

LEGALIDAD INTERNACIONAL Y GUERRA LEGÍTIMA

IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ

UNED

En el debate sobre el apoyo del Gobierno español a la intervención militar en Irak, uno de los argumentos propone la garantía de la *legalidad internacional* como criterio determinante de la *legitimidad* del empleo de la coacción. Pues bien, esta nota únicamente pretende advertir de la imprecisión de tal argumento. Si la depuración del lenguaje condiciona y orienta la formación de una verdadera *opinión pública*, y ésta constituye un supuesto necesario de todo orden democrático, el compromiso con su aquilatamiento impone perfilar ciertas nociones.

A tales efectos vamos a dejar a un lado, al menos en un primer momento, la manifiesta inadecuación de la conducta del Gobierno de España en este supuesto tanto a la Constitución de 1978¹ como a la propia *legalidad internacional*, que tampoco avalaba la intervención militar². Sin apoyo jurídico alguno, el argumento mencionado, que lo presupone, resulta en verdad inaplicable al caso, y toda la discusión sobre la legitimidad de esta guerra queda decidida de antemano³. Pero aquí procuramos valorar, más bien, la *consistencia interna* del

1. Por todos, L. AGUIAR DE LUQUE, L. LÓPEZ GUERRA y P. PÉREZ TREMP, «Constitución y guerra», *El País*, 19 de marzo de 2003, p. 28.

2. Cfr. el «Manifiesto contra la guerra» promovido por numerosos miembros de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en <http://cde.ugr.es/AEPDIRI/>. Igualmente Ch. TOMUSCHAT, «Das Ende der Weltordnung», *Der Spiegel* 4/2003 (20 de enero), pp. 24 ss., y A. DI BLASE, «Guerra al terrorismo y guerra preventiva en el Derecho internacional», en L. BIMBI (ed.), *No en mi nombre. Guerra y Derecho*, Madrid: Trotta, 2003, pp. 125 ss.

3. Siendo la legalidad *condición necesaria* de la legitimidad, la argumentación acerca de ésta en el caso concreto bien podría darse aquí por terminada [salvo *ex abundantia*, y a partir del supuesto de que la legalidad, *condición necesaria* de la legitimidad, no es sin embargo *condición suficiente*, y además de la legalidad deben concurrir otros requisitos, cuya presencia debe analizarse en cada caso: «La legalidad es requisito necesario, pero no suficiente, de legitimidad moral (...) De modo que esta guerra es inmoral porque es ilegal. Pero no sólo por eso», dice Xavier VIDAL-FOLCH, «Esta guerra es inmoral», *El País*, 20 de marzo de 2003, pp. 17 ss.].

razonamiento. Supuesto pues, a efectos meramente retóricos, que la resolución 1441 del Consejo de Seguridad ofreciera respaldo suficiente desde el punto de vista del Derecho internacional para la intervención armada, o si se hubiera producido una nueva resolución en tal sentido, ¿habría quedado la intervención militar *legitimada* por el mero hecho de ser *legal*? ¿Es el cumplimiento de la *legalidad internacional* «condición suficiente» de la *legitimidad* de una guerra?

Ahora bien, si cupiera una guerra legítima *al margen de la legalidad*, cabría indagar acerca de la presencia de esas *condiciones de legitimidad alternativas a la legalidad*, por ejemplo las razones humanitarias. En cualquier caso, *legitimar* una guerra *ilegal*, realizada por ejemplo sin contar con el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, plantea problemas no sólo jurídicos, como demostró el caso de Kosovo [cfr. por ejemplo U. BECK, «La primera guerra contra un riesgo global», *El País*, 12 de abril de 2002, pp. 19 ss.; un detallado análisis jurídico en G. PALMISANO, «La guerra “humanitaria”. El caso de Kosovo», en L. BIMBI, *No en mi nombre. Guerra y Derecho*, cit. en n. 2, pp. 147 ss.; conclusiones diferentes ofrece S. RÍPOLI CARULLA, «El Consejo de Seguridad y la defensa de los derechos humanos. Reflexiones a partir del conflicto de Kosovo», *Revista española de Derecho internacional*, Vol. LI (1999) 1, pp. 59 ss.].

Para obviar algunos de estos problemas, se tiende a decir que *la verdadera legalidad* no se opone a las razones morales, y se interpretan éstas como excepciones admitidas de manera implícita por el propio sistema legal, que sin embargo sólo las integra plenamente *a posteriori*. De esta manera, la legitimidad se convertiría en *condición suficiente* de legalidad, la guerra legítima por razones en principio extralegales sería en realidad, y por el mismo hecho de ser legítima, también legal. La legitimidad de la guerra, probada *a posteriori*, demostraría que el juicio inicial sobre su ilegalidad *prima facie* había pecado de *formalismo*.

Sin embargo, este razonamiento hace en realidad innecesaria la pregunta autónoma acerca de la legalidad de la guerra; salvo que se pretenda que tal legalidad, no siendo *condición necesaria* de legitimidad, sí sea, por el contrario, *condición suficiente* de la misma: cuestionarse la legalidad de la guerra, cuando se descarta que la ilegalidad sirva para convertirla en ilegítima, sólo tiene sentido si, de manera evidentemente asimétrica, se pretende que la legalidad pueda legitimarla. En definitiva, la introducción de argumentos morales para justificar una guerra ilegal sustituye el orden jurídico internacional por la posibilidad de argumentar moralmente *desde el poder legal de declarar la guerra*. Por ello se comprende que J. R. RECALDE diga: «Es cierto que el conflicto entre derecho y moral nos puede plantear graves problemas de conciencia, pero difícilmente pueden ampararse en ellos precisamente los poderosos, para quienes el cumplimiento del derecho es una exigencia moral necesaria» («La regla del derecho», *El País*, 2 de mayo de 2003, pp. 13 ss.). Un buen ejemplo de argumentación «filosófico-moral» sobre la guerra, que a su vez ofrece una panorámica significativa de las diversas posiciones, en A. RUIZ MIGUEL, «Paz y guerra», en E. DÍAZ y A. RUIZ MIGUEL (ed.), *Filosofía política II. Teoría del Estado*, Madrid: Trotta/CSIC, 1996, pp. 245 ss.

A la prevalencia de la legalidad que resulta de la argumentación anterior no cabe oponer que las decisiones políticas exigen tomar en consideración otros muchos factores (cfr., como propuesta de un método de análisis de las relaciones internacionales completamente al margen del Derecho internacional, R. A. SANHUEZA CARVAJAL, «El realismo político: ¿un denostado desconocido?», *Teoría y Realidad Constitucional* 10-11, pp. 401 ss.). Cualquier Derecho, por más abierto que esté a la libertad de configuración política, y también el Derecho internacional que pretenda tal nombre, debe excluir los argumentos *contra el Derecho*: la vieja supremacía de la *razón de Estado* se sustituye por la *primacía del Derecho*. Ello, por lo demás, tampoco impide reconocer la complejidad de la argumentación jurídica y la heterogeneidad de sus elementos. Ahora bien, la reducción de las normas a mero catálogo incompleto de argumentos de relieve diverso ya ha sido juzgada no sólo como una tendencia dudosa desde el punto de vista de la eficacia del Derecho, sino también como un peligro latente para las condiciones de posibilidad de un discurso ético racional (cfr. P. M. DUPUY/Ch. TOMUSCHAT, «Warten auf den Schlag gegen Bagdad», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 31 de julio del 2002; J. HABERMAS, «¿Qué significa el derribo de un monumento?», *El País*, 20 de mayo de 2003, pp. 8 ss., traducido del *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 17 de abril).

Dado que la respuesta, como se procurará demostrar, resulta negativa, una guerra que se pretenda legítima habrá de contar con unos *requisitos adicionales*, que sin embargo tampoco vamos a analizar. Nos bastará con probar, frente a quienes continúan afirmando que la guerra es *legítima* simplemente porque la Comunidad internacional ha avalado su *legalidad* (o ante los que mañana pretendan emprender una nueva aventura militar tras forzar una decisión favorable en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas), que los argumentos acerca de la existencia ideal y la concurrencia efectiva de otros *requisitos de legitimidad* no huelgan.

1. El Derecho, que se expresa mediante palabras, frecuentemente estimula su cumplimiento acudiendo a términos con connotaciones morales precisas: la apelación a la *voluntad popular* (*vox populi, vox Dei*) como origen de la Ley o la discutida invocación de la tradición cristiana como fundamento del nuevo orden político europeo pretenden constituirse en recursos de tal género. Ahora bien, el propio Derecho ha logrado cierto prestigio moral, hasta el extremo de que Max Weber habló de una específica *legitimidad racional* basada en la *legalidad*⁴. De acuerdo con un argumento familiar para cuantos conocen la tradición alemana del Estado de Derecho, y con un peso muy relevante en una España que sólo recientemente ha logrado jurificar sus relaciones políticas⁵, la *legalidad* evoca una peculiar *legitimidad* que se impone a cualesquiera otras consideraciones, incluidos tanto los intereses particulares como los *intereses de Estado*. En caso de incumplimiento quizá pueda discutirse si la sanción es necesaria, adecuada y proporcionada; pero, cuando el juez competente ha llegado a tal conclusión, el empleo de la coerción en garantía del Derecho se convierte en un deber del Estado.

La guerra en Irak se apoya, entre otros, mediante un *argumento por analogía*: la *legalidad internacional* merece el mismo tipo de garantías que la *legalidad* en el seno de los Estados. Familiarizados con ésta, la mención de una *legalidad internacional* lleva con naturalidad a la opinión pública a considerar *legítimo* el uso de la fuerza para su aseguramiento: del mismo modo que a los infractores de la Ley nacional se les aplican sanciones incluso de manera coactiva, la *legalidad internacional* debe ser garantizada por la fuerza si es necesario. Una intervención militar en Irak autorizada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que es el órgano competente para ello, cuenta no sólo con las bendiciones de la *legalidad*, sino con una incontestable *legitimidad*; todos los Estados tienen el deber de colaborar.

4. MAX WEBER, *Economía y Sociedad*, México: Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 170 ss. y 695 ss.

5. A. LÓPEZ PINA, *Die Bedeutung des Rechts für den Wiederaufbau der Demokratie in Spanien*, Mannheim: Institut für Sozialwissenschaften der Universität, 1989; «Prolegomena», en A. LÓPEZ PINA (Hrsg.), *Spanisches Verfassungsrecht*, Heidelberg: C. F. Müller, 1993; «Prolegomena», en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons/Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, pp. XXI ss.

Mas la analogía resulta improcedente, porque no existe una *legalidad internacional* comparable a la que es propia de los Estados de Derecho que conocemos. Las diferencias son tantas que el empleo de un mismo término perturba el discurso hasta vaciarlo de sentido.

Ello, por supuesto, no significa que no existan normas jurídicas de Derecho internacional, o que tales normas puedan ser incumplidas de manera gratuita. La guerra, como uso específico de la fuerza en el marco de las relaciones internacionales, está regulada por el Derecho internacional; de acuerdo con ciertas interpretaciones, justamente por ello merece éste la consideración de verdadero Derecho. Puede aceptarse que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas monopolice actualmente el uso legítimo de la fuerza en tales relaciones, en la medida en que al margen de él no cabe su empleo legal. La imposición coercitiva del Derecho internacional a través de tal expediente podrá incluso recurrir, en ciertos casos, a específicos argumentos morales. Pero ello no significa que el respeto al Derecho internacional sea siempre *condición suficiente* de legitimidad en el empleo de la coacción. Ello sólo se ha podido sostener ante ordenamientos jurídicos dotados de ciertas características. En este contexto únicamente se pretende recordar lo obvio: las normas internacionales están muy lejos de ser comparables a las leyes estatales. Por tanto, el efecto de legitimar el empleo de la coacción no puede ser asociado a ellas de la misma manera acrítica a la que nos ha acostumbrado el sistema institucional del Estado de Derecho.

La *ley* de nuestra *legalidad*, la de los Estados de Derecho, es una norma general, aprobada democráticamente mediante la regla de la mayoría, y que se aplica a todos por igual a través de un sistema de garantías institucionalizado: policía y tribunales. Ésa es la *legalidad* que *legitima* su garantía coercitiva⁶.

En la llamada *Comunidad internacional*, sin embargo, no hay tales *leyes*, ni puede haber por tanto *legalidad*. Aunque las normas de Derecho internacional son de muy diversos tipos⁷, las relaciones internacionales se regulan fundamentalmente a través de tratados. En este supuesto concreto nos encontramos con un tipo diferente de normas, las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Ahora bien, ni los tratados internacionales por lo común, ni desde luego las resoluciones del Consejo de Seguridad, son normas generales que se apliquen a todos por igual, sino decisiones concretas a la vista de un problema que es contemplado de manera individualizada: más *actos administrativos* o *de gobierno* que *leyes*⁸. Tampoco estamos ante deci-

6. Sobre el concepto de Ley en el Estado de Derecho y también acerca de sus transformaciones, a las que más delante se hará referencia, cfr. por todos C. DE CABO MARTÍN, *Sobre el concepto de Ley*, Madrid: Trotta, 2000; y M. GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid: Alianza, 1984, pp. 67 ss. y 157 ss.

7. La Unión Europea funciona de manera muy similar a un Estado constitucional de estructura federal; pero en ella apenas se prevé la garantía coercitiva (cfr. L. M. DíEZ-PICAZO, *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Madrid: Civitas, 2002, pp. 163 ss.).

8. Sobre la posibilidad teórica de que el Consejo de Seguridad trascienda tal delimitación, cfr. las valoraciones de Ch. TOMUSCHAT, 'Die internationale Gemeinschaft', en Ch. TOMUSCHAT, H.

siones que se aprueben por procedimientos democráticos; no sólo porque los países que intervienen en su adopción no necesariamente son regímenes democráticos, sino porque tampoco funciona en ese ámbito la regla de la mayoría, sino un complejo sistema de toma de decisiones que, en el caso del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, incluye el derecho de veto⁹. En tercer lugar, la garantía de esas resoluciones no es igual en todos los casos, sino que opera, de modo similar a su aprobación, mediante acuerdos concretos a la vista del problema particular, de manera selectiva¹⁰. Por último, el procedimiento sancionador no es ciertamente el mismo que garantiza la legalidad en los Estados: no se trata de poner en marcha una inexistente policía internacional para lograr que un juez imparcial e independiente juzgue y condene a los infractores¹¹. Antes bien, en el caso concreto se procuraba sólo expulsar a Irak de una Comunidad internacional de Estados cuyos acuerdos presuponen un marco de pacífica convivencia, para, una vez declarado proscrito, dejarlo a merced del más fuerte en el subsiguiente *estado de naturaleza* hobbesiano. Cualquiera lo puede aniquilar, como ocurría con cierta vieja pena medieval de interdicción. En esa situación, la ley se identifica ya definitivamente con la voluntad del más poderoso¹².

KÖTZ, B. v. MAYDE (Hrsg.), *Europäische Integration und nationale Rechtskulture*, Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag KG, 1995, pp. 11 ss. En este supuesto, no obstante, no ha existido intención alguna de hacer desaparecer las armas de destrucción masiva, que los Estados Unidos reconocen poseer; todo lo más, se ha podido pretender que Irak se deshiciera de las que supuestamente tenía.

9. No deja de ser significativo que un Estado que ha vetado reiteradamente, a menudo en solitario, sanciones internacionales contra Israel, denuncie la eventual utilización del veto por parte de Francia como ruptura de un principio mayoritario al que deberían plegarse tanto la OTAN y la Unión Europea como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Simultáneamente, para completar la paradoja, se emprenden acciones unilaterales cuando tal mayoría no puede alcanzarse, lo que constituye una perversa inversión del modelo del *veto unilateral* en el ámbito internacional en favor de la *acción unilateral*.

10. Como se lee en el escrito de *ochenta y seis profesores de Derecho constitucional contra la guerra*, «exigir el cumplimiento selectivo de normas jurídicas singulares, poniendo a su servicio una coacción desproporcionada, no constituye un servicio al Derecho, sino simplemente su instrumentalización con el fin de dotar de una apariencia de legitimidad decisiones amparadas en el uso de la fuerza. Sólo en el marco de una reforma general de los instrumentos coactivos a disposición de las Naciones Unidas, que ofreciera credibilidad no a una concreta resolución, sino al conjunto del ordenamiento jurídico internacional, cabría legitimar el uso de la fuerza a partir de las resoluciones del Consejo de Seguridad» (puede consultarse el texto completo en la página web <http://www.nodo50.org/paremoslaguerra/86profesores.htm>). En otras palabras: el comprador que se niega a pagar el precio no puede invocar legítimamente el Derecho para exigir por la fuerza la entrega de la cosa comprada.

11. Al menos, no era ésa la intención de los Estados Unidos, que ni siquiera han ratificado el Tratado que instituye la Corte Penal Internacional. Tampoco parece que el objetivo haya sido en ningún momento crear un ejército internacional que, bajo la dirección del Consejo de Seguridad de la ONU, hubiera podido garantizar la eficacia de sus resoluciones.

12. ¿O acaso aceptan los Estados Unidos que, de acuerdo con su propia doctrina, Irán o Turquía intervengan en Irak con el fin de asegurar su desarme, o que se hagan cargo de la administración política y económica del país? Sobre las problemáticas consecuencias que conllevaría la legitimación de este proceder unilateral *quibus ex comunitate internationale*, cfr. C. TOMUSCHAT, *op. cit.* en n. 8, pp. 13 ss.

En definitiva, los tratados internacionales y las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no crean un sistema de legalidad similar al conocido en los Estados de Derecho. Los propios Estados Unidos se niegan a que exista tal legalidad internacional, al no haber ratificado el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que podría ofrecer un marco de referencia para la ordenación de las relaciones internacionales¹³. Por ello, no cabe pretender que, tras una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que avale la *legalidad* de una guerra, todas las reservas respecto de su *legitimidad* queden automáticamente desacreditadas.

2. Podrá objetarse que la noción de Ley utilizada hasta aquí constituye una entelequia: nunca ha operado en tales términos, y ya ni siquiera es válida como idealización. La denominada *crisis de la Ley* incluye el desvelamiento de la carga ideológica presente en el modelo anterior. Si las insuficiencias de la legalidad como criterio de legitimidad no conducen a la deslegitimación del Estado de Derecho es porque éste, bajo la nueva forma de *Estado constitucional*, procura integrar en el propio ordenamiento jurídico-positivo los valores legitimadores¹⁴. De modo que, si bien la legalidad no responde, tampoco idealmente, a una estructura formal que supuestamente avalaba su respeto a los postulados del orden legítimo, éstos quedan jurídicamente preservados mediante una jurisdicción que atiende a sus contenidos materiales y a sus presupuestos procesales. En adelante, la defensa de la legalidad que legitima el empleo de la fuerza debe ser entendida, en términos más genéricos, como garantía del ordenamiento jurídico encabezado por la Constitución. ¿Es posible que la *legalidad internacional* se considere amparada por un orden constitucional de las relaciones internacionales que, por analogía con las Constituciones de los Estados, permita reconstruir la analogía recién descartada?

Lo cierto es que no existe una Constitución de las relaciones internacionales. En primer lugar porque, no existiendo Ley, tampoco puede existir Constitución en sentido propio. Ésta exige, cuando menos, una previa «distinción entre creación y aplicación de normas», y supone una escisión interna en la legislación, «entendida ésta como la creación normativa que de modo más o menos permanente llevan a cabo determinados órganos a los que todos los demás están subordinados». «El concepto de Constitución como norma suprema presupone, por tanto, una determinada estructura del ordenamiento y, en ese concreto sentido, es un concepto histórico: no todo ordenamiento tiene una Constitución»¹⁵. Ciertos profesores de Derecho internacional no dejan de

13. Es precisamente en el art. 53 del Tratado donde se identifica el *ius cogens* internacional como aquél reconocido y aceptado por la Comunidad internacional de Estados en su conjunto.

14. Sobre el proceso que conduce del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho, y acerca de las peculiaridades de éste, resulta significativa la polémica interpretación de G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, Madrid: Trotta, 1995.

15. I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona: Ariel, 1987, pp. 14 ss. La interpretación de H. Kelsen, por ejemplo en la versión más acabada de su pensamiento que

poner de manifiesto que las insuficiencias de la función legislativa constituyen un obstáculo a la hora de interpretar el vigente orden de las relaciones internacionales como régimen constituido¹⁶.

Tampoco otras concepciones de la Constitución conducen a conclusiones diferentes. Antes bien, cuantas concurren en el abigarrado panorama académico toman en consideración, para dotar a una norma de cualidad constitucional, el alcance y los medios, los fines y los límites del poder público institucionalizado que regula. Y precisamente la deficiente institucionalización impide entender que las relaciones internacionales hayan alcanzado la consistencia necesaria para considerarse, en algún sentido, constitucionalizadas¹⁷.

contiene la segunda edición de la *Teoría pura del Derecho* (México: UNAM, 1986, pp. 323 ss.), no responde a nuestro problema por razón de su propia ascesis metodológica: tanto la cuestión de la legitimidad como la historicidad del Estado en cuanto detentador del monopolio de la violencia legítima quedan fuera de su análisis. En cualquier caso, se ve forzado a caracterizar «el Derecho internacional como orden jurídico primitivo», poniendo en evidencia la precariedad institucional de su *construcción escalonada*. La introducción de M. LA TORRE y C. GARCÍA PASCUAL («La utopía realista de Hans Kelsen», pp. 12 ss.) a un estudio anterior del Kelsen *legislador (La paz por medio del Derecho*, Madrid: Trotta, 2003) destaca expresiones y razonamientos del autor que vinculan su construcción en la materia a principios éticos; precisamente por ello, la consecuente exigencia de juridificar las relaciones internacionales forzaría ciertas contradicciones en el propio esquema de la teoría pura. Pero es cierto sólo en la medida en que ésta ha dejado paso a la propuesta política. El propio Kelsen, en su mencionada *Teoría pura*, sostiene la indiferencia de la teoría del Derecho respecto de las concepciones del mundo y de las opciones políticas sobre las que descansan las diversas construcciones de las relaciones entre Derecho internacional y Derecho estatal (pp. 341 ss.).

16. Ch. TOMUSCHAT, *op. cit.* en n. 8, pp. 6 ss., comienza señalando que «existe una Constitución de la Comunidad internacional a través de la cual se fijan fundamentos concretos de paz y justicia en el mundo». Pero sería una Constitución en progresiva formación, de momento sólo parcialmente establecida y en menor medida codificada. Y señala que, por más que la Comunidad internacional no pueda compararse a un Estado, la satisfacción de las tareas derivadas de tales valores fundamentales impone responder a cuestiones similares a las que se plantean en una organización estatal; y ello implica preguntarse por el desarrollo de la función legislativa en la Comunidad internacional. En tal ámbito, y al margen del, a su juicio, muy alto grado de juridificación alcanzado por las relaciones internacionales (aspecto estático representado por el acervo normativo ya existente), la Comunidad internacional continúa necesitando una legislación en sentido propio, dinámico o activo. Los diversos instrumentos analizados (pp. 9 ss.), sin embargo, no ofrecen una panorámica satisfactoria: los tratados internacionales por razón de su fundamento en la soberanía de los Estados, el Derecho consuetudinario a causa de su orientación hacia la experiencia del pasado, el llamado Derecho secundario de las organizaciones internacionales, y en especial las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, tanto por su orientación hacia problemas localizados y concretos como por su manifiesto déficit de legitimación y la ausencia de control.

17. J. LOCKE, en su *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil* (Madrid: Alianza, 1990, p. 44, dentro del muy interesante, a nuestros efectos, capítulo 2, pp. 36 ss.), señala que «todos los príncipes y jefes de gobiernos independientes del mundo entero se encuentran en un estado de naturaleza ... todos los gobernantes de comunidades independientes, ya estén ligadas con otras o no; pues no todo pacto pone fin al estado de naturaleza entre los hombres, sino solamente el que los hace establecer el acuerdo mutuo de entrar en una comunidad y formar un cuerpo político. Hay otras promesas y convenios que los hombres pueden hacer entre sí, sin dejar por ello el estado de naturaleza» (sobre la peculiaridad de tal comunidad, pp. 102 ss.: «exclusivamente podrá haber sociedad política donde cada uno de sus miembros haya renunciado a su poder natural y lo haya entregado en manos de la comunidad, en todos aquellos casos en que no esté imposibilitado para pedir protección de la ley que haya sido establecida por la comunidad misma ... la

Mucho más lejos de ese objetivo nos encontramos si insertamos en la noción de Constitución ciertos contenidos valorativos, históricamente determinados, que en los Estados constitucionales se imponen sólo con esfuerzo y de manera limitada, y que las relaciones internacionales hoy aún desconocen¹⁸.

En efecto, el movimiento constitucional intenta someter a Derecho la vieja *razón de Estado*; mas ésta pretende mantener su imperio en las relaciones internacionales, que los Gobiernos determinan al margen de los postulados materiales contenidos en las Constituciones que rigen la política interior. Ello es posible porque el Estado constitucional, en realidad, continúa apoyado sobre la forma del Estado nacional; el edificio jurídico ilustrado se alza sobre un viejo sustrato de intereses estratégicos y económicos y de valores románticos (de identidad cultural), que continúa determinando para él, como para los demás Estados, la política internacional. Por ello son los Estados constitucionales íntimamente contradictorios¹⁹. Mas esta transformación de la *contradicción* en mera *separación*, reduciendo el ámbito de validez del orden constitucional a la política interior, resulta cada vez más disfuncional en el marco de la nueva *estatalidad abierta*²⁰. Los Estados, dispuestos a renunciar también *ad intra* a ciertos aspectos singulares de su orden constitucional por ejemplo a la hora de ingresar en la Unión Europea, difícilmente pueden asumir la definición plenamente paraconstitucional de las relaciones internacionales sin abdicar plenamente de su legitimidad²¹. En otras palabras, la *estatalidad abierta* constitucionalmente garantizada no permite seguir manteniendo la indiferen-

comunidad viene a ser un árbitro que decide según normas y reglas establecidas, imparciales y aplicables a todos por igual, y administradas por hombres a quienes la comunidad ha dado autoridad para ejecutarlas ... Guiándonos por todo esto, nos resulta fácil averiguar quiénes componen, y quiénes no, una sociedad política»).

18. Quizá convenga citar al último G. RADBRUCH, ya en 1947 (publicado en alemán en 1948, poco después en castellano: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México: Fondo de Cultura Económica, 1951, pp. 173 ss.): «Esa conciencia de una comunidad supranacional, premisa indispensable para toda acción fructífera de paz en el plano internacional, sólo llegará a crearse partiendo para ello de las potencias que son supranacionales por su propia esencia, de la ciencia y el arte, el Derecho y la religión; y también —aunque esto merecería capítulo aparte— de la economía, enfocada tanto del lado del capital como del lado del trabajo». Cfr. por lo demás J. A. CARRILLO SALCEDO, «El fundamento del Derecho internacional: Algunas reflexiones sobre un problema clásico», en *Revista española de Derecho internacional*, Vol L (1998) 1, pp. 13 ss.

19. I. GUTIÉRREZ, «Constitución española, derechos de los extranjeros», *Jueces para la Democracia* n.º 41, 2001, pp. 21 ss.

20. Cfr. R. WAHL, «Der offene Verfassungsstaat als Staatstyp der Gegenwart», en *Festschrift für H. Kuriki*, publicado en japonés; la versión alemana ha sido facilitada por el autor; «Internationalisierung des Staates», en *Festschrift für Alexander Hollerbach*, 2001, pp. 193 ss.; B. O. BRYDE, «Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts», *Der Staat* 2003, pp. 61 ss.; A. LÓPEZ PINA, «El maliciable retorno de la razón de Estado», *Saber/Leer* 116, pp. 10 ss.; A. LÓPEZ PINA/I. GUTIÉRREZ, *Elementos de Derecho Público*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2002, pp. 60 ss.; I. GUTIÉRREZ, «Globalización, Estado y Derecho constitucional», *A Distancia*, vol. 19, n.º 2, pp. 17 ss.

21. Cfr., ya en 1978, Ch. TOMUSCHAT, «Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen», *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, H. 36, 1978, Leitsätze 6, 10, 11, pp. 59 ss.

cia constitucional de la política exterior, sino que postula una actuación exterior conforme a los postulados constitucionales y, en último extremo, la promoción de un orden internacional inspirado por esos mismos postulados.

En tal proceso no parece razonable colocar los medios por delante de los fines; esto es, no cabe justificar la garantía coactiva del Derecho internacional sin atribuirle simultáneamente una estructura y un contenido legítimos²². Algo que, es preciso reconocerlo, sólo se ha logrado en medida limitada²³. En esa misma medida cabe hablar de un cierto *Derecho constitucional* que preserva la *Comunidad* internacional; como modo de estimular la fuerza normativa de un, entretanto precario, Derecho internacional general que está por encima de la voluntad legislativa de los Estados soberanos²⁴. Desde esa perspectiva pueden también concebirse esperanzas para el Derecho internacional tras la lucha por el Derecho que ha guiado la oposición a la guerra contra Irak²⁵.

Entretanto, la afirmación de una Constitución de las relaciones internacionales no legitima las efectivamente existentes, sino que opera en sentido polémico: es un postulado que orienta su desarrollo²⁶, no una descripción. El empleo de la fuerza para preservar el orden constitucional de los Estados, pues, en absoluto puede servir analógicamente, al menos por el momento, para legitimar la intervención internacional armada, ni siquiera cuando ésta se produce supuestamente en salvaguarda de valores constitucionalizados por la *Comunidad internacional*²⁷. La inserción de todos los Estados en esta *Comu-*

22. Cfr. el análisis, las valoraciones y las propuestas de P. KIRCHHOF, «Souveranität und Einordnung», *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 16 de abril de 2003, p. 9. En cualquier caso, estamos a su juicio en la fase de los tratados, no en una fase constitucional, y la garantía militar debe jugar entretanto un papel limitado.

23. Cfr. la panorámica ofrecida, desde la perspectiva menos reticente posible, por B. FASSBENDER, «Der Schutz der Menschenrechte als zentraler Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls», *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 2003, pp. 1 ss.

24. Cfr. expresivamente Ch. TOMUSCHAT, *op. cit.* en n. 8, pp. 17 ss. Sobre el art. 25 de la Ley Fundamental de Bonn, que inserta las reglas del Derecho internacional general en el Derecho federal con primacía sobre las Leyes, cfr. I. PERNICE, en H. DREIER (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar, Band II*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, pp. 429 ss.

25. L. FERRAJOLI, «La guerra contra Iraq y el futuro del orden internacional», en L. BIMBI (ed.), *No en mi nombre. Guerra y Derecho*, *cit.*, en n. 2, pp. 225 ss.

26. Cfr. R. WAHL, «Konstitutionalisierung. Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?», aún inédito, gentilmente proporcionado por su autor; B. O. BRYDE, «Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts», *cit.*, en n. 20, p. 63. Para Anne PETERS, «generally speaking, the international legal system is currently a system in transition, in which the traditional guiding principle of state sovereignty is only in part being substituted by the guiding principle of the rule of law» [«International Dispute Settlement: a network of cooperational duties», en *European Journal of International Law* (2003), vol. 14 n.º 1, pág. 34].

27. Incluso la expresión *Comunidad internacional* podría considerarse problemática, al menos si el término *Comunidad* debe aportar el significado específico que tiene, no sólo en la jerga sociológica al menos desde F. TÖNNIES (*Gemeinschaft und Gesellschaft*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1991), sino también en el uso común. No parece fácil constituir una verdadera *Comunidad* cuyos miembros sean entidades típicamente *societarias*, los Estados (Ch. TOMUSCHAT, *op. cit.* en n. 8, pp. 1 ss.), señala que la denominada Comunidad internacional, por más que pueda parecer encarnada en las Naciones Unidas y que el término sea usado en ocasiones con un significado más comprensivo, está compuesta de acuerdo con el Derecho de los

nidad puede ser un axioma fundamental del orden internacional actual²⁸; pero los valores sobre los que éste descansa son precisamente la paz mundial, la seguridad internacional y la igualdad e independencia de los Estados²⁹, puestos en entredicho por la intervención militar.

3. Así pues, ni existe propiamente una *legalidad internacional* comparable a la legalidad de los Estados de Derecho, ni las relaciones internacionales están ordenadas por una verdadera *Constitución*. Las normas internacionales, en definitiva, no cuentan *per se* con el empleo *legítimo* de la fuerza como garantía última de su cumplimiento, en la medida en que la acción militar, que sólo cabe conforme al Derecho internacional, no puede sin embargo ser *legitimada* desde sólo el Derecho internacional. Como hemos anticipado, ello no excluye que una acción militar conducida de acuerdo con él pueda ser legítima si concurren, junto con el respeto a las normas jurídicas, otros requisitos que aquí no vamos a analizar. Pero en la nueva etapa de las relaciones internacionales³⁰ que parece haber cobrado forma tras el 11 de septiembre del 2001 (cerrada la anterior en el otoño de 1989), el aval simplista a una intervención militar con argumentos propios de leguleyos torticeros merece ser desacreditado.

En la tensión entre poder y Derecho, constitutiva para ambos, y que presenta en cada momento histórico y en cada ámbito perfiles propios³¹, media el lenguaje; en particular, en los Estados democráticos, los debates generadores de *Öffentlichkeit*³². Por más que el debate público sobre cuestiones internacionales tiene progresivamente alcance europeo, y aun mundial, no deja de resultar relevante la condensación del mismo en el ámbito de los Estados, en especial cuando afecta a decisiones de los poderes públicos que representan

Tratados, y precisamente a los efectos de producir *ius cogens*, solamente por los Estados, ni siquiera por las organizaciones internacionales). Resulta significativo que al lado de esta *Comunidad* de Estados se sitúe una *sociedad internacional* como espacio en el que se condensan foros públicos y relaciones económicas de ámbito supranacional.

28. Ch. TOMUSCHAT, *op. cit.* en n. 8, p. 6.

29. TOMUSCHAT, *loc. cit.*, alude también a la civilización o a la justicia en el mundo como fundamentos de esa Comunidad constituida, pero ello parece un exceso retórico. Un alcance intermedio, que aún así parece lejos de ser operativo, le atribuyen los signatarios del Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado en Roma en 1998, que identifica como «crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto» los de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión. La soberanía *ad intra* del Estado, entendida como esfera interna ajena a la consideración de los demás Estados, constituye en cualquier caso un valor en recesión (Ch. TOMUSCHAT, *op. cit.*, pp. 16 ss.).

30. Sobre la centralidad de la guerra en ella cfr. las contribuciones de R. LA VALLE y D. ZOLO en L. BIMBI (ed.), *cit.* en n. 2, pp. 173 a 198. Cfr. igualmente la sección «El orden internacional tras los atentados del 11 de septiembre de 2001» en la *Revista española de Derecho internacional*, Vol. LIII (2001) 1 y 2, pp. 125 ss.

31. Por todos, y también magistralmente sobre el problema de la relación entre legalidad y legitimidad, cfr. H. HELLER, *Teoría del Estado*, México: Fondo de Cultura Económica, 1942, pp. 141 ss., 199 ss. y 234 ss.

32. Cfr. las reflexiones sobre lenguaje, Derecho y foro público recogidas en A. LÓPEZ PINA/I. GUTIÉRREZ, *Elementos de Derecho Público*, cit., pp. 25 ss. y 146 ss.

al Estado en foros internacionales. Ahora bien, si se desea que cada opinión pública forme su opinión de manera racional y consciente, es preciso comenzar por arrojar el lastre que supone un lenguaje equívoco, aunque sea de curso común. No es casual que la manipulación de la realidad a través del lenguaje termine imponiendo expresiones que favorecen a los intereses económicos dominantes. Que hoy, como tantas otras veces, han arrastrado hacia la guerra. Ante ella, y mirando hacia el futuro, las palabras nunca son inocentes. El silencio tampoco.