

DOCTRINA

¿No hay lugar para el derecho internacional? Crítica a *La forma del derecho* de Fernando Atria

Is there no place for international law? Criticism of Fernando Atria's The Form of Law

Juan Francisco Lobo

Abogado, Chile

RESUMEN Este trabajo busca poner de manifiesto la omisión de un adecuado tratamiento del derecho internacional en la reciente obra publicada de Fernando Atria, *La forma del derecho*. El objetivo es indagar en las razones de tal omisión a través de la explicación del positivismo teórico subyacente a la obra y la conexión entre el concepto de Estado de derecho internacional y la dignidad humana.

PALABRAS CLAVE Forma del derecho, derecho internacional, Estado de derecho, dignidad.

ABSTRACT This work aims at denouncing the lack of an adequate account of international law in the recently published work *La forma del derecho*, by Fernando Atria. It tries to explain the reasons for such omission, exploring the theoretical positivism underlying the book and the connection between the notion of the rule of international law and human dignity.

KEYWORDS The form of law, international law, rule of law, dignity.

Introducción

La publicación en 2016 de la esperada obra *La forma del derecho* del profesor Fernando Atria constituye uno de los acontecimientos más importantes en la teoría del derecho latinoamericano desde los trabajos de Carlos Santiago Nino, como acertadamente señaló Roberto Gargarella en la ceremonia de lanzamiento del libro.¹ Recuer-

1. El libro fue lanzado el 19 de diciembre de 2016 en una ceremonia realizada en la Casa Central de

do que durante un seminario organizado para docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales en septiembre de 2014, el catedrático español Manuel Atienza nos exhortó a valorar el trabajo de la academia hispanohablante en materia de teoría del derecho, un área que a su juicio se encuentra desproporcionadamente dominada por la literatura anglosajona. En esa oportunidad, Manuel Atienza destacó a Jorge Millas y a Fernando Atria como dos exponentes chilenos de una rica tradición doctrinaria hispanoamericana que debe comenzar a reclamar su merecido sitio en la teoría del derecho a nivel mundial. Considero que la publicación de *La forma del derecho* constituye definitivamente un paso hacia adelante en dicho cometido.

No obstante, la reciente obra de Atria no se encuentra exenta de defectos, los cuales podrán ser decantados con el correr de la crítica doctrinaria que seguramente propiciará durante los próximos años. En esa dirección, es con el mayor respeto y admiración por quien hace poco más de una década atrás impartió mi primera lección en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile que emprendo esta reflexión sobre la *La forma del derecho*, la que por crítica se pretende franca y constructiva. Franca, en tanto intenta poner de manifiesto una grave omisión en la obra en relación a su precario tratamiento del derecho internacional, tanto más grave cuanto mayor es la importancia que quien aspiró en algún momento a convertirse en Jefe de Estado y conductor de las relaciones internacionales de un país debería asignar a dicha área del derecho en el siglo XXI.² Constructiva, pues procura identificar algunos elementos, tanto dentro como fuera de la misma obra, para contribuir a salvar esta importante omisión.

En atención a que se centrará sobre un solo aspecto de *La forma del derecho*, esto es, su falta de un adecuado tratamiento del derecho internacional, el presente trabajo no asumirá la carga de reseñar la obra, sino que se presumirá de parte del lector un conocimiento adecuado de los aspectos más importantes de la misma como de otros trabajos de Fernando Atria. De este modo, esta reflexión crítica pretende poner de manifiesto una importante omisión detectada en *La forma del derecho* en relación al adecuado tratamiento del derecho internacional que toda teoría del derecho del siglo XXI debería considerar, en especial atendido el loable objetivo de la defensa de la dignidad humana subyacente a *La forma del derecho*. A continuación, situaré *La forma del derecho* dentro de la tradición positivista de acuerdo a la postura que adopta el autor frente al derecho internacional. Posteriormente, caracterizaré la doctrina del derecho moderno de Atria y exploraré sus vínculos con lo que Norberto Bobbio ha denominado como positivismo teórico, profundizando en el fenómeno de la crisis

la Universidad de Chile en Santiago donde participaron como presentadores de la obra los profesores Roberto Gargarella, de la Universidad de Buenos Aires y Flavia Carbonell, de la Universidad de Chile.

2. A comienzos del año 2017, Fernando Atria se postulaba como precandidato por el Partido Socialista para competir por la Presidencia de la República de Chile a fines del mismo año.

de la ley. En seguida, me referiré a la normatividad del derecho internacional desde la perspectiva de la tradición positivista contemporánea, concentrándome en el concepto de Estado de derecho internacional como posible remedio para las deficiencias del positivismo teórico defendido por Atria. Por último, ofreceré algunas reflexiones finales.

Otra disputa de familia: La tradición positivista y el derecho internacional

Una de las repercusiones de la crítica de Ronald Dworkin al positivismo jurídico ha sido la creación de una fisura interna dentro de la misma tradición positivista que separa a positivistas «duros» y «blandos» como bandos en lo que Atria ha caracterizado como una disputa de familia. Atria (2004a: 83-84) confiesa que observa con desazón la pugna intestina de su propio clan, toda vez que distrae a los positivistas del verdadero enemigo o «fantasma» de los últimos 70 años: el neoconstitucionalismo.

Por otro lado, existe otra disputa de familia dentro de la tradición positivista que no parece ocupar un lugar importante en las cavilaciones de Atria. Se trata de las diversas posturas adoptadas por prominentes miembros de dicha tradición en cuanto a la «normatividad» o «juridicidad», esto es, la cualidad de ser jurídico del derecho internacional.

Ahora bien, la ausencia de un adecuado tratamiento del derecho internacional de parte de un conspicuo positivista no es en ningún caso una novedad dentro de dicha tradición. Ya el positivista primigenio de la modernidad (Atria, 2004a: 120; Atria, 2016: 52), Thomas Hobbes (1992: 104), había descartado expresamente la posibilidad de que existiese un derecho que regulase las relaciones internacionales, las cuales habían de permanecer en un sempiterno estado de naturaleza.

En adelante será posible reconocer tres líneas doctrinarias frente a la «normatividad» del derecho internacional dentro de la tradición positivista. En primer lugar, en la senda de Hobbes, se encuentran los escépticos radicales, entre los cuales se puede incluir a John Austin y, aparentemente, a Fernando Atria. Para Austin las leyes propiamente dichas consisten en mandatos emitidos por un superior político a un súbdito bajo la amenaza de infligir un mal en caso de inobservancia. El superior político lo es en virtud de su capacidad de poder hacer efectiva la amenaza de coerción. Es por esta razón que Austin considera que ni el derecho constitucional ni el derecho internacional son derecho propiamente tal, puesto que el primero es garantizado únicamente por los sentimientos de la comunidad determinada, mientras que el derecho internacional se sostiene exclusivamente sobre los sentimientos existentes entre las naciones, desprovistas de un aparato coercitivo central (Austin, 1832: 1-30, 281).

En el caso de Atria (2016: 40-42), *La forma del derecho* menciona al derecho internacional tan solo para explicar la crítica de Hart a Kelsen a propósito de la unidad de ese sistema con el derecho nacional. La otra alusión al derecho internacional

que se puede encontrar en *La forma del derecho* es planteada a modo de denuncia del activismo judicial, el cual es explicado, entre otros factores, por el auge del neoconstitucionalismo y del derecho internacional de los derechos humanos con una concomitante devaluación de la ley como fuente formal (Atria, 2016: 239). Anteriormente Atria (2003: 67), al referirse a la vulgarización del derecho para hacer frente a un legado de violaciones a los derechos humanos en Chile, calificó los derechos humanos propios del derecho internacional como estándares morales que han sido incorporados «positivamente» al derecho interno de los Estados con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, sugiriendo que antes de dicha incorporación los mentados estándares carecerían de toda juridicidad en el ámbito internacional. Otro tanto ha manifestado el mismo autor respecto de los derechos humanos sociales como estándares políticos con pretensión jurídica subjetiva (Atria, 2004b: 15-59).

Una segunda línea doctrinaria dentro de la tradición positivista concibe al derecho internacional como derecho en el pleno sentido de la palabra. Esta postura de adherencia total a la tesis de la normatividad del derecho internacional es representada por Jeremy Bentham, uno de los próceres del positivismo jurídico a juicio del propio Atria (2004a: 100; 2016: 63). Fue Bentham quien bautizó en 1789 al «derecho internacional público» como disciplina jurídica autónoma, superando la arcaica denominación del clásico *ius gentium* (Brownlie, 2012: 3). Esta misma tendencia sería desarrollada luego por Hersch Lauterpacht (Koskenniemi, 2008: 363). Pero sin duda el más destacado positivista de la línea doctrinal que adhiere a la plena juridicidad del derecho internacional es Hans Kelsen (1965: 345 y ss.; 1982: 323 y ss.), quien incluso llega hasta el extremo de considerar que toda la normatividad del derecho, incluido el nacional, descansa en último término en la norma fundante básica del propio derecho internacional público, conformando ambos un sistema único o «monista» con primacía del derecho internacional. En la actualidad también Neil MacCormick (1998: 331; 2007: 20) y Jeremy Waldron (2006: 15-30) adhieren a la tesis de la normatividad del derecho internacional, si bien de una manera más sobria que la del optimismo kelseniano. En Chile destaca el pensamiento de Eduardo Aldunate (2010: 185-210) y Humberto Nogueira (1997: 9-43), entre otros, en la misma línea doctrinaria (no obstante, las diferencias entre ambos autores en relación a la jerarquía de ciertas normas internacionales).

En tercer lugar, existe una línea doctrinaria dentro del positivismo que estima que el derecho internacional posee ciertos elementos comunes con los ordenamientos jurídicos nacionales que justifican su calificación como un sistema jurídico, aunque de naturaleza primitiva. Esta vía intermedia es seguida principalmente por H.L.A. Hart, por Joseph Raz y en Latinoamérica por Carlos Santiago Nino (2013: 107-108; 144). En el caso de Hart (2012: 223), en el usualmente poco estudiado Capítulo X de *The Concept of Law*, este autor califica al derecho internacional como un sistema dotado únicamente de reglas primarias, si bien admite que la soberanía de los Estados

solo puede estar determinada por la existencia de reglas previas proporcionadas por el propio derecho internacional.³ Más aún, Hart (2012: 237) afirma que aunque en cuanto a su forma el derecho internacional parece ser primitivo, en cuanto a su contenido se asemeja bastante a los sistemas jurídicos domésticos. Raz (1991: 174), por su parte, si bien admite que el derecho internacional reúne las características propias de los sistemas jurídicos (es decir, comprehensividad, pretensión de supremacía y apertura), considera dudoso que pueda considerarse como un sistema institucionalizado (es decir, dotado de los órganos primarios necesarios para la aplicación autoritativa de las normas). Raz (2012: 321-337) también considera al derecho internacional como un sistema adecuado para la protección de los derechos humanos, los cuales para él son derechos de naturaleza moral.

Pues bien, una vez identificada la línea doctrinaria dentro de la cual puede adscribirse la teoría de Atria, caben dos preguntas relevantes: (i) ¿cuál es el origen o fundamento de la postura adoptada por Atria, quien sigue el derrotero de Hobbes y Austin?; y (ii) ¿cuál es la importancia de poner de manifiesto la postura de Atria frente al derecho internacional para su teoría del derecho, tal como es desarrollada en *La forma del derecho*? En las dos secciones siguientes se dará respuesta a cada una de estas interrogantes.

Positivismos teórico y crisis de la ley

Lo primero que debe ser resuelto al intentar dar cuenta del déficit de *La forma del derecho* en lo que se refiere al derecho internacional es plantear la posibilidad de que en realidad se trate de una crítica superflua, fácilmente resoluble en base a lo que Roberto Gargarella denominó la «matriz» de la obra en la ceremonia de lanzamiento de la misma, a la manera como en las ciencias químicas nuevos elementos de la tabla periódica pueden ser descubiertos en base al esquema de elementos ya conocidos.

De este modo, la falta de tratamiento expreso del derecho internacional en *La forma del derecho* podría ser resuelta de dos posibles maneras. La primera, señalando que todo lo dicho en *La forma del derecho* respecto de la «ley» como fuente formal, y todavía más, como instrumento de autogobierno democrático puede ser fácilmente aplicable a una de las principales fuentes del derecho internacional público, los tratados internacionales. Ello toda vez que de conformidad al artículo 54.1 de la Constitución chilena, los tratados internacionales se someten en lo pertinente a los trámites de una ley. La segunda vía consiste en asumir que *La forma del derecho* adscribe a una teoría dualista de la relación entre el derecho chileno y el derecho internacional, esto es, se trataría de dos sistemas normativos tan distintos entre sí como lo son el derecho chileno y el derecho argentino, estadounidense, etcétera, cuyas conexiones

3. En contra de este precepto, véase Heller (1995: 249).

(y colisiones) normativas han de ser reguladas por el derecho internacional privado y por las normas internas que vuelven «aplicable» un sistema cuya validez no emana originalmente del derecho chileno (Nogueira, 1997: 9-42). El hecho de que *La forma del derecho* no se haya hecho cargo de dichas relaciones intersistémicas en nada afecta su rendimiento explicativo de cada uno de aquellos sistemas individualmente considerados *qua* jurídicos.

Sin embargo, ninguna de las vías alternativas para neutralizar *ab initio* la crítica de la falta de tratamiento del derecho internacional en *La forma del derecho* es completamente satisfactoria, tanto por defecto como por exceso, respectivamente. En el caso de la identificación de los tratados internacionales con la ley chilena se produce una sinécdoque que distorsiona el sistema de fuentes formales del derecho internacional público, las cuales incluyen además de los tratados internacionales, a la costumbre internacional y a los principios del derecho, de conformidad al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.⁴ Por mucha importancia que puedan tener en el camino hacia la progresiva sofisticación del derecho internacional como sistema (Pastor, 2015: 139 y ss.), los tratados internacionales no son la única fuente de ese derecho. Todavía más, en el caso particular de la costumbre internacional y los principios internacionales referidos a materias de derechos humanos, la Corte Suprema ha resuelto en el caso «Chena» que esas fuentes se entienden incorporadas automáticamente al derecho interno chileno, sin necesidad de someterse a los trámites propios de una ley,⁵ poniendo en entredicho la tradicional calificación del ordenamiento jurídico chileno como estrictamente «dualista» en relación al derecho internacional. Por lo demás, la distinción entre «monismo» y «dualismo» se considera doctrinariamente superada (Brownlie, 2012: 48-50).

Por su parte, la segunda respuesta tentativa asume demasiado sobre la postura de *La forma del derecho* frente al derecho internacional. El hecho de que *La forma del derecho*, en tanto teoría del derecho, no necesite referirse al derecho argentino o estadounidense expresamente para que pueda ser igualmente aplicable a cada uno de aquellos sistemas jurídicos no equivale a que *La forma del derecho* asuma la normatividad de todos los sistemas respecto de los cuales se predica dicha normatividad jurídica. Por de pronto, al tratarse de una reconstrucción del derecho moderno, la *La forma del derecho* debería negar normatividad jurídica a aquellos sistemas premodernos que, o se encuentran obsoletos y su alusión es meramente heurística de fenómenos como la «vulgarización» del derecho (por ejemplo, el antiguo derecho romano) (Atria, 2003: 61 y ss.), o se hallan de tal modo imbricados con consideraciones morales que, aun reclamando vigencia normativa en la actualidad, no po-

4. Con respecto a otras posibles fuentes del derecho internacional público, véase Sands (2001: 527-559).

5. Corte Suprema, Rol 3125-04, «Caso Homicidio Calificado de Manuel Tomás Rojas Fuentes (Caso Chena)», 13 de marzo de 2007, Considerando 36.

drían ser caracterizados como derecho positivo moderno (por ejemplo, el derecho canónico).

Lo que parece atribuir el sello de «modernidad» a un sistema normativo según *La forma del derecho* es la concurrencia de un elemento estatal. En palabras del propio Atria (2003: 67): «El positivismo jurídico nació junto con el estado-nación». Por eso no se entiende por qué *La forma del derecho* deja de tratar un sistema normativo esencialmente estatal (es decir, moderno) como el derecho internacional público. Es posible que la explicación a esta importante omisión pueda ser encontrada en el tipo de positivismo a que adhiere Atria en *La forma del derecho*, el cual a su vez sufre un tipo especial de crisis en la actualidad.

Como ya es sobradamente conocido, el jurista italiano Norberto Bobbio (1991: 37 y ss.) clasificó el «positivismo jurídico» en tres grandes categorías, no conceptualmente vinculadas entre sí: positivismo como modo de aproximación al estudio del derecho, positivismo teórico y positivismo ideológico o ético. El primero consiste en una actitud y un modo científico de aproximarse al estudio del derecho tal y como es, no como el estudioso considera que debería ser. El positivismo jurídico como teoría es, según Bobbio (1991: 43), «la concepción particular del derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: el Estado». Se trata, en consecuencia, de una «teoría estatal del derecho» anclada históricamente en el surgimiento del Estado moderno dotado de un monopolio de la fuerza. Al mismo tiempo, es una teoría «legalista» del derecho en la medida en que considera a la ley como la fuente primordial del ordenamiento jurídico (Prieto, 2011: 159). Por último, el positivismo ideológico confiere al derecho, por su sola existencia, un valor positivo, por lo que su observancia constituye un deber no solamente jurídico, sino también moral (Bobbio, 1991: 47). Cabe agregar que Bobbio (1991: 79) subdivide al positivismo ideológico en una versión extrema, que equipara lo jurídico con lo justo y no considera otro tipo de valores, y una moderada, que manda obedecer al derecho en tanto éste sirve como medio para garantizar ciertos valores como el orden, la paz y la certeza. Se volverá sobre esta distinción en la sección siguiente, al tratar el concepto de «Estado de derecho».

A la luz de lo anterior, parece evidente que *La forma del derecho* adhiere al positivismo teórico en tanto reconstrucción del derecho moderno o estatal. No obstante, es necesario señalar que el propio Atria critica la estricta separación analítica de Bobbio en *La forma del derecho*, pues considera que cuando se piensa en el derecho moderno existe una conexión conceptual o necesaria entre las tres acepciones de positivismo identificadas por el italiano, las cuales actualmente deben poder integrarse sociológicamente (Atria, 2016: 80; 84). Asimismo, Atria sostiene que el positivismo «metodológico» como modo de acercarse al estudio del derecho defendido por Bobbio es insostenible en sus propios términos. Esto porque el positivismo como modo de aproximación busca delimitar el objeto de estudio de la teoría del derecho, objeto

el cual sería el mismo derecho. Pero Atria (2016: 83) afirma que es imposible delimitar tal objeto de estudio sin contar a la vez con una teoría (e ideología) del derecho: «En realidad, la pretensión de que es posible responder a la pregunta sobre si es o no correcto delimitar de ese modo el ‘ámbito de estudio’ de la teoría del derecho sin una teoría de qué es el derecho, es ininteligible».

Todavía más, Atria (2016: 84) considera que no es posible distinguir entre positivismo teórico e ideológico en los términos planteados por Bobbio toda vez que la conexión entre el derecho moderno y el Estado no es accidental, sino constitutiva, por lo que Atria opone su teoría del derecho moderno frente a la pretensión del «pluralismo jurídico» en virtud del cual el derecho estatal habría sido supuestamente superado y coexistirían varios órdenes normativos incompatibles entre sí. En el caso particular del positivismo ético, Atria (2016: 78) adhiere a la formulación del mismo por parte de Jeremy Waldron y de Tom Campbell, sobre cuyas teorías se informará en la sección siguiente.

Sin perjuicio de lo anterior, el ostensible positivismo teórico de *La forma del derecho* no es en ningún caso rechazado por Atria, lo que le valió la crítica de Roberto Gargarella durante el lanzamiento de la obra, ya que *La forma del derecho* a veces queda prisionera de las discusiones positivistas que pretende superar. Esto conduce a la pregunta legítima acerca de la posibilidad de que el fenómeno de la «crisis de la ley» que actualmente afecta al positivismo teórico (es decir, legalista) no alcance también a *La forma del derecho*.

En la tradición jurídica europea continental de los siglos XVIII y XIX, la ley, en tanto manifestación de la voluntad soberana del pueblo, era considerada como la fuente más importante del ordenamiento jurídico, gozando de las características de generalidad, obligatoriedad, abstracción y vocación de permanencia (Henríquez, 2011: 36). No obstante, con el auge del Estado social durante el siglo XX, el preciado amuleto del Estado liberal burgués, esto es, la ley general y abstracta que a todos los sujetos iguala, entró en un periodo de crisis.

En efecto, el debilitamiento del sistema representativo parlamentario (Schmitt, 1990; Gallego y Lobo, 2012: 139), el aumento de las condiciones de pluralismo en las sociedades modernas, el ascenso de la constitución como fuente última del ordenamiento y su correlativo control judicial de la actuación legislativa, así como la proliferación de nuevas fuentes del derecho (como los decretos y los tratados internacionales), son todos factores que durante el siglo XX contribuyeron a generar las condiciones para el surgimiento del fenómeno conocido como la «crisis de la ley» (Henríquez, 2011: 38, 47). Al agravamiento de esta crisis ha contribuido la circunstancia de que la propia ley ha sido objeto de «abuso» por medio de un recurso excesivo a la misma, lo cual ha sido designado como «motorización de la legislación» (Cordero, 2009: 16) o «elefantiasis legislativa» (Henríquez, 2011: 41), del mismo modo como un bien —dígase, por ejemplo, el dólar o la tecnología— se devalúa o deprecia debido a su presencia exacerbada.

Ahora bien, en el positivismo teórico la ley se perfila como la fuente primordial y última que corona todo el ordenamiento jurídico (Nino, 2013: 36). En efecto, al emprender su temprana crítica positivista en contra del oscurantismo premoderno del *common law*, Jeremy Bentham propuso a la ley como la fuente jurídica moderna más adecuada para representar a la comunidad en su totalidad, dada su generación democrática en el Parlamento, por oposición a las normas consuetudinarias y al precedente judicial que, para finales del siglo XVIII, estaban lejos de recoger la racionalidad intrínseca de las relaciones humanas y habían devenido en meros instrumentos para resguardar los «siniestros intereses» de jueces y abogados (Atria, 2004a: 100-111).

En consecuencia, en tanto fuente primordial del derecho estatal moderno, la crisis de la ley debe afectar necesariamente al positivismo teórico y deviene también en una crisis del mismo.

¿Cuál es el origen de la crisis de la ley y del positivismo teórico? Una posible respuesta es la aparición de lo que Atria (2004a: 118) caracteriza como un nuevo fantasma que ronda desde la segunda mitad del siglo XX: el «neoconstitucionalismo». Éste puede ser definido como una corriente de pensamiento que postula la supremacía de la constitución como fuente principal del ordenamiento jurídico, que prevalece por sobre cualquier otra fuente, incluida la ley, debido a que mantiene a raya al poder estatal y consagra los derechos fundamentales de la persona humana (Atria, 2004a: 118; Prieto, 2011: 39-40; Prieto, 2013: 157-161). La razón por la que el neoconstitucionalismo preocupa a positivistas como Atria o como el español Luis Martínez Roldán, radica en que la búsqueda de normas jurídicas más allá de las fuentes sociales empíricamente sancionadas (como la ley), por ejemplo, la búsqueda en los principios, se acerca peligrosamente a una forma de derecho «premoderno» (prepositivismo teórico) que amenaza con disolver el razonamiento jurídico en el razonamiento moral propio del derecho natural (Atria, 2004a; Martínez, 2004). De este modo, se contraponen la ley a la justicia y se pretende «inmolar la ley [...] en el altar del Derecho» (Martínez, 2004: 118), originando este «giro constitucional» la crisis del positivismo (Ollero, 1993: 227; 235).

Una explicación etiológica similar a la anterior yace en las intromisiones que el derecho internacional de los derechos humanos ha estado realizando en los sistemas jurídicos nacionales durante los últimos 70 años, cuyo epítome en la actualidad está representado por el así denominado «control de convencionalidad» en el sistema interamericano, por el cual todo órgano público tiene el deber de ajustar sus actuaciones, no solamente al derecho nacional, sino a la Convención Americana de Derechos Humanos (Henríquez, 2014: 113-141). El ascenso del derecho internacional, en particular de los derechos humanos, podría explicar en consecuencia la crisis de la ley y del positivismo teórico en general.

Sin embargo, en realidad el neoconstitucionalismo y el derecho internacional de los derechos humanos se perfilan más bien como el posible remedio o cura para

la referida crisis, más que constituir sus causas. El verdadero origen de la crisis del positivismo teórico radica en el propio Estado moderno, que alberga dentro de sí la simiente del totalitarismo. En efecto, el propio Atria (2016: 81) admite en *La forma del derecho* que «la experiencia alemana durante el régimen nacionalsocialista, por otra parte, mostró la cara horrible del derecho moderno» y es posible agregar, del Estado moderno. Introduciendo la mordaz fórmula *reductio ad hitlerum*, Atria (2016: 261) admite que deben existir mecanismos institucionales que permitan atajar el terror de las mayorías democráticas, pero estima que la judicatura, en tanto conjunto de instituciones aplicadoras de derecho, no es eficaz en dicho cometido toda vez que el terror se caracteriza precisamente por interrumpir el derecho.

Pero, ¿interrumpe el terror completamente al derecho moderno? La respuesta es negativa, por tres razones. En primer lugar, incluso la lucha política por la fuerza de las armas no deja de estar regulada por las normas del derecho internacional humanitario o derecho de los conflictos armados, como lo señala la propia Corte Suprema en el mentado caso «Chena».⁶

En segundo término, cuando se trata de los hechos realizados por regímenes de facto se distingue entre «actos de mera administración» y actos de vulneración de derechos de los súbditos (Zalaquett, 1995: 13), correspondiendo los primeros a actos jurídicos que gozan de validez y que incluso pueden ser posteriormente homologados cuando se dicta una nueva constitución, como sucede con las «disposiciones transitorias» de la Constitución Política de la República de Chile de 1980. Todavía más, los actos jurídicos regidos por el derecho privado tampoco carecen de validez aunque se hayan realizado durante el gobierno de regímenes de facto, por lo que parece una afirmación exagerada declarar que durante periodos de excepción política se suspende el derecho *in toto*.

La tercera razón por la que el terror no suspende todo el derecho radica en un punto usualmente no desarrollado ni por los positivistas teóricos, como el mismo Atria, ni por sus críticos: El terror totalitario requiere de un alto grado de sofisticación jurídica para poder ser implementado (Luban, 1987: 827).

En su magistral reconstrucción del fenómeno del totalitarismo, Hannah Arendt explica cómo en un comienzo el régimen nazi desató una «avalancha de leyes y decretos», hasta que con la dictación de las Leyes de Nuremberg ya no fue necesario continuar publicando más regulaciones —ni abolir la constitución de Weimar— por cuanto se consideraba que lo ético y lo jurídico ya se había identificado de manera indisoluble. No obstante, Arendt (1976: 393-394) admite que el régimen seguía siendo en realidad gobernado por una «legislación secreta» que no era dada a conocer al público alemán. Es el terror, y no la absoluta ilegalidad, la esencia de la dominación

6. Corte Suprema, Rol 3125-04, «Caso Homicidio Calificado de Manuel Tomás Rojas Fuentes (Caso Chena)», 13 de marzo de 2007, Considerando 11.

totalitaria para lo cual el imperialismo decimonónico sirvió de escuela a los europeos para capacitar a sus funcionarios públicos en una administración inexorable completamente desapegada de los destinatarios de las normas jurídicas (Arendt, 1976: 212, 464). Estos funcionarios cumplían de una manera irreflexiva tal sus macabras comisiones que Arendt (2014: 417-418) posteriormente bautizaría a este fenómeno como la «banalidad del mal», cuyo parentesco con la forma más extrema de positivismo ideológico identificada por Bobbio (1991: 79) (en la cual se reduce lo justo a lo legal) es espeluznante y aleccionadora para todo hombre y mujer de derecho del siglo XXI.

Incluso si se retrucara que en la Alemania nazi no había más derecho que la voluntad de Hitler en virtud del *Führerprinzip* (lo que equivale a decir que no había derecho en absoluto), Arendt (1976: 364-365) aclara que en las dictaduras militares que no alcanzan a ser plenamente totalitarias —como se podría argumentar, sucedió en Chile entre 1973 y 1990— sigue rigiendo un «principio de liderazgo» tradicional en virtud del cual existe una cadena de mando y una jerarquía administrativa que permite identificar los deberes normativos de todos los agentes del régimen.⁷

En suma, la crisis del positivismo teórico y su trasunto, la crisis de la ley, encuentran su origen en el germen de totalitarismo larvado en todos los Estados modernos (Brooks, 2016: 231) como ha quedado de manifiesto a lo largo de lo que Antonio Bascuñán ha llamado el «francamente impresentable» siglo XX (Bascuñán, 2007: 74). En tanto teoría del derecho moderno, y en consecuencia estatal, el positivismo teórico de *La forma del derecho* no se encuentra exento de este peligro y es en el sistema normativo del derecho internacional que puede encontrar los elementos necesarios para realizar su proyecto subyacente de positivismo ético, como se verá a continuación.

Positivismo ético y Estado de derecho internacional

Los críticos de la retórica iusfundamentalista, entre ellos el propio Atria (2005: 19-39), se han ocupado de advertirnos acerca de los peligros del «canto de sirenas» del control jurisdiccional de constitucionalidad/convencionalidad. Sin embargo, siempre subsiste la posibilidad de que dicho canto hipnótico provenga del propio Estado en su forma totalitaria. Ante esta posibilidad, el derecho internacional puede proporcionar el mástil necesario al cual puede atarse voluntariamente una comunidad política para mantenerse firme cuando llegue la bancarrota moral y política del totalitarismo (Fuentes, 2014: 589).

Ahora bien, a pesar de que el Estado moderno es portador del germen de su propia ruina y de la de sus integrantes, lo cierto es que también ha sido la principal entidad impulsora del desarrollo de un sistema normativo que, como el neoconsti-

7. De hecho, la Junta Militar en Chile emitió normas jurídicas denominadas «Bandos» desde el mismo día del Golpe Militar el 11 de septiembre de 1973.

tucionalismo, permite contrarrestar los efectos nocivos del totalitarismo: el derecho internacional.

De acuerdo a Georg Jellinek (1970: 248), el Estado moderno es una institución que se caracteriza desde sus orígenes en las postrimerías del Medioevo por intentar unificar o conglomerar, a guisa de fuerza centrípeta, a una pluralidad de elementos disgregados. Éstos son, de un lado, el binomio político rey-señores feudales (*rex-regnum*), y de otro, la dicotomía poder espiritual-poder temporal.

La aparición del Estado moderno como alternativa normativa-institucional a los complejos organizacionales disponibles hasta el Medioevo (Imperio-Papado), permitió a esta entidad perfilarse como un nuevo actor a nivel internacional, premunido del concepto de la «soberanía» (Falk, 1964: 244). La consolidación del Estado moderno como actor protagónico exclusivo de las relaciones internacionales y del derecho internacional sobreviene con la «Paz de Westphalia», o la serie de tratados internacionales que en 1648 pusieron término a décadas de cruentas guerras de religión en la Europa de la post-reforma.

Esta constelación geopolítica, en virtud de la cual los únicos sujetos de derechos y obligaciones a nivel del derecho internacional eran los Estados (nacionales o imperiales), se mantuvo a lo menos hasta la primera mitad del siglo XX, cuando fue célebremente confirmada en el fallo del caso Lotus por la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1927.

Sin embargo, como sucede con toda institución creada por el artificio humano, el Estado es una forma de organización esencialmente efímera y contingente (Brooks, 2016: 229). Luego de la Segunda Guerra Mundial, el derecho internacional experimentó significativas transformaciones (Lobo, 2010: 55-73). En efecto, frente a los Estados irrumpieron nuevos sujetos de derechos y obligaciones, o «participantes» (Higgins, 2010: 50) en el ámbito internacional, tales como el individuo (titular de derechos humanos y capaz de responsabilidad penal internacional), las organizaciones internacionales (como la ONU), las corporaciones transnacionales, las organizaciones no gubernamentales y los grupos criminales y terroristas internacionales (Sands, 2001; Brownlie, 2012; Besson, 2012; Müller, 2015).

Asimismo, el derecho internacional pasó a ser engrosado por nuevas fuentes normativas (Nikolaidis, 2004: 1366), tales como las resoluciones de órganos internacionales (por ejemplo, el Consejo de Seguridad de la ONU) y el denominado *soft law* (del Toro, 2006: 518), que se sumaron a las fuentes clásicas del derecho internacional, es decir, los tratados, la costumbre y los principios (de acuerdo al tradicional artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). En el derecho internacional también han proliferado nuevos órganos jurisdiccionales (Sands, 2001: 553) en la forma de múltiples cortes o tribunales internacionales llamados a resolver todo tipo de disputas, de variada índole subjetiva (entre Estados, entre Estados e individuos, o solo entre individuos) y material (comercio, derechos humanos, derecho penal, medio ambiente, etcétera).

Sin perjuicio de las mentadas transformaciones, el Estado moderno continúa siendo el principal actor del derecho internacional (Crawford, 2014: 211), por lo que cualquier teoría del derecho internacional que no atienda al comportamiento estatal estará condenada a consistir en una mera «utopía».⁸ En tal sentido, debería resultar inconcuso para el positivismo teórico que existe la necesidad de analizar seriamente las proyecciones normativas que la entidad que es su objeto de estudio, el Estado, posee en el ámbito internacional cuando se relaciona con otros Estados y entidades. Más aún, parece evidente que el derecho internacional moderno como sistema histórico es cooriginario con el surgimiento del Estado moderno. En efecto, lo que en *La forma del derecho* se caracteriza como el proyecto «moderno» del autogobierno democrático (Atria, 2016: 27) ha sido denominado por Martti Koskeniemi (2006a: 5; 21-22) como un «liberalismo jurídico internacional» ya observable en los trabajos de Jean Jacques Rousseau y Emmerich de Vattel, doctrina que asume la artificialidad del derecho (doméstico e internacional) y cuyas metas principales son las mismas que las de *La forma del derecho*, esto es, la autodeterminación, la independencia, el voluntarismo y el Estado de derecho.

No obstante, como ya se señaló, la tradición del positivismo jurídico es en el mejor de los casos ambigua en su postura frente a la normatividad del derecho internacional, por no decir en ocasiones abiertamente mezquina. En particular, *La forma del derecho* se enmarca en la línea doctrinaria que es escéptica con respecto a la naturaleza jurídica del derecho internacional. Como se dijo, un exponente de esta línea es John Austin (1832: 281), para quien el derecho internacional no es más que moral positiva sostenida en los sentimientos compartidos por la comunidad internacional.

¿Cómo se puede explicar este escepticismo radical desde la perspectiva del positivismo teórico? Este tipo de positivismo tan pronto identifica al Estado moderno como el *locus* y la fuente de toda normatividad jurídica en lo doméstico, como despoja al mismo Estado de toda fecundidad normativa cuando actúa en la vida internacional, lo cual es una evidente contradicción. Tratándose de John Austin, Koskeniemi (2008: 34) explica su escepticismo destacando el contexto histórico en el que aquel desarrolla su obra, quien escribe desde la Gran Bretaña que tras las guerras napoleónicas se perfila como el último gran imperio industrial y marítimo del mundo para el cual el derecho internacional no representa sino un obstáculo para sus aspiraciones expansionistas.

Por su parte, *La forma del derecho* se enmarca en un contexto histórico diferente. Es importante destacar aquí que *La forma del derecho* es plenamente consciente de la importancia histórica de las instituciones en tanto constructos humanos contingentes, lo que la conduce a exhortar a la teoría del derecho para que pose su atención

8. Al tiempo que, si el derecho internacional se limita a ser una mera explicación o descripción del comportamiento estatal se verá reducido a una «apología» o «defensa». Véase Koskeniemi (2006a: 17).

sobre los sistemas jurídicos realmente existentes, en especial sobre sus potestades jurídicas (Atria, 2016: 95). Lamentablemente, al tiempo que denuncia la exacerbada atención que ha recibido la potestad judicial y la escasa importancia que se ha asignado a la potestad administrativa (Atria, 2016: 159), *La forma del derecho* omite el estudio de una de las potestades más importantes del Estado moderno en tanto fenómeno secular: su capacidad de entrar en relaciones jurídicas con otros Estados y entidades (es decir, su «personalidad jurídica internacional») (Brownlie, 2012: 115).

Ahora, *La forma del derecho* es una teoría del derecho del siglo XXI, lo que equivale a decir que se trata de una teoría del derecho que, por mucho que se centre en el Estado moderno como único locus relevante de normatividad jurídica, no puede desconocer el *factum* de la globalización y de la imbricación prácticamente irresoluble que el devenir del capitalismo tardío ha urdido entre todos los países del mundo (Atienza, 2013: 31-60; Rodríguez, 1999: 23-32).

Lo anterior no implica que no pueda existir escepticismo alguno frente al derecho internacional en el siglo XXI; pero sí conlleva la necesidad de que se trate de un escepticismo diferente de aquel esgrimido por Austin a inicios del siglo XIX. Por de pronto, una buena manera de poner al día al escepticismo subyacente a *La forma del derecho* es la indagación en la obra de Carl Schmitt sobre el derecho internacional, *El nomos de la tierra*. Schmitt (2006: 187) considera que la función esencial del *jus publicum europaeum* surgido desde el siglo XVII con la Paz de Westphalia es la limitación de la forma de interacción por antonomasia de las nuevas entidades políticas llamadas Estados: la guerra. Según Schmitt (2006: 55) un presupuesto fundamental para que pueda existir un ordenamiento jurídico internacional consiste en la existencia de un *orbis* común, como el del Imperio Romano o el del propio *ius publicum europaeum*. No obstante, tras los grandes cataclismos de las guerras mundiales, Schmitt (2006: 355) lamenta la reconfiguración del sistema eurocéntrico y el ascenso del poderío estadounidense, cuyo dominio como último sujeto hegemónico el alemán vaticinaba ya en la década de 1960 como desenlace histórico probable de la Guerra Fría. Pero el escepticismo de Schmitt (2000: 38) no se refiere a la normatividad del derecho internacional –la que presupone desde luego, incluso mostrándose favorable a la idea de un tribunal internacional de justicia– sino más bien a lo que augura el ascenso de lo que se podría denominar el nuevo *ius publicum americanum*.

Un escepticismo más contemporáneo frente al derecho internacional se encuentra representado, entre otros (Kahn, 2000; Zolo, 2002; Chimni, 2006; Fuentes, 2004), por la teoría de los norteamericanos Jack Goldsmith y Eric Posner, quienes alcanzaron renombre durante el apogeo de la «guerra contra el terror» librada por la administración de George W. Bush, y que podría experimentar un renacer a contar de 2017 con el ascenso de Donald Trump. En su trabajo *The Limits of International Law*, Goldsmith y Posner aclaran que, si bien coinciden con los realistas clásicos en que lo que motiva a los Estados a actuar en las relaciones internacionales es únicamente

el resguardo racional de sus intereses, se declaran «agnósticos» en cuanto al contenido de tales intereses (Goldsmith, 2005: 6). El derecho internacional, afirman los autores, no es un elemento ajeno a dichos intereses estatales, sino que se presenta de manera «endógena» a los mismos: «El derecho internacional surge de la persecución de políticas autointeresadas por parte de los Estados en el ámbito internacional. [...] No es un freno al autointerés estatal, es un producto del autointerés estatal» (Goldsmith, 2005: 13). Se trata, en otras palabras, de lo que Jellinek caracterizaba como una voluntad estatal que se limita a sí misma en el ámbito internacional (Koskeniemi, 2008: 201).

Se concluye que este escepticismo del siglo XXI frente al derecho internacional se centra, no en la normatividad o naturaleza jurídica del mismo (la cual se da por sentada), sino más bien en los orígenes y las limitaciones que dicho sistema posee. *La forma del derecho*, lamentablemente, no parece estar al corriente de esta tendencia, contentándose con mantenerse al abrigo de lo que Koskeniemi (2008: 48) denomina como el «desafío austiniiano».

Ahora bien, ¿es posible trascender el escepticismo y responder al desafío austiniiano desde la propia tradición positivista? Las líneas doctrinarias identificadas más arriba permiten hacer frente a este problema en relación a las dos dimensiones relevantes del concepto de «derecho» que son puestas en duda cuando se trata del derecho internacional: su validez y su eficacia.

Ya se ha mencionado la teoría del derecho de H. L. A. Hart como un ejemplo de la línea doctrinaria que adopta una vía intermedia en relación a la normatividad del derecho internacional. Descartando el optimismo kelseniano como mera circularidad argumentativa (Hart, 2012: 236), en el capítulo X de *The Concept of Law*, Hart (2012: 214) concluye que la ausencia de una legislatura y judicatura, así como de sanciones centralmente administradas, conducen a la calificación del derecho internacional como un caso de aquellos sistemas jurídicos primitivos compuestos solamente de reglas primarias. No obstante, Hart (2012: 217) se resguarda de no negar toda normatividad al derecho internacional únicamente por carecer de un sistema de sanciones, pues de lo contrario estaría concediendo el punto de la teoría imperativista que había logrado refutar en los primeros capítulos de su obra. Hart (2012: 219) destaca que, debido a la naturaleza de la comunidad internacional, la falta de sanciones es compensada por los «disuasivos naturales» (*natural deterrents*) que existen en un esquema de interacciones en que el uso de la fuerza puede escalar hasta magnitudes catastróficas, a diferencia de lo que sucede con los individuos, cuyo poder se atempera recíprocamente como ya lo había notado Hobbes.

Por otro lado, Hart (2012: 223) destaca que la soberanía estatal es un concepto normativo, no natural o histórico, que está determinado por lo dispuesto por el derecho internacional. Asimismo, para Hart (2012: 227) el contenido del derecho internacional se asemeja bastante a aquel de los sistemas jurídicos nacionales, no así su forma,

concluyendo que aquel orden primitivo puede encontrarse en una fase de transición hacia la calidad de sistema jurídico propiamente tal dotado de reglas secundarias (Hart, 2012: 236).

No obstante, Hart (2012: 4) califica al derecho internacional como caso límite que pertenece a «una parte relativamente pequeña y poco importante de la teoría del derecho». ⁹ Esto ha dado origen a una serie de críticas (Dupuy, 1999; Beckett, 2008; Payandeh, 2010; Green, 2011), la más importante de las cuales ha sido formulada por Jeremy Waldron (2013: 209-222) en años recientes. Este autor considera que el capítulo X de *The Concept of Law* es vergonzoso y responsable de que el derecho internacional no haya recibido debida atención de parte de los filósofos del derecho como lamentablemente lo confirma *La forma del derecho*. Waldron (2013: 210-211) acusa que «la filosofía jurídica analítica ha estado vergonzosamente despojada de buenos escritos sobre el derecho internacional», lo cual es tanto más grave cuanto mayor importancia ha adquirido el derecho internacional para debates políticos de primera importancia práctica (como la guerra contra el terror y el uso de la fuerza).

Waldron (2013: 213-218) critica a Hart por inferir falazmente a partir de la realidad de las relaciones internacionales (aún en 1961) que el derecho internacional carece completamente de reglas secundarias, cuando es evidente que posee una judicatura operativa que aplica reglas de adjudicación (representada principalmente por la Corte Internacional de Justicia y una serie de otros tribunales que han proliferado como parte de las transformaciones del derecho internacional clásico) y de reglas de cambio convencionales (por ejemplo, la Convención de Viena del Derecho de los Tratados), consuetudinarias e incluso judiciales.

En cuanto a la regla de reconocimiento del derecho internacional, Waldron (2013: 219) afirma que se puede encontrar, en tanto práctica funcionaria, en parte en las reglas referidas a la celebración de tratados y en parte en reglas provenientes de la práctica judicial internacional. Otros autores que desde la teoría del derecho han hecho frente al desafío austiniiano como Samantha Besson, identifican la regla de reconocimiento del derecho internacional en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia –o más bien, en el antiguo consenso que lo funda–, donde se enumeran las fuentes formales de las que ha de conocer dicho órgano (es decir, tratados internacionales, costumbre internacional y principios del derecho) (Besson, 2012: 181-182; Payandeh, 2010: 989; Green, 2011: 21). Otros proponen complementar la regla del artículo 38 con los estándares provenientes de otros tribunales internacionales y órganos de «gobernanza global» en general (como la OMC) (Lefkowitz, 2012:

9. Por eso no es de extrañar que en un volumen recientemente publicado en Chile para conmemorar los 50 años de la obra de Hart, no exista ningún artículo especialmente dedicado a analizar la teoría del derecho internacional de ese autor como no sea una breve alusión al pluralismo jurídico del «derecho global». Véase Millaleo (2011: 176-179).

199), para poder hablar de una regla de reconocimiento del derecho internacional. No se debe olvidar que, independiente de las críticas que se le pueden formular a la regla de reconocimiento —como, por ejemplo, su carácter superfluo frente a la función ya satisfecha por las reglas de cambio (Waldron, 2009) o de adjudicación (Prieto, 2011:118)— de acuerdo al propio Hart (2012: 117) lo importante es que esta práctica sea llevada a cabo a lo menos por los funcionarios del sistema respectivo, sin que se necesite que toda la comunidad jurídica adhiera a dicha práctica aunque se trate por ello de una «sociedad de borregos». Proyectando el argumento hacia la comunidad internacional, se observa que basta con que los funcionarios operadores del derecho internacional y encargados de dicha «gobernanza global» sostengan la práctica de la regla de reconocimiento para conferirle normatividad al sistema, sin que se necesite que cada ser humano sobre la tierra adhiera a la práctica si bien sería lo deseable como se verá en las conclusiones.

Por otro lado, existe otro motivo por el cual es perfectamente posible, en términos conceptuales, hablar de una regla de reconocimiento del derecho internacional más allá de sus manifestaciones en la realidad de las relaciones internacionales. Como se señaló recién, para Hart (2012: 116) la regla de reconocimiento es en realidad una práctica de los funcionarios de un sistema jurídico, cuyo consenso colectivo confiere un sello de autoridad y, en consecuencia, de pertenencia a las demás reglas del sistema. Sin embargo, más allá de caracterizarlo como un concepto oscuro Hart (2012: 20), nunca define lo que entiende por «autoridad» a pesar de que es un término recurrente a lo largo de su obra. Esta tarea analítica sería enfrentada por Joseph Raz (1985a: 33), quien define al derecho como un sistema normativo que pretende «autoridad» o «poder normativo», es decir, la aptitud de modificar las razones protegidas de los destinatarios de sus normas. Lo fundamental en este punto yace en advertir que al derecho, según Raz (1985b: 295), le basta con a lo menos pretender autoridad sin que sea necesario que de hecho la tenga, por lo que no existe ninguna imposibilidad teórica para concebir al derecho internacional como un tipo de sistema dotado de esta pretensión característicamente jurídica.

Pues bien, el mismo Raz (1986: 19) considera que las tres características más importantes del derecho como sistema consisten en que es normativo, institucionalizado y coactivo. Si bien se podría decir que los dos primeros rasgos son satisfechos por el derecho internacional compuesto por normas jurídicas y dotado de órganos creadores y aplicadores de aquellas, lo cierto es que es en la escasa coactividad del derecho internacional que se puede poner en duda su normatividad o calidad de derecho debido a la falta de eficacia que podría conllevar tal déficit. En un sentido análogo, para Nino (2013: 130-131) el criterio identificador de un sistema jurídico es el recurso por parte de sus órganos primarios a uno y el mismo aparato coactivo para reforzar sus decisiones autoritativas. Ahora, ¿qué sucede cuando no existe tal monopolio de la coacción organizada y, en consecuencia, el sistema jurídico de que se trate termina

siendo ineficaz? Esta pregunta se vuelve tanto más relevante para el derecho internacional cuanto mayor es la importancia que este ordenamiento asigna al denominado «principio de efectividad» (Kelsen, 1965: 355).

Antes de explicar de qué manera la línea doctrinaria del positivismo que adhiere a la completa normatividad del derecho internacional puede responder a esta interrogante se vuelve necesario aludir, someramente, a la proverbial crítica de la supuesta ineficacia endémica del derecho internacional. No satisfecho con el tratamiento injusto que el derecho internacional había recibido hasta entonces por la teoría del derecho, ya en 1982 el connotado publicista británico Ian Brownlie reflexionaba en torno a la realidad y la eficacia del derecho internacional. En cuanto a su realidad, Brownlie destacaba que, aun en plena Guerra Fría, era un hecho que los gobiernos utilizaban las reglas del derecho internacional en tanto es este el sistema que delimita la competencia entre los mismos Estados. El autor estaba consciente de que el derecho no puede nunca reemplazar a la voluntad política de los Estados para la cooperación entre los mismos (Brownlie, 1981; Kelsen, 1965).

En cuanto a la eficacia de este ordenamiento, Brownlie llamó la atención sobre la circunstancia de que entre 1945 y 1982 el elevado número de guerras civiles y de secesión, así como de golpes de Estado a lo largo de todo el mundo, ponía más en duda la eficacia del derecho público doméstico antes que la del propio derecho internacional (Brownlie, 1981: 2; Falk, 1964: 254). En atención a la gran cantidad de conflictos armados internos en la actualidad, los cuales superan largamente a los conflictos internacionales (Tams, 2009: 359), la respuesta de Brownlie encuentra todavía mayor aplicación en el siglo XXI. El derecho internacional público, por su parte, goza actualmente de una alta eficacia grosso modo, como lo ha demostrado James Crawford (2014: 43-47) respecto de algunos ámbitos como el derecho del mar y la prohibición de la trata de esclavos. El hecho de que existan episodios de infracción flagrante de normas internacionales por parte de algunos Estados —como la invasión a Irak por Estados Unidos en 2003 o la anexión de Crimea por Rusia en 2014— no le resta normatividad al derecho internacional en general, así como ciertos escándalos históricos acaecidos en el derecho interno de los Estados —como el caso Watergate en Estados Unidos— no le han restado normatividad a esos ordenamientos. En la medida que se trate, en ambos casos, de episodios de ineficacia localizada de un sistema en general eficaz, todavía podrá hablarse de derecho (doméstico o internacional) como quiera que ningún ordenamiento jurídico puede poseer una eficacia total sin, al mismo tiempo, dejar de ser prescriptivo (Kelsen, 1982: 224). Como sentenció célebramente Louis Henkin (1979: 47): «almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all of the time»¹⁰.

10. «La mayoría de las naciones respetan la mayoría de los principios del derecho internacional y la mayoría de sus obligaciones la mayoría del tiempo».

Por otro lado, no se debe subestimar el valor de la hipocresía en los sistemas normativos, la cual es parasitaria de un vigente aspecto interno de las reglas que se procura defraudar de manera subterfugio, a diferencia del cinismo, que no reconoce normatividad alguna. En tal sentido, tan importante es la hipocresía para el derecho doméstico como lo es para el derecho internacional (Waldron, 2013: 212).¹¹

Finalmente, Brownlie (1981: 6) concluye criticando a Hart por su «apriorismo conceptual» que termina aplicando forzosamente categorías absolutas a sistemas normativos realmente existentes a la manera de un lecho de Procusto, crítica que más tarde sería popularizada gracias a Ronald Dworkin (2012: 45) con su imagen del «aguijón semántico» de Hart.

Ahora bien, cuando su ineficacia es suficientemente intensa, el derecho a veces puede ser suspendido. Esto sucede, por ejemplo, cuando se instaura una dictadura militar en un país, sea que se trate de lo que Schmitt caracteriza como una dictadura «soberana» (que busca implantar una nueva constitución) o «comisarial» (la cual busca preservar la constitución (Schmitt, 1968: 37 y ss.; Atria, 2006: 50)).

La situación de suspensión del derecho mediante la instauración de lo que en la teoría constitucional se conoce como un «estado de excepción» constituye un momento heurístico particularmente idóneo para discernir la función que desempeña el derecho una vez que éste ha cesado de prestarla. Esto porque si, como sostiene Neil MacCormick, el derecho es un hecho institucional (MacCormick, 1992: 49 y ss.; 1998: 11 y ss.), entonces se trata de un constructo de naturaleza esencialmente teleológica atendido que todo hecho institucional debe desempeñar una determinada función (diversa a la desempeñada por el hecho bruto que le da origen) (Searle, 1995: 14-15). En *La forma del derecho*, Atria (2016: 149) explica esta naturaleza funcional del derecho y afirma que consiste en formas (es decir, estructuras que determinan instituciones) que vuelven probable la obtención de determinada función.

Este carácter teleológico del derecho como una verdadera herramienta para alcanzar diversos fines sociales había sido destacado ya, entre otros autores (Kelsen, 1982: 44 y ss.), por Jorge Millas y por Joseph Raz. Para el chileno, el hecho de que el derecho sea una creación teleológica conduce de inmediato a la pregunta axiológica por los valores que dicho sistema busca resguardar (Millas, 2012: 341-343). Siguiendo lo que Bobbio denomina como un «positivismo ético moderado», Millas (2012: 349-351) concluye que en virtud de su «plasticidad axiológica», el derecho puede servir para alcanzar los valores del orden, la paz, la seguridad y la justicia (si bien admite que el único valor exclusivamente jurídico es el de la «seguridad jurídica»).

Raz, por su parte, afirma que a partir de esta naturaleza instrumental del derecho se puede conocer, aristotélicamente hablando, la virtud de la herramienta jurídica

11. Corte Internacional de Justicia, «Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua v. Estados Unidos)», 27 de junio de 1986, párrafo 186. Véase Waldron (2013: 212).

para alcanzar su propósito de regular el comportamiento humano: el «Estado de derecho», virtud denominada en inglés *the rule of law*.¹² Esta virtud puede desglosarse, según Raz (1985a: 268-273), en una serie de principios que un ordenamiento jurídico debe satisfacer: las disposiciones deben ser prospectivas, abiertas y claras; deben ser relativamente estables; las disposiciones particulares deben ser guiadas por otras disposiciones abiertas, estables, claras y generales; se debe garantizar la independencia del poder judicial; debe existir un debido proceso; los tribunales deben tener poder de revisión (aunque limitado) sobre la legislación y la administración; los tribunales deben ser fácilmente accesibles; y los órganos de prevención criminal no deben pervertir el derecho.

Es justamente a este «virtuosismo instrumental» (es decir, la virtud del *instrumento qua instrumento*) o «funcionalidad» del derecho a los que alude Lon Fuller (1969: 39) cuando habla de la «moralidad del derecho», avanzando un catálogo de criterios bastante similares a los de Raz.

Se trata de criterios que, siguiendo a Georg von Wright, se fundan en antecedentes «anankásticos», esto es, descriptivos de las condiciones reales del mundo y de la naturaleza humana. Una proposición anankástica, de acuerdo a von Wright (1970: 29), sirve de insumo a las directrices, un tipo de norma hipotética que instruye cómo alcanzar un determinado fin considerando las circunstancias del mundo tal y como es. De este modo, el «Estado de derecho», en tanto virtud teleológica del instrumento jurídico, puede conceptualizarse como una «directriz» fundada en una reconstrucción anankástica del mundo social para alcanzar el fin último de regulación del comportamiento humano. Todavía más, en este sentido se podría caracterizar también al Estado de derecho como la «regla ideal» que sirve de patrón de corrección ontológica al derecho siguiendo la misma taxonomía de von Wright (1970: 33-35).¹³

Después de todo, como señala Hart (2012: 192) el derecho no es un conjunto de normas para un «club de suicidas», sino que busca preservar a determinada comunidad humana. Hart denomina, algo desafortunadamente, al conjunto de truismos o verdades elementales anankásticas que todo sistema jurídico debería considerar para el cumplimiento exitoso de su cometido como el «contenido mínimo de derecho natural». Éste incluye hechos brutos como la vulnerabilidad humana, la igualdad aproximada entre las personas, el altruismo limitado, la escasez de recursos, y la limitada inteligencia y fuerza de voluntad de los seres humanos (Hart, 2012: 193-200). De cierta manera, es a este conjunto de observaciones fundamentales a las que se

12. En lugar de usar la expresión «Imperio del Derecho» he optado por conservar la traducción del término original que utiliza el traductor de Raz, Rolando Tamayo y Salmorán, por ser de uso más generalizado. Véase Raz (1985a: 281-282).

13. El propio von Wright aclara que las «reglas ideales» participan, en alguna medida, de la naturaleza de las directrices.

refiere también la tradición «clásica» del derecho natural que persigue garantizar los bienes humanos básicos, idea defendida por John Finnis (2002: 1-37). Por su parte, Atria también habla de la «ley natural» cuando se refiere a «lo que es bueno para los seres humanos dada nuestra naturaleza, es decir, dado el tipo de seres que somos». La comunidad de la que la ley natural es ley, continúa Atria (2016: 395), es la «comunidad humana».

Es importante consignar en este punto que la «vulnerabilidad humana» a la que alude Hart en su descripción de las verdades fundamentales puede ser calificada dependiendo del contexto histórico en el que nos encontremos. De este modo, mientras los seres humanos siempre hemos sido y seremos vulnerables a las enfermedades, la muerte y la hambruna, el siglo XX nos ha puesto en una posición especialmente vulnerable frente a los desenfrenos del totalitarismo y la guerra total, algo de lo que el derecho (nacional e internacional) debería tomar debida nota.

Pues bien, ¿se puede hablar de un «Estado de derecho internacional»? Samantha Besson (2012: 172) asegura que los mismos principios postulados por Raz pueden ser perfectamente aplicados al derecho internacional. James Crawford (2014: 353) también acepta, aunque matizadamente, el concepto de un Estado de derecho internacional. Pero, ¿qué relación existe entre el Estado de derecho nacional e internacional?

Una vez que el derecho nacional cesa en su eficacia debido a un estado de excepción se podría concluir que, en atención a su naturaleza esencialmente finita frente al fenómeno desbordante de lo político, el derecho se encuentra completamente suspendido y no es posible hacer frente a las atrocidades del totalitarismo desde la trinchera jurídica. Esta es la postura adoptada en *La forma del derecho* (Atria, 2016: 261; 2003: 45-89; 2005: 19-39). También ha sido defendida por otros autores, como Juan Pablo Mañalich (2010: 36-37), para quien el derecho, sea nacional o internacional, es esencialmente limitado frente a lo político y al terror. No obstante, Mañalich concluye de manera demasiado apresurada que cuando falla el derecho interno también falla, *eo ipso*, el derecho internacional. Al reflexionar sobre el derecho y la revolución en *The Concept of Law*, Hart se pregunta si al retornar un gobierno del exilio, luego de un estado de excepción, dicho gobierno ha de enfrentarse a problemas exclusivamente fácticos y no jurídicos. Ya se dijo que, en tiempos de excepción, se distingue entre actos de mera administración y de violación de derechos. Pero además, Hart (2012: 119) considera que lo sucedido en tiempos de excepción puede, ora ser regulado de manera artificial mediante disposiciones constitucionales retroactivas (como los artículos transitorios de la Constitución chilena de 1980), ora haber estado desde siempre regido por el derecho internacional sin solución de continuidad.

Es en la incapacidad de incorporar la normatividad del derecho internacional frente a la excepción del terror totalitario, encogiéndose de hombros y solo denunciando la reductio *ad hitlerum*, donde radica la principal debilidad de *La forma del derecho* en los términos de su propio argumento. En efecto, al ignorarlo completa-

mente, *La forma del derecho* no solo desperdicia la oportunidad que ofrece el derecho internacional como laboratorio excepcional para poner a prueba los conceptos jurídicos fundamentales gracias al reactivo de la política internacional (Beckett, 2008: 69-80). En tanto forma de positivismo ético, *La forma del derecho* es privada del sistema normativo que ha de garantizar, en último término, el resguardo de uno de los valores más preciados para la obra atriana: la dignidad humana.

Atria (2009: 114; 2016: 383; 410) concibe a la dignidad en un doble sentido: primero, como la concepción kantiana de respeto por cada ser racional como fin en sí mismo. Segundo, para Atria (2016: 226; 320; 399) la dignidad consiste en la autorrealización recíproca que solamente puede darse en un contexto colectivo, es decir, en tanto ciudadanos que se reconocen mutuamente.¹⁴

En este sentido, *La forma del derecho* se perfila, acaso inopinadamente, como lo que Waldron (2012a: 15) ha denominado una «jurisprudencia (doctrinaria) de la dignidad». Más aún, se trata de una teoría que busca resguardar los dos valores — aparentemente postulados como cooriginarios— de la dignidad humana y del autogobierno. De este modo, *La forma del derecho* sigue el positivismo ético de Tom Campbell (Atria, 2016: 78), para quien el derecho positivo debe buscar tanto el resguardo de las decisiones democráticamente alcanzadas como otros fines colectivos e individuales (Campbell, 1996: 1-10). Asimismo, *La forma del derecho* hace suya la concepción de dignidad humana subyacente a la teoría de Lon Fuller (1969: 162), para quien toda infracción a la moralidad del derecho (es decir, al Estado de derecho) es una afrenta a la dignidad del ser humano como un agente responsable. En otras palabras, la finalidad del Estado de derecho según Fuller y *La forma del derecho* es la protección de la dignidad humana.

Ahora bien, Campbell (1996: 1-10) también pone de manifiesto que su propuesta positivista es «ética» y no «moral» porque se centra en una «moralidad de roles» determinada por instituciones. De acuerdo a uno de sus principales teóricos contemporáneos, Christopher McCrudden (2015: 13) la dignidad humana no es solamente un concepto político, sino también institucional. Como ya se ha señalado, *La forma del derecho* busca exorcizar a la teoría del derecho del «aguijón semántico» mediante el estudio de las instituciones históricas o empíricas del Estado moderno (Atria, 2016: 334). Sin embargo, debido a que no pone atención a las instituciones propias del derecho internacional, *La forma del derecho* no se enriquece con la institución de la dignidad humana tal como ha sido desarrollada en el devenir de dicho sistema normativo.

En efecto, si bien es acertada la crítica en contra del derecho internacional cuando éste se presenta como una forma de universalismo que no pone atención a las circunstancias históricas de cada comunidad política (Kahn, 2000), lo cierto es que, como propone Waldron (2012a: 13-46), la dignidad humana es un rango o status po-

14. Sobre la dignidad y la ciudadanía, véase también Waldron (2015: 327-343).

sitivamente construido a partir del derecho internacional durante los últimos setenta años, gracias a la toma de conciencia de la especial vulnerabilidad histórica del ser humano frente a los excesos del totalitarismo y de la guerra total. De este modo, la heramienta jurídica está en mejores condiciones de servir a su propósito (es decir, de cumplir la virtud del Estado de derecho) una vez que ha incorporado a su «contenido mínimo de derecho natural» la posibilidad de que el ser humano sea brutalizado de tal manera que un concepto como el de dignidad sea lo único que pueda interponerse entre el mismo y su completa bestialización (Arendt, 1976: 458).

Se trata de un logro histórico del que ha participado toda la comunidad internacional y que se presenta de manera ubicua en el derecho internacional convencional,¹⁵ de modo que bien puede la dignidad ser caracterizada como lo que Waldron, siguiendo a Jung, llama un «arquetipo», esto es, un concepto jurídico que epitomiza el espíritu de toda un área del derecho, en este caso, del derecho internacional.¹⁶

En virtud del ascenso del valor de la dignidad humana se han elevado al rango de *ius cogens* una serie de principios (es decir, prohibición del genocidio, la tortura, la esclavitud, la discriminación racial, la agresión y la reafirmación de la autodeterminación de los pueblos, entre otras (Koskeniemi, 2006b: 374)) pero que al mismo tiempo son contingentes, de conformidad a la propia definición de *ius cogens* entregada por el artículo 53 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados.¹⁷

15. Véase Carta de las Naciones Unidas, preámbulo; Declaración Universal de los Derechos Humanos, preámbulo y artículos 1 y 23; Convenios de Ginebra de 1949, artículo 3 común; Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, preámbulo; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, preámbulo, artículo 10; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, preámbulo, artículo 13; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, preámbulo; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, preámbulo; Convención de los Derechos del Niño, preámbulo; Convención para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y Miembros de sus Familias, artículos 17, 70; Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, artículo 19; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, preámbulo, artículos 3, 8, 16, 24, 25; Convención Americana de Derechos Humanos, preámbulo, artículos 6, 11; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, preámbulo; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, preámbulo; Carta Árabe de Derechos Humanos, preámbulo; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, preámbulo; Protocolo 13 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, preámbulo; Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, preámbulo, artículos 1, 25, 31; entre otros.

16. En el caso del derecho constitucional norteamericano un ejemplo de arquetipo es la institución del *habeas corpus* o la prohibición de la tortura. Véase Waldron (2012b: 227-232).

17. Artículo 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). «Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la

Esta contingencia no le resta importancia a la dignidad como logro en el devenir de la historia de la humanidad si se adhiere a una filosofía de la historia que, como la propuesta por Colingwood (2011: 296), es capaz de evaluar moralmente los progresos y retrocesos de los hechos humanos a lo largo del tiempo. En la medida que considera a los derechos como victorias políticas a lo largo del tiempo (Atria, 2016: 275, nota 14) (y se debe recordar que, según von Ihering (1915: 21-30), «la vida del derecho» es lucha), *La forma del derecho* pareciera adherir también a esta filosofía de la historia.

Si el Estado de derecho o la moralidad del derecho permiten resguardar el valor de la dignidad humana, entonces ello también puede ser alcanzado mediante el sistema jurídico conocido como derecho internacional. En otras palabras, es perfectamente posible hablar de un «Estado de derecho internacional», tal como ha propuesto el mismo Waldron. Para este autor el Estado de derecho impone una moralidad de roles a los abogados para que, al tiempo que defienden los intereses de sus clientes, resguarden los valores de la justicia y el bien común. De este modo, el Estado de derecho permite proteger a las personas del poder estatal. Tratándose del derecho internacional, asegura Waldron, si bien los Estados son los sujetos principales del sistema, no son ellos los beneficiarios del Estado de derecho internacional, puesto que son los Estados mismos los creadores de las normas, como los parlamentarios en el sistema nacional. En último término, tanto las normas del derecho internacional como las del derecho doméstico buscan resguardar la libertad y dignidad de los individuos (Waldron, 2006: 17).

De esta manera, en lugar de cifrar todas sus esperanzas en la contingencia de lo político, *La forma del derecho* podría encontrar en el derecho internacional el complemento de aquellas formas que permiten o vuelven probable alcanzar las valiosas funciones que de otro modo (y a veces «del peor modo posible»), no podrían ser logradas (Payandeh, 2010: 981) como el respeto por la dignidad de todo ser humano (Koskeniemi, 2006a: 203). En ese sentido, atendidos sus propios loables propósitos, es del todo lamentable que *La forma del derecho* no haya incorporado al derecho internacional dentro de su análisis.

Consideraciones finales

De acuerdo a *La forma del derecho*, la «comunidad humana universal» subyacente a la ley natural es una comunidad en la cual se ha superado lo político. Se trata de una idea fundacional, la cual todavía no ha logrado una existencia concreta en la experiencia humana (Atria, 2016: 397). No queda del todo claro cuál es la relación

comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.»

que guarda dicha comunidad con lo que Atria (2016: 464-465) denomina al final de *La forma del derecho* como «el pueblo como concepto postinstitucional». Pareciera que se trata de sinónimos, puesto que éste último concepto es definido como «una forma anticipatoria de hablar de la humanidad completa», un horizonte o meta que se contrapondría a la idea presente de una «república universal» actual.

De este modo, *La forma del derecho* concluye con una sección exhortatoria que se presenta como una «teología política» finalista (Atria, 2016: 434 y ss.), es decir, una verdadera «escatología política» que ve en el positivismo ético a la Campbell el camino hacia la redención del autogobierno y el reconocimiento entre los seres humanos.

De manera análoga, recientemente Walsh (2015: 245) ha caracterizado a la dignidad humana como un «concepto escatológico» en los siguientes términos:

Un concepto escatológico es uno que no puede ser completamente conocido porque vivimos dentro del mismo. Algún día su significado será revelado, pero por ahora vemos a través de un vidrio opaco. La dignidad humana es un concepto tal, porque dice lo que no podemos plenamente decir: esto es, que cada ser humano es inviolable.

Lo que tienen en común ambas escatologías, la del pueblo en Atria y de la dignidad humana en Walsh, es que se trata de teorías idealistas, que no se conforman con las formas de vida deficitarias que llevan en la actualidad los seres humanos y que abrigan la esperanza de un mejor futuro a ser alcanzado mediante las instituciones que nos hemos dado. Ambas doctrinas corresponden a lo que Martti Koskeniemi (2006a: 209 y ss.) ha denominado como «idealismo» dentro de la doctrina del derecho internacional, uno de cuyos máximos representantes durante el siglo XX fue el jurista chileno e impulsor del «Derecho Internacional Americano» y del «Nuevo Derecho Internacional», Alejandro Álvarez. Luego de la Segunda Guerra Mundial, Álvarez (1962: 158) describió el surgimiento de una verdadera «conciencia pública mundial» que propugna la paz y la cooperación entre las naciones. Dicha conciencia corresponde a la que Arendt ha denominado como un «*consensus iuris*» que posibilita, de manera similar al «orbis» común descrito por Schmitt (2006: 55), la existencia y desenvolvimiento de todo sistema normativo, incluyendo el derecho internacional (Arendt, 1976: 462).

Este *consensus iuris* se encuentra representado actualmente en el derecho internacional por el axioma de la dignidad humana, valor cúspide del derecho internacional de los derechos humanos (Tasioulas, 2015: 291). Por lo tanto, puede decirse que, si bien se trata de dos conceptos escatológicos, el de la dignidad humana ha alcanzado un grado mayor de realización en la actualidad que el del pueblo o la comunidad humana universal. Tal vez lo correcto sería decir que la dignidad humana es un «concepto protoescatológico», el que en tanto forma jurídica internacional funciona a modo de puente que permite que sea cada vez más probable la función última del reconocimiento recíproco que es (será) propio del pueblo o la comunidad humana universal.

Lo que se requiere para poder recorrer la senda que, a través de la dignidad, nos conducirá hacia la comunidad humana universal no es la retirada hacia la ciudadela interna de la propia comunidad política —tan nociva como la ciudadela interna del solipsismo—, sino más bien la práctica de lo que Martti Koskenniemi describe favorablemente como una «cultura del formalismo». Ésta se caracteriza por una resistencia a la tiranía, la rendición de cuentas por la autoridad, la transparencia y la igualdad entre las personas, todo lo cual permite la realización de un universalismo no imperialista, donde lo universal es descrito por el Koskenniemi (2008: 500-504) como un «horizonte de posibilidad» de manera análoga al concepto posinstitucional de pueblo de *La forma del derecho*.

No obstante, Koskenniemi nos advierte acerca de tres grandes peligros que acechan al derecho internacional en el siglo XXI: la desformalización, la fragmentación y el imperialismo. En lo que aquí interesa, la desformalización consiste en la reducción del derecho a una serie de procedimientos y directrices para que un grupo de expertos (públicos o privados) administren problemas aplicando pura racionalidad estratégica (Koskenniemi, 2007a: 12). Lo que se requiere para hacer frente a este fenómeno, propone Koskenniemi (2007a: 21), es la adopción de una «mentalidad constitucionalista», no en el sentido del neoconstitucionalismo criticado por *La forma del derecho*, sino como un reverdecimiento del universalismo kantiano que nos permita actuar en base a normas autónomamente generadas, universalizables y que resguardan la libertad y dignidad de las personas. De este modo, el proyecto «civilizador» (Schweitzer, 1987: 22) del derecho internacional no yace en la edificación de una arquitectura de «gobernanza global», sino en la adopción, de parte de legos y juristas, de una cosmovisión legalista-universalista que promueva la ilustración (*Bildung*) del individuo y su responsabilidad como agente moral, tanto para consigo mismo como para el bien de la comunidad (Koskenniemi, 2007b: 15). En palabras del propio Koskenniemi (2007b: 15): «La Carta de Naciones Unidas habla de un ‘nosotros’, que une a cada actor individual a un proyecto común de libertad. Los fracasos de la ley, a este respecto, solo subrayan el significado de sus aspiraciones».

En tal sentido, es en la forma del derecho internacional que *La forma del derecho* puede encontrar un adecuado complemento para avanzar el encomiable proyecto histórico del positivismo jurídico para la superación del sufrimiento humano y la reafirmación de la dignidad.

Referencias

- ALDUNATE, Eduardo (2010). «La posición de los Tratados Internacionales en el Sistema de Fuentes del Ordenamiento Jurídico Chileno a la luz del Derecho Positivo». *Revista Ius et Praxis*, 16 (2): 185-210.

- ÁLVAREZ, Alejandro (1962). *El nuevo derecho internacional en sus relaciones con la vida de los pueblos*. Santiago: Jurídica de Chile.
- ARENDR, Hannah (1976). *The Origins of Totalitarianism*. Nueva York: Harcourt.
- . (2014). *Eichmann en Jerusalén*. 10.^a ed. Barcelona: DeBolsillo.
- ATIENZA, Manuel (2013). *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*. Madrid: Pasos Perdidos.
- ATRIA, Fernando (2003). «La hora del derecho: Los ‘derechos humanos’ entre la política y el derecho». *Revista de Estudios Públicos*, 91: 45-89.
- . (2004a). «La ironía del positivismo jurídico». *Revista Doxa*, 27: 81-139.
- . (2004b). «¿Existen Derechos Sociales?». *Revista Discusiones*, 4: 15-59.
- . (2005). «El derecho y la contingencia de lo político». *Revista Derecho y Humanidades*, 11: 19-39.
- . (2006). «La soberanía y lo político». *Revista Derecho y Humanidades*, 12: 47-93.
- . (2009). «La verdad y lo político». *Revista Derecho y Humanidades*, 15: 83-134.
- . (2016). *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- AUSTIN, John (1832). *The province of jurisprudence determined*. Londres: John Murray.
- BASCUÑÁN, Antonio (2007). «Derechos fundamentales y derecho penal». *Revista de Estudios de la Justicia*, 9: 47-74.
- BECKETT, Jason (2008). «The Hartian Tradition in International Law». *The Journal Jurisprudence*, 53: 51-83.
- BESSON, Samantha (2012). «Theorizing the sources of International Law». En Samantha Besson y John Tasioulas (editores), *The Philosophy of International Law* (pp. 163-185). Oxford: Oxford University Press.
- BOBBIO, Norberto (1991). *El problema del positivismo jurídico*. México D.F.: Fontamara.
- BROOKS, Rosa (2016). *How Everything Became War and the Military Became Everything. Tales from the Pentagon*. Nueva York: Simon & Schuster.
- BROWNLIE, Ian (1981). «The reality and efficacy of international law». *British Yearbook of International Law*, 2: 1-8.
- . (2012). *Principles of Public International Law*. 8.^a ed. Oxford: Oxford University Press.
- CAMPBELL, Tom (1996). *The legal theory of ethical positivism*. Aldershot: Dartmouth.
- CHIMNI, B.S (2006). «Third World approaches to international law: A manifesto». *International Community Law Review*, 8: 3-27.
- COLLINGWOOD, Robin (2011). *Idea de la Historia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- CORDERO, Eduardo (2009). «Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno». *Revista Ius et Praxis*, (15) 2: 11-29.
- CRAWFORD, James (2014). *Chance, Order, Change: The Course of International Law*. La Haya: The Hague Academy of International Law.

- DEL TORO, Mauricio (2006). «El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional». *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 6: 513-549.
- DUPUY, Pierre-Marie (1999). «The danger of fragmentation or unification of the international legal system and the International Court of Justice». *International Law and Politics*, 31: 791-807.
- DWORKIN, Ronald (2012). *Law's Empire*. Portland: Hart Publishing.
- FALK, Richard (1964). «The Adequacy of Contemporary Theories of International Law. Gaps in Legal Thinking». *Virginia Law Review*, (50) 2: 231-265.
- FINNIS, John (2002). «Natural Law: The Classical Tradition». En Jules Coleman y Scott Shapiro (editores), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (pp. 1-37). Nueva York: Oxford University Press.
- FUENTES, Ximena (2004). «La Jurisdicción Universal y la Corte Penal Internacional». *Revista de Estudios de la Justicia*, 4: 123-134.
- . (2014). «La jerarquía y el efecto directo del Derecho Internacional en el sistema jurídico chileno». En Pablo Fuenzalida, Pablo Grez y Javier Wilenmann (editores), *Una vida en la Universidad de Chile: celebrando al Profesor Antonio Bascuñán Valdés* (pp. 583-618). Santiago: Legal Publishing.
- FULLER, Lon (1969). *The Morality of Law*. 2.^a ed. New Haven: Yale University Press.
- GALLEGO, Javier y Juan Francisco Lobo (2012). «Estado, poder y deliberación. Algunas consideraciones sobre la crisis del parlamentarismo». *Revista Derecho y Humanidades*, 20: 139-173.
- GOLDSMITH, Jack y Eric Posner (2005). *The limits of international law*. Nueva York: Oxford University Press.
- GREEN, Sebastián (2011). «El derecho internacional actual. ¿Un derecho primitivo? Una reflexión a 50 años de *The concept of law*». *Revista Universidades*, 51: 17-28.
- HART, H.L.A (2012). *The Concept of Law*. 2.^a ed. Oxford: Oxford University Press.
- HELLER, Hermann (1995). *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y el derecho internacional*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- HENKIN, Louis (1979). *How Nations Behave*. 2.^a ed. Nueva York: Columbia University Press.
- HENRÍQUEZ, Miriam (2011). «¿Crisis del concepto tradicional de ley en el sistema de fuentes del Derecho chileno?». En Miriam Henríquez (coordinadora), *Perspectiva del Derecho Constitucional desde el Mirador del Bicentenario* (pp. 35-48). Santiago: Libromar.
- . (2014). «La polisemia del control de convencionalidad». *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 24: 113-141.
- HIGGINS, Rosalyn (2010). *Problems and Process. International Law and How We Use it*. Nueva York: Oxford University Press.
- HOBBS, Thomas (1992). *El Leviatán*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- JELLINEK, Georg (1970). *Teoría General del Estado*. 2.^a ed. Buenos Aires: Albatros.

- KAHN, Paul (2000). «El derecho internacional y la comunidad». En *SELA 2000: Estado de Derecho y democracia* (pp. 55-81). Universidad de Palermo, Buenos Aires.
- KELSEN, Hans (1965). *Principios de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: El Ateneo.
- . (1982) *Teoría pura del derecho*. 2.^a ed. México D.F.: UNAM.
- KOSKENNIEMI, Martti (2006a). *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*. Nueva York: Cambridge University Press.
- . (2006b). *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of international law*. Ginebra: Naciones Unidas.
- . (2007a). «Constitutionalism as a mindset. Reflections on Kantian themes about international law and globalisation». En *Theoretical Inquiries in Law*, 8 (1): 9-36.
- . (2007b). «Formalismo, fragmentación y libertad. Temas kantianos en el derecho internacional actual». *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 2: 209-226.
- . (2008). *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press.
- LEFKOWITZ, David (2012). «The sources of International Law: Some philosophical reflections». En Samantha Besson y John Tasioulas (editores), *The Philosophy of International Law* (pp. 187-203). Oxford: Oxford University Press.
- LOBO, Juan Francisco (2010). «Adiós a Westphalia. Hacia la ‘constitución’ de un derecho cosmopolita». *Revista Estudios Internacionales*, 167: 55-73.
- LUBAN, David (1987). «The Legacies of Nuremberg». *Social Research*, 54 (4): 779-829.
- MACCORMICK, Neil y Ota Weinberger (1992). *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company.
- MACCORMICK, Neil (1998). «Norms, institutions and institutional facts». *Law and Philosophy*, 17 (3): 301-345.
- . (2007) *Institutions of Law*. Nueva York: Oxford University Press.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2010). *Terror, pena y amnistía*. Santiago: Flandes Indiano.
- MARTÍNEZ, Luis (2004). «El derecho y la crisis de la ley». *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 9 (13): 109-145.
- MCCRUDDEN, Christopher (2015). «In Pursuit of Human Dignity: An Introduction to Current Debates». En Christopher McCrudden (editor), *Understanding Human Dignity* (pp. 1-58). Oxford: Oxford University Press.
- MILLALEO, Salvador (2011). «El punto de vista interno de H.L.A. Hart (y Peter Winch): Giros, comunidades y pluralidades». En Sebastián Figueroa (editor), *Hart en la teoría del derecho contemporánea: a 50 años de El Concepto de Derecho* (pp. 143-180). Santiago: UDP.
- MILLAS, Jorge (2012). *Filosofía del derecho*. Santiago: Ediciones UDP.
- MÜLLER, Karl (2015). «Transferencia de Atribuciones Soberanas a Organizaciones Internacionales en el Derecho Chileno». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 44: 493-529.

- NIKOLAIDIS, Kalypso y Joyce, Tong (2004). «Diversity or cacophony? The continuing debate over new sources of international law». *Michigan Journal of International Law*, 25: 1349-1375.
- NINO, Carlos Santiago (2013). *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- NOGUEIRA, Humberto (1997). «Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno». *Revista Ius et Praxis*, 2 (2): 9-43.
- OLLERO, Andrés (1993). «La crisis del positivismo jurídico». En *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 28: 209-256.
- PASTOR, José Antonio (2015). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 19.^a ed. Madrid: Tecnos.
- PAYANDEH, Mehrdad (2010). «The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart». *The European Journal of International Law*, (21) 4: 967-995.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2011). *Apuntes de teoría del Derecho*. 6.^a ed. Madrid: Trotta.
- . (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.
- RAZ, Joseph (1985a). *La Autoridad del Derecho*. México D.F.: UNAM.
- . (1985b). «Authority, law and morality». *The Monist*, (3) 68: 295-324.
- . (1986). *El Concepto de Sistema Jurídico*. México D.F.: UNAM.
- . (1991). *Razón práctica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- . (2012). «Human Rights without Foundations». En Samantha Besson y John Tasioulas (editores), *The Philosophy of International Law* (pp. 321-337). Oxford: Oxford University Press.
- RODRÍGUEZ, Gabriela (1999). «Derecho Internacional y Globalización». *Revista Isonomía*, 11: 23-32.
- SANDS, Philippe (2001). «Turtles and torturers: The transformation of International Law». *International Law and Politics*, 33: 527-559.
- SCHMITT, Carl (1968). *La dictadura*. Madrid: Revista de Occidente.
- . (1990). *Sobre el parlamentarismo*. Madrid: Tecnos.
- . (2000). *Catolicismo y forma política*. Madrid: Tecnos.
- . (2006). *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum*. Nueva York: Telos Press.
- SCHWEITZER, Albert (1987). *The Philosophy of Civilization*. Nueva York: Prometheus Books.
- SEARLE, John (1995). *The construction of social reality*. Nueva York: The Free Press.
- TAMS, Christian (2009). «The Use of Force against Terrorists». *The European Journal of International Law*, 20 (2): 359-397.
- TASIOULAS, John (2015). «Human Dignity and the Foundations of Human Rights». En Christopher McCrudden (editor), *Understanding Human Dignity* (pp. 291-312). Oxford: Oxford University Press.

- VON IHERING, Rudolph (1915). *The Struggle for Law*. 2.^a ed. Chicago: Callaghan and Company.
- VON WRIGHT, Georg (1970). *Norma y Acción*. Madrid: Tecnos.
- WALDRON, Jeremy (2006). «The Rule of International Law». *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 30 (1): 15-30.
- . (2009). «Who Needs Rules of Recognition?» *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, 128: 1-27.
- . (2012a). *Dignity, Rank and Rights*. Nueva York: Oxford University Press.
- . (2012b). *Torture, Terror and Trade-Offs. Philosophy for the White House*. Nueva York: Oxford University Press.
- . (2013). «International Law: 'A Relatively Small and Unimportant' Part of Jurisprudence?». *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, 427: 209-222.
- WALDRON, Jeremy (2015). «Citizenship and Dignity». En Christopher McCrudden (editor), *Understanding Human Dignity* (pp. 327-343). Oxford: Oxford University Press.
- WALSH, David (2015). «Dignity as an Eschatological Concept». En Christopher McCrudden (editor), *Understanding Human Dignity* (pp. 245-258). Oxford: Oxford University Press.
- ZALAUQUET, José (1995). «Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints». En Neil Kritz (editor), *Transitional Justice*, 6 (pp. 3-31). Washington DC: United States Institute for Peace.
- ZOLO, Danilo (2002). «Una crítica realista del globalismo jurídico desde Kant a Kelsen y Habermas». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 36: 197-218.

Sobre el autor

Juan Francisco Lobo es Abogado por la Universidad de Chile y Magíster en Derecho con mención en Derecho Internacional por la misma casa de estudios. Además, es LL.M. en International Legal Studies por la Universidad de Nueva York, y se desempeña como International Law and Human Rights Fellow en la misma universidad y en la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. Asimismo, se desempeña como Profesor de Teoría del Derecho y Derecho Internacional en la Universidad Diego Portales, y como Profesor de Derecho Internacional en la Universidad Adolfo Ibáñez. Por otra parte, también desempeña labores como Profesor Invitado de Jurisdicción Penal Internacional en la Universidad de Chile.

