

El pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli en *Principia Iuris*¹

The Legal Pacifism of Luigi Ferrajoli In *Principia Iuris*

Jose Antonio García Saez
Institut de Drets Humans
Universitat de València

Fecha de recepción 15/09/2012 | De aceptación: 05/12/2012 | De publicación: 21/12/2012

RESUMEN.

A lo largo de su obra Ferrajoli ha demostrado un indudable compromiso en favor de la paz y en contra de cualquier tipo de guerra. Por eso su teoría respecto del orden internacional encaja perfectamente dentro de la tradición conocida como pacifismo jurídico. El propósito de este trabajo es destacar cómo se plasman los principales rasgos ese pacifismo en su *Principia Iuris*. Para ello se prestará atención a problemas tales como el modelo de jerarquía normativa propuesto en el ámbito internacional o el concepto de soberanía estatal. También se destacará el radical rechazo a la naturaleza jurídica de la guerra, calificándola como la más absoluta negación del Derecho y de los derechos. Por último, se apuntará al diseño institucional del orden internacional que Ferrajoli plantea para superar la actual crisis de la democracia y del Estado de Derecho.

PALABRAS CLAVE.

Pacifismo jurídico, guerra y paz, globalización, teoría del Derecho Internacional, Ferrajoli

ABSTRACT.

Along his work Ferrajoli has demonstrated an unquestionable engagement to the peace and against the war. His theory about international order, thus, fit well within the so called legal pacifism. The purpose of this paper is to highlight how the main features that pacifism are present in his *Principia Iuris*. I will pay attention to issues such as normative hierarchy model proposed for the international order, and to the concept of state sovereignty. Also is remarkable the radical deny of its legal nature to the war, as the absolute negation of law and rights. Finally, we'll see the institutional design of international order that Ferrajoli propose to overcome the current crisis of democracy and the rule of law.

KEY WORDS.

Legal Pacifism, War and Peace, Globalisation, Theory of International Law, Ferrajoli

¹ Este trabajo se inscribe dentro del proyecto de investigación Consolider-Ingenio CDS2008-00007 "El tiempo de los Derechos", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación; en concreto dentro de su línea 2, "Organización internacional y justicia"

Por pacifismo jurídico o iusirenismo podemos entender el conjunto de doctrinas que consideran al Derecho como una herramienta fundamental para el mantenimiento o la construcción de la paz mundial. Hans Kelsen, Norberto Bobbio o Luigi Ferrajoli han sido situados entre los grandes teóricos del Derecho seguidores de las ideas pacifistas en el último siglo. Aunque sus propuestas normativas con respecto a la pacificación de las relaciones internacionales difieren en algunos puntos relevantes, en los tres autores encontramos importantes parecidos. No en vano, los ensayos de Bobbio sobre el problema de la guerra y de la paz se inspiran en una reconocida influencia kelseniana². Y Ferrajoli, a

su vez, es un conocido discípulo de Bobbio; de modo que puede trazarse una cadena directa de influencias entre los tres juristas respecto de su forma de entender el Derecho en el ámbito internacional.

A lo largo de su vida, Ferrajoli ha ejercido un *pacifismo militante*³ que se ha plasmado en numerosos trabajos y artículos de prensa, pero también en su participación activa como juez en algunas de las sesiones del Tribunal Permanente de los Pueblos⁴. Con el mismo compromiso cívico que su maestro

en BOBBIO, N., "Prefazione", en *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, p. 11-12, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1992

³ La expresión es de Gerardo Pisarello: PISARELLO, G., "El pacifismo militante de Luigi Ferrajoli", en FERRAJOLI, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, ed. de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2004, pp. 11-24

⁴ Puede encontrarse más información sobre el mismo en <http://www.internazionaleleliobasso.it>. Sobre el compromiso cívico pacifista de Ferrajoli también cabe destacar su participación en la redacción, junto con Zolo y Gallo, de la iniciativa legislativa popular "Norme per l'attuazione del principio del ripudio della guerra sancito dall'articolo 11 della Costituzione e dallo Statuto dell'ONU", presentada en el parlamento italiano el 17 de junio de 2003 (puede encontrarse en <http://storia.camera.it/documenti/progetti-legge/20030618-4072-proposta-legge-d-iniziativa-popolare>).

² BOBBIO, N. y ZOLO, D., "Teoría del Derecho y Orden Global. Un diálogo con Norberto Bobbio", en ZOLO, D., *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas"/Dykinson, Madrid, 2005, p. 88-89. También puede encontrarse una referencia hecha por Bobbio al mismo tema en BOBBIO, N., "Umberto Campagnolo alievo e critico di Hans Kelsen", en KELSEN, H. y CAMPAGNOLO, U., *Diritto internazionale e Stato sovrano*, ed. de M. Losano, Giuffrè, Milán, 1999, p. 83, [trad. cast. C. Ramón Chornet, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007]; y

turinés⁵, ha ido respondiendo a las últimas guerras importantes —destacadamente, las del Golfo, los Balcanes, Afganistán e Irak—, aportando siempre argumentos destinados a descartar la legitimidad de las mismas. Una importante recopilación de algunos de esos trabajos en lengua castellana ha sido realizada por Gerardo Pisarello⁶. Pero es con la aparición de *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia* (2007)⁷ que encontramos sistematizado, por fin, el pacifismo jurídico ferrajoliano, el cual supone una parte fundamental de su proyecto de extensión de la lógica garantista del Estado constitucional al ámbito internacional⁸. En lo que sigue trataré

de destacar críticamente sus rasgos fundamentales, relacionándolos, en la medida de lo posible, con las teorías pacifistas desarrolladas por sus antecesores.

Ordenaré este breve análisis en tres partes que guardan relación con la estructura del XVI capítulo de *Principia Iuris (Los niveles de la democracia. La democracia en la época de la globalización)*. En una primera parte se dará una panorámica más general acerca de la concepción de la teoría del Derecho Internacional que subyace al pacifismo de Ferrajoli, particularmente prestando atención a las relaciones entre Derecho Internacional y Derecho interno (§16.1-16.3). Las otras dos partes se dedicarán a los dos principales órdenes de problemas jurídicos que se han agravado en los últimos tiempos como

⁵ El propio Ferrajoli reconoce la influencia de su maestro Bobbio en el compromiso político y civil que siempre ha marcado su carrera (Vid. FERRAJOLI, L. y MANERO, J. R., *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, p. 22 y ss.)

⁶ FERRAJOLI, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, cit.

⁷ Las citas en este trabajo se refieren a la versión española: FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (3 vols.), trad. de P. Andrés Ibáñez, C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011. Las citas al segundo volumen (*Teoría de la democracia*) identificarán como *Principia iuris* (II)

⁸ Como conjunto de límites y vínculos que sujetan al poder, Ferrajoli ha considerado que el paradigma garantista de Derecho: 1) no sólo se debe limitar a

controlar a los poderes públicos, sino que también debe extenderse al control de los poderes privados; 2) no solamente se debe referir a garantizar los derechos políticos y civiles, sino que también debe ser extendido a la garantía de los derechos económicos y sociales; y, por último, 3) no únicamente debe limitarse al ámbito nacional, sino que también debe extenderse al ámbito internacional. Vid. FERRAJOLI, L., *Democracia y garantismo*, ed. de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 267 y ss.

consecuencia de las dinámicas de la globalización neoliberal. Los primeros se refieren a la *paz y a la seguridad internacional* (§16.4-16.9). En ellos cobra importancia la radical contraposición que Ferrajoli realiza entre guerra y Derecho. Los segundos tienen que ver con la *crisis de la democracia y del Estado de Derecho* (§16.10-16.13) y con las propuestas realizadas respecto del diseño institucional del orden internacional (§16.14-16.26).

1. *Relaciones entre Derecho interno y Derecho Internacional*

Puede tomarse como punto de partida el hecho de que los procesos de globalización han provocado ciertamente un incremento de la complejidad de los problemas y de las interdependencias a las que el Derecho no ha podido o no ha sabido adaptarse. Esa circunstancia ha supuesto una quiebra parcial, pero importante y creciente, de los principios del paradigma del Estado constitucional: “al

reforzamiento de los poderes económicos y al carácter cada vez más global de su ejercicio corresponde una mayor concentración y confusión de poderes, en lugar de una mayor limitación, equilibrio y separación”⁹. En ese sentido, Ferrajoli afirma que “la ciencia jurídica internacionalista, después de tres siglos de Derecho Internacional pacticio, todavía no ha actualizado sus categorías ni se ha librado de cierta falta de seguridad en sí misma, casi un complejo de inferioridad científica y jurídica, que le lleva muy a menudo a infravalorar la nueva dimensión normativa del Derecho Internacional, plasmándola todavía hoy sobre la efectividad de las relaciones de fuerza entre los Estados, según la vieja enseñanza de Alberico Gentili y Hugo Grocio”¹⁰. Así, Ferrajoli, se muestra preocupado por el declive que la ciencia del Derecho Internacional ha sufrido en las últimas décadas, considerablemente mermada a partir del fuerte auge experimentado por la disciplina de las

⁹ FERRAJOLI, L., *Principia iuris* (II), cit., p. 484

¹⁰ Ibid. p. 480

Relaciones Internacionales a partir del impulso de las tesis realistas de Carl Schmitt, pero, sobre todo, de Hans Morgenthau¹¹. En ellas puede encontrarse el origen de las actuales teorías *neocons* como las de Robert Kagan, William Kristol, Richard Perle, Michael Ledeen, Paul Wolfowitz o Erich Posner, quienes, en una u otra medida, han decretado la clausura de la ONU, la superación de la prohibición de la guerra y de la práctica de la tortura, así como la refundación de las relaciones internacionales sobre la hegemonía militar norteamericana¹² y sobre la acumulación de poder en manos del sector financiero mundial, beneficiado por la absoluta libertad de movimientos del capital y las mercancías.

Frente a ello, Ferrajoli pretende recuperar la importancia de la normatividad

del Derecho en el ámbito internacional. Con

¹¹ Para un análisis de esta evolución desde el punto de vista de la historia del Derecho Internacional, vid. KOSKENNIEMI, M., *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, 2001; en especial, pp. 413 y ss.

¹² Vid. GARCÍA, C. y RODRIGO, A. J., *Los límites del proyecto imperial. Estados Unidos y el orden internacional en el siglo XXI*, Catarata, Madrid, 2008

ese propósito sitúa su posición acerca del Derecho Internacional dentro de un paradigma de Derecho positivo donde —al contrario del paradigma iusnaturalista— *auctoritas, non veritas facit legem*. Dado su carácter formal, no es competencia de la Teoría del Derecho proporcionar una respuesta a la pregunta acerca de cuál es esa *auctoritas*. Lo más que puede hacer la ciencia jurídica es definir el poder constituyente, “identificándolo con una situación jurídica originaria imputada a un sujeto constituyente no producida a su vez por un acto jurídico, no regulada por normas, que se afirma y se autorreconoce como tal en virtud de su efectividad”¹³. Con esto Ferrajoli parece asumir la identificación del fundamento de validez del orden estatal con el principio de efectividad postulado por Kelsen¹⁴ como una

¹³ FERRAJOLI, L., *Principia iuris* (II), cit., p. 470

¹⁴ Vid., entre otras, KELSEN, H., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, edición de A. Carrino, Giuffrè, Milán, 1989 [1920]; Id., *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, Recueil des Cours 1926, Académie de Droit International, París, 1927, pp. 227-33; Id., *Théorie Générale du Droit International Public. Problèmes choisis*, Recueil des Cours 1932, Académie de Droit International, París, 1932, pp. 120-349; Id., *La paz por*

norma del Derecho Internacional consuetudinario, el cual supone un nítido reflejo de la concepción coactiva del Derecho tradicionalmente asociada al positivismo.

Antes de desarrollar el diseño de lo que debería ser, a su juicio, la arquitectura de un orden internacional coherente con los valores proclamados en las cartas de derechos humanos, Ferrajoli considera necesario asentar algunos postulados teóricos acerca de *la vieja cuestión teórica de la naturaleza del Derecho Internacional*, aunque lo hace con una brevedad que, en parte, desluce el monumental esfuerzo teórico realizado en *Principia iuris*. Para empezar distingue las tres clásicas formulaciones de la relación entre Derecho Internacional y Derecho estatal:

- 1) La concepción *monista-estatalista*, que concibe el Derecho Internacional como “Derecho político externo”. Esta teoría, si es

medio del Derecho, estudio introductorio de M. La Torre y C. García Pascual, trad. cast. L. Echávarri, Trotta, Madrid, 2003 [1944]; Id., *Principles of International Law*, Lawbook Exchange, New Jersey, 2003 [1952]

tomada en serio, equivale a la negación del Derecho Internacional, puesto que no existiría un único Derecho Internacional, sino tantos ordenamientos internacionales como Estados proyectaran su propio ordenamiento hacia el ámbito internacional. Jellinek¹⁵, con su teoría de la auto-limitación de inspiración hegeliana, es conocido como su principal exponente moderno.

- 2) La concepción *monista-internacionalista*, cuyo principal representante sería Kelsen — pero también otros internacionalistas de la Escuela de Viena como Kunz o Verdross¹⁶—, afirma que los diferentes ordenamientos estatales necesariamente deben formar parte del ordenamiento internacional, en el cual encuentran el fundamento de su validez a través del principio de efectividad, como ya se ha señalado. Ferrajoli, sin asumirlas

¹⁵ Vid. JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, trad. cast. F. de los Ríos, Fondo de Cultura Económica, México, 2000 [1911]

¹⁶ Las aportaciones de Kelsen y de sus dos discípulos Kunz y Verdross han sido trabajadas en profundidad por von BERNSTOFF, J., *The Public International Law Theory of Hans Kelsen. Believing in Universal Law*, Cambridge University Press, 2010

explícitamente, recoge algunas de las críticas de fondo que *con razón* se le han formulado a esta teoría: “desde la observación de que los ordenamientos estatales son ordenamientos originarios, a la de que la efectividad no es una norma sino un hecho, que por ello carece de aptitud para regular, ni formal ni sustancialmente, el ejercicio de los poderes constituyentes de los ordenamientos estatales, y no es más que un rasgo necesario de tales poderes”¹⁷.

3) La concepción *dualista*, representada por Triepel¹⁸ o Anzilotti¹⁹, según la cual no solamente Derecho Internacional y Derecho estatal son ordenamientos distintos, sino que también permanecen separados e

independientes entre sí, no estableciéndose entre ellos ninguna relación lógico-normativa.

Ferrajoli descarta estas tres clásicas tesis para asumir que se debe hablar más bien de *pluralismo de los ordenamientos*, de acuerdo con otras orientaciones más recientes del Derecho Internacional²⁰. Rechaza cualquier forma de monismo —tanto el estatalista como el internacionalista— como “insostenible a tenor del Derecho vigente”²¹, pero no da mayor explicación de tal rechazo. Igualmente respecto del rechazo de las concepciones dualistas. Simplemente afirma que “la imagen del Derecho Internacional que expresa el *pluralismo de los ordenamientos* que lo componen es [...] la de una *red* compleja y diversamente integrada por instituciones y sistemas jurídicos, articulada en distintos niveles normativos”²². Si el argumento de la

¹⁷ FERRAJOLI, L., *Principia iuris* (II), cit. p. 473. Vid. también R. Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, G. Giappichelli, Turín, 2001, donde se aporta otro argumento en la misma línea: “el principio de efectividad no parece idóneo para conferir validez a la constitución. Y eso por la buena razón que tal principio no es una norma de competencia: no disciplina los procesos constituyentes, ni confiere ningún poder normativo” (p.58)

¹⁸ Vid. TRIEPEL, H., *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, Recueil des Cours 1923, Académie de Droit International, París, 1925, pp. 73-118

¹⁹ Vid. ANZILOTTI, D., *Scritti di Diritto Internazionale Pubblico*, CEDAM, Pádua, 1956

²⁰ Un resumen de estas posturas pueden encontrarse en KRISCH, N., *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, 2010

²¹ FERRAJOLI, L., *Principia iuris* (II), cit. p. 475

²² *Ibidem*.

complejidad, así planteado, fuera definitivo, cabría pensar hasta qué punto las normas que se producen por los órganos del ordenamiento estatal —también crecientemente complejo y multinivel— forman parte de un mismo ordenamiento, o, por el contrario, constituyen órdenes normativos diversos e independientes. Por eso, llama la atención la brevedad con la que Ferrajoli resuelve un dilema, en apenas seis páginas, que al Kelsen internacionalista le llevó centenares y centenares de páginas justificar adecuadamente —para, en última instancia, no poder decantarse por uno u otro monismo más que por razones ético-políticas, pero no lógico-jurídicas²³—.

La tesis pluralista elegida por Ferrajoli pretende complejizar la forma de contemplar el orden internacional, al concebir que existen no sólo ya múltiples ordenamientos estatales, sino también múltiples instituciones internacionales, dándose entre ellas relaciones de muy distinta naturaleza (coordinación,

²³ Vid. KELSEN, H., *Les rapports de système...* cit., p. 313

subsidiariedad, subordinación, integración...)²⁴.

El más alto grado de integración entre ordenamientos, considera Ferrajoli, es el que se produce a nivel constitucional o federal, que permite que algunas normas entren directamente en vigor en los Estados que formen parte sin necesidad de específicos actos de recepción o ratificación. La Unión Europea encajaría para él en este paradigma federal. Y como la Unión Europea, podrían encontrarse en el panorama internacional diversas dinámicas de integración federal que, en su opinión, hacen más correcto hablar de “*grados de federalismo*” antes que de “federaciones y no-federaciones”. La misma ONU podría concebirse como una suerte de confederación desde este punto de vista. Este planteamiento pluralista (cuya corrección lógico formal no se entrará a valorar aquí) parece insuficiente para refutar la tesis kelseniana acerca de la primacía del Derecho

²⁴ Vid. ANASTASIA, S., “Pluralità e pluralismo degli ordinamenti nella teoria del diritto e della democrazia di Luigi Ferrajoli”, en ANASTASIA, S. (ed.), *Diritto e democrazia del pensiero di Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Turín, 2011

Internacional consuetudinario sobre cualquier orden normativo; la cual, considero, contiene un planteamiento explicativo más potente para funcionar como base teórica del orden internacional desarrollado por Ferrajoli, dentro del cual existe no sólo una jerarquía normativa que coloca al Derecho Internacional por encima de los ordenamientos estatales respecto de ciertas materias²⁵, sino también, como veremos, una *norma fundamental* basada en la prohibición jurídica de la guerra. Es cuanto menos problemático pensar cómo puede darse una relación de jerarquía entre normas que pertenezcan a ordenamientos diversos; es decir, cómo podrían vincular jurídicamente las normas internacionales a los ordenamientos estatales —como Ferrajoli pretende— sin que ambas formen parte de un único sistema normativo.

Independientemente de la trascendencia de ese problema teórico, el hecho de contemplar al Derecho Internacional

como un ordenamiento jurídico casi constitucional, al considerar que ya existe el embrión de una constitución mundial, compuesta por la Carta de Naciones Unidas y por la Carta Internacional de Derechos Humanos (formada por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los Pactos de Derechos Humanos de 1966, con sus correspondientes protocolos), conduce a que deba hablarse *dos grandes aporías* en el Derecho de nuestros días: una es la soberanía y otra es la ciudadanía. En esta doble aporía, afirma Ferrajoli, “reside el problema más grave y difícil de la actual teoría del Derecho y de la democracia”²⁶. La soberanía estatal, si se interpreta como *potestas legibus soluta*, es decir, como poder absolutamente carente de límites, significa propiamente la ausencia de Derecho, lo cual supone una clara contradicción con los ordenamientos estatales. El hecho de encontrarnos ante un nuevo paradigma de Derecho Internacional tras el

²⁵ FERRAJOLI, L., *Principia iuris* (II), cit. p. 542

²⁶ *Ibid.* p. 481

establecimiento de las Naciones Unidas hace necesario contemplar tanto el problema de la ciudadanía como el de la soberanía en términos normativos como un problema de antinomias (por ser contrarios a los principios de protección de la paz y de los derechos humanos) y lagunas (por ser consecuencia de la falta de adecuadas garantías normativas). Esta concepción debe llevar a considerar “las guerras, las opresiones de la libertad, las amenazas al medio ambiente, las condiciones de hambre y miseria (...) no ya como males naturales y ni siquiera como simples injusticias, sino como violaciones jurídicas de principios inscritos en aquellas cartas en tanto que formas vinculantes de derecho positivo”²⁷.

De esta forma, es significativo cómo Ferrajoli plantea el Derecho Internacional desde su nuevo paradigma: “puede equipararse a lo que sería un ordenamiento estatal dotado únicamente de constitución y de unas pocas instituciones sustancialmente

²⁷ Ibid. p. 482

carentes de poderes”. Por eso el Derecho Internacional puede ser configurado como “un conjunto de lagunas, es decir, de promesas no mantenidas; como un ordenamiento cuya razón social —la paz y los derechos humanos— ha sido estipulada pero está aún casi enteramente por construir, y de cuya arquitectura hay apenas un esbozo”²⁸. Esta bella y frágil fórmula es suficiente, sin embargo, para ilustrar la firme consideración de Ferrajoli hacia la naturaleza jurídica del Derecho Internacional.

2. La guerra como radical negación del Derecho (y de los derechos)

En la radical negación de la naturaleza jurídica de la guerra es donde se refleja con más claridad el pacifismo ferrajoliano. Si Kelsen se apoyó en el concepto de guerra como sanción para sustentar la naturaleza jurídica del Derecho Internacional²⁹, para Ferrajoli, en

²⁸ Ibid. p. 483

²⁹ Vid. GARCÍA SAEZ, J.A., “Guerra, coacción y autotutela en el pacifismo jurídico de Hans Kelsen”, en *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, Año 2010, nº11, pp. 177-189

cambio, la guerra será justamente la negación del Derecho y la norma que prohíbe la guerra será precisamente la *norma institutiva* del Derecho Internacional. Idea que es consecuencia necesaria de la coherencia con el resto de su teoría jurídica, basada en la racionalización del componente coactivo del Derecho, tal y como ha sido particularmente desarrollado en *Derecho y razón* (1989). El postulado a favor de un derecho penal mínimo³⁰ encuentra, por tanto, su más clara traducción al ámbito internacional en el esfuerzo por la erradicación de la guerra como medio de resolución de disputas.

Argumenta Ferrajoli — en este punto me parece que más nítidamente que Kelsen, quien en ocasiones llega a hablar explícitamente de *guerra justa*³¹— que

<http://www.raco.cat/index.php/Astrolabio/article/view/239021/321279>

³⁰ Vid. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2005 [1989], pp. 385 y ss.

³¹ Pueden encontrarse las referencias en: KELSEN, H., *Il problema della sovranità... cit.*, p. 391; Id., *The Legal Process and International*, Constable and Co., Londres, 1935 p. 13; Id., “La technique du droit international et

habitualmente se tiende a confundir dos criterios diversos para valorar el fenómeno de la guerra: el Derecho y la justicia. Mientras que el problema de la *ilegalidad* o de la *no legalidad* —ésta es exactamente la contraposición que utiliza, puesto que para él nunca cabe la legalidad— de una guerra es un problema estrictamente jurídico; su *justicia* o *injusticia* es, en cambio, una cuestión moral. Desde un punto de vista positivista, ambos parámetros deben ser distinguidos con claridad. Así, la guerra puede ser justificada —y de hecho frecuentemente lo es— por razones extrajurídicas, como religiosas, económicas o políticas; pero nunca puede ser calificada como legal, puesto que, bajo la teoría de Ferrajoli, hablar de *guerra legal* es una clara

l’organisation de la paix”, en *Revue de Droit international et de Législation comparée*, nº 61, 1934, pp. 5-24; recogido en H. Kelsen, *Ecrits français de droit international* (Ed. Ch. Leben), Presses Universitaires de France, París, 2001, pp. 251-267, p. 254; o Id., *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, prólogo de L. Récasens Siches, trad. cast. F. Acosta, Fondo de Cultura Económica, México, 1996 [1942], pp. 58 y ss. Hay que aclarar que defensa de la guerra justa por parte de Kelsen no es en absoluto una cuestión moral, sino puramente jurídica. En consecuencia, hay que entender las referencias hechas por él a la *guerra justa* únicamente en el sentido *guerra legal* o *guerra conforme a Derecho*.

contradicción en términos. Si el Derecho es, fundamentalmente, la regulación del uso de la fuerza, la guerra es justamente la violencia sin regulación ni límites. La única fuerza que puede concebirse dentro del paradigma pacifista ferrajoliano es aquella que se ejerce de acuerdo a las reglas y, en consecuencia, de manera controlada y limitada. La paz es la *esencia íntima* del Derecho, que es siempre un instrumento al servicio de ella. El Derecho es visto así como una técnica para la solución pacífica de controversias; de modo que el uso legítimo de la fuerza siempre debe configurarse dentro de un sistema jurídico como efecto de un posible ilícito y siempre debe ser ejercido de manera limitada, esto es, *racionalizada*. La razón, cabe recordar, es uno de los parámetros clave en el pensamiento de Ferrajoli; y la situación de guerra es precisamente el más claro exponente de *sinrazón* o de *irracionalidad*. Por eso, citando a Hobbes y a Kant, concluye que “la guerra

consiste en la ausencia de Derecho propia del estado de naturaleza, mientras que la paz es una construcción confiada por la razón a ese artificio que es, precisamente, el Derecho”³².

Desde esta óptica, un ordenamiento jurídico es tal desde el momento en que prohíbe la autotutela —es decir, el recurso a la violencia ejercida por los propios destinatarios de las normas— y confía su uso en régimen de monopolio a un tercero imparcial entre las partes. Es en ese sentido en el que Ferrajoli afirma que el Derecho Internacional “resulta constituido como ordenamiento por la prohibición de la guerra, que es, por así decir, su norma de reconocimiento o, si se quiere, su norma fundamental”. En consecuencia, “la positivación de la prohibición de la guerra en la Carta de la ONU, (...) ha transformado el principio de la paz, su fundamento lógico y axiológico, en fundamento jurídico del Derecho Internacional”³³. Antes, reconoce, ya habían

³² FERRAJOLI, L., *Principia iuris* (II), cit. p. 481

³³ Ibid. p. 487. En este punto Ferrajoli realiza una analogía que puede ser discutible: confunde al Derecho

existido normas tendentes a regular los efectos de la guerra, como las Convenciones de la Ginebra, o a prohibir las guerras, pero entre un número limitado de Estados, como el Tratado de Versalles que instituyó la Sociedad de Naciones en 1919 o el Pacto Briand-Kellog de 1928³⁴. Pero sólo con el establecimiento de la ONU se alcanza un pacto de alcance *prácticamente global* de interdicción de la guerra que es complementado con la atribución del uso regulado de la fuerza en régimen de exclusividad al Consejo de

de Naciones Unidas con el Derecho Internacional General. Para ello habría que analizar cuál es la naturaleza jurídica de la ONU, que, en principio, al menos en un esquema monista como el de Kelsen y la Escuela de Viena, se configuraría como un *orden parcial* dentro del *orden total* constituido por el Derecho Internacional General. Si esto fuera así, se estaría tomando la parte por el todo y vulnerando el principio de jerarquía normativa. La objeción quizá pierda sentido dentro del esquema pluralista de Ferrajoli, pero en cualquier caso, cabría tenerla en cuenta. El hecho de que la gran mayoría de Estados que forman parte de la comunidad internacional sean miembros de la ONU, sin embargo, no debería conducir a obviar este problema de lógica jurídica. Habría que argumentar previamente y con detenimiento el carácter *erga omnes* de la prohibición de la guerra.

³⁴ Kelsen criticó en su día estos acuerdos que se limitaban a prohibir la guerra, pero no establecían un mecanismo de coacción alternativo, privando así al Derecho Internacional de su ya escasa efectividad (Vid. KELSEN, H., *The Legal Process...* cit., p.11)

Seguridad (capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas).

Por ello, se puede comprender que para valorar la guerra durante siglos el último patrón que se podía emplear era el de su justicia o injusticia. El uso que se le dio a ese patrón no fue tanto el de avalar guerras por justas, sino más bien el de intentar deslegitimarlas por injustas. Dentro de los teóricos que trataron este problema se pueden citar a Agustín de Hipona, Tomás de Aquino, Francisco de Vitoria e, incluso, la doctrina de la guerra como sanción por la comisión de un ilícito internacional sostenida por Kelsen. Para Ferrajoli, tales justificaciones entran en crisis básicamente por dos motivos. El primero y principal es que la clara prohibición jurídica que realiza la Carta de la ONU resta sentido a la evaluación de la justicia o injusticia de las guerras. El segundo motivo, pero no menos importante, es el sustancial cambio en los modos y técnicas modernas de practicar la guerra, que implican un potencial devastador

que no sólo afecta a los soldados que pelean en el campo de batalla, sino, principalmente, a las poblaciones civiles inocentes e indefensas³⁵. En esas circunstancias, “hablar de [las últimas] guerras como de *guerras justas, legítimas, éticas o humanitarias* [como han hecho Walzer o Ignatieff] equivale a hablar de *estragos justos, carnicerías legítimas, o de masacres éticas o humanitarias*”³⁶.

Además, y en esto vuelve a separarse claramente de Kelsen, Ferrajoli afirma que también ha quedado inutilizable el concepto de guerra como sanción —ni siquiera primitiva, como la calificó el teórico austriaco—. Al golpear las guerras inevitablemente a poblaciones civiles, la sanción sería soportada por personas inocentes, en clara contradicción

³⁵ En este punto Ferrajoli, aunque no cita su fuente, da unos datos ya aportados en obras anteriores sobre “el crecimiento exponencial de los porcentajes de víctimas civiles en las guerras *de este siglo*: del 20% en la primera guerra mundial, al 50% en la segunda, al 80% en los conflictos sucesivos, hasta las *cuatro últimas guerras*, que sólo han producido pérdidas entre los agredidos, con preferencia poblaciones civiles, a excepción de algunas accidentales entre los agresores” (FERRAJOLI, L., *Principia iuris* (II), p. 488)

³⁶ Ibid. p. 487

con el principio de responsabilidad penal, que excluye la responsabilidad por hechos ajenos.

La sanción supone además la heterotutela, es decir, la determinación judicial (o administrativa sometida a la jurisdicción) del ilícito, lo cual excluye necesariamente lógica de la autotutela o *vendetta* que implica la guerra.

Inspirándose claramente la reflexión de Bobbio en *Il problema della guerra e le vie della pace* (1979), Ferrajoli añade a todo ello que el potencial de la guerra ha llegado a ser desmesurado e incontrolable. Hasta tal punto es así que se podría incurrir en un tipo de guerra susceptible de aniquilar al propio agresor, por el riesgo de que sea la humanidad entera la aniquilada bajo el potencial destructivo de las armas nucleares. De esta forma, la guerra practicada por las grandes potencias en el panorama actual tiene para Ferrajoli *connotaciones puramente terroristas*, que nada tienen que ver con algo que se parezca a una sanción jurídica. Por todo ello, y en resumen, “la guerra actual, por sus

características ilimitadamente destructivas, no admite ninguna justificación moral o política”³⁷. Prohibiendo la guerra por ser *moralmente injustificable*, la Carta de la ONU ha descartado la polémica acerca de la guerra justa como una polémica estéril, al no poder ser considerada cualquier guerra más que como ilegal o, a lo sumo, no legal. La guerra entraría así, por usar un símil con el lenguaje ferrajoliano, en *la esfera de lo indecible* del Derecho Internacional.

De este modo, el pacifismo jurídico tiene su fundamento en la prohibición de la guerra, que constituiría, a su vez, para Ferrajoli la *Grundnorm* (*sic*) del Derecho Internacional. Debe observarse, sin embargo, que resulta algo inadecuado referirse rigurosamente a la prohibición de la guerra como una *Grundnorm* en el sentido kelseniano, puesto que la *Grundnorm*, tal y como fue concebida por Kelsen, es una norma hipotética puramente formal, esto es, sin ningún contenido material,

³⁷ Ibid. p. 489

que sirve únicamente para determinar bajo qué circunstancias deben ser obedecidas las normas que emanan de una determinada autoridad (fuente) y que, por tanto, forman un determinado ordenamiento jurídico. La norma que prohíbe la guerra, en cambio, ni carece de contenido material ni indica qué autoridad debe ser obedecida, ni, en consecuencia, determina a dónde se puede remitir la validez última de una norma jurídica. En el mismo sentido, cabe volver a insistir en el escaso potencial explicativo que, en mi opinión, presenta a estos efectos la posición pluralista asumida por Ferrajoli, que, a diferencia del paradigma del monismo internacionalista kelseniano, difícilmente encaja con la idea de una norma única norma fundamental a la cual estarían sometidos todos los ordenamientos jurídicos.

No obstante, aunque aunque el pacifismo jurídico esté basado en la prohibición de la guerra, nunca —al menos en ninguna de las versiones más conocidas— ha

renunciado al uso legítimo de la fuerza por parte de una autoridad constituida. Es más, acorde con la definición de paz ofrecida en el volumen I de *Principia Iuris*³⁸, “la prohibición [...] implica necesariamente [el uso legítimo de la fuerza] como su propia garantía secundaria, junto con la legitimidad de la autodefensa [también prevista en la Carta de la ONU], al resultar imposible, en su defecto, asegurar la observancia de la misma y con ello el mantenimiento de la paz”³⁹. El argumento es análogo al empleado por Ferrajoli para justificar un Derecho penal mínimo en el ámbito interno; lo cual de nuevo tiene que ver, en última instancia, con una concepción coactiva del Derecho, típicamente asociada al positivismo jurídico, del cual Ferrajoli no reniega. Un ejemplo de ello es la posición que recientemente ha mantenido respecto de la

³⁸ D12.20: “Paz es la expectativa del no uso desregulado y ofensivo de la fuerza, garantizada en vía primaria por la correspondiente prohibición y, en vía secundaria, por la obligación, efecto de su ilícita violación, de un uso de la fuerza predispuesto por específicas normas hipotético-deónticas” (FERRAJOLI, L., *Principia iuris* (I), cit. p. 837).

³⁹ FERRAJOLI, L., *Principia iuris* (II), cit. p. 490

intervención de la OTAN en Libia con el fin de crear una zona de exclusión aérea autorizada por la resolución 1973 del Consejo de Seguridad⁴⁰. Esta postura viene a confirmar la convicción de la importancia que presenta colmar la laguna consistente en la falta de cumplimiento de lo previsto en el Capítulo VII de la Carta de la ONU, estableciendo una única fuerza armada a las órdenes del Consejo de Seguridad. El desarrollo de este aspecto es una de las ideas fundamentales del programa institucional que veremos a continuación.

3. Programa de institucionalización internacional

Los pacifistas jurídicos nunca se han limitado a realizar propuestas en clave estrictamente normativa, sino que también han trazado una hoja de ruta política para conseguir su plasmación. Kelsen, como Lauterpacht⁴¹, puso el acento en una construcción institucional fuertemente

⁴⁰ Vid. FERRAJOLI, L. y MANERO, J. R., *Dos modelos de constitucionalismo*, cit., p. 129 y ss.

⁴¹ Vid. LAUTERPACHT, H., *The Function of Law in the International Community*, introducción de M. Koskeniemi, Oxford University Press, 2011 [1933]

centralizada en torno a un tribunal con jurisdicción universal y con capacidad para enjuiciar a individuos. Igualmente, Bobbio destacó que el gran problema del Derecho Internacional era la ausencia de un tercero imparcial al cual las partes debieran someter sus conflictos⁴², de forma que éstos pudieran ser resueltos sin acudir a la autodefensa que, en el ámbito del Derecho Internacional, significa la guerra. El pacifismo de Ferrajoli, como el de Bobbio, va mucho más allá de la voluntad de acabar con la guerra como medio de solución de los conflictos internacionales. Con una perspectiva amplia, concibe un estrecho vínculo entre la paz y la seguridad por un lado, y la justicia material por otro. De modo que su pacifismo es un pacifismo preocupado por la protección internacional de

los derechos humanos, pero también por la redistribución de la riqueza a nivel global o por la urgentísima conservación del medioambiente.

En este sentido, en la última parte de *Principia Iuris* se formulan una serie de medidas concretas que giran en torno a tres ejes: a) el monopolio jurídico de la fuerza, con el fin de *mantener la paz y la seguridad internacional*; b) la prohibición de las armas — declarándolas *bienes ilícitos*— y de los ejércitos⁴³ —considerándolos *instituciones ilícitas* y reconvirtiéndolos en *fuerzas armadas de policía*—, como garantía del monopolio del uso legítimo de la fuerza; y c) la construcción de una esfera pública internacional, que legitime ese orden y que contribuya a reducir las crecientes desigualdades económicas y

⁴² Vid. BOBBIO, N., *Il terzo assente. Saggi e discorsi sulla pace e la guerra*, ed. a cargo de P. Polito, Sonda, Turín, 1989. Una perspectiva del pacifismo bobbiano puede encontrarse en: GARCÍA SAEZ, J.A., "Siete notas sobre el pacifismo jurídico de Norberto Bobbio", en ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. e IGLESIAS GARZÓN, A. (eds.), *Norberto Bobbio: aportaciones al análisis de su vida y de su obra*, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Madrid, 2010, pp. 489-510

⁴³ "Ningún ejército de tipo tradicional amenaza la seguridad de los EEUU o de Europa. Ni cabe ya temer conquistas territoriales o invasiones militares, que han perdido sentido en la época de la globalización. Existe la amenaza del terrorismo. Pero frente a ella no sirven ejércitos ni guerras (...) sino fuerzas de policía (...) Y sirven, al mismo tiempo, políticas sociales idóneas para aislar el terrorismo y sanear sus bases de reclutamiento y consenso" (FERRAJOLI, L., *Principia iuris* (II), cit., p. 511).

sociales. La ausencia de estas condiciones significa, como se ha dicho, la ineffectividad estructural de lo previsto en la Carta de la ONU y, por lo tanto, una laguna que corresponde colmar a la comunidad internacional y a los operadores jurídicos en su conjunto.

Así, a pesar del relevante papel que la teoría garantista reconoce de forma general a la figura del juez⁴⁴, en el orden internacional pensado por Ferrajoli la función de la jurisdicción es fundamental, pero parece ser tan central como lo fue para Kelsen o Bobbio. No existe únicamente un tribunal internacional capaz de resolver cualquier conflicto, sino que se diseña una compleja red de instituciones de gobierno y de garantías, a imagen del esquema de un Estado constitucional. La distinción entre *funciones e instituciones de gobierno* y *funciones e instituciones de garantía* — primarias y secundarias— es el corolario del paradigma de la democracia constitucional, que está basada en el establecimiento de

límites y vínculos al ejercicio de las funciones de gobierno. Así, para Ferrajoli, las funciones y las instituciones de gobierno, “al hallarse destinadas al ejercicio de actividades discrecionales (...) a las que he llamado la *esfera de lo decidible*”, son tanto más legítimas cuanto más representativas y, en consecuencia, próximas al cuerpo electoral”. Por eso, lo que se necesita crear a escala internacional son funciones e instituciones de garantía, vinculadas a las garantías de los derechos fundamentales, es decir, a la *esfera de lo indecidible*: “de un lado las funciones y las instituciones de garantía primaria, dedicadas a la tutela de los derechos de libertad y a la satisfacción de los derechos sociales; de otro, las funciones jurisdiccionales de garantía secundaria, para la verificación y la reparación de las violaciones de las garantías primarias. En ambos casos se trata de funciones y de instituciones que no requieren representatividad política, sino, al contrario, separación de las funciones de gobierno, ya

⁴⁴ Vid. FERRAJOLI, L., *Principia iuris* (I), cit. §12.8

que su ejercicio consiste en la determinación imparcial de sus presupuestos de derecho y su legitimación (...) para asegurar a todos la distribución del agua (...), o bien para prevenir y reprimir los crímenes contra la humanidad y las devastaciones medioambientales no se precisan decisiones discrecionales de la mayoría sino, al contrario, intervenciones vinculadas al Derecho”⁴⁵. Además, algunas de esas garantías sólo tienen sentido si son establecidas a nivel global, como la tutela del medio ambiente, la salvaguarda de la paz, la lucha contra la criminalidad transnacional o la regulación de los mercados.

Es considerable el nivel de concreción con el que Ferrajoli diseña todo ese entramado institucional de garantías y órganos de gobierno dentro de un modelo tipo federal de marcada inspiración kantiana, que se correspondería no con el globalismo jurídico unicéntrico y monista temido por Zolo y

otros⁴⁶, sino con un *cosmopolitismo jurídico policéntrico y pluralista*⁴⁷ o, en otras palabras, con un *constitucionalismo multinivel sin Estado*⁴⁸. Este modelo se concreta en propuestas estructuradas en torno a las cuatro dimensiones de la democracia (política, civil, liberal y social) e incluye medidas tales como la consideración de autoridades independientes y la dotación de competencias y vías adecuadas de financiación a organismos de internacionales como la FAO, la OMS, la UNESCO, UNICEF o la OIT para que funcionen como instituciones de garantía primaria, vigilantes del efectivo cumplimiento de los derechos sociales; el establecimiento de nuevos órganos judiciales internacionales competentes en materia medioambiental, laboral, fiscal y contencioso-administrativo; la

⁴⁵ FERRAJOLI, L., *Principia iuris* (II), cit. p. 533

⁴⁶ Vid. PORTINARO, P. P., “Autocracia de la razón, liberalismo de los derechos, democracia de los garantes. El programa normativo de Luigi Ferrajoli”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 31, 2008, pp. 299-314; y RUIZ MIGUEL, A., “Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 31, 2008, p. 355-368

⁴⁷ FERRAJOLI, L., *Principia iuris* (II), cit., p. 535

⁴⁸ *Ibid.* p. 540

ampliación del ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional; e incluso se llega a hacer explícita la propuesta de una suerte de tribunal constitucional mundial: “el paradigma constitucional internacional debe comportar el establecimiento de una jurisdicción de constitucionalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad”⁴⁹.

Reflexión final

Concluyendo, me parece que debe destacarse que la detallada propuesta política de orden internacional realizada en este segundo volumen de *Principia Iuris* no se corresponde con un específico desarrollo teórico del Derecho Internacional en el primer volumen dedicado a la Teoría del Derecho, todavía demasiado focalizada en el marco del Derecho estatal. Así, parece que Ferrajoli nos indica con claridad el lugar al que debemos ir, pero aún quedan numerosas incógnitas teóricas acerca del camino que debe recorrerse hasta llegar a él. Camino que pasa, entre otros

⁴⁹ Ibid. p. 535

puntos, por trabajar de una manera específica la teoría del Derecho Internacional como una parte sustancial, y no como un añadido, de la teoría general del Derecho⁵⁰. Este necesario marco teórico, debería venir acompañado de una potente filosofía política capaz de producir un cambio global *contrahegemónico* y desde *abajo*, por usar la terminología de Santos⁵¹. En este sentido, sí son esperanzadores los repetidos guiños que Ferrajoli realiza al movimiento altermundista, haciendo suyas algunas de las principales reivindicaciones que la sociedad civil organizada viene exigiendo en las calles del mundo y en acontecimientos como el Foro Social Mundial: desde el impuesto a las transacciones financieras a la renta básica para la ciudadanía, pasando por el establecimiento de bienes públicos globales, la soberanía alimentaria o la cancelación de la deuda externa de los países en desarrollo. Su firme apoyo a estas causas denota una sana

⁵⁰ Pienso, fundamentalmente, en los trabajos de Martii Koskeniemi, como *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument* (1989)

⁵¹ SANTOS, B. S., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*, Trotta / ILSA, Madrid, 2009

posición antideterminista basada en un necesario optimismo metodológico, que, lejos de ser ingenuo, distingue entre un realismo a corto plazo —que es el que practican quienes desean mantener el actual *statu quo*— y un realismo a largo plazo —que es el de quienes asumen que la supervivencia de nuestra especie depende de que se hagan efectivas las condiciones socio-políticas para una convivencia pacífica entre las personas y los pueblos, las cuales pasan, necesariamente, por el efectivo cumplimiento de los derechos humanos y, también, por la urgentísima conservación del medioambiente—. De ahí que sea fundamental el carácter performativo que

Ferrajoli atribuye a la ciencia jurídica, que no debe limitarse únicamente a describir la realidad, sino que debe intentar influir en ella. Ese carácter performativo debe ponerse en relación con el llamamiento a la responsabilidad de los operadores jurídicos para tomar en serio los valores contenidos en las normas constitucionales —nacionales e internacionales— con las que diariamente trabajan. Sólo así podremos dejar de ser cómplices, por acción u omisión, de la miseria que nos envuelve.