DEBATE

La guerra y el derecho

Luigi FERRAJOLI

1. Ahora que la guerra ha terminado, con su trágico balance de muertos, resulta oportuno volver a reflexionar y a discutir, si es posible con serenidad y con respeto para los argumentos de los demás, sobre su legitimidad. La cuestión es de fondo. El sentido del derecho sobre la guerra y la paz que se forme en la conciencia de los hombres y, sobre todo, si la guerra va a resultar en el futuro legitimada como medio de solución de las controversias internacionales, depende efectivamente del modo en que esta guerra sea juzgada y recordada.

Esta guerra supone un cambio de inflexión en la historia de la humanidad. Y cambia radicalmente nuestro horizonte existencial. Lo cambia puesto que la guerra —que había sido removida de nuestro horizonte como un mal absoluto, prohibido como un tabú por los pactos constitucionales e internacionales estipulados después de la segunda guerra mundial— no sólo se ha producido, sino que ha sido legitimada como justa y conforme al derecho por los gobiernos occidentales, por la gran prensa, por voces autorizadas de la cultura. Esta es su terrible novedad. Ha habido otras guerras en estos cuarenta y cinco últimos años. Pero es la primera vez que en torno a la tesis de la legalidad de la guerra —en cuanto «guerra de la ONU» o todavía peor «autorizada por la ONU»— se ha formado, en los países de Occidente, un consenso tan amplio. Es obvio que el hecho de que esta tesis haya circulado a nivel oficial no quiere decir que sea fundada. Pero se corre el riesgo de que sea aceptada y se establezca acríticamente en las conciencias.

En la discusión —debo decir que no edificante— sobre la justificación de la guerra, desarrollada durante las pasadas semanas se ha tratado de manera indiferenciada, confundiéndolas a menudo, dos cuestiones distintas: la de la *legitimidad* o *legalidad*, y la de la *justicia* de esta guerra. Los intervencionistas, o si se prefiere los justificacionistas, entre los cuales se han situado inesperadamente muchos filósofos de la moral y de la política, han preferido argumentar el apoyo a la guerra en el terreno ético-político de la justicia, ignorando el jurídico de la legalidad o incluso confundiendo las dos esferas. Con el resultado de que el tratamiento indistinto de los dos problemas ha tenido el efecto no sólo de confundir los términos de uno u otro, sino, sobre todo, de acreditar, tras de genéricas disertaciones sobre la justicia de la guerra, la tesis de su legalidad.

Los dos problemas son por el contrario del todo diversos, aunque relacionados entre sí. Diversos, porque tienen que ver con diversos parámetros de valoración. El problema de la *ilegalidad o de la no legalidad* de la guerra es una cuestión jurídica que depende de la inexistencia o de la existencia de normas de derecho positivo que la prohiban. El problema de la *justicia* es en cambio una cuestión ético-política independiente de lo que dicen o no dicen las normas jurídicas y hace referencia únicamente a la esfera de la moral y de la política. Una guerra puede ser lícita, porque no prohibida ni por el derecho interno ni por el internacional, y, sin embargo, ser juzgada injusta. Pero puede ser también considerada justa, como en el caso, por ejemplo, de las guerras de liberación o de resistencia, y ser no obstante ilegítima porque contraría al derecho. Los juicios en términos de legalidad, en suma, son juicios de hecho; los juicios en términos de derecho son juicios de valor. Y no son derivables los unos de los otros.

Pero hay un sentido en el que los dos problemas guardan conexión entre sí. He hablado hasta ahora de *guerra no ilegal* o *no ilícita* y no de *guerra legal* o *legítima*, porque «guerra legal» o «legítima» es una contradicción en los términos. Y así llego al nexo que, en tema de guerra, relaciona legalidad y justicia, derecho y moral. La guerra puede ser justificada con razones extrajurídicas, de tipo económico, político y hasta moral; puede también ser considerada lícita o no ilegal, cuando no existan normas de derecho positivo que la prohiban. Pero no podrá ser nunca calificada de legal, porque la contradicción entre derecho y guerra no lo permite. El derecho es, en efecto, por su naturaleza un instrumento de paz, es decir, una técnica para la solución pacífica de la controversia y para la regulación y la limitación del uso de la fuerza. Se justifica —en la cultura jurídica moderna, a partir de Hobbes— como remedio al *bellum omnium*. La paz es su esencia íntima, y la guerra su negación o, cuando menos, el signo y el efecto de su ausencia en las relaciones entre los hombres y del carácter prejurídico, falto de reglas y salvaje de las mismas.

Ha sido precisamente esta ausencia del derecho

en materia de guerra lo que ha caracterizado las relaciones entre los estados hasta la refundación del derecho internacional que fue la institución de las Naciones Unidas. Existían ciertamente, antes también de la Carta de la ONU, normas de derecho humanitario sobre la guerra: sobre el tratamiento de los prisioneros, contra el bombardeo de las ciudades, etc. Pero no existía la prohibición jurídica de la guerra, y tanto menos organismos internacionales supraestatales investidos del uso de la fuerza armada. El *ius belli* constituía por el contrario un elemento esencial de la soberanía del estado. No era posible por consiguiente hablar de guerras legales o de guerras ilegales. La guerra no era ni legal ni ilegal. Tan sólo era jurídicamente incalificada, y por ello lícita o si se quiere no-ilícita. Las relaciones entre estados, en efecto, carecían de reglas, eran todavía las propias del estado de naturaleza descritas por Hobbes en el *Leviatán*, cuando escribe que quizás «no ha existido nunca una época en la que cada hombre estaba en guerra con otro hombre» pero ciertamente este estado de guerra virtual y permanente ha existido siempre en la comunidad salvaje de los estados, los cuales «se encuentran en la posición de los gladiadores, con las armas apuntando, con sus fuertes, sus guarniciones y sus fusiles en las fronteras: en una posición de guerra». Una comunidad salvaje —repiten Locke en el *Segundo Tratado* y Kant en el *Proyecto filosófico para la paz perpetua*— en la que la soberanía es el equivalente de la libertad salvaje del estado de naturaleza.

2. La cuestión de la «guerra justa», inopinada e inoportunamente desempolvada en Italia en estos días, fue por consiguiente durante siglos la única cuestión que tenía algún sentido en materia de valoración de la guerra. Una cuestión, téngase en cuenta —y éste es el punto esencial—, que ha sido siempre planteada y tratada por el pensamiento jurídico y filosófico no tanto (o no solamente) para justificar las guerras justas, como por el contrario para limitar o deslegitimar en el terreno moral o del derecho natural —en ausencia de normas internacionales de derecho positivo que las limitasen o deslegitimase en el plano jurídico— las guerras injustas: es decir, para poner límites y frenos iusnaturalistas, en el plano de la justicia y de la moral, al derecho de guerra jurídicamente absoluto. La idea de la guerra justa —clásicamente enunciada por Santo Tomás que formuló las tres *iusti belli conditiones (iusta causa, auctoritas principis, intentio recta)* y retomada después por Alberigo Gentili y Francisco Suárez— fue concebida en suma no para legitimar, sino para frenar el recurso a la guerra en tiempos en los que la guerra era un medio ordinario de solución de las controversias internacionales. Y con ella se conectan las tradicionales justificaciones doctrinales de la guerra: la idea de la guerra como reparación, o bien como sanción.

Pues bien, todas estas justificaciones entraron en crisis en la época contemporánea en el plano de la justicia, antes aun que en el jurídico de la legalidad. Mejor dicho: entraron en crisis en el plano del derecho, con la exclusión de la guerra de la Carta de la ONU, precisamente porque se revelaron inaceptables en todo caso en el de la justicia. Y esto por un hecho muy simple. El fenómeno de la «guerra» contemporánea ha cambiado su naturaleza con respecto al de las guerras tradicionales. Ya no tolera como tal las justificaciones del viejo derecho natural, cuyos viejos límites a la guerra han resultado ser del todo inadecuados e insuficientes.

Insisto en este punto. En contra de un lugar común que hemos oído repetir en estos meses, no es verdad que la guerra, en el sentido moderno de aniquilamiento del adversario, haya existido siempre. Al contrario, éste es un fenómeno rigurosamente moderno, incluso contemporáneo, producido con los potentísimos medios destructivos creados por la tecnología militar. Las guerras tradicionales, todavía hasta el siglo pasado, consistían en enfrentamientos circunscritos, de ejércitos de profesionales que se enfrentaban en campo abierto bajo el mando directo de sus reyes y generales. Eran en suma una especie de duelos o torneos en los que la población civil por lo general no participaba. Y por más que pudieran estar animados por una brutal voluntad de aniquilamiento, encontraban —por intensidad y por extensión— los límites objetivos de la naturaleza primitiva de los medios militares. Cosa bien distinta es la guerra contemporánea: no sólo la atómica, sino también la convencional, que se desenvuelve con misiles y bombardeos sobre las ciudades y que ha anulado todos los límites naturales que en el pasado habían circunscrito la lógica de destrucción intrínseca a la guerra.

Si ésta es hoy la guerra, el viejo paradigma de la guerra como sanción o reparación es del todo inutilizable. Antes que nada porque la guerra actual, golpeando inevitablemente también a las poblaciones civiles, es una sanción infligida a los inocentes, en contraste con el elemental principio de la responsabilidad personal y de la exclusión de la responsabilidad por hechos ajenos. En segundo lugar, porque la guerra ha llegado a ser desmesurada e incontrolable, sujeta inevitablemente a *escalation* hasta la destrucción del adversario, y como tal desproporcionada a cualquier violación. No hay duda de que Sadam Hussein cometió con la ocupación de Kuwait un crimen gravísimo. Pero ningún crimen justifica la matanza de decenas de miles de inocentes, cuya única culpa consistía en ser gobernados por un dictador feroz e irresponsable. Y ninguna proporción existe entre la ofensa, desde luego grave, de la ocupación de Kuwait y los terribles bombardeos de Bagdad y Bassora, o peor aún la masacre de decenas de miles de soldados iraquíes en fuga cuando ya el objetivo de la liberación de Kuwait había sido alcanzado. Sin contar con que ha sido sólo por la falta de resistencia por parte de Irak por lo que no se ha recurrido al uso de la bomba atómica, contemplado y perfectamente coherente con la lógica irrefrenable de la guerra.

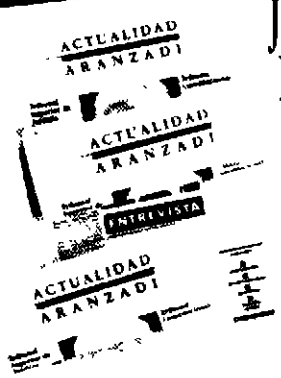
En suma la guerra entre estados, precisamente por sus intrínsecas características destructivas, no admite hoy justificaciones morales y políticas. Es de por sí un mal absoluto, con respecto al cual todos los viejos *límites iusnaturalistas* de la guerra justa resultan ahora insuficientes, al haber quedado desbordados todos los *límites naturales* a sus capacidades destructivas. Por su carácter, la guerra es regresión al estado salvaje o de naturaleza del *homo homini lupus*. Con la diferencia de que la sociedad salvaje

REPERTORIO CRONOLOGICO DE LEGISLACION

La suscripción **más completa** y con **más ventajas** del mercado español le ofrece este año, además, importantísimas novedades.

NOVEDADES 1991

GRATIS ESTE AÑO



I. LA ACTUALIDAD JURIDICA TIENE NUESTRO NOMBRE.

Con esta suscripción una REVISTA SEMANAL DE ACTUALIDAD con información sobre la Normativa estatal, autonómica y comunitaria más importante, la Doctrina y un avance práctico de las sentencias y resoluciones de los distintos Tribunales.

II. DEROGACIONES Y MODIFICACIONES.

III. INDICE CRONOLOGICO DE DISPOSICIONES DEROGADAS.

PUNTUALIDAD E INMEDIATEZ.

1 **Con absoluta puntualidad,** recibirá **varios envios semanales** con la **información más reciente publicada en el B.O.E.,** perfectamente **analizada, ordenada y referenciada,** en pliegos desechables cortados y grapados en formato de Revista y con un **SUMARIO** en portada, con las disposiciones ordenadas alfabéticamente, destacando en negrita las de rango de ley y con un asterisco las modificaciones y derogaciones, además de abundante bibliografía.

FACIL CONSULTA Y COMPLETISIMA INFORMACION.

2 **Cada 60 pliegos** desechables, el suscriptor recibe esa misma información en **volumen perfectamente encuadernado** con unos **Indices** de muy fácil **manejo:** INDICE CRONOLOGICO, POR DISPOSICIONES, POR MATERIAS Y DE DISPOSICIONES DEROGADAS
El volumen último de la colección del año incluye un **Indice General Fin de Tomo.**

GRAN CALIDAD DE SUS INDICES MUY PRACTICOS Y DE FACIL MANEJO.

3 El Indice Progresivo de Legislación para la consulta fácil y rápida de cada disposición.

4 Un Indice que refunde en un único volumen los doce Indices mensuales.

SUSCRIBASE A LA MEJOR OFERTA DEL AÑO.
ESCRIBA O LLAMENOS.

Solicito, sin compromiso, más información
BONO RESPUESTA Ref. 5 R L
Sr ..... Dirección ..... Tel ..... Ciudad ..... C Postal .....

ARANZADI
EDITORIAL
Carretera de Aoiz, Km. 3,5 Elcano (Navarra)
Tfnos: (948) 33 12 12 - 33 02 26

Servicio de atención al cliente:
Tfnos: (948) 33 12 51 - 33 06 62

de los estados no es una sociedad de lobos naturales, sino una sociedad de *lobos artificiales,* es decir, de aquellos «hombres artificiales», como los llamó Hobbes, que son los estados, creados por los hombres para la tutela de sus derechos y que hoy pueden escapar a su control y revolverse contra sus creadores como máquinas artificiales virtualmente capaces de destruirlos.

3. Así, fue precisamente esta conciencia de la absoluta falta de justificación de la guerra y de su actual potencial destructivo lo que está en el origen tanto de la Carta de la ONU como de la Constitución italiana. La Carta de la ONU ha desterrado la guerra, en su solemne preámbulo y después en su artículo 11, porque la guerra ha llegado a ser inaceptable, y el derecho internacional ha cambiado de naturaleza, porque ha cambiado de naturaleza la guerra. Incorporando como principio fundamental la prohibición de la guerra, la Carta de la ONU, y en lo que nos afecta la Constitución italiana, han transformado la injustificabilidad moral de la guerra —de cualquier guerra— en su ilegalidad o ilicitud. De este modo, la cuestión de la injusticia de la guerra ha sido en gran parte superada por la afirmación de su ilegalidad. Este es, por lo demás, el valor garantista del derecho positivo. Este transforma el principio de la paz en derecho cierto y vigente, anclado en normas positivas y sustraído al carácter de opinables que es propio de los juicios de valor en materia de justicia.

No quiero repetir aquí el elenco de todos los perfiles de ilegalidad de esta guerra. Me limito a recordar que la Carta de la ONU y la Constitución italiana —escritas, no se olvide, en el mismo clima moral y cultural creado por los horrores de la segunda guerra mundial— presentan el mismo esquema normativo. Tienen en común no sólo la interdicción de principio de la guerra «como medio de resolución de las controversias internacionales», sino también la única excepción admitida: la guerra de «defensa», que en rigor no es «guerra», sino legítima defensa frente a la guerra, y que el artículo 51 de la Carta reserva a los estados agredidos «hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz», y el artículo 52 de la Constitución italiana prevé como «deber sagrado e inviolable» en «defensa de la patria». Fuera de la autodefensa, el único ejercicio de la fuerza permitido por la Carta de la ONU es el disciplinado en su capítulo VII y reservado, exclusiva y directamente, al Consejo de Seguridad, en las formas y con los límites establecidos en los artículos 42 y siguientes, cuando «hayan demostrado ser inadecuadas» las demás medidas coercitivas para la tutela de la paz.

Por otra parte, la diferencia entre la «guerra» y el «empleo de la fuerza» regulado en el capítulo VII de la Carta de la ONU —que lo prevé como extrema medida constrictiva, poniéndolo bajo el control del Consejo de Seguridad y bajo la dirección estratégica del Comité de Estado Mayor— no es una diferencia formal que pueda ocultarse con un simple juego de palabras, llamando a la guerra como ha hecho el Gobierno italiano «operación de policía». La diferencia es sustancial. Es la misma diferencia que existe entre pena y venganza, entre el derecho y tomarse la justicia por su mano: uno es la negación de la otra, y por esa negación se define. La guerra es por su naturaleza un uso de la fuerza desmesurado e incontrolado, dirigido al aniquilamiento del adversario. Una operación de policía se limita por el contrario al uso de la fuerza estrictamente necesario no ya para «vencer», sino únicamente para restablecer la legalidad violada. Una guerra puede plegarse a los fines e intereses particulares de los estados a los que se confía. Una operación de policía no tiene otro fin que el restablecimiento de la paz. La última fase de la guerra —la masacre de decenas de miles de soldados en territorio iraquí, cuando la retirada incondicional de Kuwait había sido plenamente asegurada por Irak— ha hecho caer cualquier velo sobre la diferencia entre ambas cosas.

Naturalmente la guerra puede resultar bastante más eficaz y resolutiva que el uso de la fuerza bajo el control de la ONU. Pero en esto radica precisamente la fundamental diferencia entre ambas cosas. El derecho —o sea el embargo metódico y paciente, y después el uso regulado y controlado de la fuerza, con sus formas, sus garantías y sus procedimientos— es por su naturaleza un medio más costoso, más lento y menos eficaz que el uso sin reglas de la fuerza, es decir, que la guerra. Y entre sus costes está siempre el riesgo de cierta inefectividad. Nadie sostendría que el derecho penal interno sea siempre efectivo. En Italia el estado no consigue imponerse a la mafia. Pero nadie piensa que para derrotar a la mafia sea lícito cualquier medio, incluidos la tortura, los bombardeos de las localidades mafiosas, el fusilamiento de los sospechosos; o que para poner fin al robo de un banco la policía puede intervenir con bombas y carros armados y provocar una matanza. Por eso la ONU, autorizando la guerra, ha traicionado a su razón de ser. La ha traicionado como la traicionaría el estado autorizando la guerra —es decir, el uso de medios sin regla e ilimitados— contra uno de sus ciudadanos. Ya que la guerra —y más aún la guerra destructiva de nuestros días— es regresión al estado salvaje y negación del derecho.

4. Si todo esto es cierto, el futuro de la ONU, es decir, su supervivencia como institución e instrumento de paz, depende hoy de la reflexión crítica que se haga sobre lo que ha sucedido. No sólo y no tanto porque es absurdo pensar que la ONU pueda salir no diremos reforzada, sino al menos indemne, de las ruinas de una guerra consentida por ella misma que dejará sobre el tapete, agravadas dramáticamente, todas las causas remotas que la han provocado. Sino sobre todo porque la ONU no tiene sentido, ni valor y ni siquiera eficacia si en lugar de resolver pacíficamente los conflictos los agudiza hasta la guerra; si se aliena pueblos enteros generando en ellos rabia, odio y frustración; si sanciona la separación entre norte y sur del mundo y entre países de primera y de segunda categoría.

El futuro de la ONU dependerá, por consiguiente, de como sea vivida la «victoria»: si con la convicción de que ha triunfado la legalidad internacional, o si, por el contrario, con la amarga conciencia de que la misma ha sido derrotada. En el primer caso tendremos pocas esperanzas de que el nuevo gobierno mundial sea algo distinto de un gobierno ame-

ricano fundado en la fuerza, en la desigualdad y en el descrédito del derecho. En el segundo caso, si se reconoce el error, cabe que ello sirva como lección y que sea posible, sobre la base de una severa autocrítica, poner en marcha una refundación de la ONU: a través de la supresión de las posiciones de privilegio de las grandes potencias; la instauración de un sistema más justo e igualitario de relaciones entre los estados capaz de pretender una efectiva limitación de su soberanía; la prohibición para todos los países del mundo de producir y tener armas; la institución, en fin, de una jurisdicción internacional para la tutela de los derechos universales de todos los hombres incluso frente a sus gobiernos y del derecho a la autodeterminación de todos los pueblos.

El ministro de Justicia Martelli ha ironizado sobre el *appello* de 800 juristas italianos titulado «Contra la guerra. Las razones del derecho» *. Si tenéis razón, si el derecho está de vuestra parte —nos ha dicho—, os desafío a procesar al Gobierno, al Parlamento, al Consejo de Seguridad de la ONU. Hemos de recordar a nuestro ministro lo que constituye un límite intrínseco del derecho: éste se apoya en la fidelidad de los órganos superiores del ordenamiento a sus leyes fundamentales. Y se lo recordamos con las palabras con las que se cerraba la Constitución francesa del año III: «El pueblo francés confía la presente Constitución a la fidelidad del cuerpo legislativo y de sus órganos ejecutivos y a la vigilancia y el coraje de todos los franceses».

Es cierto. Esta fidelidad puede decaer. Gobiernos y mayorías pueden muy bien violar las normas fundamentales. Pueden también conseguir hacer pasar sus propias razones como derecho. Pero esto no significa que sus violaciones sean legítimas. El mundo está lleno de ordenamientos dotados de constituciones avanzadísimas y sistemáticamente traicionadas por sus gobiernos. En el ordenamiento internacional, y por lo que nos afecta en nuestro ordenamiento, ha sucedido, con la guerra, algo similar: una violación del principio fundamental de ambos, enmascarado de restauración del derecho.

Hoy todos celebran triunfalmente la victoria, cantando a la paz y a la legalidad restaurada: los más de cien mil muertos son un accidente del camino. Sin embargo, tenemos que decir que se ha tratado de un crimen, y hacer que como tal sea recordado. Para garantizar nuestro futuro. Y para extraer lecciones del pasado. Y si hoy, frente al coro de consensos, resulta difícil ser optimistas, no podemos no serlo a largo plazo, por el valor normativo que, no obstante sus desventuras, debemos seguir reconociendo al derecho. Ciertamente «sorprende», polemizaba hace dos siglos Emanuel Kant contra los estados que continuaban invocando el derecho en favor de sus guerras, «que la palabra *derecho* no haya podido todavía ser expulsada por pedante de la política de guerra y que ningún estado haya osado todavía declararse abiertamente en favor de esta última... Y sin embargo, este homenaje, que al menos de palabra todo estado rinde a la idea del derecho, demuestra que en el hombre se encuentra una disposición moral más fuerte, aunque actualmente dormida, destinada a prevalecer un día sobre el principio del mal que hay en él: de otro modo, en efecto, la palabra *derecho* no vendría nunca a la boca de los estados que quieren agredirse, si no para tomarla a broma».

(Trad. Perfecto ANDRES IBAÑEZ)

* Se incluye en este mismo número: cfr. «Juristas en favor de la paz. Italia».