mayo de 2005 ganó el NO y, seguidamente, lo hizo en Holanda. En el Consejo Europeo en junio de 2007 los dirigentes decidieron abandonar el proyecto de Constitución y convocar una Conferencia Intergubernamental (CIG) encargada de adoptar un “Tratado de Reforma”. Así fue que el Tratado de Lisboa fue firmado en diciembre del mismo año. SILVA, Karine de Souza. “De Paris a Lisboa: sessenta anos de integração europeia”. Em: SILVA, Karine de Souza (ed.). *MERCOSUL e União Europeia. O estado da arte dos processos de integração regional*. Florianópolis: Modelo, 2010. p.55-57.

Do ponto de vista normativo, não poderá haver um Estado federativo europeu, se não se afigurar, no horizonte de uma cultura política, uma opinião pública integrada em âmbito europeu, uma sociedade civil com associações representativas de interesses, organizações não-estatais, movimentos de cidadania etc., um sistema político-partidário, em suma: um contexto comunicacional que avance para além das fronteiras de opiniões públicas de inserção meramente nacional¹⁸.

5.2. La mayor evolución del Derecho Internacional

Así, el Derecho Comunitario, que es representado en la práctica internacional, por la creación de la Unión Europea operada a partir del Tratado de Maastricht y caracterizado como una nueva rama del Derecho, presenta tanto características de un Estado Federal, como también, características de una Confederación de Estados, según los conceptos analizados en los puntos anteriores. Puede decirse que se encuentra en un nivel intermedio entre esas dos formas o niveles de centralización del Derecho.

Hans Kelsen, al menos en las obras analizadas, no hace mención específica a la creación de una nueva rama del Derecho denominada Derecho Comunitario. Así, el hecho de que este, aparentemente, nuevo Derecho se presente de forma diferente a la concepción de Confederación de Estado y sin llegar a ser un Estado propiamente dicho, no lo transforma en un Derecho nuevo o en una nueva rama del Derecho, según lo que puede interpretarse a través de la teoría de Kelsen. El Derecho Comunitario puede estudiarse, todavía, utilizando las nociones que el autor elaboró al respecto del Derecho Internacional. En este sentido, podría considerarse Derecho Internacional en su forma mas evolucionada presentada hasta el momento, por presentar el mayor grado de centralización.

Por otro lado, tampoco sería posible justificarlo como una nueva rama del Derecho, por el hecho de que se produzca, con su surgimiento, un reordenamiento de las soberanías nacionales y, de este modo, una limitación de ellas. Esto porque la existencia del Derecho Internacional, *per se*, según Kelsen, ya determina que la soberanía no es absoluta, sino limitada por un orden superior, el internacional. En todo caso, podrá optarse por un punto de vista interno y decir que el surgimiento del Derecho Comunitario provoca un límite mayor a la soberanía del Estado o, por el contrario, podrá optarse por un punto de vista externo y decir que, en realidad el Derecho Comunitario presenta la mayor evolución del Derecho Internacional, por encontrarse de una forma mas centralizada. Ambas afirmaciones están correctas. En otras

18 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. Tradução, George Sperber. São Paulo : Edições Loyola, 2002. p.183-184.

palabras, un orden comunitario, es el orden legal mas centralizado del Derecho Internacional existente en la actualidad, inclusive mas centralizado y evolucionado que la centralización proporcionada por las confederaciones de Estados descriptas por Kelsen, como siendo el ejemplo de mayor centralización internacional. Sería, en ese sentido, menos que un orden estatal, pero más que cualquier otra organización internacional¹⁹.

En definitiva, Respondiendo a la cuestión hecha en la introducción de este trabajo, puede decirse que el surgimiento del Derecho Comunitario es una evolución del Derecho Internacional en el sentido en que fue entendido por Kelsen. La descripción del Derecho Internacional como un orden primitivo y descentralizado no impedía que él considerase la tendencia de la verdadera evolución jurídica en la formación de un Estado mundial, pero admitía que ese sería un proceso lento. Por ese motivo, Kelsen sostenía que, la creación de grados intermedios (y como grado intermedio puede estar incluida, a nuestro entender, la Unión Europea), puede ser una herramienta necesaria en esa dirección. En este sentido, por más que él no tenga considerado, en su teoría, una institución de la naturaleza de la Unión Europea, nada impide que ella sea considerada como una evolución del Derecho Internacional según sus concepciones.

CONCLUSIÓN

Desde su concepción del Derecho internacional como una clase de Derecho, no obstante primitivo, las posiciones teóricas adoptadas por Kelsen para caracterizar ese Derecho fueron transgresoras y precursoras para su época. La idea de una unidad del sistema jurídico y la concepción del Derecho Internacional como límite a la soberanía nacional, modificaron la concepción teórica dominante que hasta ese momento era dualista, con preeminencia de la soberanía nacional. Así, a partir de su construcción teórica, se encuentra el primer límite a la soberanía nacional debido a la existencia del Derecho Internacional que determina la esfera de validez personal, temporal y territorial de cada Estado.

El surgimiento del Derecho Comunitario, como presentado por el Tratado de Maastricht, por su lado, se mostró así, como una nueva forma de limitación de la soberanía nacional y como una demostración de la centralización y de la evolución del Derecho Internacional, según los elementos analizados al respecto de la teoría desarrollada por Hans Kelsen. Así las cosas, la confederación de Estados, en el sentido kelseniano, es la institución que presenta las mayores semejanzas con

19 "... less than a state order but more than of any other international organization..." LEBEN, Charles. "Hans Kelsen and the Advancement of International Law". *European Journal of International Law*. 1998, n° 9. p. 363).

esta estructura *sui generis*. Por su vez, Kelsen reconoce la posibilidad de que los Estados sean extinguidos provocando el nacimiento de un Estado mundial o universal y, en ese sentido, el Derecho Comunitario puede ser entendido como la mayor evolución dirigida en esa dirección.

A través de la evolución del Derecho Internacional, sostenía Kelsen, él dejaría de ser considerado un Derecho primitivo (o dejaría de estar en un estado de naturaleza) para que, a través del traspaso del uso de la fuerza y del poder a un órgano supranacional, sea alcanzada la paz. Ese era el objetivo principal de la propuesta kelseniana sobre el Derecho Internacional y su teoría del *justum bellum*, a pesar de las críticas que le puedan ser hechas²⁰.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto y ZOLO, Danilo. Hans Kelsen. "The Theory of Law and the International Legal System: A talk". *European Journal of International Law*. 1998, n° 9, p. 355-367.

BUCHANAN, Allen y GOLOVE, David. "Philosophy of International Law". In: COLEMANN, Jules y Scott Shapiro *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of Law*. Editado por. Oxford University Press, 2002, 868-934.

CARTY, Anthony. "The Continuing Influence of Kelsen on the General Perception of the Discipline of International Law". *European Journal of International Law*. 1998, n° 9, p. 344-354.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. Tradução George Sperber. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. Trad. Florencio Acosta. México: Fondo de Cultura Económica, 1943.

KELSEN, Hans. *La paz por medio del Derecho*. Trad. Luis Echavarrri. Revisión. Genaro Rubén Carrió. Buenos Aires: Losada, 1946.

KELSEN, Hans. *Princípios do Direito Internacional*. Trad. Gilmar Antonio Bedin e Ulrich Dressel. Ijuí: Unijuí, 2010.

LEBEN, C. "Hans Kelsen and the advancement of International Law".

²⁰ Se recomienda, en este sentido, la lectura de una interesante entrevista realizada por Danilo Zolo a Norberto Bobbio, donde él responde sobre la influencia que tuvo Kelsen en su concepción sobre el pacifismo institucional. Entrevista completa en: BOBBIO, N. y ZOLO, D. "Hans Kelsen, the Theory of Law and the International Legal System: A talk". *European Journal of International Law*. 1998, n° 9, p. 363.

European Journal of International Law. 1998, n°, p. 287-305

LEBEN, Charles. “Hans Kelsen and the Advancement of International Law”. *European Journal of International Law*. 1998, n° 9.

LORENTZ, Adriane Cláudia Melo. *O Tratado de Lisboa: e as reformas nos tratados da União Européia*. Ijuí : UNIJUI, 2008.

LORENTZ, Adriane Cláudia Melo. O Tratado de Lisboa: “Aspectos gerais, atualidade e perspectivas”. In: DE SOUZA, Florisbal Del Olmo; KAKU, William Smith; SUSKI, Liana Maria Feix. *Cidadania e Direitos Humanos. Tutela e efetividade internacional e nacional*. Rio de Janeiro. GZ, 2011. p. 209-224.

SILVA, Karine de Souza. “De Paris a Lisboa: sessenta anos de integração europeia”. In: SILVA, Karine de Souza (ed.). *MERCOSUL e União Europeia. O estado da arte dos processos de integração regional*. Florianópolis: Modelo, 2010. p. 23-87.

ZOLO, Danilo. *Hans Klesen: International Peace through International Law*. In *European Journal of International Law*. 1998, n°9, p. 306-324.