

Alberto Puppo\*

## Reasonable stability vs. radical indeterminacy

A disanalogy between domestic rule of law  
and humanity-based international law

*Non domandarci la formula che mondi possa aprirti,  
sì qualche storta sillaba e secca come un ramo.  
Codesto solo oggi possiamo dirti,  
ciò che non siamo, ciò che non vogliamo.*

Eugenio Montale, “Non chiederci la parola”, in *Ossi di Seppia* (1923)<sup>1</sup>

The main argument of this article is based on a functional disanalogy between what I shall call ‘international humanity-based law’ constituted by human rights and criminal law on the one hand, and domestic rule of law on the other. If we adopt a functionalist approach, for the purpose of dealing with indeterminacy, our attention has to focus both on the pragmatic objective of the rule of law, i.e., reasonable stability, and on its means, i.e., formalism and legality. Do international key players share these values embedded in the political project of the rule of law? Does humanity-based international law fulfil the requirements of the rule of law? The conclusion of this paper is that the institutions and mechanisms which legal scholars usually refer to when they state that a legal order is a rule of law are almost absent from humanity-based international law. This implies that radical indeterminacy is, in issues of humanity, too formidable an obstacle to achieving the ideal of the rule of law.

**Keywords:** rule of law, formalism, international law, humanity, deep conventions, indeterminacy

### 1 INTRODUCTION

In this paper, by identifying some deep differences between domestic and international law, I shall present some arguments about what international law *is not*, and about what its key players *do not want*. If I am right, there is a risk

\* apuppo@itam.mx | Assistant Professor, Department of Law, ITAM (Mexico).

1 “Don’t ask me for formulas to open worlds for you: all I have are gnarled syllables, branch-dry. All I can tell you now is this: what we are not, what we do not want.” Translation by W. Arrowsmith, in E. Montale, *Cuttlefish Bones* (1994).

that some discourses on international law – those that underestimate these differences – sacrifice neutrality on the altar of an ideological pursuit or are, at the very least, victims of irrational hope.<sup>2</sup>

Of course, the fact in itself that a theory has a normative goal is not a problem at all. The problem arises when the line between description and prescription is blurred.<sup>3</sup> Statements about actual law lose all pretension to scientificity if there is an evident mismatch with the reality they pretend to purport.<sup>4</sup> Such statements would be meaningful if and only if we reinterpreted them as statements about the *ought* of a legal order<sup>5</sup> or about a possible future world. And, if this future world appeared very remote or clearly unbelievable to the majority of observers, it would belong to the utopian discourse.<sup>6</sup> Utopia may be a good thing as long as all confusion is avoided. Nevertheless, when a utopian attitude is very powerful and pervasive, observational activity may be, even if unconsciously, distorted.

The issue is not trivial. Although some have argued that “if as international lawyers we want to participate and find consolation in the utopian project of international law, we need to do this not as scholars, but as practitioners”,<sup>7</sup> others have replied that, given an appropriate distinction between a ‘realistic’ and an ‘illusionary’ utopia, the first one is “emphatically the province of legal scholars”.<sup>8</sup> Maybe this province is not monolithic, and this reply makes sense only if we refer to (mainstream liberal) constitutionalist legal scholarship.<sup>9</sup> This contrast shows that there is a plurality of international legal theories (and scholars). The realistic utopia proposed by Cassese in his recent book<sup>10</sup> seems to be a paradi-

2 About the concept of hope and its rationality, see Pettit 2004.

3 According to Kennedy (2011), this overlap between description and prescription, theory and practice, conceptual analysis and critical reform, is probably a typical trait of the post-realist legal scholarship.

4 This is the case, according to Condorelli (2012: 156), of the hope for a future judicial review of the UN Security Council resolutions.

5 As underlined by Mégret (2012: 75), from an idealist perspective, “[i]nternational law is, in a sense, because it must be”.

6 When we believe, for certain, that something will not happen, there is no room for rational hope: this belief belongs to the typical (irrational) utopian domain. See Pettit 2004: 154.

7 Feichtner 2012: 1157.

8 Peters 2013: 552.

9 Johns 2009: 5. About the liberal mainstream in international legal scholarship, see Kennedy 2011.

10 Cassese 2012a. There is no room here for a full reconstruction of Cassese’s theory. Nonetheless, the book itself and the articles recently published on the topic – see Feichtner 2012, Peters 2013, and Ruiz Fabri 2012 – are clear and rich enough to offer a general idea of his reformist approach. In this article, I shall spend some more lines on the reconstruction of the Dworkinian approach to international law, not only because it is less known amongst internationalist scholars than Cassese’s works, but also because it shares some form of optimism with Cassese.

gmatic example of the *reformist trend*.<sup>11</sup> The prominent reformist Lauterpacht once said that “the more international law approaches the standards of municipal law, the more it approximates those standards of morals and order which are the ultimate foundation of all law”; the strongest reason that he had for defending the improbable domestic analogy was the fight against the deniers of the legal nature of international law and their “insistence on the so-called specific character of international law”.<sup>12</sup> As long as the reformist attitude is, at least genealogically, deeply related to the domestic analogy,<sup>13</sup> I think that taking the difference between domestic and international law seriously is salutary. If this difference is too deep, then reformists (those who believe in a realistic utopia) have to be reclassified as idealists (those who believe in an illusionary utopia).<sup>14</sup>

To understand how some difference can be *deep*, I shall introduce the notion of ‘deep convention’ and the notion of ‘value-based law’, suggesting that rule-based law and value-based law are not built on the same deep convention (2). Then, I shall establish a connection between a rule-based model of decision-making as proposed by Schauer,<sup>15</sup> the concept of the ‘rule of law’ and the value of stability, and I shall argue that some universalising style of legal reasoning sets forth on a path to reconciling the sceptical particularist claim with the formalist claim of stability (3). Finally, I shall claim that, even if indeterminacy potentially affects both domestic and international law in a similar way, only the first, by virtue of a more formalistic judicial reasoning, maintains itself as a relatively stable legal system. For a domestic legal system *to be a rule of law*, key players have to share the need for a high level of predictability. Even if in many cases they disagree about what the right answer is, they agree about the necessity of making decisions that could constitute, at least potentially, a precedent.<sup>16</sup>

11 Mégret 2012: 79-80.

12 Lauterpacht 2011: 440. As pointed out by Paz (2012a: 242), Lauterpacht’s extension of “the tradition of the ‘rule of law’ ... to the international level” is perfectly understandable. About the problem of the *transplantation syndrome*, see Puppo (2012: 220), and, about Dworkin’s philosophy of international law specifically, see Jovanović (2015: 451-453) and Çali (2009: 822).

13 It is probably not true that the domestic analogy is constitutive of the reformist approach. I recognise this point as long as it is not always true that the reformist scholar bases her approach on the domestic analogy. Nevertheless, it is still true that, from Kelsen through Lauterpacht to Cassese, the ideal which is supposed to inspire the reform of international law is constructed on the basis of the best expressions of domestic law, that is, the constitutional state. In other words, as long as the reformist takes the train of global constitutionalism, it is difficult to deny that such a train is moved (or has historically been moved) by a domestic locomotive.

14 In the last section, I shall take into account the philosophy of international law proposed by Dworkin (2013) as an example of both the domestic analogy and utopianism.

15 Schauer 1991.

16 The deep relation between the technique of *stare decisis* and the value of stability is stressed by Schauer (2012: 43-44) and Waldron (2012).

By contrast, international law mismatches the model of the rule of law because of a deliberate deformalisation of law-ascertainment<sup>17</sup> and legal reasoning. The difference between domestic and international law is, therefore, placed on the level of legal institutions as responses to some deep purposes, social needs or, in the case of humanity-based law, *oceanic feelings* (4).

The key idea of my argument is a functional conception of the rule of law. Despite the global constitutionalist mainstream that grounds the concept of an international rule of law on domestic analogies, I shall base my argument on a disanalogy. Given a functionalist conception of the rule of law, my conclusion will be that the institutions, which we refer to when we affirm that a legal order fulfils the requirements of the rule of law, are absent from international law, at least in some of its paradigmatic expressions, such as humanity-based law.

## 2 HUMANITY-BASED LAW VS. THE RULE OF LAW: A FUNCTIONALIST APPROACH

Deep conventions say something about the function of the game, while surface conventions say something about the functioning (or the structure) of the game.<sup>18</sup> There is one game, but two social practices. The second practice identifies the sources of international law; it is the practice of law-ascertainment.<sup>19</sup> The first practice, normally invisible, constitutes the legal game itself. If we are actively looking for the rule which is applicable to some international case, when we disagree, for example, about the existence of a particular international customary norm – and perhaps even about the function of international law – it is because we agree about the possibility and the valuable character of the game (international law) and the existence of some social sources.

Such a distinction is ultimately relevant because of the existence of two fundamental legal practices and two questions about the legal game. The first question is “Why do we play?”, and the second “How do we play?”. If there is a difference between domestic and international law, it can be found at a deeper level. Even if domestic and international players can play together in an apparently harmonic way, the reasons that they have for playing and, consequently, the definitional properties of the game are profoundly different. To the extent that

17 About the actual tendency towards deformalisation, and the need for rejuvenating and revitalising a formalist approach (in law-ascertainment), see d’Aspremont 2011a.

18 The distinction between deep and surface conventions has recently been introduced in analytical legal theory by Marmor 2009. The same intuition, perhaps most articulated, was formulated by Tuori (1997) and developed by Siltala (2000: 151-267). For a deeper analysis of this concept, its relation to the rule of law, and an extensive bibliography, see Puppo 2011.

19 See d’Aspremont 2011, resting his formalist approach to the practice of law-ascertainment on the positivistic *sources thesis*.

I take seriously the answer to the question “Why do we play?”, I have adopted a functionalist point of view.

My functionalist approach emphasises the institutional character of law, the inseparability of law and social needs, but it does not deny that the functioning of such institutions relies on rules and even less that it can be aimed at satisfying the requirement of stability or, in Llewellyn’s terms, of *reckonability*, taken as *reasonable regularity*.<sup>20</sup> In a nutshell: the realist or functionalist approaches are, in my view, perfectly compatible with a rule-based explanation.<sup>21</sup>

My point here is that the deep convention of a non-pathological domestic law is certainly related to the notion of the rule of law.<sup>22</sup> Because everyone interested in legal and political questions probably has their own definition of the rule of law, it is here necessary to stipulate a working definition. I shall adopt a formalist/procedural<sup>23</sup> conception of the rule of law, as originally proposed by Dicey.<sup>24</sup> This stipulation is not arbitrary, because it most likely reflects a relevant contemporary tendency amongst international scholars<sup>25</sup> and legal philosophers.<sup>26</sup> Dicey distinguishes between three meanings of the *rule of law*. I am, above all, interested in the first two. The first one is as follows: “[it is] the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power, and excludes the existence of arbitrariness, of prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of the government”;<sup>27</sup> and the second: “[it is] the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administered by the ordinary Law Courts”.<sup>28</sup>

A similar approach has been proposed by Waldron who identifies four features of the formal/procedural concept of the rule of law:<sup>29</sup>

20 See Llewellyn 1960.

21 It should be noted that, contrary to the reading of American realism divulged by Hart (1994: ch. 7), Schauer (2011) suggests that Llewellyn has never doubted the possibility for judges to decide on the basis of pre-existing rules.

22 In this sense, a pathological legal system is still an instantiation of what we could call ‘law’, but it does not fulfil the requirements of the rule of law.

23 About the classical distinction between formalist and substantive conceptions, see Craig (1997).

24 Dicey 1915. According to Dyzenhaus (1999: 10), “[i]n the public law model of England and in those legal orders which follow the English model, the most influential understanding of the rule of law remains that put forward in 1885 by Albert Venn Dicey”.

25 See Chesterman 2008; Besson 2010: 172; Buchanan 2010: 89; Tasioulas 2010: 115.

26 See Waldron 2012; Schauer 2012: 30-55; McCormick 1999: 165. The same conception – as stated by Dyzenhaus (1996: 644) – is implicit in Weber’s rational authority: “all that legal order can do is to make social life relatively stable by making it to a large extent certain and predictable”.

27 Dicey 1915: 198.

28 Dicey 1915: 189.

29 Waldron 2011: 316-317.

1. a requirement that people in positions of authority should exercise their power within a constraining framework of public norms rather than on the basis of their own preferences or ideology;
2. a requirement that there be general rules laid down clearly in advance, rules whose public presence enables people to figure out what is required of them, what the legal consequences of their actions will be, and what they can rely on so far as official action is concerned;
3. a requirement that there be courts, which operate according to recognized standards of procedural due process or natural justice, offering an impartial forum in which disputes can be resolved, and allowing people an opportunity to present evidence and make arguments before impartial and independent adjudicators to challenge the legality of official action, particular[ly] when it impacts on vital interests in life, liberty, or economic well-being;
4. a principle of legal equality, which ensures that the law is the same for everyone, that everyone has access to the courts, and that no one is above the law.

The descriptive question of the function of international law can then be formulated in terms of the rule of law. If we adopt a functionalist approach, our attention has to focus both on the pragmatic objective of the rule of law, i.e., reasonable stability, and on its means, i.e., formalism and legality. Do international key players share these values embedded in the political project of the rule of law? Does international law fulfil the requirements of the rule of law? A negative answer to the second question is problematic if and only if we give an affirmative answer to the first one. As long as scholars seem to agree about the correctness of the negative answer to the second question, the real disagreement concerns the first one. If the answer is negative, the requirements of the rule of law are seemingly irrelevant in the international context. Such irrelevance neither means nor implies the negation of the mere existence of a legal system at the international level; it only means that such an international system cannot be judged – and its performance measured – on the basis of the criteria usually considered to be constitutive of the rule of law.

To answer these questions, it is necessary to introduce a working definition into the second element of the sketched disanalogy, that is, to define what I shall consider to be the reference of the expression ‘international law’. As long as it is true that international law is characterised by fragmentation and is, therefore, a multi-dimensional practice, I shall identify, amongst several dimensions of international legal reasoning (or judicial function), a paradigmatic one, which probably aims to solve what Morgenthau calls *tensions*,<sup>30</sup> and which I shall take as my case study.

30 Morgenthau opposes disputes and tensions. On this distinction, elaborated in his doctoral dissertation and refined in Morgenthau 1948: 342-349, see Jütersonke (2012: 51 and Scheuerman (2008: 38). A tension is a situation “involving a discrepancy, asserted by one state against another, between the legal situation on the one hand and the actual power relation on

The key players of this dimension are the “organs of a value-based international community”,<sup>31</sup> whose first strong performance was the consequence of World War II crimes, and whose main goal is the protection of humanity; this dimension’s paradigmatic case is human rights and criminal courts.<sup>32</sup> In the humanity-based dimension, judges (and scholars) consider themselves to be part of a mission, the very purpose of a Kantian project: the global constitutionalist project and the universal path to perpetual peace are undoubtedly two paradigmatic features of this dimension.

I think the increasing presence of international law in both legal and political discourse is due to this dimension, probably because many international legal scholars imagine the future of international law through this potentially supranational and imperative dimension, as if it were the *telos* of international law.<sup>33</sup> The realistic utopia of international scholars is inseparable from this *telos*.

A foundational moment in the development of this dimension was undoubtedly the introduction of *jus cogens* in the Vienna Convention. That experience shows paradigmatically what I try to demonstrate: international indeterminacy as a result of a deep disagreement between states, and probably as a result of the need to preserve the liberty of states. Taking into consideration that it was impossible to come to an agreement about which principles deserve the status of *jus cogens*, states introduced *jus cogens* as a validity criterion, but did not specify a formal list of *jus cogens* norms. So, a fundamental step in the construction of the value-based dimension of adjudication was characterised by a choice which avoided all formal criterion, a choice in favour of indeterminacy, a choice against rules, formalism and, finally, against the rule of law, a choice which inevitably sacrifices the value of stability, which the next section is dedicated to.<sup>34</sup>

---

the other”. Jütersonke 2012: 55 (quoting Hans Morgenthau, *Die internationale Rechtspflege, ihr Wesen und ihre Grenzen*, 71).

31 Von Bogdandy & Venzke 2013: 52.

32 Von Bogdandy & Venzke 2013: 63–68.

33 See, as a paradigmatic example, Cassese (2012b: 170) and the penetrating analysis by Ruiz Fabri (2012: 1053). According to Mégret (2012: 75–76), “[t]his idea that there is something prior – and, unmistakably, higher – than the state is the defining mark of idealism, and is particularly apparent in contemporary discourse that emphasizes the importance of human rights, for example, as a basic precondition of legitimate statehood”.

34 It is possible to consider *jus cogens* norms in a different way: such norms work as the ultimate criterion of validity, and it is precisely due to this that they contribute to the enhancement of determinacy at the international level. This would be true if international courts determined the content of such norms effectively. This is the thinking, I guess, of many international scholars insisting on the positive contribution of the International Court of Justice (ICJ) and the International Law Commission on the Responsibility of States to determining the content of *jus cogens* norms. I could agree with this statement if the judicial international context was limited to the ICJ and the European Court of Human Rights. But, if one takes into account the contribution of the Inter-American Court of Human Rights – which attributes the status

### 3 RULE OF LAW AND RELATIVE STABILITY: TAKING UNIVERSALISABILITY SERIOUSLY

Functionally, legality is, above all, a powerful tool to plan and control the behaviour of individuals, especially those who, in a given social group, do not share the planners' intentions.<sup>35</sup> It is probable that determinacy and stability were the needs which legality mechanisms satisfied. These needs explain the obvious formalistic preference for written legal sources, as well as for legal arguments based on the text, rather than on the spirit of law.<sup>36</sup>

This connotation, if historically justified, could be replaced with a better one: a rejuvenated (*neo-* or functionalist) formalism<sup>37</sup> is an important tool to understand how lawyers think<sup>38</sup> and eventually to impose a normative framework, especially in international law, a framework which is able to limit the effects of an increasing deformalisation of legal sources.<sup>39</sup>

If we take rules seriously, we necessarily adopt a formalist-like point of view. If rules are not bad, then neither is some kind of formalism. In his book *Playing by the Rules*, Schauer defends a rule-based model of decision-making, according to which law is a set of rules, and rules work as entrenched generalisations.<sup>40</sup> The rule-based model of decision-making is not a guarantee of right answers or a miraculous remedy against indeterminacy. It is, plausibly, what we need if our purpose is to limit arbitrariness without denying the judicial use of discretion, discretion being a situation in which "some institution with the power to control or review will let stand a multiplicity of quite different decisions, including some that the controlling institutions might think wrong".<sup>41</sup> How could this miracle be possible? How could discretion satisfy the requirements of the rule of law? By, in our view, a neo-formalist insistence on the possibility of universalising discretionary decisions, that is, by conceiving a world in which indeterminacy and an acceptable level of stability are compatible.

Despite the inevitable feature of over- and under-inclusion, the stability of a national legal system is preserved if and only if the model of decision-making is

---

of *ius cogens* to an increasing quantity of norms – the resulting panorama is nearer to what I claim in this paper than to the one considered by such optimistic opinion.

35 Shapiro 2010.

36 Schauer 2012: 30. See also Leiter 2010.

37 About the international theory side, see Koskeniemi 2006 and d'Aspremont 2011a. On a purely theoretical point of view, see Shapiro 2010, Marmor 2009 and Schauer 2012.

38 Schauer 2012.

39 To the extent that the most relevant social practice, from the positivist perspective shared by d'Aspremont (2011a: 51-62), is a judicial practice, I think that switching from formalism in law-ascertainment to formalism in judicial decision-making is not an arbitrary move.

40 See Schauer 1991: 17 and 47 (on the entrenched feature).

41 Schauer 2012: 191.

rule-based and not a particularistic model (according to which judges, in each case, apply the solution that best satisfies the underlying justification of a rule).<sup>42</sup> The rule-based model treats “the *form* of a legal rule as more important than its deeper purpose”.<sup>43</sup> Conversely, according to a particularistic model “no rule is more important than the reason for which it is enacted”.<sup>44</sup> Notwithstanding the possible injustice of a solution, the rule-based model satisfies the value of relative stability. This value is essential to the rule of law, whose social function is to establish the best conditions for agents to follow plans without solving difficult moral questions.<sup>45</sup> From Hayek to Waldron, several theorists have recognised constancy, stability and predictability as values protected and/or pursued by the rule of law. According to Hayek, the rule of law makes it possible “to foresee with fair certainty how the authority will use its coercive powers in given circumstances and to plan one’s individual affairs on the basis of this knowledge”.<sup>46</sup> When the virtue of the rule of law is absent, “people will find it difficult to find out what the law is at any given moment and will be constantly in fear that the law has been changed since they last learnt what it was”.<sup>47</sup> The fact that many of “the rule-of-law arguments for constancy involve the values of certainty, predictability and respecting established expectations”<sup>48</sup> has been perfectly captured by Schauer:

there is an important group of values – predictability of result, uniformity of treatment [...] and fear of granting unfettered discretion to individual decision-makers [...] – that the legal system, especially, thinks it valuable to preserve. These values often go by the name of the Rule of Law, and many of the virtues of the Rule of Law are ones that are accomplished by taking rules seriously as rules.<sup>49</sup>

This requirement of relative stability is, in my opinion, compatible with the recognition of another need, the particularistic need for adequacy. Even if, as

42 About the distinction between the two models, see Schauer 1991: 51.

43 Schauer 1991: 30.

44 Koskeniemi 2006: 591.

45 Shapiro 2010.

46 Hayek 2007: 112.

47 Raz 1979a: 214. In some way, according to Raz, (a formalist conception of) the rule of law is the virtue that can limit the dangers of both naked power and morality. On that, see also Koskeniemi (2002: 174), referring to a turn to ethics in international law: “In such a situation, insistence on rules, processes, and the whole culture of formalism now turns into a strategy of resistance”. This is so because “formalism is precisely about setting limits to the impulses – ‘moral’ or not – of those in decision-making positions in order to fulfill general, instead of particular, interests.”

48 Waldron 2012: 28. See also Beckett (2006: 1068), who reconstructs Koskeniemi’s neo-formalism: “Although any given legal norm can bear any desired meaning, the only formally valid interpretations are those capable of universalisation, of repetition.”

49 Schauer 2012: 35.

has rightly been noted by Atria,<sup>50</sup> the need for certainty could not be satisfied without sacrificing the need for adequacy, I nonetheless think that the need for reasonable or relative stability is able to capture what we could call a meta-need embracing a sustainable dose of the above two needs. Neither absolute certainty nor absolute particularism is desirable. If absolute certainty is the archetypical formalist noble dream, then relative stability is the realist version of this noble dream.<sup>51</sup> Actually, relative stability is what we can fulfil if we recognise that intrinsic indeterminacy affects any normative order.

By the way, the notion of indeterminacy is very ambiguous.<sup>52</sup> If we understand indeterminacy to be the absence of a determinate response to some relevant question, it seems plausible to me to distinguish between four levels of indeterminacy. The first concerns the applicability of a determinate rule to some real situation (e.g., is a given situation a case of genocide?). The solution is indeterminate because we disagree about how we are to juridically qualify the facts of the case. The second concerns the identification of the meaning of some legal provision (e.g., what does the term 'genocide' mean in the Statute of the International Criminal Court?). The third concerns the identification of legal sources (e.g., does a specific customary practice exist?). The fourth concerns the function or purpose of the whole institution. What is international law for?

Only the last form of indeterminacy is deep or radical indeterminacy. The first three categories of indeterminacy are, in some way, a normal feature of any domestic legal system and are perfectly compatible with the formalism of the rule-based model of decision-making. What I mean to say is that the realist claim about indeterminacy is perfectly consistent with the formalist approach to decision-making. Radical indeterminacy, if present, underdetermines the other three levels: "we simply cannot (determinately, objectively or authoritatively) answer the question of what law says until we have answered the question of what law is".<sup>53</sup>

Of course, this last statement needs some further explanations. According to the mainstream positivist approach, what the content of a legal system is does not depend on what law is for. The identification of legal norms depends on social facts, and not on ontological considerations about the nature and/or purpose of a legal order whose content has to be identified. But this approach, in some cases, as in Raz's theory, is explicitly limited to municipal law,<sup>54</sup> precisely because of the social sources (such as legislation) that have historically characterised

50 Atria 1999: 82.

51 See Hart 1983: 138, where he classifies Llewellyn's realist conception of adjudication closer to the *noble dream* than to the *nightmare*.

52 See Solum 1987.

53 Beckett 2005: 224.

54 See Raz 1979b.

municipal legal orders. When no strong social source exists – or, at least, when some crucial sources (such as customs, principles and *jus cogens*)<sup>55</sup> are difficult to identify – and when there is no supreme court whose rulings can authoritatively establish (even if not permanently, at least for a while) the normative content of a system, it is possible that what the content of law is will depend on some judgment about the deep values that are supposed to provide legal norms with moral justification.

If such values are perfectly determined or, at least, judicially determinable, and there is no conflict between them, relative stability can be reached or, from a Dworkinian perspective, even judges could be able to formulate the right answers. But if such deep values are radically undetermined, uncertainty at the deepest level will inevitably project itself onto a more superficial level, that is, the level at which judges are supposed to apply the rules – previously identified – to individual cases, as in the Ferrini case, a real international affaire that I shall take, in the next section, as an illustration of radical indeterminacy.

If we cannot deny that judges decide with discretion (whether great or small, it is beside the point), we can still think that when they use discretion or when they create a new rule, they can be limited by a universalisability test,<sup>56</sup> that is, by adopting the point of view of people who will potentially be affected in the future by this new rule, and it is from that point of view that they would accept the new rule as the best solution.<sup>57</sup>

Universalisation gives form to the substance of a particular situation.<sup>58</sup> Even though, because of the indeterminacy of law, a solution is inevitably the consequence of some use of discretion, discretion is not necessarily arbitrariness<sup>59</sup> if judges submit themselves to the *universalisability test*. The prescription created is universalisable if judges think that the solution adopted will work in similar future cases, and it is due to this that it is able to create expectations.<sup>60</sup>

Nonetheless, this is not always the case. In some cases, such as the Nuremberg Trials, as long as the solution is ultimately the consequence of the application of a set of rules created by a contingent winner to judge and criminalise a contingent loser, we have strong moral reasons to avoid all generalisations. As stressed by Kelsen:<sup>61</sup> what would happen if the case was that wars are not always won

55 See Puppo 2017.

56 See Hare 1952.

57 Beckett 2006: 1069.

58 Jouannet 2007: 386. In that sense, “[f]ormal” does not mean ‘vacuous’ [...]; formal law always formalizes a particular content or subject-matter”.

59 Singer 1984.

60 See Koskeniemi 2002b: 174.

61 Kelsen 1947: 171. Elsewhere (Puppo 2016), I develop Kelsen’s rich and ambiguous stance on the Nuremberg Trials and his eventual departure from positivism. In a nutshell: even if Kelsen (1945) clearly defends the humanity-based decision, he does not try to do this – contrary to

by the good guys? The risk, underlined by Koskenniemi referring to Kosovo, is that “a beneficial illegality today makes it easier for my adversary to invoke it tomorrow as precedent for some sombre scheme of his”.<sup>62</sup>

When a solution is a universalisable solution, then judges can entrench the generalisation. To say that judges create a rule, if we use Schauer’s theory,<sup>63</sup> means that – starting from the observation of a particular case and taking seriously a particular solution because of its universalisability – judges formulate the solution in terms of the consequence of a general rule.

If indeterminacy involves the necessary use of judicial discretion, the universalisability test works as a technique against arbitrariness. There are several ways of creating new law: not all solutions are equivalent. If it is true that judges, like legislators, make law, it is also true that the two institutions do not enjoy the same creative freedom.<sup>64</sup> Neo-formalistic reasoning excludes solutions that seem inevitably arbitrary as long as they are not universalisable.<sup>65</sup>

If a solution seems to us to be universalisable, it is not because judges have adopted a neutral point of view. Actually, it is impossible for judges to neutralise their preferences. However, precisely because of this impossibility, the requirement of transparency and universalisability with respect to judges’ preferences and decisions is an essential feature of predictable legal reasoning and finally of a formal-procedural, yet *thick*, conception of the rule of law;<sup>66</sup> formal because no substantive element is constitutive of it; thick because it is still an exigent conception according to which many legal systems, apparently ruled by law, would not satisfy the requirements of the rule of law.

---

many international positivist scholars – from a positivist perspective (see Garibian 2007). Such an attempt would have, I guess, perverted the deep value (legality or the rule of law) justifying the positive legal system. The decisions were just, but they had no legal justification, they only had a moral one. In this way, Kelsen does not renounce his methodological positivism, which assumes, at the very least, a distinction between the law that is and the law that we desire. Nevertheless, neither does he adhere to an ideological form of positivism (or ethical legalism), according to which what is legal is also morally correct, and so it has to be obeyed. The law of the Nazi was (probably) legal and the law of Nuremberg was (probably) illegal, but there were strong moral reasons for preferring, in this case, illegality to legality. To defend the Nuremberg rulings on the basis of (an argument derived from) positive law would have threatened that which makes positive law be something valuable. More generally, on Kelsen’s blurred lines between the purity of theory and the pacifism of ideology, see Puppo 2015.

62 Koskenniemi 2002b: 170.

63 On the relation between the rule-based model and discretion, see Schauer 1991: 190.

64 See Hart 1994: 253.

65 Hart 1994: 272–273.

66 Transparency is, therefore, an essential feature of the culture of formalism. See Jouannet (2010: 294) and Paulus (2010: 209). An example of a *thick* formal-procedural conception would be the conception proposed by Waldron. See Section 2 of this paper.

#### 4 DEALING WITH RADICAL INDETERMINACY: THE RULE OF LAW VS. OCEANIC FEELING

I shall take, as a starting point, an international case of radical indeterminacy: given the conflict between the jurisdictional protection of human rights on the one hand, and state immunity on the other, in the first case decided by the Italian Court of Cassation the protection of human rights overrode the protection of sovereignty, while in a subsequent decision, decided by the International Court of Justice, the opposite occurred.<sup>67</sup> If international law is a human construct and if its goal is the satisfaction of a bizarre combination of moral (a matter of human beings) and political needs (a matter of sovereignty), it is easy to see that its indeterminacy depends, above all, on the manifest incompatibility between these two needs:

[T]he claim of indeterminacy [...] is not at all that international legal words are semantically ambivalent. It is much stronger (and in a philosophical sense, more “fundamental”) and states that even where there is no semantic ambivalence whatsoever, international law remains indeterminate because it is based on contradictory premises.<sup>68</sup>

If we read the ICJ sentence and Cançado Trindade’s dissenting opinion, we can clearly perceive the source of radical indeterminacy: the premise about the purpose of international law that the majority of judges accepted deeply contradicts the premise that the former judge of the Inter-American Court of Human Rights accepted. This case is clearly an example of international *tension*, in which it seems that domesticating judicial discretion is very difficult. Not surprisingly, judges, both domestic and international, are particularly unclear about the purposes, sources and finally the factual predicates to which they have to impute legal consequences.

In this section, I shall argue that, while non-pathological domestic legal systems are able to deal with radical indeterminacy, because of some profound

67 See respectively: *Ferrini v Germany*, Italian Court of Cassation, No. 5044/2004, 11 March 2004 reported in (2006) *International Law Reports* (128) 658 (“Ferrini”); *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy; Greece Intervening) (Judgment)* (International Court of Justice, General List No. 143, 3 February 2012) [28]. Note that recently, in October 2014, the Italian Constitutional Court decided that the Italian Statute imposing the execution of the UN Charter is unconstitutional in the part in which it establishes “the obligation to Italian courts to comply with the ruling of the International Court of Justice (ICJ) of 3 February 2012, which requires that jurisdiction in cases of war crimes and crimes against humanity committed by a foreign state be declined” (URL: <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=238>).

68 Koskeniemi 2006: 590. Another way of stressing radical indeterminacy is by recalling the deep paradoxical character that international law has been exhibiting since its very beginnings. On this topic, see Jouannet (2007: 379): “international law, past and present, is the reflection of a particular – Western – culture, whilst at the same time claiming not only to internationalize but also to almost universalize the values that it conveys”.

institutional and cultural differences, international law is irremediably affected by it.

The importance and efficiency of the formalist approach in domestic legal reasoning and the deformalising tendency in international law can be explained from an institutional and a functionalist perspective. The comparison makes sense especially if we refer to international judges resolving *humanity* issues of criminal law and human rights violations – the judicial dimension in which a “turn to ethics” has been accompanied by an “increasing deformalisation”.<sup>69</sup>

In many domestic legal systems, judges receive some legal education, and perhaps they share a common legal culture, formalistic in nature in some sense.<sup>70</sup> Judges – as it is impossible to satisfy the formalist requirement of refraining from creating law – fulfil their duty by creating new general rules to which they would be ready to submit themselves.<sup>71</sup> To the extent that international judges are often international scholars, they have a different view of their role. They cannot rest on the existence of a democratic government that deals with law reform. They have to play an active role, as they have been educated to be reformers and not just the guarantors of stability that characterises the rule of law: the philosophical background of the very influential German international scholarship was “the philosophy of optimism and action, struggle for progress and the perfection of the world”.<sup>72</sup> The paradigmatic example was certainly Lauterpacht, “who never was tired of believing in human goodness and the ability of reason to find this goodness, even in the darkest moments of European history”.<sup>73</sup>

So, if both domestic and international law suffer from the consequences of indeterminacy, only domestic courts have the tools, the culture and the institutional context to manage it consistently with the requirement of relative stability. By contrast, to the extent that international courts are often confronted with difficult or even unique cases, universalisability is not an achievable goal and is, therefore and rightly so, not a priority. As Morgenthau had already sharply grasped seventy years ago that, unlike the domestic field, a “political situation in the international field is not likely to repeat itself, since the variety of factors of

69 Koskeniemi 2006: 159.

70 Leiter (2010: 128) confirms the same about the US: “formalism [...] is quite obviously the official story about adjudication in the public culture in the United States”.

71 The best way of fulfilling this duty is probably through what Llewellyn (1960) calls the *Grand Style* of judicial decision-making, that is, a judicial style perfectly in accord with the “standards of legality [...] deeply rooted in the institutional history and tradition of a political community” (Jovanović 2015: 452) and clearly absent from the international community.

72 Koskeniemi 2002a: 199. For a brilliant analysis of the contribution of Jewish German-speaking scholars to international law, see Paz 2012a.

73 Paz 2012b: 423.

which it is composed makes for an indefinite number of possible combinations. Hence only a strictly individualized rule of law will be adequate to it”.<sup>74</sup>

I maintain that such an institutional difference deeply reflects different social conventions, tending to satisfy basic needs or to achieve fundamental moral aims.

Domestic law could seem justified, morally or socially, by virtue of its capacity to solve moral problems in a relatively stable form. What matters is that it solves problems, and not how it solves them. Given some “circumstances of legality”, which “obtain whenever a community has numerous and serious moral problems whose solutions are complex, contentious, or arbitrary”,<sup>75</sup> we can understand the purpose and authority of law. Because of the existence of a legal plan, we can avoid entering a balancing activity about what, in given circumstances, the best moral reasons for acting are. Koskenniemi shares the same point when he affirms that, in normal domestic situations, “it is possible to live with automatic rules because the alternative is so much worse”.<sup>76</sup>

When international law (in matters of criminal or human rights law) tries to guide behaviours, it is confronted with two obstacles. Some subjects refuse to be led, maybe because they “disagree on what is good”.<sup>77</sup> When states reject a model of conduct, they contribute to the introduction or the elimination of some customary law, and so to its indeterminacy.<sup>78</sup> Invoking imperative norms (*jus cogens* norms) is probably the only way not to bend against the dogma of the consent of states. These norms, however, cannot have a social source, and therefore tend to increase the deformalisation of legal sources.<sup>79</sup>

Such a solution, i.e., invoking imperative norms, unfortunately creates the second obstacle: the problem of the radical indeterminacy of moral values that justify the identification of *jus cogens* norms.<sup>80</sup> In this state of indeterminacy, international law is not able to provide any plan; it can only generate a set of individual decisions in particular cases, often in situations characterised by a moral or political emergency.<sup>81</sup> Obviously, this is not true if, as some international

74 Morgenthau 1940: 271.

75 Shapiro 2010: 170. The same idea was already formulated by MacCormick (1994: 6): “one vital point of legal institutions is exactly that they exist (inter alia) to settle authoritatively for practical purposes what cannot be settled morally”.

76 Koskenniemi 2002b: 169.

77 Koskenniemi 2012b: 165.

78 About the problem of uncertainty in customary law, see Kammerhofer 2010.

79 See d’Aspremont 2011b: 517-518.

80 It seems to me that Cassese (2012b: 164), in approaching the issue of identifying *jus cogens* norms by international judges, implicitly adopts a formalist-like point of view.

81 About the bombing of Serbia, see Koskenniemi 2002b: 171. See also Anghie (2005: 314), who argues that “international law is in a permanent state of emergency”. About the relation between the *state of exception* and the *rule of law*, see Puppo 2013.

human rights judges and scholars think, the identification of *jus cogens* norms is not subjective but objective, because it reflects an *oceanic feeling*.<sup>82</sup> Nevertheless, I believe that the burden of proof of the existence of such a universal criterion, of universal objective values, does not rest with me. I shall only sketch an argument against what could be named a Dworkinian trend in international law. For example, Cassese's approach – without stating the existence of universal values – shares the Dworkinian noble dream of a judicial world enlightened by the values inherent in international law, a world with correct answers.<sup>83</sup>

Even if we admit that a Dworkinian approach might be useful for explaining (some) domestic legal order, it would nevertheless be completely useless in the international context, which is characterised, as we have seen, by deep disagreements about moral values, and by the absence of both a supreme judicial body and a democratic legislative power, which are potentially able to solve, at least momentarily, these very disagreements.<sup>84</sup> Because of the deep character of international *tensions*, “it is naive and even counterproductive to expect them to be effectively resolved by judicial or arbitral devices”.<sup>85</sup>

Some points that make the Dworkinian theory implausible (unless it is a utopian one) could briefly be mentioned.

82 According to Freud (1962: 11), who borrows the expression from his friend Romain Rolland, an oceanic feeling is “a feeling as of something limitless, unbounded – as it were, ‘oceanic’. This feeling [...] is a purely subjective fact, not an article of faith; it brings with it no assurance of personal immortality, but it is the source of the religious energy which is seized upon by the various Churches and religious systems [...]. One may [...] rightly call oneself religious on the ground of this oceanic feeling alone, even if one rejects every belief and every illusion”. This notion of “oceanic feeling” is related to religions, but could also, more interestingly, be associated with a quasi-religious theme, such as international law. On this matter, see Koskenniemi (2012: 11): “Although the ‘oceanic feeling’ may certainly be real to the extent that the speaker actually feels it, this is no proof of its universal reality, either in terms of being available to others, or its having some objective presence in the world.” Not surprisingly, Dworkin takes very seriously the notion of *jus cogens* and quotes judge Cassese as an example of “the moralized approach to international law that [Dworkin is] now defending” (Dworkin, 2013: 26).

83 See Feichtner 2012: 1152.

84 Feichtner 2012: 1152; see also Kratochwil (2000: 42), who recalls that “neither a constitutional text nor a doctrine of *stare decisis* apply in international law”; Beckett (2001: 635): “the role of law, and the avoidance of radical indeterminacy in the Dworkinian analysis are all predicated on the centrality of the courts, or at least on the possibility of unilateral recourse to the courts. Dworkin relies on the courts to stabilize the law (and thus authoritatively determine which values are in the system), but in PIL they simply cannot play this role.” While it is plausible that the requirement of relative stability can generate, in a domestic context, and this according to Dworkin, some kind of associative obligation, “it is doubtful, to say the least, whether, first, states can meet those psychological requirements, even through their legitimate representatives, and second, whether, even under this assumption, we can meaningfully speak of a sort of international community that generates associative obligations in the Dworkinian sense of the word” (Jovanović, 2015: 454).

85 Scheuerman 2008: 38.

Firstly, to the extent that Dworkin seems to start from the radical conflict between human rights (essential in his theory) and sovereignty (essential, according to him, in any positivistic conception),<sup>86</sup> his position “is hardly in line with his general vision of the unity of value”.<sup>87</sup>

Secondly, Dworkin seems to recognise the deep institutional difference between the domestic and the international contexts, specifically with respect to adjudication, when he affirms that “no such structure, in any but the most rudimentary form, is yet in place in the international domain, and none can be expected soon”. Consequently, he describes his project – I ignore just how ironically – as a “fantasy upon fantasy”.<sup>88</sup>

Finally, it is interesting to summarise the conclusion that Dworkin sketches regarding the NATO bombing of Kosovo. He argues that it was perfectly justified on the basis of the international law having been interpreted in its best light.<sup>89</sup> It is, nevertheless, surprising that Dworkin recognises that the legal interpretation implicit in his right answer “would be fresh legislation, of course, rather than an interpretation of the Charter as it stands”.<sup>90</sup> Definitively, it is unclear whether what he proposes is a realistic theory of international law or just some personal vision of what international law could/should be in some imaginable future.

## 5 CONCLUSION

If, because of its radical indeterminacy, it is very difficult to know which rules are valid at any given time, international law could be conceived of not as a set of rules,<sup>91</sup> but as a set of particular solutions to virtual unique events.<sup>92</sup>

Of course, this claim needs some nuances. It is true that the phenomenon of radical indeterminacy, as long as it depends on the moral values incorporated into a legal system, is not exclusive to international law. Recent jurisprudence on jurisdictional immunity is evidence of this. In Italy, the Court of Cassation first invoked higher values, and then an emergent customary norm, only to ultimately abandon its jurisprudence in order to comply with the international ruling of the ICJ and with a new piece of Italian legislation. After this, the

86 On the anti-positivistic claim and on the conflict between human rights and sovereignty respectively, see Dworkin 2013: 5 and 17-19.

87 Jovanović 2015: 447.

88 Dworkin 2013: 14.

89 Dworkin 2013: 23-26.

90 Dworkin 2013: 26.

91 For several examples in which it seems that rules do not play a significant role in international issues, see Johns 2013.

92 For many striking examples of international events, see Johns, Joyce & Pahuja 2011.

Constitutional Court decided to reaffirm the same values implicit in the first ruling of the Court of Cassation and declared the Italian legislative provision to be unconstitutional.<sup>93</sup> All this seems to demonstrate the deep indeterminacy of the rule of recognition. But, even if this is accepted, if a pluralist conception is endorsed, one could claim that the Italian Constitutional Court had the final word on the matter, and so relative stability was achieved.

Such relative stability is the result of the reiteration of domestic judicial cases. For the same legal problem, in the international arena, only one case, the above mentioned Germany vs. Italy case, was decided, so that it is still unclear what the solution to potential future cases could be. An important difference that also strengthens my argument is that the final word in the Italian saga was founded on the constitutional text, and not on a customary norm. This difference is relevant because the existence and the content of international customary law was precisely the object of the disagreement between the Italian and the International Court of Justice.

The history of international relations is maybe the history of “plans which brought about results different from those intended”.<sup>94</sup> The deep need satisfied by international law is probably not, or not only, legal and social stability, which is essential in the construction of a domestic rule of law. This might be only a matter of fact or lead to a serious ontological question: what is international law for? If it is meaningless to take the need for stability as an answer, it is not extravagant to suspect that its purpose is radical indeterminacy itself which, far from being a “structural deficiency”,<sup>95</sup> could maximise – despite the good intentions of many (reformer) international scholars and the rhetoric of the United Nation<sup>96</sup> – the political freedom of states, even in the context of humanity-based law.

93 See *Corte Costituzionale, Sentenza n. 248/2014*, in which the sequence of the Italian judicial and legislative interventions is reconstructed.

94 Morgenthau 1947: 129.

95 Koskeniemi 2006: 591.

96 I have to acknowledge that the United Nations aim to guarantee international peace and security, which is comparable to social stability at the domestic level. Nevertheless, this statement has to be relativised both at the empirical and the normative level. Empirically, it is a fact that an international intervention with the purpose of re-establishing peace and security can be stopped by a veto, so that the states that have the right to stop such interventions can maximise their freedom, and so threats against peace and security remain actual. In other words, without a serious reform of the functioning of the UN Security Council, the argument is not convincing. The reason why such a reform has not been introduced is precisely because it would reduce the freedom of some states. In this sense, the empirical difficulty has to be understood to be the result of a normative stance aimed at protecting the liberty of states, or at least of some powerful states.

—**Acknowledgments.**— The main argument of this paper was first discussed in a Seminar at the University of Texas School of Law. I am especially grateful to Larry Sager, whose comments obliged me to deeply rethink the original argumentative structure of the paper. I would also like to thank Jean d'Aspremont, Juan Bertomeu, Jorge Cerdio and Francisca Pou for their remarks on an earlier version of this article, as well as to two anonymous reviewers from *Revus*, whose comments and/or criticism helped me to clarify and/or develop my arguments, and to introduce substantive nuances. Finally, my thanks are also due to Paulina Nenclares, Jorge Gaxiola and Ana Gabriela Arroyo for their assistance. Of course, I am the one responsible for the limits and fragilities that still affect this final version.

### Bibliography

- Anthony ANGHIE, 2005: *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Jean d'ASPREMONT, 2011a: *Formalism and the Sources of International Law. A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*. Oxford: Oxford University Press.
- Jean d'ASPREMONT, 2011b: The Politics of Deformalization in International Law. *Goettingen Journal of International Law* (2011) 3 (2). 503-550. URL: [www.gojil.eu/issues/32/32\\_article\\_aspremont.pdf](http://www.gojil.eu/issues/32/32_article_aspremont.pdf). DOI: 10.3249/1868-1581-3-2-aspremont.
- Fernando ATRIA, 1999: Del derecho y el razonamiento jurídico" *Doxa* (1999) 22. 79-119. URL: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc79607>.
- Jason BECKETT, 2001: Behind Relative Normativity: Rules and Process as Prerequisites of Law. *European Journal of International Law* (2001) 12 (4). 627-650. URL: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/12/4/627.full.pdf+html>. DOI: 10.1093/ejil/12.4.627.
- Jason BECKETT, 2005: Countering Uncertainty and Ending Up/Down Arguments: Prolegomena to a Response to NAIL. *European Journal of International Law* (2005) 16 (2). 213-238. URL: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/16/2/213.full.pdf+html>. DOI: 10.1093/ejil/chl115.
- Jason BECKETT, 2006: Rebel without a Cause? Martti Koskenniemi and the Critical Legal Project. *German Law Journal* (2006) 7. 1045-1088. URL: <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=777>.
- Samantha BESSON, 2010: Theorizing the Sources of International Law. *The Philosophy of International Law*. Eds. Samantha Besson & John Tasioulas. Oxford: Oxford University Press. 163-185.
- Armin von BOGDANDY & Ingo VENZKE, 2013: On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority. *Leiden Journal of International Law* (2013) 26 (1). 49-72. DOI: 10.1017/S0922156512000647.
- Allen BUCHANAN, 2010: The Legitimacy of International Law. *The Philosophy of International Law*. Eds. Samantha Besson & John Tasioulas. Oxford: Oxford University Press. 79-96.
- Başak ÇALI, 2009: On Interpretivism and International Law. *European Journal of International Law* (2009) 20 (3). 805-822. URL: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/20/3/805.full.pdf+html>. DOI: 10.1093/ejil/chp038.
- Antonio CASSESE (ed.), 2012a: *Realizing Utopia. The Future of International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Antonio CASSESE, 2012b: For an Enhanced Role of Jus Cogens. Cassese 2012a. 158-171.
- Simon CHESTERMAN, 2008: An International Rule of Law? *American Journal of Comparative Law* (2008) 56. 331-361. DOI: 10.5131/ajcl.2007.0009.
- Luigi CONDORELLI, 2012: Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law. Cassese 2012a. 147-157.
- Paul CRAIG, 1997: Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework. *Public Law* (1997). 467-487.
- Albert V. DICEY, 1915: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8th edition. London: Macmillan and Company.
- David DYZENHAUS, 1996: Hermann Heller and the Legitimacy of Legality. *Oxford Journal of Legal Studies* (1996) 16 (4). 641-666. DOI: 10.1093/ojls/16.4.641.
- David DYZENHAUS, 1999: Recrafting the Rule of Law. *Recrafting the Rule of Law: The Limits*

- of *Legal Order*. Ed. David Dyzenhaus. Oxford/Portland: Hart Publishing. 1-12.
- Ronald DWORKIN, 2013: A New Philosophy for International Law. *Philosophy & Public Affairs* (2013) 41 (1). 2-30. DOI: 10.1111/papa.12008.
- Isabel FEICHTNER, 2012: Realizing Utopia through the Practice of International Law. *European Journal of International Law* (2012) 23 (4). 1143-1157. URL: <http://www.ejil.org/pdfs/23/4/2349.pdf>. DOI: 10.1093/ejil/chs062.
- Sigmund FREUD, 1962: *Civilization and Its Discontents*. Ed. J. Strachey. New York: W. W. Norton & Company.
- Sévane GARIBIAN, 2007: Crimes against humanity and international legality in legal theory after Nuremberg. *Journal of Genocide Research* (2007), 9 (1). 93-111. URL: <http://dx.doi.org/10.1080/14623520601163020>.
- Richard M. HARE, 1952: *The Language of Morals*. Oxford: Oxford University Press.
- H.L.A. HART, 1983: American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. Reprinted in *Essay on Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press. 123-145.
- H. L. A. HART, 1994: *The Concept of Law*. 2nd edition. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch & Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press.
- Friedrich A. von HAYEK, 2007: *The Road to Serfdom*. Ed. Bruce Caldwell. Chicago: University of Chicago Press.
- Fleur JOHNS, 2009: International Legal Theory: Snapshots from a Decade of International Legal Life. *Melbourne Journal of International Law* (2009) 10. 1-10.
- Fleur JOHNS, 2013: *Non-Legality in International Law: Unruly Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Fleur JOHNS, Richard JOYCE & Sundhya PAHUJA (eds.), 2011: *Events: The Force of International Law*. Oxford: Routledge.
- Emmanuelle JOUANNET, 2007: Universalism and Imperialism: The True-False Paradox of International Law? *European Journal of International Law* (2007) 18 (3). 379-407. URL: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/18/3/379.full.pdf+html>. DOI: 10.1093/ejil/chm029.
- Emmanuelle JOUANNET, 2010: Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales: la consolidation d'un tiers pouvoir international? *Indépendance et impartialité des juges internationaux*. Eds. Hélène Ruiz-Fabri & Jean-Marc Sorel. Paris: Pedone.
- Miodrag A. JOVANOVIĆ, 2015: Dworkin on International Law: Not Much of a Legacy? *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* (2015) 28 (2). 443-460. DOI: 10.1017/cjlj.2015.35.
- Oliver JÜTERSONKE, 2012: *Morgenthau, Law and Realism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Jörg KAMMERHOFER, 2010: *Uncertainty in International Law. A Kelsenian Perspective*. Oxon/New York: Routledge.
- David KENNEDY, 2011: A Rotation in Contemporary Legal Scholarship. *German Law Journal* (2011) 12. 338-375. URL: <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1323>.
- Hans Kelsen, 1945: The Rule Against Ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals. *The Judge Advocate Journal* (1945) 2 (3). 8-12 and 46.
- Hans Kelsen, 1947: Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law? *International Law Quarterly* (1947) 1 (2). 153-171. URL: <http://www.jstor.org/stable/762970>.
- Martti KOSKENNIEMI, 2002a: *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Martti KOSKENNIEMI, 2002b: 'The Lady Doth Protest Too Much' Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law. *Modern Law Review* (2002) 65. 159-175. DOI: 10.1111/1468-2230.00373.
- Martti KOSKENNIEMI, 2006: *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*. Reissue with a new Epilogue. Oxford: Cambridge University Press.
- Martti KOSKENNIEMI, 2012: Projects of World Community. *Cassese 2012a*. 3-13.
- Friedrich KRATOCHWIL, 2000: How Do Norms Matter? *The Role of Law in International Politics*. Ed. Michael Byers. Oxford: Oxford University Press. 35-68.
- Hersch LAUTERPACHT, 2011: *The Function of Law in International Community*. Oxford: Oxford University Press.
- Brian LEITER, 2010: Legal Formalism and Legal Realism: What is the Issue? *Legal Theory* (2010) 16 (2). 111-133. DOI: 10.1017/S1352325210000121.
- Karl N. LEWELLYN, 1960: *The Common Law Tradition*. Boston/Toronto: Little, Brown and Company.
- Neil MACCORMICK, 1994: The Concept of Law and 'the Concept of Law'. *Oxford Journal of Legal Studies* (1994) 14 (1). 1-23. DOI: 10.1093/ojls/14.1.1.

- Neil MACCORMICK, 1999: Rhetoric and the Rule of Law. *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*. Ed. David Dyzenhaus. Oxford/Portland: Hart Publishing. 163-177.
- Andrei MARMOR, 2009: *Social Conventions: From Language to Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Frédéric MÉGRET, 2012: International Law as Law. *Cambridge Companion to International Law*. Eds. James Crawford & Martti Koskeniemi. Cambridge: Cambridge University Press. 64-92.
- Hans MORGENTHAU, 1940: Positivism, Functionalism, and International Law. *American Journal of International Law* (1940) 34. 260-284. URL: <http://www.jstor.org/stable/2192998>. DOI: 10.2307/2192998.
- Hans MORGENTHAU, 1947: *Scientific Man vs. Power Politics*. Chicago: University of Chicago Press.
- Hans MORGENTHAU, 1948: *Politics Among Nations*. New York: Alfred A. Knopf.
- Andreas PAULUS, 2010: International Adjudication. *The Philosophy of International Law*. Eds. Samantha Besson & John Tasioulas. Oxford: Oxford University Press. 207-224.
- Reut Yael PAZ, 2012a: A Gateway between a Distant God and a Cruel World. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff.
- Reut Yael PAZ, 2012b: Making it Whole: Hersch Lauterpacht's Rabbinical Approach to International Law. *Goettingen Journal of International Law* (2012) 4 (2). 417-445. URL: [http://www.gojil.eu/issues/42/42\\_article\\_paz.pdf](http://www.gojil.eu/issues/42/42_article_paz.pdf). DOI: 10.3249/1868-1581-4-2-paz.
- Anne PETERS, 2013: Realizing Utopia as a Scholarly Endeavour. *European Journal of International Law* (2013) 24 (2). 533-522. URL: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/24/2/533.full.pdf+html>. DOI: 10.1093/ejil/cht022.
- Philip PETTIT, 2004: Hope and Its Place in Mind. *Annals of the American Academy of Political and Social Science* (2004) 592. 152-165. URL: [http://www.princeton.edu/~ppettit/papers/Hope\\_Annals\\_2004.pdf](http://www.princeton.edu/~ppettit/papers/Hope_Annals_2004.pdf). DOI: 10.1177/0002716203261798.
- Alberto PUPPO, 2011: Fonti della normatività e convenzioni profonde" *Questions contemporaines de théorie analytique du droit*. Eds. Federico Arena & Pierre Brunet. Madrid: Marcial Pons. 129-165.
- Alberto PUPPO, 2013: Estado de excepción: algunas consideraciones acerca de héroes garantistas y participantes patológicos" *Problemas de Filosofía del Derecho. Nuevas Perspectivas*. Eds. René González de la Vega & Guillermo Lariguet. Bogotá: Temis. 19-38.
- Alberto PUPPO, 2015: El monismo internacionalista kelseniano: las acrobacias de un positivista en el circo del iusnaturalismo pacifista. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (2015) 18. 35-66. URL: <http://www.rtfed.es/numero18/02-18.pdf>.
- Alberto PUPPO, 2016: European Legal Culture in Domestic and International Law: Formalism, Emotions and the Struggle for Humanity. *Foundations of the European Legal Culture*. Ed. Dawid Bunikowski. Newcastle (UK): Cambridge Scholars Publishing (forthcoming).
- Alberto PUPPO, 2017: Acerca de la indeterminación de costumbres, principios generales e ius cogens: una mirada desencantada a la saga Ferrini. *Las fuentes del derecho internacional desde una visión latino-americana*. Ed. Manuel Becerra. México: UNAM-IIIJ (forthcoming).
- Joseph RAZ, 1979a: The Rule of Law and Its Virtue. Joseph Raz. *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon.
- Joseph RAZ, 1979b: The Institutional Nature of Law. Joseph Raz. *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon.
- Hélène RUIZ FABRI, 2012: Enhancing the Rhetoric of Jus Cogens. *European Journal of International Law* (2012) 23 (4). 1049-1058. URL: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/23/4/1049.full.pdf+html>. DOI: 10.1093/ejil/chs080.
- Frederick SCHAUER, 1991: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*. Oxford: Clarendon.
- Frederick SCHAUER, 2011: Editor's Introduction. Karl Llewellyn. *The Theory of Rules*. Ed. Frederick Schauer. Chicago: University of Chicago Press. 1-28.
- Frederick SCHAUER, 2012: *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- William E. SCHEUERMAN, 2008: Realism and the Left: the case of Hans J. Morgenthau. *Review of International Studies* (2008) 43. 29-51. URL: <http://www.jstor.org/stable/41307938>. DOI: 10.1017/IS0260210508007894.
- Scott J. SHAPIRO, 2010: *Legality*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Raimo SILTALA, 2000: *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Joseph W. SINGER, 1984: The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory. *Yale Law Journal* (1984) 94 (1). 1-70. URL: <http://www.jstor.org/stable/796315>. DOI: 10.2307/796315.
- Lawrence B. SOLUM, 1987: On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma. *The University of Chicago Law Review* (1987) 54 (2). 462-503.

URL: <http://www.jstor.org/stable/1599797>. DOI: 10.2307/1599797.

John TASIIOULAS, 2010: The Legitimacy of International Law. *The Philosophy of International Law*. Eds. Samantha Besson & John Tasioulas. Oxford: Oxford University Press. 97-116.

Kaarlo TUORI, 1997: Towards a Multi-Layered View of Modern Law. *Justice, Morality and Society*. Eds. Aulis Aarnio, Robert Alexy & Gunnar Bergholtz. Lund: Juristförlaget i Lund. 427-442.

Jeremy WALDRON, 2011: Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law? *European Journal of International Law* (2011) 22 (2). 315-343. URL: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/22/2/313.full.pdf+html>. DOI: 10.1093/ejil/chr031.

Jeremy WALDRON, 2012: *Stare Decisis* and the Rule of Law: a Layered Approach. *Michigan Law Review* (2012) 111. 1-31. URL: <http://repository.law.umich.edu/mlr/vol111/iss1/1>.

## Case-law

Corte di cassazione, Sezioni Unite, *Ferrini vs. Alemania*, Sentenza No. 5044/2004, 11 March 2014, reported in (2006) 128 *International Law Reports* 658. URL: [http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Italy/Ferrini\\_Cassazione\\_6-11-2003.pdf](http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Italy/Ferrini_Cassazione_6-11-2003.pdf).

International Court of Justice, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy; Greece Intervening) (Judgment)*, General List No. 143, 3 February 2012 [28]. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=143&p3=4>. Corte costituzionale, Sentenza n. 238/2014, 22 October 2014. URL: <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=238>.

Alberto Puppo\*

## Razonable estabilidad vs. indeterminación radical

Una disanalogía entre el *rule of law* interno y el derecho internacional *basado en la humanidad*

*Non domandarci la formula che mondi possa aprirti,  
sì qualche storta sillaba e secca come un ramo.  
Codesto solo oggi possiamo dirti,  
ciò che non siamo, ciò che non vogliamo.*

Eugenio Montale, «Non chiederci la parola», en *Ossi di Seppia* (1923)<sup>1</sup>

La tesis principal de este artículo se basa en una disanalogía funcional, entre lo que llamaré «derecho internacional *basado en la humanidad*», constituido por el derecho penal y de los derechos humanos, y el *rule of law* interno. Si se adopta una perspectiva funcionalista, hay que dirigir la atención, para hacer frente a la indeterminación del derecho, tanto hacia el objetivo pragmático del *rule of law* – una razonable estabilidad – como hacia sus medios – el formalismo y la legalidad. Los actores internacionales clave ¿comparten tales valores, inseparables del proyecto político del *rule of law*? El derecho internacional basado en la humanidad ¿satisface las exigencias del *rule of law*? La conclusión de este trabajo es que las instituciones y los mecanismos a los cuales los juristas se refieren usualmente cuando afirman que un orden jurídico constituye un *rule of law*, están, por lo general, ausentes en el derecho internacional basado en la humanidad. Esto implica que la indeterminación radical es, en asuntos relacionado con la protección de la humanidad, un obstáculo demasiado grande al momento de cumplir con el ideal del *rule of law*.

**Palabras clave:** rule of law, formalismo, derecho internacional, humanidad, convenciones profundas, indeterminación

\* apuppo@itam.mx | Profesor asociado, Departamento de Derecho, ITAM (México). Todas las citas han sido traducidas por mí; la expresión *rule of law* no se ha traducido por referirse específicamente al concepto de estado de derecho nacido en la tradición anglosajona, y no al *Rechtsstaat* alemán o al *Etat de droit* francés.

1 «No nos pidas la fórmula que mundos pueda abrirte, sí alguna sílaba seca y retorcida como una rama. Sólo eso podemos decirte, lo que no somos, y lo que no queremos». Traducción de Carlo Fabretti, en E. Montale, *Huesos de sepia y otros poemas* (Barcelona, Ediciones Orbis, 1983).

## 1 INTRODUCCIÓN

En este trabajo, a partir de la identificación de ciertas diferencias profundas entre el derecho interno y el derecho internacional, presentaré algunos argumentos acerca de lo que el derecho internacional *no es*, y acerca de lo que sus actores clave *no quieren*. Si tengo razón, existe un riesgo de que algunos discursos sobre el derecho internacional – que subestiman tales diferencias – sacrifiquen la neutralidad sobre el altar de un proyecto ideológico o, por lo menos, sean víctimas de una esperanza irracional.<sup>2</sup>

Por supuesto, que una teoría tenga un objetivo normativo no es para nada un problema. El problema surge cuando la frontera entre descripción y prescripción se vuelve borrosa.<sup>3</sup> Una afirmación relativa al derecho que es pierde toda pretensión de científicidad en caso de evidente no correspondencia con la realidad que pretende ser su sustento.<sup>4</sup> Tal afirmación es significativa si y solo si se reinterpreta como una afirmación acerca del *deber ser* del orden jurídico,<sup>5</sup> o acerca un posible mundo futuro. Pero, si tal futuro parece a la mayoría de los observadores muy remoto o claramente increíble, tal afirmación sólo puede ser parte de un discurso utopista.<sup>6</sup> Una utopía puede ser una algo bueno siempre y cuando se evite cualquier confusión. Sin embargo, cuando la actitud utopista es particularmente poderosa y omnipresente, la actividad observacional puede resultar, incluso de forma inconsciente, distorsionada.

La cuestión no es banal. Aunque algunos autores hayan sostenido que «si como juristas internacionalistas queremos participar y buscar consuelo en el proyecto de la utopía internacionalista, hay que hacerlo como jurista práctico y no como científico del derecho»,<sup>7</sup> otros han replicado que, dada una adecuada distinción entre una utopía «realista» y una «ilusoria», la primera es «enfáticamente el territorio en que se mueve el científico del derecho».<sup>8</sup> Quizá tal territorio no es monolítico, y tal réplica adquiere sentido en la medida en que se hace referencia a la ciencia del derecho constitucionalista (dominantemente liberal).<sup>9</sup> Este contraste muestra que existe una pluralidad de teorías (y teóri-

2 Sobre el concepto de esperanza y su racionalidad, véase Pettit 2004.

3 Según Kennedy (2011), esta sobreposición de descripción y prescripción, de teoría y práctica, análisis conceptual y reforma crítica, es probablemente un rasgo típico del jurista post-realista.

4 Sería el caso, según Condorelli (2012: 156), de la esperanza acerca de un futuro *judicial review* sobre las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU.

5 Como subrayado por Mégret (2012: 75), desde una perspectiva idealista «el derecho internacional es, en un sentido, porque debe ser».

6 Cuando creemos por cierto que algo no ocurrirá, no hay lugar para la esperanza racional: se trataría de un típico (irracional) ámbito utopista. Véase Pettit 2004: 154.

7 Feichtner 2012: 1157.

8 Peters 2013: 552.

9 Johns 2009: 5. Sobre el *liberal mainstream* en la ciencia del derecho internacional, véase Kennedy 2011.

cos) internacionalistas. La utopía realista propuesta por Cassese en su reciente libro<sup>10</sup> parece ser un ejemplo paradigmático de una *tendencia reformista*.<sup>11</sup> Un reformista destacado dijo una vez que «más el derecho internacional se acerca a los estándares del derecho interno más se acerca a aquellos estándares de moralidad y orden que constituyen el fundamento último de todo orden jurídico»; la razón más fuerte que Lauterpacht tenía para defender tal improbable *domestic analogy* era la lucha en contra de los negadores de la naturaleza jurídica del derecho internacional y su «insistencia sobre el así llamado carácter específico del derecho internacional».<sup>12</sup> En la medida en que la actitud reformista es, por lo menos genealógicamente, profundamente relacionada con la *domestic analogy*,<sup>13</sup> creo que es saludable tomar en serio la diferencia entre derecho interno y derecho internacional. Si tal diferencia es demasiado profunda, entonces el reformista (alguien que cree en una utopía realista) debe ser re-clasificado como idealista (alguien que cree en una utopía ilusoria).<sup>14</sup>

Para entender en qué sentido una diferencia puede ser *profunda*, introduciré la noción de convención profunda y la noción de derecho basado en valores, y sugeriré que un derecho basado en reglas y un derecho basado en valores no están contruidos sobre la misma convención profunda (§ 2). A continuación, estableceré una conexión entre un modelo de *decision-making* basado en reglas, como el propuesto por Schauer,<sup>15</sup> el concepto de *rule of law* y el valor de la es-

10 Cassese 2012a. Obvias razones de espacio me sugieren no proceder a una completa reconstrucción de la teoría de Cassese. A pesar de ello, el libro mismo y los artículos recién publicados sobre los temas allí desarrollados – véase Feichtner 2012, Peters 2013, Ruiz Fabri 2012 – son lo suficientemente claros y detallados para formarse una idea general de su proyecto. En este trabajo, dedicaré más bien unas líneas a la reconstrucción de la teoría dworkiniana sobre el derecho internacional, no solamente porque es menos conocida, entre los juristas internacionalistas, que la de Cassese, sino también porque Dworkin y Cassese parecen compartir la misma suerte de optimismo.

11 Mégret 2012: 79-80.

12 Lauterpacht 2011: 440. Como destacado por Paz (2012a: 242), la extensión operada por Lauterpacht de «la tradición del “rule of law”... al nivel internacional» es perfectamente entendible. Sobre el problema del síndrome del trasplante, véase Puppo 2012: 220 y, específicamente sobre la filosofía del derecho internacional de Dworkin, Jovanović 2015: 451-453, y Çali 2009: 822.

13 Probablemente no es verdad que la *domestic analogy* es constitutiva del *approach* reformista. Reconozco este punto, en la medida en que no es siempre verdadero que el científico del derecho reformista base su teoría sobre la *domestic analogy*. A pesar de ello, sigue siendo verdad que desde Kelsen, pasando por Lauterpacht, hasta llegar a Cassese, el ideal que se supone esté inspirando la reforma del derecho internacional está construido a partir de la mejor expresión del derecho interno, esto es, el Estado constitucional. En otras palabras, hasta cuando el reformista no baje del tren del constitucionalismo global, parece difícil negar que tal tren es propulsado (o ha sido, históricamente, propulsado) por una locomotora interna.

14 En la última sección, me referiré a la filosofía del derecho internacional propuesta por Dworkin (2013) como ejemplo de *domestic analogy* y de utopía.

15 Schauer 1991.

tabilidad, para sostener que un estilo de razonamiento jurídico centrado en la universalización marca el camino para la conciliación de la tesis escéptica particularista con la tesis formalista de la estabilidad (§ 3). Finalmente, sostendré que, a pesar de que la indeterminación afecta potencialmente de modo similar tanto al derecho interno como al derecho internacional, solo el primero, en virtud de un razonamiento judicial más formalista, conserva su carácter de sistema jurídico relativamente estable. Decir que un sistema jurídico interno es un *rule of law* significa que los jugadores clave comparten la necesidad de un alto nivel de previsibilidad. Aun si en muchos casos están en desacuerdo sobre cuál es la respuesta correcta, están de acuerdo sobre la necesidad de tomar decisiones que puedan constituir, al menos en potencia, un precedente.<sup>16</sup> En cambio, el derecho internacional no corresponde al modelo del *rule of law*, a causa de una desformalización deliberada en la etapa de la identificación del derecho<sup>17</sup> y del razonamiento jurídico. La diferencia entre derecho interno y derecho internacional se sitúa por tanto en el nivel de las instituciones jurídicas, entendidas como respuestas a determinadas finalidades profundas, necesidades sociales o, en el caso del derecho basado en la humanidad, a un *sentimiento oceánico* (§ 4).

La clave de mi argumento es una concepción funcional del *rule of law*. A contracorriente del *mainstream* constitucionalista global que construye el concepto de *rule of law* internacional sobre la base de la *domestic analogy*, basaré mi argumento sobre una disanalogía. Dada una concepción funcionalista del *rule of law*, mi conclusión será que las instituciones a las cuales nos referimos cuando afirmamos que un orden jurídico satisface los requisitos del *rule of law* se encuentran ausentes en el derecho internacional, por lo menos en alguna de sus expresiones paradigmáticas, como el derecho basado en la humanidad.

## 2 DERECHO BASADO EN LA HUMANIDAD VS. RULE OF LAW: UN ACERCAMIENTO FUNCIONALISTA

Las convenciones profundas dicen algo sobre la función del juego, mientras las convenciones superficiales dicen algo sobre el funcionamiento (o la estructura) del juego.<sup>18</sup> Hay un juego, pero dos prácticas sociales. La segunda práctica identifica las fuentes del derecho internacional; es una práctica de comproba-

16 La relación profunda entre la técnica del *stare decisis* y el valor de la estabilidad es destacada por Schauer (2012: 43-44), y Waldron (2012).

17 Sobre la tendencia actual hacia la desformalización y la necesidad de rejuvenecer y revitalizar un acercamiento formalista (en la identificación del derecho), véase d'Aspremont 2011a.

18 La distinción entre convenciones superficiales y profundas ha sido recientemente introducida en la filosofía analítica del derecho por Marmor (2009). La misma intuición, probablemente más articulada, fue formulada por Tuori (1997) y desarrollada por Siltala (2000: 151-267). Para un análisis más profundizado de este concepto, su relación con el *rule of law*, y más referencias bibliográficas, véase Puppo 2011.

ción del derecho.<sup>19</sup> La primera práctica, normalmente invisible, constituye el juego jurídico en sí. Si estamos buscando activamente cuál es la regla aplicable a un determinado caso internacional, cuando estamos en desacuerdo, por ejemplo, sobre la existencia de una norma consuetudinaria internacional – y quizá, más allá, sobre la función del derecho internacional – es porque estamos de acuerdo sobre la posibilidad y el carácter valioso del juego (el derecho internacional) y la existencia de algunas fuentes sociales.

Tal distinción es en último análisis relevante en razón de la existencia de dos prácticas jurídicas fundamentales y de dos cuestiones acerca del juego jurídico: la primera cuestión es «¿Por qué jugamos?», la segunda es «¿Cómo jugamos?». Si existe una diferencia entre el derecho interno y el derecho internacional, puede encontrarse en el nivel profundo. Incluso si los jugadores nacionales e internacionales pueden jugar juntos de forma aparentemente armónica, las razones que tienen para jugar y, consecuentemente, las propiedades definicionales del juego, son profundamente diferentes. En la medida en que estoy tomando en serio la respuesta a la pregunta «¿Por qué jugamos?», estoy adoptando un punto de vista funcionalista.

Mi acercamiento funcionalista pone énfasis en el carácter institucional del derecho, en la inseparabilidad entre el derecho y ciertas necesidades sociales, pero no niega que el funcionamiento de tal institución reposa sobre reglas y aun menos niega que puede tender a la satisfacción de una exigencia de estabilidad o, en los términos de Llewellyn, de *reckonability*, entendida como *regularidad razonable*.<sup>20</sup> En pocas palabras: un acercamiento realista o funcionalista, desde mi perspectiva, es perfectamente compatible con una explicación basada en reglas.<sup>21</sup>

Mi punto aquí es que la convención profunda de un derecho interno no patológico está indudablemente relacionada con la noción de *rule of law*.<sup>22</sup> Dado que existe probablemente una definición de *rule of law* por cada persona interesada en cuestiones políticas o jurídicas, es necesario estipular una definición operativa. Adoptaré una concepción formal/procesal<sup>23</sup> del *rule of law*, como originariamente fue propuesta por Dicey.<sup>24</sup> Tal estipulación no es arbitraria, ya que

19 Véase d'Aspremont (2011), que relaciona su concepción formalista de la práctica de identificación de las fuentes a la tesis de las fuentes (*sources thesis*).

20 Véase Llewellyn 1960.

21 Debe destacarse que, contrariamente a la lectura del realismo divulgada por Hart (1994: cap. VII), Schauer (2011) ha sugerido que Llewellyn nunca dudó de la posibilidad, para los jueces, de decidir sobre la base de reglas pre-existentes.

22 En este sentido, un sistema jurídico patológico es todavía una instancia de lo que podemos llamar «derecho» pero no cumple con los requisitos del *rule of law*.

23 Sobre la distinción clásica entre concepciones formalistas y sustantivas, véase Craig 1997.

24 Dicey 1915. Según Dyzenhaus (1999: 10): «En el modelo inglés de derecho público y en aquellos ordenes jurídicos que siguen el modelo inglés, el entendimiento más influyente del

refleja por lo demás una relevante tendencia contemporánea entre estudiosos del derecho internacional<sup>25</sup> y filósofos del derecho.<sup>26</sup> Dicey distinguió tres significados del *rule of law*. Estoy interesado, sobre todo, en los dos primeros: *rule of law* significa «la supremacía absoluta o predominancia del derecho regular como opuesto a la influencia del poder arbitrario, y excluye la existencia de arbitrariedades, de prerrogativas, o incluso de una extensa autoridad discrecional por parte del gobierno»;<sup>27</sup> significa también «la igual sujeción de todas las clases al derecho ordinario del país administrado por los tribunales ordinarios».<sup>28</sup>

Una aproximación similar ha sido propuesta por Waldron quien distingue cuatro características del concepto formal/procesal de *rule of law*:<sup>29</sup>

1. una exigencia de que las personas que detentan autoridad deben ejercer su poder dentro de una estructura obligatoria de normas públicas más bien que sobre la base de sus propias preferencias o ideologías;

2. una exigencia de que existan reglas generales dictadas por adelantado, reglas cuyo conocimiento público permite a la gente averiguar lo que se le requiere, cuáles serán las consecuencias jurídicas de sus acciones, y qué pueden esperar cuando está implicada la acción de los autoridades;

3. una exigencia de que existan tribunales, que funcionen conforme a estándares procesales reconocidos de debido proceso o justicia natural, que ofrezcan un foro imparcial en que las controversias puedan ser resueltas, y que permita a las personas una oportunidad de ofrecer pruebas y presentar argumentos ante juzgadores independientes e imparciales para contestar la legalidad de la conducta de las autoridades públicas, particularmente cuando esta afecta intereses vitales relativos a la vida, la libertad o el bienestar económico;

4. un principio de igualdad jurídica, que asegura que la ley es la misma para todos, que todos tienen acceso a los tribunales, y que nadie está por encima de la ley.

La cuestión descriptiva de la función del derecho internacional puede entonces ser formulada en términos de *rule of law*. Si se adopta una aproximación funcionalista, debe centrarse la atención tanto en el objetivo pragmático del *rule of law* – una estabilidad razonable – como en sus medios – el formalismo y la legalidad. ¿Tales valores, inseparables del proyecto político del *rule of law*, son

---

*rule of law* sigue siendo el que Albert Venn Dicey desarrolló en 1885».

25 Véase Chesterman 2008; Besson 2010: 172; Buchanan 2010: 89; Tasioulas 2010: 115.

26 Véase Waldron 2012; Schauer, 2012: 30-55; McCormick 1999: 165. La misma concepción – como ha destacado Dyzenhaus (1996: 644) – está implícita en la noción weberiana de autoridad racional: «todo lo que podemos exigir del orden jurídico es que haga la vida social relativamente estable logrando que sea en gran medida cierta y previsible».

27 Dicey 1915: 198.

28 Dicey 1915: 189.

29 Waldron 2011: 316-317.

compartidos por los actores clave internacionales? ¿El derecho internacional cumple con las exigencias del *rule of law*? Una respuesta negativa a la segunda pregunta es problemática si y solamente si se da una respuesta afirmativa a la primera. En la medida en que los juristas parecen estar de acuerdo acerca de la corrección de la respuesta negativa a la segunda cuestión, el real desacuerdo parecería referirse a la primera; si la respuesta es negativa, las exigencias del *rule of law* serían verosímilmente irrelevantes en el contexto internacional. Tal irrelevancia no significa ni implica la negación de la existencia de un sistema jurídico en el nivel internacional; sólo significa que tal sistema internacional no puede ser evaluado – y sus performances medidas – sobre la base de criterios normalmente considerados como constitutivos del *rule of law*.

Para contestar a estas preguntas, es necesario introducir una definición operativa del segundo elemento de la disanalogía planteada, esto es, hay que definir lo que considero como la referencia de la expresión «derecho internacional». En la medida en que es verdad que el derecho internacional se caracteriza por su fragmentación, y por lo tanto es una práctica pluri-dimensional, me limitaré a identificar, entre varias dimensiones del razonamiento jurídico (o de la función jurisdiccional) internacional, una que considero paradigmática – que probablemente busca resolver lo que Morgenthau llamó *tensiones*<sup>30</sup> – y que tomaré como objeto de estudio.

Los actores clave de tal dimensión son los «órganos de una comunidad internacional basada en valores»<sup>31</sup> – cuya primera impactante manifestación fue consecuencia de los crímenes de la Segunda guerra mundial – en la cual el fin principal es la protección de la humanidad; su expresión paradigmática son los tribunales penales y de derechos humanos.<sup>32</sup> En la dimensión basada en la humanidad, los jueces (y los juristas) se consideran como parte de una misión, el objetivo mismo del proyecto kantiano: el proyecto constitucionalista global y el camino universal hacia una paz perpetua son indudablemente dos características paradigmáticas de esta dimensión.

Creo que la presencia creciente del derecho internacional, en el discurso jurídico y político, es debida a esta dimensión, probablemente porque muchos juristas internacionalistas imaginan el futuro del derecho internacional a través de esta dimensión potencialmente supranacional e imperativa, como si fuera el

30 Morgenthau opone controversias y tensiones. Sobre esta distinción, elaborada en su tesis doctoral, y desarrollada en Morgenthau 1948: 342-349, véase Jüterssonke (2012: 51) y Scheuerman (2008: 38). Una tensión es una situación «que involucra una discrepancia, afirmada por un estado en contra de otro, entre la situación jurídica, por un lado, y la relación real de poder, por el otro». Jüterssonke (2012: 55, en donde cita Hans Morgenthau, *Die internationale Rechtspflege, ihr Wesen und ihre Grenzen*, 71).

31 Von Bogdandy y Venzke 2013: 52.

32 Von Bogdandy y Venzke 2013: 63-68.

*telos* del derecho internacional.<sup>33</sup> La utopía realista de los juristas internacionales es inseparable de dicho *telos*.

Un momento fundacional en el desarrollo de esta dimensión fue sin duda la introducción del *ius cogens* en la Convención de Viena. Esta experiencia muestra de manera paradigmática lo que intentaré demostrar: la indeterminación del derecho internacional como resultado de un profundo desacuerdo entre estados, y probablemente como resultado de la necesidad de preservar la libertad de los mismos. Tomando en cuenta la imposibilidad de un acuerdo acerca de cuáles principios merecían el estatus de *ius cogens*, los estados introdujeron al *ius cogens* como criterio de validez pero no especificaron una lista formal de normas de *ius cogens*. Así, un paso fundamental en la construcción de la dimensión jurisdiccional basada en valores fue la elección de evitar la adopción de un criterio formal, una elección en favor de la indeterminación, una elección en contra de las reglas, del formalismo, y en último análisis en contra del *rule of law*; una elección que inevitablemente sacrifica el valor de la estabilidad, al cual dedicaré la próxima sección.<sup>34</sup>

### 3 RULE OF LAW Y RELATIVA ESTABILIDAD: LA UNIVERSALIZABILIDAD EN SERIO

Desde un punto de vista funcional, la legalidad es, sobre todo, una poderosa herramienta para planear y controlar la conducta de los individuos, especialmente aquellos quienes, en un grupo social dado, no comparten las intenciones de los planeadores.<sup>35</sup> Es probable que las necesidades satisfechas por los mecanismos de la legalidad sean la determinación y la estabilidad del derecho. Estas

33 Véase, como ejemplo paradigmático, Cassese (2012b: 170) y el penetrante análisis de Ruiz Fabri (2012: 1053). De acuerdo a Mégret (2012: 75-76): «Esta idea de que existe algo anterior – y, sin lugar a dudas, superior – al estado es la marca definitoria del idealismo, y es particularmente visible en el discurso contemporáneo que enfatiza la importancia de los derechos humanos, por ejemplo, como precondition de la legitimidad del estado».

34 Es posible considerar al *ius cogens* de manera distinta: tales normas funcionarían como criterio último de validez y, precisamente por ello, contribuirían al fortalecimiento de la seguridad jurídica en el nivel internacional. Esto podría ser verdadero si los tribunales hubieran efectivamente determinado el contenido de tales normas. Esto es lo que piensan, supongo, muchos internacionalistas que insisten sobre la contribución positiva de la Corte internacional de justicia y de la Comisión de derecho internacional sobre la Responsabilidad de los Estados a la determinación del contenido del *ius cogens*. Estaría de acuerdo con esta postura si el contexto judicial internacional fuese limitado a la CIJ y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, si se toma en cuenta la contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – que atribuye el estatus de *norma de ius cogens* a una cantidad creciente de normas – el panorama resultante se aproxima más a lo que sostengo en este artículo que a la opinión optimista arriba mencionada.

35 Shapiro 2010.

necesidades explican la obvia preferencia formalista por las fuentes del derecho escritas así como por los argumentos jurídicos que se basan en textos y no en el espíritu de la ley.<sup>36</sup>

Tal connotación, a pesar de estar justificada desde un punto de vista histórico, puede ser sustituida por una mejor: un rejuvenecido (*neo*, o funcionalista) formalismo<sup>37</sup> es una herramienta importante para entender cómo piensan los abogados,<sup>38</sup> y eventualmente para imponer una estructura normativa, especialmente en derecho internacional, capaz de limitar los efectos de la creciente desformalización de las fuentes del derecho.<sup>39</sup>

Si se toman las reglas en serio, se adoptará necesariamente un punto de vista de tipo formalista. Si tener reglas no es malo, entonces tampoco es malo algún tipo de formalismo. En su libro *Playing by the Rules*, Schauer defiende un modelo de *decision-making* basado en reglas, conforme al cual el derecho es un conjunto de reglas, y las reglas funcionan como generalizaciones atrincheradas.<sup>40</sup> El modelo de *decision-making* basado en reglas no es una garantía de respuestas correctas o un remedio milagroso contra la indeterminación. Se trata, plausiblemente, de lo que necesitamos si nuestro objetivo es limitar la arbitrariedad sin negar el uso de la discrecionalidad judicial, siendo la situación descrita por la discrecionalidad aquella en que «alguna institución con poder de control o revisión admitirá una multiplicidad de decisiones completamente diferentes, incluyendo algunas que la institución de control pueda considerar equivocadas».<sup>41</sup> ¿Cómo podría ser posible tal milagro? ¿Cómo podría la discreción satisfacer las exigencias del *rule of law*? En virtud, desde el punto de vista aquí adoptado, de una insistencia neo-formalista sobre la posibilidad de universalizar las decisiones discrecionales, esto es, de concebir un mundo en que la indeterminación y un grado aceptable de estabilidad son compatibles.

A pesar del inevitable carácter sobre- y sub-incluyente de las reglas, la estabilidad de un sistema jurídico interno es preservada si y solo si el modelo de decisión judicial está basado en reglas, y no un modelo particularista (de acuerdo al cual el juez, en cada caso, aplica la solución que mejor satisface la

36 Schauer 2012: 30. Véase también Leiter 2010.

37 Véase, del lado de la teoría del derecho internacional: Koskeniemi 2006; d'Aspremont 2011a. Desde un punto de vista exclusivamente teórico, véase Shapiro 2010; Marmor 2009; Schauer 2012.

38 Schauer 2012.

39 En la medida en que la práctica social más relevante, desde la perspectiva positivista compartida por d'Aspremont (2011a: 51-62), es una práctica judicial, creo que no es una movida arbitraria la de pasar del formalismo en la comprobación del derecho al formalismo en la aplicación judicial del derecho.

40 Véase Schauer 1991: 17, y, sobre el atrincheramiento, 47.

41 Schauer 2012: 191.

justificación subyacente a la regla).<sup>42</sup> El modelo basado en reglas considera «a la *forma* de la regla jurídica como más importante que su propósito subyacente».<sup>43</sup> Al contrario, de acuerdo a un modelo particularista «ninguna regla es más importante que las razones por la cuales ha sido formulada».<sup>44</sup> A pesar de la posible injusticia de una solución, el modelo basado en reglas satisface el valor de la estabilidad relativa. Este valor es esencial para el *rule of law*, que tiene la función social de establecer las mejores condiciones, para los agentes, para seguir planes sin tener que resolver difíciles cuestiones morales.<sup>45</sup> Desde Hayek hasta Waldron, varios teóricos han reconocido en la continuidad, la estabilidad y la previsibilidad valores protegidos y/o perseguidos por el *rule of law*. Según Hayek el *rule of law* permite «prever con bastante seguridad cómo la autoridad utilizará sus poderes coercitivos en determinadas circunstancias y planear los asuntos individuales sobre la base de este conocimiento».<sup>46</sup> Cuando la virtud del *rule of law* está ausente, «la gente tendrá dificultades para averiguar cuál es la ley en un momento dado y tendrá constantemente miedo de que la ley haya cambiado desde la última vez en que hayan tomado conocimiento de su contenido».<sup>47</sup> El hecho de que muchos de los «argumentos a favor de la continuidad basados en el *rule of law* involucren los valores de la certeza, de la previsibilidad y del respeto de las expectativas establecidas»<sup>48</sup> ha sido perfectamente captado por Schauer:<sup>49</sup>

existe un grupo importante de valores – la previsibilidad del resultado, la uniformidad de trato y [...] el temor de conceder una discrecionalidad sin restricciones a los que toman decisiones individuales [...] – que el sistema jurídico, en particular, cree que es valioso preservar. Estos valores a menudo se agrupan bajo el nombre *rule of law*, y muchas de las virtudes del *rule of law* son aquellas que se realizan cuando se toman las reglas en serio, como reglas.

42 Sobre la distinción entre los dos modelos, véase Schauer 1991: 51.

43 Schauer 1991: 30.

44 Koskeniemi 2006: 591.

45 Shapiro 2010.

46 Hayek 2007: 112.

47 Raz 1979a: 214. De cierto modo, según Raz, (una concepción formalista del) *rule of law* es la virtud que puede limitar los peligros que derivan tanto del puro poder como de la moralidad. Sobre este aspecto, véase también Koskeniemi (2002: 174), que hace referencia al giro ético en el derecho internacional: «En tal situación, la insistencia en las reglas, los procesos y toda la cultura del formalismo se convierte ahora en una estrategia de resistencia». Esto porque «el formalismo trata precisamente de establecer límites a los impulsos – morales o no – de los que ocupan puestos de decisión, con el fin de satisfacer intereses generales en vez de particulares».

48 Waldron (2012: 28). Véase también Beckett (2006: 1068), en donde reconstruye el neo-formalismo de Koskeniemi: «Aunque cualquier norma jurídica dada puede tener cualquier significado deseado, las únicas interpretaciones formalmente válidas son aquellas susceptibles de universalización, de repetición».

49 Schauer (2012: 35).

Este requisito de estabilidad relativa es, en mi opinión, compatible con el reconocimiento de otra necesidad, la necesidad particularista de adecuación. Incluso si, como bien señaló Atria,<sup>50</sup> la necesidad de certeza no puede satisfacerse sin el sacrificio de la necesidad de adecuación, creo sin embargo que la necesidad de una razonable o relativa estabilidad puede capturar lo que podríamos llamar una meta-necesidad, que abarca una dosis sostenible de las dos necesidades antes mencionadas. Ni la certeza absoluta ni el particularismo absoluto son deseables. Si la certeza absoluta es el arquetípico noble sueño del formalista, la estabilidad relativa sería una versión realista del noble sueño.<sup>51</sup> En realidad, la estabilidad relativa es lo más que podemos alcanzar si reconocemos la indeterminación intrínseca que afecta a cualquier orden normativo.

Por cierto, la noción de indeterminación es muy ambigua.<sup>52</sup> Si entendemos la indeterminación como la ausencia de una respuesta determinada a alguna pregunta relevante, me parece plausible distinguir entre cuatro niveles de indeterminación. El primero se refiere a la aplicabilidad de una regla determinada en alguna situación real (por ejemplo, ¿es una situación dada un caso de genocidio?). La solución es indeterminada porque no estamos de acuerdo en cómo debemos calificar jurídicamente los hechos del caso. El segundo se refiere a la identificación del significado de alguna disposición jurídica (por ejemplo, ¿qué significa el término «genocidio» en el Estatuto de la Corte Penal Internacional?). El tercero se refiere a la identificación de alguna fuente del derecho (por ejemplo, ¿existe una determinada práctica consuetudinaria?). El cuarto se refiere a la función o finalidad de la institución como un todo. ¿Para qué sirve el derecho internacional?

Sólo la última forma de indeterminación es una indeterminación profunda o radical. Las tres primeras categorías de indeterminación son, de alguna manera, una característica normal de cualquier sistema jurídico interno y son perfectamente compatibles con el formalismo del modelo de *decision-making* basado en reglas. Quiero decir que la tesis realista de la indeterminación es perfectamente compatible con un enfoque formalista del *decision-making*. La indeterminación radical, si está presente, subdetermina los otros tres niveles: «simplemente no podemos (con determinación, objetividad o autoridad) responder a la pregunta sobre qué dice el derecho hasta que hayamos respondido a la pregunta sobre qué es el derecho».<sup>53</sup>

Por supuesto, esa última declaración necesita algunas explicaciones adicionales. De acuerdo con un enfoque positivista dominante, lo que el contenido de

50 Atria 1999: 82.

51 Véase Hart (1983: 138), en donde clasifica la concepción realista de la adjudicación de Llewellyn más cerca del noble sueño que de la pesadilla.

52 Véase Solum 1987.

53 Beckett 2005: 224.

un sistema jurídico es no depende del fin que se le atribuye. La identificación de las normas jurídicas depende de hechos sociales y no de consideraciones ontológicas sobre la naturaleza y/o el propósito del orden jurídico cuyo contenido debe ser identificado.

Pero este enfoque, en algunos casos, como en la teoría de Raz, se limita explícitamente al derecho interno,<sup>54</sup> precisamente en razón de las fuentes sociales (como la legislación) que históricamente han caracterizado el ordenamiento jurídico interno. Cuando no existe una fuente social así de solida – o, por lo menos, cuando algunas fuentes cruciales (como las costumbres, los principios y el *ius cogens*<sup>55</sup>) son difíciles de identificar –, y cuando no existe un tribunal supremo cuyas resoluciones puedan establecer con autoridad (aunque no sea de forma permanente, al menos por un tiempo) el contenido normativo del sistema, es posible que lo que el contenido del derecho es dependa de algún juicio sobre los valores profundos que se supone proporcionan una justificación moral a las normas jurídicas.

Si tales valores están perfectamente determinados o, por lo menos, pueden ser determinados judicialmente, y no hay conflicto entre ellos, se puede alcanzar una estabilidad relativa o incluso, desde una perspectiva dworkiniana, los jueces podrían ser capaces de formular respuestas correctas. Pero si tales valores profundos son radicalmente indeterminados, la incertidumbre en el nivel más profundo se proyectará inevitablemente a un nivel más superficial, es decir, al nivel en el que los jueces deben aplicar las reglas – previamente identificadas – a los casos individuales, como en el caso Ferrini, un asunto internacional real que tomaré, en la siguiente sección, como ilustración del fenómeno de la indeterminación radical.

Si no podemos negar que los jueces deciden con discrecionalidad (poca o mucha, ese no es el punto), podemos todavía pensar que cuando lo hacen, o cuando crean una nueva regla, pueden verse limitados por un *test de universalizabilidad*,<sup>56</sup> es decir, por la adopción del punto de vista de las personas que potencialmente se verían afectadas en el futuro por la nueva regla, y desde ese punto de vista, los jueces formularían la nueva regla como base para la mejor solución de casos futuros.<sup>57</sup>

La universalización da forma a la sustancia de una situación particular.<sup>58</sup> Aunque, debido a la indeterminación del derecho, una solución es inevitablemente la consecuencia de algún uso de la discrecionalidad, la discrecionalidad

54 Véase Raz 1979b.

55 Véase Puppo 2017.

56 Véase Hare 1952.

57 Beckett 2006: 1069.

58 Jouannet (2007: 386): en este sentido, «“[f]ormal” no significa “vacío” (...); el derecho formal siempre formaliza un contenido o una materia particulares».

no es necesariamente arbitrariedad<sup>59</sup> si los jueces se someten al *test de universalizabilidad*. La prescripción creada es universalizable si los jueces piensan que la solución, que de ella deriva, funcionará en casos futuros similares; debido a esto, la regla así creada puede crear expectativas.<sup>60</sup>

Sin embargo, no siempre es así: en algunos casos, como Núremberg, en la medida en que la solución fue, en última instancia, la consecuencia de la aplicación de un conjunto de reglas creadas por el vencedor de una guerra para juzgar y criminalizar al que la perdió, tenemos sólidas razones morales para evitar cualquier generalización. Como subrayó Kelsen:<sup>61</sup> ¿qué pasará si no es siempre el caso de que los buenos ganan las guerras? El riesgo, subrayado por Koskenniemi, refiriéndose a Kosovo, es que «una ilegalidad beneficiosa hoy haga más fácil, para mi adversario, invocarla mañana como precedente para algún plan sombrío que tenga».<sup>62</sup>

Cuando la solución es universalizable, entonces los jueces pueden atrincherar la generalización. Decir que los jueces crean una regla, si usamos la teoría de Schauer,<sup>63</sup> significa que, a partir de la observación de un caso particular, y tomando en serio una solución particular por su universalizabilidad, los jueces formulan la solución en términos de la consecuencia de una regla general.

Si la indeterminación implica el uso necesario de discrecionalidad judicial, el *test de universalizabilidad* funciona como una técnica contra la arbitrariedad. Hay varias maneras de crear nuevo derecho: no todas las soluciones son equivalentes. Si es cierto que los jueces, como los legisladores, crean derecho, también

59 Singer 1984.

60 Véase Koskenniemi 2002b: 174.

61 Kelsen 1947: 171. Análisis en otro trabajo, véase Puppo 2016, la postura compleja y ambigua de Kelsen respecto de los juicios de Núremberg y la cuestión relativa a su eventual separación del positivismo. En pocas palabras: incluso si Kelsen (1945) defiende claramente la decisión basada en la humanidad, no intenta hacer esto – contrariamente a muchos juristas internacionalistas positivistas – desde una perspectiva positivista (véase Garibian 2007); tal intento habría pervertido – supongo – el valor profundo (la legalidad o el *rule of law*) que justifica el sistema jurídico positivo. La decisión era justa, pero no tenía una justificación jurídico-positiva, sólo tenía una justificación moral. De este modo, Kelsen no renuncia a su positivismo – que asume, al menos, la distinción entre el derecho que es y el derecho que deseamos; sin embargo, Kelsen no se adhiere a una forma ideológica de positivismo (o legalismo ético) según la cual lo legal es también moralmente correcto, y entonces hay que obedecerlo. El derecho nazi era (probablemente) legal y el derecho de Núremberg era (probablemente) ilegal, pero había fuertes razones morales para preferir, en este caso, la ilegalidad a la legalidad. Defender el fallo de Núremberg sobre la base de (un argumento derivado de) el derecho positivo habría amenazado lo que hace que el derecho positivo sea algo valioso. Más en general, sobre las líneas borrosas, en Kelsen, entre la pureza de la teoría y el pacifismo de la ideología, véase Puppo 2015.

62 Koskenniemi 2002b: 170.

63 Sobre la relación entre el modelo basado en reglas y la discrecionalidad, véase Schauer 1991: 190.

es cierto que las dos instituciones no gozan de la misma libertad creativa.<sup>64</sup> El razonamiento neo-formalista excluye soluciones que parecen inevitablemente arbitrarias, en la medida en que no son universalizables.<sup>65</sup>

Si una solución nos parece universalizable, no es porque los jueces hayan adoptado un punto de vista neutral. En realidad, es imposible para los jueces neutralizar sus preferencias. Pero precisamente por esa imposibilidad, la exigencia de transparencia y universalizabilidad relativa a las preferencias y decisiones de los jueces es un rasgo esencial de un razonamiento jurídico predecible y, en un último análisis, de una concepción formal-procesal, pero *thick*, del *rule of law*;<sup>66</sup> formal porque ningún elemento sustantivo es constitutivo de ella; *thick* porque sigue siendo una concepción exigente según la cual muchos sistemas jurídicos, aparentemente gobernados por el derecho, no cumplirían los requisitos del *rule of law*.

#### 4 TRATANDO CON LA INDETERMINACIÓN RADICAL: RULE OF LAW VS. SENTIMIENTO OCEÁNICO

Voy a tomar como punto de partida un caso internacional de indeterminación radical: dado el conflicto entre la protección jurisdiccional de los derechos humanos, por un lado, y la inmunidad del estado, por otro, en un primer caso decidido por la Corte Italiana de Casación, la protección de los derechos humanos derrotó la protección de la soberanía, mientras que en una decisión subsecuente, decidida por la Corte Internacional de Justicia, ocurrió lo opuesto.<sup>67</sup> Si el derecho internacional es una construcción humana y si su objetivo es la satisfacción de una extraña combinación de necesidades morales (una cuestión de seres humanos) y necesidades políticas (una cuestión de soberanía), es fácil ver que la indeterminación depende, sobre todo, de la manifiesta incompatibilidad entre estas dos necesidades:

64 Véase Hart 1994: 253.

65 Hart 1994: 272-273.

66 La transparencia es por lo tanto un carácter esencial de la cultura formalista. Véase Jouannet 2010: 294; Paulus 2010: 209. Un ejemplo de concepción *thick*, formal-procesal, sería la propuesta por Waldron. Véase *supra* sección 2.

67 Véase respectivamente: *Ferrini vs. Alemania*, Corte di cassazione, Sezioni Unite, No. 5044/2004, 11 de marzo de 2014; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy; Greece Intervening) (Judgment)*, International Court of Justice, 3 de febrero de 2012. Hay que destacar que recientemente, en octubre 2014, la Corte costituzionale italiana decidió que la ley italiana que imponía la ejecución de la Carta de la ONU era inconstitucional en la parte en que establecía «la obligación para los tribunales italianos de cumplir con la decisión de la Corte internacional de justicia (CIJ) del 3 de febrero de 2012, que exige que se decline la competencia en los casos de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos por un estado extranjero».

la tesis de la indeterminación [...] no consiste para nada en que los textos jurídicos internacionales son semánticamente equívocos. La tesis es mucho más fuerte (y en un sentido filosófico, más “fundamental”) y afirma que incluso cuando no existe una ambivalencia semántica, el derecho internacional permanece indeterminado ya que está basado sobre premisas contradictorias.<sup>68</sup>

Si leemos la sentencia de la CIJ y la opinión disidente del juez Cançado Trindade, percibimos claramente la fuente de la indeterminación radical: la premisa acerca del propósito del derecho internacional aceptada por la mayoría de los jueces es profundamente contradictoria con la premisa aceptada por el ex-juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este caso es claramente una *tensión* internacional, en la cual parece muy difícil domesticar la discrecionalidad judicial. No es sorprendente que los jueces, nacionales e internacionales, sean particularmente poco claros acerca de los propósitos, de las fuentes y finalmente del predicado fáctico al cual tienen que imputar consecuencias jurídicas.

En esta sección, argumentaré que, mientras que un sistema jurídico interno no patológico es capaz de tratar con la indeterminación radical, en razón de profundas diferencias institucionales y culturales, el derecho internacional queda irremediablemente afectado por esta.

La importancia y la eficiencia de la aproximación formalista en el razonamiento jurídico interno, así como la tendencia desformalizadora en el derecho internacional, pueden ser explicadas desde una perspectiva institucional y funcionalista. La comparación tiene sentido especialmente si hacemos referencia a los jueces internacionales que resuelven problemas de derecho penal y de violaciones de derechos humanos en donde la humanidad está en el centro de la controversia – esto es, a la dimensión jurisdiccional en la cual el «regreso a la ética» ha sido acompañado por una «creciente desformalización».<sup>69</sup>

En varios sistemas jurídicos nacionales, los jueces reciben alguna educación jurídica, y quizás comparten una cultural jurídica común, en algún sentido formalista.<sup>70</sup> El juez – como es imposible satisfacer la exigencia formalista de abstenerse de la creación de derecho – cumple su deber creando nuevas reglas

68 Koskeniemi 2006: 590. Otra forma de destacar la indeterminación radical es llamando a colación el carácter profundamente paradójico que el derecho internacional ha manifestado desde sus comienzos. Sobre este tema, véase Jouannet (2007: 379): «el derecho internacional, pasado y presente, es el reflejo de una cultura – la occidental – particular, mientras al mismo tiempo pretende no solamente internacionalizar sino también casi universalizar los valores de los cuales es portador».

69 Koskeniemi 2006: 159.

70 Leiter (2010: 128) lo confirma respecto de Estados Unidos: «el formalismo (...) constituye obviamente la historia oficial de la adjudicación en la cultura pública estadounidense».

generales a las cuales el mismo estaría dispuesto a someterse.<sup>71</sup> En la medida en que los jueces internacionales son a menudo juristas de renombre internacional, tienen una visión distinta de su papel. No pueden apoyarse en la existencia de un gobierno democrático que se ocupa de reformar el derecho. Tienen que desempeñar un rol activo dado que han sido educados para ser reformadores y no sólo los garantes de la estabilidad que caracteriza al *rule of law*: el trasfondo filosófico de la muy influyente escuela internacionalista alemana fue «la filosofía del optimismo y de la acción, la lucha por el progreso y la perfección del mundo».<sup>72</sup> El paradigmático ejemplo fue ciertamente Lauterpacht, «quien nunca se cansó de creer en la bondad humana y en la posibilidad para la razón de encontrar esta bondad, incluso en los momentos más oscuros de la historia europea».<sup>73</sup>

Entonces, si es cierto que tanto el derecho interno como el internacional sufren las consecuencias de la indeterminación, sólo los tribunales nacionales tienen las herramientas, la cultura y el contexto institucional para manejar esto consistentemente con el requisito de la relativa estabilidad. Al contrario, en la medida que las jurisdicciones internacionales se enfrentan frecuentemente a casos difíciles, o incluso únicos, la universalizabilidad no es un objetivo alcanzable y por lo tanto, a justo título, no es una prioridad. Como Morgenthau hace setenta años ya había comprendido con agudeza, a diferencia del ámbito nacional, una «situación política en el ámbito internacional no es probable que se repita, ya que la variedad de factores que lo componen produce un número indefinido de posibles combinaciones. Por lo tanto, sólo una regla jurídica estrictamente individualizada será adecuada para él».<sup>74</sup>

Sostengo que tal diferencia institucional refleja convenciones sociales profundamente diferentes, que tienden a satisfacer necesidades básicas o a alcanzar objetivos morales fundamentales.

El derecho nacional podría parecer justificado, moral o socialmente, en virtud de su capacidad de revolver problemas morales de forma relativamente estable. Lo que importa es que resuelva los problemas, no cómo los resuelve. Dadas algunas «circunstancias de la legalidad», que «se dan cuando una comunidad tiene numerosos y serios problemas morales, cuyas soluciones son

71 La mejor forma de cumplir con este deber es probablemente mediante lo que Llewellyn (1960) llamó el *Grand style* de toma de decisiones judiciales, esto es, un estilo judicial perfectamente acorde a los «estándares de legalidad (...) profundamente arraigados en la historia institucional y la tradición de una comunidad política» (Jovanović 2015: 452), y claramente ausentes en la comunidad internacional.

72 Koskenniemi 2002a: 199. Un brillante análisis de la contribución al derecho internacional de los juristas judíos de habla alemana se encuentra en Paz 2012a.

73 Paz 2012b: 423.

74 Morgenthau 1940: 271.

complejas, controvertidas o arbitrarias»,<sup>75</sup> podemos entender el propósito y la autoridad del derecho. Debido a la existencia de un plan jurídico, podemos evitar involucrarnos en una actividad de ponderación sobre cuales son, en ciertas circunstancias, las mejores razones morales para actuar. Koskenniemi comparte el mismo punto cuando afirma que en una situación nacional normal, «es posible vivir con reglas automáticas porque la alternativa es mucho peor».<sup>76</sup>

Cuando el derecho internacional (en asuntos penales o de derechos humanos) se propone guiar comportamientos, se enfrenta a dos obstáculos. Algunos sujetos se niegan a ser dirigidos, tal vez porque «están en desacuerdo sobre lo que es bueno».<sup>77</sup> Cuando los estados rechazan un modelo de conducta, están contribuyendo a la introducción o eliminación de alguna norma consuetudinaria, y por lo tanto a su indeterminación.<sup>78</sup> Invocar normas imperativas (normas de *ius cogens*) es probablemente la única manera para no ceder frente al dogma del consentimiento de los estados. Estas normas, sin embargo, no pueden tener una fuente social, y por ende tienden a incrementar la desformalización de las fuentes del derecho.<sup>79</sup>

Esta solución, *i.e.* invocar normas imperativas, desafortunadamente crea el segundo obstáculo: el problema de la indeterminación radical de los valores morales que justifican la identificación de normas de *ius cogens*.<sup>80</sup> En este estado de indeterminación, es casi inevitable que el derecho internacional no provea ningún plan; puede solamente generar un conjunto de decisiones individuales en casos particulares, frecuentemente en situaciones caracterizadas por una emergencia política o moral.<sup>81</sup>

Obviamente esto no es cierto si, como piensan algunos jueces de derechos humanos y algunos juristas y filósofos del derecho, la identificación de normas de *ius cogens* no es subjetiva sino objetiva, porque tales normas reflejan un *sentimiento oceánico*.<sup>82</sup> Empero, creo que la carga de la prueba sobre la existencia

75 Shapiro 2010: 170. La misma idea ya había sido formulada por MacCormick (1994: 6): «un elemento crucial de las instituciones jurídicas es precisamente que existen (inter alia) para resolver con autoridad y para fines prácticos lo que no puede resolverse moralmente».

76 Koskenniemi 2002b: 169.

77 Koskenniemi 2012b: 165.

78 Sobre el problema de la incertidumbre en el derecho consuetudinario, véase Kammerhofer 2010.

79 Véase d'Aspremont 2011b: 517-518.

80 Me parece que Cassese (2012b: 164), cuando trata la cuestión de la identificación de las normas de *ius cogens* por parte de los jueces internacionales, adopta implícitamente un punto de vista cercano al del formalista.

81 Véase Koskenniemi (2002b: 171), sobre el bombardeo de Serbia. Véase también Anghie (2005: 314) cuando sostiene que «el derecho internacional está en un estado permanente de emergencia». Sobre la relación entre estado de excepción y *rule of law*, véase Puppo 2013.

82 Según Freud (1962: 11) – quien toma prestada la expresión de su amigo Romain Rolland – un sentimiento oceánico es «un sentimiento de algo sin límites, ilimitado – como si fuera

de tal criterio universal, sobre la existencia de valores universales objetivos, no me corresponde. Me limitaré a desarrollar un argumento contra la que podría ser llamada la tendencia dworkiniana en derecho internacional. Por ejemplo, la aproximación de Cassese – sin mencionar la existencia de valores universales – comparte el noble sueño dworkiniano de un mundo judicial iluminado por los valores intrínsecos del derecho internacional, un mundo con respuestas correctas.<sup>83</sup>

Aunque se admita que el enfoque dworkiniano podría ser útil para explicar (algún) orden jurídico nacional, su propuesta sería completamente inútil en un contexto internacional caracterizado, como hemos visto, por profundos desacuerdos sobre valores morales y por la ausencia tanto de un órgano judicial supremo como de un poder legislativo democrático, potencialmente capaces de solucionar, al menos momentáneamente, tales desacuerdos.<sup>84</sup> Debido al carácter profundo de las *tensiones* internacionales, «es ingenuo e incluso contraproducente esperar que sean resueltas eficazmente recurriendo a dispositivos judiciales o de arbitraje».<sup>85</sup>

Algunos puntos que hacen implausible (salvo como una utopía) la teoría dworkiniana pueden ser brevemente mencionados.

---

“oceánico”. Este sentimiento, añade, es un hecho puramente subjetivo, no un artículo de fe; no trae consigo ninguna garantía de inmortalidad personal, pero es la fuente de la energía religiosa sobre la cual se han construido las diversas Iglesias y los sistemas religiosos (...). Uno puede, piensa, llamarse justamente a sí mismo religioso sobre la sola base de este sentimiento oceánico, aunque se rechace toda creencia y toda ilusión». Esta noción de “sentimiento oceánico” está relacionada con las religiones pero, lo que es más interesante, podría estar asociada a un tema cuasi religioso: el derecho internacional; véase Koskeniemi (2012: 11): «Aunque el “sentimiento oceánico” puede ciertamente ser real en la medida en que el hablante lo siente, esto no es prueba de su realidad universal, ya sea por ser accesible a los demás o por tener alguna presencia objetiva en el mundo». No es sorprendente que Dworkin tome muy en serio la noción de *ius cogens* y cite al juez Cassese como un ejemplo del «enfoque moralizado del derecho internacional que [Dworkin] está defendiendo ahora» (Dworkin 2013: 26).

83 Véase Feichtner 2012: 1152.

84 Feichtner 2012: 1152; véase también Kratochvil (2000: 42) que recuerda que «en derecho internacional no existe ni texto constitucional ni doctrina del *stare decisis*»; y Beckett (2001: 635), según el cual: «El papel del derecho y la forma de evitar la indeterminación radical se basan, en el análisis dworkiniano, en la centralidad de los tribunales o, al menos, en la posibilidad de un recurso unilateral a los tribunales. Dworkin confía en los tribunales para estabilizar el derecho (y así determinar con autoridad qué valores están en el sistema), pero en PIL [el derecho internacional público] los jueces, simplemente, no pueden desempeñar este papel». Si bien es plausible que el requisito de estabilidad relativa pueda generar, en un contexto interno, y esto conforme a lo que sostiene Dworkin, algún tipo de obligación asociativa, «es dudoso, por decir lo menos, si, en primer lugar, los estados pueden satisfacer esos requisitos psicológicos, incluso a través de sus representantes legítimos y, en segundo lugar, si, incluso bajo esta suposición, podemos hablar de manera significativa de una especie de comunidad internacional que genera obligaciones asociativas en el sentido dworkiniano de la expresión» (Jovanović, 2015: 454).

85 Scheuerman (2008: 38).

Primeramente, en la medida en que Dworkin parece partir del conflicto radical entre derechos humanos (esenciales en su teoría) y soberanía (esencial, de acuerdo con él, en cada concepción positivista),<sup>86</sup> su posición «difícilmente concuerda con su visión general de la unidad de valor».<sup>87</sup>

En segundo lugar, Dworkin parece reconocer la profunda diferencia institucional entre el contexto nacional e internacional, específicamente respecto a la adjudicación, cuando afirma que «ninguna estructura, ni en la forma más rudimentaria, está todavía presente en el ámbito internacional, y ninguna se puede esperar pronto»; en consecuencia, describe su proyecto – ignoro qué tan irónicamente –, como una «fantasía sobre una fantasía».<sup>88</sup>

En fin, es interesante sintetizar la conclusión que Dworkin formula sobre el bombardeo de la OTAN en Kosovo. Argumenta que este estaba completamente justificado sobre la base del derecho internacional interpretado bajo su mejor luz.<sup>89</sup> Es sin embargo sorprendente que Dworkin reconozca que la interpretación jurídica implícita en esta respuesta correcta «sería, por supuesto, una nueva legislación, más que una interpretación de la Carta tal como es».<sup>90</sup> Definitivamente, no es claro si propone una teoría realista del derecho internacional, o sólo su propia visión acerca de cómo debería/podría ser el derecho internacional en un futuro imaginable.

## 5 CONCLUSIÓN

Si, debido a su indeterminación radical, es difícil saber qué reglas son válidas en cierto momento, el derecho internacional podría ser concebido no como un conjunto de reglas,<sup>91</sup> sino como un conjunto de soluciones particulares para acontecimientos casi únicos.<sup>92</sup>

Esta tesis necesita por supuesto algunos matices. Es verdad que el fenómeno de la indeterminación radical, en la medida en que depende de valores morales incorporados al sistema jurídico, no es exclusivo del derecho internacional. La jurisprudencia reciente en materia de inmunidad jurisdiccional lo confirma. En Italia la Corte de Casación primero invocó valores superiores, luego una norma consuetudinaria emergente, y finalmente abandonó su jurisprudencia para

86 Véase Dworkin (2013: 5 y 17-19), respectivamente sobre la tesis anti-positivista y sobre el conflicto entre derechos humanos y soberanía.

87 Jovanović 2015: 447.

88 Dworkin 2013: 14.

89 Dworkin 2013: 23-26.

90 Dworkin 2013: 26.

91 Véase Johns 2013 para varios ejemplos en que parece que las reglas no juegan un rol significativo en los asuntos internacionales.

92 Véase muchos ejemplos impactantes de acontecimientos internacionales únicos en Johns, Joyce & Pahuja 2011.

cumplir con el fallo de CIJ y con la nueva legislación italiana. Después de esto, la Corte Constitucional decidió reafirmar los mismos valores implícitos en el primer fallo de la Corte de Casación y declaró inconstitucional la legislación italiana.<sup>93</sup> Todo ello parece demostrar la profunda indeterminación de la regla de reconocimiento. Pero, incluso si se adopta una concepción pluralista, se podría afirmar que la Corte Constitucional italiana ha dicho la última palabra, y por lo tanto que se ha alcanzado una relativa estabilidad.

Tal estabilidad es el resultado de la reiteración de casos judiciales nacionales. En el mismo caso, en la arena internacional, sólo un asunto, el previamente mencionado *Alemania vs. Italia*, ha sido decidido, por lo que sigue sin estar claro cuál sería la solución para un posible caso futuro. Una diferencia importante, que también fortalece mi argumento, es que la palabra final en la saga italiana fue encontrada en un texto constitucional, no en una norma consuetudinaria. Esta diferencia es relevante porque la existencia y el contenido del derecho consuetudinario internacional fue precisamente el objeto del desacuerdo entre la Corte italiana y la internacional.

La historia de las relaciones internacionales es posiblemente la historia de «planes que llevan a resultados diferentes a los previstos».<sup>94</sup> La profunda necesidad satisfecha por el derecho internacional no es probablemente, o no solamente, la estabilidad social y jurídica, esencial en la construcción del *rule of law* en ámbito interno. Esto puede representar sólo una cuestión de hecho o conducir a una seria cuestión ontológica: ¿para qué sirve el derecho internacional? Si no tiene sentido tomar la necesidad de estabilidad como respuesta, no es extravagante sospechar que su finalidad es más bien la indeterminación radical misma que, lejos de ser una «deficiencia estructural»,<sup>95</sup> podría maximizar – a pesar de las buenas intenciones de muchos juristas internacionalistas (los reformistas) y la retórica de las Naciones Unidas<sup>96</sup> – la libertad política de los estados, incluso en el contexto del derecho basado en la humanidad.

93 Véase Corte costituzionale, Sentenza n. 238/2014, en la cual se reconstruye con precisión la secuencia de las intervenciones de los jueces y del legislador italianos.

94 Morgenthau 1947: 129.

95 Koskeniemi 2006: 591.

96 Tengo que reconocer que las Naciones Unidas tienen como objetivo garantizar la paz y la seguridad internacionales, objetivos que son comparables a la estabilidad social en el plano interno. Sin embargo, tal afirmación tiene que relativizarse tanto a nivel empírico como normativo. En términos empíricos, es un hecho que una intervención internacional para restablecer la paz y la seguridad puede ser detenida por el veto, así que los estados que tienen el derecho de detener tales intervenciones pueden maximizar su libertad, y consecuentemente la amenaza para la paz y la seguridad no desaparece. Por lo tanto, sin una reforma seria del funcionamiento del Consejo de Seguridad de la ONU, el argumento no es convincente. La razón por la que no se ha hecho esa reforma es precisamente que reduciría la libertad de algunos estados. En este sentido, la dificultad empírica tiene que ser entendida como el resultado de una postura normativa, destinada a proteger la libertad de los estados, o al menos de algunos estados poderosos.

—**Agradecimientos.**— La tesis principal de este trabajo ha sido discutida una primera vez en un Seminario en la Escuela de Derecho de la Universidad de Texas. Agradezco especialmente a Larry Sager cuyos comentarios me han obligado a repensar profundamente la estructura argumentativa del texto. Agradezco también a Jean d'Aspremont, Juan Bertomeu, Jorge Cerdio y Francisca Pou, por sus observaciones a una versión anterior de este artículo, así como a dos evaluadores anónimos de *Revus* cuyos comentarios y/o críticas me han ayudado a aclarar y/o desarrollar mis argumentos y a introducir sustanciales matices. Agradezco también a mis asistentes Paulina Nenclares, Jorge Gaxiola y Ana Gabriela Arroyo por su invaluable apoyo. Naturalmente soy el único responsable de los límites y de las fragilidades de las cuales todavía sufre esta versión final.

### Bibliografía

- Anthony ANGHIE, 2005: *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Jean d'ASPREMONT, 2011a: *Formalism and the Sources of International Law. A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*. Oxford: Oxford University Press.
- Jean d'ASPREMONT, 2011b: The Politics of Deformalization in International Law. *Goettingen Journal of International Law* (2011) 3 (2).503-550. URL: [www.gojil.eu/issues/32/32\\_article\\_aspremont.pdf](http://www.gojil.eu/issues/32/32_article_aspremont.pdf). DOI: 10.3249/1868-1581-3-2-aspremont.
- Fernando ATRIA, 1999: Del derecho y el razonamiento jurídico, *Doxa* (1999) 22. 79-119. URL: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc79607>.
- Jason BECKETT, 2001: Behind Relative Normativity: Rules and Process as Prerequisites of Law. *European Journal of International Law* (2001) 12 (4). 627-650. URL: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/12/4/627.full.pdf+html>. DOI: 10.1093/ejil/12.4.627.
- Jason BECKETT, 2005: Countering Uncertainty and Ending Up/Down Arguments: Prolegomena to a Response to NAIL. *European Journal of International Law* (2005) 16 (2). 213-238. URL: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/16/2/213.full.pdf+html>. DOI: 10.1093/ejil/chi115.
- Jason BECKETT, 2006: Rebel without a Cause? Martti Koskenniemi and the Critical Legal Project. *German Law Journal* (2006) 7. 1045-1088. URL: <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=777>.
- Samantha BESSON, 2010: Theorizing the Sources of International Law. *The Philosophy of International Law*. Eds. Samantha Besson & John Tasioulas. Oxford: Oxford University Press. 163-185.
- Armin von BOGDANDY & Ingo VENZKE, 2013: On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority. *Leiden Journal of International Law* (2013) 26 (1). 49-72. DOI: 10.1017/S0922156512000647.
- Allen BUCHANAN, 2010: The Legitimacy of International Law. *The Philosophy of International Law*. Eds. Samantha Besson & John Tasioulas. Oxford: Oxford University Press. 79-96.
- Başak ÇALI, 2009: On Interpretativism and International Law. *European Journal of International Law* (2009) 20 (3). 805-822. URL: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/20/3/805.full.pdf+html>. DOI: 10.1093/ejil/chp038.
- Antonio CASSESE (Ed.), 2012a: *Realizing Utopia. The Future of International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Antonio CASSESE, 2012b: For an Enhanced Role of Jus Cogens. *Cassese*, 2012a. 158-171.
- Simon CHESTERMAN, 2008: An International Rule of Law?. *American Journal of Comparative Law* (2008) 56. 331-361. DOI: 10.5131/ajcl.2007.0009.
- Luigi CONDORELLI, 2012: Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law. *Cassese*, 2012a. 147-157.
- Paul CRAIG, 1997: Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework. *Public Law* (1997). 467-487.
- Albert V. DICEY, 1915: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8th ed. London: Macmillan and co.
- David DYZENHAUS, 1996: Hermann Heller and the Legitimacy of Legality. *Oxford Journal of Legal Studies* (1996) 16 (4). 641-666. DOI: 10.1093/ojls/16.4.641.
- David DYZENHAUS, 1999: Recrafting the Rule of Law. *Recrafting the Rule of Law: the Limits*

- of *Legal Order*. Ed. David Dyzenhaus. Oxford/Portland: Hart Publishing. 1-12.
- Ronald DWORKIN, 2013: A New Philosophy for International Law. *Philosophy & Public Affairs* (2013) 41 (1). 2-30. DOI: 10.1111/papa.12008.
- Isabel FEICHTNER, 2012: Realizing Utopia through the Practice of International Law. *European Journal of International Law* (2012) 23 (4). 1143-1157. URL: <http://www.ejil.org/pdfs/23/4/2349.pdf>. DOI: 10.1093/ejil/chs062.
- Sigmund FREUD, 1962: *Civilization and Its Discontents*. Ed. J. Strachey. New York: W. W. Norton & Company.
- Sévane GARIBIAN, 2007: Crimes against humanity and international legality in legal theory after Nuremberg. *Journal of Genocide Research* (2007), 9(1). 93-111. URL: <http://dx.doi.org/10.1080/14623520601163020>
- Richard M. HARE, 1952: *The Language of Morals*. Oxford: Oxford University Press.
- H.L.A. HART, 1983: American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. Reprinted in *Essay on Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press. 123-145.
- H.L.A. HART, 1994: *The Concept of Law*. 2nd edition. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch & Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press.
- Friedrich A. von HAYEK, 2007: *The Road to Serfdom*. Ed. Bruce Caldwell. Chicago: University Of Chicago Press.
- Fleur JOHNS, 2009: International Legal Theory: Snapshots from a Decade of International Legal Life. *Melbourne Journal of International Law* (2009) 10. 1-10.
- Fleur JOHNS, 2013: *Non-Legality in International Law: Unruly Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Fleur JOHNS, Richard JOYCE & Sundhya PAHUA (Eds.), 2011: *Events: The Force of International Law*. Oxford: Routledge.
- Emmanuelle JOUANNET, 2007: Universalism and Imperialism: The True-False Paradox of International Law?. *European Journal of International Law* (2007) 18 (3). 379-407. URL: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/18/3/379.full.pdf+html>. DOI: 10.1093/ejil/chm029.
- Emmanuelle JOUANNET, 2010: Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales: la consolidation d'un tiers pouvoir international?. *Indépendance et impartialité des juges internationaux*. Eds. Hélène Ruiz-Fabri & Jean-Marc Sorel. Paris: Pedone.
- Miodrag A. JOVANOVIĆ, 2015. Dworkin on International Law: Not Much of a Legacy?. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* (2015) 28 (2). 443-460. DOI: 10.1017/cjlj.2015.35.
- Oliver JÜTERSONKE, 2012: *Morgenthau, Law and Realism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Jörg KAMMERHOFER, 2010: *Uncertainty in International Law. A Kelsenian perspective*. Oxon/New York: Routledge.
- David KENNEDY, 2011: A Rotation in Contemporary Legal Scholarship. *German Law Journal* (2011) 12. 338-375. URL: <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1323>.
- Hans Kelsen, 1945: The Rule Against Ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals. *The Judge Advocate Journal* (1945), 2 (3). 8-12 and 46.
- Hans Kelsen, 1947: Will the Judgment in the Nuremberg trial constitute a precedent in International law?. *International Law Quarterly* (1947) 1 (2). 153-171. URL: <http://www.jstor.org/stable/762970>.
- Martti KOSKENNIEMI, 2002a: *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Martti KOSKENNIEMI, 2002b: "The Lady Doth Protest too Much". Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law. *Modern Law Review* (2002) 65. 159-175. DOI: 10.1111/1468-2230.00373.
- Martti KOSKENNIEMI, 2006: *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*. Reissue with a new Epilogue. Oxford: Cambridge University Press.
- Martti KOSKENNIEMI, 2012: Projects of World Community. *Cassese*, 2012a. 3-13.
- Friedrich KRATOCHWIL, 2000: How Do Norms Matter?. *The Role of Law in International Politics*. Eds. Michael Byers. Oxford: Oxford University Press. 35-68.
- Hersch LAUTERPACHT, 2011: *The Function of Law in International Community*. Oxford: Oxford University Press.
- Brian LEITER, 2010: Legal Formalism and Legal Realism: What is the Issue?. *Legal Theory* (2010) 16 (2). 111-133. DOI: 10.1017/S1352325210000121.
- Karl N. LLEWELLYN, 1960: *The Common Law Tradition*. Boston/Toronto: Little, Brown and Co.
- Neil MACCORMICK, 1994: The Concept of Law and 'the Concept of Law'. *Oxford Journal of Legal Studies* (1994) 14 (1). 1-23. DOI: 10.1093/ojls/14.1.1.
- Neil MACCORMICK, 1999: Rhetoric and the Rule of Law. *Recrafting the Rule of Law: the Limits of Legal Order*. Ed. David Dyzenhaus. Oxford/Portland: Hart Publishing. 163-177.

- Andrei MARMOR, 2009: *Social Conventions: From Language to Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Frédéric MÉGRET, 2012: International Law as Law. *Cambridge Companion to International Law*. Eds. James Crawford & Martti Koskeniemi. Cambridge: Cambridge University Press. 64-92.
- Hans MORGENTHAU, 1940: Positivism, Functionalism, and International Law. *American Journal of International Law* (1940) 34. 260-284. URL: <http://www.jstor.org/stable/2192998>. DOI: 10.2307/2192998.
- Hans MORGENTHAU, 1947: *Scientific Man vs. Power Politics*. Chicago: University of Chicago Press.
- Hans MORGENTHAU, 1948: *Politics Among Nations*. New York: Alfred A. Knopf.
- Andreas PAULUS, 2010: International Adjudication. *The Philosophy of International Law*. Eds. Samantha Besson & John Tasioulas. Oxford: Oxford University Press. 207-224.
- Reut Yael PAZ, 2012a: *A Gateway between a Distant God and a Cruel World*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff.
- Reut Yael PAZ, 2012b: Making it Whole: Hersch Lauterpacht's Rabbinical Approach to International Law. *Goettingen Journal of International Law* (2012) 4 (2). 417-445. URL: [http://www.gojil.eu/issues/42/42\\_article\\_paz.pdf](http://www.gojil.eu/issues/42/42_article_paz.pdf). DOI: 10.3249/1868-1581-4-2-paz.
- Anne PETERS, 2013: Realizing Utopia as a Scholarly Endeavour. *European Journal of International Law* (2013) 24 (2). 533-522. URL: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/24/2/533.full.pdf+html>. DOI: 10.1093/ejil/cht022
- Philip PETTIT, 2004: Hope and Its Place in Mind. *Annals of the American Academy of Political and Social Science* (2004) 592. 152-165. URL: [http://www.princeton.edu/~ppettit/papers/Hope\\_Annals\\_2004.pdf](http://www.princeton.edu/~ppettit/papers/Hope_Annals_2004.pdf). DOI: 10.1177/0002716203261798.
- Alberto PUPPO, 2011: Fonti della normatività e convenzioni profonde. *Questions contemporaines de théorie analytique du droit*. Eds. Federico Arena & Pierre Brunet. Madrid: Marcial Pons. 129-165.
- Alberto PUPPO, 2013: Estado de excepción: algunas consideraciones acerca de héroes garantistas y participantes patológicos. *Problemas de Filosofía del Derecho. Nuevas Perspectivas*. Eds. René González de la Vega & Guillermo Lariguet. Bogotá: Temis. 19-38.
- Alberto PUPPO, 2015: El monismo internacionalista kelseniano: las acrobacias de un positivista en el circo del iusnaturalismo pacifista. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (2015), 18. 35-66. URL: <http://www.rtfed.es/numero18/02-18.pdf>
- Alberto PUPPO, 2016: *European Legal Culture in Domestic and International Law: Formalism, Emotions and the Struggle for Humanity. Foundations of the European Legal Culture*. Ed. Dawid Bunikowski. Newcastle (UK): Cambridge Scholars Publishing (forthcoming).
- Alberto PUPPO, 2017: *Acerca de la indeterminación de costumbres, principios generales e ius cogens: una mirada desencantada a la saga Ferrini. Las fuentes del derecho internacional desde una visión latino-americana*. Ed. Manuel Becerra. México, UNAM-IIIJ(forthcoming).
- Joseph RAZ, 1979a: The Rule of Law and its Virtue. Joseph Raz. *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon.
- Joseph RAZ, 1979b: The Institutional Nature of Law. Joseph Raz. *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon.
- Hélène RUIZ FABRI, 2012: Enhancing the Rhetoric of *Jus Cogens*. *European Journal of International Law* (2012) 23 (4). 1049-1058. URL: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/23/4/1049.full.pdf+html>. DOI: 10.1093/ejil/chs080.
- Frederick SCHAUER, 1991: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*. Oxford: Clarendon.
- Frederick SCHAUER, 2011: Editor's Introduction. Karl Llewellyn, *The Theory of Rules*. Ed. Frederick Schauer. Chicago: University of Chicago Press. 1-28.
- Frederick SCHAUER, 2012: *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- William E. SCHEUERMAN, 2008: Realism and the Left: the case of Hans J. Morgenthau. *Review of International Studies* (2008) 43. 29-51. URL: <http://www.jstor.org/stable/41307938>. DOI: 10.1017/S0260210508007894.
- Scott J. SHAPIRO, 2010: *Legality*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Raimo SILTALA, 2000: *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Joseph W. SINGER, 1984: The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory. *Yale Law Journal* (1984) 94 (1). 1-70. URL: <http://www.jstor.org/stable/796315>. DOI: 10.2307/796315.
- Lawrence B. SOLUM, 1987: On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma. *The University of Chicago Law Review* (1987) 54 (2). 462-503. URL: <http://www.jstor.org/stable/1599797>. DOI: 10.2307/1599797.
- John TASIOULAS, 2010: The Legitimacy of International Law. *The Philosophy of International Law*. Eds. Samantha Besson & John Tasioulas.

Oxford: Oxford University Press. 97-116.

Kaarlo TUORI, 1997: Towards a Multi-Layered View of Modern Law. *Justice, Morality and Society*. Eds. Aulis Aarnio, Robert Alexy & Gunnar Bergholtz. Lund: Juristförlaget i Lund. 427-442.

Jeremy WALDRON, 2011: Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?. *European Journal of International Law* (2011) 22 (2). 315-343. URL: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/22/2/313.full.pdf+html>. DOI: 10.1093/ejil/chr031.

Jeremy WALDRON, 2012: *Stare Decisis* and the Rule of Law: a Layered Approach. *Michigan Law Review* (2012) 111. 1-31. URL: <http://repository.law.umich.edu/mlr/vol111/iss1/1>.

## Jurisprudencia

Corte di cassazione [Corte italiana de casación], Sezioni Unite, *Ferrini vs. Alemania*, Sentenza No. 5044/2004, 11 de marzo de 2014, reportado en (2006) 128 *International Law Reports* 658. URL: [http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Italy/Ferrini\\_Cassazione\\_6-11-2003.pdf](http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Italy/Ferrini_Cassazione_6-11-2003.pdf).

International Court of Justice [Corte de justicia internacional], *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy; Greece Intervening) (Judgment)*, General List No. 143, 3 February 2012 [28]. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=143&p3=4>.

Corte costituzionale [Corte constitucional italiana], Sentenza n. 238/2014, 22 de octubre de 2014. URL: <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=238>.