

## DEL *IUS PUBLICUM EUROPAEUM* A LA GOBERNABILIDAD GLOBAL. ESTRATEGIAS, FASES Y FUNDAMENTOS DE LA JURIDIFICACIÓN

Klaus MÜLLER UHLENBROCK

SUMARIO: I. *El concepto del derecho y la juridificación de las relaciones sociales.* II. *Excurso: la filosofía política de la juridificación (Immanuel Kant).* III. *Perspectivas de la juridificación intra y transnacional.*

### I. EL CONCEPTO DEL DERECHO Y LA JURIDIFICACIÓN DE LAS RELACIONES SOCIALES

#### 1. *Introducción: el derecho interno e internacional como ordenamientos jurídicos*

El derecho entendido como un ordenamiento jurídico de dominación a través de instituciones es un sistema objetivo de regulación y conducción de la sociedad. Actualmente está conformado por una cantidad innumerable de normas ordenadas según su ámbito de aplicación (derecho privado, derecho público). El ordenamiento del derecho está compuesto por sistemas jurídicos referidos a diferentes áreas con validez intraestatal (derecho penal, derecho civil, derecho mercantil, etcétera) y con validez internacional. El fin del derecho consiste en la imposición de un orden interno y externo derivado de una constelación social, en la cual se controlan las actividades y los intereses de los individuos o de las comunidades a través del uso de la coerción del Estado.

El derecho con la denominación atributiva “internacional” designa un sistema de normas jurídicas cuya función es regular las relaciones entre

los Estados. A partir del siglo XX, los Estados aceptaron, después de haber experimentado durante siglos modelos de unión de carácter jurídico no universal (*ius publicum europaeum*), su integración en una comunidad internacional. Como consecuencia, el derecho internacional establece los derechos y deberes de los Estados en la comunidad internacional determinando las competencias de cada Estado y definiendo su integración en organizaciones e instituciones de carácter transnacional. El orden mundial constituido por los Estados recurre a un sistema de regulación que, al tiempo de imponer obligaciones internas al Estado, lo limita en su ámbito de decisión política interestatal. Desde finales del siglo XIX, la red de normas interestatales se ha refinado, ampliado y profundizado con el fin de transformar la acción de competencia y antagónica de los Estados en el sentido de promover un nivel internacional de colaboración y de cooperación. De manera enfática, el derecho internacional restringe, según su intencionalidad, la libertad de los Estados de actuar, especialmente la libertad para declarar la guerra. En la tradición del sistema estatal, el derecho a la guerra se entendió como instrumento permitido por la política; la proscripción de la guerra por el derecho internacional del siglo XX revierte el modelo de la soberanía estatal entendido como el bastión de la decisión del gobernante como representante del Estado.<sup>1</sup>

El modelo moderno del Estado territorial soberano representa la instauración de un modo de gobernarse en forma independiente de otras instancias de poder. Desde la perspectiva de la juridificación intraestatal, el derecho se encuentra vinculado a la opción de imponer mandatos o prohibiciones en virtud del poder monopólico del Estado. La característica del derecho interno yace en el elemento de la coerción y de la sanción en caso de incumplimiento de un deber: la ejecución administrativa, judicial o penal asegura el cumplimiento de la ley dentro de una sociedad constituida en forma de un Estado que mediante leyes controla un espacio territorial.

Adicionalmente a la imposición de su propio ordenamiento jurídico interno, el Estado soberano posee órganos de representación hacia el ex-

<sup>1</sup> En el derecho internacional clásico (*ius publicum europaeum*), la fuerza armada era un medio permitido jurídicamente; sin embargo, a partir del siglo XX se prohíbe el uso de la guerra como medio para la solución de conflictos pues amenaza la integridad y soberanía de otro Estado. El principio de la prohibición de hacer uso de la fuerza armada constituye la fundamentación del derecho internacional contemporáneo y se ha configurado en norma de *ius cogens*.

terior con el fin de mantener relaciones internacionales, es decir, el Estado tiene que definir los criterios de convivencia en una comunidad internacional. La juridificación internacional es el resultado del sistema de Estados independientes que existe a partir de la Paz de Westfalia. Desde su origen histórico, el moderno sistema estatal se formó como un sistema descentralizado en búsqueda constante de lograr establecer un equilibrio, lo que implicó un riesgo permanente de seguridad internacional dado que el Estado emerge como un organismo que concentra la potencia monopólica de un poder de tal manera que un Estado se convierte eventualmente en un peligro para los demás.

El *afecto del temor*<sup>2</sup> ante la amenaza de la posible pérdida de seguridad condujo, en primer lugar, a medidas unilaterales (diplomacia, espionaje, la espiral del armamentismo), lo que provocó, en el curso de la historia, la reproducción del riesgo en un nivel superior amenazando las relaciones interestatales. Dado que el unilateralismo derivado del sistema de los Estados resultó ser una estrategia deficiente para resolver conflictos a nivel internacional, posteriormente se impuso la idea de formar ligas entre las naciones con el fin de domesticar la acumulación extraordinaria de poder en manos de los gobernantes. El sistema internacional actual preconiza, a diferencia de la fase histórica inicial de formación del sistema estatal, la promoción de estrategias de cooperación entre los Estados con el propósito de restringir y controlar el potencial de riesgo emanado de la disposición unilateral; con base en la experiencia histórica, se pretende superar el dilema de seguridad generado por el propio sistema estatal a nivel internacional.

El poder normativo del derecho oscila, desde la formación histórica del Estado moderno, entre dos doctrinas que reflexionan acerca de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno. El debate doctrinal acerca de las relaciones entre ambos ordenamientos se expresa por

<sup>2</sup> En su teoría política, Hobbes se refiere al *afecto del temor* con el fin de racionalizar mediante un contrato hipotético la instauración de un poder que asegure la pacificación de las relaciones sociales, superando así la desconfianza y el miedo de los individuos de perder no solo la vida, sino también sus bienes amenazados en el estado de naturaleza. Véase Hobbes, Thomas, *Leviathan o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 101-105. En el contexto del presente artículo, el afecto del temor se refiere a la amenaza por la posible pérdida de seguridad en el ámbito internacional.

la teoría monista y la teoría dualista que presentan, como tal, posturas teóricas contrarias.

La teoría monista proclama el orden jurídico internacional y el interno como elementos de un orden jurídico unitario. Según el punto de partida del monismo, existe un orden incluyente de derecho que abarca tanto a los Estados particulares como a todos los seres humanos. Los monistas (Kelsen, Verdross, Guggenheim, Scelle, etcétera) comparten una concepción normativista que incluye los distintos órdenes afirmando que existe entre ellos una relación de subordinación. Según la versión del monismo interno, el derecho interno prevalece sobre el derecho internacional; según la versión del monismo internacional, el derecho interno está subordinado al derecho internacional.

A diferencia del monismo, la concepción dualista establece que el derecho internacional y el derecho interno de los Estados representan dos órdenes jurídicos diferentes e independientes uno del otro. Ambos ordenamientos se distinguen con respecto a sus fuentes, su contenido y sus destinatarios. Dado que no existen puntos de coincidencia entre ambos ordenamientos, no puede existir un conflicto entre ellos. Según la diferenciación dualista, el derecho interno de los Estados regula las relaciones entre el Estado y los individuos socializados así como las relaciones entre estos y sus intereses particulares; la juridificación internacional se refiere a órganos derivados del Estado reconocidos como sujetos de derecho. Consiguientemente, el derecho interno es el producto del proceso legislativo del Estado, mientras el derecho internacional genera sus normas con base en los convenios, acuerdos y tratados entre los Estados. La teoría del dualismo (Triepel, Anzilotti, Walz, Oppenheim, etcétera) confirma el derecho internacional como un derecho de coordinación, a diferencia del derecho interno que se caracteriza por un derecho de subordinación.

En el presente trabajo no pretendo exponer la discusión epistémica relacionada con los ordenamientos jurídicos mencionados. En lugar de discutir cuestiones de superioridad de un ordenamiento sobre otro analizaré, en primer lugar, los elementos constitutivos de socialización que subyacen a los procesos de juridificación en general. Posteriormente presentaré la versión habermasiana de la juridificación; me concentraré en las fases históricas de la juridificación internacional vinculadas con la configuración del sistema mundial de Estados.

En un excursus presentaré el ejemplo de la filosofía política de la juridificación de Immanuel Kant. La postura de Kant desarrolla, con base en el

idealismo trascendental, la idea de un ordenamiento jurídico interno, externo y cosmopolita. Por primera vez surge la concepción de una comunidad institucional de Estados, es decir, la idea de una organización mundial para garantizar la seguridad colectiva de los Estados territoriales. Finalmente reflexionaré acerca de las perspectivas contemporáneas de la juridificación intra y transnacional terminando con una serie de interrogantes derivadas de la configuración actual del sistema mundial de Estados.

## 2. *Elementos constitutivos de la socialización mediante el derecho*

El sistema estatal de coerción presupone una constelación de competencia y posible colisión entre individuos como condición de su existencia social; el orden jurídico basado en la coerción corresponde a un sistema, en el cual la convivencia de todos en el sentido de un intercambio recíproco de actividades se encuentra en riesgo permanente. La validez de la norma jurídica se basa en la regulación de la conducta potencialmente desintegradora entre los miembros de la sociedad y persigue como fin establecer un orden. La suma de las normas jurídicas define formalmente la función social del derecho como parte integral de este orden. Con el fin de impedir colisiones que pongan en peligro la socialización se puede imponer el respeto de la norma mediante la coerción organizada y controlada. El reconocimiento del dominio estatal y del sistema jurídico implica la restricción de los fines particulares de individuos que como ciudadanos políticos confirman al Estado, porque pueden realizar sus intereses sólo en la medida en la que se abstraen de ellos mismos sometándose al Estado y al derecho como medio de conducción y regulación.

En determinados casos, las normas jurídicas se imponen haciendo uso de la coerción mediante un procedimiento regulado. El carácter coercitivo del derecho lo distingue de otros órdenes de cohesión social como los usos, las costumbres, la convención religiosa y la moralidad. En la historia evolutiva de las sociedades, el derecho positivo estatal se vinculó durante mucho tiempo con concepciones derivadas de la religión y de la moral.<sup>3</sup> El vínculo entre figuras jurídicas de tales concepciones se expresa mediante la pareja conceptual derecho y justicia (*recht und gerechtigkeit*

<sup>3</sup> Véase Manthe, Ulrich, *Die rechtskulturen der antike. Vom alten orient bis zum römischen Reich*, Munich, C. H. Beck Verlag, 2003; Wesel, Uwe, *Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, Munich, C. H. Beck Verlag, 2001.

*keit*). La distinción teórica entre derecho y moral existe apenas desde la Ilustración europea;<sup>4</sup> a partir de esa época, el derecho positivo funge como medio de regulación al servicio de una coordinación de intereses individuales y sus correspondientes actividades. Siguiendo la definición de Kant, el derecho es el “conjunto de condiciones mediante las cuales el arbitrio de uno puede unirse (*vereinigen*) con el arbitrio de otro, según una ley universal de la libertad”.<sup>5</sup>

El derecho con la función de restringir la conducta asocial de los individuos socializados funge como medio de conducción y de integración en todas las sociedades que hacen uso de un aparato estatal con el fin de estabilizarse. En el curso de la evolución social se han desarrollado diferentes sociedades organizadas estatalmente con expresiones jurídicas propias. Con respecto al proceso evolutivo se pueden diferenciar sociedades tribales igualitarias de sociedades tribales jerárquicamente organizadas, así como también se pueden distinguir sociedades clasistas política e ideológicamente estratificadas de sociedades clasistas económicamente constituidas.<sup>6</sup> Tales formaciones de socialización recurren al derecho como medio de conducción funcionalizando la norma jurídica para conservar la paz interna o la paz externa motivadas para restituir un Estado social convulsionado por una violación cometida.

La función restitutiva del derecho al servicio de conservar la reciprocidad social se puede comprobar por medio de fuentes literarias deriva-

<sup>4</sup> Rosenbaum, Wolf, *Naturrecht und positives recht*, Neuwied und Darmstadt, Luchterhand, 1972; Schröder, Jan, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen methode vom humanismus bis zur historischen schule*, Munich, Beck, 2001; Vázquez, Rodolfo (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 2003; Goldschmidt, Werner, *La ciencia de la justicia (dikelogía)*, Buenos Aires, Depalma, 1986; Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, 2000.

<sup>5</sup> Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 39. En la versión española, el verbo alemán *sich vereinigen* se traduce como *conciliarse*, en este artículo lo traduzco como *unirse* con el fin de enfatizar la relación con la concepción del *contrato originario* que no busca la conciliación de intereses divergentes, sino la legitimación de la constitución del Estado mediante el acuerdo (hipotético) de todos los individuos de unirse a través de un pacto.

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, Breuer, Stefan, *Der Staat. Entstehung, typen, organisationsstadien*, Reinbek bei Hamburg, 1998; Weber, Alfred, *Historia de la cultura*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002; Gordon Childe, Vere, *Qué sucedió en la historia*, Barcelona, Crítica, 2002; Gordon Child, Vere, *El nacimiento de las civilizaciones orientales*, Barcelona, Península, 1968.

das de culturas antiguas; éstas han gestado el traspaso hacia el sistema estatal, acompañado con ejemplos monumentales de legislación. Las primeras formas del Estado surgieron en el tercer y segundo milenio antes de Cristo. Si se comprende la dominación como un principio estructural de relaciones sociales dentro de una figura política territorialmente delimitada, entonces los primeros Estados surgen en Mesopotamia, Egipto y China; en el milenio siguiente se expande el sistema estatal en Asia (India), en el espacio del Mediterráneo (Grecia, África del Norte) así como en el continente americano (Perú, México). Particularmente desde las culturas mediterráneas provienen miles de documentos que testifican la relevancia social de los antiguos procesos de juridificación.

En la fase histórica de formación, el derecho conformó una unidad con la religión, la moral y la ética; no obstante, en la antigüedad inician también periodos de racionalización caracterizados por la revaluación de la función del derecho. En el diálogo *Protágoras* presentado por Platón, el derecho y la ética son enviados por Zeus a la tierra con el fin de compensar la naturaleza deficiente del hombre. Dado que los hombres prefieren la convivencia en grandes comunidades, requieren, a diferencia de los animales motivados por sus instintos, no solamente de un conocimiento técnico sino, más allá de ello, saberes especiales para establecer un orden social. Debido a su precaria constitución natural y a su disperso modo de vida, la existencia de los hombres está permanentemente en riesgo; con el fin de no exponerse a los animales salvajes sin protección, fundan comunidades en forma de ciudades que sufren, sin embargo, en la narración de Platón, un proceso permanente de disolución, dado que los hombres carecen del arte de una organización política. El modelo político, en el cual los hombres pueden orientarse con el fin de establecer un orden, se deriva del mito. La imagen original del orden social es entregada por Hermes, el mensajero de los dioses, quien actúa bajo las órdenes de Zeus otorgando a los hombres el sentido de la moralidad y del derecho.<sup>7</sup>

La deducción mítica de la norma jurídica se basó en la purificación del derecho de la religión, lo que legitimó el dominio democrático de la *polis* sustituyendo al rey por la asamblea ciudadana. La renuncia a la figura representativa del monarca implicó una comprensión del derecho entendido como medio técnico perfeccionado en la búsqueda de la verdad basado en

<sup>7</sup> Platón, “Protágoras o de los sofistas”, *Diálogos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 157.

el principio democrático de la igualdad de los contrayentes.<sup>8</sup> Los debates originados por los sofistas sometieron a crítica los fundamentos tradicionales de validez jurídica, lo que condujo a una codificación desligada del orden natural. A diferencia de los dominios territoriales circundantes de las culturas mediterráneas, que conservaron el modelo tradicional de la legitimación religiosa del monarca como portador de la jurisdicción, la *polis* fue instaurada como una forma estatal sin monarca. La asamblea ciudadana fue el resultado de una transformación secular en el sentido de una “democracia bien ordenada” y “autárquica” (Aristóteles), en la cual los ciudadanos orientaron su acción política al interés de la *polis*.<sup>9</sup>

Sin embargo, la jurisdicción autorizada por la asamblea ciudadana continuó amalgamada con principios derivados de la ética y de la naturaleza. El derecho de la polis combinó elementos permanentes derivados del orden ético natural junto con elementos convencionales y mutables. La filosofía griega (Platón, Aristóteles) apologetizó la convivencia humana con base en el principio de la justicia. La reflexión de Ulpiano al comienzo de las *Digestas*, de que el derecho era el arte de lo bueno y de lo equitativo (*ius est ars boni et aequi*), indica que para el mundo antiguo el derecho no se entendió como una ciencia meramente formal de procedimiento, sino como un medio de conducción con pretensión cualitativa de norma. Como concepto sustancial, el derecho representó el arte de la socialización con referencia a concepciones derivadas de un orden ético y justo prefigurado en un orden natural y universal; tal concepción define al derecho como un conjunto de reglas fundadas por largas tradiciones de origen mítico y, en segundo término, como una regulación creada por sujetos empíricos.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Una descripción general de la jurisdicción en la Grecia antigua ofrece Thür, Gerhard, “Recht im antiken griechenland”, en Manthe, Ulrich, *op. cit.*, nota 3, pp. 191-238.

<sup>9</sup> Con respecto a la constitución de la polis véase Meier, Christian, *Die entstehung des politischen bei den griechen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983; Tarkiainen, Tuttu, *Die athenische demokratie*, Munich, Deutscher Taschenbuch-Verlag, 1972.

<sup>10</sup> También en la época del Imperio romano que trasciende el horizonte territorial de la polis continúa, bajo la influencia del estoicismo, la concepción supraempírica del derecho. De manera ejemplar, Cicerón expone el carácter universal del derecho natural: “Existe una ley verdadera y es la recta razón, conforme con la naturaleza, común para todos, inmutable, eterna, que impulsa el cumplimiento del deber con sus mandatos, y aparta del mal con sus prohibiciones. Mandando o prohibiendo nunca se dirige en vano a los hombres cabales; pero no conmueve a los malvados, ni con mandatos ni con prohibiciones. Esta ley no puede sustituirse con otra, no es lícito ni derogarla parcialmente, ni abro-

La versión tradicional de la estrecha relación entre derecho, religión y el orden ético natural se cuestiona, de manera sistemática, a partir de la inauguración de la sociedad burguesa en la nueva era. La concepción moderna de decidir en un proceso con fundamento en la ley y en el derecho y no en convicciones derivadas de la religión y de la ética, tiene su base en la distinción teórica entre derecho y moral. Esta distinción se remonta a la obra de Christian Thomasius, quien defendió en la primera publicación de *Institutiones jurisprudentiae divinae*, de 1682, la separación entre Iglesia y Estado, y en su obra *Fundamentum iuris naturae et gentium*, publicada en 1705, exigió un derecho natural sin referencia a contenidos religiosos. Con base en la concepción secular, formuló tres principios de un derecho natural racional señalando por primera vez la separación sistemática entre el derecho y la moral.<sup>11</sup> La diferenciación entre el *iustum* coercitivo y el *honestum* no coercitivo fue usada por Kant en la introducción a la *Metafísica de las costumbres*. El *honestum* fue interpretado como moral, es decir, como una ley con obligatoriedad interna, por lo cual, en caso de incumplimiento de las leyes morales, la conciencia interna retoma la función de un juez. A diferencia del *honestum*, el *iustum* implica que el hombre es obligado a obedecer las normas por medio de una instancia externa, es decir, el Estado; adicionalmente, el *iustum* renuncia a la exigencia de una voz interna cuya función es legitimar el contenido de la jurisdicción.

garla por completo. Ni el Senado ni el pueblo pueden eximirnos de ella... No habrá una ley en Roma; otra, en Atenas; una, hoy; otra, mañana; sino que una ley única, eterna e inmutable regirá a todas las naciones y en todos los tiempos. Único y común será como el maestro y el jefe de todos, Dios, autor de la ley, juez y legislador, quien no le obedece huirá de sí mismo y despreciará la naturaleza del hombre, por lo cual sufrirá las más grandes penas, aunque él escape de otras cosas que se consideren castigos". Cicerón, Marco Tulio, *Sobre la República*, Madrid, Gredos, 2000, libro III-22, p. 101.

<sup>11</sup> Véase Kaufmann, Arthur y Hassemer, Winfried (eds.), *Einführung in die rechtsphilosophie und rechtstheorie der gegenwart*, Heidelberg, C. F. Müller, 1994, p. 62. Thomasius distingue tres principios o reglas del derecho natural; el *principium* del *iustum* dice en alemán: "Was du wilt, dass andere sich thun sollen, das tue dir selbst"; el *principium* del *honestum* dice: "Was du dir nicht wilt gethan wissen, das thue du andern auch nicht"; el *principium* del *decorum* dice: "Was du wilt, dass andere dir thun sollen, das thue du ihnen". Según Thomasius se puede alcanzar la felicidad respetando a estos principios.

### 3. Fases de la juridificación

El concepto de juridificación se refiere a la penetración del derecho en ambientes sociales que hasta entonces se mantuvieron como espacios no regulados jurídicamente; este proceso ocurre de manera expansiva regulando en mayor medida relaciones sociales que anteriormente no habían sido reguladas. Se pueden demostrar procesos masivos de juridificación desde la transición de sociedades segmentadas preestatales hacia sociedades con organismos estatales. Tales procesos se pueden documentar y analizar en tratados y actas transmitidos desde la antigüedad. En la fase de la nueva era, que lleva a la constitución del Estado y de la sociedad burguesa (*bürgerliche gesellschaft*), el derecho funge como el medio preferencial de una socialización que rompe con las relaciones sociales de la tradición feudal.

La juridificación a partir de la nueva era elimina las formas feudales y tradicionales de la propiedad, se dirige especialmente en contra de las diversas expresiones de propiedad comunal y, al mismo tiempo, contra modos de vida con base en la negación de la propiedad organizada (monasterios), presentando a la propiedad privada como un nuevo modo de socialización de validez universal. La propiedad privada funge desde entonces como característica de las personas jurídicas, atribuida a individuos y grupos sociales que requieren la protección de sus títulos de propiedad mediante el poder estatal. La consecuencia de la juridificación es la organización de la sociedad mediante el reconocimiento de individuos definidos por el Estado simultáneamente como personas jurídicas y propietarios. Este modelo de organización de la sociedad debilita los conflictos tradicionales derivados de diversas formas de propiedad y de las formas derivadas de apropiación transmitidas desde la sociedad feudal. La necesidad de la Constitución estatal jurídica de la sociedad implica el reconocimiento del monopolio estatal de hacer uso de los medios de la violencia con el fin de asegurar la libertad y la igualdad de las personas, lo que significa que el Estado, entendido al mismo tiempo como poder monopólico de coerción y como legislador político, obtiene la función central de conducción y regulación a favor del orden social.

El carácter coercitivo inmanente al concepto de derecho de la nueva era resulta de la separación entre derecho y moral que pertenece, a partir del siglo XVIII, al vocabulario estándar de la discusión teórica del dere-

cho. En virtud de la distinción teórica entre moral y derecho, se puede diferenciar claramente entre la cohesión interna y externa; la separación de los atributos morales del derecho incluye la renuncia a la ética de la convicción (*gesinnungsethik*), entendida como medio de legitimación de la juridificación políticamente conducida. La imposición del derecho requiere la cohesión estatal, las normas jurídicas se deciden por cuerpos parlamentarios en un procedimiento regulado de legislación, a diferencia de las reglas morales; finalmente, las normas jurídicas tienen validez para todos aquéllos que son reconocidos por el Estado como ciudadanos de una comunidad nacional de derecho.

#### 4. *La juridificación de la vida cotidiana (Habermas)*

Si el derecho se puede identificar como el medio preferido y permanente para la regulación y conducción del cambio social, entonces los procesos de juridificación reflejan tanto el nivel de desarrollo como los procesos de crisis de las sociedades modernas. En el segundo tomo de la *Teoría de la acción comunicativa*, Habermas señala la juridificación como una característica especial de las sociedades modernas, definiéndola de siguiente manera:

La expresión “juridización” se refiere, dicho en términos muy generales, a la tendencia que se observa en las sociedades modernas a un aumento del derecho escrito. En esta tendencia podemos distinguir entre la extensión del derecho, es decir, la regulación jurídica de nuevos asuntos sociales regulados hasta el momento de manera informal, y el adensamiento del derecho, es decir, la desmenuzación de una materia jurídica global en varias materias particulares.<sup>12</sup>

Bajo circunstancias reguladas de manera informal (*informell geregelt Sachverhalte*) se pueden entender relaciones sociales que no lo están jurídicamente. La estandarización jurídica de fenómenos sociales emerge como modificación de la praxis cotidiana caracterizada en sí mediante la ausencia del derecho. Por ello la jurisprudencia penetra todas las dimen-

<sup>12</sup> Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa. Crítica de la función funcionalista*, México, Taurus, 2002, t. II, p. 504. En la versión española se traduce el término alemán *verrechtlichung* con la palabra *juridización*; a diferencia, en el presente artículo se prefiere la expresión *juridificación*.

siones de la vida identificada por Habermas como “mundo de la vida” (*lebenswelt*). El derecho como un sistema particular ausente de este, lo describe como un acto que interviene en la praxis rutinaria mediante la cual se ejecuta la juridificación de la vida.

Con respecto al aumento de la jurisdicción escrita en la sociedad moderna, Habermas distinguió las siguientes fases del desarrollo:

La primera hornada conduce al *Estado burgués*, que se desarrolló en Europa Occidental en la época del Absolutismo, en forma de sistemas de estados europeos. La segunda hornada conduce al *Estado de derecho*, que adoptó una forma paradigmática en la monarquía alemana del siglo XIX. La tercera hornada conduce al *Estado democrático de derecho*, que se difundió en Europa y en Norteamérica como consecuencia de la Revolución francesa. Lo que por el momento es la última hornada conduce, finalmente, al *Estado social y democrático de derecho*, cuya institucionalización en el curso del siglo XX es fruto de las luchas del movimiento obrero europeo, y que, por señalar un caso concreto, ha quedado codificado en el artículo 21 de la Constitución de la República Federal Alemana. Voy a caracterizar estas *cuatro hornadas globales de juridización* bajo el punto de vista teórico de desconexión de sistema y mundo de la vida y del conflicto del mundo de la vida con la dinámica propia que desarrollan los subsistemas autonomizados.<sup>13</sup>

Las etapas históricas del desarrollo de la juridificación las interpreta Habermas con referencia a una perspectiva teórica de la sociedad, que a continuación se resumirá brevemente: la teoría de las sociedades modernas desarrollada por Habermas se basa en la concepción heurística de la sociedad como sistema y mundo de la vida, así como en la tesis de su desacoplamiento. A diferencia de los padres fundadores de la teoría crítica (Adorno y Horkheimer) que perciben el proceso mundial de ilustración, desde otro punto de vista, Habermas, de manera unidimensional,<sup>14</sup> analiza,

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 505.

<sup>14</sup> La crítica habermasiana, dirigida contra los padres fundadores de la Teoría Crítica, se concentra en la reformulación de la teoría de la cosificación con base en las categorías sistema/mundo de la vida. Habermas escribe: “La teoría de la cosificación tardo-capitalista, reformulada en categorías de sistema/mundo de la vida, necesita, pues, ser completada con un análisis de la modernidad cultural que sustituya a la anticuada teoría de la conciencia de clase. El objetivo de este análisis no sería servir a la crítica ideológica, sino explicar el empobrecimiento cultural y la fragmentación de la conciencia cotidiana; en

en el marco de su teoría de la acción comunicativa, los procesos de diferenciación social, por un lado, como la condición de la posibilidad de liberación de los potenciales de racionalización inmanente a la acción comunicativa; por otro lado, como el motor que gesta la formación de los subsistemas de la acción con fines de racionalidad.

En esta perspectiva, los imperativos autogestados de los subsistemas de la acción con fines de racionalidad penetran al mundo de la vida y destruyen, como consecuencia, las estructuras de este mundo. Habermas comprende su teoría de la modernidad como una reformulación de las condiciones de la cosificación tardía del capitalismo, haciendo uso de los conceptos sistema/mundo de la vida, con el fin de aclarar de esta manera el empobrecimiento cultural y la fragmentación de la conciencia cotidiana. Polemizando contra Adorno y Horkheimer, afirma que las ideologías, entendidas como teorías del tipo antiguo que legitiman el sistema de dominación, han sido substituidas por equivalentes funcionales manifestados mediante los subsistemas de la acción con fines de racionalidad. Esta constitución tiene como consecuencia la presentación difusa de la conciencia cotidiana, que ya no alcanza un nivel necesario de articulación, en el cual se pueda aceptar el saber siguiendo las pautas de la modernidad cultural como válidas. La fragmentación de la conciencia cotidiana, caracterizada por la ausencia de una fuerza sintética, define al Estado contemporáneo de la modernidad. A este respecto, Habermas dice:

La falsa conciencia ha sido substituida hoy por una conciencia fragmentada que elude toda ilustración sobre el mecanismo de la cosificación. Sólo entonces se cumplen las condiciones para una colonización del mundo de la vida: los imperativos de los subsistemas autonomizados, en cuanto quedan despojados de su velo ideológico, penetran desde fuera en el mundo de la vida —como señores coloniales en una sociedad tribal— e imponen la asimilación.<sup>15</sup>

De acuerdo con la tesis de la exterioridad y la separación entre el derecho y la vida cotidiana, Habermas interpreta la juridificación como la pe-

vez de andar ansiosamente tras las evanescentes huellas de una conciencia revolucionaria, su objeto sería averiguar las condiciones que permitieran la reconexión de la cultura racionalizada con una comunicación cotidiana que ha de menester de tradiciones vivas que la nutren". Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 12, p. 502.

<sup>15</sup> *Idem.*

netración de los imperativos de un subsistema autogestado, en otras palabras, el derecho entendido como un subsistema se comporta como un “patrón colonial” frente a una sociedad tribal con el fin de forzar, desde el exterior, la asimilación del mundo de la vida. La pretensión de Habermas de interpretar la modernidad con base en las tendencias de juridificación, caracteriza al derecho como ejemplo peculiar de la autogestación de un subsistema, lo que contribuye a la colonialización del mundo de la vida.

El término juridificación, entendido como la tendencia inherente a las sociedades modernas de aumentar el derecho positivo escrito a nivel nacional e internacional, funge como el medio de conducción de una política que se sobrepone, bajo la supervisión estatal, como una red sobre las diferentes actividades de la sociedad. Con la disociación del derecho y la moral (elaborado por Thomasiaus y Kant), se posibilita una nueva evaluación de la relación de la política con el derecho, lo que se documenta en la discusión científica del derecho en los siglos XIX y XX.<sup>16</sup> La nueva evaluación corresponde a la creciente expansión del derecho estatal, por un lado, en los asuntos internos de la sociedad y, por el otro, en los asuntos internacionales.

La historia moderna del derecho se distingue de etapas anteriores en términos de la autogestación del derecho como medio, por un lado, y frente a éste entendido como institución, por el otro. El concepto del derecho (tema del análisis del primer capítulo) no se construye con referencia a una comunidad, sino con referencia a un sujeto del derecho. Como consecuencia, en las versiones modernas se desintegra el concepto de la justicia derivado de una concepción cualitativa de comunidad sustituyendo la justicia mediante la subjetivización con referencia al concepto de la libertad.

Dado que las instituciones jurídicas preburguesas se caracterizaron por sus derivaciones sustanciales de la religión y de la eticidad, se diferencian de los procesos de socialización moderna que sostienen el concepto del derecho definiendo al derecho como medio formal de la conducción sociopolítica con carácter de un proceso formal de tipo legislativo. Por eso, la validez de la comprensión moderna del derecho se basa en un orden procedimental independiente de las comprensiones derivadas del mundo

<sup>16</sup> Véase, por ejemplo, Horn, Norbert, *Einführung in die rechtswissenschaft und rechtsphilosophie*, Heidelberg, Schwerpunkte, S. C. Müller, 2001; Friedrich, C. J., *La filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002; Kaufmann, Arthur y Hassemer, Winfried (eds.), *op. cit.*, nota 11.

de la vida así como de las ideologías políticas. De manera preferencial, se define al derecho por su carácter de proceso formal legislativo independiente de derivaciones de la vida cotidiana o de intereses e ideologías. Con respecto a la historia moderna, se constata la transición de la juridificación de una normatividad no formal sustancial (aristotelismo político) a una de tipo legislativo con las características del derecho positivo.

### 5. *La juridificación de las relaciones internacionales*

Los procesos de la juridificación están vinculados con las fases de desarrollo de la estatalización de la sociedad. La relación entre el derecho y el Estado se expresa tanto en términos de una juridificación intraestatal como de una juridificación de las relaciones internacionales. El derecho internacional de la nueva era se caracteriza por un notable incremento en las tendencias a regular las relaciones entre las sociedades a través de leyes, esto se observa a partir del término de la Edad Media. Desde ese tiempo, los procesos jurídicos se vincularon con un aumento de costumbres diplomáticas, situación que determina las primeras etapas de la estatalización en Europa. Con el inicio de la colonización en ultramar, se llevó a cabo la primera fase de la juridificación internacional sintetizada bajo el concepto de *fase española*.<sup>17</sup> Tal fase abarca un periodo que inicia con la Paz de Tordesillas (1494) y termina con la Paz de Westfalia (1648). La época española fue caracterizada por la postura hegemónica de la política española y portuguesa dirigida hacia la adquisición territorial en ultramar. La fase de la formación de los imperios coloniales definió a la sociedad española como un sistema que acumula la riqueza a través de la apropiación violenta de territorios lejanos. La apropiación sistemática mediante la conquista del mundo fue la condición para el surgimiento de una economía mundial dominada por Estados europeos que promovieron el capitalismo mercantil.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> La periodización del derecho y de la política internacional se basa en la propuesta de Grewe, Wilhelm, *Epochen der völkergeschichte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988; véase también Renouvin, Pierre (coord.), *Historia de las relaciones internacionales*, Madrid, Siglo Veintiuno, 1998, t. I y t. II; Pereira, Juan Carlos (coord.), *Historia de las relaciones internacionales contemporáneas*, Barcelona, Ariel, 2001.

<sup>18</sup> Véase Wallerstein, Immanuel, *El moderno sistema mundial. El mercantilismo y la consolidación de la economía mundo europea 1600-1750*, México, Siglo XXI, 2003.

Aunque el comercio y la violencia representan en sí una oposición, dado que los acuerdos de paz son inherentes a los contratos comerciales, la época española se caracterizó por organizar el comercio ultramar a través de una estrategia económica “parasitaria” basada en la adquisición violenta de territorios. La adquisición ultramar de territorios con base en el sometimiento de los habitantes originales condujo a tensiones entre España, Portugal, Francia, Inglaterra y Holanda. Las tensiones entre los Estados europeos influyeron en la juridificación de las relaciones internacionales, en las cuales se utilizó el término “descubrimiento” como un título jurídico a favor de la adquisición del territorio.<sup>19</sup> En relación con la política jurídica del descubrimiento impulsada por los Estados emerge, consecuentemente, la idea del mar como una propiedad comunal.

En la *fase española* se formaron dos sistemas internacionales escasamente relacionados entre sí: por un lado se establecieron relaciones entre los Estados europeos y, por otro lado, entre los Estados europeos y el resto del mundo. Los soberanos europeos cimentaron sus contactos mediante contratos u otras reglas dinásticas de comunicación con el fin de racionalizar las relaciones internacionales. Consiguientemente, las tradiciones jerárquicas derivadas de la Edad Media se sustituyeron por principios derivados de la razón. Como resultado, las relaciones internacionales fueron calculadas como un juego sin ganador combinado con la exigencia de crear y conservar un equilibrio entre las potencias. El modelo de la balanza fue la expresión simbólica para la pretensión de lograr un estado de equilibrio que sustituyó las fórmulas jerárquicas de relación y de dependencia de la Edad Media. Desde este tiempo existe la versión de la igualdad de todos los Estados que mantienen un contacto ya sea por medio del arreglo económico, jurídico o diplomático; sin embargo, el sistema de las relaciones internacionales autoreferencial con base en la igualdad se circunscribió exclusivamente a Europa. A diferencia del sistema intraeuropeo se formó también el sistema extraeuropeo que coinci-

<sup>19</sup> El término “descubrimiento” se usa como título jurídico en las llamadas capitulaciones estipuladas en la ciudad de Santa Fe de la Vega de Granda, firmadas el 17 de abril de 1492 por el rey Fernando de Aragón y la reina Isabel de Castilla. Las capitulaciones tenían por finalidad regular las condiciones en que se realizaría la proyectada expedición hacia *Las Indias*. Mediante las capitulaciones, Colón pidió, entre otras cosas, los títulos de almirante de Mayor de la Mar Océana, virrey y gobernador general de las tierras que descubriera. El documento no se concibió en forma de un contrato bilateral, sino en forma de una concesión.

dió con las fronteras del mundo colonizado. El sistema extraeuropeo representó el sistema mundial con la característica de su subordinación a los intereses de las potencias centrales de Europa, así que no fue considerado con base en criterios de igualdad, sino bajo las perspectivas de los potentados europeos que trataron de ejercer un control global sobre los territorios extraeuropeos del mundo.

Después de la Paz de Westfalia se inició la *fase francesa* (1648-1815). El acuerdo de paz entre las potencias tuvo como consecuencia la expansión del derecho público europeo, cuyo contenido fue el derecho a la guerra, el derecho durante la guerra y el derecho a los tratados de paz. El éxito de Francia se basó en la extensión de su hegemonía en Europa, porque su organización estatal fue reconocida como ejemplo para las otras potencias. La administración del sistema de impuestos, la economía, la diplomacia, el ejército y también las ceremonias dinásticas, todo eso se reconoció como un orden ejemplar digno de imitación. Reproduciendo muchos elementos del modelo francés de dominación absolutista, se formó el sistema europeo de Estados. Con el absolutismo se logra un balance de la relación entre poder y derecho, sintetizado en el concepto de la *razón de Estado*.<sup>20</sup> Este concepto se convirtió en la fórmula preferida de legitimación de la acción política, porque responde a la crisis derivada de la disolución de los modelos jurídicos y políticos de la Edad Media. La *razón de Estado* fungió como una nueva herramienta, como el principio de una praxis política mediante la cual se creó, recurriendo muchas veces al uso de la violencia, a lo que se entiende hasta hoy como el concepto de Estado. En la fase histórica de su formación, la *razón de Estado* significó un procedimiento de modernización, mediante el cual se privilegió el dominio estatal sobre los intereses personales dinásticos de los representantes del poder.

La legitimación del monopolio estatal de hacer uso de la violencia mediante la concepción de la *razón de Estado*, otorgaba al soberano la opción de integrar y subordinar la jurisdicción como parte de los fines determinados por el poder. La *razón de Estado*, entendida como un cambio de paradigma, contribuyó a disolver la comprensión escolástica del dere-

<sup>20</sup> La concepción de la *razón de Estado* se encuentra en: Meinecke, Friedrich, *Die idee der Staatsräson*, München, Oldenbourg, 1963; Weinacht, Paul Ludwig, *Staat. Studien zur bedeutungsgeschichte des wortes von den anfängen bis ins 19. Jahrhundert*, Berlín-München, Duncker & Humboldt, 1968.

cho, basada en un orden jurídico de tres niveles (*lex aeterna, lex naturalis, lex humana*), que fue sustituida por construcciones nominalistas del derecho y doctrinas racionalistas del derecho natural. La concepción de la *razón de Estado* repercutió también en la concepción del estado de equilibrio entre los Estados en formación. Dado que los Estados fueron representados por los gobernantes que se adornaron con el atributo de la soberanía, se obligaron al mutuo reconocimiento. El reconocimiento de la soberanía posibilitó también la referencia a una ética de la moderación, lo que no tuvo como consecuencia la prohibición de la guerra, pero sí la restricción de llevar a cabo guerras entre sí con el fin del reforzamiento de la paz. La disposición de los soberanos de comprenderse mutuamente como miembros iguales de una comunidad cimentó el carácter igualitario del sistema internacional europeo. La doctrina de la igualdad de los soberanos se interpretó en forma de una reivindicación jurídica cuya validez se limitó al continente europeo.

La política no jerárquica de equilibrio dentro de Europa constituyó la diferencia cualitativa con respecto a la política de los otros continentes (Asia, África, América) percibidos como un sistema separado de ella. Desde la perspectiva de los descubridores, conquistadores y colonizadores europeos, se pretendió ejercer un control sobre las regiones extraeuropeas; no era su intención instaurar los territorios dependientes como Estados soberanos. Por esta situación se llevaron a cabo conflictos militares de diferente naturaleza: por un lado guerras con el fin exclusivo de restituir el equilibrio arriesgado entre los Estados europeos; por otro lado, los soberanos propiciaron conflictos derivados de sus diferentes intereses por la competencia en ultramar. Ambos casos ilustran la diferencia de significado entre el centro europeo y la periferia, una diferencia que obstaculizó la elaboración de una juridificación unitaria y global; consiguientemente, se fortaleció la concepción autoreferencial clásica del *ius publicum europaeum*.

Desde el inicio de la *fase inglesa* (1815-1919), se lleva a cabo el cambio paulatino del derecho público europeo al derecho internacional de los pueblos. El proceso de la universalización del sistema internacional se nutrió ideológicamente de planteamientos de la Ilustración que analizaron a la humanidad como un concepto de género, lo que dificultó continuar con la diferenciación afirmada con respecto a la constitución del sistema internacional. En los tratados de la ilustración se desenmascaró la

versión absolutista de la conservación del equilibrio como un trueque ideológico de soberanos despóticos, dado que éstos como representantes legítimos de la *razón de Estado* contribuyeron activamente a desestabilizar el equilibrio logrado por el Estado.

Los acontecimientos de la Revolución francesa no sólo fracturaron los tradicionales privilegios de los funcionarios aristócratas del *ancien regime*, sino constituyeron también una nueva comprensión del derecho que sustituyó las concepciones derivadas de la tradición. La referencia de los revolucionarios a la doctrina de la *voluntad general*, desarrollada por Rousseau antes de la Revolución con referencia al contrato hipotético social, se funcionalizó como un instrumento de legitimación con el fin de constituer la instancia legislativa como legítima para la nueva jurisdicción. La nueva comprensión del derecho culminó con la Declaración de los Derechos Universales del Hombre y del Ciudadano, lo que significó la renuncia jurídicamente formulada al antiguo régimen absolutista, que fue sustituido por el nuevo régimen de la nación.<sup>21</sup> Las revoluciones en Francia y en los Estados Unidos de América no anularon la concepción de la soberanía, pero la transformaron dado que desde entonces no se puede entender la soberanía como un atributo de príncipes, sino como un atributo de pueblos de los cuales debería emanar la soberanía del Estado.

Después de los estremecimientos generados por los acontecimientos revolucionarios, el orden europeo estatal prerrevolucionario fue aniquilado definitivamente por las guerras napoleónicas. La fundamentación de la política del equilibrio, anclada en el derecho internacional europeo, se sostuvo por la garantía de conservar el sistema mediante soberanos con igualdad de derechos; sin embargo, con el avance de las tropas revolucionarias que cruzaron Europa continental, es decir, con la ejecución de una política expansiva de una gran potencia, encabezada por Napoleón,

<sup>21</sup> Los acontecimientos revolucionarios aparentan a un laboratorio para la búsqueda de un orden nuevo y recto. El 3 de septiembre de 1791 fue aprobado en la asamblea una constitución que obligó al rey reconocer una legislación superior a la de la tradición monárquica (*legibus absolutus*). La soberanía debería ser el atributo exclusivo de la nación: “Artículo 1o. La Souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient a la Nation; aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s’en attribuer l’exercice”. La cita se encuentra en Schmoeckel, Mathias, *Auf der Suche nach der verlorenen Ordnung. 2000 Jahre Recht in Europa*, Überblick, Colonia, Weinmar y Viena, Darmstadt, 2005, p. 323.

se descompuso el sistema de equilibrio establecido y tuvo que ser sacrificado. Como consecuencia de la destrucción del orden europeo, se discutieron en el Congreso de Viena las bases de una nueva fundamentación de las relaciones internacionales. Debido a la mentalidad conservadora y anti-revolucionaria de los miembros principales del Congreso, se conformó la “Santa Alianza” de las cinco potencias europeas más poderosas, cuyos representantes decidieron la restauración del principio monárquico; esto originó una relación de tensión entre el principio de la monarquía y la organización de los Estados nacionales. Dado que la idea del Estado soberano nacional propagada por la Revolución francesa obtuvo gran simpatía en varios países de Europa, el conflicto entre el Estado nacional y la monarquía universal ya no pudo ser eliminado de la discusión pública.

La expansión de las ideas revolucionarias no se restringió al continente europeo, sino que tuvo efectos también en el mundo extraeuropeo. Las declaraciones de la independencia en el continente americano provocaron planes de intervención por parte de la “Santa Alianza” lo que tuvo como consecuencia la publicación de la *Doctrina Monroe* en 1823 con el fin de demostrar que la concentración de la política internacional hacia Europa ya no debía ser obedecida sin oposición. Tales tendencias señalan el proceso de la universalización de Estados soberanos, lo que promovió la unificación del sistema internacional que ya no permitió la diferenciación en esferas cualitativamente separadas.

A partir de la *fase inglesa*, los límites del sistema mundial coincidieron por primera vez en la historia de la humanidad con los límites del globo. La política imperialista de las potencias europeas en el siglo XIX resultó en una competencia por la colonialización en todos los continentes con consecuencias devastadoras, dado que los protagonistas de esta política ya no eran capaces de establecer, con base en los instrumentos conocidos en la teoría del equilibrio, un balance real entre las grandes potencias. La desestabilización del sistema internacional culminó con la Primera Guerra Mundial, escenificada como un monumental sacrificio y originada por el sistema de los Estados. El fin de la *fase inglesa* implica, al mismo tiempo, el fin de la época clásica del derecho internacional dominada por, y concentrada en, las potencias europeas. El fin del *ius publicum europaeum* como consecuencia de la Primera Guerra Mundial se llevó a cabo mediante la constitución de la Liga de las Naciones que entró en vigor el 28 de abril de 1919.

El nuevo pensamiento para la praxis de la comunidad internacional de los Estados consistió en la concepción de que los pueblos del sistema mundial de Estados deberían aceptar su responsabilidad para conservar la paz internacional y para la prevención de conflictos internacionales. Esta concepción, previamente expresada por Immanuel Kant en su escrito sobre la *Paz perpetua*, se concretó en el pacto Briand-Kellogg del 27 de agosto de 1928 mediante una condena general a la guerra; sin embargo, un decenio más tarde la humanidad experimentó otra guerra mundial y, con eso, otra escenificación más monumental de sacrificio en su historia. Como reacción la Carta de las Naciones Unidas amplió la condena general a la guerra en el sentido de una prohibición general de hacer uso de la violencia militar.

#### 6. *Perspectivas de la juridificación internacional*

El desarrollo del derecho internacional a partir del cambio al siglo XX se caracterizó por la creciente inseguridad acerca de sus contenidos y opciones de moderación de conflictos. En 1899 se instauró la *Permanent Cort of Arbitrition* que inició su actividad en la ciudad La Haya. Después de varios intentos de reglamentar asuntos referidos a la guerra se elaboró en 1907 una juridificación referida a la guerra que define hasta hoy reglas de operación durante un conflicto militar; sin embargo, la situación internacional se desestabilizó a pesar de los procesos continuos de juridificación, debido a las actividades de los protagonistas políticos y así terminó la *fase inglesa* con la Primera Guerra Mundial. El fin de la *fase inglesa* coincide con el fin de la época clásica del derecho internacional europeo. Un fin originado por la irrupción de la Primera Guerra Mundial y concluido por el estatuto de la Liga de las Naciones que se entendió como organización internacional de los Estados soberanos.

El derecho internacional moderno del siglo XX contiene la juridificación de una época marcada por dos guerras mundiales, por la guerra fría y por los desafíos derivados de la política de seguridad del orden internacional al inicio del siglo XXI. Los fenómenos de crisis caracterizan la historia de este siglo, y así el derecho internacional, después de la transición del *ius publicum europaeum*, continúa siendo el reflejo de un mundo estatal con órdenes sociopolíticos heterogéneos, aliado con intereses

comunes (la economía mundial, ecología), pero carente de un concepto de eticidad (*sittlichkeit*) universalmente reconocido. Por primera vez, la comunidad jurídica de los pueblos coincide en una organización mundial que incluye a todos los Estados, pero continua reflejando las agrupaciones antagonistas del mundo estatal. La institucionalización del derecho internacional no logró establecer un poder central de jurisdicción, tampoco una jurisdicción obligatoria (*ius cogens*) definida por una potencia centralizada, cuyo fin sería la imposición del derecho. La institucionalización internacional se basa en la igualdad soberana de todos los miembros pero reconoce, al mismo tiempo, la posición privilegiada de superpotencias con derecho de veto en el Consejo de Seguridad.

La condena a la guerra y la prohibición de cometer actos de violencia se anclaron como normas fundamentales en la Carta de las Naciones Unidas, lo que no impidió la continuación de guerras estatalmente organizadas y el uso de la violencia. Después del fin de la guerra fría, la concepción idealista referida a una constitucionalización del derecho internacional se vislumbra como un fin utópico. Desde la perspectiva actual, no se deriva, a pesar de la continua juridificación de las relaciones internacionales, una pacificación duradera de los conflictos entre los Estados; más bien, se puede constatar una creciente moralización de la política mundial basada en los reclamos de valores (democracia, derechos humanos, guerra contra el terrorismo transnacional), lo que podría provocar como consecuencia la anulación de la obligatoriedad del derecho internacional.

Al mismo tiempo, se puede observar la transformación del mundo de los Estados hacia una sociedad mundial que implica una pérdida de decisión poco perceptible por parte de los Estados. Las alianzas internacionales de regulación y de cooperación se sostienen por nuevos actores colectivos que propagan, con referencia al concepto de la gobernabilidad global, un modo alternativo del gobernar internacional que va más allá del sistema establecido por los Estados. La forma de los procesos globales de juridificación se basa en el desacoplamiento de procedimientos legitimados estatalmente de autolegislación, lo que puede tener como consecuencia la anulación de la función del derecho internacional que sería restringir la potencia del dominio estatal.

## II. EXCURSO: LA FILOSOFÍA POLÍTICA DE LA JURIDIFICACIÓN (IMMANUEL KANT)

### 1. *El proyecto de Kant*

En sus últimos años, Immanuel Kant (1724-1804) reflexionó, con base en la filosofía trascendental,<sup>22</sup> sobre la arquitectura jurídica del orden intraestatal e internacional. Su pensamiento político giró alrededor de categorías cuya función es fundamentar una teoría normativa de las relaciones sociales en el contexto nacional, internacional y transnacional. Mediante las categorías de la paz, la libertad y el progreso del género humano, Kant ilustró el significado fundamental del derecho con el fin de garantizar la libertad como elemento clave de la socialización ilustrada. La filosofía apriorística kantiana constituye una teoría política del Estado y de las relaciones internacionales y tiene como fin garantizar la integridad de los individuos en una comunidad social y estatalmente constituida; sin embargo, el derecho individual a una Constitución civil interna requiere el horizonte de una alianza universal de la especie humana con-

<sup>22</sup> La filosofía trascendental se entiende como un camino teórico que remueve, según Kant, los obstáculos generados por el racionalismo y el empirismo. El punto de salida del idealismo trascendental se concentra en la tesis de la aprehensión por un sujeto del conocimiento que construye el objeto como un fenómeno. Con miras a la revolución de los geómetras y físicos de su época, Kant propone una “completa revolución” en la metafísica. “Ensáyese pues una vez, si no adelantaremos más en los problemas de la metafísica, admitiendo que los objetos tienen que regirse por nuestro conocimiento, lo cual concuerda ya mejor con la deseada posibilidad de un conocimiento *a priori* de dichos objetos, que establezca algo sobre ellos antes de que nos sean dadas”. Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, México, Porrúa, 1982, p. 14.

La filosofía del idealismo trascendental no se opone al realismo empírico, dado que concede existencia a los objetos externos, pero insiste que la objetividad no existe independientemente del modo de representación del sujeto de conocimiento. La subjetividad es la facultad de una acción del entendimiento, con otras palabras, un acto de espontaneidad, que designa Kant mediante la denominación general de *synthesis*, para hacer notar que “no podemos representarnos nada como enlazado en el objeto, sin haberlo enlazado previamente nosotros mismos”. Kant, Immanuel, *op. cit.*, párrafo anterior, p. 80. El acto de espontaneidad es el enlace de un múltiple, y esta facultad no es dada por medio de la objetividad, sino puede ser ejecutada sólo por el sujeto.

En el presente año se publicará una disertación doctoral donde se aclara, de manera extensa, la relación entre la filosofía trascendental de Kant y el derecho internacional. La autora es Beatriz Maldonado Simán.

cretizado en un orden jurídico internacional. La politización de la Constitución social hace necesario recurrir a la construcción de un orden jurídico que incluye la juridificación interna y externa de las relaciones sociales.

La imposición y conservación de las relaciones jurídicas al interior de los Estados particulares no es suficiente para alcanzar una convivencia pacífica universal y permanente, dado que el estado natural, entendido como un posible conflicto con regulación provisional pero no duradera, se reproduce también a nivel de las relaciones entre los Estados particulares, lo que vuelve necesario una regulación internacional. El sistema regulador se deduce del contrato originario que representa el *ideal* de cualquier legislación pública y, con eso, el principio de la universalización jurídico estatal. En su filosofía política, Kant ofrece un criterio de validez universal e ideal con el fin de definir el ejercicio *particular* y *real* del sistema de dominación entendido como un sistema estatalizado basado en la imposición de leyes. La propuesta de crear una Constitución totalmente jurídica a nivel nacional (derecho privado), internacional (derecho de gentes) y transnacional (derecho cosmopolita), implica construir una coalición entre las voluntades particulares (de individuos y de Estados) con el fin de constituir una voluntad pública con validez general.

El planteamiento de Kant se concentra finalmente en la reflexión de un orden jurídico entre todos los Estados que conforman un sistema mundial sin la existencia de una instancia supranacional reguladora. La juridificación de las relaciones internacionales posibilita, a largo plazo, determinar el futuro de la humanidad en el sentido de una estrategia pacificadora; por consiguiente, la idea de la paz perpetua se opone a la concepción del *bellum omnium contra omnes* vigente a lo largo de la historia humana de civilización. De manera concreta, la Ilustración (entendida simultáneamente como la moralización que atañe al interior del sujeto y la juridificación que atañe los aspectos exteriores sociales del sujeto) ofrece un instructivo para la abolición definitiva de la guerra; además, la perspectiva pacificadora de la juridificación universal posibilita sustituir el principio del equilibrio que fungió durante siglos como un árbitro instaurador de regulación entre los Estados, permitiendo al soberano el derecho a hacer uso de la guerra.

El proyecto de Kant se basa en la reproducción del orden jurídico interno del Estado a nivel internacional; sin embargo, el carácter de la Constitución internacional no queda resuelto, debido a que Kant propone diferentes modelos de Constitución. De manera opcional, existe el mode-

lo del Estado mundial, el modelo de la asociación libre de Estados y la República de pueblos libremente asociados.<sup>23</sup> La idea originalmente kantiana de crear un sistema mundial de Estados confederados o asociados con base en una legislación universal subyace todavía a los experimentos del siglo XX de formar instituciones con carácter de naciones unidas basadas en una juridificación trasnacional. En el siguiente excursus, se analizan categorías centrales del pensamiento político jurídico de Kant con el fin de contribuir con más elementos a una teoría de la juridificación.

## 2. *El progreso del género humano*

En la segunda parte del escrito *La contienda de las facultades*,<sup>24</sup> Kant discutió si el género humano se involucra en un proceso con el fin de mejorar las condiciones de la convivencia social; el problema del progreso de la sociedad se analiza bajo la contienda entre la facultad filosófica y la facultad jurídica. El tema principal de esta obra es el progreso histórico universal de la humanidad socializada y repartida en forma de diferentes pueblos. La respuesta a la pregunta del progreso social del género humano la inicia Kant con la distinción de tres posibles modos de ver la historia humana. La primera versión es el “terrorismo moral” bajo el cual se comprende una permanente decadencia del género humano; la segunda versión corresponde al “eudemonismo” que concibe, en oposición al terrorismo moral, la historia de la humanidad como un progreso continuo a favor de mejores condiciones; la tercera versión la caracteriza con referencia a la infortunada ciudad griega Abdera, fundada por Heracles, que sufrió a partir de la mitad del siglo IV a. C. una serie de reveses militares, de conquistas y de saqueos; Kant se refiere al “abderitismo” que interpreta la historia como un permanente cambio entre progreso y retroceso.

<sup>23</sup> Véase Zwilling, Ingo y Kant, Immanuel, “Staatenrecht, staatenbund und die Idee des ewigen friedens. Internationale ordnung als rechtsordnung”, en Bellers, Jürgen (ed.), *Klassische staatsentwürfe. Außenpolitisches denken von Aristoteles bis heute*, Darmstadt, 1996, pp. 135-147; Höffe, Otfried, *Königliche völker. Zu kants kosmopolitischer rechts- und friedensphilosophie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 2001, pp. 190-203; Santiago, Teresa, *Función y crítica de la guerra en la filosofía de I. Kant*, México, Anthropos, 2004, pp. 175-202.

<sup>24</sup> Kant, Immanuel, “Der streit der fakultäten. Zweiter abschnitt. Der streit der philosophischen fakultät mit der juristischen”, en Kant, Immanuel, *Schriften zur geschichtsphilosophie*, Stuttgart, Ehrhard Bahr, 1974, pp. 185-187.

A continuación, Kant propone refutar cada una de las interpretaciones de la historia humana. La versión del “terrorismo moral” se basa en una hipótesis histórica universal de decadencia, la cual se enfrenta con el argumento de que la decadencia no puede durar permanentemente porque implicaría la ruina de la humanidad. Quien caracteriza la historia universal esencialmente por atrocidades, no habla únicamente de la decadencia permanente, sino también del fin catastrófico de todas las cosas en un futuro no lejano. Así argumentan los entusiastas religiosos que sueñan con la recuperación de todas las cosas en un mundo renovado después de haber sido sumergido en el fuego. La profecía del final cercano y de la renovación es el núcleo de una comprensión histórica propagada principalmente por movimientos religiosos de sectas. Estos pregonan un fin al desarrollo decadente de la humanidad sin ser capaces de comprobar sus pronósticos de decadencia y renovación con base en el material empírico de la historia.

La versión eudemonista presupone, a diferencia del “terrorismo moral”, una determinación cuantitativa de lo bueno como carácter de la naturaleza humana. Kant acepta que la cantidad de lo bueno y lo malo, depositada en la naturaleza humana, no se puede aumentar ni disminuir; entendida en su determinación cuantitativa, la bondad no se puede variar mediante la libertad de un sujeto que actúa en la historia, dado que se requeriría un fondo más grande de lo bueno, lo que no corresponde a la naturaleza humana. Desde sus presupuestos lógicos, la versión eudemonista se envuelve en contradicciones revelándose así, con su perspectiva optimista de esperanza, como una tesis insostenible acerca del progreso de la humanidad.

Como tercera versión, Kant presenta la hipótesis del “abderitismo”, bajo la cual se entiende una concepción de la historia ejemplificada por el mito de Sísifo, quien es un héroe antiguo condenado a empujar arduamente una piedra hasta el pico de una montaña sabiendo de antemano que la piedra volvería a caer después de todo el esfuerzo realizado. La acción vana implica la neutralización de los principios de lo bueno y de lo malo y convierte los intentos de la humanidad en un mero “juego de farsa” (*possenspiel*), lo que no es consistente ante los ojos de la razón.

Las tres versiones acerca del curso de la humanidad representan, según Kant, hipótesis insostenibles: ni la concepción pesimista de la decadencia permanente, ni el modo optimista de un progreso continuo pueden

ser el fundamento de una tesis filosófica de la historia, dado que se enredan en contradicciones recurriendo a presuposiciones que no concuerdan con la conclusión. Tanto la hipótesis pesimista de la decadencia como la hipótesis optimista del progreso se revelan, desde sus consecuencias, como suposiciones no compatibles con el proyecto de razón que pretende ilustrar el desarrollo histórico con base en una determinación *a priori*.

Tampoco la tercera hipótesis del abderitismo que se refiere al movimiento cíclico de progreso y retroceso es compatible con la racionalidad dado que, como consecuencia de esta hipótesis, los hombres racionales se encuentran en el mismo nivel que el de los animales sin razón, lo que no es adecuado al género humano. La razón la entiende Kant no solamente como una propiedad o como un *factum*, sino que la eleva a una tarea civilizadora. El hombre determinado por la razón tiene que cultivarse y civilizarse mediante el arte y las ciencias, la moral y la juridificación; tiene que superar su inclinación animal de orientarse a los estímulos de la pasividad y convertirse en un factor activo trascendiendo lo crudo de su naturaleza. Dado que la imagen del “abderitismo” niega la cualidad racional del hombre, Kant tiene que fundamentar su posición tomando en cuenta el carácter racional del género humano.

### 3. *La libertad y la regulación del arbitrio*

Kant usa el concepto de libertad<sup>25</sup> como el vínculo entre la filosofía teórica y práctica; mientras que la filosofía teórica se esfuerza por demostrar en qué sentido se puede hablar de la libertad como autodeterminación del ser humano racional, la filosofía práctica pretende dilucidar cómo el principio de la autonomía puede ser incorporado a la realidad exterior. La autonomía de la razón práctica se manifiesta en forma de una legislación que Kant discute con referencia al principio del imperativo categórico, el cual se expresa a través de máximas universales. Las leyes de la razón práctica derivadas del imperativo se manifiestan jurídica y

<sup>25</sup> A diferencia de las leyes de la naturaleza, Kant afirma la existencia de leyes de la libertad; el imperativo categórico, entendido como fundamento de determinación de la acción, tiene la función de regular el libre arbitrio en la sociedad atendiendo a las leyes jurídicas y morales. El arbitrio es la facultad del individuo para iniciar una acción en el ámbito social. El arbitrio del individuo que actúa libre y conscientemente se convierte en el objeto de la juridificación y moralización.

éticamente. La legislación jurídica se refiere a actos externos; a diferencia, la legislación ética debe determinar el fondo interno de la acción. El imperativo categórico funge como principio superior de la metafísica de las costumbres determinado en un doble sentido: por un lado como doctrina jurídica, por otro lado como doctrina de la virtud.<sup>26</sup> Consiguientemente, Kant define como el principio supremo de la virtud: “Obra según una máxima de fines tales que proponérselo pueda ser para cada uno una ley universal”;<sup>27</sup> y como el principio universal del derecho dice: “Obra exteriormente de tal modo que el uso libre de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal”.<sup>28</sup>

La filosofía de la historia que sustenta Kant se fundamenta en la autodeterminación individual y en el progreso universal del género humano, de tal manera que mediante la exclusiva referencia a la experiencia no es posible aclarar el tema del progreso histórico en nombre de la libertad. En ésta concepción yace la raíz de las reflexiones filosóficas de todo el idealismo alemán que se distingue de la orientación empírico-realista de los hechos. El problema del progreso histórico lo vinculó Kant con la legitimación de la Revolución francesa, a pesar de los procesos autodestructivos que caracterizaron a la dictadura de los jacobinos, Kant constata una tendencia innegable hacia el progreso moral que se puede predecir sin hacer referencia a las profecías de los videntes: “Tal fenómeno en la historia humana ya no se olvida, porque releva una disposición y potencialidad hacia lo mejor en la naturaleza humana”.<sup>29</sup> Evaluar el periodo de la Revolución como una tendencia hacia un progreso universal del género humano, hace referencia a los aspectos morales y jurídicos derivados

<sup>26</sup> En *La metafísica de las costumbres*, Kant escribe con referencia a la libertad del arbitrio: “Estas leyes de la libertad, a diferencia de las leyes de la naturaleza, se llaman morales. Si afectan sólo acciones meramente externas y a su conformidad con la ley, se llaman jurídicas; pero sí se exigen también que ellas mismas (las leyes) deban ser los fundamentos de determinación de las acciones, entonces son éticas, y se dice, por tanto: que la coincidencia con las primeras es la legalidad, la coincidencia con las segundas, la moralidad de la acción. La libertad a la que se refieren las primeras leyes sólo puede ser la libertad en el ejercicio externo del arbitrio, pero aquella a la que se refieren las últimas puede ser la libertad tanto en el ejercicio externo como en el interno del arbitrio, en tanto que esta está determinado por leyes de la razón”. Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 15.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 249.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>29</sup> *Idem*.

de la pretensión universalista de la razón en nombre de la libertad, por lo cual Kant señala que se puede confirmar, a pesar de la miseria y de las atrocidades, el progreso de la época. Renunciando al entusiasmo revolucionario afirma que cada Estado debe reformarse de vez en cuando promoviendo la evolución en lugar de la revolución y haciendo posible así el progreso permanente en el tiempo.

En lugar de la praxis revolucionaria, postula la necesidad de procesos evolutivos de reforma del Estado, lo que se concretiza mediante la moralización y juridificación de las relaciones sociales. La moral y el derecho sustituyen la función de lo divino, concepto este, según Kant, no sujeto al análisis racional, dado que él demostró que los hombres no son capaces de juzgar con rigor los temas metafísicos debido a su opción limitada de conocimiento. Dado que la existencia de Dios no puede ser comprobada, sino únicamente ser aceptada por la fe, entonces no se pueden deducir reglas universalmente válidas de su supuesta existencia. Consiguientemente, los hombres como seres racionales tienen que crear sus propias reglas para definir los criterios de sus relaciones recíprocas en el ámbito de la sociedad.

En su expresión como ley moral, la pretensión universalista de la razón enfrenta a los individuos consigo mismos, dado que exige: “Obra según una máxima que pueda valer a la vez como ley universal”.<sup>30</sup> Según su aspecto formal, el imperativo categórico expresado como ley moral cumple con los criterios de la razón dado que relaciona la voluntad subjetiva directamente con lo general. De esta manera, la razón obedece a su propia ley, a algo que se origina de ella misma. La moralidad en Kant se refiere a la construcción de un mundo inteligible diferenciado de los efectos de la causalidad ciega de la naturaleza. La autonomía de la razón posibilita a todos los seres racionales la libertad de dejarse guiar en todas las acciones no únicamente por los afectos e inclinaciones, sino también por la ley moral. Dado que los hombres se caracterizan por la razón, ellos pueden obligarse a tratarse recíprocamente no como medio, sino también como fin; sin embargo, mediante la separación abstracta entre el mundo sensible y el mundo inteligible se deja de lado que los individuos, en su realidad social, obedezcan una legislación diferente de aquella derivada racionalmente de la moral, debido a que están obligados, como seres socializados, a satisfacer sus necesidades corporales bajo las condiciones de la naturaleza y bajo las condiciones de la competencia social.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 33.

El imperativo categórico en forma del principio jurídico contiene la función de regular el uso libre del arbitrio en la sociedad. El arbitrio es la capacidad del individuo de actuar conciente y libremente. El objeto de la juridificación es el ejercicio externo del arbitrio, así que el derecho regula las posibles constelaciones de conflicto derivadas del ejercicio del arbitrio. La función del derecho consiste en la unión (*Vereinigung*) del arbitrio del uno con el arbitrio del otro conservando, de esta manera, el criterio de la libertad entendido como principio constitutivo de la praxis. La referencia al principio de la libertad hace necesario marcar la diferencia a posturas empiristas señalado por Kant en la introducción a la doctrina del derecho bajo el título *¿Qué es la doctrina del derecho?*: “Una doctrina jurídica únicamente empírica es... una cabeza que puede ser hermosa, pero que lamentablemente no tiene peso”.<sup>31</sup>

#### 4. *La transición del derecho natural al derecho positivo*

Kant concibió la doctrina del derecho como parte integral de la filosofía práctica, lo que significa que el derecho, cuya función es regular el arbitrio de los individuos, está condicionada por la ley general de la libertad. Únicamente la libertad tiene el rango de un derecho innato. Como primera tarea de la jurisdicción, Kant señala la delimitación de lo que es mío y tuyo. El derecho a la propiedad tiene una función clave en la construcción kantiana del derecho,<sup>32</sup> dado que desarrolla la pretensión teórica que guía toda la obra. Al inicio de su doctrina del derecho presenta la división de los derechos como una doctrina sistemática constituida por el derecho natural, que sólo se basa en principios *a priori*, y el derecho positivo estatuario, que procede de la voluntad de un legislador; paralelamente existe la clasificación entre derecho innato y, su opuesto, el derecho adquirido.<sup>33</sup> El derecho adquirido representa un acto jurídico positivo que existe frente al derecho innato, definido por Kant de la siguiente manera: “No hay sino un derecho innato. La libertad (la independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro), en la medida en que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal es éste

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 48.

derecho único, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad”.<sup>34</sup>

Según su estatus lógico epistémico, la libertad se concibe como un postulado de la razón práctica; consecuentemente, la legislación positiva entendida como derecho adquirido tiene su fundamento en una esfera metaempírica o, con el vocabulario de Kant, trascendental. La teoría de la juridificación hace referencia a la alternativa entre el derecho innato y el derecho adquirido. El postulado de un derecho natural innato implica una juridificación universal, en otras palabras, el rechazo de un espacio no regulado de derecho dado que el arbitrio se define *a priori* mediante un acto jurídico que existe independientemente de aquello que expresan las leyes en un determinado lugar y en un determinado tiempo.<sup>35</sup> También en el caso de la suposición de que no existiera un derecho positivo, el derecho natural innato ocuparía de antemano todas las opciones determinadas por el arbitrio del hombre. A diferencia, la realidad empírica de una jurisdicción positiva, basada en la voluntad de un legislador, implica la suposición de un espacio libre de derecho, así que el derecho adquirido tiene como consecuencia la generación de nuevos derechos. La distinción afirmada entre el derecho innato natural, que presupone una previa juridificación universal, y la adquisición de un derecho positivo estatuario, se basa en la diferencia entre el ser y el deber que subyace a la exposición tanto del derecho privado como del derecho público y del derecho de gentes.

La función del derecho a la propiedad revela, con respecto a la teoría de la adquisición de la tierra, la diferencia entre el derecho natural innato y el derecho adquirido. Según el postulado jurídico de la razón práctica es posible “tener como mío cualquier objeto exterior de mi arbitrio”.<sup>36</sup> El principio general de la adquisición exterior es un acto subjetivo sin la intervención de un acto jurídico positivo, es decir, adquiero una cosa cuando hago que algo devenga mío, lo que Kant interpreta de la siguiente manera: “Originariamente mío es lo exterior que también es mío sin un acto jurídico. Pero una adquisición originaria es aquella que se deriva de lo suyo de otro”.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 72.

Lo originariamente mío no es otra cosa que la posesión de un territorio mediante la ocupación del suelo, derivado del derecho natural que señala:

Todos los hombres están originariamente (es decir, antes de todo acto jurídico del arbitrio) en posesión legítima del suelo, es decir, tienen derecho a existir ahí donde la naturaleza o el azar los ha colocado (al margen de su voluntad). Esta posesión (*possesio*) que difiere de la residencia (*sedes*) como posesión voluntaria y, por tanto, adquirida y *duradera*, es una posición *común*, dada la unidad de todos los lugares sobre la superficie de la tierra como superficie esférica... La posesión de todos los hombres sobre la tierra, que precede a todo acto jurídico suyo (está constituida por la naturaleza misma), es una *posesión común originaria* (*communio possessionis originaria*), cuyo concepto no es empírico ni depende de condiciones temporales... sino un concepto práctico de la razón, que contiene *a priori* el principio según el cual tan sólo los hombres pueden hacer uso del lugar sobre la tierra siguiendo leyes jurídicas.<sup>38</sup>

Sin embargo, después de haber subrayado la validez universal del derecho innato natural, Kant agrega que sólo en una Constitución civil se puede adquirir algo de manera duradera o perentoria como resultado de un proceso de juridificación, dado que todo lo que se adquiere en el estado de naturaleza se puede adquirir sólo de manera provisional.<sup>39</sup> Con respecto a la determinación jurídica natural que afirma el alcance universal del derecho, pero permite sólo adquisiciones provisionales, hay que señalar las consecuencias empíricas de la transición del estado natural al estado social con regulación jurídica positiva.

A diferencia de la determinación jurídica natural, la jurisdicción positiva contiene la versión de un espacio libre de derecho, lo que se compensa mediante los actos constantes de juridificación dictaminados por el gobernante que implican adquisiciones duraderas y no provisionales; sin embargo, la transición de un estado de cosas a otro implica en realidad un acto de irrupción violenta, para el cual no debería existir una autorización, dado que la discrepancia entre el principio de la realidad y el principio del deber no se debe cubrir mediante el *velo de la injusticia* (*schleier der ungerechtigkeit*). La adquisición provisional se puede trans-

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 80.

formar sólo bajo el efecto de un acto externo de irrupción que modifica radicalmente las relaciones sociales reguladas por el derecho natural, asunto que Kant ilustra y denuncia como un acto reprobable con una mirada hacia la historia europea de la colonialización caracterizada por la toma violenta o fraudulenta de tierra en continentes lejanos.

Por último, cabe preguntar si, cuando ni la naturaleza ni el azar, sino sólo nuestra propia voluntad nos lleva a ser vecinos de un pueblo, que no presenta perspectivas halagüeñas de una unión civil con él, no deberíamos estar autorizados, por la fuerza si es necesario o (lo que no es mucho mejor) mediante compra fraudulenta, a establecer colonias y convertirse así en propietarios de su suelo, haciendo uso de nuestra superioridad, sin tener en cuenta su primera posesión; con el fin de instituir una unión civil con tal pueblo y situar a estos hombres (salvajes) en un estado jurídico (como, por ejemplo, los salvajes americanos, los hotentotes, los neo holandeses); cuanto más que la naturaleza misma (que detesta el vacío) así parece exigirlo, y grandes regiones en otras partes del mundo, ahora magníficamente pobladas, hubieran quedado despobladas de habitantes civilizados o tendrían que permanecer así siempre, y de éste modo se frustraría el fin de la creación. Pero a través de este velo de injusticia (jesuitismo) se ve fácilmente dar por buenos todos los medios con vistas a fines buenos; este modo de adquisición es, por tanto, reprobable.<sup>40</sup>

##### 5. *La contractualización del derecho internacional*

El carácter jurídico de la libertad exterior implica la delimitación de las esferas de la libertad de los individuos. El derecho como delimitación del arbitrio individual tiene carácter instrumental y se refiere a los límites de la disposición individual en el sentido de la libertad de uno que compete con otro; sin embargo, el derecho no se limita, en Kant, a la tarea de definir el alcance de la libertad del individuo, sino que se refiere también a la constitución del Estado, es decir, al “Estado en la idea” así como está configurado “según los principios jurídicos puros”.<sup>41</sup> Como derecho privado, el derecho define los criterios de la libertad de los individuos como propietarios que compiten uno con otro; tales criterios tienen su validez en lo interior del Estado. Como derecho público refleja

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 142.

la idea de una Constitución estatal que concuerda con el derecho natural de los hombres. Dado que la legitimidad del dominio estatal no se debe a un documento derivado de la historia, sino a la irrenunciabilidad de un orden jurídico basado en el contrato original, se deduce de eso la condena categórica de un cambio revolucionario de un gobierno establecido; al contrario, se debe obedecer al poder máximo del gobierno como instancia legítima de la juridificación.<sup>42</sup>

En la segunda parte del derecho público de la *Metafísica de las costumbres*, Kant analiza la función de la jurisdicción internacional utilizando elementos expresados en su escrito previo *La paz perpetua* (1795). En este panfleto político, Kant había expuesto una concepción acerca de las relaciones interestatales recuperando la idea de la interdependencia entre el orden civil conforme al derecho interno e interestatal conforme al derecho externo de cada Estado. Coincidiendo con el concepto de lo político de su época, la guerra surge de un estado natural en el cual están inmersos todos los Estados existentes. El estado natural representa un orden constitucional provisional, pero no implica el concepto del orden jurídico en el sentido de la justicia (*gerechtigkeite*), es decir, el estado natural impide encontrar la solución definitiva de una situación conflictiva y, con eso, la superación de la guerra mediante una perspectiva duradera de pacificación. La erradicación de la guerra depende de la decisión voluntaria de hacer prevalecer un derecho que permite superar el riesgo permanente de la agresión bélica. La juridificación como consecuencia del tribunal de la razón<sup>43</sup> hace obsoleto lo que fungió como el privilegio político exclusivo del soberano autorizado hasta entonces, para declarar la guerra como medio de su política. La propuesta kantiana se basa en la construcción de un orden jurídico interestatal instaurando la fuerza de la legalidad con el fin de oponerse al privilegio del soberano de hacer uso de la fuerza armada siguiendo la lógica de la *razón de Estado*. De tal manera, Kant propone una perspectiva de relaciones entre los Estados ca-

<sup>42</sup> Con respecto a este tema, Kant expone el principio del realismo estatal: “Contra la suprema autoridad legislatora del Estado no hay, por tanto, resistencia legítima del pueblo; porque sólo la sumisión a su voluntad universalmente legislatora posibilita un estado jurídico; por tanto, no hay ningún derecho de sedición (*seditio*), aún menos de rebelión (*rebellio*), ni mucho menos existe el derecho de atentar contra su persona, incluso contra su vida...”. *Ibidem*, p. 149.

<sup>43</sup> El tribunal de la razón en Kant significa someter todo conocimiento a los procedimientos racionales derivados de la filosofía trascendental.

racterizada por una pacificación que supera el *status naturalis*, es decir, que supera el orden constituido por el derecho de guerra (*ius ad bellum*).

En la sección de los artículos definitivos de la *paz perpetua* entre los Estados, Kant señaló en su escrito famoso sobre la instauración de la paz perpetua:

La paz entre hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza —*status naturalis*—; el estado de naturaleza es más bién la guerra, es decir, un estado en donde, aunque las *hostilidades* no hayan sido rotas, existe la constante amenaza de romperlas. Por tanto la paz es algo que debe ser *instaurado* (*gestiftet*); pues abstenerse de romper las hostilidades no basta para asegurar la paz, y si los que viven juntos no se han dado mutuas seguridades —cosa que sólo en el estado legal (*in einem gesetzlichen zustande*) puede acontecer— cabrá que cada uno de ellos, habiendo previamente requerido al otro, lo considere y trate, si se niega, como a un enemigo.<sup>44</sup>

La idea de la paz perpetua implica un acuerdo entre los Estados para formar una liga en el sentido de una organización social con base en la juridificación. Este tipo de organización requiere un acto de instauración, dado que los pueblos considerados como Estados viven en el estado de naturaleza, es decir, en un estado de guerra regido por la ley de la fuerza. En analogía a la exigencia racional del imperativo categórico que obliga a los individuos a asociarse en el Estado mediante el contrato originario (*ursprünglicher Kontrakt*),<sup>45</sup> los pueblos en el sentido de un colectivo es-

<sup>44</sup> Kant, Immanuel, *La paz perpetua*, México, Porrúa, 1986, p. 221.

<sup>45</sup> Con respecto al contrato originario, Kant expone lo siguiente: “El acto por el que el pueblo mismo se constituye como Estado —aunque, propiamente hablando, sólo la idea de éste, que es la única por la que puede pensarse en legalidad— es el *contrato originario*, según el cual todos (*omnes et singuli*) en el pueblo renuncian a su libertad exterior, para recobrarla en seguida como miembros de una comunidad, es decir, como miembros del pueblo considerado como Estado (*universal*) y no puede decirse que el Estado, el hombre en el Estado, haya sacrificado a un fin una parte de su libertad exterior innata, sino que ha abandonado por completo la libertad salvaje y sin ley, para encontrar de nuevo su libertad en general, íntegra, en la dependencia legal, es decir, en un estado jurídico; porque esta dependencia brota de su propia voluntad legisladora”. Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 26, p. 146. En otro artículo se discutirá más a fondo lo que Kant señala aquí haciendo referencia a la relación entre contrato originario, sacrificio y legislación.

tatal deben instaurar una asociación de Estados (*Staatenverein*) o un Estado de los pueblos (*völkerstaat, civitas gentium*).

El contrato originario entendido como una configuración hipotética de carácter no histórico representa la idea de la razón con referencia a la realidad práctica, posibilitando la fundación de una Constitución totalmente jurídica (*eine durchgängig rechtliche verfassung*) mediante el establecimiento de un ser común (*ein gemeines wesen*), es decir, la voluntad unificada de todo un pueblo. En concordancia con la concepción del contrato social de Rousseau, Kant sugiere que la instauración contractual de la voluntad unificada de un pueblo catalogado como Estado consiste en obligar al legislador a producir sus leyes de tal modo que pudieran haber nacido de la voluntad general. En el mismo sentido del contrato originario, los diferentes pueblos considerados como Estado deben cumplir con la exigencia del tribunal de la razón y realizar en la praxis internacional la perspectiva universal o cosmopolita lo que corresponde a la instauración del ideal en forma de una asociación de Estados o un Estado de los pueblos. La universalización paulatina de la juridificación y su extensión a las relaciones entre los Estados es, por tanto, el contenido central de una filosofía política que representa el preámbulo de una institucionalización global inherente al contrato con el fin de determinar un principio regulativo aplicado en el ámbito internacional.

La postura de Kant basada en la analogía entre la Constitución civil y la Constitución internacional de una asociación de Estados se nutre principalmente de la racionalización del argumento contractualista que hace referencia a la teoría del estado de naturaleza como antecedente del contrato. Al nivel de los individuos, el contractualismo promueve la disposición de un colectivo con el fin de forzar un pacto para poder superar el estado de la naturaleza. Al nivel de los Estados, el contractualismo impulsa estratégicamente la idea de construir un orden entre contrincantes que exige la edificación de un organismo mundial de carácter jurídico racional. En conclusión, la analogía sostiene un estado jurídico que resuelve la constitución conflictiva del estado de naturaleza caracterizado por un desorden que produce permanentemente enclaves de brotes violentos, lo que arriesga la convivencia y, con eso, el proyecto de socialización basado en la competencia entre individuos que pretenden asegurar mediante criterios jurídicos aquello que les corresponde como propietarios. Con respecto al significado de lo jurídico, el estado de naturaleza implica de-

gradar el nivel de la juridificación que permanece en calidad de provisional, que se debe transformar a una juridificación con carácter perentorio que cumple con los requisitos de la concepción *a priori* del derecho derivado del idealismo trascendental.

Sin embargo, mientras el Estado —un órgano que garantiza la unión de un colectivo bajo leyes jurídicas y que corresponde como Poder Legislativo a la voluntad general del pueblo— representa en su origen un poder supremo inescrutable para el pueblo sometido a él<sup>46</sup> capaz de sostener un orden jurídico civil (*bürgerliche rechtsordnung*), no existe en el ámbito internacional una institución que obligue a abandonar definitivamente al estado anárquico que caracteriza las relaciones interestatales. La filosofía política de la juridificación en Kant no resuelve la paradoja que subyace a la diferencia entre la existencia de los Estados soberanos particulares con juridificación interna entendida como realidad de la razón del derecho y el ideal universal de la paz perpetua que acaba definitivamente con el estado de naturaleza en el ámbito internacional mediante una juridificación externa. Kant no puede conciliar la exigencia universal ideal de edificar un sistema mundial pacificado con la pluralidad fáctica del sistema de los Estados soberanos. Mientras el Estado como poder supremo es capaz de regular realmente la conducta social de los individuos imponiendo un orden conforme al derecho, el fin último del derecho de gentes, es decir, la instauración de una paz perpetua con el fin de ordenar la existencia del género humano conforme al derecho, permanece siendo una idea irrealizable.

Puesto que el estado de la naturaleza de los pueblos, igual que el de los hombres individuales, es un estado del que se debe salir para entrar en un

<sup>46</sup> Con respecto al origen del poder supremo, Kant señala: “El origen del poder supremo, considerado con un propósito práctico, es inescrutable para el pueblo que está sometido a él; es decir, el súbdito no debe sutilizar activamente sobre este origen, como sobre un derecho dudoso en lo que se refiere a la obediencia que le debe (*ius controversum*). Porque, dado que el pueblo para juzgar legalmente sobre el poder supremo del Estado (*summum imperium*) tiene que ser considerado ya como unido por una voluntad universalmente legisladora, no puede ni debe juzgar sino como quiera el actual jefe del Estado (*summus imperans*). Si ha precedido originariamente como un factum un contrato efectivo de sumisión al jefe del Estado (*pactum subiectum civilis*) o si la violencia fue anterior y la ley vino sólo después, o bien ha debido seguir este orden, son estas sutilezas completamente vanas para el pueblo que ya está sometido a la ley civil”. *Ibidem*, p. 150.

estado legal, antes de este acontecimiento todo derecho de los pueblos y todo lo mío y tuyo externo de los Estados, que se adquiere y conserva mediante la guerra, es únicamente provisional, y sólo en una asociación universal de Estados (análoga a aquélla por la que el pueblo se convierte en Estado) puede valer perentoriamente y convertirse en un verdadero estado de paz. Pero como la extensión excesiva de tal Estado de naciones por amplias regiones tiene que hacer imposible al final su gobierno y con ello también la protección de cada miembro, y como una multitud de tales corporaciones conduce de nuevo, sin embargo, a un estado de guerra, la paz perpetua (el fin último del derecho de gentes en su totalidad) es ciertamente una idea irrealizable.<sup>47</sup>

La filosofía política de la juridificación internacional en Kant se centra en una legislación de las relaciones entre Estados soberanos que aceptan el ideal de una ley de pacificación en lugar de una ley de guerra que corresponde al interés real de los Estados manifestado con base en la doctrina de la *razón de Estado*. Una juridificación basada en el ideal de la paz perpetua tiene que condicionar las relaciones entre los Estados con el fin de erradicar la guerra de la faz de la tierra; sin embargo, el derecho de gentes *positivo* guiado por el modelo *ideal* de la paz perpetua implica en *realidad* un fin inalcanzable. Resumiendo la postura de Kant hay que señalar que la transición del estado natural a un estado legal se limita a un acercamiento al estado de la paz perpetua. La universalidad racional manifiesta en un orden jurídico a nivel mundial no puede abstraer la pluralidad fáctica de Estados soberanos que condiciona también el carácter universal del derecho de gentes y del derecho cosmopolita entendidos como expresiones de la perspectiva global de transestatalización. La definición del tipo de orden jurídico internacional de Kant toma en cuenta la soberanía del Estado constituido en forma republicana dado que cada Estado debe imponerse a sí mismo y a los demás el deber de establecer una dimensión transestatal en forma de un Congreso permanente de los Estados<sup>48</sup> regulado por un orden jurídico con el fin de conservar la paz y al que puede asociarse o no cualquier Estado vecino.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 190.

<sup>48</sup> *Idem*.

### III. PERSPECTIVAS DE LA JURIDIFICACIÓN INTRA Y TRANSNACIONAL

#### 1. *La transformación del Estado nacional*

En el debate teórico acerca de los fines del nuevo orden mundial instaurado después del fin de la guerra fría se presentan, actualmente, especulaciones sobre la existencia y función del Estado nacional. En esta discusión se defiende la tesis de que el sistema moderno de los Estados soberanos territoriales se encuentra en una fase decisiva de transformación. La pretensión estatal de llevar a cabo la regulación, el control y la conducción se traslada, cada vez con más frecuencia, al nivel intra y transnacional; adicionalmente se forman redes semiestatales privadas que ponen en duda el monopolio de la regulación ejecutado por el Estado nacional con su competencia jurisdiccional. Los esquemas horizontales para la búsqueda de acuerdos se superponen a la conducción jerárquica burocrática de la sociedad ejecutada por el Estado nacional. La formación de estructuras complejas transnacionales está al servicio de una praxis política global expresada mediante el modelo de la gobernabilidad global.

La proyección de una política universal interna (*weltinnenpolitik*) se cristaliza bajo la influencia de la globalización con el concepto de gobernabilidad global. Este proyecto se interpreta como opción para la configuración de la sociedad mundial, en la cual recurrir al sistema establecido de la estatalidad juega un papel subordinado; sin embargo, si existe una competencia política de conducción más allá del Estado nacional, entonces la transformación implica también la posible negación del sistema de los Estados soberanos, junto con el sistema de equilibrio al que responde, y su sustitución mediante una sociedad mundial (*weltgesellschaft*), cuyos contornos ya se visualizan según la opinión de unos teóricos de la globalización. Los Estados existentes del mundo se enfrentan, según esta concepción, a la pérdida de su soberanía.

#### 2. *Tesis y antítesis*

La tesis acerca del fin del sistema estatal se opone a otra tesis: a pesar de las condiciones del mundo globalizado, los Estados nacionales, mediante las nuevas tendencias de reestructuración, permanecen como los actores principales frente a todos los desafíos. También en el futuro, el

Estado soberano constituye el núcleo duro y permanente de todos los procesos tratados a nivel nacional e internacional. La antítesis insiste en que el Estado continúa siendo el sujeto decisivo del orden nacional e internacional, aunque éste tenga que adaptarse a las relaciones globales, pero conservándose como la institución soberana de decisión en la medida en que logre legitimar su monopolio de ejecutar la violencia.

La pretensión monopólica del Estado del uso legítimo de la violencia se basa, desde su inauguración histórica después de los Tratados de Paz de Westfalia, en la necesidad de establecer un régimen jurídico que sostiene la sociedad capitalista, es decir, una economía política de competencia a partir de un determinado territorio. Con el siglo XVI inicia la historia moderna del capital y del mercado mundial y, con ello, la tarea del Estado de sostener la dinámica expansionista inherente al capitalismo en el contexto global. Como instancia política, el Estado soberano existe de manera separada de la vida económica de los miembros de la sociedad; mediante la jurisdicción garantizada en el contexto nacional e internacional, el Estado se ocupa de la protección de la persona y de su propiedad. Mientras el Estado sea capaz de confirmar el derecho como la norma obligatoria para las acciones de los ciudadanos, es decir, mientras él se muestre como una organización con fines racionales y como competente para regular y conducir a la sociedad, entonces puede mantener su pretensión exclusiva del atributo de la soberanía reclamada históricamente desde hace siglos.

La tesis de los escépticos transnacionales idealistas del Estado, que iniciaron la búsqueda de un modelo político que corresponda a la constitución de la sociedad mundial, se opone a la tesis de los dogmáticos conservadores realistas que identifican el Estado soberano nacional como la columna vertebral del sistema contemporáneo de orden. Con fundamento en ésta oposición, aparentemente no existe una configuración de lo político en el sentido de una alternativa que sirva como síntesis de las dos ideas.

Tanto para la tesis como para la antítesis se pueden esgrimir argumentos suficientes y pruebas empíricas: mientras el campo de los dogmáticos del Estado confirma en el sentido tradicional que el Estado nacional (entendido como instancia soberana de la legislación) debe impulsar la conducción de las relaciones sociales, con base en su capacidad reguladora eficiente, bajo las condiciones de la globalización, los teóricos escépticos del Estado sostienen posiciones acerca de modelos posnacionales de regulación. Abordando el tema de la gobernabilidad global favorecen un

modelo alternativo transnacional y propagan la necesaria descentralización estatal y, con ello, la pérdida de la soberanía.

En atención al debate contemporáneo hay que exponer y aclarar las siguientes interrogantes que sirven como pautas para el proyecto de investigación *El concepto del derecho en su historia y la juridificación de las relaciones internacionales*:

- 1) ¿Continúa siendo el Estado soberano la única instancia del monopolio de la violencia física y legítima (Max Weber) o es la soberanía del Estado un paradigma anacrónico en tiempos de la dinámica global de expansión?
- 2) ¿Permite el modelo del Estado nacional un cambio estructural con base en la descentralización de tal manera que el Estado como factor de orden ocupe un lugar al lado de otras instancias de conducción de la sociedad mundial?
- 3) ¿Qué consecuencias jurídicas y políticas resultan de la función de integración de una sociedad mundial que sustituye los esquemas de diferenciación política interior/exterior, así como derecho interno/externo derivado de la lógica estatal mediante el concepto de la política interior del mundo?
- 4) ¿En qué sentido se puede reconfigurar el equilibrio de las potencias bajo las condiciones de la globalización y la regionalización?
- 5) ¿De qué manera el cambio global de la sociedad mundial capitalista modifica la forma de lo político como antecedente de la juridificación?
- 6) ¿Se puede pensar en un nuevo orden global y en la juridificación abstrayéndolos de la perspectiva política de dominación?
- 7) ¿Qué papel juegan las organizaciones intra y transnacionales que ocupan crecientemente competencias de conducción que eran anteriormente funciones del Estado?
- 8) ¿Qué consecuencias tiene una juridificación intra y transnacional en el contexto de las reglas vinculadas con la gobernabilidad global?

### 3. *Conclusión*

En el presente artículo se analizaron algunas estrategias, fases y fundamentos de la juridificación en general y de la juridificación internacional en particular. En resumen, se señala que el orden jurídico nacional e inter-

nacional se deriva de la lógica del sistema constituido por Estados territoriales. Con referencia a la filosofía política de Kant que refleja con base en la confirmación jurídica de la libertad una Constitución intra y transnacional, se prefiguró de manera ejemplar la instauración de un orden jurídico con el fin de superar la Constitución antagónica tanto a nivel nacional como a nivel internacional. La transición del estado natural al estado civil requiere de la soberanía del Estado y depende de la instauración de un sistema de dominación legitimado por la idea del derecho. Tal Constitución incluye la anulación de un derecho de resistencia, dado que no puede existir una instancia reguladora, que trascienda la relación entre el soberano y el pueblo o que funja como un enlace externo capaz de mediar dicha relación. La soberanía del Estado se convierte en el núcleo de un sistema fundamentado por la correlación entre la idea del derecho y la idea del Estado.

De manera paradigmática, el significado del principio de la soberanía subyace al orden jurídico nacional e internacional establecido a partir de la fase española que inauguró la formación del sistema mundial de Estados. Las transformaciones históricas del sistema mundial de Estados afectaron también los cambios en la comprensión de la soberanía estatal, pero no anulaban el significado original, es decir, la diferenciación del principio de la soberanía externa e interna. Esta diferenciación señala aspectos diferentes immanentes al concepto que expresa, por parte de la soberanía interna, la necesidad de un órgano estatal como máxima instancia de decisión que defina los criterios regulativos subyacentes al orden jurídico nacional; por parte de la soberanía externa, se hace referencia al orden jurídico internacional y, con eso, al significado de un derecho internacional que excluye el reconocimiento de una instancia reguladora que someta a los Estados a una jurisdicción no estatal.

Los componentes inherentes al concepto de la soberanía caracterizaron la literatura clásica sobre la constitución del Estado, que definió líneas directrices del sistema estatal basadas en las competencias de autoconservación de cada Estado. A partir del siglo XX, se discuten criterios del sistema mundial de Estados en el sentido de la cooperación contractualmente anclada en las diversas manifestaciones del derecho internacional; sin embargo, el interés manifiesto de los Estados de establecer un orden jurídico internacional de cooperación no anula la estructura del sistema estatal condicionada por la soberanía interna y externa; a pesar de la orientación idealista de cooperación, subsiste la confrontación con la estructura subyacente derivada del sistema mundial de Estados soberanos.