

Guerra, coacción y autotutela en el pacifismo jurídico de Hans Kelsen

Jose Antonio García Saez¹

Recibido: 20-10-2010

Aceptado: 15-1-2011

Resumen. Durante el decenio que Hans Kelsen ejerció como docente de Derecho Internacional en Colonia y Ginebra, entre 1930 y 1940, desarrolló un cuerpo teórico del Derecho Internacional con una marcada vocación pacifista. Ante los graves sucesos bélicos de la II Guerra Mundial, Kelsen clamó, desde su obra la necesidad de una profunda reforma de las instituciones internacionales para conseguir la paz mundial. En este artículo se trata de exponer algunos de los rasgos fundamentales de esa teoría del Derecho Internacional que se encuentran en la base de una contundente propuesta pacifista, prestando especial atención a los conceptos de guerra, coacción y autotutela.

Palabras clave. Hans Kelsen, pacifismo jurídico, teoría del Derecho Internacional, guerra

Abstract. Hans Kelsen thought International Law in Cologne and Geneva between 1930 and 1940. During this decade he developed a theoretical framework of International Law with a strong commitment to peace. Given the serious events of the World War II, Kelsen claimed the need for a radical reform of international institutions to achieve the world peace. This article tries to outline some of the fundamental features of that theory of International Law in order to find the basis of a strong pacifist proposals, with particular attention to the concepts of war, coercion and self governance.

Keywords. Hans Kelsen, pacifist law, theory of international law, war

La guerra puede ser planteada como una situación de opresión. Sin paz no hay libertad, ni individual ni colectiva. La construcción de la paz puede verse entonces, en cierto modo, como un medio de emancipación. La situación de guerra, por el contrario, puede ser contemplada como la antesala de la opresión llevada a cabo por un Estado extraño sobre una población determinada. Es en este sentido, planteando la guerra como situación de opresión y la pacificación como mecanismo emancipador, que puede calificarse de emancipadora la propuesta de pacifismo jurídico formulada por Hans Kelsen a principios de los años cuarenta, en lo más cruento de la II Guerra Mundial.

¹ Institut de Drets Humans Universitat de València. Becario FPU del Ministerio de Educación

Para entender con claridad esa propuesta pacifista —que no se queda en lo estrictamente jurídico, sino que alcanza también los ámbitos de la ética y de la política— es necesario conocer el conjunto de la teoría del Derecho Internacional desarrollada por Kelsen. Ésta encuentra una particular evolución durante la década de los treinta, en los diez años que Kelsen ejerce como docente de Derecho Internacional en la Universidad de Colonia (1930-1933) y en el *Institut Universitaire de Hautes Études Internationales* de Ginebra (1933-1940).

La teoría del Derecho Internacional no debe verse una parte más de la Teoría Pura del Derecho kelseniana. Es una parte fundamental, sin la cual no puede entenderse el conjunto de la Teoría Pura. Sin embargo, es precisamente en el ámbito internacional donde más difícil le resultará a Kelsen mantener el postulado de la pureza científica de su teoría. Aplicada al Derecho Internacional, la tajante distinción entre Derecho y moral parece tambalearse en ocasiones, si bien es cierto —desde mi parecer— que sin quebrarse nunca del todo. Expondré a continuación, muy someramente, algunos de los principales elementos que pueden caracterizar la teoría del Derecho Internacional que Kelsen elabora durante su decenio internacionalista:

1. Unidad gnoseológica del Derecho. El método científico desarrollado por Kelsen aspira a considerar el Derecho como una auténtica ciencia. En consecuencia, la ciencia jurídica debe, como las demás ciencias, tender hacia la unidad de su propio conocimiento; esto es, debe de configurarse como un sistema de normas cerrado en sí mismo, rechazando la influencia de cualquier elemento ajeno a él como criterio determinante de la validez de sus propias normas. En esta idea reside la llamada *pureza* del Derecho. El Derecho es *puro* en la medida en que la validez de las normas jurídicas no puede ser determinada más que por otras normas jurídicas de rango superior. En ningún caso circunstancias ajenas a lo jurídico, destacadamente la política o la moral, pueden servir para determinar la validez de una norma jurídica.

Si, dada la unidad gnoseológica que caracteriza al Derecho, únicamente puede existir un orden jurídico en vigor; entonces la existencia de cualquier norma que se llame jurídica debe encontrar su fundamento de validez en una misma y única norma fundamental. Así, Derecho Internacional y Derecho estatal necesariamente deben formar parte de un único sistema de normas. Tal consideración obliga a rechazar las teorías dualistas que presentan el Derecho estatal y el Derecho Internacional como dos ordenamientos existentes uno al lado del otro y que no guardan ningún tipo de relación entre sí. Se considerarán únicamente válidas como teorías jurídicas las hipótesis que consideran que Derecho Internacional y Derecho estatal guardan una relación jerárquica y unitaria, siendo uno el fundamento del otro.

2. Concepción sistemática del Derecho. Para Kelsen, que el Derecho sea un sistema de normas cerrado y autorreferencial implica que todas las normas jurídicas

deben poder reconducir su validez a una última y única norma fundamental. Esa norma fundamental o *Grundnorm* se configura como una hipótesis jurídica —no como una norma positiva— que da validez a todo el sistema jurídico. El Derecho se configura a partir de ella como un sistema jerárquico (*Stufenbau*) de delegaciones encadenadas, en el cual cada norma se funda en la anterior y es fundamento, a su vez, de la siguiente. Descrito de manera simple, en la *Grundnorm* encuentra su fundamento de validez la Constitución; en la Constitución, las normas generales (fundamentalmente, la ley y el reglamento), y en las normas generales, las normas particulares (fundamentalmente, la sentencia y el acto administrativo).

Ésa es, sin embargo, sólo la manera en la que suele presentar la pirámide normativa kelseniana, ignorando por completo la existencia del Derecho Internacional. La gran mayoría de la doctrina, tanto a nivel nacional como internacional², no tiene en cuenta el factor del Derecho Internacional en esta explicación. Éste no es, a mi juicio, un descuido irrelevante. Si se tiene en cuenta que es el principio de efectividad la norma que funciona como el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales, no es ya una norma hipotética la que proporciona su validez a la Constitución estatal, sino una norma positiva del Derecho Internacional. De esta manera, cuando se piensa en la *Grundnorm* como norma hipotética que da validez al conjunto del ordenamiento jurídico, no se puede pensar ya en la norma fundamental del Derecho estatal, sino que necesariamente se debe estar pensando en la norma fundamental del Derecho Internacional.

3. *Concepción coactiva del Derecho.* El rasgo que, según Kelsen, diferencia al Derecho de cualquier otro orden normativo es su capacidad para imponerse, si es necesario, por la fuerza. El esquema básico de la proposición jurídica consiste en un hecho (*ilícito, Unrecht*) al que el ordenamiento jurídico asocia otro hecho (*sanción, Unrechtsfolge*) mediante un específico vínculo llamado imputación. Si una norma no contiene —directa o indirectamente— estos elementos, es decir, si no consiste en una sanción imputada a un hecho calificado de ilícito, no es entonces una norma jurídica en sentido estricto. Por lo que aquí interesa, esa concepción eminentemente coactiva del Derecho puede encontrarse reflejada en la consideración de la existencia del Derecho Internacional como orden jurídico en base a la idea de concebir la guerra como su instrumento coactivo por excelencia.

² Entre otros muchos, podrían citarse siguientes trabajos: a) como referencia a nivel internacional, WALTER, R., “Origine e sviluppo dell’idea di norma fondamentale”, en *La teoria di Kelsen*, Giappichelli, Turín, 2005, pp. 41-62; b) como referencia en el ámbito ius-filosófico español, GARCÍA AMADO, J. A., *Hans Kelsen y La Norma Fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996; y c) como uno de los más recientes trabajos sobre la teoría jurídica kelseniana, CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008. Mientras que el segundo de los trabajos dedica una escasa página y media al problema del Derecho Internacional (pp. 16-17), los otros dos lo no mencionan en absoluto.

La consideración de la guerra como instrumento coactivo, que permite afirmar la naturaleza jurídica del Derecho Internacional es, sin duda, uno de los aspectos más controvertidos de la teoría expuesta. Si el Derecho Internacional es Derecho por tener la guerra como sanción, el Derecho Internacional no puede ser más que un Derecho *precario*, un Derecho primitivo. Las características de la guerra como sanción están más cerca de las sanciones practicadas por los pueblos primitivos que de las practicadas por los ordenamientos modernos. Particularmente, la guerra es una sanción que: 1) deciden cuándo aplicar y efectivamente aplican los propios individuos afectados (autotutela en lugar de heterotutela); 2) se aplica de forma colectiva, sin que coincidan el sujeto titular de la obligación incumplida y el que efectivamente recibe la sanción; 3) se aplica de forma objetiva, atendiendo únicamente al daño causado y no teniendo en cuenta la culpa o negligencia de quien infringió la norma; y 4) se aplica sin ninguna relación al principio de proporcionalidad entre la gravedad de la infracción y la dureza de la pena. A la vista de estos elementos no queda más remedio que reconocer el alto grado de imperfección técnica del Derecho Internacional. Sin embargo, esa imperfección no impide a Kelsen mantener la categoría de sanción jurídica a la guerra. Si, dado el estado de las relaciones internacionales, el cual no ofrece ninguna alternativa seria a la guerra como sanción, se rechazara totalmente el uso de la guerra, entonces el ámbito internacional quedaría sumido para Kelsen en la más absoluta anarquía. Si no fuera configurada como una sanción, la guerra sería automáticamente permitida para todos, y ningún Estado se esforzaría ya en justificar los motivos por los cuales recurre a ella. Sin la institución de un sistema institucional centralizado de aplicación y ejecución de las normas jurídicas a nivel internacional, la alternativa a la guerra como sanción es la ausencia absoluta de normas en el ámbito internacional. Por eso, Kelsen prefiere el estadio primitivo del Derecho Internacional actual antes que una vuelta total al original estado de naturaleza de las relaciones internacionales. *Guerra o barbarie* sería la aparentemente falsa disyuntiva con que se pueden resumir las consecuencias de configurar la guerra como el instrumento coactivo del Derecho Internacional.

4. *Concepción Funcional del Derecho.* Una de las ideas en las que más insiste Kelsen en las obras del decenio internacionalista es en la que presenta el Derecho como instrumento que tiene como objeto la regulación de las conductas humanas en sociedad. La norma jurídica que no sirve a este propósito no cumple realmente su función como norma jurídica. Si una norma no manda *algo a alguien*, no manda entonces nada: no es entonces una norma jurídica. Esta idea se encuentra en el centro la *desmitificación* del Estado llevada a cabo por la teoría kelseniana. Kelsen rompe definitivamente con el postulado westfaliano de que únicamente los Estados pueden ser sujetos de las normas del Derecho Internacional. Si según la Teoría Pura del Derecho las normas jurídicas necesariamente deben tener un comportamiento humano como contenido, y si

los Estados no son más que un punto de imputación jurídica intermedia; entonces afirmar que un Estado es sujeto de una norma de Derecho Internacional sólo puede querer decir que el sujeto obligado será el individuo que el Derecho interno determine, la conducta del cual será imputada al Estado en su conjunto. Las normas del Derecho Internacional serían, por lo tanto, normas incompletas, necesitadas del complemento normativo del ordenamiento estatal para determinar el concreto individuo al que obligan. Ésa es, no obstante, únicamente la regla general. Nada en la naturaleza del Derecho Internacional impide que los individuos puedan ser inmediatamente obligados de manera directa por una norma internacional. A lo largo de las obras del decenio internacionalista Kelsen expuso algunos ejemplos de las entonces escasas normas del Derecho Internacional consuetudinario y pacticio que de forma directa obligaban a los individuos.

5. *Primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho estatal.* Nada de la teoría kelseniana sobre el Derecho Internacional puede ser entendido si no es colocando el orden jurídico internacional en un plano jerárquicamente superior al orden jurídico estatal. Kelsen sostiene que esta configuración no obedece a motivos jurídicos, sino a una elección puramente extra-jurídica. Los motivos que le hacen preferir claramente la teoría de la primacía del Derecho Internacional son de diversa índole, pero no jurídicos. En el plano epistemológico considera que el monismo internacionalista ofrece un mejor marco para comprender la realidad de las relaciones internacionales. En el plano de la teoría general del conocimiento, la relaciona con una visión del mundo objetiva. En el plano ético-político la asocia con la ideología pacifista, que considera el Derecho como un instrumento adecuado para determinar los respectivos ámbitos de validez de los Estados miembros de la comunidad internacional, prohibiendo de manera general las expansiones imperialistas. Desde el plano jurídico, en cambio, afirmará que no existen criterios normativos que permitan decidir acerca de una u otra teoría monista.

Perfilados estos rasgos de la teoría kelseniana del Derecho Internacional, podemos empezar a caracterizar la teoría del pacifismo jurídico que se plasma principalmente en dos de las primeras obras que Kelsen publica desde su exilio en Estados Unidos: *Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales* (1942) y *La Paz por Medio del Derecho* (1944) [en adelante, *PMD*]. Ellas contienen una contundente propuesta de reforma de las instituciones internacionales que puede considerarse como netamente pacifista en atención a su finalidad. Concretamente, he calificado de *pacifismo jurídico* el pacifismo propuesto por Kelsen, ya que es un pacifismo que considera el Derecho como un medio idóneo para alcanzar la paz en las relaciones internacionales. Según él, si se quiere un mundo en paz, el primer paso no es propiciar el desarme —esto es, renunciar a la guerra, puesto que la guerra es el único instrumento que permite afirmar la naturaleza del Derecho Internacional—, sino propiciar la evolución técnica del Derecho Internacional.

Observando históricamente los ordenamientos estatales, Kelsen concluye que la historia de la evolución jurídica es la historia de la progresiva centralización de los órganos de producción y de aplicación del Derecho. Particularmente, observa que la tendencia histórica siempre ha sido a centralizar antes los mecanismos de aplicación de normas generales que los mecanismos de producción. Los tribunales, como órganos de aplicación, se crean mucho antes en el tiempo que los órganos legislativos centralizados. No existe, en consecuencia, ningún obstáculo por el hecho de que no exista un Derecho codificado que el juez deba aplicar; dado que, a falta de aquél, éste aplicará la costumbre y, si no la hubiera, decidirá, siempre que las partes acepten, conforme al principio de equidad. Sólo una vez privados los individuos particulares de la facultad de satisfacer por ellos mismos sus disputas mediante su sumisión a un tercero imparcial es cuando puede empezar a hablarse de pacificación de la comunidad y cuando se crean las condiciones sociales adecuadas para que siga progresando la evolución jurídica en dirección a la centralización también de los órganos de producción de las normas generales y de los órganos de ejecución de las normas particulares; en otras palabras, la instauración de un parlamento y de una administración civil.

El mismo camino es el que debe seguir la evolución del Derecho Internacional según Kelsen. Al contrario del ejemplo ofrecido por la fracasada Sociedad de Naciones, se debe primero instituir un tribunal internacional de justicia permanente y de jurisdicción obligatoria, que juzgue a los individuos conforme a los principios de responsabilidad individual y subjetiva. Únicamente más tarde puede pensarse en el establecimiento de un órgano legislativo o de un gobierno mundiales. Si, una vez *desmitificado* el Estado, lo único que caracterizaría un orden estatal es su grado de centralización, no habría entonces ningún problema para Kelsen en admitir la posibilidad de un Estado mundial, una *civitas maxima*. Ahora bien, ese objetivo queda todavía muy lejos. La prioridad es, por el momento, no eliminar la guerra, pero sí sustraer a los Estados afectados la potestad de determinar cuándo se ha producido la violación del Derecho Internacional que ha afectado a sus intereses y cuándo, por tanto, debe ejecutarse la sanción que ellos mismos llevarán a cabo en forma de guerra o represalias. Que esta función pertenezca a los Estados representa para Kelsen el más grave defecto técnico del Derecho Internacional. Por eso debe ser una prioridad de los movimientos pacifistas concentrarse más en la reivindicación de un tribunal internacional permanente de jurisdicción obligatoria que en la exigencia de un desarme general. La paz que reivindica Kelsen no implica en absoluto la renuncia al uso de la fuerza, sino que exige más bien el monopolio de su uso legítimo por parte de instituciones especializadas que funcionen, como las de un Estado, de acuerdo al principio de distribución del trabajo. La paz en la que Kelsen piensa, por tanto, no será una situación en la que no existe en absoluto el uso de la fuerza, sino que se trata más bien de una situación en la que el uso de la fuerza se

encuentra tan racionalizado como sea posible. La observación de la historia jurídica indica que tal racionalización viene siempre de la mano del establecimiento de un tercero imparcial que determine si se ha producido el hecho antijurídico que debe dar lugar a la consecuencia jurídica.

La posibilidad de racionalizar no ya la determinación de la existencia del hecho antijurídico, sino el instrumento de la sanción le parece a Kelsen un proceso tan complejo que el Derecho Internacional no está en condiciones — por el momento— de llevar a cabo. Por este motivo parece inevitable aceptar la guerra, con sus (no leves) limitaciones técnicas, como sanción del Derecho Internacional. Tanto la guerra como las represalias se configuran como sanciones primitivas que distan de poder ser asimiladas a la pena y a la ejecución administrativa o civil que se aplican en el ámbito del Derecho interno. Mientras que la pena, para Kelsen, tendría una función mayoritariamente de prevención; la ejecución administrativa o civil tendría una función reparadora³. No puede decirse, por el contrario, que esa clara diferencia entre pena y ejecución administrativa se encuentre en las sanciones impuestas por el Derecho Internacional. Ni la guerra se corresponde exactamente con la pena, ni las represalias coinciden del todo con la ejecución administrativa. Entre guerra y represalias existe únicamente una diferencia de grado: mientras que las represalias suponen la privación de algún o algunos derechos en concreto (la propiedad, el libre comercio, la libertad de algún súbdito de otro Estado, etc.), la guerra supondría una privación total e indefinida de todos los derechos⁴. A pesar de ello, Kelsen considera que las sanciones del Derecho Internacional también poseen cierta función de prevención a la vez que de reparación del daño causado⁵. Sin llegar al nivel de desarrollo del moderno Derecho Penal, la sanción del Derecho Internacional se configuraría también como un instrumento tendencialmente adecuado para modelar la conducta de los individuos mediante la imposición de una consecuencia gravosa de soportar.

A propósito de la caracterizar la guerra como sanción se podría realizar la siguiente objeción: *¿y qué ocurre cuando el Estado cuyos derechos han sido violados no tiene el suficiente poderío militar para declarar la guerra, o no tiene el suficiente peso político o económico como para imponer unas represalias que puedan ser consideradas como una sanción?* ¿Acaso no se configuraría entonces el Derecho Internacional como un Derecho sólo al servicio de los más fuertes, que son los únicos capaces de imponer eficazmente las sanciones descritas?⁶ Dejando al margen la posibilidad

³ Vid. KELSEN. H., *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, prólogo de L. Récasens Siches, trad. cast. F. Acosta, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 131

⁴ Vid. KELSEN. H., *Théorie Générale du Droit International Public. Problèmes choisis*, Recueil des Cours 1932, Académie de Droit International, París, 1932, pp. 120-349, p. 129

⁵ Vid. KELSEN. H., *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, cit., pp. 132-133

⁶ Vid. KELSEN. H., *The Legal Process and International Order*, Constable and Co., Londres, 1935, p. 26

que tienen los Estados de construir alianzas de tipo militar a través del Derecho Internacional convencional, desde una visión kelseniana se podría alegar que no se debe confundir el Derecho con el hecho, la validez con la facticidad. Que una regla de Derecho sea violada no significa en absoluto que sea una regla inválida. La efectividad sólo puede tenerse en cuenta como criterio general de validez del ordenamiento jurídico, pero no como requisito de validez de una norma concreta. “No hay orden válido —aclara Kelsen— sin un cierto grado de eficacia [...] Una cierta eficacia es la condición «sine qua non», pero no la condición «per quam» de la validez del orden jurídico estatal”⁷. Así pues, para afirmar que existe el Derecho Internacional en virtud de que la guerra puede ser considerada una sanción del mismo, bastaría con contemplar la realidad de la comunidad internacional y observar que los diferentes ordenamientos estatales coexisten entre sí de una manera generalmente pacífica como órdenes coordinados cuyos respectivos ámbitos de validez están determinados por un orden jurídico superior, que es el Derecho Internacional. Entre ellos, se observa igualmente que son la guerra o las represalias los instrumentos que generalmente se utilizan como respuesta ante un conflicto; y se comprueba del mismo modo que cuando estos instrumentos son utilizados, los Estados tratan siempre de justificar su uso como una reacción ante una violación del Derecho Internacional; es decir, su uso como sanción.

La afirmación de que la guerra —que perfectamente puede ser considerada como la negación del Derecho⁸— sea lo que otorga carácter jurídico al ordenamiento internacional puede ser contemplada como una perfecta paradoja. Kelsen es consciente de ello, pero argumenta que la paradoja es sólo aparente. Cualquier ordenamiento jurídico, no sólo el internacional, debe estar en condiciones de hacer uso de la fuerza precisamente para que los individuos, de forma individual, no hagan un uso arbitrario de ella. Esto implica no necesariamente que el uso legítimo de la fuerza deba ser ejercido por un órgano especializado, pero sí que sea el propio ordenamiento jurídico quien determine en qué circunstancias y por quiénes puede ser ejercida la coacción. Cualquier coacción que sea ejercida fuera de esas circunstancias determinadas por el ordenamiento se convertirá en un ilícito. De este modo, dentro de un sistema de Derecho, la coacción sólo puede ser considerada o bien como una sanción o bien como un ilícito. El Derecho se vuelve así un

⁷ KELSEN, H., *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, Recueil des Cours 1926, Académie de Droit International, Paris, 1927, pp. 227-331, p. 236

⁸ Una de las formulaciones más claras de la guerra como negación del Derecho ha sido la realizada por Luigi Ferrajoli: “La guerra puede ser justificada por razones extra-jurídicas, 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 calificada de legal, porque la contradicción entre guerra y Derecho no lo permite. El Derecho, en efecto, es por su naturaleza un instrumento de paz, es decir, una técnica para la solución pacífica de las controversias y para la regulación y limitación del uso de la fuerza. [...] La paz es su esencia íntima y la guerra su negación.” (FERRAJOLI, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, ed. de G. Pisarello, Trotta, 2004, pp. 29-29)

instrumento pacificador precisamente porque al ser ejercida la coacción de un modo centralizado o, al menos, jurídicamente determinado, resultan prohibidos los actos de coacción que pudieran ser ejercidos por los particulares.

Esta idea encuentra un perfecto acomodo en la teoría kelseniana del Derecho Internacional. La guerra, desde el punto de vista del Derecho Internacional, sólo puede ser contemplada o bien como sanción o bien como delito. O se trata de una reacción ante una violación del Derecho Internacional, o se trata de una violación del Derecho Internacional. Una prueba evidente de que la guerra puede —y debe— ser considerada como una sanción conforme a Derecho es el constante empeño histórico en justificarla por parte de los Estados que la han practicado. A lo largo de la historia, afirma Kelsen, los Estados han tratado siempre de buscar motivos jurídicos con los que justificar sus guerras⁹. Así, la única guerra que puede considerarse como una sanción es la *guerra justa*¹⁰, entendida como guerra conforme al *ius*, conforme a las prescripciones del Derecho. Todo lo demás será una violación del mismo.

La guerra, entonces, se encuentra prohibida por el Derecho Internacional general precisamente porque es una sanción del Derecho Internacional. Así, Kelsen considerará que los pactos entre Estados dirigidos a prohibir la guerra¹¹ pueden ser positivos en el terreno político; sin embargo en el terreno jurídico no sirven absolutamente de nada, puesto que la guerra ya se encuentra prohibida de forma general por el Derecho Internacional consuetudinario¹². Es cierto que la guerra, como se verá, es una forma primitiva de sanción que la mayor parte de las veces hace pagar a población civil inocente. Pero su eliminación no es cuestión de voluntad política, sino de técnica jurídica. Si se quiere eliminar la guerra del escenario internacional hay que actuar como un cirujano “que debe conocer exactamente la función del órgano que se propone extirpar del cuerpo humano para mantener y estimular la vida en ese cuerpo”¹³. La eliminación de la guerra, por tanto, pasa por

⁹ Vid. KELSEN, H., “La technique du droit international et l’organisation de la paix”, en *Revue de Droit international et de Législation comparée*, n° 61, 1934, pp. 5-24; recogido en KELSEN, H., *Ecrits français de droit international* (Ed. Ch. Leben), Presses Universitaires de France, Paris, 2001, pp. 251-267, p. 255; también *The Legal Process and International Order*, *cit.*, p. 14

¹⁰ Aunque en los trabajos de Kelsen manejados se ha encontrado, en distintas traducciones, la expresión *guerra justa*, es totalmente incompatible con los postulados de Teoría Pura el hecho de caracterizar un concepto normativo (como es la guerra en tanto que sanción) con un criterio valorativo (como es la justicia). Por eso, cuando en Kelsen encontramos la expresión *guerra justa* no podemos entenderla más que por *guerra legal*, por *guerra conforme a Derecho*.

¹¹ Destacadamente, el Pacto Briand-Kellogg de 1928, cuyo artículo primero establecía: “Las altas partes signatarias declaran solemnemente en nombre de sus naciones, que condenan la guerra como medio de solución de controversias internacionales y que desisten de su uso como herramienta de la política nacional en sus relaciones mutuas.”

¹² Vid. KELSEN, H., *Théorie Générale du Droit International...*, *cit.*, p. 135

¹³ KELSEN, H., *The Legal Process and International Order*, *cit.*, p. 11; también *vid.* “La technique du droit international et l’organisation de la paix”, *cit.*, p. 253

encontrar otro mecanismo que sea capaz de ejercer la coacción en el ámbito internacional.

La construcción de ese mecanismo alternativo para Kelsen pasa inevitablemente por el establecimiento de un tribunal internacional. Concretamente, en *PMD* Kelsen no sólo detalla las características que debería tener ese tribunal internacional que imaginó, sino que también da pistas sobre cómo deberían ser sus procesos y cuál sería su competencia personal, material y temporal. De los cuarenta artículos que componen el *Pacto de una liga permanente para el mantenimiento de la paz* que se anexa en *PMD*, la más de mitad están dedicados únicamente al tribunal y a su competencia.

El primer paso para la consecución del tribunal es la adopción de un tratado internacional que firmen el mayor número de Estados posible¹⁴. Si fuera después de una guerra —como era el caso en el que se pensaba en el año 44—, debería promoverse la firma tanto de vencedores como vencidos. La jurisdicción del tribunal debe ser obligatoria¹⁵. Sólo de ese modo los Estados dejarán de dirimir sus controversias por ellos mismos mediante la guerra o las represalias y se someterán a la decisión del tribunal. Si el Estado condenado por él no cumple de buena fe la sanción, entonces, ante la falta de un órgano ejecutivo internacional, se facultaría al propio Estado agraviado y/o al resto de los Estados miembros de la liga a ejecutar la sanción por ellos mismos en forma de guerra o represalias. La guerra, por consiguiente, sigue considerándose como una sanción, desagradable, pero en ocasiones necesaria.

Puesto que realmente no son los Estados —no pueden serlo— los sujetos del Derecho Internacional, sino que en realidad son los individuos concretos, y puesto que la guerra es una sanción primitiva, que no respeta los más elementales principios del Derecho Penal, Kelsen hace una propuesta todavía más refinada a propósito de su tribunal. No son ya únicamente los Estados —cuya responsabilidad sólo se puede sustanciar de manera colectiva y objetiva, castigando, en realidad, a su población—, sino los individuos —cuya responsabilidad puede ser determinada de manera individual y subjetiva— quienes pueden ser enjuiciados ante el tribunal internacional. Con el establecimiento de la responsabilidad individual¹⁶ se da un gran paso adelante hacia la eliminación total de la guerra. En palabras de Kelsen: “Uno de los medios más eficaces para impedir la guerra y garantizar la paz internacional es la promulgación de reglas que establezcan la responsabilidad individual de las personas que como miembros del gobierno han violado el Derecho

¹⁴ *Vid.* KELSEN, H., *La paz por medio del Derecho*, estudio introductorio de M. La Torre y C. García Pascual, trad. cast. L. Echávarri, Trotta, Madrid, 2003, *cit.*, p. 47

¹⁵ La jurisdicción obligatoria no excluye los posibles procedimientos de conciliación.

¹⁶ A su formulación concreta se le dedica el II Anexo de *PMD*, titulado *Disposiciones contractuales estableciendo la responsabilidad individual por las violaciones del Derecho Internacional (Jurisdicción penal internacional)*

Internacional recurriendo o provocando la guerra”¹⁷. Todas las violaciones del Derecho Internacional, todos los ilícitos imputados a un Estado, son realizados en realidad por individuos concretos, con nombres y apellidos. Sin embargo, la inmunidad de la que estos individuos tradicionalmente han gozado ha impedido que pudieran ser juzgados por otros Estados y su propia responsabilidad ha quedado disuelta entre el dolor de la sanción colectiva infligida a la población del Estado que representaban. Con el establecimiento de un tribunal internacional competente para juzgar a individuos, Kelsen propone invertir esa lógica: propone que sea la responsabilidad individual del sujeto la que excluya la responsabilidad colectiva del pueblo.

La instauración de un tribunal de estas características, que permita ir sustituyendo la sanción colectiva que significa la guerra por el castigo a los verdaderos criminales, es una evolución sustancial para el progreso técnico del Derecho Internacional. Por ese motivo este tribunal debiera ser el principal objetivo a conseguir a corto plazo por todas aquellas personas que desean un mundo en paz. Sin Derecho sólo puede reinar la barbarie, por eso el pacifismo kelseniano es un pacifismo jurídico, que construye la paz a través de la construcción de un ordenamiento jurídico internacional sólido, asimilado en su grado centralización institucional a los Estados modernos. Así, el tribunal internacional permanente, de jurisdicción obligatoria y con capacidad para enjuiciar a individuos es un paso fundamental, pero constituye simplemente una propuesta realista. Es una propuesta realizable a corto o medio plazo, *políticamente posible*¹⁸. A largo plazo, sin embargo, el jurista vienés parece soñar con un ordenamiento internacional todavía más perfecto. El tribunal internacional se estaría pensando, en consecuencia, como el primero de una serie de cambios más profundos, como el “requisito indispensable para el logro de mayores y ulteriores progresos”¹⁹; hasta donde la imaginación jurídica pueda llegar.

BIBLIOGRAFÍA

- CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008
- FERRAJOLI, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, edición de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2004
- GARCÍA AMADO, J. A., *Hans Kelsen y La Norma Fundamental*, Marcial Pons, 1996
- GARCÍA PASCUAL, C., “Orden jurídico cosmopolita y Estado mundial en Hans Kelsen”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº2/1999
- GARCÍA PASCUAL, C., “El Derecho Internacional en la teoría pura del

¹⁷ *Ibid.* 91

¹⁸ KELSEN, H., *La paz por medio del Derecho*, cit., p. 36

¹⁹ KELSEN, H., *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, cit., p. 203

- Derecho de Hans Kelsen”, en *El vínculo social : ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant Lo Blanch, 2002
- 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 (Original, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, 1920)
- KELSEN, H., *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato. Studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto*, edición de A. Carrino, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1997 (Original, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1922)
- KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, Coyoacán, México, 2008 (Original, *Allgemeine Staatslehre*, 1925)
- KELSEN, H., *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, Recueil des Cours 1926, Académie de Droit International, París, 1927, pp. 227-331
- KELSEN, H., *El Estado como integración. Una controversia de principio*, trad. cast. J. A. García Amado, Tecnos, Madrid, 1997 (Original, *Der Staat als Integration: Eine prinzipielle Auseinandersetzung*, 1930)
- KELSEN, H., *Théorie Générale du Droit International Public. Problèmes choisis*, Recueil des Cours 1932, Académie de Droit International, París, 1932, pp. 120-349
- KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, (1ª ed.), Losada, Buenos Aires, 1941 (Original, *Reine Rechtslehre*, 1934)
- KELSEN, H., *Ecrits français de droit international* (Ed. LEBEN, Ch.), Presses Universitaires de France, París, 2001
- KELSEN, H., *The Legal Process and International Order*, ed. Constable and Co., Londres, 1935
- KELSEN, H., *Legal Technique in International Law: a Textual Critique of the League Covenant*, Geneva Research Centre, Ginebra, 1939
- KELSEN, H., *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, prólogo de L. Récasens Siches, trad. cast. F. Acosta, Fondo de Cultura Económica, México, 1996 (Original, *Law and Peace in International Relations*, 1942)
- KELSEN, H., *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la Teoría Pura del Derecho*, Colofón, México, 2002 (Original, 1943)
- KELSEN, H., *La paz por medio del Derecho*, estudio introductorio de M. La Torre y C. García Pascual, trad. cast. L. Echávarri, Trotta, Madrid, 2003 (Original, *Peace through Law*, 1944)
- KELSEN, H., *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, ETAS, 2009 (Original, *General Theory of Law and State*, 1945)
- KELSEN, H., *Autobiografía*, traducción y presentación de L. Villar Borda, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2008 (Original, 1947)
- LOSANO, M. G., “Hans Kelsen: Una biografía cultural mínima”, en *Derechos y libertades*, nº 14, Época II, enero 2006, pp. 113-128

- MÉTALL, R. A., *Hans Kelsen, obra y vida*, Coyoacán, México, 2010
- RIGAUX, F., “Hans Kelsen on International Law”, en *European Journal of International Law*, n° 9, 1998, pp. 325-343; también existe traducción italiana: “Hans Kelsen e il diritto internazionale” en *Ragion pratica*, 1996/6, pp. 79-101
- 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
- VILLAR BORDA, L. (comp.), *Hans Kelsen. 1881-1973*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2004
- VILLAR BORDA, L., “Hans Kelsen y el Derecho Internacional”, en *Derechos y Libertades*, n° 14, Época II, enero 2006, pp. 221-234
- WALTER, R., *La teoria di Kelsen*, Giappichelli, Turín, 2005
- ZOLO, D., “Hans Kelsen: International Peace through International Law”, en *European Journal of International Law*, n° 9, 1998, pp. 306-324
- ZOLO, D., *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, Ed. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”/Dikinson, Madrid, 2005