

LA GUERRA Y EL DERECHO DE GUERRA EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN LA DOCTRINA INTERNACIONALISTA (*)

L'home n'est ni ange ni bête, et
le malheur veut que qui veut faire
l'ange fait la bête.

PASCAL (Pensées).

I

El hombre moderno vive en un presente de astronómicas dilataciones, un presente cuyo signo en todas las cosas y en todos los aspectos es *lo desmedido*. «Si se consideran los más recientes cálculos sobre la edad de la Humanidad, y a ello se añade la cada vez menos interrumpida cadena de la ascendencia animal, no puede uno sustraerse a la avasalladora vivencia de una inmensa oleada cósmica... Hoy miramos hacia atrás en los abismos del tiempo y comenzamos a aprender para el *tiempo* lo que desde hace algunos siglos sabíamos ya para el *espacio*: mantenernos en lo insondable» (von Balthasar). Pero también el *espacio* crece cada vez más. «El invento de la bomba atómica ha abierto un nuevo límite que se extiende más profundamente en lo infinito que los límites naturales que circunscriben las montañas y las llanuras...» (J. D. Bernal). En el éter, con el desarrollo de la radiotelegrafía, el hombre ha tomado a su servicio el *espacio cósmico* desprovisto de materia; el éter se ha convertido en vehículo de noticias y en medio de transmisiones prácticamente ubicuas (1).

(*) Conferencia pronunciada el 8 de noviembre de 1955 en Bad Sooden-Allendorf, con motivo de la Semana Universitaria organizada por el Gobierno del Estado de Hesse para el desarrollo de la Ciencia política.

(1) Esta penetración de la técnica en el espacio cósmico vacío trae

A la ilimitación del contorno del hombre moderno va unido lo desmesurado de sus concepciones y acciones. Oswald Spengler proclamó el grandioso mito de la férrea legalidad del madurar y del morir de las culturas, que se producen de un modo ilimitado, de la era de las guerras mundiales y de la «saeva sed nobilissima necessitas» de la decadencia de Occidente —sintomática fantasía de un alma de artista genialmente inspirada—. Ante al optimismo colectivista del progreso no podemos descartar tan rápidamente las imposibilidades técnicas que aún quedan. Quiliasmo —con signo negativo o positivo— de ambos lados: «¡les extrêmes se touchent!» Difícilmente tiene conciencia el «homo vulgaris» de hoy, que se oculta en el anonimato de la masa y cuyo núcleo personal se disuelve en ella (2), de lo que puede significar un futuro cortado por el ya conocido patrón del pasado abismal. Resignación nihilista o agitada impaciencia y sueños de color de rosa también frente a ese fenómeno que ha determinado siempre el destino de los individuos, de los Estados, de los pueblos y de las culturas y que, según autorizados pronóstico, puede hoy ocasionar la ruina de la vida humana sobre el planeta: la guerra.

Desde la primera guerra mundial, la «guerra», antes una «institución jurídica», ha llegado a convertirse, por medio de su proscripción («outlawry»), en un delito de Derecho internacional. Apoyada en la convicción jurídica de toda la humanidad civilizada que, a través de los Estados pertenecientes a la comunidad jurídica internacional, determinó el desarrollo del Derecho internacional, esta transformación se llevó a cabo de un modo especial por el Pacto Briand-Kellogg. En el brevísimo espacio de unos segundos históricos hubo de concentrarse sobre la imperfecta ordenación jurídica internacional entre Estados «soberanos», lo que, en la sobrecoronada ordenación jurídica del imperio medieval, habían hecho madurar las numerosas constituciones imperiales de paz en un

consigno, por lo demás, una serie de problemas nuevos de gran trascendencia: cf., JOHANN JOEDEN: *Die Funksendefreiheit der Staaten, Jahrbuch für Internationales Recht*, 3 (1954), págs. 85 y sigs.; y 4 (1954), págs. 71 y siguientes.

(2) Cf. el sobrio pero sugestivo estudio sobre las variaciones estructurales de la sociedad americana, de DAVID RIESMAN y otros: *The Lonely Crowd* (1950); también, RAINER GRÜNTER: *Homo vulgaris - Das Problem der Masse bei Ortega y Gasset*, Jahrbuch «Der Bund», 1948-49.

desarrollo de más de quinientos años: la transformación de la lucha privada en un delito.

Así, especialmente desde 1928, tanto en la Política como en la Ciencia del Derecho internacional, se ha querido arrojar por la borda todo el Derecho de guerra, «el resultado de un desarrollo milenario que mitigó el dolor de la guerra y mereció la bendición de la Humanidad y de la cultura. ¡Qué flores pudo hacer brotar la confusión doctrinal!», exclamó a la sazón un prudente internacionalista (3). Después de la Segunda Guerra Mundial, que ha mostrado bien a las claras cómo se va llevando a cabo la pacificación del mundo, vivimos de nuevo una serie alarmante de consecuencias de una proscripción falsamente entendida de la guerra. Después de la Segunda Guerra Mundial ha sido menos la ceguera doctrinal que quizás un Hada Morgana política, lo que ha favorecido el abandono del Derecho de guerra. Con una audacia realmente sorprendente, el juez Robert H. Jackson ha creído, por ejemplo, que el Tribunal Militar, erigido en Nüremberg sobre la base del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 (4), podía empalmar sin más con Grocio y otros clásicos del Derecho internacional y sus teorías sobre el «bellum justum» y el «bellum injustum», y con ello inaugurar la era del perfeccionamiento del Derecho internacional en un mundo sin guerra (5).

Apenas comienza a advertirse lo utópico de esta visión, la pesadilla de la guerra atómica despierta, en algunos, un nihilismo jurídico internacional; en otros, la inquebrantable confianza en la «astucia de la razón» que debe hacer prácticamente imposible toda guerra en el futuro, porque ningún Estado querrá provocar su propia ruina. Y todo ello mientras de hecho se lleva a cabo una guerra permanente en diversos escenarios del planeta.

Por eso, mientras, de un lado, se caracteriza al siglo XX como el siglo de las guerras mundiales y los agentes de la opinión pública hablan con ligereza de la «guerra fría», y, de otro, no se han extinguido aún los ecos de la enfática proclamación de la condena «definitiva» de la guerra de agresión como «supreme cri-

(3) ALEXANDER HOLD-FERNECK: *Lehrbuch des Völkerrechts* (1930-32), I, pág. 248.

(4) Cf. QUINCY WRIGHT: *The Law of the Nüremberg Trials*. *American Journal of International Law*, 41 (1947), págs. 38 y sigs.

(5) Cf., por ejemplo, TELFORD TAYLOR: *Die Nüremberger Prozesse*, 1951, pág. 19.

me» de Nüremberg, y algunas fórmulas de coexistencia y regulaciones verbales de la energía atómica promueven de nuevo el alborozo de un pacifismo de «ya está», nosotros tenemos que preguntarnos con todo rigor qué posibilidades jurídico-internacionales existen realmente para la paz, en nuestro momento histórico y en un próximo futuro. A este fin, debe examinarse a fondo la verdadera situación de la guerra y del Derecho de guerra en o para el Derecho internacional.

II

El concepto de Derecho internacional contenido en la bibliografía del siglo XIX y comienzos del XX comprende el conjunto «de reglas jurídicas que determinan los derechos y deberes de los Estados pertenecientes a la comunidad internacional de Estados (comunidad jurídica internacional) (6), entre sí y en relación con el ejercicio de los derechos estatales de soberanía» (7). Siguiendo la caracterización tradicional del Derecho internacional como «*ius belli ac pacis*», suelen los tratadistas desdoblar este complejo material en dos grandes sectores —«Derecho de guerra» y «Derecho de paz» (8)— más o menos desvinculados, pero equilibrados (9). En la mayoría de los casos, dentro de este plan, se destacan al principio algunas teorías pertenecientes, a la vez, al Derecho de guerra y al de paz, en concepto de «parte general»; parte que,

(6) La «comunidad jurídica internacional» desbordó ya en el siglo XIX el círculo de Estados «cristiano-europeos». En la actualidad, aun nutriéndose principalmente de la tradición «cristiano-europea», comprende todas las naciones civilizadas y políticamente organizadas que reconocen su vinculación al Derecho internacional. Para la distinción entre «sujetos de Derecho internacional» y «miembros de la comunidad jurídica internacional», cf. FRIEDRICH SCHACK: *Das "ius inter-potestates" als eine neben dem Völkerrecht bestehende Quelle des internationalen Rechts*, Festchr. für Wüstendörfer, 1948, págs. 217 y sigs.; 224.

(7) FRANZ VON LISZT: *Das Völkerrechts systematisch dargestellt*. Sexta edición, 1910.

(8) «... la división, très ancienne et presque universellement acceptée, du contenu du droit international en droit de la guerre et droit de la paix...» ARRIGO CAVAGLIERI: *Règles générales du droit de la paix*, Recueil des Cours, 26, págs. 325 y sigs.

(9) Así sorprende la división *a priori* de los tratados de OPPENHEIM-LAUTERPACHT y BONFILS-FAUCHILLE.

en ocasiones, falta por completo. Con ello se advierte cómo esta tajante distinción pone de manifiesto que el Derecho de guerra y el de paz se diferencian por razón de su naturaleza y a veces se reconoce esto también «expressis verbis» (10). Es de advertir que muchos tratadistas someten el moderno concepto de Derecho internacional a una comparación crítica con el sentido de la expresión «ius belli ac pacis», tal como venía a entenderla Grocio cuando la puso como título de su obra inmortal; pero lo hacen tan sólo en medida muy limitada. Queda entonces en pie la afirmación cierta pero no suficiente de que el Derecho de guerra, en oposición al Derecho de paz, es de naturaleza esencialmente *formal*: al *Derecho de guerra* escapa, en efecto, el supuesto fundamental del contenido del Derecho de paz (la tendencia al mantenimiento de la integridad de sus sujetos). Frente al Derecho de paz, el Derecho de guerra contiene únicamente «règles de procédures».

Este Derecho de guerra —formal— («ius belli» = «ius in bello») constituye la parte más antigua, extensa y considerable del actual Derecho internacional (11).

Antes de Grocio, el Derecho de guerra era la parte más amplia, aunque no la única (12), del Derecho internacional. Sin embargo, el concepto del Derecho de guerra no era sólo un concepto formal. El «ius in bello» (rigurosamente cultivado por los grandes teólogos españoles), fué, más bien, algo nuevo introducido al lado del orden de cuestiones que originariamente se consideraba como el único importante: el concerniente al Derecho *material* de guerra («ius belli —ac pacis—» = «ius ad bellum»). Este concepto del Derecho de guerra se proponía comprender, ante todo —sin la tajante escisión moderna entre Derecho, mandato divino y Moral—, aquéllo que determina la posición de la guerra ante el Derecho y en un sistema filosófico-teológico.

(10) Por ejemplo, CAVAGLIERI, ob. cit., pág. 316.

(11) Cf. JOSEPH L. KUNZ: *Kriegsrecht und Neutralitätsrecht*, 1935, página 11.

(12) Sobre los orígenes medievales del Derecho de paz, C. VAN VOLLENHOVEN: *Du droit de la paix-De jure pacis*, 1932.

III

Como ya en el Derecho romano (13), en la Edad Media se ha reflexionado más sobre el fundamento de la guerra, sobre su justificación, que sobre el modo de conducirla. En general, la guerra de los antiguos no se hallaba «reglamentada» en cuanto al modo de realizarla (14). Las leyes de guerra del Antiguo Testamento nos ponen de relieve el rigor de la acción bélica en el pueblo elegido, cuando, por ejemplo, en el Deuteronomio (cap. 20), se ordena: «Cuando te aproximes a una ciudad para combatirla, la brindarás primero con la paz... Mas si no trata paces contigo... la sitiarás. Y el Señor, tu Dios, la entregará en tu mano; y pasarás a cuchillo a todos sus varones. Sólo las mujeres y los niños, el ganado y cuanto botín hubiese en la ciudad guardarás para ti y disfrutarás de los despojos de tus enemigos, que el Señor, tu Dios, te ha entregado».

Este desenfreno en el modo de conducir la guerra fué hallando poco a poco su fin con la acuñación de los rasgos cristiano-caballerescos de la Edad Media. Todavía en el siglo XVIII se registra en la doctrina jurídico-internacional una súbita recaída que, signo de un vacío empirismo, ya no puede apoyarse en un mandato trascendente. Así, Cornelius van Bynkershoek, cuya tranquila, feliz y apacible vida (15) como Presidente del Tribunal Supremo de Holanda y como cabeza de una familia patriarcal, está en notorio desacuerdo con el carácter sanguinario de sus teorías, representó, y no fué el único, en sus «Quaestiones juris publici» de 1737, como precursor de la moderna «guerra total», un empirismo jurídico-internacional, según el cual, la guerra lleva consigo la ley de la

(13) «... es muy digno de tenerse en cuenta que este pueblo conquistador extraordinario (los romanos) concibió la guerra como un puro fenómeno jurídico y rechazó terminantemente la idea de que pudiese ser un medio, moral y jurídicamente incoloro, para extender el poder. Distinguió tajantemente entre guerra justa e injusta, y en todo tiempo el honor estatal permitió únicamente llevar a cabo un «bellum justum». ARTHUR WEGNER: *Geschichte des Völkerrechts*, 1936, pág. 57.

(14) EMIL SECKEL: «Über Krieg und Recht» (Conferencia en la Universidad de Berlín, 1915).

(15) Cf. J. DE LOUÏER en la Introducción a la reproducción de las *Quaestionum iuris publici libri duo*, de CORNELIUS VAN BYNKERSHOEK, por la Fundación Carnegie (1930).

ilimitación, hasta el aniquilamiento total del adversario. Por ello, la matanza, el veneno y el pillaje, son medios permitidos en la conducción de la guerra; y el Derecho formal de guerra se limita a prohibir la traición (16). Bynkershoek considera un fenómeno de decadencia la «courtoisie» practicada por las partes en guerra en los tiempos postromanos, así como, para él, también parece haber caído erróneamente en olvido que el vencedor puede proceder a su arbitrio con el vencido, matarle o esclavizarle (17).

La doctrina de la guerra justa y con ella del Derecho material de guerra («*ius ad bellum*») ha nacido totalmente del espíritu de la Patrística y de la Escolástica medievales. La naciente Edad Media cristiana, con la inquebrantable fuerza de una visión universal del mundo, puso la guerra al servicio de la «*civitas coelestis*». San Agustín habló ocasionalmente de la guerra como imprescindible para la causa de la justicia. En «*Contra Faustum*» llama a los soldados nada menos que servidores del Derecho. La guerra es un medio de reparar la injusticia cometida (18). Puesto que una ordenación jurídica perfecta es idéntica a una ordenación de paz perfecta —esto es una afirmación válida en todo tiempo— la guerra está al servicio de la paz. Y, en efecto, también para la «*Civitas Dei*» agustiniana, la paz es la calma que resulta del unitario orden divino, a la vez que un alto fin y una fuerza eficaz en todas partes. No hay ningún ser que no tienda a la paz; también los criminales y las fieras participan de ella (19). Incluso los condenados y el mismo demonio no se hallan fuera del orden de la paz. Porque «hay una paz sin lucha, pero no puede darse lucha sin paz, por lo que nosotros no contemplamos en su naturaleza la lucha como tal, sino en tanto que ella se da en, partiendo de, o ante, lo que tiene algún ser; pues la existencia, de lo que tiene que ser tiene como supuesto necesario alguna forma de la

(16) «*Bellum est eorum, qui suae potestatis sunt... concertatio per vim vel dolum... belli conditio est, ut ad mensuram non geratur... Dixi, per vim: Non per vim justam, omnis enim vis in bello justa est, si me audias, & ideo justa, cum liceat hostem liceat percussore immisso, & igne factitio, quem tu habes, & ille forte non habet, denique cum liceat, ut uno verbo dicam, quomodocumque liberit*» (Quaest., I, I).

(17) Quaest., I, III.

(18) Cf. ROBERT REGOUT: «*La Doctrine de la Guerre juste de Saint Agustin à nos jours, d'après les théologiens et les canonistes catholiques*» (1935) pág. 45.

(19) *Civitas Dei* XIX, 12.

paz. Hay una naturaleza en la que no se halla nada malo, así como también una en la que no puede darse de ninguna manera el mal; en cambio, no puede darse ninguna naturaleza en que no se halle nada bueno. Por consiguiente, ni siquiera la naturaleza del demonio, en tanto que naturaleza, es algo malo... El dolor que alguien experimenta por la pérdida de la paz de su naturaleza, proviene de un resto de paz, a través del cual se pone de manifiesto que la naturaleza significa de suyo algo bueno» (20).

La teoría de la guerra justa alcanza su culminación escolástica en el siglo XIII (21). Aún cuando es erróneo admitir que el Derecho de guerra influido por la Escolástica ha dejado completamente sin regular algunas crueldades, lo cierto es que ellas no estaban prohibidas precisamente en razón del Derecho y eran prácticamente frecuentes (22). Combatirlas con eficacia fué desde el otoño de la Escolástica la tarea más relevante de la doctrina iusinternacionalista, todavía inserta primordialmente en la Teología, que se dispuso a admitir con una cierta resignación el hecho de la guerra y no disimuló su creciente disgusto ante la aceptación de un Derecho de guerra substancial.

El famoso fraile español Francisco de Vitoria (23) es sólo un representante típico, entre muchos, de los nuevos esfuerzos para refrenar la guerra primitiva. En la sexta de sus «Relectiones theologicae» («De jure bellico»), polemiza en favor de las exigencias propugnadas por la Iglesia, que ya habían sido fecundas para el encauzamiento de la guerra privada, sobre todo en favor de la mitigación y moderación de la *conducción* de la guerra, y desarrolla su doctrina de la «*necessitas et ratio belli*». Con ello aún no se abandonó la problemática de la guerra justa. Pero ya pocos

(20) *Civitas Dei* XIX, 13.

(21) Cf. REGOUT, Ob. cit., págs. 55, 58; un breve resumen de lo esencial del sistema teórico de Santo Tomás y de las críticas de que ha sido objeto, puede hallarse en HANS WEHBERG: *L'Interdiction du Recours à la Force. Le principe et les Problèmes que se posent*, Recueil des Cours 78, páginas 7 y sigs., págs. 11 y sigs.

(22) Cf. WEGNER, Ob. cit., pág. 127.

(23) Sobre él, sus precursores y contemporáneos, cf. JAMES BROWN SCOTT: *The Spanish Origin of International Law - Francisco de Vitoria and his Law of Nations* (1934) y *The Spanish Conception of International Law and of Sanctions* (1934); HEINZ KIPP: *Moderne Probleme des Kriegesrechts in der Spätscholastik* (1935); C. BARCIA TRELLES: «Francisco de Vitoria», *Recueil des Cours*, 17, págs. 113 y sigs.

años más tarde, declarará expresamente Francisco Suárez: «*ius belli est odiosum*» (24).

La memorable obra de Hugo Grocio coloca en el título, todavía en primer término, al Derecho de guerra («*De iure belli ac pacis*»), pero, lo mismo que en los teólogos españoles, sigue siendo el verdadero norte, la paz (25), bien que en función de una concepción «desteologizada» y secularizada del Derecho natural. Esta doctrina del Derecho natural, a pesar de todo su ropaje bíblico, había empezado a fundamentar su sistema menos sobre Dios que sobre la pura «*ratio*». Su ambiente internacional era una agrupación de Estados independientes entre sí, cuyas relaciones recíprocas no estaban determinadas por un ordenamiento jurídico superior. Finalmente, la doctrina de Grocio sobre la guerra justa e injusta ya no podía establecer el «*bellum justum*» como un proceso de ejecución al servicio del orden jurídico. Su visión realista le hizo evitar las consecuencias prácticamente ilimitadas del Derecho material de guerra, puesto que con una transposición mental, equiparable en destreza a su vinculación del derecho positivo respecto del Derecho natural, remite el castigo del malvado que promueve la guerra injusta a la justicia del más allá (26).

IV

En la siguiente «época de guerras de príncipes, de gabinetes y de combatientes», la doctrina iusinternacionalista trató de hacer de la libertad de guerra aceptada de hecho en la práctica, una libertad jurídica. Sobre el fondo de la moral alterada y de la alte-

(24) De Caritate XIII, 7, 4. Cf. JOHN EPPSTEIN: *The Catholic Tradition of the Law of Nations* (1935), pág. 122.

(25) Sólo para el lector superficial (a este respecto también lo es CAVAGLIERI, Ob. cit., pág. 315) el Derecho de paz en Grocio se reduce al Derecho relativo a la conclusión de la guerra y a las consecuencias inmediatas de la misma: Cf. VAN VOLLENHOVEN, Ob. cit., págs. 138.

(26) «*Deinde quod etiam in bello justo vix satis cognosci potest ex iudiciis externis quis justus sit se tuendi, ita ut omnino praestiterit haec religioni bellantium exigenda relinquere quam ad aliena arbitraria vocare...*» (*De iure belli ac pacis*, L. III, c. IV, pf. 4). «... que scientes tales actus operantes aut ad eos cooperatur habent sint in eorum numero, qui ad regnum coeleste sine poenitentia pervenire non possunt» (L. III, c. X, párrafo 3).

rada concepción del mundo de los Estados europeos de príncipes y, más tarde, nacionales, se llevaron a cabo algunos pálidos ensayos suplementarios para desterrar del sistema del «*ius publicum europaeum*» el concepto de guerra justa (mantenido aún en la Literatura) como medio jurídico, y el de guerra injusta, como delito, a causa de su interna falsedad. Cuando, por ejemplo, Emerico de Vattel, el discípulo infiel del creador de una tardía «*Civitas Maxima*» (Wolff), en su Breviario jurídico internacional compuesto «*ad salvandas animas*» de políticos, diplomáticos y monarcas (27), como elegante literato y hedonista amigo de la paz (28), se indigna contra las crueldades en el modo de conducir la guerra, deplora las terribles consecuencias de ella (29) y con elocuencia casi periodística condena la guerra injusta, deja, sin embargo, en suma, abierta la puerta de la guerra, a cada una de las partes en contienda, con alguna «*raison justificative*» (30). De aquí a la lacónica afirmación de Alphonse Rivier: «*la distinction de la guerre juste et de la guerre injuste est juridiquement sans valeur*» (31) y a la teoría que sostiene que la guerra es un duelo neutral, desde el punto de vista moral y jurídico, no va más que un paso.

Con ello la doctrina iusinternacionalista quiso sustraerse al dilema dogmático proveniente de la relegación de las teorías sustanciales de la guerra. Ella creía —lo que por cierto nunca se expresó claramente en la Literatura— que, puesto que tenía que empalmar con el «*status quo*» existente en el régimen de Estados con subjetividad jurídico-internacional, se hallaba ante esta elección: o tener que rendirse a la afirmación de una mera libertad fáctica de guerra proclamando la discontinuidad y defectividad del mismo Derecho internacional o dotar con una construcción jurídica auxiliar, la factividad de las modificaciones reales que la fuerza bélica introdujo en la práctica de los Estados. La doctrina eligió

(27) «*Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*» (1758).

(28) «... pour jouir d'une vie douce... cela ne se trouve que dans la paix...» (*Droit des Gens*, L. IV, Ch. I, pf. 1); «... la Morale n'est autre chose que l'Art de se rendre heureux» (Ob. y col. cit., pf. 2).

(29) Así Ob. cit., L. III, ch. III, pf. 24.

(30) «*Mais enfin, il faut bien venir à ce moyen, quand tout autre est inutile*» (L. III, Ch. III, pf. 25); «*il est triste pour l'humanité, que l'injustice des méchants (¡que es siempre la otra parte!) la (guerre) rende si souvent inévitable*» (L. IV, Ch. I, pf. 1).

(31) «*Principes du Droit des Gens*» (1896), II, pág. 203.

la segunda vía, haciendo de la libertad fáctica de guerra, una libertad jurídica, esto es, otorgó a todo Estado el «jus ad bellum», como atributo de su «soberanía».

El «jus ad bellum» absoluto va acompañado del incualificado dogma de la soberanía en que se basa este sistema de Derecho internacional que ocasionalmente fué caracterizado de un modo sarcástico como «Derecho infraestatal» (32). La guerra no sólo sería para ambas partes «un medio de autoayuda permitido desde un punto de vista jurídico-positivo» (33), sino, además, la manifestación de hecho y de voluntad, típica y ajustada a Derecho, de los Estados soberanos, con el beneplácito de la práctica política: «To declare war is one of the highest acts of sovereignty» manifestó todavía, en 1919, el Secretario de Estado Lansing (frente al Presidente Wilson en la cuestión del reconocimiento de la República de Costa Rica) (34). De esta forma, se evitaron las dificultades surgidas en las teorías de la guerra justa y los peligros de la subjetivación de la justicia a consecuencia de la coincidencia, de parte, juez y órgano de ejecución. La doctrina había proporcionado a la dinámica política una válvula jurídica de escape, y a sí misma, el oportuno ajuste. Así, un nuevo «status quo», basado en los resultados de una guerra podría situarse en la continuidad jurídica y convertirse en «legítimo», hasta que la próxima guerra rompiera de nuevo la estática anterior (35).

Indudablemente, en la época de la mera «guerra sujeta a vigilancia» («umhegterkrieg») (Carl Schmitt) el Derecho de guerra (formal) se ha afirmado y depurado en medida creciente. Fué, por último, aquella parte del Derecho internacional que primeramente se codificó. Desde la Declaración de Derecho marítimo de París (1856) hasta las dos Conferencias de paz de La Haya (1899 y 1907) y la Declaración de Derecho marítimo de Londres (1909), este Derecho, que normó la conducción de la guerra, refrenándola y

(32) RUDOLF LAUN: *Der Wandel der Ideen Staat und Volk als Ausserung des Weltgewissens* (1933), págs. 13; cf., además, para la construcción de MAX WENZEL del Derecho internacional como «Derecho estatal externo», ALFRED VERDROSS: *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsordnung* (1923), págs. 55 y sigs.

(33) KUNZ, Ob. cit., pág. 5.

(34) U. S. For. Rel. (1919), 1, 853.

(35) JOSEF L. KUNZ: «Statisches und dynamisches Völkerrecht», en *Festschrift für Kelsen* (1931), pág. 233.

limitándola, conoció un brillante desarrollo. Así contribuyó a impedir la recaída de la «guerra culta» en la «guerra primitiva».

Por otra parte, la inclusión de la guerra en el orden jurídico internacional ha ocasionado un grave perjuicio al desarrollo del Derecho internacional. Ello es debido a que la guerra «contradice tendencias fundamentales de Derecho», a que «existe una profunda oposición entre la guerra y las ideas jurídicas generalmente reconocidas», a que la guerra constituye «una grave anomalía desde el punto de vista jurídico» (36). La inclusión de la guerra en el orden jurídico internacional fué una de las causas del proceso de desenfreno y de la perversión de la «ratio belli» de Vitoria en la «razón de guerra» que, por ejemplo, fué invocada, en las Conferencias de paz de La Haya, por los militares, con el éxito por ellos deseado (37). Ella ha originado la funesta frase de Clausewitz acerca de la guerra como la «prosecución de la Política con otros medios (moralmente no diferentes)». Corresponde también a una actitud desde la que numerosos militares modernos han ensalzado el «valor ético de la conducción de la guerra en sí» (es conocido el pasaje de una carta de Molke a Blunthchli: «Sin la guerra, la Humanidad se hundiría en el materialismo»); actitud que es también la de Bacon cuando sostiene que la guerra es tan útil para el Estado como el movimiento corporal para la salud del organismo humano; la de Schiller («Sólo la guerra revela la fuerza; todo lo eleva sobre lo común»); la del mismo autor de «La paz perpetua», Kant (ante todo, en la «Crítica del juicio», 1790); y la del filósofo, del Derecho, Binder («Philosophie des Rechts», 1925, página 591), para quien la guerra es una manifestación vital, necesaria y justificada, de una nación que alcanzó su autoconciencia. Dicha introducción de la guerra en el Derecho internacional ha hecho surgir una «teoría jurídico-internacional del Derecho de guerra» que exalta la guerra a la categoría de «pieza clave del Derecho internacional» y trata de acomodar a ella todos los conceptos fun-

(36) LEO STRISOWER: *Der Krieg und die Völkerrechtsordnung* (1919), 4, 6.

(37) Que apenas tiene algo de común una «ratio belli» de fundamentación todavía medieval, y la razón de guerra y de Estado del moderno Estado de poder, ha sido señalado por WEGNER, Ob. cit., pág. 169, al tratar de GROCIO con referencia crítica a la *Idea de la razón de Estado* de MEINECKE.

damentales del mismo (38). Ello ha hecho posible no sólo la teoría de Carl Schmitt del sentido histórico del Estado moderno —para poner término a la polémica en torno a la «justa causa» de la guerra— y de la guerra como duelo entre «justi hostes» en pie de igualdad, sino también el derrocamiento dialéctico de estas teorías —en la misma obra de Carl Schmitt y en otras— hasta llegar a ese triste sustitutivo de la vieja «justa causa» que son las nudas pretensiones de poder ataviadas con razones geopolíticas («gran espacio», «espacio vital», etc.).

Fué necesaria la conmoción de todo el mundo culto por la primera guerra mundial para poner en su verdadera luz la inviabilidad de la concepción imperante de la guerra como una institución jurídica y desenmascarar a la guerra como un residuo pre-jurídico. Esto no habían podido lograrlo las luchas bélicas del siglo XIX y comienzos del XX, que coincidieron con el madurar de aquellas teorías de Derecho internacional, a pesar de que, en un cierto sentido, eran ya «guerras de pueblos» y, en todo caso, en su mayoría, ya no fueron decididas por soldados profesionales, sino por ejércitos nacionales. Estas guerras fueron también para las potencias beligerantes más o menos periféricas y, aunque constituyeron considerables intervenciones de prestigio, no pusieron en juego los fundamentos existenciales de los Estados y de los pueblos. Lo mismo ocurre con algunos fenómenos como la guerra franco-alemana de 1870-71, y sobre todo, con las guerras de fines del XIX y comienzos del XX que coincidieron precisamente con el estadio final de la elaboración de la teoría de la guerra como institución jurídica (por ejemplo, la guerra chino-japonesa de 1894, la guerra entre Estados Unidos y España, en 1898, la guerra ruso-japonesa, 1904-05).

V

Fué sintomática para la concepción que se abre paso con la primera guerra mundial de que la guerra «es la negación de la

(38) Cf., por ejemplo, HEINRICH ROGGE: *Kants "Entwurf zum Ewigen Frieden"... und die Völkerrechtstheorie*", Archiv. für Rechts und Sozialphilosophie XXXIV (1940-41), pág. 83; y *Nationale Friedenspolitik —Handbuch des Friedensproblems und seiner Wissenschaft auf der Grundlage systematischer Völkerrechtspolitik* (1934).

paz y con ello del Derecho» (39), la pérdida de interés en la literatura jurídica por las cuestiones bélicas (40), en estrecha conexión con el resurgir del pensamiento iusnaturalista. Se creyó entonces, en amplia medida, que ello sólo podía explicarse relegando de hecho la guerra a la condición de fenómeno excepcional y exaltando la paz al rango de situación normal entre los Estados en desenvolvimiento histórico. Lo cual no puede probarse, en modo alguno, en el decurso de la Historia (41).

Además, en la Política y, a través de la Política, en el Derecho convencional de círculos jurídico-internacionales particulares bastante amplios, se empezó a pasar de la simple «vigilancia» de la guerra a su propio cerco. El Derecho especial desarrollado a este fin fué el Derecho de prevención de la guerra, de la era de la Sociedad de Naciones. Su piedra angular fué ya colocada, para los miembros de la Liga ginebrina, con la firma del Pacto de la Sociedad de Naciones. En términos generales, el Pacto dejó incólume, ciertamente, el «*jus belli ac pacis*» de los contratantes (42). Pero pronto el anhelo de «seguridad colectiva» —«*boucher les fissures*»— impulsó su desarrollo. Ya en el art. 2.º del Protocolo de Ginebra, que fué presentado a la Asamblea de la Sociedad de Naciones el 1.º de octubre de 1924, aunque debido a la oposición de varios Estados no entró en vigor, se prevenía que las potencias «en ningún caso, ni entre sí, ni contra ningún otro Estado ... podrían recurrir a la guerra», salvo que se tratase de actos de la misma Sociedad de Naciones o de defensa contra una agresión que constituyere un «delito internacional». Estas ideas, aunque sin la explícita caracterización de la guerra como un «delito», plasmaron en los Acuerdos de Locarno, en el Pacto Briand-Kellogg, de 27 de agosto de 1928, cuyo círculo de participantes no se cubrió por entero con los miembros de la Sociedad de Naciones e incluyó, ante todo, a los Estados Unidos de América, y en el Acta general de 26 de septiembre de 1928.

(39) GEORG KAPPUS: *Der völkerrechtliche Kriegsbegriff in seiner Abgrenzung gegenüber militärischen Repressalien* (1936), págs. 64.

(40) Ya en 1919 fué consignado por STRISOWER, Ob. cit., pág. 3; cf., también KUNZ: *Kriegsrecht*, págs. 14 y sigs.; una ulterior confirmación en KARL STRUPP: *Bibliographie du Droit des Gens et des Relations Internationales* (1938).

(41) Esto mismo expresa CAVAGLIERI, Ob. cit., pág. 315.

(42) Es señalado acertadamente por WEHBERG, Ob. cit., pág. 32.

La interpretación del Pacto Kellogg, que ha dado lugar a numerosas controversias, nos lleva de nuevo a plantear el problema de la posición de la guerra ante el Derecho internacional. El Secretario de Estado, H. L. Stimson, declaró en su conocido discurso de 8 de agosto de 1932: «By the Kellogg-Pact war between nations was renounced; this means that it *has become illegal*. It is no longer to be the source of rights. It is an illegal thing». De acuerdo con esta teoría, quiso encomendar a la doctrina científica la misión de revisar a fondo sus tesis fundamentales (43). Stimson partía de la concepción generalizada en la literatura internacionalista, según la cual la guerra hasta el Pacto Kellogg había sido una «legal thing».

Frente a esta concepción, todo aquel que no se dé por satisfecho en el Derecho internacional con las vacías reglas de duelo de un Carl Schmitt, todo aquel, que, dicho en otros términos, considere el orden jurídico como un orden de paz —ya lo ande o no en una consideración jurídica trascendente referida al más allá— tiene que considerar a la guerra como un fenómeno «extrajurídico» (extralegal, pre-legal), tal como ha sido ya acertadamente puesto de relieve en obras anteriores (44). El llamado «jus publicum europaeum» quiso otorgar el «jus belli ac pacis» a los Estados soberanos (45). Pero esta «atribución», según la definición axiomática y supratemporalmente válida, del Derecho, iba «ultra vires» del Derecho; era, pues, un «nullum». Tras el fracaso de los intentos de absorber la guerra en cuanto a su propia sustancia, por el Derecho, haciendo de la guerra justa un proceso ejecutivo y de la injusta, un delito, del mismo modo que en el Derecho interno han revestido carácter delictivo los fenómenos y acciones entre individuos o grupos menores llamados por los antiguos «guerra privada» —fenómenos materialmente idénticos al «status per vim certantium» (Cicerón) interestatal— la guerra se había hecho «indiferente» para el Derecho internacional.

Esta situación no fué alterada por el Pacto Kellogg. Por supuesto, en modo alguno fué el Pacto Kellogg una mera «metáfora

(43) Citado por KUNZ: *Kriegsrecht*. Nota 17.

(44) Así, sobre todo, por ARNOLD D. MCNAIR: *Collective Security* (1936), pág. 11.

(45) Sólo en este sentido es acertada la observación de WEHBERG, *Obra cit.*, pág. 27.

poética» sin importancia jurídica (46). Según opinión acertada, no contiene ninguna proscripción de la guerra en el sentido de que considere a la guerra en el Derecho internacional como «illegal thing», como el lado negativo de un comportamiento jurídico en una comunidad sujeta al imperio del Derecho, sino que establece tan sólo una renuncia a la guerra (47). Por ello, ciertas acciones que conducen a una guerra pueden ser calificadas de delitos; pero la guerra comenzada por la ruptura de un acuerdo de renuncia a ella, es «guerra» y está por ello sujeta, en cuanto al modo de conducirla, para todos los beligerantes, «al Derecho formal de guerra». El Pacto Kellogg no es ningún instrumento que pueda empalmar con las teorías medievales del Derecho material de guerra (48), pero —con los demás instrumentos más recientes del Derecho de prevención de la misma— expresa el sentir general de que la «out-lawry of war», en su estricto sentido, esto es, la supresión del enmascaramiento jurídico de la guerra como institución jurídica, es ineludible para el Derecho internacional, si, por otra parte, éste debe ser efectivamente un sistema de Derecho.

Si se quisiera concluir del Derecho de prevención de la guerra el carácter delictivo de la misma, se favorecería la recaída del modo de conducir la guerra en su bárbara forma primitiva. Por eso, ya en la Literatura se dedujo «lógicamente» de la «imposibilidad de la guerra», que el Derecho de guerra ya no podía tener ninguna validez contra y para aquel que lleva a cabo una guerra injusta (49). Cuando comenzó la Segunda Guerra Mundial, las diversas luchas armadas fueron también consideradas por ambas partes como «guerra»; ambas reconocieron la validez obligatoria del Derecho formal de guerra. Una de las principales potencias entonces neutrales, los Estados Unidos de América, estimó compatible con el Pacto de París, seguir fiel a su «política exterior

(46) PAUL BARANDON: *Das System der politische Staatsverträge seit 1918* (1937), pág. 245.

(47) Así, acertadamente, KUNZ: *Kriegsrecht*, pág. 17.

(48) Esto cree, por ejemplo, QUINCY WRIGHT: «The Outlawry of War and the Law of War», *American Journal of International Law*, 47 (1953), páginas 365 y sigs.

(49) A esta conclusión, en la que se incluye a todas las naciones en la sanción colectiva, llegan con singular agudeza SCHÜCKING y WEHBERG; confróntese también HANS ASBECK: *Das Ultimatum in modernen Völkerrecht* (1933), pág. 53.

histórica», y, a través del mensaje al Congreso de 21 de septiembre de 1939, del Presidente F. D. Roosevelt, se manifestó inequívocamente contra aquella interpretación del Pacto Kellogg que pretende distinguir entre guerras de defensa —permitidas— y guerras de agresión —prohibidas— (distinción que tampoco encuentra apoyo alguno en el propio texto del acuerdo). En todo caso, serían problemáticas hoy las ecuaciones «bellum injustum» = «guerra de agresión» = «guerra prohibida» y «bellum justum» = «guerra de defensa» = «guerra permitida», porque difícilmente puede hallarse criterios para distinguir la guerra de defensa y la guerra de agresión. La imposibilidad lógica de descomponer el fenómeno de una guerra en dos partes: una guerra jurídica (de defensa) y otra antijurídica (de agresión) fué puesta de manifiesto por Carl Schmitt con una sencilla argumentación (50). El peligro de una subjetivación de la justicia al tratar de enlazarla con el «bellum justum» no sería menor que en las postrimerías de la Edad Media, mientras algunos órganos realmente independientes, supraestatales, y dotados de poder coactivo, no pudiesen realizar de un modo inmediato una estricta ejecución de Derecho internacional. Es digno de tenerse en cuenta que, prescindiendo del juicio de Nüremberg contra los principales criminales de guerra y del juicio del Tribunal Militar Interaliado del Extremo Oriente contra los 25 grandes criminales de guerra japoneses, los Tribunales aliados han eludido, en general, una posición clara ante el carácter de la «guerra de agresión».

También dentro de la gran Liga, cuasi-universal, de Estados, las Naciones Unidas, cuyo ordenamiento ha condensado aún más el Derecho de prevención de la guerra, pueden en lo sucesivo acontecer «guerras» y, por consiguiente, sigue teniendo importancia el Derecho formal de guerra. De la «acción conjunta» prevista en el art. XVI del Estatuto de la Sociedad de Naciones, decía Kunz, que era una «ejecución internacional» teórico-jurídica, pero sujeta al Derecho de guerra» (51). «La comisión especial para la coordinación del Pacto de la Sociedad de Naciones con el Pacto Kellogg hizo constar expresamente "que les normes du droit de la guerre conservent leur valeur" (Doc. SdN C. 16 O. M. 69)

(50) CARL SCHMITT: *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbe-griff* (1938), pág. 42.

(51) KUNZ: *Kriegsrecht*, pág. 17.

1930 V» (52); y en un sentido técnico se habló de las «guerres d'exécution qui se font sur l'invitation de la Société des Nations elle-même» (53). También, según los capítulos VI y VII de la Carta, en las acciones militares de las Naciones Unidas habrá de aplicarse el Derecho de guerra como «Derecho de ejecución» y no se podrá privar de él a los adversarios. Aquí, como en los preceptos de la Sociedad de Naciones, podría plantearse el problema de si la realización de las medidas adoptadas, aún teniendo un carácter «material», constituye, sin embargo, en sentido estricto, una «guerra». Debe observarse que, en todo caso, constituyen guerra en sentido material, en los dos círculos jurídico-internacionales de la Sociedad de Naciones ginebrina y de las Naciones Unidas, todas las acciones bélicas emprendidas con «animus belli gerendi», aunque sea tan sólo por una de las partes, y a las que no hubo de aplicarse el procedimiento de conciliación y de sanción, establecido. Finalmente, tendrá lugar siempre, en nuestra opinión, el «status» extra-jurídico de la guerra en las relaciones entre miembros de las Naciones Unidas y no miembros, así como entre los no miembros entre sí, puesto que a estas relaciones no puede aplicarse el Derecho de las Naciones Unidas (54).

VI

El cultivo y la elaboración del Derecho formal de guerra son, pues, todavía hoy exigencias actuales, que se imponen tanto en la práctica de los Estados como en la Ciencia.

Sería un anacronismo tratar de empalmar de nuevo con las teorías del «bellum justum» precisamente en el momento en que la cabeza suprema de la Iglesia Católica, la cual ha conservado y custodiado una gran herencia escolástica hasta la actualidad, ha declarado definitivamente superadas aquellas teorías teniendo en cuenta las modificaciones estructurales que trae consigo la guerra

(52) KUNZ: *Kriegsrecht*, nota 17.

(53) VAN VOLLENHOVEN, Ob. cit., pág. 210.

(54) El artículo 2, núm. 6 de la Carta no produce, pues, a nuestro parecer, ningún efecto jurídico inmediato para los no miembros: sobre esto cf. ULRICH SCHEUNER: *Die Vereinten Nationen und die Stellung der Nichtmitglieder* (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 29, págs. 371 y sigs.).

moderna (55). Sería un optimismo injustificado esperar la supresión de la guerra, de las reglas de prevención de la misma establecidas en la Carta de las Naciones Unidas, aun cuando, en comparación con el incoloro precepto general que impone la liquidación «by pacific means» de «all disputes or conflicts, of whatever nature or of whatever origin they may be», en el artículo II del Pacto Kellogg, sin hacer mención expresa de métodos concretos de conciliación, signifiquen un considerable progreso para los Estados pertenecientes a la Organización (56).

Pudiera esperarse que la paz entre las naciones fuere en realidad una tarea que «poco a poco cumplida, va acercándose ... a su meta» (Kant) (57). Podría creerse que la «Naturaleza», que ha hecho posible el actual progreso técnico de la humanidad, «como la gran artifice... —"natura daedala rerum"—, en cuyo curso mecánico brilla la visible finalidad de hacer surgir de la discordia de los hombres la concordia, incluso contra su voluntad» (58), irradie, a pesar de toda la quiebra espiritual de los tiempos modernos, una acción pacificadora que vaya abarcando zonas cada vez más amplias —lo mismo que en el Imperio medieval— la organización y penetración del espacio por el tráfico, el aumento de los lazos comerciales, el nacimiento de las ciudades y la aglomeración de los hombres contribuyeron a una forzosa desaparición «natural» de la guerra privada. Pero, junto a ello, no puede perderse de vista que el moderno desarrollo político-social y administrativo de las naciones, porque procede de muy diversos hechos y está determinado por muy diversos factores políticos y sociales, origina, en primer lugar, una tendencia opuesta al internacionalismo. Finalmente, hoy, cuando se discuten seriamente las posibilidades de un «gobierno mundial», el pluralismo estatal de la moderna comunidad jurídica internacional, que ha hecho posible una auténtica neutralidad, el derecho de asilo y otras salvaguardias individuales, garantiza también la protección ante los posibles peligros de un Super-Leviathan del «Estado mundial»; con ello la caracterización

(55) Cf. WEHBERG, Ob. cit., pág. 19.

(56) El Pacto Kellogg tiene cierta semejanza, como se ha destacado reiteradamente, con la prohibición absoluta de la guerra privada, de la *Constitutio pacis* de Federico I, de 1158, que en este aspecto se adelanta mucho a su tiempo.

(57) KANT: *Zum Ewigen Frieden* (1795), último párrafo.

(58) KANT, Ob., cit., pág. 47.

escolástica del Estado como la «*communitas principalissima*» cobra, para la idea de subsidiariedad, un nuevo y profundo sentido.

Entretanto —y por mucho tiempo— el desenvolvimiento del Derecho formal de guerra subsistirá como una de las más eficaces contribuciones a la idea de la paz. Esta labor se realiza al margen del estruendo de la actual política cotidiana (59), apoyada en la convicción que expresa aquella sentencia de la sabiduría oriental: el arroz crece sin que se le oiga.

HELMUT RIDDER

(59) Un hermoso ejemplo son los cuatro Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra, de 12 de agosto de 1949.