

El uso de la fuerza

“Envueltos en el torbellino de este tiempo de guerra, condenados a una información unilateral, sin la suficiente distancia respecto de las grandes transformaciones que ya se han consumado o empiezan a consumarse y sin vislumbrar el futuro que va plasmándose, caemos en la desorientación sobre el significado de las impresiones que nos asedian y sobre el valor de los juicios que formamos”.

Sigmund Freud: «*La desilusión provocada por la guerra*».

1. La construcción del paradigma clásico

Hace algunos miles de años comenzó a desarrollarse la civilización a la vera de grandes ríos como el Nilo, el Tigris, el Eufrates, el Indo y el Amarillo; el aumento de los recursos producto de la domesticación de los animales y la agricultura creó las condiciones para el desarrollo de funciones estatales complejas, incluyendo el establecimiento de normas de derecho interno y de un sistema judicial de aplicación¹.

El uso de la fuerza fue un componente esencial de la interacción de las diversas comunidades humanas: la expansión de los pueblos indoeuropeos y del Asia Central hacia Europa provocó una disputa por los territorios y la dominación, desplazamiento o asimilación de las poblaciones originarias; procesos similares se vivieron en América -con el ingreso de pueblos asiáticos por Alaska y de pueblos del Pacífico por Sudamérica- y en otras regiones del mundo; posteriores expansiones militares permitieron también ejercer jurisdicción sobre gigantescas extensiones e innumerables ciudades y pueblos². Los medios y tecnologías militares constituyeron un elemento esencial para la construcción y mantenimiento³ de vastos imperios coloniales modernos⁴ como los de España⁵, Portugal, Holanda⁶, Gran Bretaña⁷ y Francia⁸. El siglo XX nos dejó las secuelas de dos Guerras

¹ Lasswell, Harold: “Introduction: Universality versus Parochialism”, en: McDougal & Feliciano, Myres & Florentino: “Law and Minimum World Public Order. The Legal Regulation of International Coercion”, Yale University Press, 1961, pág. XXI. También: Childe, Gordon: “Qué sucedió en la historia”, Editorial La Pléyade, Buenos Aires, 1977, págs. 112 y ss..

² Como las de Alejandro Magno en Europa, Cercano Oriente, Egipto y Asia; el imperio Romano en la cuenca mediterránea; el imperio Mongol, desde el Asia Central hasta las puertas de Europa; el egipcio, desde la desembocadura del Nilo hacia el interior de África hasta Nubia y el Cercano Oriente. Los imperios azteca, maya e inca también dominaron grandes extensiones en Centro y Suramérica. Abu-Lughod, Janet L.: “Before European Hegemony. The world system A.D. 1250-1350”, Oxford University Press, 1989; Cahen, Claude: “El Islam”, Siglo XXI, 1972; Hambly, Gavin: “Asia Central”, Siglo XXI, 1981; Franke, Herbert: “El Imperio Chino”, Siglo XXI, 1982. Brownlie, Ian: “International law and the use of force by states”, Oxford, Clarendon Press, 1963, págs. 3 y ss.

³ Kennedy, Paul: “The rise and fall of the great powers”, Random House, New York, 1987; Brown & Levey, Stuart & David: “The Overstretch Myth”, Foreign Affairs, March/April 2005.

⁴ Tracy, James D. (ed.): “The political economy of merchant empires. State power and world trade 1350-1750”, Cambridge University Press, 1991.

⁵ Israel, Jonathan: “Empires and Entrepreneurs. The Dutch, the Spanish Monarchy and the Jews, 1585-1713”, The Hambledon Press, 1990.

⁶ Israel, Jonathan: “The Dutch Republic. Its Rise, Greatness, and Fall. 1477-1806”, Oxford University Press, 1995.

Mundiales e incontables conflictos y guerras locales: cada día los medios de comunicación nos relatan el padecimiento de millones de personas enfrentadas a las consecuencias del uso de la fuerza en sus diversas formas.

Lo que llamamos el “paradigma clásico” comprende la reflexión occidental⁹ desde la Antigüedad grecorromana hasta el fin de la Primera Guerra Mundial¹⁰ sobre el origen, valoración y reglamentación de la guerra como política interestatal y sus modalidades sobre los sometidos y vencidos¹¹. A lo largo de este extenso período, se buscaron respuestas a las preguntas sobre si el hombre era bueno o malo en estado “natural¹²”; si las sociedades humanas, al interactuar, tendían a la guerra o a la convivencia entre sí; si el hombre competía con otros hombres sólo por necesidad (porque los recursos naturales para su supervivencia eran escasos¹³) o también por otras razones relacionadas con su naturaleza o psiquis (como la ambición de disponer de más recursos, la acumulación de riqueza o la gloria); si los hombres tenían derechos por el hecho de ser hombres¹⁴, por lo que podía considerarse que en estado natural eran libres e iguales¹⁵, o había entre ellos diferencias de naturaleza que justificaban la desigualdad (y, habitualmente, como corolario, la esclavitud); si existían normas morales comunes a todos los hombres, o éstas estaban determinadas por las circunstancias históricas y culturales de cada sociedad.

⁷ Fieldhouse, David K.: “Economía e imperio. La expansión de Europa 1830-1914”, Siglo XXI, 1977.

⁸ Miège, Jean-Louis: “Expansión europea y descolonización de 1870 a nuestros días”, Labor, 1980.

⁹ Evoluciones similares se produjeron en otras regiones del mundo, aún cuando el nivel de interacción entre los diversos sistemas estratégicos regionales era relativamente bajo. El apogeo de la expansión militar de ciertos imperios más allá de su zona “natural” de influencia (por ej.: Ateniense; Persa; Macedonio; Romano; Mongol; Chino; Omeya; Otomano) conllevó un cierto proceso de interacción entre los sistemas jurídicos de vencedores y vencidos. Otro tanto ocurrió, primero, en virtud de la expansión del comercio (fenicios, griegos, árabes, venecianos, genoveses) y luego por la creación de vastos imperios (español; portugués; holandés; inglés, francés). Hasta la ocupación de sus continentes por las potencias occidentales, también existían regulaciones jurídicas entre las diversas naciones africanas y americanas vecinas. Sin perjuicio de todos estos antecedentes, no puede hablarse en sentido estricto de un sistema de regulación global del derecho a la guerra sino hasta la Carta de las Naciones Unidas, que facultó al Consejo de Seguridad a intervenir en cualquier lugar de planeta, fueran los países en cuestión miembros o no de la Organización.

¹⁰ El paradigma clásico en Europa puede ser dividido en diversos períodos: la antigüedad grecorromana; las primeras doctrinas cristianas; la Escolástica; los siglos XIV y XV de surgimiento de los Estados dinásticos; el equilibrio del poder desde el 1500 hasta la Paz de Westphalia (1648); de 1648 hasta el Congreso de Viena (1815) que reguló la Europa post-Napoléonica; de 1815 hasta el Tratado de Versalles (1919) que estableció la Sociedad de las Naciones. Brownlie, Ian: “International law and the use of force by states”, Oxford, Clarendon Press, 1963, págs. 3 y ss. Jochnick & Normand, Chris & Roger: «The legitimation of violence: a critical history of the laws of war», Harvard ILJ, Vol. 35, Núm. 1, Winter 1994.

¹¹ La reflexión también incluyó experiencias intraestatales como, por ejemplo, los derechos reconocidos por las potencias vencedoras u ocupantes a los pueblos o naciones sometidos para que mantuvieran ciertas instituciones tradicionales, la aplicación de normas de su derecho originario o la práctica de su confesión religiosa (como, por ejemplo, la legislación romano-visigótica en España).

¹² Antes de la formación de sociedades complejas o avanzadas con una gran diferenciación de roles sociales que interactúan entre sí.

¹³ Es, por ejemplo, la tesis de Vattel: “Le droit des gens ou principes de la loi naturelle”, Tomo I, Libro I, Cap. XVIII.

¹⁴ Sea por ser propios de su “naturaleza” o por haberlos recibido en virtud de una concesión divina.

¹⁵ A pesar de que bajo un determinado régimen o sistema político (como, por ejemplo, un imperio esclavista) éstos no fueran reconocidos.

Las respuestas a estos interrogantes fueron influenciadas por la evolución de las formas sociales y los avances científicos; así, por ejemplo, el mito de un pasado pastoril y recolector en el que los hombres cubrían sus necesidades sin necesidad de recurrir a la violencia, que surgió a partir del desarrollo de sociedades complejas y Estados con un gran poder militar que interactuaban entre sí, se extendió durante la mayor parte del período clásico. Platón (427-347 A.C.) lo recogió al describir así la paz social que habría existido en las sociedades primitivas:

*"(...) los hombres se amaban y se miraban con benevolencia a causa de su aislamiento; en segundo lugar, no tenían que pelearse por el alimento. (...) Ahora bien, cuando una sociedad no conoce en absoluto ni la riqueza ni la pobreza, está en la situación más favorable para el desarrollo de las buenas costumbres: en ella no brotan la violencia ni la injusticia, como tampoco los celos ni las envidias. Eran, pues, buenos, por todas estas razones y por lo que se ha dado en llamar su simplicidad. (...) las gentes viven de acuerdo con las costumbres y con lo que se llama tradiciones o leyes patrias"*¹⁶.

En su opinión, la guerra surgió cuando las sociedades comenzaron a interactuar entre sí, compitiendo por los recursos: *"Lo que la mayoría de las gentes llaman paz no pasa de ser un mero nombre; y, en realidad, por ley misma de la Naturaleza, ninguna ciudad deja nunca de estar liada con otra en una guerra no declarada"*¹⁷.

Freud (1856-1939) no consideró posible ese pasado idílico:

*"Dicen que en comarcas dichosas de la Tierra, donde la naturaleza brinda con prodigalidad al hombre todo cuanto le hace falta, existen stirpes cuya vida transcurre en la mansedumbre y desconocen la compulsión y la agresión. Difícil me resulta creerlo, me gustaría averiguar más acerca de esos dichosos. También los bolcheviques esperan hacer desaparecer la agresión entre los hombres asegurándoles la satisfacción de sus necesidades materiales y, en lo demás, estableciendo la igualdad entre los participantes de la comunidad. Yo lo considero una ilusión. Por ahora ponen el máximo cuidado en su armamento y el odio a los extraños no es el menos intenso de los motivos con que promueven la cohesión de sus seguidores. (...) no se trata de eliminar por completo la inclinación de los hombres a agredir; puede intentarse desviarla lo bastante para que no deba encontrar su expresión en la guerra."*¹⁸

La antropología ha constatado que aún en las sociedades más primitivas, como algunas tribus del Amazonas, existe cierto grado de violencia tanto entre sus miembros como entre las diversas tribus recolectoras entre sí¹⁹; una violencia que no sólo persigue el

¹⁶ Platón también reconoce más adelante en este pasaje que estas sociedades tienen sus propias autoridades, generalmente basadas en el patriarcado (aunque no descarta el matriarcado en otras). Platón: *Las Leyes*, 678c - 679d, "Obras Completas", Aguilar, 1988.

¹⁷ Platón: *Las Leyes*, 625c - 626e, "Obras Completas", Aguilar, 1988. La idea sería recogida por los pensadores cristianos como San Agustín: "La Cité de Dieu", LIII, XIV, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, Paris, 2000.

¹⁸ Freud, Sigmund: "¿Por qué la guerra?", *Obras Completas*, Vol. 22, Amorrortu, 1986, pág. 195. Kant encontró como respuesta a la pregunta que la razón, con la ayuda de la imaginación, puede crear deseos artificialmente, no sólo en favor de instintos naturales, sino también en contra de ellos: Kant, Immanuel: « Fondaments de la métaphysique des mœurs », Bibliothèque de La Pléiade, Gallimard, Tomo 2, Paris, 1981, pág. 506; el primer conflicto, según él, nació de la oposición entre sociedades recolectoras nómadas y sociedades agrícolas establecidas permanentemente en un territorio: Kant, Immanuel: « op.cit », pág. 514.

¹⁹ Como fue relatado, a partir de sus observaciones, en el trabajo ya clásico de Lévi-Strauss, Claude: "Tristes tropiques", Plon, 1993, pág. 349.

castigo por una ofensa, sino que tiene el efecto de disuadir a futuro que otros intenten repetir esa conducta²⁰.

¿Es la guerra, por lo tanto, una consecuencia de la “naturaleza” humana?²¹. La disquisición sobre la “naturaleza humana” fue una abstracción útil²² y funcional al paradigma clásico, de la que se derivaron los grandes sistemas de pensamiento, según que el punto de partida fuera la bondad, maldad o neutralidad de la naturaleza humana primigenia.

La escuela clásica partió de la idea de que la interacción entre las sociedades tiende “naturalmente” al conflicto, para procurar establecer unas reglas compartidas que conciliaran el escenario internacional con la política interna. Gentili (1550-1608) formuló una explicación que atravesaría todo el período y sería recogida posteriormente por Alberdi (1810-1884)²³: como reflejo de la propia naturaleza²⁴, la guerra surgía del desacuerdo entre los hombres como consecuencia de actos motivados por una ambición

²⁰ Freud compartió esta perspectiva: “(...) los conflictos de intereses entre los hombres se zanján en principio mediante la violencia. Así es en todo el reino animal, del que el hombre no debiera excluirse. (...) Al comienzo, en una pequeña horda de seres humanos, era la fuerza muscular la que decidía a quien pertenecía algo o de quien debía hacerse la voluntad. La fuerza muscular se vio pronto aumentada y sustituida por el uso de instrumentos: vence quien tiene las mejores armas o las emplea con más destreza. Al introducirse las armas, ya la superioridad mental empieza a ocupar el lugar de la fuerza muscular bruta; el propósito último de la lucha sigue siendo el mismo: una de las partes, por el daño que reciba o por la paralización de sus fuerzas, será constreñida a deponer su reclamo o antagonismo. Ello se conseguirá de la manera más radical cuando la violencia elimine duraderamente al contrincante, o sea, cuando lo mate. Esto tiene la doble ventaja de impedir que reinicie otra vez su oposición y de que su destino hará que otros se arredren de seguir su ejemplo.” Freud, Sigmund: “¿Por qué la guerra?”, Obras Completas, Vol. 22, Amorrortu, 1986, pág. 188.

²¹ La palabra ha sido utilizada durante el período clásico con una gran ambigüedad, para denotar al individuo con abstracción a toda relación social; a las sociedades primitivas (recolectoras y preestatales); a la ley que surge de los textos y enseñanzas religiosos; a las relaciones entre individuos no reguladas por una autoridad superior; a las relaciones entre sociedades antes de la existencia de normas jurídicas acordadas entre ellas; al derecho que surge de la relación entre individuos que interactúan entre sí sin otra regulación que su voluntad y fuerza y, finalmente, como sinónimo del derecho internacional por oposición al derecho interno, en el que existe un sistema de sanciones institucionalizado. Es interesante, por su trascendencia, la opinión del Presidente estadounidense Barack Obama sobre esta cuestión: “La guerra, en una u otra forma, apareció con el primer hombre. En los albores de la historia, su moralidad no fue cuestionada; era simplemente un hecho, como la sequía o la enfermedad – la manera en la que las tribus y luego las civilizaciones buscaron poder y arreglaron sus diferencias”. Obama, Barack: “Nobel Lecture”, Oslo, 10 December 2009.

²² Así, por ejemplo, Rawls, John: “A theory of justice”, Oxford University Press, 1972, pág. 12. Para la controversia sobre el carácter abstracto del concepto: Tuck, Richard: “The rights of war and peace. Political thought and the international order from Grotius to Kant”, Oxford University Press, 2001, pág. 7.

²³ “Con otro nombre, ese ha sido y será el motivo principal y eterno de todas las guerras humanas: la ambición, el deseo instintivo del hombre de someter a su voluntad el mayor número posible de hombres, de territorio, de riqueza, de poder y autoridad”. Alberdi, Juan Bautista: “El crimen de la guerra”, Obras selectas, Nueva edición ordenada, revisada y precedida de una introducción por el Dr. Joaquín V. González, Buenos Aires, Librería “La Facultad” de Juan Roldán, 1920, t. XVI, pág. 16.

²⁴ “Y la guerra parece ser natural si se estudia la naturaleza a lo largo de los tiempos, desde los primeros elementos hasta llegar al hombre. Tenemos ante nuestros ojos la lucha de los átomos, a través de la cual, dicen los filósofos, el mundo muere y nace cada día”. Gentili, Alberico: “De Iure Belli Libri Tres”, The Clarendon Press, 1933. (En adelante : Gentili: “De Iure Belli Libri Tres”).

ilimitada de poder y de gloria²⁵ o por haberse violado una ley natural, como cuando se nos niega algo que la naturaleza ha puesto para disfrute de todos²⁶.

Grocio (1583-1645) coincidió en que cada individuo prefiere su propia fortuna a la de los demás hombres²⁷, pero su propensión a vivir en sociedad²⁸ lo obliga a respetar ciertos principios que son la fuente del derecho²⁹. Grocio también estimó que no se puede vivir con la pretensión de tener una seguridad completa y que tenemos que aceptar vivir con un cierto temor que sólo podemos calmar a través de la adopción de ciertas precauciones y de la confianza en la providencia³⁰, porque la utilización de la fuerza cada vez que sentimos temor lleva a la destrucción de la sociedad civilizada.

Hobbes³¹ (1588-1679) consideró que el hombre tiene una tendencia perpetua y permanente a la búsqueda del poder -que sólo cesa con la muerte-³², y tres causas principales de conflicto con sus semejantes: la competencia, la desconfianza y la gloria, que provocan una invasión en los derechos del otro buscando la ganancia, la seguridad y la reputación, respectivamente.

“Viendo entonces que a la ofensiva naturaleza de cada hombre para con el otro, se agrega un derecho de todo hombre respecto de toda cosa, a través del cual un hombre invade legalmente y el otro legalmente resiste; que los hombres viven de este modo en perpetua desconfianza y estudian cómo anticiparse uno con otro; porque el estado del hombre en natural libertad es la guerra. Porque la GUERRA no es otra cosa que el tiempo en el cual el

²⁵ Gentili consideró que el primer criterio para juzgar si una guerra era justa era su carácter defensivo. Schwarzenberger, Georg: “Jus Pacis Ac Belli. Prolegomena to a Sociology of International Law”, *AJIL*, Vol. 37, Num. 3, 1943, pág. 463.

²⁶ Gentili: “De Iure Belli Libri Tres”, Libro I, Cap. XII.

²⁷ “(...) by nature's ordinance each individual should be desirous of his own good fortune in preference to that of another”. Grotius, Hugo: “De Iure Praedae Commentarius”, Carnegie Endowment for International Peace, 1950, pág. 21 (En adelante: Grocio: “De Iure Praedae Commentarius”).

²⁸ Edwards, Charles: “The Law of Nature in the Thought of Hugo Grotius”, *The Journal of Politics*, Vol. 32, Num. 4, 1970, pág. 789.

²⁹ “Esta sociabilidad, que hemos descripto en general, o este cuidado por mantener a la sociedad en una manera conforme a la luz del entendimiento humano es la fuente del derecho, propiamente dicho; a éste pertenece la abstención de aquello que es ajeno y la restitución de lo que tenemos de otro o del beneficio que gracias a eso obtuvimos, la obligación de cumplir con las promesas, la reparación de un daño hecho a través de nuestra propia falta y el mérito del castigo entre los hombres”. Grocio: “The Rights of War and Peace”, Prolegomena, VIII, pág. 85.

³⁰ “Porque en las condiciones actuales de la vida nunca podemos estar en perfecta seguridad. No es a través de la fuerza, sino de la protección de la providencia y las precauciones sin malicia que tenemos que buscar alivio contra la incertidumbre del miedo”. Grocio: “The Rights of War and Peace”, Libro II, cap. I, 17.

³¹ Para un análisis de la relación entre el pensamiento de Grocio, Hobbes y Spinoza: Murphy, Cornelius: “The Grotian Vision of World Order”, *AJIL*, Vol. 76, Num. 3, 1982. Para la relación entre Spinoza y Maquiavelo: Altini, Carlo: “La fábrica de la soberanía. Maquiavelo, Hobbes, Spinoza y otros modernos”, El Cuenco de Plata, 2005.

³² “En el primer lugar, señalo como una inclinación general de toda la humanidad el deseo perpetuo e incansable por el poder y por más poder, que solamente cesa con la muerte.” Hobbes, Thomas: “Leviathan”, Hackett Publishing Company, 1994, pág. 58 (En adelante: Hobbes: “Leviathan”). La guerra civil, magistralmente descripta por Tucídides en el Libro III, LXXXII, provoca también que los hombres prefieran hacer daño a otros antes de sufrirlo ellos mismos: “Y era más apreciado el causar uno mismo el mal que sufrirlo primero”. Grocio también utilizó esta situación como antecedente de la legítima defensa: Grocio: “The Rights of War and Peace”, Libro II, Cap. I, 5, pág. 262.

deseo y la intención de competir por la fuerza es abiertamente declarado a través de palabras o acciones, y el tiempo que no hay guerra es la PAZ"³³.

La ausencia del poder regulador del derecho y la autoridad del Estado puede, por lo tanto, crear la ocasión para que aparezca la peor de las situaciones para la sociedad humana: la guerra de todos contra todos³⁴. Evitar la guerra civil y –a escala internacional– la guerra generalizada es, por lo tanto, la primera y más alta preocupación política del buen y eficaz gobierno.

Este fue también el punto de partida de Spinoza (1632-1677) (cuya influencia en el pensamiento moderno se revaloriza crecientemente), para desarrollar un panteísmo que extraía sus principios y propuestas morales y políticas del análisis del orden universal y se exponía con la lógica de la geometría³⁵. Spinoza consideró que la especie humana no puede escapar de las diversas leyes de la naturaleza que determinan un proceso de búsqueda de equilibrios a veces violento: la guerra es una de las formas por las que se produce ese ajuste natural del choque de fuerzas³⁶. Sin embargo, su análisis otorgó un rol angular a la ética: concebida como una restricción y búsqueda de equilibrio tanto a escala personal como social que no puede darse en abstracto, sino a partir de las formas concretas de funcionamiento de la psiquis y la personalidad humana, es sólo a través de su influencia en personas y grupos que puede lograrse un nuevo equilibrio tolerante y democrático.

Es aquí donde los sistemas de Spinoza y Hobbes se encontraron fructíferamente, porque ambos estaban preocupados por encontrar los mecanismos por los que puede lograrse evitar el conflicto y asegurar la prosperidad. Por un lado, el perfeccionamiento ético se logra por el esfuerzo personal y un sistema educativo (que abre a su vez una línea de coincidencia con la moral kantiana y la educación rousseauiana) y por el otro, por el

³³ Hobbes: "Human Nature", Cap. XIV, 11, pág. 80. También se desarrollan estas ideas en sus obras: "On the Citizen", Cambridge University Press, 2005, Cap. I y "Leviathan", Hackett Publishing Company, 1994, Cap. XIII.

³⁴ "Es manifiesto que mientras los hombres viven sin un poder común que los mantenga a todos atemorizados, están en esa condición llamada "guerra", y es una guerra de todos contra todos". Hobbes, Thomas: "Leviathan", Hackett Publishing Company, 1994.

³⁵ Para un análisis de la contribución de Spinoza al derecho internacional así como su relación con el pensamiento de Hobbes: Lauterpacht, H.: "Spinoza and International Law", BYIL, Vol. 8, 1923; Goldberg, Steven: "Evolutionary Biology meets Determinism: learning from philosophy, Freud and Spinoza", Florida Law Review, 2001; Garrett, Aaron: "Spinoza as Natural Lawyer", CJICL, 2003-2004; Frydman, Benoit: "Divorcing power and reason: Spinoza and the Founding of Modern Law", CJICL, 2003-2004; Cairns, Huntington: "Spinoza's Theories of Law", Columbia Law Review, 1948; Pfersmann, Otto: "Law's Normativity in Spinoza's Naturalism", CLR, Vol. 25, 2003-2004; Poscher, Ralf: "Spinoza and the Paradox of Toleration", CLR, Vol. 25, 2003-2004; Rosen, Stanley: "Spinoza's Arguments for Political Freedom", CLR, Vol. 25, 2003-2004; Rosenfeld, Michel: "Spinoza's Dialectic and the Paradoxes of Tolerance: A Foundation of Pluralism?", CLR, Vol. 25, 2003-2004; Walther, Manfred: "Natural Law, Civil Law and International Law in Spinoza", CLR, Vol. 25, 2003-2004; VV.AA: «Spinoza. Primer Coloquio», Altamira, 2005; Nadler, Stephen: "Spinoza. A Life", Cambridge University Press, 1999. Sobre la exposición "geométrica" del pensamiento, es decir, a partir de una concatenación lógica de definiciones de conceptos, véase: Curley, Edwin: "Introduction", en: Hobbes, Thomas: "Leviathan", Hackett Publishing Company, 1994.

³⁶ Lange, C.H.R.: "Hobbes et Spinoza, Théoriciens de l'Anarchie Internationale", Nordisk Tidsskrift International Law, 1936.

desarrollo de un sistema institucional que proscriba la violencia privada (que abre otro punto de encuentro con Locke (1632-1704³⁷) y el institucionalismo democrático³⁸).

Kant (1724-1804) también pensó que la guerra civil y la anarquía conducen a la ausencia de derechos y la imposición de la injusticia de unos sobre otros³⁹ pero, a diferencia de Hobbes que consideraba que la sola limitación del poder soberano era la obligación de no adoptar decisiones en contra del derecho natural (como las basadas en la crueldad o la falta de razonabilidad⁴⁰), afirmó que todo ciudadano es titular de derechos inalienables y que debe poder reclamar públicamente si considera que esos derechos han sido violados: la libertad de palabra cumple, por lo tanto, un rol esencial en el establecimiento de un Estado de derecho⁴¹. Kant consideró también que la razón podía establecer un criterio objetivo, común a toda la Humanidad, sobre el que se podría edificar un Estado de derecho a nivel global: el imperativo categórico de actuar según máximas que puedan valer al mismo tiempo como una ley universal⁴².

Hobbes colocó en el centro de la escena política el problema del orden: ante la anarquía y la guerra generalizada, los hombres tienden a preferir la instalación de un orden, por injusto que sea, porque el orden es el único que permite la reproducción de las funciones básicas para la gran mayoría de los individuos; recién cuando existe un orden que permite asegurar la vida de la mayoría puede aparecer la pregunta por un régimen político abierto⁴³. Hobbes también sistematizó el problema del fanatismo (particularmente el religioso porque le preocupaba vivamente la experiencia inglesa), que en su obra llama «*intereses trascendentes*» es decir, los que superan el temor a la muerte⁴⁴: el fanatismo pone en cuestión la racionalidad política, al eliminar el último bastión frente a la destrucción

³⁷ Woolhouse, Roger: "Locke. A Biography", Cambridge University Press, 2007.

³⁸ Pollock, Frederick: "Hobbes and Locke: The Social Contract in English Political Philosophy", *Journal Soc. Comp. Legis.*, Vol. 9, 1908.

³⁹ Kant, Immanuel: "Sur le lieu commun: il se peut que soit juste en théorie mais, en pratique, cela ne vaut point (1793)", *Bibliothèque de La Pléiade*, Gallimard, Tomo 3, Paris, 1986, pág. 284 y ss. Locke, John: « Dos tratados sobre el Gobierno civil », Alianza Editorial, Madrid, 2002.

⁴⁰ Hobbes, Thomas: "On the Citizen", Cambridge University Press, 2005, Cap. VII, 14.

⁴¹ Para la respuesta de Kant a Hobbes: Kant, Immanuel: "Sur le lieu commun: il se peut que soit juste en théorie mais, en pratique, cela ne vaut point (1793)", *Bibliothèque de La Pléiade*, Gallimard, Tomo 3, Paris, 1986, pág. 287 y ss.

⁴² Kant, Immanuel: "Métaphysique des moeurs (doctrine du droit et doctrine de la vertu)", *Bibliothèque de La Pléiade*, Gallimard, Tomo 3, Paris, 1986, págs. 472 y ss.. La abstención de la violencia y la tolerancia son valores indispensables para crear una sociedad abierta, un punto que fuera desarrollado por Spinoza, articulando sus proposiciones políticas con su ética. Esta estrategia fue luego retomada por Kant, procurando encontrar una base racional universalmente válida para juzgar la moralidad de una acción concreta. El modelo, tan válido al interior de una sociedad como para la comunidad internacional, debería tender al establecimiento de una paz perpetua y cosmopolita. Para la aplicación de esta concepción a escala europea: Ferry, Jean-Marc: "Europe. La voie kantienne", Les éditions du Cerf, 2005.

⁴³ Wrong, Dennis: "The Problem of Order. What Unites and Divides Society", Maxwell Macmillan, 1994.

⁴⁴ Lloyds, S. A.: "Ideals as interests in Hobbes's Leviathan. The power of mind over matter", Cambridge University Press, 1992. Se trata de una idea que, como veremos más adelante, ha sido a menudo soslayada por las intervenciones militares (incluyendo aquellas bajo el "paraguas" de las Naciones Unidas) que han procurado instaurar un sistema democrático en sociedades que no pueden cubrir las necesidades elementales de la mayoría de la población.

generalizada⁴⁵; un argumento que sería utilizado posteriormente por Hume (1711-1776) contra la superstición como base del fanatismo⁴⁶.

La cuestión tiene hoy una gran actualidad porque los tres mayores factores de inestabilidad global son los grupos violentos al interior de Estados débiles, los Estados que procuran cambiar la correlación de fuerzas internacional por la fuerza y el fanatismo religioso, étnico o cultural que utiliza como medio el terrorismo o la represión de la población civil⁴⁷. Los gobiernos autoritarios y totalitarios encuentran una justificación en que la población vive en «orden» y que su desaparición puede llevar a la guerra civil o a la destrucción nacional; los grupos violentos procuran impedir el establecimiento de un orden que, al llevar al reforzamiento del Estado y el monopolio de la fuerza, puede terminar con su base de poder al interior de la sociedad.

Freud indagó en la estructura psíquica del hombre para descubrir que el hombre está sometido a mociones pulsionales elementales dirigidas a la satisfacción de ciertas necesidades originales, que sólo pueden ser calificadas como “buenas” o “malas” por su relación con la sociedad que cada individuo forma con otros hombres⁴⁸. Las pulsiones que la sociedad considera “malas” pueden reformarse por obra tanto de factores internos como externos: entre estos últimos se cuentan la compulsión ejercida por la educación y la influencia de la historia cultural de sus antepasados⁴⁹. Sin embargo, este proceso de

⁴⁵ Hobbes nunca creyó que el uso de la fuerza (o la violencia política) podía ser un freno eficaz del fanatismo y asegurar la paz social: Pabel, Hilmar: “Give to Caesar that which is Caesars: Hobbes's Strategy in the Second Half of the Leviathan”, J. Church & St., Vol. 35, 1993; Hexter, J.H.: “Thomas Hobbes and the Law”, Cornell Law Review, Vol. 65, Num. 4, 1980.

⁴⁶ Hume, David: “Investigación sobre el conocimiento humano”, Alianza Editorial, 2005; “Tratado de la naturaleza humana”, Tecnos, Madrid, 2005 y el « Estudio preliminar » de esa edición por Félix Duque.

⁴⁷ Chagnon, Louis: “Seule solution durable au conflit, renverser le pouvoir islamiste iranien », Le Figaro, Paris, 1 août 2006; Friedman, Thomas: « Hezbollah y una apuesta temeraria », La Nación, Buenos Aires, 20 de julio de 2006.

⁴⁸ “(...) La esencia más profunda del hombre consiste en mociones pulsionales; de naturaleza elemental, ellas son del mismo tipo en todos los hombres y tienen por meta la satisfacción de ciertas necesidades originarias. En sí, estas mociones pulsionales no son ni buenas ni malas. Las clasificamos así, a ellas y a sus exteriorizaciones, de acuerdo con la relación que mantengan con las necesidades y las exigencias de la comunidad humana. Ha de concederse que todas las mociones que la sociedad proscribire por malas – escojamos como representativas las mociones egoístas y las crueles- se cuentan entre estas primitivas. (...) El hombre rara vez es íntegramente bueno o malo; casi siempre es “bueno” en esta relación, “malo” en aquella otra, o “bueno bajo ciertas condiciones exteriores y bajo otras, decididamente “malo”. Freud, Sigmund, “op.cit.”, págs. 282 y 283.

⁴⁹ “La reforma de las pulsiones “malas” es obra de dos factores, uno interno y otro externo, que operan en el mismo sentido. El factor interno consiste en la influencia ejercida sobre las pulsiones malas – digamos: egoístas- por el erotismo, la necesidad humana de amar en el sentido más lato. Por la ingerencia de los componentes eróticos, las pulsiones egoístas se trasmudan en pulsiones sociales. Se aprende a apreciar el ser-amado como una ventaja a cambio de la cual se puede renunciar a otras. El factor externo es la compulsión ejercida por la educación, portadora de las exigencias del medio cultural, y prosigue después con la intervención directa de este. La cultura se adquiere por renuncia a la satisfacción pulsional, y a cada recién venido le exige esa misma renuncia. A lo largo de la vida individual se produce una trasposición continua de compulsión externa a compulsión interna. Mediante unos aditamentos eróticos, las influencias culturales hacen que, en proporción cada vez mayor, las aspiraciones egoístas se muden en altruistas, sociales. En definitiva, es lícito suponer que todas las pulsiones internas que adquirieron vigencia en el desarrollo del hombre fueron en el origen, vale decir, en la historia de la humanidad, sólo compulsiones externas. Los seres humanos que hoy nacen traen consigo en calidad de organización heredada cierto grado de inclinación (disposición) a trasmudar pulsiones egoístas en pulsiones sociales, y unos débiles enviones bastan para que ello se consuma. Otra parte de esta trasmutación de pulsiones tiene que realizarse en la vida misma. De tal modo, el individuo no recibe sólo la influencia de su medio

internalización de la cultura puede adoptar formas hipócritas⁵⁰, en las que el individuo no actúa “bien” sino por la existencia de un sistema social de recompensas y castigos⁵¹. Ello brindaría una explicación de ciertos procesos sociales en los que aún sociedades consideradas “cultas” o “civilizadas” terminaron cometiendo o consintiendo los crímenes más horribles contra la Humanidad: “*En realidad – nos dice Freud- no cayeron tan bajo como temíamos, porque nunca se habían elevado tanto como creímos*”⁵². La guerra, entre otros procesos, puede llevar a una regresión a formas más primitivas, que no desaparecen nunca del alma humana⁵³. Su perspectiva vino a coincidir con Kant, que ya había analizado la importancia de la “internacionalización” del deber moral⁵⁴ y consideraba que, por naturaleza, el hombre no es ni bueno ni malo, sino que ambas “propensiones” coexisten en el alma humana⁵⁵.

La naturaleza humana fue también utilizada para sostener un mínimo común de derechos entre todos los hombres⁵⁶, aún cuando fueran enemigos o de niveles de desarrollo diferentes. Así, por ejemplo, la necesidad de defender la alianza de Francia con el Imperio Otomano sellada en julio de 1536 para contrarrestar el poder español brindó la ocasión a Francisco I para elaborar una doctrina sobre la naturaleza común de todos los

cultural del presente; está sometido también a las influencias de la historia cultural de sus antepasados.” Freud, Sigmund, “op.cit.”, pág. 284.

⁵⁰ “Quien se ve precisado a reaccionar constantemente en el sentido de preceptos que no son la expresión de sus inclinaciones pulsionales vive –entendido esto en su aplicación psicológica- por encima de sus recursos, y objetivamente merece el calificativo de hipócrita, sin que importe que haya alcanzado conciencia clara de ese déficit (...) Existen, por tanto, muchísimos más hipócritas de la cultura que hombres realmente cultos.” Freud, Sigmund, “op.cit.”, pág. 286.

⁵¹ “La educación y el medio no sólo tienen premios de amor por ofrecer; trabajan también con otra clase de premios de conveniencia: recompensas y castigos. Por tanto, su efecto puede ser que el sometido a su influencia se decida por la acción culturalmente buena sin haber consumado dentro de sí un ennoblecimiento pulsional, una trasposición de inclinaciones egoístas a inclinaciones sociales. El resultado será, en líneas generales, el mismo; sólo bajo particulares condiciones se revelará que un individuo actúa siempre bien porque sus inclinaciones pulsionales lo fuerzan a ello, mientras que otro sólo es bueno en la medida en que esta conducta cultural le trae ventajas para sus propósitos egoístas, únicamente durante el tiempo que ello ocurre. Pero un conocimiento superficial del individuo no nos proporciona medio alguno de discernir entre esos dos casos, sin duda nuestro optimismo nos llevará a sobreestimar en mucho el número de los hombres que se han transformado en el sentido de la cultura.” Freud, Sigmund, “op.cit.”, pág. 285.

⁵² Freud, Sigmund, “op.cit.”, pág. 286.

⁵³ “Los desarrollos del alma poseen una peculiaridad que no se encuentra en ningún otro proceso de desarrollo (...) todo estadio evolutivo anterior se conserva junto a los más tardíos, devenidos a partir de él; la sucesión envuelve a la vez una coexistencia, y ello a pesar de que los materiales en que transcurre toda la serie de transformaciones son los mismos. (...) los estados primitivos pueden restablecerse siempre, lo anímico primitivo es imperecedero en el sentido más pleno. (...) los efectos de la guerra se cuentan entre los poderes capaces de producir semejante involución.” Freud, Sigmund, “op.cit.”, págs. 286 y 287; « (...) el hombre de la prehistoria sobrevive inmutable en nuestro inconsciente », ídem, pág. 297.

⁵⁴ “(...) las máximas políticas no deben estar fundadas en la prosperidad que se puede obtener para el Estado; no se debe prestar atención al fin material, objeto de la voluntad de cada Estado; y que puede servir de primer principio a la política, cuando ella quiere extraer sus máximas de la experiencia, que es preciso deducir las máximas del Estado de la pura idea del deber, cualesquiera puedan ser las consecuencias físicas.” Kant, Immanuel: «Projet de paix perpetuelle (1796)», Bibliothèque de La Pléiade, Gallimard, Tomo 3, Paris, 1986, pág. 374. También: «La religion dans les limites de la simple raison (1794)», Bibliothèque de La Pléiade, Gallimard, Tomo 3, Paris, 1986, pág. 57 y ss.; «Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique», Bibliothèque de La Pléiade, Gallimard, Tomo 2, Paris, 1981, pág. 199; «Fondaments de la métaphysique des mœurs», Bibliothèque de La Pléiade, Gallimard, Tomo 2, pág. 243; «Conjectures sur le commencement de l'histoire humaine», Bibliothèque de La Pléiade, Gallimard, Tomo 2, Paris, 1981, pág. 258.

⁵⁵ Kant, Immanuel: «La religion dans les limites de la simple raison (1794)», Bibliothèque de La Pléiade, Gallimard, Tomo 3, Paris, 1986, pág. 33 y ss.

⁵⁶ Meron, Theodor: “Common Rights of Mankind in Gentili, Grotius and Suarez”, AJIL, Vol. 85, Num. 1, 1991, págs. 110 a 116.

hombres⁵⁷. En una carta dirigida al Pontífice Paulo III, el rey francés desarrolló la tesis de la convivencia entre Estados con religiones y costumbres distintas, en razón de su naturaleza humana común:

«Los turcos no están fuera de la sociedad humana, a no ser que digamos que nosotros podemos tener más relaciones con las bestias que con los infieles. Sería desconocer los lazos que la naturaleza estableció entre los hombres. Todos tienen el mismo origen; y nada puede negarse a un hombre de lo que naturalmente concierne a sus semejantes. Si las naciones, las razas y los pueblos están divididos, no es la naturaleza quien los separó, sino las costumbres y los usos. Ciertamente que la afinidad entre los miembros de un mismo pueblo es más estrecha que las relaciones entre los hombres de estados diferentes; pero la separación no llega hasta romper la unión que el parentesco común estableció entre los diversos miembros de la humanidad. Si los lazos de sangre y de la patria separasen las sociedades particulares de la sociedad universal del género humano, sería un mal en lugar de ser un bien. Los errores de los hombres y su imperfección impiden unirse en una misma religión, pero la diversidad del culto lo mismo que la diversidad de costumbres, no destruye la asociación natural de la humanidad.»⁵⁸

De esta manera, Francisco I procuró rebatir la oposición de España y otros Estados católicos a su alianza con los “infieles”, al tiempo que procuraba mantener el modelo de equilibrio de poder en Europa mediante la introducción de un nuevo y poderoso jugador internacional. La división del mundo cristiano y la alianza franco-otomana generaron un intenso debate en Europa Occidental, que trajo dos consecuencias: por un lado, se procuró establecer una serie de reglas sobre el uso de la fuerza entre los países cristianos (la llamada “República cristiana” que duró hasta la Paz de Westfalia⁵⁹), procurando reducir las causas de la agresión entre ellos y minimizando las consecuencias de la guerra sobre las poblaciones civiles; por el otro, se desarrolló la tesis de Francisco I sobre la naturaleza común de todos los hombres, fueran o no enemigos, y el estándar mínimo de derechos que debía regular las relaciones entre ambos sistemas.

La escuela española de derecho internacional⁶⁰ también cumplió un rol en el reconocimiento de los derechos de todos los hombres, aún cuando fueran súbditos de otros Estados y de un nivel de desarrollo menor: la “civilización” no podía imponerse por cualquier medio, por que existían unos derechos “naturales”⁶¹ que eran inherentes a la persona humana⁶².

⁵⁷ Tuck, Richard: “The rights of war and peace. Political thought and the international order from Grotius to Kant”, Oxford University Press, 2001; Renouvin, Pierre: “Historia de las Relaciones Internacionales”, Akal, 1982.

⁵⁸ Pereña, Luciano: “La tesis de la paz dinámica”, (en de Vitoria, Francisco: “Relectio de Iure Belli o Paz Dinámica”, CSIC, Madrid, 1981, pág. 40).

⁵⁹ Para una historia de esta cuestión: Murphy, Cornelius: “The Grotian Vision of World Order”, AJIL, Vol. 76, Num. 3, 1982, págs. 477 a 498.

⁶⁰ La escuela española de derecho internacional (Suárez, Vitoria y de las Casas, entre los más notorios), reintrodujo en el apogeo de su expansión colonial no sólo la pregunta sobre la moralidad y legalidad del uso de la fuerza, sino también sobre el derecho que tenían los pueblos indígenas y las obligaciones correlativas de las potencias coloniales.

⁶¹ Bobbio, Norberto: “Thomas Hobbes and the natural law tradition”, The University of Chicago Press, 1993.

⁶² Suárez consideraba que los indios tenían estos derechos porque eran parte de una “nación”. Esta idea de un derecho entre naciones, que reinterpretaba la fórmula de Gayo del “*ius gentium*” basado en el individuo, hizo que se lo considerara el padre del derecho internacional, entendido como “*Law of Nations*”. Para un

Otra línea de análisis procuró discernir si existían ciertas regularidades en la conducta humana que permitieran inferir patrones “racionales” (comunes) sobre las relaciones entre individuos y grupos. Su tarea constituyó un punto de convergencia con las teorías del derecho “natural”, que permitió un diálogo entre racionalistas y religiosos con el objeto de encontrar una base de normas morales y jurídicas aplicables a toda la raza humana⁶³. Pufendorf (1632-1694), por ejemplo, consideró que el concepto de derecho natural partía de la dicotomía entre estado de naturaleza y sociedad civil, esta última concebida como una superación de la anterior en razón del reconocimiento de los derechos individuales por medio de un sistema institucionalizado de normas. Este derecho « natural » protegía la seguridad de los hombres y, por lo tanto, defendía la paz porque la guerra conllevaba su destrucción⁶⁴. De ello se derivaba la obligación de todo hombre de defenderse a sí mismo y sobrevivir⁶⁵.

Los racionalistas abrevaron en la concepción griega del “cosmos”, una visión del universo organizado en su esencia por principios inmutables como la matemática o la geometría, para encontrar una serie de principios básicos que eran reconocidos por todas las sociedades y que podían encontrarse en el derecho antiguo. El pensamiento religioso derivó estos postulados de la creación del universo por Dios, que no podía haberlo hecho para que funcionara de manera aleatoria sino como expresión de un plan u organización predeterminados.

Este esfuerzo intelectual por “descubrir” los principios racionales de la sociedad humana y la naturaleza consideró que podía sentar las bases de un entendimiento sobre un mínimo común denominador entre las distintas sociedades⁶⁶. Si los príncipes y las repúblicas se comportaban de manera “racional”, siguiendo las normas que Dios había impuesto en la Creación o que se desprendían de la naturaleza común a todos, podían sentarse las bases de un derecho internacional que, a su vez, permitiera realizar ciertos ideales morales, que tenderían a evitar las guerras injustas y el tratamiento inhumano de las poblaciones. No es casual, por lo tanto, que todo el período clásico del derecho internacional estuviera influenciado por el análisis exhaustivo de los clásicos griegos y romanos a la vez que de una exégesis minuciosa de los textos bíblicos y los tratados de los Padres de la Iglesia.

tratamiento de la cuestión: Scott, James: “The Spanish origin of international law. Lectures on Francisco de Vitoria and Francisco Suarez”, Georgetown University, 1928 y Nys, Ernest: “Le droit de la guerre et les précurseurs de Grocio”, Librairie Européenne C. Muqardt, 1882. El concepto de derecho subjetivo en derecho internacional fue luego desarrollado por Grocio: “The Rights of War and Peace”, Prolegómena, 16; Forde, Steven: “Hugo Grotius on Ethics and War”, *The American Political Science Review*, Vol. 92, Num. 3, 1998, pág. 640; Lauterpacht, H.: “The Grotian Tradition in International Law”, *BYIL*, Vol. 23, 1946, pág. 43.

⁶³ Locke, John: “Carta sobre la Tolerancia”, Alianza Editorial, Madrid, 1999. Forde, Steven: “Hugo Grotius on Ethics and War”, *The American Political Science Review*, Vol. 92, Num. 3, 1998, pág. 640; Edwards, Charles: “The Law of Nature in the Thought of Hugo Grotius”, *The Journal of Politics*, Vol. 32, Num. 4, 1970.

⁶⁴ Pufendorf, Samuel: “Of the Law of Nature and Nations”, London, 1729. (En adelante: Pufendorf: “Of the Law of Nature and Nations”).

⁶⁵ Esto llevó a Pufendorf a diferenciar los principios aplicables a la legítima defensa según el defensor viviera en estado de naturaleza (el sistema internacional) o en una sociedad civil o “Gobierno civil”: Pufendorf, Samuel, “op.cit”. Véase esta cuestión en: Bobbio, Norberto: “Thomas Hobbes and the natural law tradition”, *The University of Chicago Press*, 1993, pág. 1.

⁶⁶ Salomon, Albert: “Hugo Grotius and the Social Sciences”, *PSQ*, Vol. 62, Num. 1, 1947, pág. 69.

Guerras “justas” e “injustas”

“(…) Los varones prudentes, las repúblicas bien concertadas, por cuatro cosas han de tomar las armas y desenvainar las espadas, y poner en riesgo sus personas, vidas y haciendas: la primera por defender la fe católica; la segunda por defender su vida, que es de ley natural y divina; la tercera en defensa de su honra, de su familia y hacienda; la cuarta en servicio de su rey en la guerra justa; y si le quisiéramos añadir la quinta, que se puede contar por segunda, es en defensa de su patria. A estas cinco causas, como capitales, se pueden agregar algunas otras que sean justas y razonables y que obliguen a tomar las armas; pero tomarlas por niñerías y por cosas que antes son de risa y pasatiempo que de afrenta, parece que quien las toma carece de todo razonable discurso; cuanto más que el tomar venganza injusta, que justa no puede haber alguna que lo sea, va derechamente contra la santa ley que profesamos, en la cual se nos manda que hagamos bien a nuestros enemigos y que amemos a los que nos aborrecen; mandamiento que aunque parece algo dificultoso de cumplir, no lo es sino para aquellos que tienen menos de Dios que del mundo, y más de carne que de espíritu; porque Jesucristo, Dios y hombre verdadero, que nunca mintió, ni pudo ni puede mentir, siendo legislador nuestro dijo que su yugo era suave y su carga liviana, y así no nos había de mandar cosas que fuese imposible el cumplirlas. Así que, mis señores, vuestras mercedes están obligadas por leyes divinas y humanas a sosegarse”.

Don Quijote, II Parte, Capítulo 27.

El período clásico del derecho internacional nos legó una lista de situaciones y condiciones que iban desde la reparación del daño a la guerra como sanción, paralelamente a una extensa casuística de circunstancias que agravaban o eximían la “justicia” de haber recurrido a la guerra⁶⁷. A pesar de estos intentos de regulación, las doctrinas del *bellum justum* eran lo suficientemente maleables para que los Estados encontraran poca dificultad para justificar como guerra justa cualquier tipo de guerra, incluyendo aquellas de naturaleza preventiva o agresiva: de hecho, durante el período de expansión colonial y de guerras por el equilibrio de poder⁶⁸, la valoración de la guerra no

⁶⁷ Un relato en: Skidelsky, Lord: “The Return of War, the Just War Tradition and the Reform of the United Nations”, CGS, 20 May 2004.

⁶⁸ “(…) la doctrina y la política del derecho internacional tradicional reflejaba el carácter descentralizado y desorganizado del escenario mundial de los siglos dieciocho y diecinueve, la estructura multipolar de ese escenario que permitió el funcionamiento de un sistema de equilibrio de poderes entre los estados más fuertes, los grandes movimientos nacionalistas occidentales y la expansión de los imperios coloniales, y las limitaciones de la tecnología de la violencia

limitó la práctica de los Estados⁶⁹. Maquiavelo lo resumió magistralmente: “(...) una guerra es legítima por el solo hecho de ser necesaria; y las guerras son actos de humanidad cuando ya no hay otra esperanza que ella.”⁷⁰ El paradigma clásico reconocía, por lo tanto, el derecho a hacer la guerra como un atributo de la soberanía⁷¹; en ese contexto, la conquista era un título suficiente sobre un territorio⁷².

La valoración ética de la guerra ha sido objeto de controversia⁷³ aún en las sociedades primitivas⁷⁴. En las obras griegas que tratan sobre la guerra encontramos siempre presente una argumentación sobre su moralidad y legalidad. Tucídides relató con realismo, en el diálogo entre los generales atenienses Cleomedes y Tisias con los magistrados de la Isla de Melos, las razones de la acción y los argumentos de justificación de una potencia imperial y una pequeña ciudad, cuyo poder no puede enfrentarla⁷⁵. Al igual que en su relato de los debates sobre la destrucción de Mytelene⁷⁶, separó las leyes morales de las leyes de la guerra, a las que asignó una autonomía propia⁷⁷.

Platón también distinguió entre el conflicto entre los griegos por el poder y la guerra contra el enemigo exterior:

“Estableceremos, por consiguiente, que los griegos pueden combatir con los bárbaros y los bárbaros a su vez con los griegos, por tratarse de enemigos naturales. Esa sí es una

contemporánea.” McDougal & Feliciano, Myres & Florentino: “Law and Minimum World Public Order. The Legal Regulation of International Coercion”, Yale University Press, 1961, pág. 136.

⁶⁹ Schwarzenberger, Georg: “The fundamental principles of international law”, RCADI, Volume 87 (1955-I), pp. 191-385; Kalshoven, Frits: “Grotius: His Relevance to Present Day Law of Armed Conflict”, ASIL Proceedings, 1983. Kant lo denunció con sorprendente virulencia: “Porque hasta el presente, siempre se cita de buen grado, para justificar una declaración de guerra, a los Grocio, los Puffendorf, los Wattel y otros inútiles e impotentes defensores de los derechos de los pueblos; aunque su código, puramente filosófico o diplomático, no haya jamás tenido fuerza de ley y nunca la pueda obtener, porque los Estados no están sometidos a ningún poder coercitivo. No existen precedentes de que sus razonamientos, apoyados por autoridades tan respetables, hayan comprometido a un Estado a desistir de sus pretensiones.” Kant, Immanuel: “Projet de paix perpetuelle (1796)”, Bibliothèque de La Pléiade, Gallimard, Tomo 3, Paris, 1986, pág. 347. Los modelos de equilibrio de poder de tres o más actores tienden a la inestabilidad y el conflicto, más que los periodos de hegemonía. Un ejemplo: Battaleme, Juan: «El mundo multipolar no será un escenario mejor», Clarín, 14 de enero de 2009.

⁷⁰ Maquiavelo: “El Príncipe y Otros Escritos”, Editorial Iberia, 1970, pág. 124

⁷¹ “Siempre cae dentro del poder de un Estado procurar obtener reparaciones por daños u obtener ventajas políticas o de otra índole sobre otro, no sólo a través del uso de la fuerza, sino también a través de la apelación directa a la guerra”. (Hyde, Charles Cheney: “International Law Chiefly As Interpreted and Applied by the United States, Vol. 3 (1945), at 1686), citado en: Ackerman, David M.: “International Law and the Preemptive Use of Force Against Iraq”, CRS Report for Congress, April 11, 2003, Order Code RS21314, pág. 2. “La guerra, en el derecho internacional clásico, se consideraba como una facultad inherente a la soberanía; no estaba, pues, prohibida.” Barboza, Julio: “Derecho Internacional Público”, Zavalía, Buenos Aires, 1999, pág. 236.

⁷² La conquista de Alsacia y Lorena por el ejército del Káiser en 1870 fue reconocida por la comunidad internacional. Brownlie, Ian: ““International Law and the use of force by states” revisited”, Chinese Journal of International Law, 2002, Vol. 1, pág. 2.

⁷³ Walzer, Michael: “Just and Unjust Wars”, Basic Books, Third Edition, 1977, pág. xxi.

⁷⁴ Para el análisis que efectúa Kelsen a partir de estudios de los aborígenes australianos: Kelsen, Hans: “Principios de Derecho Internacional Público”, El Ateneo, Buenos Aires, 1965, pág. 29. También: Cantarella, Eva: “Ithaque. De la vengeance d'Ulysee à la naissance du droit”, Bibliothèque Albin Michel Histoire, 2003.

⁷⁵ Tucydide: “La Guerre du Péloponnèse”, Les Belles Lettres, 1981, Libro V, 84-116. Para un análisis de la controversia: Walzer, Michael: “Just and Unjust Wars”, Basic Books, Third Edition, 1977, pág. 5.

⁷⁶ Tucydide: “La Guerre du Péloponnèse”, Libro III, 36-49.

⁷⁷ Esta lectura habría de influenciar a Hobbes, al hacer su traducción de la « Guerra del Peloponeso ». Walzer, Michael: “Just and Unjust Wars”, Basic Books, Third Edition, 1977, pág. 7.

*verdadera guerra. Pero cuando los griegos peleen entre sí, tendremos que decir que son amigos los que combaten y que es entonces una enfermedad y una disensión la que se produce en Grecia. A esta le aplicaremos el nombre de sedición”.*⁷⁸

Estas preocupaciones pasaron luego a Roma. Cicerón (106-43 a.C.), por ejemplo, destacó la diferencia entre enemigos (con los que se combate por la supervivencia) y rivales (con los que se combate por la supremacía)⁷⁹ que una guerra no es justa sino después de haberse reivindicado el derecho a hacerla y haber sido previamente anunciada o declarada⁸⁰, dando una oportunidad a la reparación previa, y que *“Las guerras emprendidas sin razón son injustas. Pues ninguna guerra puede emprenderse justamente como no sea con el propósito de rechazar a un enemigo o de vengarse de él”*⁸¹.

Su pensamiento influyó a los primeros teólogos y juristas cristianos⁸², particularmente a San Agustín⁸³ (354-430), quien desarrolló la idea de la guerra justa como aquella dirigida a vengar una injuria que el enemigo no ha evitado o no ha castigado⁸⁴. Santo Tomás de Aquino (1225-1274) sistematizó la doctrina de la guerra justa partiendo de tres requisitos generales: la autoridad (*“auctoritas principis”*); los objetivos (*“iusta causa”*) y la intención (*“recta intentio”*) del beligerante. La primera condición excluía la violencia privada; la segunda requería demostrar la falta cometida por el adversario; la tercera asegurar la paz, castigar a los que cometían un daño y la búsqueda del bien⁸⁵.

Francisco de Vitoria (1480-1546) sentó las bases del derecho internacional moderno al considerar que existía una sola causa justa de guerra que era el daño recibido; reconociendo que el fin de la guerra ofensiva es castigar una ofensa y obtener una reparación por el daño causado⁸⁶, Vitoria consideraba que no podía haber castigo no precedido de una injuria y que esta debía ser de una cierta gravedad para que la guerra fuera justa porque *“siendo tan graves y atroces todos los males que resultan de la guerra, como*

⁷⁸ Platón: República, Libro V, 469c/470e.

⁷⁹ Cicerón: *“De Officiis”*. Estas ideas de Platón y Cicerón fueron luego recogidas por San Agustín. Erasmo y Tomás Moro, preocupados porque la división de los reinos europeos dificultaba la lucha contra el Imperio Otomano, desarrollaron la idea de que era injusta la guerra entre los príncipes que compartían una comunidad de valores (la *“Respublica Christiana”*). Tuck, Richard: *“The rights of war and peace. Political thought and the international order from Grotius to Kant”*, Oxford University Press, 2001, pág. 24 afirma que esta idea fue un nexo del cristianismo con el pensamiento romano en la Alta Edad Media; Dickens & Jones, A.G & W.R.: *“Erasmo”*, Acento Editorial, 2002; Ackroyd, Peter: *“Tomás Moro”*, Edhasa, 2003.

⁸⁰ Cicerón: *“De Officiis”*, Libro I, cap. XI.

⁸¹ Cicerón: *«De República»*, XXIII, citado en: Kelsen, Hans: *“Principios de Derecho Internacional Público”*, El Ateneo, Buenos Aires, 1965, pág. 29.

⁸² Como Gregorio de Tours (538-594) e Isidoro de Sevilla (560-636). Brownlie, Ian: *“International law and the use of force by states”*, Oxford, Clarendon Press, 1963, págs. 5 y ss..

⁸³ Brown, Peter: *“Agustín de Hipona”*, Acento, 2003, pág. 81 y ss.

⁸⁴ Kelsen, Hans: *“Law and Peace in international relations”*, Harvard University Press, 1942, pág. 44; Haggemacher, Peter: *“Grotius et la doctrine de la guerre juste”*, Presses Universitaires de France, 1983; Brooks Thistlethwaite, Susan: *« Just War and a Post-Modern World »*, United States Institute of Peace, Special Report 98, December 17, 2002, pág. 13.

⁸⁵ McDougal & Feliciano, Myres & Florentino: *“Law and Minimum World Public Order. The Legal Regulation of International Coercion”*, Yale University Press, 1961, pág. 132.

⁸⁶ *“Después de obtener la victoria la recuperación de los bienes y la consolidación de la paz y seguridad, es lícito tomar satisfacción de la injuria recibida de los enemigos y castigarlos por esa clase de agravios.”* de Vitoria, Francisco: *“Relectio de Iure Belli o Paz Dinámica”*, C.S.I.C., Madrid, 1981, pág. 137.

son asesinatos, incendios y devastaciones, no es lícito por delitos leves, acudir a la guerra para castigar a sus autores.”⁸⁷. Las diferencias religiosas, la expansión territorial del imperio o la gloria u otra utilidad “privativa del príncipe” no pueden dar lugar a una guerra justa⁸⁸. Vitoria sentó las bases para una evaluación más imparcial de la legalidad de la guerra, porque preguntándose si bastaba para que una guerra fuera justa que el príncipe creyera tener la justicia de su lado, respondió que “para que una guerra sea justa es preciso examinar con gran diligencia las causas de la guerra y oír las razones de los adversarios si quisieran discutir las según razón y justicia”⁸⁹. Vitoria consideró que en una guerra sólo una de las partes podía objetivamente actuar de manera justa, un argumento que Gentili matizó considerando que era posible que ambos beligerantes pudieran tener una justa causa⁹⁰.

Grocio recogió el argumento de Santo Tomás de que la única causa racional de la guerra puede ser la reparación del daño sufrido⁹¹, pero basándose en Homero y Platón⁹², diferenció la reparación del daño del castigo de la ofensa⁹³. Las causas justas de la guerra eran aquellas dirigidas a la defensa, la recuperación de lo que es propio y el castigo de una ofensa⁹⁴.

⁸⁷ de Vitoria, Francisco: “Relectio de Iure Belli o Paz Dinámica”, C.S.I.C., Madrid, 1981, pág. 123 y ss.

⁸⁸ Vitoria denunció como “vanos pretextos” la pretensión de “justas causas” de la política expansiva de Carlos V. Von Elbe, Joachim: “The Evolution of the Concept of the Just War in International Law”, AJIL, Vol. 33, Num. 4, 1939, pág. 674.

⁸⁹ “En efecto, dada la gran dificultad que existe en asuntos morales de dar con la verdad y la justicia, será fácil errar si tratan estos asuntos con negligencia, y este error no excusará a sus autores, mayormente en asunto de tanta importancia en que se trata del peligro y de la ruina de muchos, que, en definitiva, son prójimos nuestros a los que estamos obligados a amar como a nosotros mismos”. de Vitoria, Francisco: “Relectio de Iure Belli o Paz Dinámica”, C.S.I.C., Madrid, 1981, pág. 141.

⁹⁰ Von Elbe, Joachim: “The Evolution of the Concept of the Just War in International Law”, AJIL, Vol. 33, Num. 4, 1939, pág. 676.

⁹¹ “No hay otra causa razonable para hacer la guerra como no sea una lesión recibida, así lo dice San Agustín”. Grocio, Hugo: “The Rights of War and Peace”, Libro II, cap. I, 4. Para un análisis de las fuentes de la obra de Grocio: Sandifer, Durward: “Rereading Grotius in the Year 1940”, AJIL, Vol. 34, Num. 3, 1940; Edwards, Charles: “The Law of Nature in the Thought of Hugo Grotius”, The Journal of Politics, Vol. 32, Num. 4, 1970. Para un análisis de su contribución al derecho internacional: Schwarzenberger, Georg: “Jus Pacis Ac Belli. Prolegomena to a Sociology of International Law”, AJIL, Vol. 37, Num. 3, 1943; Van Vollenhoven, C. “Grotius and the Study of Law”, AJIL, Vol. 19, Num. 1, 1925; Lauterpacht, H.: “The Grotian Tradition in International Law”, BYIL, Vol. 23, 1946; Del Vecchio, Giorgio: “Grotius and the Foundation of International Law”, N.Y.U. Law Review, Vol. 37, 1962.

⁹² En la Odisea, Libro XXII, 60, Eurímaco ofrece devolver en oro y en bronce todo lo que los pretendientes han consumido en su ausencia. Ulises no queda satisfecho con esta mera reparación pecuniaria: “Para indemnizarme, podrías, Eurímaco, darme todos tus bienes, y los de tus familias, ¡y además añadir otros! Mi brazo aún continuaría golpeándote hasta tanto no haya obtenido mi venganza completa por tus crímenes”. Homero: «L’odyssée», Les Belles Lettres, Paris, 1987. Platón: “Las Leyes”, Libro IX, 861d/863a: “Hay que mirar a estas dos cosas: la injusticia y el daño; el daño deberá compensarlo, en la medida de lo posible, por las leyes, salvando lo que perece, volviendo a poner en pie lo que cae por obra de otro, poniendo remedio a las heridas o la muerte. (...) Cuando uno cualquiera haya cometido alguna injusticia, grande o pequeña, la ley lo llevará, enseñándole y forzándole a ello, o bien a no atreverse a cometer jamás de nuevo aquello en el futuro, o bien a cometerlo mucho menos a menudo, aparte de que haya pagado el daño causado”. Sobre la influencia estoica en Grocio, véase: Salomon, Albert: “Hugo Grotius and the Social Sciences”, PSQ, Vol. 62, Num. 1, 1947, pág. 70.

⁹³ Grocio: “The Rights of War and Peace”, Libro II, cap. II, 1.

⁹⁴ “La guerra no es legítima sino en la medida en la que es necesaria para la realización, el restablecimiento y la sanción conforme a derecho”. En su opinión, la causa justa de acometer una guerra no puede ser otra que la injuria, ya sea cometida (para que sea reparada o castigada) o no (“como es aquella por la que se pide garantía contra posible ofensa o contra daño que amenaza, o para que no se ejerza alguna violencia”). Grocio, Hugo: “Del derecho de la guerra y de la paz”, Editorial Reus, Madrid, 1925, Libro II, Cap. I, II, pág. 258. Grocio, Hugo: “The Rights of

Pufendorf desarrolló la idea de que debía procurarse encontrar una solución pacífica (como una Conferencia de las partes o el arbitraje) antes de recurrir a la fuerza, una idea que sería retomada luego de la Primera Posguerra.

Vattel (1714-1767) también consideró el derecho como un elemento esencial de la definición de la guerra⁹⁵; esta idea, que constituía el fundamento de la existencia del derecho internacional, subsistió hasta fines del siglo XVIII, para reaparecer a partir de la Primera posguerra⁹⁶.

Una corriente de pensamiento consideró que la expansión comercial e imperial de las potencias occidentales a otras partes del mundo tenía el efecto beneficioso de extender un conjunto de valores positivos (“cristianos”, “civilizados” o “avanzados”). Gentili, por ejemplo, defendió la expansión española en América, al considerar que los pueblos nativos mantenían prácticas aberrantes propias de un estado animal ⁹⁷. Como se ha visto, la reacción frente a esta tesis vendría de la valiente exposición de escuela española, que se enfrentó a su propio poder imperial. Alberdi también afirmó que la expansión comercial tuvo una influencia positiva al desarrollar un rol pacificador en las relaciones internacionales:

*“No es Grocio, en cierto modo, el creador del derecho de gentes moderno; lo es el comercio. Grocio mismo es la obra del comercio, pues la Holanda, su país, ha contribuido, por su vocación comercial y marítima, a formar la vida internacional de los pueblos modernos como ningún otro país civilizado. El comercio, que es el gran pacificador del mundo después del cristianismo, es la industria internacional y universal por excelencia, pues no es otra cosa que el intercambio de los productos peculiares de los pueblos, que permite a cada uno ganar en ello su vida y vivir vida más confortable, más civilizada, más feliz.”*⁹⁸

War and Peace”, Libro II, cap. I, II.. Véase: Scelle, Georges: “Règles générales du droit de la paix”, RCADI, Vol. 46 (1933-IV), pág. 674. Las causas o fuentes de la guerra, consideró Grocio, pueden ser tan numerosas como las controversias jurídicas, y a pesar de que cada parte pueda alegar la justicia de su causa, sólo una la tiene de su lado. Grocio, Hugo: “The Rights of War and Peace”, Libro II, cap. XXIII.

⁹⁵ “La guerra es ese estado en el cual cada uno persigue su derecho por la fuerza”. Vattel: “Le droit des gens ou principes de la loi naturelle”, Libro III, Cap. 1.

⁹⁶ Kelsen, Hans: “Law and Peace in international relations”, Harvard University Press, 1942, pág. 44.

⁹⁷ “Por lo tanto, apruebo decididamente la opinión de los que afirman que la causa de los españoles es justa cuando hacen la guerra contra los indios, que llevaban a cabo prácticas de una lascivia abominable, incluso con bestias, y comían carne humana, matando hombres con ese fin. Pues esos pecados son contrarios a la naturaleza humana (...)”. Gentili: “De Re Militari et Bello Tractatus”. Citado en Tuck, Richard: “The rights of war and peace. Political thought and the international order from Grocio to Kant”, Oxford University Press, 2001, pág. 34.

⁹⁸ Alberdi, Juan Bautista: « El crimen de la guerra », Obras selectas, Nueva edición ordenada, revisada y precedida de una introducción por el Dr. Joaquín V. González, Buenos Aires, Librería "La Facultad" de Juan Roldán, 1920, t. XVI., pág.28. Más adelante en este trabajo agregó que (...) “El comercio es el principal creador del derecho internacional, como constructor incomparable de la unidad y mancomunidad del género humano. El ha creado a Alberico Gentile y a Grocio, inspirados por la Inglaterra y la Holanda, los dos pueblos comerciales por excelencia, es decir, los dos pueblos más internacionales de la tierra por su rol de mensajeros y conductores de las Naciones. El derecho de gentes moderno, como hecho vivo y como ciencia, ha nacido en el siglo XVI, siglo de las empresas gigantescas del comercio, de los grandes descubrimientos geográficos, de los grandes viajes, de las grandes y colosales empresas de inmigración y de colonización de los pueblos civilizados de la Europa en los mundos desconocidos hasta entonces “. Alberdi, Juan Bautista, “op.cit.” págs. 46 y 47. Se trata de una idea desarrollada anteriormente por Kant, Immanuel: “Projet de paix perpetuelle (1796)”, Bibliothèque de La Pléiade, Gallimard, Tomo 3, Paris, 1986, pág. 362.

Con la Revolución Rusa apareció una nueva formulación: las guerras justas eran las guerras de liberación que se llevan a cabo sea para defender al pueblo de un ataque externo o para liberarse de la esclavitud capitalista y del yugo del imperialismo; la doctrina se completaba con la justificación de la guerra como proceso que permitía el desarrollo de fuerzas contenidas en la propia lógica de la historia: todo lo que contribuía al triunfo de estas tendencias históricas estaba moralmente justificado⁹⁹.

El derecho a la autopreservación y la "razón de Estado"

Toda persona tiene derecho a asegurar su supervivencia, porque no puede pedirse a un individuo que se suicide no resistiéndose a la fuerza que se emplea contra él. Freud analizó que la pulsión de autoconservación -de naturaleza erótica - necesita disponer de la agresión si es que ha de conseguir su propósito¹⁰⁰. También Erich Fromm (1900-1980) desarrolló la tesis de la agresión como una respuesta frente a la percepción de una amenaza a los intereses vitales del individuo:

"Como bien dije, los hombres no son esencialmente diferentes en cuanto a sus impulsos fisiológicamente determinados. Esto es así también para los impulsos agresivos; el cerebro del hombre, como el de sus ancestros animales, moviliza una conducta agresiva (o vuelo) en respuesta a amenazas a sus intereses vitales. La agresión humana, en este sentido, sólo es más frecuente porque el hombre puede hacer muchas cosas que los animales no pueden: puede prever futuras amenazas; puede ser persuadido de ver amenazas donde en realidad no existen. Eventualmente, sus intereses vitales no son solamente la vida, la comida, el acceso a las hembras, etc., sino también valores, símbolos, instituciones, que son una condición para su equilibrio mental. Sin embargo, la "agresión extra" del hombre, esa que puede hacerlo más destructivo y cruel que la mayoría de los mamíferos, está enraizada en su carácter".¹⁰¹

Una sociedad confrontada a una amenaza que afecta su propia continuidad es altamente probable que resuelva utilizar la fuerza militar que tiene a su disposición; no parece razonable, por lo tanto, requerir que una sociedad decida aceptar su desaparición en manos de un enemigo cuyas intenciones ha descubierto, porque exista una norma de

⁹⁹ "En su discurso de Leipzig, según lo informado en el N.Y. Times, el Premier Khrushchev afirmó que "si hubiera una nueva guerra - y una podría iniciarse con un pequeño incidente-, terminaría con la caída del capitalismo" y que "incluso los ciegos verán lo que es blanco y lo que es negro y verán que para el mundo no hay dos caminos, sino uno solo: el del comunismo-". El Premier Khrushchev está aquí reiterando el tema de la revolución sistémica que, informa Adlai Stevenson, ya había expresado previamente: "Debe entender, Sr. Stevenson, que vivimos en una época en la que un sistema está dando paso a otro. Cuando ustedes establecieron su sistema republicano en el Siglo XVIII, a los ingleses no les gustó. Ahora, también, está teniendo lugar un proceso en el que los pueblos quieren vivir bajo un nuevo sistema de sociedad; y es necesario que uno acepte y se reconcilie con este hecho. El proceso debe tener lugar sin interferencias". Citado en: McDougal & Feliciano, Myres & Florentino: "Law and Minimum World Public Order. The Legal Regulation of International Coercion", Yale University Press, 1961, pág. 189. Fue esta concepción de la ineluctabilidad de la historia que Francis Fukuyama consideró terminada con la caída del muro de Berlín, en su libro "El fin de la Historia".

¹⁰⁰ Freud, Sigmund: "¿Por qué la guerra?", Obras Completas, Vol. 22, Amorrortu, 1986, pág.193. Las pulsiones de autoconservación son comunes a todos los seres vivos: Freud, Sigmund: "Au-delà du principe de plaisir", Oeuvres complètes, Vol. XV, Presses Universitaires de France, 1996, págs. 280 y 308 y ss.

¹⁰¹ Fromm, Erich: "The Erich Fromm Theory of Aggression", The Literary Estate of Erich Fromm c/o Rainer Funk, Tübingen, 2004.

derecho internacional que la obligue a aceptar la realidad de su desaparición de la comunidad internacional, aún contando con los medios para evitarlo. Es un precio demasiado alto para soportar la prueba de la racionalidad¹⁰² de la norma invocada.

El paradigma clásico consideró el derecho a la autopreservación trasladable a la comunidad y al Estado (o al príncipe), como una sumatoria de la necesidad de defender tanto la supervivencia de los habitantes como la conservación del poder por parte de quienes lo ejercen; en este último caso, estamos en presencia de la llamada “razón de estado”: un conjunto de argumentos utilizados por las autoridades de un Estado para defender y ampliar sus intereses ilegalmente y, a menudo, también contrariamente a las normas morales y constitucionales¹⁰³. La intersección del legítimo derecho a la supervivencia con su manipulación por una “razón de Estado” es una diagonal a menudo transitada para justificar intervenciones preventivas y guerras de agresión. Maquiavelo¹⁰⁴ (1469-1527) consideró que la conservación y aumento del poder podía obligar a ir en contra de normas morales:

“un príncipe, y especialmente uno nuevo, que quiera mantenerse en el poder debe comprender bien que no les es posible observar en todo lo que hace tener como virtuosos a los hombres; supuesto que a menudo, para conservar el orden de un Estado, está en la precisión de obrar contra su fe, contra las virtudes de humanidad, caridad, y aún contra su religión. Su espíritu debe estar dispuesto a variar según lo exijan de él los vientos y variaciones de la fortuna; y, como ya he dicho más arriba, a no apartarse del bien mientras pueda, pero también a saber entrar en el mal cuando haya necesidad¹⁰⁵”.

¹⁰² Es lo que llevó a Bradford a considerar que Israel se encuentra en un « estado de naturaleza » que la obliga a defender su supervivencia en razón del derecho natural: “No obstante, si el Consejo de Seguridad, por un voto que niega una autorización, regresa a un Estado al estado de naturaleza y lo obliga a elegir entre una piadosa resignación a su propia devastación como una obligación, o a medidas unilaterales consistentes con un deber positivo según el derecho natural, aún cuando estén en desacuerdo con una interpretación restrictiva de la Carta, la opción inevitable por la autoayuda no puede ser caratulada seriamente como un acto voluntarista. Más aún, según el derecho natural, cada Estado no está solamente autorizado a deducir de manera independiente los principios correctos que deben gobernar su conducta y a ubicar sus obligaciones en una jerarquía relativa; al contrario, está obligado a hacerlo, y el deber de defenderse es la responsabilidad última del Estado. Aunque los Estados miembros de la ONU aceptan la primacía del Consejo de Seguridad en los asuntos que involucran la paz y la seguridad internacionales, cualquier interpretación del hecho aislado de su membresía como un mandato vigente para suspender sus derechos naturales a la legítima defensa y para privar a sus nacionales de su derecho a protección no se condice con el principio de derecho natural de que ningún individuo o Estado puede comprometerse a renunciar a la legítima defensa o a realizar cualquier otro acto que sea destructivo o resulte perjudicial para su supervivencia”. Bradford, William: “The duty to defend them”. A natural law justification for the Bush doctrine of preventive war”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 79, 2004, pág. 66. “Yo –como cualquier jefe de Estado– reservo el derecho de actuar unilateralmente si es necesario para defender mi nación”: Obama, Barack: “Nobel Lecture”, Oslo, 10 December 2009; “(...) la Defensa Nacional es una obligación esencial e indelegable del Estado, donde deben coincidir todos los esfuerzos necesarios para preservar los intereses vitales de la República”: “Directiva de Política de Defensa Nacional” (Decreto 1714/2009).

¹⁰³ Tuck, Richard: “The rights of war and peace. Political thought and the international order from Grotius to Kant”, Oxford University Press, 2001, pág. 6. El Cardenal de Richelieu es considerado uno de los creadores de esta doctrina, justificando ciertos procedimientos inmorales de la Corona en la necesidad de evitar un mal mayor y en el derecho de la autoridad real a no tener que rendir cuentas de las motivaciones de las decisiones políticas.

¹⁰⁴ Viroli, Maurizio: “Niccolò's smile. A biography of Machiavelli”, Farrar, Strauss & Giroux, 2001; Maquiavello: “El Príncipe y Otros Escritos”, Editorial Iberia, 1970.

¹⁰⁵ Maquiavelo: “El Príncipe y Otros Escritos”, Editorial Iberia, 1970, pág. 86.

Maquiavelo también consideró que la razón de estado puede verse legitimada por lo que Max Weber (1864-1920) llamaría posteriormente “legitimación por resultados”:

*“En las acciones de todos los hombres, pero especialmente en las de los príncipes, contra los cuales no hay juicio que implorar, se considera simplemente el fin que ellos persiguen. Dedíquese, pues, el príncipe a superar siempre las dificultades y a conservar su estado. Si sale con acierto, se tendrá por honrosos siempre sus medios, alabándolos en todas partes: el vulgo se deja siempre coger por las exterioridades y seducir del acierto. Ahora bien, casi no hay más que vulgo en el mundo; y el corto número de los espíritus penetrantes que en él se encuentra, no dice lo que vislumbra, hasta que el sinnúmero de los que no lo son no sabe ya a que atenerse.”*¹⁰⁶

Tanto para Grocio como para Hobbes, la autopreservación era un principio básico del derecho y la moral internacionales, porque entendían que no podía imaginarse un sistema basado en la negación del derecho de cada pueblo o comunidad a preservarse a sí mismos¹⁰⁷, pero Grocio negó el principio de la razón de Estado como criterio superior a toda argumentación legal para el uso de la fuerza: la cuestión no es debatida en su obra ni Maquiavelo es siquiera citado¹⁰⁸. También Vattel consideró que la defensa era un derecho natural a la supervivencia¹⁰⁹; Pufendorf consideró que efectuar el primer movimiento para atacar al enemigo; concebir primero un plan de atacar al otro o realizar los preparativos para la guerra con ese fin¹¹⁰, constituían elementos que definían al agresor potencial en un conflicto; agregó que la legítima defensa formaba parte del derecho a la autopreservación, que surgía de la recta razón¹¹¹: la propia naturaleza, afirmó, nos ha dado la “indulgencia” de utilizar la fuerza cuando no podemos estar seguros por otros medios pacíficos de los daños (“injuries”) y asaltos, porque nadie tiene el privilegio de violar la ley como le plazca contra otros hombres¹¹². Montesquieu (1689-1755) consideró que los Estados tienen el derecho de ir a la guerra para asegurar su propia conservación, y que ello derivaba de una ley natural¹¹³. Luis María Drago (1859-1921) afirmó que la agresión de un Estado contra otro no podía ser justificada salvo que esa acción fuera necesaria para asegurar su propia existencia¹¹⁴.

¹⁰⁶ Maquiavelo, “op.cit.”, pág. 87.

¹⁰⁷ Tuck, Richard: “The rights of war and peace. Political thought and the international order from Grocio to Kant”, Oxford University Press, 2001, pág. 5.

¹⁰⁸ Lauterpacht, H.: “The Grotian Tradition in International Law”, BYIL, Vol. 23, 1946, pág. 30.

¹⁰⁹ “Analizando el Derecho a la seguridad, hemos demostrado que la Naturaleza otorga a los hombres el derecho de usar la fuerza, cuando ésta es necesaria para su defensa y para la conservación de sus derechos. Este principio está generalmente reconocido; la razón lo demuestra, y la Naturaleza misma lo ha grabado en el corazón del hombre”. Vattel: “Le droit des gens ou principes de la loi naturelle”, Libro III, Cap. 1.

¹¹⁰ “En este caso debe ser considerado agresor quien realizó el primer movimiento para dañar a su vecino, o quien concibió primero el plan para el daño, y la preparación de la guerra para lograrlo (...)”. Pufendorf: “Of the Law of Nature and Nations”, Libro II, Cap. V.

¹¹¹ “A la auto-preservación, que no sólo la pasión más tierna, sino la más exacta razón recomiendan a la Humanidad, pertenece la legítima defensa, o la prevención de aquellos males o daños dirigidos a herirmos cuando son llevados a cabo por otro hombre”. Pufendorf: “Of the Law of Nature and Nations”, Libro II, Cap. V.

¹¹² Pufendorf: “op.cit.”, Libro II, Cap. V.

¹¹³ Montesquieu, Charles de: “De l'esprit des Loix”, Les Belles Lettres, 1950, Libro X, cap. I. En adelante será citado de la siguiente manera : Montesquieu: “De l'esprit des Loix”.

¹¹⁴ Drago, Luis M.: “State Loans in their Relation to International Policy”, AJIL, Vol. 1, Num. 3, 1907, pág. 701.

En principio, las medidas adoptadas para asegurar la supervivencia están sujetas a las mismas condiciones que se aplican para el uso de la fuerza en general, como la necesidad, la proporcionalidad o la inmediatez. La “fórmula de Webster”¹¹⁵ estableció las limitaciones de la legítima defensa: en primer lugar, debía existir una necesidad de legítima defensa, instantánea, abrumadora y que no permita la elección de los medios ni dé lugar a una deliberación previa; en segundo lugar, la respuesta debía ser razonable y proporcional.

La autopreservación es un concepto que atribuye el instinto vital de supervivencia de los seres vivos a una comunidad política, lo que ha dado lugar a la *doctrina de los intereses vitales*¹¹⁶; su realización resultaría de la sumatoria de las percepciones de amenaza a su supervivencia de cada uno de los miembros de una sociedad que pueden influir en el proceso de decisiones que lleva a la utilización de la fuerza del grupo en defensa propia. La necesidad de asegurar la preservación pone en funcionamiento los mecanismos sociales (políticos) de evaluación de riesgo y, por lo tanto, la base de racionalidad de la contención y la disuasión que evita la mayoría de los conflictos. Esta fue la lógica básica del “equilibrio del terror” de la Guerra Fría¹¹⁷.

Una interpretación del derecho a la autopreservación del Estado se produjo al serle solicitada a la Corte Internacional de Justicia una Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el uso de las armas nucleares¹¹⁸. La Corte, sorprendentemente¹¹⁹, declaró

¹¹⁵ La cuestión es analizada en el Capítulo II de este trabajo.

¹¹⁶ Los intereses vitales son aquellos intereses por cuya defensa un Estado está dispuesto a ir a la guerra. Para la tesis de que existe una norma consuetudinaria por la que nada puede ir en contra de la defensa de los intereses de autopreservación del Estado: Nagan & Hammer, Winston P. & Craig: “The new Bush National Security Doctrine and the Rule of Law”, BerkeleyJIL, Vol. 22, Num. 3, 2004, pág. 382. En nuestro país, la “Directiva de Política de Defensa Nacional” (Decreto 1714/2009), establece en sus considerandos que: “la Defensa Nacional es una obligación esencial e indelegable del Estado, donde deben coincidir todos los esfuerzos necesarios para preservar los intereses vitales de la República”. También: “Los Estados Unidos quieren destacar que sólo considerarán el uso de armas nucleares en circunstancias extremas para defender los intereses vitales de los Estados Unidos, sus aliados y socios”: “Nuclear Posture Review”, Department of Defense, April 2010, pág. 16.

¹¹⁷ Una aplicación actual de estas ideas puede verse en el siguiente discurso del entonces Presidente de Francia Jacques Chirac: “La integridad de nuestro territorio, la protección de nuestra población, el libre ejercicio de nuestra soberanía constituirán siempre el núcleo de nuestros intereses vitales. Pero no se limita a ellos. La percepción de estos intereses evoluciona al ritmo del mundo, un mundo marcado por la interdependencia creciente de los países europeos y también por los efectos de la globalización. Por ejemplo, la garantía de nuestros suministros estratégicos o la defensa de países aliados, son, entre otros, los intereses que conviene proteger. Le corresponderá al Presidente de la República apreciar la amplitud y las consecuencias potenciales de una agresión, de una amenaza o de un chantaje intolerables en contra de estos intereses. Este análisis podría, llegado el caso, a considerar que éstos entran en el campo de nuestros intereses vitales”. Chirac, Jacques: “Allocution de M. Jacques Chirac, Président de la République, lors de sa visite aux forces aériennes, océanique et stratégiques.”, Présidence de la République, 19 de enero de 2006.

¹¹⁸ Matheson, Michael: “The Opinions of the International Court of Justice on the threat or use of nuclear weapons”, AJIL, Vol. 91, Num. 3, 1997.

¹¹⁹ La reacción de Schwebel al hecho de que la Corte no pudo afirmar cuál es el derecho aplicable a una cuestión central del ejercicio de la fuerza desde 1945 fue categórica: “Esta es una conclusión sorprendente para que llegue a ella la Corte Internacional de Justicia. A pesar del hecho de que su Estatuto “forma una parte integral” de la Carta de Naciones Unidas, y a pesar de los términos comprensivos y categóricos del Artículo 2, párrafo 4, y Artículo 51 de esa Carta, la Corte concluye en la suprema cuestión de la amenaza o uso de la fuerza de nuestra época, que no tiene opinión. En “una circunstancia extrema de legítima defensa, en la que la propia supervivencia de un Estado podría estar en riesgo”, la Corte encuentra que el derecho internacional -y, en consecuencia, la Corte- no tiene nada para decir. Después de tantos meses de una valoración agonizante del derecho, la Corte descubre que no existe. Cuando se trata de los intereses supremos del Estado, la Corte deja de lado el progreso jurídico del Siglo XX, hace a un costado las provisiones de

que no podía llegar a una conclusión definitiva sobre la legalidad o ilegalidad del uso de las armas nucleares por un Estado que se encontrara en una “circunstancia extrema de legítima defensa, en el que su propia supervivencia estuviera en juego”¹²⁰. La Corte completó este razonamiento con otro en el que consideró que «no podía perder de vista el derecho fundamental de cada Estado a la supervivencia, y por lo tanto, de recurrir a la legítima defensa de acuerdo con el artículo 51 de la Carta, cuando su supervivencia está en juego»¹²¹, aunque éste debía ejercerse “de una manera compatible con el derecho internacional humanitario”¹²².

El derecho a la autopreservación se debatió también en el Consejo de Seguridad a propósito del ataque israelí al reactor Osirak¹²³. Dos posiciones resumieron la controversia:

Blum (Israel): “Al destruir el reactor Osirak, Israel llevó a cabo un acto elemental de preservación propia, tanto desde el punto de vista moral como jurídico. Al hacerlo, Israel ejerció su derecho inmanente de legítima defensa, tal como se lo entiende en el derecho internacional general y como consta en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas»¹²⁴.

Oumaru (Níger): “De allí nuestra gran preocupación ante el hecho de que, no obstante las reglas del derecho internacional, cualquier soberanía pueda ser tan brutalmente limitada y cualquier Estado pueda emprender mañana una agresión contra otro nada más que por su instinto de conservación”¹²⁵.

Cuando está en juego la supervivencia y se encuentran disponibles para la defensa medios o procedimientos prohibidos, ¿pueden éstos usarse en una situación desesperada,

la Carta de las Naciones Unidas –de la cual es “el principal órgano judicial”– y proclama, en términos que huelen a “Realpolitik”, su ambivalencia acerca de las disposiciones más importantes del derecho internacional moderno. Si esta iba a ser su decisión final, la Corte habría actuado mejor haciendo uso de su poder discrecional para no pronunciar opinión alguna”. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel, 8 July 1996. De aquí en adelante será citado de la siguiente manera: ICJ, “Nuclear Weapons, Op. Dis. Schwebel”.

¹²⁰ “Por consiguiente, a la luz del estado actual del derecho internacional visto como un todo, como fue examinado ut supra por la Corte, y de los elementos de hecho a su disposición, la Corte observa que no puede llegar a una conclusión definitiva sobre la legalidad o ilegalidad del uso de armas nucleares por parte de un Estado en una circunstancia extrema de legítima defensa, en la cual su propia supervivencia estuviera en riesgo”. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, para. 97. De aquí en adelante será citado de la siguiente manera: ICJ, “Nuclear Weapons, Op. Cons.”

¹²¹ “Aún más, la Corte no puede perder de vista el derecho fundamental de todo Estado a su supervivencia, y en consecuencia, su derecho a recurrir a la legítima defensa, de acuerdo con el Artículo 51 de la Carta, cuando su supervivencia está en riesgo” ICJ, “Nuclear Weapons, Op. Cons.”, para. 96.

¹²² “Una amenaza o uso de armas nucleares también debería ser compatible con los requisitos del derecho internacional aplicable en caso de conflicto armado, particularmente aquellos principios y reglas del derecho internacional humanitario, así como con obligaciones específicas surgidas de tratados y otros compromisos que expresamente se refieren a las armas nucleares”. ICJ, “Nuclear Weapons, Op. Cons.”, Decisión, 2 (D). Dershowitz ha destacado que ello obligaría a utilizar las armas nucleares en legítima defensa fuera de las zonas donde se encuentren civiles, como buques o bases militares. Dershowitz, Alan M.: “Preemption, A knife that cuts both ways”, W. W. Norton, 2006, pág. 70. La destrucción mutua asegurada (MAD) o disuasión por el “equilibrio del terror” estuvo basada en la idea exactamente contraria: la muerte de una cantidad tal de civiles que convirtiera el riesgo de la represalia en demasiado alto para el Estado que efectuaba el ataque inicial. Otra cuestión no aclarada es si un Estado podría hacer un uso precautorio de su arsenal nuclear, interpretando que el artículo 51 incluye la legítima defensa precautoria. Ambos temas son desarrollados más adelante en este trabajo.

¹²³ El caso es analizado más adelante en este trabajo.

¹²⁴ S/PV.2280, pág. 8.

¹²⁵ S/PV.2284, pág. 2.

o se debe aceptar la necesidad del suicidio para no causar un daño injusto al atacante?. La respuesta es un dilema moral de difícil solución.

El uso de la fuerza como sanción

En el paradigma clásico, la guerra era un medio para obtener una reparación (del perjuicio sufrido); una sanción (como castigo de la conducta ilegal) o un delito (si no existía una justa causa -“*bellum justum*”-)¹²⁶; los tratadistas trataron de elaborar, a partir de las doctrinas anteriores, la práctica de los Estados y los tratados internacionales unos principios generales que permitieran establecer la justicia del derecho alegado. Sin embargo, la discriminación entre la guerra como justa sanción o como delito (por no existir justa causa) continuaba siendo problemática por la ausencia de una autoridad superior encargada de calificar la conducta de los Estados en caso de falta de acuerdo.

La respuesta a esta perplejidad fue considerar al derecho internacional como un sistema “primitivo”¹²⁷, propio de sociedades preestatales¹²⁸ en las que, ante la ausencia de órganos superiores encargados de establecer el delito y ejecutar la sanción, cada individuo está autorizado a hacer justicia por sí mismo, aplicando unos criterios consensuados (considerados “legítimos” o “justos”) entre los diferentes integrantes de la sociedad¹²⁹.

La similitud entre un sistema jurídico preestatal o “primitivo” y el derecho internacional es la inexistencia de órganos diferenciados y superiores encargados del dictado de las normas, su aplicación a cada caso concreto y la ejecución de las sentencias correspondientes: las normas jurídicas son creadas por los mismos individuos encargados de aplicarlas. La comunidad establece una valoración de los individuos por la manera en que han aplicado las sanciones por mano propia, que afecta su consideración social¹³⁰. Si este juicio moral no resulta suficiente para lograr que los individuos cambien su forma de proceder (una valoración diferente del alcance y aplicación de las normas), se estará entonces ante la formación de una nueva norma jurídica. La lógica de un sistema primitivo, por lo tanto, reconoce la juridicidad de un conjunto de normas que, en gran medida, está basado, en última instancia, en la acumulación de antecedentes de la correlación de fuerzas entre los distintos miembros de la comunidad¹³¹.

¹²⁶ Salomon, Albert: “Hugo Grotius and the Social Sciences”, *PSQ*, Vol. 62, Num. 1, 1947, pág. 78.

¹²⁷ Scelle considera que una característica esencial de las sociedades primitivas es la indiferenciación que se traduce en una confusión de funciones. Las sanciones de derecho son colectivas y se expresan por una reacción más o menos consciente y generalmente violenta de la colectividad entera dirigida a la expulsión o supresión del elemento problemático y a restablecer el equilibrio material o moral comprometido por esa acción. Para Scelle la guerra contiene aún este carácter primitivo. Scelle, Georges: “*Règles générales du droit de la paix*”, *RCADI*, Vol. 46 (1933-IV), pág. 623.

¹²⁸ Kelsen, Hans: “*Law and Peace in international relations*”, Harvard University Press, 1942, pág. 48.

¹²⁹ McDougal, Myres: “*The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defense*”, *AJIL*, Vol. 57, Num. 3, 1961, pág. 598, considera respecto de la defensa propia que: “*En un mundo todavía organizado primitivamente, en el que las expectativas acerca de la capacidad efectiva de la comunidad en general para proteger a sus miembros individuales son bajas, este derecho ha sido visto como indispensable aún para el mantenimiento del más modesto y mínimo orden*”.

¹³⁰ Aunque las concepciones religiosas y las tradiciones puedan mantener ciertos elementos igualitarios en el sistema.

¹³¹ “*El procedimiento de la guerra consiste en determinar la fuerza gubernamental más grande, es decir, en establecer el ‘vencedor’ (...)*”. Scelle, Georges: “*Règles générales du droit de la paix*”, *RCADI*, Vol. 46 (1933-IV), pág. 674.

En un sistema internacional de características similares, la calificación de la guerra como sanción o como delito remite al problema de quién califica el hecho en última instancia, porque la posibilidad de que un Estado autocalifique su uso de la fuerza como ilegal es altamente improbable, cuando no una contradicción en los términos. La historia de la doctrina del derecho internacional en materia de uso de fuerza es, en gran medida, el desarrollo de un sistema de demostración de la juridicidad de la conducta de los Estados¹³² y el intento de lograr una sistematización que permita establecer la existencia de normas consuetudinarias reconocidas como tales¹³³. La utilización de la fuerza por un Estado está prohibida excepto que se trate de la reacción frente a un hecho ilícito; si no se acepta este postulado inicial, se niega la existencia del derecho internacional¹³⁴. Cada vez que se produce un uso de la fuerza militar, el Estado desarrolla una argumentación sobre su juridicidad, habitualmente controvertida por el Estado que sufre su ejercicio, lo que no excluye una manipulación cínica de realidades y argumentos¹³⁵.

La idea de que la guerra puede ser considerada una sanción ha sido muy debatida en la doctrina, en razón de que no existe una autoridad superior a los Estados sino que los Estados son parte y juez al mismo tiempo y de que la reparación del daño no depende de la justicia del derecho invocado, sino de la correlación de fuerzas entre el Estado ofendido y ofensor, condenando a los Estados débiles a tener que soportar una eventual (y, tal vez, muy probable) injusticia.

¹³² Grocio, por ejemplo, diferenció las razones (pretextos) de los motivos (causas) por las que un Estado va la guerra: Grocio, Hugo: "The Rights of War and Peace" Libro I, cap. XXII.

¹³³ Habitualmente, la controversia sobre la juridicidad y la existencia de mecanismos de regulación de controversias es inversamente proporcional al uso de la fuerza militar presente en la cuestión; la controversia sobre la doctrina de la intervención preventiva se refiere, por lo tanto, a un área donde el derecho es por necesidad débil y ambiguo: "Creado por los Estados, y sobre todo por las grandes potencias y teniendo una incidencia directa sobre los intereses vitales de dichos Estados, no puede dictar restricciones precisas y penetrantes". Cassese, Antonio en Cot & Pellet, Jean-Pierre & Alain: "La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article", Economica, 2005.

¹³⁴ Por lo tanto, la existencia del derecho internacional está condicionada al reconocimiento de la teoría del «*bellum justum*». La dilucidación de esta cuestión no pertenece al dominio científico sino político: Kelsen, Hans: "Law and Peace in international relations", Harvard University Press, 1942, pág. 52.

¹³⁵ "Es suficiente reconocer que, en numerosas situaciones, los gobiernos no son disuadidos del uso de la fuerza o de la amenaza del uso de la fuerza por consideraciones de poder, miedo o destrucción, o en todo caso, por el derecho. En general atribuimos dichas decisiones en razón del interés propio y por cálculos sobre los probables costos y beneficios. También podemos reconocer que factores no racionales – las emociones, la búsqueda del poder, la ignorancia- juegan un papel importante. La incertidumbre es mayor respecto de la influencia del derecho y la moral sobre estas decisiones. Las razones de esta incertidumbre no surgen de una falta de referencia a reglas legales y morales. Por el contrario, cada vez que un gobierno hace uso de la fuerza o responde a ese uso hecho por otros, invoca el derecho junto con consideraciones de moralidad y humanidad. Este mismo hecho genera cinismo, dado que resultaría posible para cada acción encontrar apoyo en el derecho, y no parece haber una autoridad superior efectiva capaz de definir la cuestión. Estos hechos llevan razonablemente a muchos a concluir que las reglas legales sobre el uso de la fuerza pueden ser utilizadas para racionalizar y justificar casi cualquier uso de fuerza y, por lo tanto, que pueden tener poca o ninguna influencia sobre la decisión real de emplear la fuerza".: Schachter, Oscar: « The Right of States to Use Armed Force », Michigan Law Review, Vol. 82, Num. 5/6, Festschrift in Honor of Eric Stein (Apr. -May, 1984), pág. 1621. También: Gray, Christine: "International Law and the Use of Force", Oxford University Press, 2002, pág. 134.

Kelsen (1881-1973) consideró que al hacer justicia por propia mano¹³⁶ pero de acuerdo con esas normas consensuadas, cada miembro de un sistema jurídico primitivo está, en realidad, actuando como un “órgano de la sociedad”, y, por lo tanto, “jurídicamente”, porque su acto “ejecuta una norma del orden social que constituye la comunidad”¹³⁷. Si su conducta no se ajustara a esos criterios de distribución de justicia que la sociedad considera obligatorios, se transformaría en un delito y, por lo tanto, habilitaría a otros miembros de la comunidad a ejercer a su vez una “sanción”.

Si el Estado que utiliza la fuerza ha sido víctima de una violación del derecho internacional pero esa norma del derecho internacional violada no autoriza el uso de la fuerza, esa guerra es una guerra de agresión y por lo tanto ilícita: el Estado agredido puede ejercer legítimamente su derecho de legítima defensa. Un Estado puede recurrir también a la guerra sin haber sido atacado cuando es parte de un mecanismo de seguridad colectiva.

La guerra constituye así una intervención ilimitada en la esfera de intereses de un Estado por otro, que puede ser un acto ilícito o bien una sanción producto de una conducta ilegal del Estado sancionado de acuerdo con una norma de derecho internacional. Para Kelsen la guerra de agresión está prohibida pero la guerra en legítima defensa está permitida, al igual que está permitida la guerra que se realiza como una medida coercitiva ejecutando una decisión del Consejo de Seguridad. ¿Qué sucede si el Estado que es sancionado con el uso de la fuerza se resiste y utiliza la fuerza para defenderse? La resistencia por la fuerza contra las represalias legítimas es ilícita y por lo tanto puede ser contestada a título de sanción con nuevas represalias o con la guerra¹³⁸.

¹³⁶ Venganza o “*vendetta*” en términos tradicionales, autoayuda o “*self-help*” en términos actuales. En las sociedades primitivas, la venganza prima sobre el derecho. También: Scelle, Georges: “*Règles générales du droit de la paix*”, RCADI, Vol. 46 (1933-IV), pág. 665.

¹³⁷ Kelsen, Hans: “*Law and Peace in international relations*”, Harvard University Press, 1942, pág. 49.

¹³⁸ Kelsen, Hans: «*Principios de Derecho Internacional Público*», El Ateneo, Buenos Aires, 1965, pág. 25.
