

A propósito del paso de Hans J. Morgenthau
por España: *Positivismo mal entendido y teoría
realista del derecho internacional*¹

About the Stay of Hans J. Morgenthau in Spain
*Misunderstood Positivism and Realist Theory
of International Law*

Por JOSÉ ANTONIO GARCÍA SÁEZ
Institut de Drets Humans de la Universitat de València

RESUMEN

El objetivo de este texto es doble. Por un lado, pretende relatar el paso de Hans J. Morgenthau por España, donde enseñó en el Instituto de Estudios Internacionales y Económicos entre 1935 y 1936, en plena II República. Por otro lado, y principalmente, quiere realizarse una revisión crítica de la única obra que Morgenthau publicó en España durante su estancia: Positivismo mal compris et théorie réaliste du droit international. En ella se anuncia la construcción de una teoría realista del derecho internacional, apropiada para superar los límites que, a su juicio, presentaba el positivismo jurídico, incapaz de comprender los problemas de la realidad internacional. Se pres-

¹ Este trabajo se inscribe dentro del proyecto de investigación Consolider-Ingenio CDS2008-00007 «El tiempo de los derechos», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación; en concreto dentro de su línea 2, «Organización internacional y justicia». Una versión previa se presentó en el Seminario de Profesores a Tiempo Completo del Departamento Académico de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México el 6 de septiembre de 2013, e incorpora algunas de las valiosas observaciones que allí se realizaron.

tará una especial atención a las influencias que la teoría kelseniana tiene sobre el autor, así como a sus marcadas diferencias.

Palabras clave: *Morgenthau, Filosofía del Derecho Internacional, Historia del Derecho Internacional, Positivismo jurídico, Realismo político.*

ABSTRACT

This text has a double goal. On the one hand, it wants to report the short stay of Hans J. Morgenthau in Spain, where he taught at the Instituto de Estudios Internacionales y Económicos from 1935 to 1936, in the middle of the II Spanish Republic. On the other hand, and mainly, it wants to perform a critical review of the only work that Morgenthau published in Spain during his stay: Positivisme mal compris et théorie réaliste du droit international. It announced the construction of a realistic theory of international law, suitable to overcome the limits that, in his opinion, had legal positivism doctrine, unable to understand the problems of international reality. Special attention is paid to influences Kelsen's theory in the author, as well as to their deep differences.

Key words: *Morgenthau, Philosophy of International Law, History of International Law, Legal positivism, Political realism.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. HANS J. MORGENTHAU, JURISTA A LA SOMBRA DE KELSEN.-2. ESTANCIA EN MADRID (1935-1936).-3. POSITIVISMO MAL ENTENDIDO.-4. PROLEGÓMENOS DE UNA *TEORÍA REALISTA DEL DERECHO INTERNACIONAL*.-5. NOTAS CONCLUSIVAS.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. HANS J. MORGENTHAU, LAWYER UNDER THE SHADE OF KELSEN.-2. STAY IN MADRID (1935-1936).-3. MISUNDERSTOOD POSITIVISM.-4. PRELIMINARIES OF A *REALIST THEORY OF INTERNATIONAL LAW*.-5. CONCLUSIVE NOTES.

1. INTRODUCCIÓN. HANS J. MORGENTHAU, JURISTA A LA SOMBRA DE KELSEN

Hans J. Morgenthau (1904-1980) es un autor sobradamente conocido en España por los estudiosos de las relaciones internacionales. No es, en cambio, tan conocido entre quienes se dedican al derecho y, particularmente, entre los iusfilósofos. En efecto, Morgenthau no ha pasado a la historia como un jurista, sino como un analista de la polí-

tica exterior norteamericana y, en concreto, como el padre² de las relaciones internacionales. Su obra *Politics Among Nations* (1948)³ ha sido considerada como un hito fundamental en la consolidación de esta rama del saber como una disciplina autónoma y, a su vez, le ha situado –junto con Edward H. Carr, Raymond Aron o Robert Gilpin– como uno de los máximos exponentes del realismo político en el siglo xx. Pese a ello, Morgenthau fue, al menos en la primera etapa de su vida académica, un jurista, y particularmente un jurista interesado por los problemas de la filosofía del derecho y del derecho internacional⁴. Es en ese aspecto de su obra en el que centraré estas líneas, puesto que los trabajos de Morgenthau dedicados al derecho internacional constituyen, en mi opinión, una de las críticas más directas y afiladas a las propuestas del pacifismo jurídico que Hans Kelsen formuló aplicando los postulados de su teoría pura del derecho al ámbito del internacional.

Como ha destacado La Torre⁵, buena parte de las principales teorías originadas en la República de Weimar surgen como respuesta a las obras de Kelsen, o, cuanto menos, las utilizan como un indiscutible referente. Es el caso de Carl Schmitt y su conocidísima polémica sobre quién debía ser el guardián de la Constitución⁶. Pero también de la discusión con Hermann Heller a propósito de la soberanía⁷, con Erich Kaufmann respecto de la filosofía neokantiana⁸, o con Eugen Ehrlich⁹ sobre los fundamentos sociológicos del derecho, por mencio-

² HOFFMAN, S. «An American Social Science: International Relations», en *Daedalus*, núm. 106, 1977, pp. 41-60, p. 44.

³ MORGENTHAU, H. J., *Politics among Nations. The Struggle for Power and Peace* (7.ª ed., revisada por K. W. Thompson y W. D. Clinton), Mc Graw Hill, Nueva York, 2006 [1948].

⁴ Solo en los últimos años se ha insistido lo suficiente en Morgenthau como teórico del derecho, tal y como se ha resaltado con especial acierto en: JÜTERSONKE, O., *Morgenthau, Law and Realism*, Cambridge University Press, 2010; o *Id.*, «The image of law in Politics Among Nations», en Michael C. Williams (ed.), *Realism Reconsidered: The Legacy of Hans J. Morgenthau in International Relations*, Oxford University Press, 2008, pp. 93-117. Un importante precedente de este enfoque sería: AMSTRUP, N., «The “Early” Morgenthau. A Comment on the Intellectual Origins of Realism», en *Cooperation and Conflict*, núm. 13, 1978, pp. 163-175.

⁵ LA TORRE, M., *La crisis del noveciento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Dedalo, Bari, 2006, p. 94.

⁶ KELSEN, H. y SCHMITT, C., *La polémica Schmitt / Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución / ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 2009.

⁷ HELLER, H., *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995 (1927).

⁸ KAUFMANN, E., *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, ed. a cargo de A. Carrino, trad. R. Miccú y A. Carrino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992 [1921].

⁹ *Vid.* ROBLES MORCHÓN, G., «La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XIX, 1976-1977, pp. 183-197; también *Id.*, *La ley y el derecho vivo. Método jurídico y sociología del derecho en Eugen Ehrlich*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

nar solo unos pocos ejemplos. Hans J. Morgenthau es otro más de los muchos juristas formados en la *Staatsrechtslehre* alemana que encuentra en los postulados de Kelsen un punto de partida para sus propias teorías, si bien es cierto que para hacerlas evolucionar en un sentido totalmente inverso al del profesor de Viena.

En 1929, un joven Morgenthau presenta en Frankfurt la tesis doctoral que lleva por título *Die internationale Rechtspflege, ihr Wesen und ihre Grenzen*¹⁰. Claramente influida por la profunda crisis de la Sociedad de Naciones y por el desencanto alemán con las condiciones impuestas por el Tratado de Versalles, la tesis supone una extensa crítica a la idea de que los tribunales (y, por extensión el derecho) puedan ser un instrumento adecuado para establecer la paz en el ámbito internacional. Inspirada también por la agria crítica al liberalismo que Schmitt formula durante la República de Weimar, la tesis pretendía ser además una réplica parcial a la primera edición de *El concepto de lo político* (1927), relativizando la importancia de la distinción amigo-enemigo como un elemento definitorio de lo político y proponiendo en su lugar la noción de *intensidad*. Años más tarde, Morgenthau acusará a Schmitt de haber introducido esa noción *intensidad* en la segunda edición de *El concepto de lo político* (1932) como consecuencia de la lectura de su tesis doctoral, pero sin ni siquiera mencionarle¹¹. Morgenthau nunca le perdonaría ese hecho, ni tampoco la mala impresión que personalmente le causó en la única entrevista que mantuvieron en el despacho de Schmitt, en Berlín, tras la cual pensó «acabo de conocer al hombre más malo sobre la faz de la Tierra»¹².

Habiendo sufrido la discriminación por su origen judío desde la infancia¹³, Morgenthau decide abandonar su país en 1932 para hacer carrera académica, convencido de que no podría encontrar una plaza en la universidad alemana debido al auge del totalitarismo y el antise-

¹⁰ MORGENTHAU, H. J., *Die internationale Rechtspflege, ihr Wesen und ihre Grenzen*, Robert Noske, Leipzig, 1929. Existe una traducción parcial al italiano en Id., *Il concetto del politico*. «Contra» Schmitt, ed. a cargo de A. Campi y L. Cimmino, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009.

¹¹ Sobre la relación Schmitt-Morgenthau se pueden encontrar varios estudios pormenorizados: SCHEUERMAN, W. W., *Carl Schmitt. The End of Law*, Rowman & Littlefield, Lanham, 1999, pp. 225-251; Id. «Carl Schmitt and Hans Morgenthau: Realism and beyond», en WILLIAMS, M. C. (ed.), *Realism Reconsidered...* (cit.), pp. 62-92; BROWN, C., «The Twilight of International Morality»? Hans J. Morgenthau and Carl Schmitt on the end of the *Jus Publicum Europaeum*», en M. C. WILLIAMS (ed.), *Realism Reconsidered...* (cit.), pp. 42-61; CAMPI, A. «Hans J. Morgenthau e Carl Schmitt: un bilancio critico-biografico», en MORGENTHAU, H. J., *Il concetto del politico...* (cit.), pp. LIX-CXII; o KOSKENNIEMI, M., *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, 2001 (especialmente, su Capítulo VI).

¹² MORGENTHAU, H. J., «Fragment of an Intellectual Autobiography», en THOMPSON K. y MYERS R. J. (eds.), *Truth and Tragedy. A Tribute to Hans J. Morgenthau*, Transaction Books, New Brunswick, 1984 [1977], pp. 1-17, p. 16.

¹³ Vid. FREI, C., *Hans J. Morgenthau. An Intellectual Biography*, Baton Rouge, LA, Louisiana State University Press, 2001, pp. 20 ss.

mitismo. Ya en Ginebra publica en 1933 *La notion du «politique» et la théorie des différends internationaux*¹⁴, libro que recoge parcialmente el contenido de su tesis doctoral. En él se deja sentir el resentimiento hacia Schmitt, cuyo concepto de lo político se dedica a desmenuzar hasta la saciedad. Pero, fundamentalmente, esta obra supone una primera aproximación a la principal preocupación de Morgenthau: las relaciones entre el derecho y la política en el ámbito internacional. Partiendo de la premisa de que dentro de lo jurídico siempre hay un componente imprescindiblemente político, Morgenthau traza la distinción entre *disputas* y *tensiones* con el fin de distinguir aquellos conflictos susceptibles de ser resueltos en los tribunales o en las cortes de arbitraje a través de procedimientos jurídicos (*disputas*), de aquellos otros conflictos que, por la intensidad con la que se manifestaba su carácter político, no podrían encontrar una solución por la vía jurídica (*tensiones*).

Poco después, Morgenthau escribe *La réalité des normes. En particulier des normes du droit international*¹⁵ (1934), que pretende ser una teoría general de las normas enfocada, como su título indica, a indagar en los problemas planteados por las particularidades propias del derecho internacional. No hay ningún ámbito jurídico –considera Morgenthau– que esté tan necesitado de un profundo trabajo sociológico como el derecho internacional¹⁶. Por eso se propone adoptar un enfoque que, superando los límites impuestos por el positivismo, permita contemplar la realidad internacional «tal cual es» y, en consecuencia, facilite la comprensión del verdadero papel que el derecho puede cumplir en ese ámbito. Se trata de una obra netamente influida por Hans Kelsen, quien es, con diferencia, el autor más citado en el texto. No obstante, tanto el análisis como las conclusiones a las que se llega son completamente opuestas a la teoría kelseniana sobre el derecho internacional, que si por algo se caracteriza es por su confianza en el derecho como principal instrumento para conseguir la paz¹⁷.

El contenido de esa obra fue lo que Morgenthau presentó para su habilitación como profesor en el *Institut Universitaire de Hautes Études Internationales* de Ginebra. Sorprendentemente, no consiguió la habilitación debido, según su versión¹⁸, a las envidias de uno de los miembros

¹⁴ MORGENTHAU, H. J., *La notion du «politique» et la théorie des différends internationaux*, Sirey, París, 1933. Recientemente se ha publicado una traducción en inglés: *The Concept of the Political* (ed. y pref. H. Behr y F. Rösch), Palgrave-McMillan, 2012.

¹⁵ MORGENTHAU, H. J., *La réalité des normes. En particulier des normes du droit international*, Alcan, París, 1934.

¹⁶ *Ibid.*, p. 215.

¹⁷ Paradigmáticamente, *Vid.* KELSEN, H., *La paz por medio del derecho*, estudio introductorio de M. La Torre y C. García Pascual, trad. L. Echávarri, Trotta, Madrid, 2003.

¹⁸ JOHNSON, B., «Interview with Hans J. Morgenthau», en THOMPSON, K. y MYERS, R. J. (eds.), *Truth and Tragedy...* (*cit.*), pp. 333-386, p. 353.

del tribunal, Paul Guggenheim. No conforme con el suspenso, Morgenthau exigió que su trabajo fuera revisado esta vez por el propio Kelsen, quien acababa de llegar a Ginebra procedente de Colonia, escapando también de la barbarie nazi. Kelsen accedió a la petición y, pese a las claras divergencias teóricas, fue gracias a su empeño que Morgenthau obtuvo la habilitación: «si no hubiera sido por Kelsen, mi carrera académica probablemente hubiera acabado prematuramente»¹⁹. Por este gesto le quedaría agradecido toda la vida, como atestigua la correspondencia entre ambos, que se extendió entre 1934 y 1971²⁰, o la dedicatoria que Morgenthau le dedica al viejo maestro en una recolección de sus principales ensayos de la década de los sesenta: «*To Hans Kelsen, who has taught us through his example how to speak Truth to Power*»²¹.

La ayuda de Kelsen, sin embargo, no bastó para que Morgenthau pudiera permanecer en Ginebra. Antes de partir hacia los Estados Unidos, donde abandonaría definitivamente la perspectiva jurídica para consagrarse como un teórico de las relaciones internacionales de fama mundial, Morgenthau pasó brevemente por España. Paso que quizá merezca ser reconstruido con algún detalle.

2. ESTANCIA EN MADRID (1935-1936)

Aparte de la inédita tesis doctoral²² de Esther Barbé y de la colección de escritos de Morgenthau que esta misma autora publicó en 1990²³, encontramos en el mundo hispano-hablante pocos trabajos que den a conocer el pensamiento del influyente pensador de origen alemán²⁴. De igual manera, sus obras han sido muy poco traducidas al

¹⁹ *Ibidem*, p. 354.

²⁰ He podido revisar esta correspondencia gracias al archivo que se conserva en la *Library of the Congress* (Washington D. C.): *Hans J. Morgenthau Papers*, Contenedor 33, Carpeta 6.

²¹ MORGENTHAU, H. J., *Truth and Power: Essays of a Decade, 1960-70*, Praeger, Nueva York, 1970, p. v.

²² BARBÉ, E., *La obra y el pensamiento de Hans J. Morgenthau* [tesis doctoral inédita], Universidad Complutense de Madrid, 1986.

²³ MORGENTHAU, H. J., *Escritos sobre política internacional*, ed. y trad. de E. Barbé, Tecnos, Madrid, 1990.

²⁴ Entre esos pocos podrían citarse: BARBÉ, E., «El papel del realismo en las relaciones internacionales (La teoría política internacional de Hans J. Morgenthau)», en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 57, julio-septiembre, 1987, pp. 149-176; CARVAJAL, L., «Morgenthau: ¿el Maquiavelo de la política internacional?», en *OASIS. Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales*, núm. 12, 2007, pp. 253-269; o COLACRAI, M., «El legado hobbesiano acerca del «estado de naturaleza» en los estudios de Relaciones Internacionales de Hans Morgenthau y Raymond Aron: matices y diferencias», en *Revista de Historia Actual*, núm. 1, 2003, pp. 97-107.

castellano²⁵ y las ediciones son escasas y difíciles de encontrar actualmente. El testimonio más detallado que existe del paso de Hans J. Morgenthau por España es el texto de presentación a la colección de Barbé escrito por Antonio Truyol²⁶, quien asistió como joven estudiante al curso de derecho internacional impartido por Morgenthau en Madrid. El valioso testimonio de Truyol, no obstante, se centra en recordar el aspecto académico, sin incidir demasiado en los detalles biográficos de Morgenthau.

Ante la imposibilidad de poder continuar su carrera en Ginebra, Morgenthau recibió una oferta para enseñar en Madrid a través del *Comité de Emergencia para Académicos Extranjeros Desplazados*²⁷. Se trataba de un contrato por un año a tiempo parcial para ocupar un lugar que dejaba libre Leo Gross²⁸, justamente un discípulo de Kelsen que luego llegó a ser un relevante internacionalista establecido también en los Estados Unidos. El centro donde se le ofreció esa plaza fue el Instituto de Estudios Internacionales y Económicos, una de las múltiples instituciones de investigación independientes que la II República Española creó con el fin de regenerar la vida cultural e intelectual del país. Dirigido por Álvaro de Luna, el Instituto contaba con doce jóvenes profesores europeos, de los cuales únicamente siete eran españoles. Una muestra más de la apertura a las nuevas ideas que se respiraba en la joven República, que acogió también a otros intelectuales alemanes para nosotros bien conocidos aún hoy, pero que corrieron peor suerte, como Hermann Heller o Walter Benjamin.

Este ambiente es el que recibe a Morgenthau en la primavera de 1935. En una larga entrevista concedida en sus últimos años, califica su estancia en la España republicana de «extremadamente agradable»²⁹. Encontró un país «mucho más hermoso de lo que luego fue tras la llegada de Franco al poder. Se respiraba por todas partes una libertad enorme y una gran vitalidad»³⁰. Resulta curioso comprobar como sus impresiones reproducen buena parte de los tópicos que todavía hoy perduran: «Trabajé muy poco allí. Se hablaba mucho, pero se trabajaba poco»³¹. En contraste con la sobriedad alemana y con el

²⁵ Entre ellas encontramos: MORGENTHAU, H. J., *La lucha por el poder y por la paz*, GEL, Buenos Aires, 1986; Íd. y CHOMSKY, N., *El interés nacional y los documentos del Pentágono*, A. Redondo, Barcelona, 1973; o (en una obra colectiva) Íd., «La política entre naciones» y «Otro gran debate: El interés nacional de los Estados Unidos», en HOFFMAN, S. (ed.), *Teorías contemporáneas sobre las relaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 1963.

²⁶ TRUYOL Y SERRA, A., «Presentación», en MORGENTHAU, H. J., *Escritos sobre política internacional* (cit.), pp. IX-XVIII.

²⁷ Este Comité fue creado por el Instituto Internacional de Educación y puede encontrarse información sobre él en su página web: <http://www.iiie.org/Who-We-Are/History> [fecha de consulta: 11 de agosto 2013].

²⁸ FREI, C., *Hans J. Morgenthau...* (cit.), p. 53.

²⁹ JOHNSON, B., *Interview with Hans J. Morgenthau* (cit.), p. 358.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

ritmo de trabajo en Suiza, donde trabajaba quince horas diarias en precarias condiciones³², le llamó poderosamente la atención el largo tiempo que los españoles se tomaban para comer al mediodía y las reposadas tertulias de la sobremesa. La única fotografía que en su biografía aparece de su paso por Madrid es, precisamente, la de un Morgenthau echándose la tradicional siesta en algún parque madrileño³³.

Siestas aparte, la mejor muestra de su buena adaptación es el número de amigos que hizo en el Instituto, con algunos de los cuales mantendría el contacto durante muchos años. De entre ellos puede destacarse la amistad con Antonio de Luna, con quien se conserva correspondencia entre 1953 y 1961; o Rafael Altamira, con quien también se carteó entre 1937 y 1951, como atestiguan los archivos que se conservan en la *Library of the Congress* de Washington. Morgenthau, de hecho, se consideró un buen conocedor de España y en 1953 llegó a ofrecer sus servicios como asesor al Departamento de Estado para las relaciones entre ambos países. El poco interés que el gobierno estadounidense mostró por su oferta generó en él una gran indignación: «juré no ofrecer mis servicios al gobierno nunca más [...] probablemente yo tenía un acceso único a los españoles porque ellos confiaban en mí como un amigo personal. Probablemente sabía más sobre el tema que nadie en el país en ese momento»³⁴.

Por el relato de Truyol puede saberse que el contenido del curso de derecho internacional público que Morgenthau dictó en Madrid³⁵ coincide en buena medida con la perspectiva adoptada en *La réalité des normes*: «el concepto del derecho internacional público de Morgenthau en este curso era, a mi juicio, próximo al de Kelsen [...] Y, como Kelsen, ve el criterio del carácter internacional de una norma jurídica en la índole de la sanción, en la medida en que el ámbito de su eficacia no se limita al territorio de un solo Estado»³⁶. En cambio, se aleja de Kelsen en el papel que da al *fundamento sociológico* del derecho internacional, «lo cual estaba en la línea de un realismo alejado del formalismo imperante en la «doctrina dominante» de entonces»³⁷. Esa misma visión se plasma en el único trabajo que Morgenthau llega a publicar en España³⁸: *Positivism mal compris et théorie réaliste du droit international*

³² FREI, C., *Hans J. Morgenthau...* (cit.), p. 54.

³³ Vid. FREI, C., *Hans J. Morgenthau...* (cit.), p. 87.

³⁴ Johnson, B., *Interview with Hans J. Morgenthau* (cit.), pp. 356-357.

³⁵ Los materiales del curso se conservan también en el archivo «Hans J. Morgenthau» de la *Library of the Congress*.

³⁶ TRUYOL Y SERRA, A., *Presentación* (cit.), p. XIII.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Morgenthau firmó otro trabajo como profesor del Instituto de Estudios Internacionales y Económicos, pero en la propia obra declara haberlo escrito en el año 1934, cuando todavía se encontraba en Ginebra. Se trata de: MORGENTHAU, H. J., «Théorie des sanctions internationales», en *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. 16, núm. 3 (1935), pp. 474-503 y núm. 4 (1935), pp. 809-836.

(1936)³⁹, que aquí se analizará. Se trata de una contribución a un libro homenaje al polifacético humanista Rafael Altamira en el año de su jubilación. Altamira, nacido en Alicante, estudió derecho en la Universidad de Valencia y ocupó el cargo de magistrado de la Corte Permanente en Justicia internacional desde 1921 hasta 1940, fecha en la que dejó de funcionar. El enfoque antiformalista y sociológico que Altamira aplicó al derecho⁴⁰ presenta, por cierto, numerosos puntos en común con el punto de vista desarrollado por Morgenthau.

En febrero de 1936 gana las elecciones el Frente Popular y continuos disturbios empiezan a desestabilizar el país. Morgenthau recuerda que vio arder la iglesia de San Martín desde la ventana de su apartamento en Madrid⁴¹. A pesar de los disturbios, parece que el trabajo académico se desarrollaba satisfactoriamente, puesto que firma la renovación de su contrato en el Instituto para los tres próximos años. Habiendo conseguido por fin una cierta estabilidad laboral, parte de viaje a Italia con su mujer el 10 de julio de 1936, sin saber que ya no podría regresar a España hasta mucho tiempo después. El 18 de julio se produjo el alzamiento militar contra el régimen constitucional de la República. Morgenthau confiesa que cuando tuvo las primeras noticias pensó que se trataría únicamente de una revuelta que duraría dos o tres días⁴². En cambio, el alzamiento fue solo el inicio de una cruenta guerra civil que arrasó el país durante tres largos años. Todas sus pertenencias –incluidos sus libros y documentos de trabajo– quedaron en Madrid. Además, por las medidas que adoptó el gobierno del Frente Popular contra los ciudadanos alemanes, los ahorros que tenía depositados en el Banco de Vizcaya fueron embargados en marzo de 1937⁴³. La barbarie volvía a alcanzarle de nuevo: si se vio obligado a dejar Alemania como consecuencia del auge del fascismo, ahora lo perdía todo en España justamente por su nacionalidad alemana. Sucesos como estos sin duda contribuyeron a forjar la consideración trágica de la política y el profundo pesimismo antropológico que subyace a todos sus escritos.

Ante la imposibilidad de regresar a España, y dando por perdidas sus posesiones, Morgenthau emprendió junto con su mujer una penosa odisea que les llevó por París, Ginebra y La Haya, donde no fue posible encontrar ningún trabajo. Finalmente, el 17 de julio de 1937 embarcaron en Amberes rumbo a Estados Unidos, donde, a pesar de los difíciles comienzos, aguardaba a Morgenthau un futuro promete-

³⁹ MORGENTHAU, H. J., «Positivisme mal compris et théorie réaliste du droit international», en *Colección de Estudios históricos, jurídicos, pedagógicos y literarios ofrecidos a D. Rafael Altamira y Crevea*, Bernejo, Madrid, 1936, pp. 446-465.

⁴⁰ Vid. LLOREDO ALIX, L. M., «Rafael Altamira y Adolfo Posada: Dos aportaciones a la socialización del derecho y su proyección en Latinoamérica», en *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, núm. 20, 2012, pp. 209-233.

⁴¹ Johnson, B., *Interview with Hans J. Morgenthau (cit.)*, p. 360.

⁴² *Ibidem*, p. 361.

⁴³ Frei, C., *Hans J. Morgenthau... (cit.)*, p. 77.

dor. Antes de llegar a la Universidad de Chicago, en la que alcanzó la gloria académica, pasó primero por el Brooklyn College de Nueva York y, posteriormente por la Universidad de Kansas City. Fue durante su estancia en Kansas cuando, a finales de 1940, las múltiples cartas a España reclamando sus pertenencias tuvieron resultado y Morgenthau recibió en su domicilio varios paquetes. Incluso un diario local, el *Kansas City Times*, publicó un artículo titulado «Siete trajes del general Franco», en referencia a los siete trajes que ahora Morgenthau recuperaba⁴⁴. Pero lo importante, por supuesto, no eran los trajes, sino los papeles recuperados. Sin los «papeles españoles», cuenta su biógrafo Christoph Frei, no podría haberse reconstruido la vida de Morgenthau, y se hubiera perdido buena parte de su legado intelectual europeo⁴⁵. Un legado que, como refleja su único artículo publicado en España, es el legado de un jurista que se replantea el papel del derecho en el ámbito internacional hasta sus últimas consecuencias. Un jurista que se encuentra a caballo entre dos mundos, entre Europa y América; acompañado en su viaje por una profunda transformación teórica.

3. POSITIVISMO MAL ENTENDIDO

En un momento en el que Kelsen estaba solo comenzando a ser introducido en España, fundamentalmente a partir de los trabajos y traducciones de Recaséns y Legaz⁴⁶, cabe pensar que el texto de Morgenthau que vio la luz en 1936 pudo suponer una pequeña contribución, al menos indirecta, a la difusión de la teoría kelseniana en el país. En cualquier caso, supone una no demasiado conocida pero sí valiosa pieza dentro del conjunto de la obra de Morgenthau, puesto que es el único texto en el que expresamente se declara la ambiciosa intención de construir una teoría realista del derecho internacional. Una teoría que, en realidad, así formulada, no tuvo mucho más recorrido que este artículo, pero que es significativa de sus orientaciones metodológicas y epistemológicas, y que sirve para ilustrar con toda claridad el paso del Morgenthau jurista europeo al Morgenthau analista de la política exterior norteamericana. Antes de dejar enunciados los principales puntos de esa teoría realista, Morgenthau señala algu-

⁴⁴ El artículo, publicado el 20 de enero de 1941, mostraba una fotografía de Morgenthau desempacando las cajas y en su texto se podía leer: «Los trajes y unas cuantas cosas más llegaron la semana pasada al apartamento de morgenthau, en el 303 de Brush Creek boulevard, después de cuatro años tratando de persuadir al gobierno español para que le devolviera sus pertenencias» (citado en JÜTERSONKE, O., *Morgenthau, Law and Realism (cit.)* p. 24).

⁴⁵ FREI, C., *Hans J. Morgenthau... (cit.)*, p. 5.

⁴⁶ Vid. RIVAYA, B., «Kelsen en España», en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), núm. 107, enero-marzo, 2000, pp. 151-177.

nas críticas al positivismo jurídico, que pueden estructurarse en los siguientes cuatro apartados:

1. Positivismo filosófico y positivismo jurídico.

Morgenthau parte de la asunción de que el positivismo jurídico es la teoría que domina entre los internacionalistas de su época. En efecto, es innegable el peso que por aquellos años tenían en la disciplina juristas como Triepel, Anzilotti o Strupp. Los juristas positivistas, como es sabido, se caracterizarían por acotar el objeto de su investigación limitándose al estudio de las normas jurídicas válidas en tanto que vigentes; es decir, a las normas que pertenecen al derecho *positivo*, y no al derecho *natural*. Serán, por lo tanto, normas jurídicas válidas solo las que hayan sido creadas (*puestas*) de acuerdo con los criterios establecidos por el propio ordenamiento jurídico; esto es, aquellas que hayan sido creadas por el órgano competente siguiendo el procedimiento adecuado. Esta limitación, que viene marcada por una nítida distinción entre el ser y el deber ser, supone a juicio de Morgenthau la causa principal de que el positivismo no sea una teoría útil para el derecho internacional⁴⁷. El positivismo, como explicará con mucha más amplitud en *Scientific Man vs. Power Politics* (1946)⁴⁸, es una teoría que puede haber servido en una época (los siglos XVIII y XIX) y en un ámbito determinado (el estatal), pero, desde luego, resultaba completamente inadecuada para hacer frente a los problemas del complejo ámbito internacional en el siglo XX. El clamoroso fracaso de la Sociedad de Naciones o las continuas violaciones a las Convenciones de Ginebra o al Pacto Briand Kellogg constituían para Morgenthau las pruebas más evidentes de su inaptitud. A pesar de ello, consideraba, una ingenua fe en el poder del derecho seguía vendando los ojos de los juristas positivistas, que «intentan exorcizar los males sociales por la infatigable repetición de una fórmula mágica. Como la Sociedad de Naciones fue un fracaso, tengamos otra Sociedad. Como la primera y la segunda conferencias de Paz de la Haya no tuvieron éxito, hagamos una tercera»⁴⁹.

⁴⁷ Morgenthau no fue, por supuesto, el primero ni el único en criticar la aplicación de la teoría positivista al derecho internacional. *Vid.*, por ejemplo, VERDROSS, A., «Règles générales du droit de la paix», en *Recueil des Cours 1929*, Académie de Droit International, París, 1929, pp. 271-517, p. 277; SCELLE G., «Règles générales du droit de la paix», en *Recueil des Cours 1933*, Académie de Droit International, París, 1933, pp. 326-703, p. 692; o LAUTERPACHT, H., *The Function of Law in the International Community*, introducción de M. Koskeniemi, Oxford University Press, 2011 [1933].

⁴⁸ MORGENTHAU, H. J., *Scientific Man vs. Power Politics*, University of Chicago Press, 1946.

⁴⁹ MORGENTHAU, H. J., «Positivism, Functionalism, and International Law», en *American Journal of International Law*, vol. 34, núm. 2 (Abril 1940), pp. 260-284, p. 260.

El positivismo Kelsen y de la Escuela de Viena es también criticado por Morgenthau, quien reconoce, sin embargo, que el rigor de su método (el método puro) le permitía salvar algunas contradicciones que separaban al positivismo jurídico tradicional del positivismo científico o filosófico, tal y como fuera concebido, paradigmáticamente, por August Comte. Así, Morgenthau se muestra de acuerdo con la crítica formulada por Kelsen al positivismo jurídico dominante por no ser verdaderamente positivista ya que, a falta de una metodología adecuada, hace que la *ciencia* del derecho se *contamine* por elementos ajenos a ella. Dicho más técnicamente, permite que en la determinación de la validez de las normas jurídicas intervengan criterios ajenos al propio derecho, propios de otros ámbitos como la moral, la política, la psicología, etc. No obstante, la tajante distinción derecho-moral (por tomar la más representativa), no implica para Kelsen la amoralidad del derecho: «naturalmente, en manera alguna se niega por esto la exigencia de que el derecho debe ser moral, es decir, bueno»⁵⁰. Lo que la teoría pura rechaza es que el derecho sea una parte integrante de la moral, pero no que el derecho carezca en absoluto de moralidad. Que el derecho sea independiente de la moral implica, entonces, que no se puede acudir a criterios morales para determinar la validez de las normas jurídicas; pero en ningún caso significa negar que todo derecho contenga una cierta carga moral, sea la que sea⁵¹.

Morgenthau sostiene que la doctrina positivista no ha logrado culminar la gran tarea de dominar la ciencia jurídica y, en su opinión, no lo ha hecho por un doble motivo, por un lado, porque prescinde de ciertos elementos que necesariamente pertenecen al campo de lo jurídico, pero que no es capaz de integrar (*abarca menos de la realidad jurídica*); y, por otro lado, porque no ha conseguido dejar de incorporar elementos no positivos (*i.e., extrajurídicos*) al análisis jurídico (*abarca más de la realidad jurídica*).

2. El positivismo jurídico tradicional abarca menos de la realidad jurídica.

Morgenthau establece tres elementos en base a los cuales considera que el positivismo es insuficiente para abastar el conjunto de la realidad jurídica:

1) Como cualquier positivismo, el jurídico se mantiene al margen de la metafísica. A su juicio, presenta ante ella una actitud hostil *a priori*, que, en lugar de examinar la realidad sin prejuicios, como se supone que exige el positivismo científico, excluye desde el principio ciertas posibilidades empíricas verificables de la realidad en tanto que cualidades de la realidad. De este modo, el positivismo jurídico supon-

⁵⁰ KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho* (1ª ed.), Losada, Buenos Aires, 1941 (1934), p. 38.

⁵¹ *Ibidem*, p. 67.

dría una idea preconcebida del mundo que no es capaz de aprehender la estructura empírica de la realidad fuera de los rígidos límites que se impone⁵².

2) Además, el positivismo jurídico tradicional no solamente se niega a aceptar la existencia de ciertas realidades jurídicas, sino que también rechaza la existencia de una parte del derecho cuya existencia es evidente: lo que Morgenthau llama normas jurídicas «extranjeras al Estado». Esto tendría su razón de ser en la fuerte dependencia que el positivismo presenta respecto del orden jurídico estatal, característica que Morgenthau denomina *monismo jurídico*. Según el monismo así concebido, la única tarea de la ciencia jurídica sería la sistematización e interpretación de las normas jurídicas estatales. Sin embargo, Morgenthau considera que la estructura de la realidad jurídica es pluralista y que incluye, además del Estado, toda una serie de órdenes jurídicos adicionales que deberían ser reconocidos por un positivismo jurídico *coherente*. Ya en su obra de 1934 se había declarado partidario de un «pluralismo realista»⁵³, que complejiza la tradicional forma de contemplar las relaciones entre el derecho estatal y el derecho internacional más allá de los esquemas monistas o dualistas de la época.

3) Por último, el efecto de aplicar el principio de separación de las disciplinas científicas llevaría al positivismo jurídico a excluir de su ámbito de conocimiento no solamente los métodos propios de otras ciencias, sino también ciertos objetos sin los cuales no puede entenderse el fenómeno jurídico. Particularmente, Morgenthau considera que el derecho está inescindiblemente ligado a la moral. Expresado de forma más concreta: «es cierto que el positivismo debe separar el objeto de conocimiento de una forma absoluta del resto del mundo y de esa forma suponer la independencia real absoluta de este objeto; pero no se debe olvidar que esta separación es un procedimiento artificial llevado a cabo con fines heurísticos, una pura hipótesis que no se corresponde en nada con la realidad»⁵⁴. Cuando se olvida que esta separación es artificial y se considera al derecho como una realidad aislada, los resultados de la investigación o las propuestas normativas que se formulen no servirán adecuadamente, por lo tanto, a los efectos de una adecuada caracterización del fenómeno jurídico. De ahí que Morgenthau relativice la distinción ser-deber ser y considere que el sistema jurídico está necesariamente basado no en una norma hipotética como la que formulara Kelsen, sino en una norma de la moral o de las costumbres.

⁵² MORGENTHAU, H. J., *Positivisme mal compris... (cit.)*, p. 449.

⁵³ MORGENTHAU, H. J., *La réalité des normes (cit.)*, p. 128.

⁵⁴ MORGENTHAU, H. J., *Positivisme mal compris... (cit.)*, p. 451.

3. El positivismo jurídico tradicional abarca más de la realidad jurídica.

Además de no abarcar ciertos aspectos de lo que Morgenthau considera que es la realidad jurídica, el positivismo tradicional incluiría dentro de su razonamiento elementos que no son verificables a través un método empírico y que, en consecuencia, difícilmente se concilian con los principios esenciales del positivismo filosófico.

Un primer problema haría referencia a los criterios de validez (formales y materiales) de las normas. En principio, el positivismo jurídico, únicamente podría ocuparse de las normas en vigor, que son las únicas que reconoce como normas jurídicas. Sin embargo, a juicio de Morgenthau, el positivismo jurídico dominante no habría desarrollado el adecuado criterio científico que le permita distinguir las normas realmente válidas de aquellas que son solo aparentemente válidas. Considera que «la doctrina dominante solo conoce dos posibles criterios de validez de una norma jurídica, criterios ambos que se desvían del método positivista, a saber: la declaración del Estado que produce una norma [...] y la concordancia material de la norma jurídica con una norma moral, con otra regla social o con una ley natural»⁵⁵. El primero de estos dos criterios, efectivamente, deriva directamente del monismo estatalista, que concibe el mundo jurídico desde un punto de vista situado exclusivamente en el interior del Estado, como sería, por ejemplo, el caso de Jellinek. El segundo de los criterios (que llama poderosamente la atención por la manera en la que está formulado), no se puede entender al no ser que esté refiriéndose a la distinción entre criterios de validez formales (los que dependerían de la producción normativa) y criterios de validez materiales (que tendrían que ver con el contenido de las normas). Los criterios de validez materiales, sin embargo, no necesariamente han de suponer la introducción un juicio que tenga que ver con una disciplina ajena al derecho, siendo, por lo tanto, perfectamente compatibles con una concepción positivista, como ilustra el criterio de validez normativa de Kelsen, que ha sido calificado como un criterio *mixto*⁵⁶.

Un segundo problema tendría que ver con la teoría de las fuentes del derecho. Un postulado básico del positivismo sería que la única fuente formal del derecho serían las normas *puestas* por el Estado. Sin embargo, las doctrinas positivistas reconocen habitualmente la validez de normas jurídicas que no han sido creadas por los órganos del Estado. Para salvar esta quiebra de los postulados positivistas la solución adoptada, «cual panacea», es el concepto de derecho consuetudinario, que serviría a la doctrina como un recurso para la designación

⁵⁵ *Ibidem*, p. 452.

⁵⁶ Vid. CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008.

colectiva de la totalidad de normas no producidas por el Estado. Según Morgenthau «la teoría del derecho consuetudinario no resuelve por ella misma el problema de conciliar la asunción positivista de la existencia exclusiva de normas jurídicas puestas por el Estado con la existencia de normas extranjeras al Estado»⁵⁷. Admitir la existencia de estas últimas equivale a abandonar el postulado del monismo estatalista. Sin embargo, el positivismo dominante aborrece esa consecuencia, de modo que «recurre a una serie de ficciones y de hipótesis, tales como el consentimiento tácito, el reconocimiento, la recepción jurisdiccional, la función complementaria, etc. Ficciones e hipótesis, todas ellas que hacen derivar la existencia del derecho consuetudinario, de una forma u otra, de la voluntad del legislador estatal». El derecho consuetudinario no puede ser para él un verdadero derecho. La costumbre no tendría influencia normativa, sino una influencia «causal» o «psicológica»⁵⁸, pero en ningún caso cumple con los requisitos que se le deben exigir a una norma jurídica para que pueda ser considerada válida; que tiene que ver, como se verá en el siguiente epígrafe, con la capacidad de determinar en abstracto la conducta de los sujetos a ella sometidos. Obligarían los hechos, la coacción, no la mera práctica repetida de los Estados.

4. El positivismo kelseniano en tanto que transición entre el positivismo tradicional y el realismo jurídico.

Morgenthau caracteriza la *superioridad* del positivismo jurídico kelseniano respecto del positivismo jurídico tradicional en base a cuatro elementos:

1) La renovación metodológica, herencia del criticismo kantiano, sirve a la Escuela de Viena como fundamento de una profunda crítica hacia la tradicional *Staatsrechtslehre* alemana, tal y como esta había sido representada por Jellinek o Laband. A partir del principio de la «pureza del método» esta Escuela, con Kelsen a la cabeza, no solo fue capaz de demostrar la falsedad de algunas imágenes de la realidad utilizadas por los juristas, sino que, sobre todo, destacó la distancia metodológica que separa el positivismo jurídico del positivismo tal y como fue concebido por la filosofía de la ciencia.

2) Como consecuencia de su refinamiento metodológico, Morgenthau considera que el positivismo kelseniano consigue acercarse a la realidad de lo jurídico de una forma más clara que el positivismo tradicional. Destacadamente, es capaz de expresar más fielmente ese ámbito de lo jurídico en cuanto se refiere a su estructura formal: desde la *norma fundamental* a la concepción escalonada del ordenamiento jurídico, pasando por la formalización de la separación de poderes.

⁵⁷ MORGENTHAU, H. J., *Positivism mal compris...* (cit.), 454.

⁵⁸ MORGENTHAU, H. J., *La réalité des normes* (cit.), p. 105.

3) La teoría de Kelsen, además, habría llamado la atención sobre el problema de la validez y el de las fuentes del derecho de una manera más profunda y precisa de lo que jamás se había hecho (a excepción, quizá, de la escuela analítica de Austin).

4) Para Morgenthau, la teoría kelseniana es la antesala de una nueva concepción del derecho: «la importancia del positivismo kelseniano para el devenir de la ciencia del derecho descansa, seguramente, no tanto en sus elementos sistemáticos positivos, cuya base filosófica neokantiana es fuertemente criticable, como en la posición intermedia que desempeña, por una parte, como punto final de un desarrollo intelectual y, por otra parte, como punto de partida de una nueva concepción científica»⁵⁹.

Morgenthau, no obstante, considera que la teoría kelseniana adolece de dos grandes debilidades: su base neokantiana y su monismo estatalista. Sobre la primera de las debilidades: a su juicio, el neokantianismo adolece de una confusión entre el método y el objeto. Al pretender que el método determine el objeto, excluye del ámbito jurídico, junto con los métodos propios de la ética, la política o la psicología, a la propia ética, a la propia política y a la propia psicología⁶⁰. Es decir, que al excluir sus métodos excluye también sus objetos, los cuales son para Morgenthau fenómenos sociales sin los cuales no se puede entender la realidad del derecho. Morgenthau acepta el postulado neokantiano de que a cada ciencia le corresponde un método científico (en este caso, con que a la ciencia jurídica le corresponde un método específicamente jurídico). Pero ello no implica –a diferencia de lo postulado por Kelsen– excluir del ámbito de la realidad jurídica otros fenómenos sociales que influyen de forma determinante en ella; y ello porque, según su concepción, la ciencia del derecho no es otra cosa que «la comprensión específicamente jurídica de ciertos hechos psicológicos y sociales que pueden revertir, a su vez en un carácter ético o político»⁶¹. Encontramos aquí, por lo tanto, profundas diferencias epistemológicas entre Morgenthau y Kelsen en torno a qué es el derecho y mediante qué herramientas podemos aprehender su realidad.

En cuanto a la segunda debilidad, cabe señalar que el hecho de considerar que la teoría kelseniana se inclina por el llamado «monismo estatalista» es, a mi juicio, un considerable error, puesto que Kelsen defendió siempre justamente lo contrario: el monismo internacionalista. De la asunción de que el ámbito de lo jurídico está estrictamente separado del resto de ámbitos normativos no se deriva, como entiende Morgenthau, una «negligencia completa hacia los órdenes jurídicos extranjeros al Estado, y, por lo tanto, la insuficiencia

⁵⁹ MORGENTHAU, H. J., *Positivisme mal compris...* (cit.), p. 456.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 457.

⁶¹ *Ibidem*, p. 458.

de la teoría de las fuentes del derecho de Kelsen»⁶². Al contrario. Para desmentir esto basta con acudir a la consideración tantas veces repetida por Kelsen de que «todo Estado es Estado de derecho, pero no todo derecho es derecho del Estado»⁶³.

Aún así, pese a la deficiente interpretación que realiza de Kelsen, Morgenthau toma dos de los elementos de la teoría kelseniana como antesala de un «realismo radical», capaz de «derribar los muros» que sumen al positivismo jurídico tradicional en un inadecuado aislamiento respecto del resto de disciplinas sociales. Estos dos elementos son el concepto de norma fundamental y el sistema escalonado de normas jurídicas. A través de ellos, se dice, es posible llegar a una «comprensión radicalmente realista de la realidad, comprensión que creemos que es la verdadera y única tarea de la ciencia del derecho, así como de cualquier otra ciencia»⁶⁴. Pese a las salvedades aquí recogidas, y como se puede comprobar en sus obras posteriores, en realidad el positivismo kelseniano no escapa al rechazo de Morgenthau al positivismo jurídico en general; puesto que si bien es cierto que la pureza de su método le permite salvar algunas incongruencias respecto del positivismo filosófico, no es menos cierto que se mantienen en él con pleno vigor la mayoría de elementos que son criticados respecto del positivismo jurídico en general.

4. PROLEGÓMENOS DE UNA TEORÍA REALISTA DEL DERECHO INTERNACIONAL

El trabajo de *Positivisme mal compris* pretendía ser, como su mismo título anuncia, además de una crítica al positivismo jurídico, la formulación de una teoría realista del derecho internacional. No obstante, dicha teoría no llegaría nunca a ser desarrollada por Morgenthau, quien años más tarde, en un artículo titulado *Positivism, Functionalism, and International Law* (1940) renegaría de la denominación *realista* para llamarle teoría *funcionalista* del derecho internacional⁶⁵.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho...* (cit.), p. 168; Id. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, edición de A. Carrino, Giuffrè, Milán, 1989 [1920], p. 41; Id. *Teoría General del Estado*, trad. cast. L. Legaz y Lacambra, Coyoacán, México, 2008 [1925], p. 57.

⁶⁴ MORGENTHAU, H. J., *Positivisme mal compris...* (cit.), 459.

⁶⁵ MORGENTHAU, H. J., «Positivism, Functionalism, and International Law» (cit.). Esta obra aporta un doble motivo para explicar su renuncia al calificativo *realista* y sustituirlo por el de *funcionalista*: 1) porque ya muchos prácticos y teóricos del derecho internacional se habían proclamado a sí mismos realistas sin serlo (cita a Kaufmann, Scelle, Le Fur; e, indirectamente, a Pound, Kelsen [quien en la introducción de su primera edición de la Teoría Pura se autocalifica de realista] y Duguit); y 2) porque el realismo se había convertido en un nombre común para tendencias muy distintas de la jurisprudencia contemporánea que tendrían en común el ánimo de

Aún así, en ese artículo –que es en buena medida una reiteración de las tesis aquí expuestas– sigue anunciando el desarrollo de una teoría del derecho internacional que nunca llegará, al ser sustituida por una teoría de la *política* internacional en *Politics among Nations*, obra en la que Morgenthau adopta ya un punto de vista por completo externo al derecho.

Sobre la base de la crítica realizada a los postulados positivistas, la incipiente teoría realista del derecho internacional que Morgenthau enuncia en su artículo publicado en España se estructura en torno a seis puntos principales:

1) La comprensión realista del derecho internacional parte de dos ideas fundamentales: *a)* un íntimo vínculo empírico de todo orden jurídico con los otros órdenes normativos en vigor, en particular con la moral –idea que rompe definitivamente los vínculos con el positivismo jurídico– y, *b)* una absoluta separación teórica entre los diferentes ámbitos normativos. Para combinar ambas ideas toma prestado de Kelsen el concepto de la norma fundamental adaptándolo a su propia teoría: «el derecho internacional descansa, como todo orden jurídico, sobre una norma fundamental, la cual no puede ser de naturaleza jurídica, sino que pertenece necesariamente al ámbito de la moral o de las costumbres; esta norma sirve al sistema jurídico como punto final que garantiza la autonomía teórica del sistema, y de *bisagra* entre los diferentes ámbitos normativos y el ámbito del derecho»⁶⁶. Morgenthau no altera apenas la función que cumpliría la norma fundamental, esto es, la de servir como cierre del sistema jurídico y como referencia última a efectos de determinar la validez de una norma. Pero, en cambio, sí que altera de forma notable su naturaleza. Si para Kelsen la norma fundamental estaba concebida, a grandes rasgos, como una norma hipotética, sin contenido material alguno, para Morgenthau la norma fundamental es una norma de la moral y, en consecuencia, necesariamente debe poseer un contenido en la medida en que la moral es un orden nomoestático. Aunque en *Positivism mal compris* no encontramos más detalles de cuál es el contenido de esa norma ni cómo se sustancia, en *La réalité des normes* sí que trata el tema profusamente para llegar a conclusión de que los jefes de Estado no solamente son garantes de los órdenes jurídicos estatales particulares sino también del conjunto del orden internacional: «las normas fundamentales del derecho estatal y del derecho internacional recaen sobre las mismas personas [...] la validez del derecho internacional reposa en último análisis, no sobre la norma fundamental del derecho internacional, sino sobre la norma fundamental del derecho estatal»⁶⁷. Solución que, además de recordar inevitablemente a Schmitt, parece

reemplazar las ficciones de la jurisprudencia tradicional por conceptos más próximos a la realidad práctica del derecho (*vid.* pp. 273-274).

⁶⁶ MORGENTHAU, H. J., *Positivism mal compris...* (*cit.*), pp. 459-450.

⁶⁷ MORGENTHAU, H. J., *La réalité des normes* (*cit.*), p. 218.

llamativamente incoherente con el esquema de su pluralismo realista según el cual la consideración de lo que jurídico debe extenderse más allá del puro ámbito estatal.

2) La teoría realista propone una teoría de las fuentes materiales del derecho internacional. Considerándose superada la unidad empírica del ámbito normativo; es decir el monismo –sea en su versión estatista o internacionalista–, la teoría del derecho internacional debe fijar su atención sobre las relaciones materiales entre los diferentes ámbitos normativos y replantearse, entre otras, cuestiones tales como cuál es la verdadera función de la equidad en el derecho internacional, o si existe una relación interna entre ciertos hechos sociológicos y ciertas cualidades estructurales constantes de la vida internacional de un lado, y las disposiciones normativas del derecho internacional, de otro lado. Si, como piensa Morgenthau, tales relaciones existen, se debería entonces imponer una distinción entre las normas del derecho internacional que expresan la estructura de las relaciones internacionales y aquellas que no reflejan esa estructura»⁶⁸. Esa distinción se encuentra en la base de la clasificación que establecerá en 1940 entre un *derecho internacional no político*, que estaría fundado sobre intereses permanentes y estables y un *derecho internacional político*, que se fundaría en intereses de naturaleza temporal y cambiante⁶⁹. El *derecho internacional no político* coincidiría a su vez con lo que en *Politics among Nations* llamaría *derecho internacional necesario*; es decir, «un pequeño número de reglas relativas, por ejemplo, a los límites de la soberanía nacional, a la interpretación de sus propias reglas; las cuales son vinculantes para todos los Estados individuales sin que importe su consentimiento, ya que sin estas reglas no puede haber un ordenamiento jurídico en ningún caso»⁷⁰. El resto de normas del derecho internacional –que son la gran mayoría– se encontrarán, en consecuencia, siempre sometidas a la voluntad de los Estados y a las coyunturas políticas.

3) Es necesaria también una teoría de las fuentes formales del derecho internacional, que permita construir un marco teórico que tenga influencia en la práctica. Esa construcción, para Morgenthau implicaría disolver el complejo de normas heterogéneas que se conocen con el nombre de derecho internacional consuetudinario que, como se ha visto, en realidad solo servirían para ocultar lo que en realidad serían auténticos fenómenos jurídicos producidos al margen del Estado.

4) El concepto de validez normativa de Morgenthau es posiblemente una de las claves de su teoría realista. De acuerdo con su concepción del derecho, una norma será válida cuando presenta la facul-

⁶⁸ MORGENTHAU, H. J., *Positivism mal compris...* (cit.), p. 461.

⁶⁹ MORGENTHAU, H. J., *Positivism, Functionalism, and International Law* (cit.), pp. 278-279.

⁷⁰ MORGENTHAU, H. J., *Politics among Nations...* (cit.), pp. 286-287.

tad abstracta de determinar la voluntad de los individuos sujetos a ella. La validez se hace depender así de la existencia de una sanción. Allí donde haya una norma capaz de imponerse de forma efectiva sobre la conducta de un individuo, habrá una norma jurídica válida. Para Morgenthau, entonces, a diferencia de Kelsen, la validez no está relacionada con la pertenencia de una norma al sistema jurídico en términos lógico-formales, sino que está directamente relacionada con la capacidad real (*fáctica*) de esa norma para devenir eficaz. Eficacia y validez son de ese modo dos conceptos que se encuentran mucho más próximos en la teoría normativa de Morgenthau que en la de Kelsen. Aunque Morgenthau insiste en distinguirlos conceptualmente: «validez es la existencia normativa de una norma; eficacia objetiva es el resultado positivo de la función normativa de la norma»⁷¹. Un concepto de validez como el propuesto, implica inevitablemente una notable reducción del número de normas consideradas válidas –y, por lo tanto, jurídicas– de acuerdo con la práctica generalizada de los internacionalistas o los manuales de derecho internacional al uso. Si el criterio de validez sostenido por Morgenthau está basado en la existencia de una sanción como respuesta a la violación de la norma, dejarían de considerarse como válidos instrumentos internacionales que teóricamente se encuentran vigentes porque nunca han sido formalmente derogados pero que, sin embargo, son constantemente violados sin que se arbitre sanción alguna contra sus violadores. El caso más llamativo en la época era, por supuesto, el Pacto de la Sociedad de Naciones. Se considera necesario, por lo tanto, encontrar un criterio de validez que sea realmente susceptible de identificar las normas reales de aquellas que no lo son; y encontrarlo equivale a rechazar los postulados del positivismo jurídico, que, en tanto que aplicado al derecho internacional, es tachado de utópico y quimérico⁷². Las consecuencias de esta concepción de la validez son claras: «cuando ya no es probable que [la sanción] se pueda producir, la norma en cuestión ya no es válida. Nadie debe invocar más esta norma para reclamar la realización del orden prescrito por su disposición normativa o para justificar la intervención de sanciones»⁷³. Si el Pacto de la Sociedad de Naciones –o, después, la Carta de Naciones Unidas– no constituyen normas jurídicas válidas de acuerdo con ese criterio de validez, el resultado es que no tendría sentido si quiera invocar sus disposiciones en tanto que normas jurídicas; e igualmente, las controversias creadas en torno a ellas no tendrán naturaleza de controversia jurídica, no pudiendo, en consecuencia ser resueltas por un tribunal de justicia.

5) Puesto que las normas del derecho internacional presentan una particular naturaleza, que las hace diferentes (a juicio de Morgenthau –y ésta sería otra de las diferencias que le separan de Kel-

⁷¹ MORGENTHAU, H. J., *La réalité des normes (cit.)*, p. 33.

⁷² MORGENTHAU, H. J., *Positivisme mal compris... (cit.)*, p. 462.

⁷³ MORGENTHAU, H. J., *La réalité des normes (cit.)*, p. 227.

sen-) de las normas estatales, los métodos interpretativos que sirven para interpretar el derecho interno no sirven del mismo modo para interpretar una norma internacional. Mientras que el sentido jurídico de un contrato regido por el derecho civil coincide, por lo general, con el sentido su texto o, en todo caso, es constatable a partir de ciertas características objetivas y generalmente aceptadas; el marco jurídico de un tratado internacional, por el contrario, está condicionado por el lenguaje diplomático, que no se presta por lo general a una interpretación literal, sino que exige prestar atención a las circunstancias políticas concretas (y no solamente a aquellas que se daban en el momento de la firma del tratado, sino, fundamentalmente, a las que se dan en el momento de su interpretación). Así, mientras que Kelsen elogiaba la norma *pacta sunt servanda* y despreciaba por completo la cláusula *rebus sic stantibus*, la posición de Morgenthau será justamente la contraria.

6) Finalmente, el punto esencial de todo el realismo propuesto por Morgenthau se cifra en la consideración de las relaciones existentes entre el derecho y la política: «el derecho internacional no puede ser comprendido mediante un proceso que prescinde del ambiente social, esto es, político, que determina el contenido de las normas, que influye sobre su validez y que determina la forma de su realización»⁷⁴. «La política sirve al derecho internacional como soporte social; la política es sobretodo, en tanto que tal, un elemento intrínseco del mismo derecho internacional»⁷⁵. Morgenthau reivindica, por consiguiente, la superación de la animadversión que el positivismo había demostrado tradicionalmente hacia la política internacional para declarar su voluntad –ésta sí cumplida– de avanzar hacia un marco teórico capaz de estrechar los vínculos entre lo político y lo jurídico en el ámbito internacional.

5. NOTAS CONCLUSIVAS

Tanto se estrecharían los vínculos entre el derecho y la política en sus obras posteriores que el derecho acabaría totalmente absorbido por la política. En su obra cumbre, *Politics among Nations* –obra con la que, cabe recordar, se han formado generaciones enteras de politólogos y analistas de las relaciones internacionales estadounidenses– el derecho queda relegado a un factor más de control en la lucha por el poder, al mismo nivel que la moralidad internacional, la opinión pública o el equilibrio por el poder. El derecho internacional existe, sí, pero, al contrario del papel protagonista que le había atribuido la concepción positivista, no cualquier ámbito de la realidad internacional es

⁷⁴ MORGENTHAU, H. J., *Positivism mal compris...* (cit.), p. 464.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 464-465.

susceptible de ser regulado a través del derecho. El derecho sería una herramienta apropiada para regular cuestiones menores o técnicas, pero resultaría inútil para resolver las grandes cuestiones, como las relaciones entre los Estados o el mantenimiento la paz, que solo podrían ser entendidas en clave de lucha por el poder y, en consecuencia, resueltas, en el mejor de los casos a través de vías diplomáticas. En definitiva, del *peace through law* se pasa al *peace through diplomacy*.

Es un ejercicio interesante plantearse, como hizo Truyol⁷⁶, si Morgenthau hubiera continuado ejerciendo como jurista de haber permanecido en Europa. Quizá hubiera mantenido el punto de vista interno respecto al derecho, aunque como se observa en el artículo analizado –que es su único trabajo publicado en España, pero también su último trabajo europeo–, su teoría estaba ya orientada a romper con los esquemas positivistas del derecho internacional para adoptar un enfoque que integrara los elementos políticos y sociológicos. Es evidente que el contexto teórico estadounidense influyó en la evolución de su teoría, pero también lo hicieron las coyunturas históricas y políticas. Como ha resaltado Koskenniemi⁷⁷, en los tiempos de la Guerra Fría los trabajos de Morgenthau ofrecieron al pujante imperio norteamericano justamente la base teórica que necesitaba su política exterior para verse liberada del incómodo corsé que suponía el derecho internacional.

Recientemente algunos, como Berh y Rösch⁷⁸, han considerado injustas las interpretaciones que sitúan al realismo de Morgenthau como predecesor de las tesis neorrealistas y neoliberales; como un antecedente de teorías como las de Kagan, Kristol, Perle, Wolfowitz, o Posner, autores que, en una u otra medida, han proclamado la muerte de las Naciones Unidas como una organización vetusta e inútil, la superación de la prohibición jurídica del recurso a la guerra o la vuelta a la práctica de la tortura en determinados casos. Queridas o no, lo cierto es que entre las consecuencias del éxito de las tesis de Morgenthau dentro de la disciplina de las relaciones internacionales, se encuentra un progresivo declive de la fuerza normativa del derecho internacional⁷⁹. Como Morgenthau pretendía, puede constatarse que cada vez se utiliza menos el recurso al derecho para regular los asun-

⁷⁶ TRUYOL Y SERRA, A., *Presentación (cit.)*, pp. X-XI.

⁷⁷ KOSKENNIEMI, M., «Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations», en BYERS, M. (ed.), *The Role of Law in International Politics. Essays in International Relations and International Law*, Oxford University Press, 2000 pp. 17-34.

⁷⁸ BEHR, H. y RÖSCH, F., *Introduction*, en MORGENTHAU, H. J., *La notion du «politique»...*(*cit.*), pp. 1-79.

⁷⁹ *Vid.* KOSKENNIEMI, M., *The Gentle Civilizer of Nations (cit.)*; o García Pascual, C., «Contra el Derecho Internacional. Imperialismo americano y subjetividad jurídica», en BARRANCO, M. C., CELADOR, O. y VACAS, F., *Perspectivas actuales de los sujetos de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 247-270.

tos internacionales: antes que a la codificación, se tiende a la descodificación; antes que a la regulación, a la desregulación; en lugar de acudir a los tribunales, se prefiere acudir a arbitrajes o mediaciones; y, por supuesto, se privilegia el contrato al tratado⁸⁰. No podemos saber si este, que se ha convertido en el mundo de las desigualdades en buena medida como efecto del retroceso del papel del derecho, es el mundo que hubiera imaginado Morgenthau. Lo sí que podemos afirmar es que cuando el derecho pierde su capacidad de configurar las reglas de una sociedad –sea la nacional o la internacional–, quienes pierden son siempre los más débiles. Por eso quizá convenga plantearse de nuevo las relaciones entre el derecho y la política internacional y, sin olvidarnos de los inherentes condicionantes políticos en los que insistió Morgenthau, investigar qué podemos rescatar todavía hoy de la fórmula kelseniana de la paz por medio del derecho.

Fecha de recepción: 31/03/2013. Fecha de aceptación: 31/10/2013.

⁸⁰ *Vid.* KOSKENNIEMI, M., «Global Governance and Public International Law», en *Kritische Justiz*, vol. 37, 2004, pp. 241-254.