

**GUERRAS JUSTAS E INJUSTAS:
ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO**

por **ALFONSO RUIZ MIGUEL**

SUMARIO

- I. DEL PUNTO DE VISTA POLITICO AL PUNTO DE VISTA NORMATIVO
 - 1. **Derecho y moral como puntos de vista normativos**
 - 2. **El conflicto entre ética y política**
- II. CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS ENTRE DERECHO Y MORAL
 - 1. **El carácter de la moral y el Derecho**
 - 2. **Métodos de creación, aplicación y conocimiento**
 - A) LOS MODOS DE CREACION
 - B) LOS MODOS DE CONOCIMIENTO
 - C) LOS METODOS DE APLICACION
 - D) RECAPITULACION
 - 3. **Sujetos individuales y colectivos**
 - 4. **Los contenidos**
 - 5. **El «rango» de la moral y del Derecho**
- III. LOS CRITERIOS SOBRE LA JUSTICIA DE LA GUERRA
 - 1. **Cuestiones de concepto**
 - A) PROBLEMAS DE DELIMITACION DE LA LEGITIMA DEFENSA
 - a) *La guerra preventiva*
 - b) *La guerra punitiva*
 - c) *La intervención de terceros*
 - B) PROBLEMAS DE LOS REQUISITOS BASICOS DE LA LEGITIMA DEFENSA

2. Cuestiones de justificación

A) PACIFISMO ABSOLUTO Y LEGITIMA DEFENSA

- a) *Los límites morales del pacifismo absoluto*
- b) *Inocencia y derechos*

B) LEGITIMA DEFENSA Y BELICISMO RELATIVO

- a) *La argumentación deontológica*
 - a.a) Derechos individuales e intervenciones humanitarias
 - a.b) La guerra como proceso judicial y la protección de los derechos individuales
- b) *La argumentación consecuencialista*

C) DEL EQUILIBRIO INTERNACIONAL A LA HEGEMONIA: DEMOCRACIA Y PAZ

- a) *Las democracias como Estados pacíficos*
- b) *El Estado como pacificador*

I. DEL PUNTO DE VISTA POLITICO AL PUNTO DE VISTA NORMATIVO

El presente curso me ofrece la ocasión de volver sobre un tema que desarrollé en un libro publicado apenas hace tres años (1), pero tras los cuales la realidad internacional ha cambiado radicalmente de manera entonces imprevisible y vertiginosa. Las transformaciones de la Unión Soviética, que en 1988 se hallaban en un moroso comienzo entonces contemplado desde occidente todavía con distancia y hasta escepticismo, han terminado por permitir el derumbamiento de los regímenes satélites del Este europeo y por culminar en la disolución del sistema político de la propia Unión Soviética. Con ello, según bien lo mostró la guerra del Golfo, se ha trasladado en gran medida a la hegemonía de los Estados Unidos buena parte del poder antes bipolarmente detentado por las dos más grandes superpotencias de la segunda postguerra. La presente ocasión de volver sobre aquel libro, así pues, no me servirá apenas para recordar y resumir ideas ya escritas y, por tanto, sepultadas —por más que mis puntos de partida no puedan ser distintos—, sino más bien para desarrollar a la luz de la nueva situación actual aspectos allí no planteados o solamente sugeridos, para revisar enfoques inadecuados y problemas mal resueltos o, en fin, para proponer dudas allí donde no me consienta otra cosa la dificultad de elegir entre valores o criterios normativos en conflicto.

¿De qué criterios normativos se trata? Francis Bacon pensaba que «hay tal justicia impresa en la naturaleza del hombre que no entra en las guerras (que tantas calamidades producen) sino con ciertos motivos y querellas al menos plausibles» (2). Y ese de la justicia es, precisamente, el punto de vista aquí adoptado para considerar el problema de las guerras. En un sentido estricto, la referencia a la justicia o injusticia de las guerras es primordialmente ética o moral (por utilizar

(1) *La justicia de la guerra y de la paz*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

(2) «De la verdadera grandeza de los reinos y los estados» (1612), en *Essays* (1625), trad. cast. de LUIS ESCOBAR BAREÑO, *Ensayos*, Barcelona, Orbis, 1985, p. 106.

estos dos últimos términos como sinónimos), y esa será también mi perspectiva dominante en este curso. Sin embargo, hay también un sentido más amplio y ambiguo, presente en expresiones como «guerras justas» o «injustas», que tampoco desdeñaré, siquiera sea en forma más o menos lateral: me refiero a la ambigüedad por la que una guerra puede ser justa no sólo desde un determinado punto de vista ético, es decir, en sentido estricto, sino también desde el punto de vista jurídico, es decir, tomando el adjetivo «justo» como equivalente a legal o conforme con el Derecho internacional. Aprovechar esa ambigüedad, aun sin prescindir de las necesarias distinciones entre Derecho y moral, no es un simple tributo a una larga tradición de pensamiento que se remonta, desde luego, hasta los albores del Derecho internacional moderno, con Vitoria, Grocio o Suárez, cuando los criterios jurídicos se vinculaban y fundamentaban en ese conjunto de criterios morales contruidos bajo el rótulo de Derecho natural. Es también, y sobre todo, la mejor forma de cumplir una de las funciones básicas a las que debe servir la materia a la que me dedico, la filosofía del Derecho: la función de reflexionar global y críticamente sobre el Derecho en los intersticios —esto es, en los contactos, conflictos y solapamientos— con otros puntos de vista y otros fenómenos sociales, como la ética, la política, la crítica metodológica o la historia del pensamiento.

Derecho y moral coinciden de modo sustancial en mantener una misma pretensión pragmática general: ambos pueden y suelen ser vistos como conjuntos normativos que, como tales, mantienen la doble pretensión de modelación y de juicio crítico del comportamiento humano (donde por «crítica» se entiende el significado originario, del griego *krisis*, aún hoy parcialmente en uso en castellano, como separación, discernimiento o criterio, es decir, como juicio crítico tanto positivo como negativo, lo que comprende no sólo la «crítica» o censura de tal o cual conducta o institución, sino también su eventual justificación). En el caso que nos ocupa, la moral y el Derecho pretenden proveer de modelación y de juicio crítico para esa realidad política, esa continuación de la política por otros medios que, según la famosa definición clausewitziana, es la guerra (3). El punto de vista de Von Clausewitz sobre la guerra, por más que quebraría —según se ha repetido tantas veces— ante una conflagración global grave, especialmente nuclear, sigue siendo válido sin embargo desde una perspectiva descriptiva para entender las guerras contemporáneas habituales —esto es, a las que nos hemos habituado— y da un buen pie para analizar el tradicional contraste entre la política y la ética o el Derecho. Ese contraste tiene dos manifestaciones distintas, aunque interrelacionadas, según se consideren aquellos fenómenos desde un punto de vista estrictamente teórico o también desde el punto de vista de sus pretensiones de actuar en la práctica.

(3) Cfr. KARL VON CLAUSEWITZ, *Vom Kriege* (1832); trad. cast. de R.W. DE SETARO, *De la guerra*, Buenos Aires, Mar Océano, 1960, 2.^a ed., Buenos Aires, Ediciones Solar, 1983, cap. I, ap. 24 (en versión incompleta, con igual título, Barcelona, Labor, 1984, p. 58).

1. Derecho y moral como puntos de vista normativos

En cuanto actividades y reflexiones complejas como la moral (o el Derecho) y la política se consideran desde un punto de vista exclusivamente teórico, por su relación conceptual o semántica con la realidad, lo que destaca especialmente es el contraste entre una relación o perspectiva normativa, como la adoptada por la reflexión moral —y la jurídica, al menos en lo que esta última sirve para proponer criterios tanto para la legislación como para la interpretación de las normas existentes—, y una relación o perspectiva descriptiva, como la usual en la reflexión política. El contraste aparece claro tras la distinción entre el significado de los juicios prescriptivos, que *toman posición* ante la realidad, y el campo de los juicios de adecuación técnica o eficacia, que *toman posesión* o conocimiento de la realidad. Esa distinción puede observarse de diversas formas, de las que me fijaré en dos peculiarmente esclarecedoras.

Por una parte, se puede acudir a la distinción analítica entre norma y proposición técnica (esta última llamada a veces también «norma» técnica, lo que alimenta la confusión entre ambas), que comporta un diferente sentido de la cópula verbal de una y otra: una norma, sea jurídica o moral y resulte formulada condicional o incondicionalmente —«Si quieres A, *debes* Z» o, sin más, «*Debes* Z»—, establece una relación de deber, que hace que la norma pueda ser cumplida o desobedecida y que no pueda ser calificada como verdadera ni falsa, sino como válida o inválida, eficaz o ineficaz, etc.; en cambio una proposición técnica, siempre condicional —del tipo «Si quieres A, *tienes que* Z»—, contiene un nexo de unión pretendidamente necesario que la hace susceptible de verdad y falsedad, de modo que no puede ser propiamente obedecida o incumplida, sino verificada o refutada. Por ejemplificarlo, mientras proposiciones éticas o jurídicas del tipo «No se debe matar» o «El que matare a otro será castigado con la pena X» son claramente normativas en cuanto que no describen o interpretan la realidad, sino que la juzgan, en cambio, con las proposiciones de la reflexión política ocurre lo opuesto, según lo muestra clásicamente Maquiavelo, el más grande antecesor de la ciencia política, cuando en *El príncipe* se propone examinar «cómo se pueden gobernar y mantener los principados» (cap. II), buscando antes «la verdad efectiva de la materia que su imaginación» (cap. XV) (4).

Por otra parte, también ilustra el mismo contraste la conocida distinción weberiana entre racionalidad en cuanto a valores y racionalidad en cuanto a fines o teleológica (*Wertrationalität* v. *Zweckrationalität*) (5), que —según la interpreta-

(4) *Il principe e Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, a cargo de Sergio Bertelli e introducción de Giuliano Procacci, Milán, Feltrinelli, 5.ª ed., 1977, pp. 16 y 65.

En el campo de las relaciones internacionales el más claro exponente contemporáneo de este punto de vista es HANS J. MORGENTHAU, de quien se puede leer útilmente en castellano una reciente selección de sus *Escritos sobre política internacional*, presentación de A. TRUYOL y SERRA y estudio preliminar, traducción y notas de ESTHER BARBÉ, Madrid, Tecnos, 1990.

(5) Cfr. *Wirtschaft und Gesellschaft*, (1922), trad. cast. de J. MEDINA ECHEVARRÍA, J. ROURA, EUGENIO IMAZ, EDUARDO GARCÍA MAYNEZ y J. FERRATER MORA, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, 2.ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 20.

ción más extendida— permite contraponer la «racionalidad de los fines últimos o valores» a la «racionalidad de los fines que son medios para otros fines» (6). En esa interpretación, la racionalidad en cuanto a los valores es para Weber característica del saber premoderno y, por resultar derivable a fin de cuentas sólo de los sentimientos y las pasiones humanas, está vedada al pensamiento moderno como mero ejercicio de irracionalidad; en cambio, la racionalidad teleológica, quizá mejor llamada instrumental, es para Weber la racionalidad caracterizadora de la ciencia y, en realidad, el único modelo posible de la racionalidad moderna, la cual, supuestos unos determinados fines que ella no pone ni puede poner, pretende analizar la adecuación de los medios dirigidos a obtenerlos. Es claro que, según esta distinción, la reflexión moral —y la jurídica en cuanto prescriba fines últimos— tiende a ser una manifestación de la *Wertrationalität*, mientras que la reflexión política teórica, que presupone como fin la consecución, permanencia o engrandecimiento del poder político, es más bien ejercicio de la *Zweckrationalität*.

2. El conflicto entre ética y política

Ahora bien, si desde las dos distinciones anteriores —la analítica y la weberiana— existe una diferencia tajante en el significado de uno y otro tipo de lenguaje, la reflexión política puede ser vista ahora no ya desde un punto de vista teórico, sino desde el punto de vista práctico, en particular cuando tal reflexión es dirigida, utilizada o entendida pragmáticamente con una función normativa. Volviendo de nuevo a Maquiavelo, la aparentemente aséptica y científica descripción de *El Príncipe* no puede ocultar otro nivel del discurso, que propone un código normativo de la política que da por supuesta y buena la finalidad, declaradamente sólo condicional, de obtener o conservar el poder. Bajo la advocación sobre cómo «los profetas armados vencen y los desarmados se arruinan» (cap. VI) (7), muchas observaciones de Maquiavelo aparecen como máximas para la acción política, por ejemplo aquella, que viene aquí muy bien al caso, de que

Un príncipe, así pues, no debe tener otro objeto ni pensamiento, ni otro arte que el de la guerra y el de sus órdenes y disciplina [...]. Nunca debe, por tanto, quitar el pensamiento de este ejercicio de la guerra, y en la paz se debe ejercitar más en él que en la guerra (cap. XIV) (8).

(6) Así, por ejemplo, en JAVIER MUGUERZA, *La razón sin esperanza*, Madrid, Taurus, 1977, p. 210.

Prescindiendo así de la interpretación diferente y seguramente más fiel al pensamiento de Weber, que correlaciona aquella distinción con la otra famosa dicotomía weberiana, a la que me refiero más adelante, entre ética de la responsabilidad y ética de la convicción (*Verantwortungsethik* v. *Gesinnungsethik*): cfr., por ejemplo, TALCOTT PARSONS, *The Structure of Social Action. A Study in Social Theory with Special Reference to a Group of Recent European Writers* (2.^a ed., 1961), trad. cast. de J.J. CABALLERO y J. CASTILLO CASTILLO, *La estructura de la acción social. Estudio de teoría social con referencia a un grupo de recientes escritores europeos*, 2 vols., Madrid, Guadarrama, 1968, pp. 786 ss.

(7) *El príncipe...* cit., p. 32.

(8) *Ibidem*, pp. 62-63.

De esta forma, lo que para las distinciones entre norma y proposición técnica y entre racionalidad valorativa e instrumental se encuentra en planos cualitativamente diferentes, el prescriptivo o crítico y el descriptivo o cognoscitivo —cuyos respectivos puntos de vista no resultan ser propiamente incompatibles precisamente por suponer actitudes distintas a propósito de la realidad—, puede acabar transformándose en la práctica en una indistinta propuesta normativa que convierte la racionalidad instrumental en valorativa. En ese tránsito, el criterio político se presenta en el mismo plano que los criterios éticos o jurídicos en el sentido de que los criterios normativos respectivamente sustentados no podrían describirse como compatibles si pertenecieran a un mismo conjunto normativo ni, como consecuencia de ello, podrían ser cumplidos en la práctica simultáneamente. Y es así como la dicotomía entre ética y política, por más que no sea conceptual ni empíricamente necesario, puede dar lugar a los conocidos conflictos entre ambas, sea porque los fines políticos no agotan ni, en caso de contraste, prevalecen sobre fines como los morales, sea por la inmoralidad o antijuricidad de los medios para obtener incluso fines políticos ética o jurídicamente aceptables.

¿Tiene solución este conflicto? ¿Debe resolverse siempre, como reza la prescripción ética, subordinando la política a la ética? Durante la reciente guerra del Golfo no faltaron análisis que pretendían ser sólo políticos y que, bajo el pretexto de una autonomía de la política que debería conducir a su yuxtaposición con la ética si no tendiera a degenerar en la pretensión de dominación sobre ella, venían a descalificar como ingenuos, inanes, encubridores o innecesarios los tan abundantes como contrapuestos juicios éticos que aquella guerra suscitó. Pero en la compleja relación entre política y ética, tan engañoso como descalificar la subordinación de una a la otra para venir a sustentar a fin de cuentas una ética «realista», es situar aquella subordinación en un lugar equivocado, entronizando la ética en el utópico e inalcanzable pedestal de una ética «idealista» (9). Seguramente ha sido Max Weber quien mejor ha expresado la tensión de esos dos falsos polos mediante su formulación de la distinción entre ética de la responsabilidad (*verantwortungsethik*)

(9) Prácticamente al comienzo de unas «Acotaciones a la guerra del Golfo. Entre Kant y Clausewitz» (*Claves de razón práctica*, n.º 11, abril 1991), IGNACIO SOTELO ejemplifica bien esta posición al afirmar: «...habrá que dejar constancia de la vacuidad propagandística del discurso sobre la moralidad de esta o de cualquier otra guerra. La dimensión ética se plantea sólo desde la universalidad, y la guerra es parcial por definición, ya que trata de imponer por la fuerza la concepción de la paz que tiene el vencedor. La paz verdadera, no la impuesta que deja en su seno la simiente de nuevas guerras, proviene de la negociación de las partes interesadas, a partir de criterios universales reconocidos por todos» (p. 22; sub. mio). Esta argumentación es sólo aparentemente kantiana y no resulta concluyente porque identifica la universalidad de los criterios éticos, única relevante, con la de las acciones juzgadas, cuando una acción —la intervención bélica o la imposición de una pena puede ser «parcial» en el sentido de que pretende imponer una determinada concepción de A frente a B, pero, a la vez, seguir un criterio *universal* en la medida en que todo el mundo debiera reconocer esa concepción como aceptable: en particular, frente a lo que sugiere Sotelo, es muy plausible que «criterios universales reconocidos por todos» deban considerar justa la guerra frente a quien comete agresión y no está dispuesto a someterse a negociaciones. Cuestión distinta, naturalmente, es la de si la guerra del Golfo en concreto puede justificarse por esa razón y si no hay otros motivos que la descalifiquen éticamente.

y ética de la convicción (*gesinnungsethik*), cuyo análisis y revisión puede permitir, ya que no su completa resolución, sí al menos un mejor planteamiento de la relación entre ética y política, aunque no sea más que para sufragar la idea de que la ética puede y debe integrar el punto de vista político normativo si quiere ser algo más que mera censura angelical hasta abrigar alguna pretensión de influir algo en la realidad.

En *Politik als Beruf*, Max Weber osciló entre dos posiciones diferentes (10): de un lado, la tesis desencantada, tal vez producto de una visión ingenua defraudada, de la «satanización» de la política, para la que ésta ha de desentenderse de la ética, pues no existe política legítima:

quien se mete en política, es decir, quien accede a utilizar como medios el poder y la violencia, ha sellado un pacto con el diablo, de tal modo que ya no es cierto que en su actividad lo bueno sólo produzca el bien y lo malo el mal, sino que frecuentemente sucede lo contrario. Quien no ve esto es un niño, políticamente hablando (11);

y, de otro lado, la tesis de la «dualidad» entre moral política y moral no política, que admite que la política está sometida a criterios de justificación moral, pero de una moral especial o distinta a la de ámbitos no políticos, es decir, que presupone la existencia de dos códigos morales que dictan pautas diferentes: en Weber, esos dos códigos se corresponden con la ética de la convicción, a la que describe como ética de principios absolutos, incondicionados e idealistas sobre el valor intrínseco de las acciones y que ejemplifica mediante el pacifismo absoluto de quien pone la otra mejilla, y la ética de la responsabilidad, que tiene en cuenta las consecuencias previsibles de las acciones y carga también con ellas a costa de incumplir aquellos deberes absolutos (12).

La dicotomía weberiana, aparte de la ambigua oscilación entre la tesis de la demonización y la de la dualidad, adopta un punto de vista *parcial* en los dos sentidos relevantes de esta palabra, tanto el descriptivo como el valorativo. Tal y como la formula Weber, aquella dicotomía merece dos observaciones que matizan significativamente el alcance que parece pretender extraer de ella. De una parte, y

(10) Las ideas que siguen son en buena parte deudoras de dos excelentes análisis de ERNESTO GARZÓN VALDÉS, «Moral y política», *Anuario de Filosofía del Derecho*, I, 1984, pp. 177-195; y «Acerca de la tesis de la separación entre ética y política», *Sistema*, n.º 76, enero 1987, pp. 111-119.

(11) «La política como vocación» en *El político y el científico*, «Introducción» de RAYMOND ARON, trad. cast. de F. RUBIO LLORENTE, Madrid, Alianza, 1967, p. 168.

(12) Cfr. *ibídem*, pp. 161-164, así como «Der Sinn der "Wertfreiheit" in der soziologischen und ökonomischen Wissenschaftslehre» (1917) trad. cast. de M. FABER-KAISER, «El sentido de la "libertad de valoración" en las ciencias sociológicas y económicas» en *Sobre la teoría de las ciencias sociales*, Barcelona, Península 1971, pp. 114-115.

Puede observarse que la tesis de la dualidad sólo es compatible con la de la demonización si se considera que para WEBER la verdadera ética, la ética sin más, es la de la convicción, según parece transparentarse en frases como la siguiente: «Todo aquello que se persigue a través de la acción política, que se sirve de medios violentos y opera con arreglo a la ética de la responsabilidad, pone en peligro la "salvación del alma"» («La política como vocación» *cit.*, p. 174).

por el lado de la política, afirmar, frente a Weber, que no toda política es *inevitablemente* (o casi) perversa no es caer en niñerías, sino, simplemente, precaverse ante las generalizaciones y sacar del mismo e indistinto saco a toda acción y todo sistema políticos, ante los que hay que reivindicar la básica distinción entre el poder ejercido por coacción y el ejercido por consenso. De otra parte, y por el lado de la moral, sólo desde una visión irenista e ingenua de la ética de la convicción, se puede adoptar la presuposición propensa a la ñoñería de que no hay propiamente usos justificados de la violencia, como el de la violencia regulada y mesurada que responde a una violencia injusta.

En realidad, en la dicotomía entre ética de la convicción y ética de la responsabilidad caben posiciones intermedias más interesantes, defendibles e, incluso, realistas que las sugeridas por las ejemplificaciones de Weber: en particular, es posible tanto una ética deontologista que no sea tan incondicionada y celestial cuanto una ética consecuencialista que no ponga en peligro la salvación del alma. A fin de cuentas, incluso Weber mismo parece venir a aceptarlo cuando, dispuesto a elegir entre los dos tipos de ética, termina alabando como

infinitamente conmovedora la actitud de un hombre maduro (de pocos o muchos años, que eso no importa), que siente realmente y con toda su alma esta responsabilidad por las consecuencias y actúa conforme a una ética de responsabilidad, y que al llegar a un cierto momento dice: «no puedo hacer otra cosa, aquí me detengo» (13).

Pero no es necesario hacerse la ilusión de que estas vías más o menos intermedias eliminan la tensión entre las dos perspectivas, que es una de las fuentes básicas de conflicto entre criterios morales incompatibles, para reconocer que la ética es algo más complejo y amplio que el adoctrinamiento materno. Y gracias a esa complejidad y amplitud es capaz de no sustraerse al mundo real o, para el caso, a la realidad de la política, por lo mismo que la política, si quiere ser decente, ha de ser encauzada por pautas éticas.

Nada de lo anterior implica renunciar al punto de vista normativo, e incluso idealista, propio de la ética y del Derecho, que necesariamente han de estar en tensión con la realidad, es decir, ni tan lejos que se rompa toda relación entre ellas, ni tan cerca que se produzca su identificación y confusión. Por lo demás, como he dicho y se irá viendo más de cerca en lo que sigue, este planteamiento constituye sólo un marco muy genérico que no sirve para superar las distancias y conflictos a los que, aun dentro de ese marco, dan lugar las distintas visiones e interpretaciones de la moral y el Derecho.

(13) «La política como vocación» *cit.*, p. 176. No estará de más observar que esta posición intermedia, defensora de una ética de la responsabilidad moderada por algunos principios absolutos relativos a una ética de la convicción, no deja de estar en contradicción con la que Weber mantiene en las páginas anteriores, hasta el punto de que cuando establece la distinción entre los dos tipos de ética habla de «dos máximas fundamentales distintas entre sí e irremediablemente opuestas» (p. 163) mientras que ahora viene a corregir tal contraposición al decir que «desde este punto de vista la ética de la responsabilidad y la ética de la convicción no son términos absolutamente opuestos, sino elementos complementarios que han de concurrir para formar al hombre auténtico, al hombre que *puede* tener “vocación política”» (p. 176).

II. CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS ENTRE DERECHO Y MORAL

Junto a las anteriores relaciones entre el punto de vista normativo y el político, conviene también perfilar mejor las relaciones dentro del punto de vista normativo, analizando algunas de las más relevantes divergencias, así como ciertas convergencias significativas, entre la moral, entendida como conjunto de criterios últimos sobre el comportamiento humano, y el Derecho, especialmente el Derecho internacional. A modo de ensayo desde esa tierra intermedia por la que transita la filosofía del Derecho, y con el objetivo de enmarcar adecuadamente las reflexiones que ulteriormente se harán con mayor insistencia en el punto de vista ético que en el jurídico-positivo, propongo cifrar esas convergencias y divergencias en cinco aspectos: el carácter de la ética y del Derecho, sus métodos, los sujetos que toman en consideración, sus contenidos y, en fin, su «rango» (14). Antes de nada, sin embargo, no estará de más advertir que frente a las grandes opciones y las enormes disparidades de concepción a propósito de la naturaleza de la ética, en cuanto materia filosóficamente disputada hasta sus principios, las usuales discrepancias y discusiones doctrinales sobre la naturaleza del Derecho internacional se quedan pequeñas hasta parecer más bien de matiz. Las dificultades añadidas por esa heterogeneidad entre la moral y el Derecho se intentarán solventar señalando, cuando sea oportuno, el sentido específico en el que aquí se adopta la noción de moral.

1. El carácter de la moral y el Derecho

De un lado, y como convergencia fundamental ya indicada, tanto la moral como el Derecho (el Derecho en general, y no sólo el internacional) se configuran como modelos complejos de comportamiento que se pueden presentar como conjuntos normativos y que pretenden realizar una cierta mediación entre hechos y valores, por más que siempre con el acento puesto en la pretensión normativa. En la mediación que ambos tipos de cuerpos normativos intentan realizar entre hechos y valores, entre la historia y la utopía, entre las prácticas efectivas y las deseables o, al menos, las deseadas, ambos se encuentran ante la misma tensión de evitar proponer modelos inútiles por irrealizables y, a la vez, no sucumbir ante la mera realidad sin pretender orientarla y mejorarla. O, dicho de otra manera, la tensión entre, de un lado, evitar incurrir en aquella justa ironía de Voltaire:

Todos decían que los dioses habían dispuesto que hubiera reyes para dar fiestas todos los días mientras fuesen variadas, que la vida es demasiado corta para gastarla de otro modo, que los juicios, las intrigas, las guerras, las

(14) Para un clarificador análisis general de las relaciones entre Derecho y moral, que recoge las discusiones y problemas más importantes de la tradición filosófico-jurídica hasta la actualidad, véase FRANCISCO J. LAPORTA, «Ética y derecho» en CAMPS, VICTORIA (comp.), *Historia de la ética*, 3. *La ética contemporánea*, Barcelona, Crítica, 1989, pp. 221-295.

disputas de los sacerdotes, que consumen la vida humana, son cosas absurdas y horribles, que el hombre ha nacido para disfrutar, que no amaría los placeres con tanta pasión y tan de continuo si no estuviera formado para ellos, que la esencia de la naturaleza humana es regocijarse, y que lo demás es locura. Tan excelente moral sólo ha sido desmentida por los hechos (15),

y, de otro lado, olvidar la sabia advertencia de Max Weber:

Es completamente cierto, y así lo prueba la Historia, que en este mundo no se consigue nunca lo posible si no se intenta lo imposible una y otra vez (16).

Por lo demás, tanto en el Derecho internacional como en la moral esa mediación entre los hechos y los valores tiende a adoptar, al menos mínimamente, un punto de vista universal, en cuanto imparcial, en el sentido de que establece sus criterios normativos sustantivos sin acepción de personas: así, al igual que el deber moral de ayudar a los necesitados afecta a todos los individuos, la prohibición jurídico-internacional del uso de la fuerza se dirige por igual a todos los Estados. Este rasgo de universalidad como imparcialidad se podría condensar en la exclusión de los nombres propios en la descripción de los sujetos de las normas. Como rasgo, sin embargo, resulta puramente tendencial, y no sólo en el Derecho internacional, del que es archiconocida la desigualdad de poder jurídico de los Estados dentro del Consejo de Seguridad de la ONU, sino también en la ética, pues hay ciertas visiones que, como la hegeliana frente a la kantiana, reducen el ámbito de la moralidad a los deberes exigibles en el seno de comunidades como la familia, la ciudad o la nación (17). Más allá de aquel rasgo común pero sólo tendencial de la imparcialidad, la moral y el Derecho internacional, a diferencia en este caso de los Derechos estatales, convergen también en apelar y apoyarse antes y mucho más en la aceptación de sus criterios o normas por parte de los destinatarios que en la fuerza.

Dentro de las anteriores convergencias, no obstante, se traslucen significativas divergencias de carácter que, como es evidente, giran en torno al diferente grado, y hasta tipo, de aceptación que generan y por el que son generados la moral y el Derecho internacional. Esas diferencias pueden observarse, al menos, en tres aspectos.

(15) «La Princesse de Babylone», trad. cast. de FRANCISCO LAFARGA, «La princesa de Babilonia» en *Micromegas*, selección y prólogo de JORGE LUIS BORGES, Madrid, Ediciones Siruela, 1986, pp. 101-102.

(16) *La política como vocación*, cit., p. 178.

(17) Para una revisión crítica de este contraste entre la visión historicista y grupalista y la visión racionalista e individualista de la ética, hay dos textos en castellano de lectura más que recomendable, ambos a favor de la segunda visión: desde un punto de vista histórico-filosófico que va mucho más allá de la filológico hasta ser contemporáneo, el magnífico libro de AMELIA VALCÁRCEL, *Hegel y la ética. Sobre la superación de la «mera moral»*, Prólogo de JAVIER MUGUERZA, Barcelona, Anthropos, 1988; y en debate con la literatura anglosajona más reciente y relevante sobre el problema, el artículo de CARLOS S. NINO, «Liberalismo «versus» comunitarismo», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 1, sept.-dic., 1988, pp. 363 y ss., ahora también como «Kant y Hegel, otra vez» en *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, cap. VII.

El primero se refiere al tipo de consenso colectivo exigible para la validez de las normas de una y otro: mientras que en el Derecho internacional basta y sobra para crear y sustentar la validez de sus normas la existencia de un *consenso fáctico* suficiente, según el cual todos los sujetos o, al menos, los relevantes están de hecho de acuerdo —no a otra cosa alude el requisito de la *opinio iuris* como requisito de la costumbre jurídico-internacional—, en cambio, en la moral, o al menos en la moral concebida como cuerpo de criterios que trascienden las simples *mores*, la validez de las normas remite a un *consenso ideal*, según el cual todos los sujetos deberían estar de acuerdo si fueran racionales, desinteresados, conocedores de todas las circunstancias, etc.

El segundo aspecto en el que divergen el Derecho (tanto estatal como internacional) y la moral reside en el diferente tipo de motivación para la aceptación de las normas que en uno y otra ha de producirse para su validez correspondiente: mientras que el Derecho no exige adhesión interna para el cumplimiento de sus normas, pudiéndose cumplir por conveniencia, la moral —al menos, una vez más, la moral de tipo kantiano— ha de cumplirse por convicción, so pena de convertirse en mera prudencia o actuar personalmente interesado.

Y, como consecuencia de la anterior, hay una tercera divergencia en los mecanismos predispuestos para la eficacia de uno y otro sistema de normas: mientras que cualquier criterio moral carece de toda previsión sancionatoria —o al menos, según una versión de la moral menos exigente que la kantiana, de toda sanción *externa*—, el Derecho se caracteriza por disponer sanciones externas al menos para el cumplimiento de algunas de sus normas; o, dicho de otra manera, mientras la moral funciona de forma desinstitucionalizada, con apoyo en la conciencia individual, el Derecho predispone siempre instituciones dirigidas a reforzar el cumplimiento de sus normas por medio de la presión sancionatoria; cierto que, a su vez, el Derecho internacional —carente del tendencial monopolio de la fuerza del que, tanto *de iure* como *de facto*, suelen disponer incluso los Estados menos sólidos y eficaces— se diferencia en este punto de los Derechos estatales por un mucho menor grado de institucionalización en la administración de las sanciones, institucionalización que resulta muy incipientemente centralizada en el plano normativo, en la letra de los tratados, y todavía más ineficaz y descentralizada en el plano de los hechos.

2. Métodos de creación, aplicación y conocimiento

En los estudios jurídicos de tradición romano-canónica es usual distinguir entre métodos de conocimiento y métodos de aplicación del Derecho para referirse, respectivamente, a los modos de argumentación o interpretación del jurista teórico —característicos de la labor de abstracción y sistematización conocida por ciencia del Derecho— y a la del jurista práctico, que interviene de distintas formas en la resolución de los problemas jurídicos concretos. Para una comparación más rica entre el Derecho internacional y la moral se debe añadir a la distinción anterior la de los métodos, o modos de argumentación, en la creación de uno y otro tipo de

conjuntos de pautas de comportamiento. Las interrelaciones en esos tres campos de la creación, la aplicación y el conocimiento normativos son complejas y distintas según las perspectivas y las concepciones de las que se parta. Así, por no hablar del conocido doble proceso de creación-aplicación de normas en la teoría jurídica kelseniana, la distinción entre conocimiento y aplicación del Derecho es adecuada sólo en parte: en concreto, en lo que se refiere al plano de la actividad teórica, en cuanto ésta se desarrolla con independencia de la actividad práctica y, al contrario que esta última, no necesita lógicamente —aunque pueda ser muy conveniente socialmente— tener en cuenta los problemas concretos de aplicación jurídica ni, por supuesto, ser aplicada a casos reales. Asimétricamente, en cambio, no es adecuada desde la perspectiva de la práctica, que necesariamente, desde un punto de vista lógico, ha de contar con algún conocimiento, por lo que el método de aplicación necesariamente ha de presuponer un conocimiento y el método a éste incorporado. Y algo similar a lo anterior podría decirse de la distinción paralela entre ética *docens* y ética *utens*, al menos en la medida en que la actuación ética en un sentido exigente de esa palabra ha de realizarse no por mero hábito o sometimiento a los usos sociales, ni por una desnuda decisión sólo a la cara o cruz de las personales emociones o fiada a la pura intuición, sino conforme a una reflexión racional que debe dar por supuestos ciertos conocimientos.

Para ordenar brevemente este punto relativo a los métodos, y sólo en forma de sugerencia inicial para un eventual análisis que debería ser mucho más detallado y profundo, se pueden avanzar notables paralelismos entre la ética y el Derecho, pues en ambos campos tienden a producirse oposiciones análogas y, sin duda, relaciodadas entre sí, aunque de manera compleja. Ordenaré esos paralelismos refiriéndome sucesivamente a los modos de creación, de conocimiento y de aplicación del Derecho y de la moral.

A) LOS MODOS DE CREACION

Respecto de los modos de creación normativa, la gran división entre creación normativa espontánea y deliberada es perfectamente aplicable, y de forma paralela, tanto al Derecho como a la moral. Así, el modo más antiguo de creación normativa, la costumbre, que tuvo su mayor expresión en los sistemas jurídicos más antiguos y menos desarrollados —de modo similar a como la tiene todavía hoy en el Derecho internacional— es la forma de creación de la ética cuando ésta se entiende como moral social o positiva, es decir, como moral compartida por tradición en el seno de una determinada comunidad, que es el estadio superior de la moral, en cuanto *eticidad* (*Sittlichkeit*), en la filosofía hegeliana. Por su parte, los dos modos básicos de creación deliberada, el contrato o pacto como forma horizontal y voluntaria y la ley como forma vertical y autoritaria, tienen también sus manifestaciones análogas en el Derecho y en la moral.

El contraste entre ley y contrato sugiere al menos, según la doctrina jurídica tradicional, una diferencia parcial entre el Derecho y la moral: mientras que el Derecho —el Derecho actual de carácter estatal, se entiende— se encuentra dominado

por el principio de supremacía de la ley, en cambio, la visión legalista de la moral no es más que una entre las varias posibles, en particular, frente a la tradición moderna del contractualismo como intento de fundamentación de la ética política. Esa diferencia, sin embargo, es aceptable sólo si se matiza hasta tomarla sólo como una cuestión de acento. De una parte, en los ordenamientos jurídicos de impronta liberal de las sociedades postindustriales la alternativa entre ley y contrato no sirve ya sólo, como tradicionalmente, para contrastar formal y aproximativamente el clásico binomio Derecho público y Derecho privado —en el cual, en realidad, el principio de supremacía de la ley era respetado en cuanto que el valor del principio de la libre contratación o de autonomía de la voluntad dependía de su protección legal—, sino también el distinto modo de adoptar *materialmente* las políticas económicas y sociales más relevantes, en la medida en que en muchos sistemas políticos es ostensible el predominio de las negociaciones entre sectores sociales y políticos, por más que los acuerdos se expresen luego *formalmente* mediante leyes (18).

De otra parte, en lo que se refiere a la moral, el propio binomio ley y contrato no deja de estar entre los fundamentos básicos de las concepciones ético-políticas de toda la tradición contractualista —desde el iusnaturalismo racionalista hasta el neocontractualismo de los últimos años—, donde, casi con todas las variaciones posibles dentro de la alternativa entre intelectualismo y voluntarismo, aparecen versiones en las que la ley justa es tanto una consecuencia necesaria e irrevocable del orden establecido mediante el pacto social (Hobbes) o, por el contrario, una mera manifestación subordinada al cumplimiento del pacto por el soberano (Locke), cuanto la expresión de la voluntad racional colectiva (Rousseau), la idea regulativa propia de un sistema digno de la aceptación racional de todos los ciudadanos (Kant), el desarrollo de los principios de justicia acordados por individuos racionales y desinteresados en una situación contractual originaria e hipotética (Rawls) o, en fin, la consecuencia práctica de un diálogo en condiciones ideales entre todos los individuos (Habermas).

B) LOS MODOS DE CONOCIMIENTO

En lo que se refiere al conocimiento y sus formas, aparecen distintos planos posibles de análisis, de los que me fijaré en dos. En primer lugar, comenzando por el plano más general, tanto en el Derecho como en la ética se presenta un contraste similar entre posiciones escépticas y posiciones no escépticas respecto a la posibilidad de encontrar soluciones normativas indisputables a los casos regulados. Así,

(18) Conforme a este fenómeno se pueden contraponer, de un lado, los sistemas políticos de decisión mayoritaria y vertical, donde la ley formal refleja tendencialmente el modo material de elaboración e imposición de las medidas adoptadas, y, de otro lado, los sistemas políticos de decisión materialmente «consociativa» y horizontal, donde prolifera y domina el pacto entre distintos grupos sociales y políticos como forma de decisión política. Sobre la extensión del segundo modelo en las sociedades desarrolladas actuales, véase NORBERTO BOBBIO, *Il contratto sociale, oggi*, Nápoles, Guida Editori, 1980, donde se destaca el carácter de privatización de lo público de este fenómeno (p. 17).

mientras las posiciones escépticas niegan que sea posible conocer o descubrir un supuesto «verdadero» y único sentido de cualquier (o, más moderadamente, de todo) criterio, sea jurídico o moral, en cambio, las posiciones no escépticas presuponen que cualquier problema regulado permite solución mediante una única respuesta correcta, que resulta más aceptable que cualquier otra posible. Con independencia de que una y otra posición hayan sido defendidas tanto para el Derecho como para la ética, probablemente es cierto que, con todas las matizaciones que la exageración de este contraste exigiría, el modelo escéptico resulta más apropiado para dar cuenta de la posibilidad (de la imposibilidad, en realidad) de conocimiento moral —al menos respecto de la moral crítica, es decir, la adoptada tras reflexión imparcial— que de la posibilidad de un conocimiento jurídico, especialmente a causa de la ausencia de referencias morales de autoridad aceptadas como indiscutibles similares a los que existen en los sistemas jurídicos desarrollados, que cuentan con textos escritos y con interpretaciones oficiales de los criterios válidos.

En un segundo plano, menos general, seguramente la dicotomía más importante es la que, procedente de Aristóteles, diferencia entre la demostración, propia de la lógica deductiva, y la persuasión, característica del razonamiento dialéctico o tópico (19). En el ámbito de la ética, que es donde por primera vez se aplica esta distinción (20), toda la tradición aristotélica, que incluye el iusnaturalismo tomista, se caracterizó por considerar el razonamiento moral como no demostrativo. Esa misma tradición contribuyó también a que el renacimiento medieval de los estudios jurídicos se desarrollara bajo el signo de la *interpretatio*. En ruptura con esa tradición, el iusnaturalismo racionalista —especialmente en Hobbes, Spinoza y Leibniz— pretendió construir modelos éticos deductivos, al modo matemático, geométrico o sistemático, bajo el opuesto signo de la *demonstratio*. A su vez, este modelo racionalista, y tras la inversión de contenidos desde el Derecho natural hasta el Derecho positivo o histórico, cuajó en el movimiento codificador y constitucional hasta pervivir como método en el ámbito de la interpretación jurídica europea contemporánea, en especial por la enorme influencia de la sistemática de la jurisprudencia conceptual. Sólo más recientemente se ha propuesto superar de nuevo esta tradición por la anterior mediante el rescate del pensamiento tópico-jurídico característico —según Viehweg, el mayor valedor de esta propuesta— de la mejor jurisprudencia romana.

(19) ARISTÓTELES diferenció claramente entre ambos tipos de argumentación al proponer hablar de «demostración cuando el razonamiento parte de cosas verdaderas y primordiales [es decir, ...] que tienen credibilidad, no por otras, sino por sí mismas», y del *razonamiento dialéctico*, propio de la retórica, como del construido a partir de «cosas *plausibles* [... es decir,] las que parecen bien a todos, o a la mayoría, o a los sabios, y, entre estos últimos, a todos, o a la mayoría o a los más conocidos y reputados» (*Tópicos*, en *Tratados de lógica [Organon]*, vol. I, trad. de MIGUEL CANDEL SANMARTÍN, Madrid, Gredos, 1982, 100ab, p. 90).

(20) Es también Aristóteles quien inaugura esta posición al decir que «tan absurdo sería aprobar a un matemático que empleara la persuasión como reclamar demostraciones a un retórico» (*Ética Nicomáquea*, trad. cast. de JULIO PALLÍ BONET, Madrid, Gredos, 1985, V, 10, 1094b, p. 131).

C) LOS MÉTODOS DE APLICACION

Por lo que se refiere a los modos de aplicación normativa, sea del Derecho o de la ética, el contraste más general se deriva en buena parte de la distinción precedente entre conocimiento sistemático-deductivo y conocimiento tópico-persuasivo. Me refiero a la diferencia entre los modelos de interpretación estricta, donde la aplicación se mantiene dentro de los márgenes del cuerpo normativo preexistente sin introducir criterios nuevos, y los de interpretación equitativa, donde el acto de aplicación no se somete necesariamente a los criterios normativos preexistentes e introduce nuevas consideraciones y criterios. Esta distinción entre interpretación estricta e interpretación de equidad (21) es a la vez demasiado tajante, al aludir sólo a modelos ideales que sin duda funcionan de forma impura en la práctica, y demasiado amplia, pues dentro de cada uno de sus dos términos caben muy distintas posiciones. Aun así, dejando a un lado las teorías más extremas e inverosímiles (22), es interesante destacar el contraste entre visiones de la aplicación normativa en función de principios y en función de consecuencias, que mientras resulta básico para la interpretación y la aplicación de carácter ético opera de un modo mucho más restringido en la aplicación jurídica.

En efecto, una de las divisiones fundamentales de los tipos de moral es la que divide las éticas en deontológicas y consecuencialistas —división muy emparentada con la weberiana entre «ética de la convicción» y «ética de la responsabilidad»(23)— y que se articula conforme al criterio por el que se juzgan moralmente las conductas, según se sitúe la bondad, maldad o indiferencia de éstas bien en la acción en sí misma considerada, incluyendo en ella las intenciones, disposiciones, fines, etc. del actor (y según el cual mentir es malo porque denota falsedad en el mentiroso, porque es una acción prohibida, etc.), o bien, por el contrario, en la bondad, maldad o indiferencia no de las conductas mismas sino de las consecuencias

(21) En la literatura filosófico-jurídica más reciente puede verse un preciso y clarividente análisis de esta dicotomía en LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 2.^a ed., Bari, Laterza, 1990, pp. 135 ss.

(22) Los ejemplos más notables del modelo de interpretación estricta son en el campo moral, las pretensiones del iusnaturalismo racionalista y, en el jurídico, la doctrina de la Escuela de la Exégesis, con su propuesta de aplicación judicial silogística y literalista. Por su parte, las manifestaciones más extremas del modelo de interpretación de equidad son, en el campo moral, la moral de situación propuesta por los existencialistas y, en el campo jurídico, la justicia del caso concreto propuesta, aun limitadamente, por el Movimiento del Derecho Libre y, más abiertamente, por el realismo americano de los *fact-skeptics*.

(23) Aunque el uso que WEBER hace de esta distinción no es siempre esclarecedor —hasta el punto de que, especialmente a través de unas ejemplificaciones simplistas y absolutistas, introduce las distorsiones conceptuales que antes he destacado—, debidamente extendida y entendida, puede hacerse corresponder con la dicotomía deontologismo y consecuencialismo; en realidad, Weber se encuentra muy cerca de esta diferenciación cuando, al introducir en general su distinción y antes de venir a reducir la ética de la convicción al mantenimiento de principios sublimes o irenistas, afirma que «hay una diferencia abismal entre obrar según la máxima de una ética de la convicción tal como la que ordena (religiosamente hablando) «el cristiano obra bien y deja el resultado en manos de Dios» o según una máxima de la ética de la responsabilidad, como la que ordena tener en cuenta las consecuencias previsibles de la propia acción» («La política como vocación» cit., p. 164).

previsibles de la *acción* o del *tipo de acción* de que se trate (y según el cual mentir es malo porque produce daños, fraude y desconfianza en terceros, porque crea hábitos negativos en quien miente, etc.) (24). Aunque pueda parecer prolijo, es necesario destacar la importancia de la última subdistinción utilizada, entre el consecuencialismo que considera sólo las consecuencias de la acción concreta, que se niega a aceptar la relevancia última o decisiva de cualquier regla general (consecuencialismo directo o del acto), y el que considera las consecuencias del tipo de acción, que, en cambio, establece una regla general para resolver un caso incluido en ella (consecuencialismo indirecto o de la regla).

Pues bien, en el ámbito del Derecho creo que puede afirmarse que existe hoy un cierto consenso entre la mejor filosofía del Derecho sobre el carácter de interpretación en función de principios (y/o normas previas) que tiene la aplicación jurídica de los ordenamientos desarrollados, un tipo de interpretación que equivale a la argumentación deontológica en la medida en que el juez sólo debe atender a las conductas realizadas en relación con las descritas en las normas preexistentes, sin entrar a establecer un criterio mediante una valoración de las consecuencias de la acción juzgada. Dentro de esta visión, la tesis más extrema la ha formulado Ronald Dworkin, al sustentar la idea de que los jueces, incluso cuando falta una regla clara, siempre encuentran y deben encontrar una respuesta adecuada en el Derecho preexistente acudiendo a los principios político-morales que inspiran y explican mejor el ordenamiento jurídico en cuestión (25). Pero incluso entre quienes, más cercanos a la tradición positivista, admiten la existencia de mayores dosis de discrecionalidad por parte del juez cuando no es clara la norma aplicable y llegan a aceptar que en tales casos difíciles se suele y se debe razonar teniendo en cuenta las consecuencias, limitan de tal modo esta última admisión que la reconducen al deontologismo: así, Neil MacCormick, de un lado, acepta sólo la pertinencia de considerar las consecuencias *generales* de adoptar uno u otro criterio de los posibles, es decir, que se limita a un consecuencialismo de la regla, y, de otro lado, enmarca ese análisis de consecuencias dentro de la doble pauta superior que prohíbe violar cualquier norma jurídica válida (exigencia de consistencia) y exige derivar el nuevo criterio de algún principio razonable ya existente en el Derecho (exigencia de coherencia) (26).

(24) Sobre la dicotomía deontologismo-consecuencialismo, con mucha mayor riqueza que la sugerida y pretendida en el texto, lo mejor que conozco en lengua castellana es el artículo de JUAN-CARLOS BAYÓN, «Causalidad, consecuencialismo y deontologismo», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 6, 1989, pp. 461 ss.

(25) Lo esencial de esta posición de RONALD DWORKIN está en su *Taking Rights Seriously*, 2.ª ed., London, Duckworth, 1977, trad. cast. de MARTA I. GUASTAVINO, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, caps. 2-7, así como el apéndice en respuesta a los críticos; véanse también *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1985, caps. 1-3, y *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1986, trad. cast. (muy defectuosa) de CLAUDIA FERRARI, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988.

(26) Cfr. *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pp. 106-107, así como, en general, caps. VI a IX.

De manera que, resumiendo el punto anterior a riesgo de simplificar, mientras que la disputa ética entre deontologismo y consecuencialismo siempre ha estado y sigue abierta y, por tanto, o bien la argumentación moral no está sometida necesariamente a principios sobre el valor de las acciones o bien, cuando lo está, tales principios no dejan de ser fuente permanente de discusión, en cambio, en la aplicación jurídica la argumentación conforme a principios —principios sobre el valor de las acciones establecidos con cierto consenso entre la comunidad de los juristas— tiene y debe tener una importancia, si no exclusiva, sí al menos dominante. La razón última de ello está en el valor que los juristas conceden a la seguridad jurídica, principio que propugna la distinción funcional entre órganos de creación y de aplicación jurídica —una distinción de la que carece la moral— y el consiguiente criterio de legitimación de la actividad judicial sólo, o sobre todo, por su sometimiento a las leyes. Y, por cierto, que ese mismo principio de seguridad jurídica, en cuanto también es manifestación de la función básica del derecho de resolver conflictos, explica una última diferencia entre la aplicación jurídica y la moral que no quisiera dejar de mencionar: mientras que las decisiones jurídicas tienen un término más o menos amplio pero más allá del cual el caso debe considerarse cerrado desde un punto de vista jurídico, las decisiones morales están siempre abiertas a la revisión mediante nuevas y, en realidad, inacabables argumentaciones morales que no permiten cerrar caso alguno.

D) RECAPITULACION

Si además se quisieran echar las sumas de los puntos anteriores para hacer ahora especial hincapié en el Derecho internacional, habría que comenzar diciendo que, en cuanto a los métodos de creación normativa, la enorme importancia que la costumbre tiene como una de las fuentes fundamentales de ese ordenamiento jurídico contrasta con la irrelevancia o, en todo caso, la subordinación que se suele atribuir a ese modo de creación normativa tanto en los Derechos estatales como en la ética, al menos en cuanto ésta se entiende como moralidad crítica o reflexiva y no como mera acomodación a los hábitos tradicionales de la propia comunidad. Por su parte, dentro de los modos de creación normativa deliberada, también el contraste entre ley y contrato sigue siendo válido para distinguir el Derecho internacional de los actuales Derechos estatales, dominado como está el primero por el pacto como fuente jurídica más extendida, por más que formalmente derivable de la norma consuetudinaria *pacta sunt servanda*, tanto como los segundos están dominados, al menos formalmente, por el principio de supremacía de la ley.

En lo que se refiere a los métodos de conocimiento, y en el plano general del contraste entre posiciones más o menos escépticas, el argumento antes citado de la ausencia de autoridad suficiente aproxima el tipo de conocimiento moral al del Derecho internacional, cuerpo normativo bastante menos institucionalizado y desarrollado que los Derechos estatales. Por lo demás, si para determinar el grado de objetividad de un conocimiento se atiende al criterio meramente indicativo del grado de discrepancia doctrinal, se diría que, en la medida muy aproximativa en

que admiten semejante medición, las disputas interpretativas son más numerosas y profundas en el ámbito jurídico-internacional que en el jurídico-estatal, si bien no tanto como en el moral. No me atrevería a juzgar, en cambio, sobre la influencia en los estudios jurídico-internacionales de la dicotomía más específica entre modos de interpretación teórica más demostrativos, deductivos o sistemáticos y modos más equitativos, persuasivos o tópicos, dejando esta cuestión abierta para quienes puedan responderla con más conocimiento del que yo dispongo al respecto.

Por lo que se refiere, en fin, a los métodos de aplicación, si de un lado la argumentación conforme a principios es, como en todo Derecho, también característica en el Derecho internacional, de otro lado, la muy limitada institucionalización de los procedimientos de decisión en este Derecho, hace que en él, como en ciertos sistemas jurídicos primitivos y de modo similar a la discusión moral, muchas diferencias interpretativas puedan quedar indecidas y sometidas a disputas doctrinales radicales y duraderas. Con todo, seguramente es verosímil mantener que todavía hay una diferencia entre la moral y el Derecho internacional en favor de la mayor certidumbre de los criterios de este último, debido tanto a la relativa institucionalización de sus fuentes como a la existencia de una comunidad de expertos que limitan la complejidad del universo interpretativo correspondiente.

3. Sujetos individuales y colectivos

Se puede hablar de los sujetos de la moral y del Derecho (internacional) desde dos puntos de vista muy distintos: los sujetos activos de la propia normativa moral o jurídica, o emisores, y los sujetos pasivos de las normas morales o jurídicas, o destinatarios. Desde el punto de vista de los *emisores*, la creación del Derecho, incluso la creación meramente formal, es eminentemente colectiva: salvo excepciones, los sujetos creadores del Derecho internacional son colectividades como los Estados o las organizaciones internacionales, al igual que en los Derechos estatales evolucionados los creadores normativos son los parlamentos, los gobiernos, los partidos, etc. En cambio, los sujetos creadores de la moral pueden ser —según la visión colectivista o individualista que de ella se tenga— tanto las colectividades (así, en la *Sittlichkeit* hegeliana o en la moral entendida como moralidad positiva) cuanto, más característica y radicalmente, los individuos (según ocurre en la moralidad de raíz kantiana y, en general, en las concepciones consensualistas o intersubjetivistas, que no prescinden de ese punto de vista aunque pretendan dotar de mayor objetividad al acuerdo no forzado entre distintos sujetos).

De modo paralelo, desde el punto de vista de los *destinatarios*, en el Derecho se toma como tales no sólo a los individuos sino también a personas colectivas, jurídicas o morales; incluso, en Derecho internacional una de esas colectividades, el Estado, es el destinatario no único pero sí predominantemente privilegiado hasta reducir casi a excepción el todavía reciente proceso de incorporación de nuevos sujetos, como las personas individuales en algunos ámbitos limitados, como el relativo a los derechos humanos o también, y precisamente, el de la responsabilidad por

crímenes de guerra. En la moral —asimismo según la concepción colectivista o individualista que de ella se tenga—, o bien agrupaciones sociales como la familia, la ciudad, el pueblo, el Estado, etc., pueden ser sujetos de derechos, deberes y virtudes con igual y hasta mayor título que los individuos, o bien los destinatarios únicos, o, al menos, últimos o directos, de los derechos y deberes morales son los individuos. Ello significa, por cierto, que en ningún caso cabe excluir a las colectividades como posibles destinatarios de la moralidad, aunque permanezca la importante diferencia de hacer tal atribución de manera directa o, por el contrario de manera indirecta o mediata. Por tanto, es con esta segunda visión individualista de la moral a propósito de los destinatarios con la que contrasta la visión clásica del Derecho internacional.

4. Los contenidos

Entre moral y Derecho pueden encontrarse, contingentemente, más o menos coincidencias de contenido en las regulaciones, desde la condena de ciertas formas de violencia a los deberes de cuidado a los más próximos, desde la atribución de libertades hasta la justificación de ciertos castigos por conductas indeseables, etc. En el Derecho internacional actual, a este respecto, son comunes con la moral dominante las prohibiciones de la agresión, del genocidio o de la muerte o maltrato de prisioneros y población civil, etc., por más que el acuerdo se produzca antes en los criterios genéricos que en las razones que los apoyan y, sobre todo, en el alcance concreto con que se han de interpretar.

Sin embargo, más que las convergencias, destacan sobre todo las divergencias de contenido, pues sería bien extraño que cuerpos normativos con diferentes caracteres, modos de creación, aplicación y conocimiento y hasta sujetos activos y pasivos, fueran a coincidir a fin de cuentas en sus regulaciones. A simple título de ejemplo, un punto de divergencia significativo se produce entre los contenidos del Derecho internacional y —ya que no los de la moral en general (cosa que sería confundente presumir como única o existente en este contexto, relativo a conjuntos de criterios normativos, variadísimos en el campo de la moral tanto diacrónicamente como sincrónicamente)— los de una concepción deontológica de la moral basada en la primacía de los derechos individuales, que se encuentra todavía en un círculo más restringido dentro de la visión individualista de la moral a que se ha hecho referencia hace un momento. Lo que ahora contrasta entre aquella fundamentación deontológica de la moral y el Derecho internacional no es ya el tomar por destinatarios únicos (o privilegiados) a los individuos o a ciertas colectividades, sino la relación del contenido de las reglas de una y otro de ambos conjuntos normativos con el respeto a esas necesidades o intereses especialmente merecedores de protección a los que se considera derechos humanos, fundamentales o básicos. Y, así, mientras ciertas doctrinas morales, al igual que ciertos ordenamientos jurídicos estatales inspirados en la ideología liberal-democrática, toman los derechos individuales como un contenido esencial de sus reglas más importantes (o, al

menos, de buena parte de ellas), en cambio, los contenidos de las reglas del Derecho internacional tienden a hacer prevalecer los derechos de los Estados sobre los individuales. No sin excepciones, desde luego, como lo muestran la Declaración Universal de Derechos Humanos o, en materia de guerra, los Convenios de Ginebra sobre trato a población civil, prisioneros, etc., pero al fin y al cabo excepciones y, a su vez, siempre todavía más limitadas por la remisión de su aceptación y cumplimiento a la voluntad estatal correspondiente (27).

Más allá de las anteriores coincidencias y divergencias contingentes, sobre alguna de las cuales se volverá, merece especial mención la discusión general sobre la pretendida existencia de cierta relación necesaria entre la moral y el Derecho a través de la fundamentación de este último. Me refiero, en concreto, a la posición de Dworkin sobre la conexión conceptual entre el Derecho y la moral que se operaría por la necesidad ineludible de interpretar también moralmente los principios y derechos reconocidos jurídicamente (28), una concepción que no es difícil de trasladar al Derecho internacional, y no sólo por la vía de los llamados «principios generales del Derecho»: así como, según Dworkin, la referencia que una Constitución hace, por ejemplo, a la libertad individual no puede ser adecuadamente interpretada —al menos en alguna medida y, en especial, cuando se deba aplicar a un caso sobre el que no hay un criterio jurídico previo claro— más que apelando a criterios morales conectados con la justificación, las tradiciones y las instituciones del sistema jurídico de que se trate, del mismo modo, se podría argumentar, la interpretación de ciertos principios del Derecho internacional cuyo alcance resulta dudoso u oscuro se debería hacer tomando en cuenta los criterios morales relevantes en juego (29).

Conviene observar que Dworkin aduce su modelo no sólo como prescripción, según se recoge aquí, sino también como descripción de lo que los intérpretes americanos del Derecho interno hacen de hecho. Sea o no exacto y, sobre todo, generalizable para cualquier sistema jurídico —lo que resulta más que dudoso—, este último aspecto no afecta a la defendibilidad de la tesis prescriptiva de que, a falta de criterio jurídico, los principios deben interpretarse conforme a una fundamentación moral. Lo importante es que si esta tesis fuera aceptable, lo que merecería una discusión ulterior teniendo en cuenta las peculiaridades de la interpretación jurídico-internacional, la argumentación ética que es característica de la filosofía jurídica, política y moral sería relevante desde una perspectiva interna, y no sólo externa, para el estudio jurídico del Derecho internacional. Naturalmente, desde

(27) Cfr., en tal sentido, TERRY NARDIN, *Law Morality and the Relations of States*, Princeton (N. J.), Princeton University Press, 1983, pp. 306-307.

(28) Cfr. *Taking Rights Seriously* cit., esp. caps. 2-4.

(29) Para una seria y más compleja y articulada aplicación del modelo de Dworkin al Derecho internacional, véase el valioso libro de FERNANDO R. TESÓN, *Humanitarian Intervention: an Inquiry into Law and Morality*, Dobbs Ferry, Transnational Publishers, 1988, especialmente pp. 6-15; no quiero dejar de anotar que, según confesión del autor —un jurista y no un filósofo del Derecho—, la pretensión básica de este libro es «defender la filosofía contra el tradicional disgusto hacia ella de los científicos de la política y de los juristas internacionalistas» (p. 248).

semejante doctrina se ofrecería un panorama del Derecho internacional en un bastante agudo contraste con la imagen usual y dominante en la doctrina jurídica: por ejemplo, la distancia entre Estado e individuo como respectivos destinatarios del Derecho y de la moral se acortaría sensiblemente bajo la interpretación de las normas jurídico-internacionales a la luz de los derechos individuales (30).

5. El «rango» de la moral y del Derecho

Nada de lo dicho en los anteriores comentarios pretende aludir al problema de la relación «jerárquica» entre Derecho y moral. Afirmar que la moral es superior al Derecho en el sentido de que constituye el referente último sobre lo que *debe ser* puede parecer arriesgado en tiempos donde, al menos en España, se diría que tiende a proliferar una actitud socialmente distanciada, cuando no desconfiada y crítica, hacia las alegaciones éticas, equiparadas bien a la rancia y acostumbrada moralina clerical en materias sexuales y adyacentes, bien a su desgastado y devaluador uso en ámbitos políticos. Esta actitud, que no dejó de observarse en su momento ante la abundancia de comentarios sobre la guerra del Golfo, sin duda que debe tributo tanto a la profusión de opiniones pobremente informadas y simplistamente argumentadas acerca de casi cualquier asunto ético, cuanto con la visible irreconciliabilidad de tan variadas opiniones, sean ilustradas o precipitadas, sean críticas o conformistas, sean, en fin, como suele acontecer, justificatorias de cualquier cosa y, por tanto, autojustificadoras de casi toda cuanta conducta lleguen a emprender los humanos.

Sin embargo, ese doble exceso al que hoy se prestan el juicio y la argumentación moral —que son, a diferencia de sus correlatos jurídicos, inevitable dominio de cada cual y no patrimonio excluyente de ninguna ciencia, técnica ni filosofía— procede en último término de que el juzgar moralmente es un hecho que caracteriza a la especie humana y del que no es posible desistir: también quienes lamentan el uso del lenguaje moral están condenados a juzgar moralmente. Ciertamente que esa tendencia al juzgar moral se ha ido haciendo históricamente cada vez más compleja hasta convertirse en la cultura occidental en una pauta social que reclama la necesidad de argumentar, de dar razones, en favor de los propios juicios normativos. Para complicar todavía más las cosas, esas razones no sólo tienden a ser variadas y, a veces, contradictorias según distintos puntos de vista o criterios éticos, sino también según puntos de vista o criterios de carácter en principio no moral, como ocurre en los juicios de tipo jurídico y de tipo político. Pero si esto último obliga a reconocer que los juicios morales no son los únicos posibles —ni, por cierto, los únicos profusos y difícilmente conciliables—, tampoco significa nada en relación con su importancia o «rango».

(30) En tal sentido, FERNANDO TESÓN sostiene que las normas del Derecho internacional relativas al uso de la fuerza han de ser interpretadas en referencia última a los derechos de los individuos, únicos que justifican los derechos de los Estados al respecto, por lo que estos últimos, a fin de cuentas, no resultan esencialmente distintos de aquéllos ni, con mayor razón, pueden contrastar con ellos (cfr. *ibídem*, especialmente pp. 53-58, 67, 73-76 y 148).

Sin exclusiones de otros juicios, el juicio ético es especialmente importante por su carácter último, como criterio que sirve para juzgar los demás criterios posibles. Al modo del diamante, como mineral de mayor dureza, el juicio moral es el más radical y decisivo, el juicio último e inapelable en el sentido de que no se puede ir más allá de él, por todo lo cual sirve para contrastar a los demás posibles juicios no morales (31). Claro que esto es sólo cierto para los juicios morales de cada persona, instancia individual última, al menos desde Kant, que, a pesar de la apelación de éste a la racionalidad universalizadora, no deja de consentir la variedad y contradictoriedad de los criterios morales. Sólo que esta última consecuencia no nos puede liberar de la labor de dar razones, de mantener una ética esclarecida que presupone la existencia de un seguramente imposible criterio final objetivo, sin duda relacionado con la imparcialidad y universalidad del punto de vista de quien juzga moralmente y con la argumentación racional como medio de decidir en caso de conflicto entre criterios.

Tal vez la tesis de la superioridad de rango de la moral resulte chocante para los juristas actuales, acostumbrados a formular los conflictos entre Derecho y moral como sometidos a códigos paralelos o independientes, resolviéndolos, así, con la evangélica fórmula del reparto entre Dios y el César: probablemente esa sea la manera usual de ver un conflicto típico, como puede ser el del juez que condena a prisión a un insumiso a quien, a pesar de todo, absuelve moralmente. Sin embargo, un conflicto semejante no es sustancialmente distinto del conflicto entre ética y política, pues en ambos casos los criterios morales son superiores, de modo que el juez que condena al insumiso o bien actúa inmoralmemente porque, desde su propio punto de vista, no debería condenar (32), o bien condena porque, todo sumado, considera su decisión justificable moralmente, por ejemplo, porque cree más im-

(31) Para una crítica de esta caracterización o como empíricamente falsa o como tautológica, véase NARDIN, *Law, Morality... cit.*, pp. 250-254. Tal crítica, sin embargo, me parece desencaminada, pero como no es este momento para desarrollar una réplica detallada baste decir que la idea de que la moral —la moral crítica, se entiende— suministra los juicios críticos últimos sobre la conducta no procede de una simple definición estipulativa, sino que responde al significado histórico básico de lo que, con independencia de la diversidad de contenidos, se entiende por moral. Por ello, simplemente, resultan bien triviales o bien, con mayor probabilidad, erróneas las dos siguientes afirmaciones de Nardin: «Si alguien se enfrenta a un conflicto entre la moralidad y el Derecho, tiene que *elegir* entre la conducta legal pero moralmente incorrecta y la conducta moralmente correcta pero ilegal. *Puedo* hacer lo correcto legalmente o lo moralmente correcto, pero no *puedo* hacer lo que es simplemente correcto sin especificación» (*ibidem*, p. 253; subr. míos): en realidad, si la posibilidad de «elegir», el «poder hacer», es puramente fáctica, como conducta libre en cuanto no causalmente determinada, la idea propone el trivial indeterminismo moral pero no desmiente el criterio regulativo que sustenta la superioridad axiológica de la moral; y si aquella posibilidad se entiende en sentido normativo, como conducta libre en cuanto permitida, la idea resulta errónea porque tales conflictos enfrentan con una elección regida por criterios morales según los cuales no sólo se puede sino que se debe hacer lo que es moralmente correcto, esto es, lo correcto por antonomasia o sin especificación.

(32) Que no deba condenar —conviene precisar— no equivale necesariamente a que deba absolver, pues todo juez puede renunciar a su función para no violentar su conciencia; más aún, esta desusada salida podría ser la única salida moralmente posible para el juez que viviera como un dilema insoluble tanto condenar contra la moral cuanto absolver contra el Derecho.

portante mantener el respeto a las leyes que evitar una injusticia concreta. La razón de ello es que la moral es, por definición, el conjunto de criterios *últimos* que modelan nuestra conducta: de ahí que mientras tiene perfecto sentido preguntarse si uno *debe* (moralmente) hacer lo que manda una ley, no tiene el mismo sentido —ni, en todo caso, un sentido claro— preguntarse si uno *debe* (moralmente) hacer lo que debe hacer moralmente (33).

Esta caracterización de la relación de rango entre sistemas normativos, que es puramente formal, chocará tal vez con una usual concepción relativista o subjetivista de la moral, conforme a la cual, si cada cual tiene su moral y, en todo caso, hay distintas morales según las culturas y los individuos, de un lado, los distintos sistemas jurídicos, y también el Derecho internacional, también tendrán su respectiva moral justificativa detrás y, de otro lado, hacer de la propia moral el referente último y superior al Derecho supone perder la certidumbre en los criterios y la seguridad y coordinación en las conductas que son los más elementales beneficios que el Derecho produce casi por el mero hecho de existir.

Sin entrar en una complicada discusión sobre el sentido y alcance del relativismo moral, bastará decir aquí dos cosas. La primera es que no sólo los distintos sistemas jurídicos, y, entre ellos, el Derecho internacional, presuponen ciertas razones morales al menos desde el punto de vista de quien lo justifica (aunque seguramente no desde otros), sino que puede haber contradicciones entre un determinado sistema jurídico, como el internacional, y ciertas exigencias de una moral crítica considerada acertada por un observador independiente que, sin embargo, para ese mismo observador, deban resolverse conforme al Derecho internacional por razones morales. Esto se explica en cuanto se cae en la cuenta de cómo criterios morales que jugarían en un determinado sentido en condiciones abstractas pueden cambiar de sentido hasta apuntar hacia otra respuesta cuando se tienen en cuenta ciertas circunstancias concretas que usualmente el Derecho considera y debe considerar, y entre aquellas circunstancias, además, se añade la existencia de la propia norma jurídica y la conveniencia de no desobedecerla para no producir daños mayores: por ejemplo, así como la licitud moral en abstracto de ciertos casos de eutanasia no es incompatible con la justificación moral de mayores limitaciones jurídicas para evitar abusos, la eventual admisibilidad moral de la defensa retrospectiva ante una agresión ya consolidada podría ser compatible con la exigencia de inmediatez ante la agresión en Derecho internacional como regla más segura, fiable y practicable. La segunda observación pendiente es que la idea de que el Derecho suministra un criterio mínimo de certidumbre y seguridad, si fuera correcta, sería en sí misma un criterio moral y, en la medida en que justificara de modo último al Derecho, no pertenecería a él y tendría rango superior al mismo (eso no significa, naturalmente, que el criterio mínimo de la seguridad sea el único ni el último criterio moral, por encima de otros valores de justicia).

(33) Sobre todo lo anterior, que precisa parcialmente la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral, remito al rico y argumentado libro de JUAN-CARLOS BAYÓN, *La normatividad del Derecho: Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, en especial apartados 5.1, 8.5 y 9.

III. LOS CRITERIOS SOBRE LA JUSTICIA DE LA GUERRA

Para intentar ofrecer un análisis suficientemente articulado de las distintas posiciones y problemas teórico-morales que suscita la guerra, distinguiré entre cuestiones conceptuales y cuestiones de justificación, bajo el presupuesto de que una aceptable ordenación o clasificación conceptual debe servir para clarificar realidades o fenómenos distintos y facilitar su valoración ulterior, pero sin que la definición de conceptos o la descripción de la realidad comprometa hacia unos u otros criterios valorativos: por ejemplificarlo, si uno se pregunta por la justificación o no justificación de la eutanasia, será conveniente que clarifique el concepto y los tipos de eutanasia como una plataforma previa para la ulterior valoración, que deberá aportar argumentos independientes de las meras conceptualizaciones previas.

Es de observar que la diferencia entre cuestiones conceptuales y de justificación puede ser más clara en ética que en Derecho, pues en éste la remisión al significado o concepto de una norma suele ser suficiente para justificar un criterio jurídico, cuando en ética es a la inversa. Esto ocurre porque en la interpretación jurídica se suelen aceptar los valores presupuestos en las normas jurídicas, mientras que en ética —en una ética reflexiva y crítica, se entiende— se trata de dar razón de los valores que pueden justificar una norma. Si una norma jurídica prohíbe el uso de la fuerza el jurista asume el juicio de valor contrario al uso de la fuerza y su problema de interpretación se restringe a delimitar el alcance conceptual de la expresión «uso de la fuerza». En cambio, el problema de quien pretende enjuiciar moralmente esa norma es inverso: supuesto un determinado significado de la expresión «uso de la fuerza», su problema consiste en valorar si debe ser prohibido en todos los casos, etc. Obsérvese, sin embargo, que la interpretación jurídica no es por ello necesariamente aséptica, pues cuando un término jurídico es impreciso y remite implícitamente a categorías morales, entonces la elección de su significado presupone alguna valoración e, incluso —como he apuntado en el apartado II. 4—, puede exigir una valoración moral.

1. Cuestiones de concepto

En mi libro citado al principio propuse una clasificación conceptual de las posiciones morales ante la justicia de la guerra que voy a simplificar en sus elementos más salientes y relevantes para una discusión sobre problemas actuales (34). Cabe distinguir dos posiciones extremas ante la justicia de la guerra y dos intermedias: en los extremos, el pacifismo absoluto y el belicismo absoluto, y entre ellos, el pacifismo relativo y el belicismo relativo. Mientras es claro que el pacifismo absoluto considera injustificada cualquier guerra y, por tanto, toda participación armada

(34) Cfr. *La justicia de la guerra...* cit., cap. III.

incluso como respuesta a una agresión injusta, el belicismo absoluto viene a adoptar el punto de vista opuesto de que la guerra agresiva o de conquista, bien por necesidad e inevitable, bien por su contribución a distintos fines deseables, puede ser fácilmente justificada, acaso en la línea de aquel comentario de M. Thatcher: «Lo único malo de las guerras es perderlas».

El pacifismo absoluto tiene muy distintas manifestaciones, desde la más radical y noble, de raíz gandhiana, que, condenando deontológicamente y de manera absoluta el uso de la violencia, cree y predica la *no violencia activa* como medio alternativo al bélico, hasta el pacifismo consecuencialista, tan influyente en y por el movimiento antinuclear, cuya más sintética formulación fue dada, en los años más álgidos de la guerra fría por Bertrand Russell, cuando escribió que

si hemos de escapar de catástrofes inimaginables, será forzoso que encontremos un camino para *evitar todas las guerras*, sean grandes o sean pequeñas, resulten o no deliberadamente nucleares (35).

Esos dos ejemplos, sin embargo, no agotan las distintas doctrinas de pacifismo absoluto. Así, el modelo de inspiración deontológica admite formulaciones también absolutistas, de defensa de «la paz como bien supremo», pero no tan apremiantes como la gandhiana en cuanto que formulan un criterio tendencial de futuro y no inmediatamente exigible; un buen ejemplo de ellas aparece en un texto del Papa Juan Pablo II leído pocos días antes del comienzo de la guerra del Golfo:

Las exigencias del principio de humanidad nos piden hoy *dirigirnos con decisión* hacia la proscripción absoluta de la guerra, así como cultivar la paz como bien supremo, al que todos los programas y estrategias deben estar subordinados (36).

Y, en fin, entre otros más, es destacable que cabe también un pacifismo radical pasivo de más que dudosa convicción moral, como el egoísta e interesado de quien prefiere perderlo todo antes que arriesgar la vida, que puede ser el germen del colaboracionismo ante un invasor (37).

Por el lado del belicismo absoluto, también ha de distinguirse el belicismo subjetiva o pretendidamente moral, típico del espíritu de cruzada —justamente llamado «cruzadismo» por algún autor (38)—, del belicismo interesado o egoísta, ajeno

(35) *Common Sense and Nuclear Warfare*, Londres, George and Unwin, 1959, p. 29; también hay trad. cast., de A. LÁZARO ROS, *La guerra nuclear ante el sentido común*, Madrid, Espasa-Calpe, 1971, p. 36 (subr. mío).

Recientemente, en la discusión sobre la guerra del Golfo, Ignacio Sotelo ha venido a reproducir este mismo argumento al defender la propuesta kantiana de crear una confederación democrática de naciones, porque aunque estemos muy lejos de ella, «no cabe concebir otra finalidad, si no queremos asistir a la pronta destrucción del planeta» («Acotaciones a la guerra del Golfo» cit., p. 26).

(36) Audiencia al cuerpo diplomático, 12 enero 1991; cit. por PAOLO FLORES D'ARCAIS, «Pacifismo, papismo, fundamentalismo», *Claves de razón práctica*, n.º 12, mayo 1991, p. 68; subr. mío.

(37) Para mayores detalles, cfr. mi libro *La justicia de la guerra... cit.*, pp. 291-292.

(38) MARTIN CEADEL, *Thinking about Peace and War*, Oxford, Oxford University Press, 1989, cap. 4.

a cualquier motivación o pretensión moral. Para el primero la guerra es buena o, al menos, lícita en la medida en que pretende realizar valores supuestamente altruistas o encomiables, como la lucha por la libertad, la civilización, el progreso, la revolución, etc., o, en su versión más tradicional y elemental, la búsqueda de la seguridad mediante el equilibrio de poderes. Para el belicismo absoluto interesado o egoísta, en cambio, la seguridad o el interés nacional es suficiente razón legitimadora de la guerra, según el dicho anglosajón «Right or wrong, my country» (39).

Entre los dos extremos anteriores, del pacifismo y del belicismo absolutos, se encuentra la zona del «relativismo», empleada esta palabra no en sentido metodológico, más o menos próximo al escepticismo ético, sino en relación con el contenido de la doctrina en cuestión. Esta tierra intermedia, a su vez, es distinguible en dos posiciones que propuse llamar belicismo relativo y pacifismo relativo y que participan de la idea de que si bien hay algunas guerras justas, no todas, ni mucho menos, son justas, y no sólo aquellas caracterizadas por su motivación egoísta, sino incluso las basadas en intereses más generales y sedicente y aparentemente encomiables pero que dan lugar a guerras agresivas o de conquista. Salvadas esas exclusiones, la diferencia entre el belicismo y el pacifismo relativo está en la mayor o menor extensión de los motivos que justifican la participación en una guerra; o, vista desde el lado opuesto, la diferencia está en la mayor o menor relevancia otorgada al valor de la paz.

Para el pacifismo relativo, o doctrina de la legítima defensa, la paz debe prevalecer sobre la justicia salvo excepcionalmente, en caso de injusticia gravísima, directa y flagrante, lo que significa que la única causa que desde esa posición justifica la guerra es la defensa frente a una agresión territorial. Por su parte, para el belicismo relativo —tal y como lo formuló la doctrina medieval del *bellum iustum*, que todavía sigue siendo influyente hoy—, la justicia debe anteponerse a la paz: aunque en esa tradición la idea de justicia no llega a expandirse tanto que comprenda la realización de cualquier valor, como el progreso de la civilización, tampoco es tan limitativa como en la doctrina de la estricta legítima defensa, llegando a abarcar ciertas violaciones graves de la libertad, de la igualdad o de la seguridad. Tradicionalmente, la doctrina del *bellum iustum* entendió como justificada toda guerra en la que, como principal requisito, concurriera una *iusta causa*, pudiendo agruparse las causas justas de guerra bajo dos grandes rúbricas: de un lado, la reivindicación de derechos propios o ajenos, donde entraba no sólo la defensa ante los ataques al territorio, sino también la recuperación de lo injustamente perdido, el cobro de deudas y la obtención de resarcimiento; y de otro lado, la vindicación de las injurias, también tanto al propio Estado como a terceros, por la que se consideraba legítima la utilización de la guerra como medio de imposición de castigos por delitos o daños. Trasladados estos motivos a lenguaje más actual, la realización de la justicia por medio de la fuerza armada que la doctrina de la guerra justa

(39) Contra lo afirmado anteriormente por mí (cfr. *La justicia de la guerra* cit., p. 137), al parecer la frase no es de un británico, sino de un almirante estadounidense: cfr. GUSTAV RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts*, (1958), trad. cast. de FERNANDO VELA, *El espíritu del derecho inglés*, Revista de Occidente, Madrid, 1958, p. 24.

permite puede ir, más allá de la legítima defensa ante la violación de la soberanía del Estado, desde las represalias frente a ataques esporádicos, la recuperación de un territorio reclamado históricamente, la reacción frente a un bloqueo económico, la eliminación de un gobierno dictatorial, el rescate de nacionales o el cobro de deudas o indemnizaciones y la corrección de cualquier injusticia internacional grave, hasta, según lo defendieron los hoy obsoletos teorizadores de la guerra revolucionaria, de Lenin a Mao Tse-tung, la lucha que tiende a la consecución del poder por parte de las clases dominadas.

Desde un punto de vista conceptual, el mayor problema, y también el mayor interés, reside en delimitar claramente el alcance de la doctrina de la legítima defensa. Ello se debe a que la posición del Derecho internacional sufre un cambio más o menos radical, según distintas interpretaciones, pero cambio al fin y al cabo, a partir del período de entreguerras. Es entonces cuando, en el seno de la Sociedad de Naciones, se firma en agosto de 1928 el Pacto Kellogg-Briand o Pacto de París, que condena el «recurso a la guerra para la solución de los conflictos internacionales» y, por tanto, toda guerra de agresión. Este criterio fue reforzado después de la Segunda Guerra Mundial por los instrumentos jurídicos que dieron lugar al proceso de Nuremberg, que consideraron la agresión bélica como un «crimen contra la paz», y, sobre todo, por la Carta de Naciones Unidas —abrumadoramente insistente en destacar la función de la Organización de «asegurar la paz y la seguridad internacionales»— y sus ulteriores desarrollos, que prohíben a los miembros de la organización la amenaza o el uso de la fuerza, hasta limitar la posición tradicional de belicismo relativo en favor de una posición de autorización exclusiva del «derecho inherente de autodefensa individual o colectiva» (art. 51 de la Carta).

Tres actitudes se han producido ante este cambio, que al menos en las palabras nadie deja de reconocer. Frente a quienes han defendido la importancia del cambio como un cambio radical, sustentando la teoría de la legalidad jurídico-internacional de la guerra sólo en caso de *estRICTA* legítima defensa, las otras dos actitudes han tendido a volver a la doctrina tradicional bien por el expeditivo camino de impugnar la sensatez, relevancia y aplicabilidad política del Derecho internacional contemporáneo (así, Raymond Aron (40)), bien por vías interpretativas más internas, como la de extender y flexibilizar la noción de agresión y, correlativamente, la de legítima defensa (así, en el campo de la filosofía moral, Eduardo Rabossi (41), en

(40) *Paix et guerre entre les nations* (1962), trad. cast. de LUIS CUERVO, *Paz y guerra entre las naciones*, 2.^a ed., Madrid, Alianza, 1985, pp. 152-158.

(41) En «La ética y la guerra. Algunas reflexiones filosóficas» (en E. Bulygin, M. D. Farrell, C. S. Nino y E. A. Rabossi; [comps.], *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983), Rabossi comienza por proponer un «pacifismo moderado», que acepta como «moralmente excusables» exclusivamente a «las guerras defensivas y sólo como *ultimissima ratio*» (pp. 381-382), pero precisa a renglón seguido: «Nada impide ampliar levemente la extensión de la «guerra defensiva» de modo de incluir no sólo el rechazo de un ataque expreso, sino también la neutralización de uno inminentemente *cierto*. Otra leve ampliación permite incluir aquellos casos en los que las amenazas económicas se manifiestan en actos de bloqueo de tal magnitud que involucren un ataque cierto a la integridad nacional. Por último, también es posible dar cuenta de las guerras de liberación» (pp. 383-384).

el del Derecho internacional, Yoram Dinstein (42), y con alguna ambigüedad entre una y otro, Terry Nardin (43)) o la de añadir excepciones más o menos estrictas a la legítima defensa, como el estado de necesidad, las «contramedidas», etc. (44). En cualquiera de estos expedientes, por lo demás no incompatibles entre sí, el inicial y aparente pacifismo relativo del Derecho internacional actual se diluye o, en todo caso, tiende a retornar a la tradicional doctrina de la guerra justa o de belicismo relativo. Esa posibilidad, por lo demás, viene facilitada por la naturaleza de la distinción entre la doctrina de la legítima defensa y la de la guerra justa, cuyos respectivos conceptos no carecen de una zona de solapamiento en los usos lingüísticos comunes y, por tanto, configuran una distinción de tipo gradual, clara y tajante sólo en los extremos del continuo.

Aunque en la discusión de fondo de extensiones como las anteriores las cuestiones conceptuales se entremezclan usualmente —y casi (pero sólo casi) inevitablemente— con cuestiones de justificación, se puede y se debe intentar mantener separadas unas y otras. Para ello, me fijaré a continuación en dos tipos de cuestiones conceptuales: primero, en algunos de los problemas de delimitación fronteriza de la categoría de la legítima defensa y, segundo, en los requisitos básicos para la aplicabilidad de la idea de guerra justa, ambos aspectos en su compleja relación con la teoría más tradicional y más amplia del *bellum iustum* o belicismo relativo. Más adelante, en el apartado 2, trataré de desarrollar algunos de los principales problemas de justificación que también se plantean alrededor de la doctrina de la legítima defensa.

(42) En su libro *War, Aggression and Self-Defence* (Cambridge, Grotius, 1988), Dinstein admite como ejercicio de la legítima defensa conforme al Derecho internacional actual no sólo la respuesta ante una agresión directa al propio territorio, sino también: (a) las «represalias armadas defensivas» por una violación antecedente del Derecho internacional, que para él son un uso menor de la fuerza comparadas con la guerra contra una agresión, siempre que tengan motivos defensivos y no puramente punitivos —es decir, que estén orientadas al futuro y no sólo a la retribución pasada— y cumplan los requisitos de necesidad, inmediatez y proporcionalidad (ejemplifica el supuesto con el ataque aéreo de USA a Libia y con la política usual de Israel) (cfr. pp. 202-212); (b) el rescate de nacionales en el extranjero (que fue, dice, la «justification central» de la invasión de Granada, en 1983, aunque faltó la proporcionalidad porque se prolongó durante meses, y, más claramente, el rescate israelí de un avión en el aeropuerto de Entebbe, en Uganda, en 1976) (cfr. pp. 212-215); (c) el ataque a una fuerza armada irregular que opera desde una parte del territorio de un Estado no suficientemente controlado por éste (es el caso, dice, de la incursión israelí en Líbano en 1982 contra los campamentos palestinos) (cfr. pp. 215-229).

(43) TERRY NARDIN sostiene que la Carta de Naciones Unidas refleja dos distintas concepciones de «agresión» (cfr. *Law, morality...* cit., pp. 282-286): una, como mero hecho, por la que se identifica con ataque armado de un Estado contra otro, y la otra, como ilícito (*wrong*), por la que se refiere «al uso o amenaza de la fuerza por un Estado contra otro en violación del Derecho internacional» (*ibidem*, p. 283) o «en violación de los derechos establecidos por un orden jurídico o moral» (*ibidem*, p. 284); Nardin acepta este segundo significado cuando afirma que el uso de la fuerza está justificado si «es un medio de disuadir y castigar un ilícito (*wrong*)» (*ibidem*, p. 285) o, lo que viene a ser lo mismo, que «el uso justo de la fuerza armada no se limita a la auto-defensa, a menos que 'defensa' se interprete muy ampliamente. Un estado que defienda sus derechos como miembro de la sociedad internacional hace más que defenderse contra un ataque armado, porque esos derechos pueden ser violados de muchas maneras» (*ibidem*, pp. 285-286).

(44) Sobre el *status questionis* de los anteriores aspectos en el actual Derecho internacional, así como en la doctrina correspondiente, véase CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA, «La responsabilidad internacional del Estado por el uso de la fuerza armada (La conformación del hecho ilícito internacional)», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1989, ap. I y III.

A). PROBLEMAS DE DELIMITACION DE LA LEGITIMA DEFENSA

Frente al caso central, paradigmático e indiscutible de la respuesta militar ante una agresión en curso en forma de invasión del propio territorio, hay al menos tres puntos delicados que afectan a la delimitación conceptual de la legítima defensa: los relativos a su comienzo, a su terminación y a la colaboración defensiva de terceros. En general, conviene tener presente que si no se quieren diluir las diferencias entre la legítima defensa y las causas tradicionales de guerra justa es preciso restringir el concepto de agresión —en la línea de una interpretación estricta de la *Definición de la agresión*, aprobada por consenso en la Asamblea General de Naciones Unidas (Res. 3314-XXIX)—, limitándolo a una acción bélica en curso (45) y excluyendo otras posibles violaciones de normas morales o jurídico-internacionales, así como acciones económicas o políticas que no consistan en el empleo de la fuerza. Esta restricción conceptual no es puramente arbitraria, pues una delimitación lo más clara posible de la doctrina de la legítima defensa responde a un doble presupuesto convergente: de un lado, la conveniencia de que tal doctrina, como pacifismo relativo, abarque sólo aquellos casos en los que la justificación de la guerra constituye la excepción, y, de otro lado, la necesidad de reducir al máximo la tendencia al deslizamiento gradual de la categoría de la defensa hacia la doctrina de la guerra justa. Con esas cautelas como antecedente, se pueden analizar ya los tres problemas apuntados de fronteras conceptuales.

a) *La guerra preventiva*

¿Hasta qué punto puede considerarse defensiva la prevención bélica de una agresión? Desde una perspectiva meramente conceptual, depende sobre todo del sentido con el que se use el término «prevención». De un lado, si lo que se previene es una agresión inminente y cierta, la acción puede ciertamente considerarse como estrictamente defensiva: en inglés se ha propuesto caracterizar este significado con la expresión *pre-emptive war*, que si no se quiere trasladar directamente al castellano tal vez podría traducirse como guerra de *prevención inmediata*. De otro lado, si la agresión frente a la que se pretende prevenir no es inminente o es incierta, resulta impropio hablar de defensa estricta, puesto que se trataría, en el mejor de los casos, de una «defensa» anticipada o antecedente que al adelantarse a una agresión futura o eventual quedaría mejor descrita cuando se caracteriza como una acción no tanto frente a una agresión cuanto frente a una mera amenaza de agresión: esta más típica forma de guerra preventiva (*preventive war*) o de *prevención pura* no exige la inminencia cierta y puede ser vista conceptualmente como un comportamiento más activo que reactivo y, por tanto, de ruptura del *statu quo*, pudiéndose en rigor considerarse como una agresión neta y simple.

(45) Dejo a un lado en lo que sigue la discusión del complejo problema de las agresiones *indirectas*, realizadas por un Estado mediante fuerzas irregulares o por fuerzas militares ajenas al Estado desde cuyo territorio actúan: sobre ello, desde el punto del Derecho internacional, cfr. *ibídem*, pp. 215-219 y 243-245.

Esta distinción de significados —que no preguzga el problema justificatorio de si tal clase de agresiones o alguna subclase de ellas pueden ser o no moralmente aceptables— permite evitar la consecuencia conceptualmente distorsionadora de tener que reputar defensivos los ataques preventivos de cualquiera de dos partes que se amenazan entre sí, como podría haber ocurrido en la dinámica de la disuasión nuclear, según el modelo típico de los pistoleros del cine del Oeste, tan eficazmente descrita por Thomas Schelling:

él, creyendo que yo estaba a punto de matarle en defensa propia, estaba a punto de matarme en defensa propia, de modo que yo tuve que matarle en defensa propia (46).

Es cierto que esta propuesta de clarificación conceptual, como la propia diferenciación entre la doctrina de la legítima defensa y la de la guerra justa, es del tipo de las distinciones graduales, claras en los extremos del continuo pero con una cierta zona de penumbra en la que se solapan. La razón de ello en este caso está en la vaguedad de los conceptos de certidumbre y de inminencia de la agresión a los que se remite al proponer la noción de prevención inmediata. De todos modos, la existencia de situaciones más o menos dudosas —como, tal vez, la de la guerra de los seis días iniciada por Israel en 1967— no convierte en inútil una distinción que no deja de ser aplicable a situaciones más claras: así, un buen ejemplo de ataque preventivo puro, ajeno a una defensa en sentido estricto, es el bombardeo israelí de la central nuclear de Osiraq, en Irak, en 1981; en cambio, sólo contrafácticamente se podrían dar ejemplos contemporáneos de guerras de prevención inmediata (si Inglaterra hubiera atacado a Alemania antes de la anexión de los Sudetes o, al menos, de la invasión de Polonia, etc.), lo que, naturalmente, no anula ni deslucé la oportunidad de mantener la categoría conceptual, cuyo carácter es regulativo y no descriptivo.

b) *La guerra punitiva*

¿Hasta qué punto puede considerarse defensiva la punición de una agresión? Si el significado central de la legítima defensa indica que tal defensa concluye cuando se logra repeler la agresión, se podría pensar que no cabe considerar defensiva ni la acción de responder a una incursión temporal o a un ataque sin invasión de territorio (como el bombardeo USA a Libia en abril de 1986 o los misiles dirigidos por Irak contra Israel en la guerra del Golfo) ni, ante el caso de una invasión clásica, la continuación de la guerra más allá de la mera expulsión del territorio invadido del ejército enemigo.

Sin embargo, la noción estricta de defensa se solapa en parte con la de punición en la medida en que esta última se entienda en función de evitar la continuación o la

(46) *The Strategy of Conflict* (1960), trad. cast. de ADOLFO MARTÍN, *La estrategia del conflicto*, Madrid, Tecnos, 1964, p. 260.

renovación de la agresión en curso, de manera que cabrá entender como defensiva tanto la respuesta frente a una incursión o ataque sin invasión, al menos en la medida en que no se conozca su terminación definitiva, como, en el caso de que la invasión se haya producido, continuar la acción más allá de la liberación del propio territorio cuando la mera expulsión del agresor sea claramente insuficiente para disuadirle —pero no a otros agresores eventuales— de una nueva agresión. Si no se dan esas condiciones, sin embargo, parece que estamos bien ante las clásicas represalias, que exceden claramente del concepto estricto de defensa, o bien ante una guerra punitiva que puede ser a la vez de prevención no defensiva, como cuando se trata de prevenir a terceros o al propio afectado de una posible pero no cierta agresión futura.

c) *La intervención de terceros*

¿Hasta qué punto puede considerarse defensiva la ayuda de terceros países a la respuesta bélica de un país agredido? Ni desde el punto de vista jurídico-internacional ni desde el punto de vista moral plantea especiales problemas en principio la defensa de terceros países ante una agresión injusta típica, sea que se realice aquella defensa obligatoriamente porque exista un tratado que lo establezca de forma previa y genérica como compromiso internacional o que se ejerza libremente en el caso concreto. Un supuesto distinto, discutido y discutible, es la intervención de terceros en aquellos conflictos bélicos internos en los que se ha producido por parte del propio aparato del Estado una agresión equivalente a la internacional. El Derecho internacional reconoce la existencia y relevancia internacional de tal tipo de agresión sólo en los casos de dominación colonial y racista, en los que se considera que la violencia del Estado contra la mayoría popular constituye una agresión que da lugar al derecho a la autodeterminación de los pueblos y legitima la guerra de liberación. Aunque se trate de supuestos prácticamente superados, tanto la dominación colonial como la racista son perfectamente equivalentes a la agresión de un Estado contra otro en forma de invasión, mientras que el hecho de que en aquellos casos exista un sólo Estado podría ser visto más como una ficción que trata de soslayar la intervención en defensa de la población o de parte de ella frente a la opresión.

Desde un punto de vista exclusivamente ético, se ha defendido la extensión del anterior concepto de agresión en la esfera interna del Estado para legitimar la llamada intervención humanitaria, esto es, las acciones exteriores, incluso armadas, dirigidas a evitar gravísimas violaciones de los derechos humanos más básicos, tales como el genocidio y la matanza o la esclavización masivas de la población (47). La interferencia de uno o varios Estados en este tipo de conflictos no puede excluirse por razones conceptuales de la noción de defensa de terceros ante

(47) Así, MICHAEL WALZER, *Just and Unjust Wars. A Moral Argument with Historical Illustrations* (1977), 3.ª ed., London, Penguin Books, 1980, pp. 101-108, trad. cast. de ATANASIO SÁNCHEZ, *Guerras justas e injustas*, Buenos Aires, Goyanarte Editor, 1980, pp. 133-141.

formas de opresión graves similares a la dominación colonial o racista, aunque esa extensión sea independiente de la posible justificación de la moralidad de tales intervenciones humanitarias, o sedicentemente tales. Lo único que en este campo podría excluirse de la noción de legítima defensa, siempre por razones conceptuales, es la extensión ulterior de tal tipo de intervenciones hasta comprender las acciones bélicas de terceros Estados para la supuesta liberación de todos aquellos regímenes autoritarios donde sus ciudadanos ven negados o severamente limitados los derechos individuales, que es, claramente, una típica *iusta causa* propia del belicismo relativo. Una vez más, sin embargo, la delimitación conceptual de esta posición debe mantenerse diferenciada de las razones que pudieran o no justificar unos u otros supuestos, sobre lo que se hablará en el apartado 2B) a).

B) PROBLEMAS DE LOS REQUISITOS BASICOS DE LA LEGITIMA DEFENSA

La tradición del *bellum iustum*, cuya primera y fundamental insistencia fue la concurrencia de una *iusta causa* en los amplios términos de realización de la justicia que ya se han comentado en el apartado III.1, formuló también una serie de requisitos adicionales y relativamente exigentes para la participación justa en la guerra: en lo que se refiere al *ius ad bellum*, declaración de la guerra por la autoridad legítima, último recurso, recta intención, finalidad de paz y proporcionalidad global de la guerra en relación con su fin concreto. Es interesante ver cómo estos requisitos pueden trasladarse, salvadas las distancias, a la concepción de la legítima defensa. En rigor, la sustancia de casi todos esos requisitos (excluido el requisito legal y formal de la declaración por la autoridad) se puede hacer derivar del propio concepto de causa justa, pues una guerra no estrictamente necesaria o en la que la intención es la conquista y la pretensión no es la paz sino la venganza, carece en el fondo de cualquier posible *iusta causa*, ya que la motivación alegada aparece como mera excusa externa que no sirve de justificación de las verdaderas razones de la guerra.

Algo similar ocurre con los requisitos que el actual Derecho internacional parece exigir para la legalidad de la defensa, que vienen a compendiar *en parte* los elementos básicos de la teoría del *bellum iustum*. Tales requisitos se reducen a tres: necesidad, inmediatez y proporcionalidad o medida (48). Como se puede ver, y dejando por un momento el requisito de la inmediatez, mientras la necesidad recoge el criterio de que la guerra sea un último recurso, la proporcionalidad o medida se refiere a la misma relación entre la propia participación bélica y la finalidad de la guerra, en este caso reducida al fin defensivo. En la legítima defensa, si bien se mira, estos dos requisitos vienen a formular la condición genérica de necesidad de la acción de defensa: una acción no es que no sea legítima, sino que no tiene propiamente carácter defensivo, al ser en realidad agresiva, cuando su inicia-

(48) Cfr. MARTÍN ORTEGA CARCELÉN, *La legítima defensa del territorio del Estado. Requisitos para su ejercicio*, Madrid, Tecnos, 1991.

ción no es necesaria para el objetivo de la defensa (*ultima ratio* o necesidad en sentido estricto) o cuando, ya iniciada, el modo de su desarrollo y terminación excede dicha finalidad (proporcionalidad o medida). Así considerada la razón de tales requisitos, resulta discutible, al menos desde un punto de vista ético, la distinción realizada por Martín Ortega entre el requisito de la necesidad y el de la proporcionalidad, tratando al primero como causa de ilegalidad que constituiría agresión y al segundo como mero acto lícito sujeto a responsabilidad graduable pero no en sí mismo agresivo (49).

Por lo demás, tanto al requisito de la necesidad como al de la proporcionalidad les afectan similares, aunque no iguales, dificultades en cuanto a su aplicación a los hechos. En efecto, siempre es una cuestión de interpretación compleja si, respecto al criterio de la necesidad, no hay más alternativa efectiva que la guerra, lo que constituye un problema de previsión fáctica —o, mejor, contrafáctica— condicional: por ejemplo, en el caso de la guerra del Golfo la necesidad de la intervención de Estados Unidos y sus aliados como último y único recurso viable para revertir la anexión de Kuwait fue un punto central de discusión entre quienes, admitiendo tal vez el mismo principio de que una invasión como la iraquí podría exigir una respuesta bélica en determinadas condiciones, discrepaban sin embargo, y precisamente, en la necesidad de tal respuesta conforme a opuestas previsiones fácticas a propósito de la efectividad de un bloqueo económico a largo plazo como medio para conseguir el fin de la liberación de Kuwait.

Y, respecto al criterio de la proporcionalidad, es igualmente de compleja interpretación la cuestión de si hay un balance suficientemente equilibrado entre la guerra y su finalidad, lo que constituye un problema de sopesamiento de hechos en relación con fines: también se planteó ante la guerra del Golfo cuando se valoró cualitativamente el daño realizable —o, en las valoraciones *ex post facto*, el daño realizado respecto de las pretensiones de liberación de Kuwait, de restablecimiento del Derecho internacional, de protección de Arabia y del resto de los países árabes de la zona, de disuasión o evitación de un ataque a Israel, de control de la riqueza petrolífera, etc., según el punto de vista adoptado sobre la finalidad de la guerra.

En cuanto al requisito de la inmediatez, depende enteramente del concepto de agresión que se siga o se adopte, que en este punto es vago, y hasta ambiguo, si bien puedan existir razones valorativas, pero no conceptuales, para fijarlo restrictivamente. Por considerar el supuesto más extremo, claro para el Derecho internacional pero no tanto en la discusión moral, piénsese en la *distinta extensión del término «agresión»* según se refiera únicamente al caso estricto de una acción militar en el curso de su despliegue, es decir, a un ataque armado, o también a su continuación ulterior, cuando no hay una resistencia suficiente durante el ataque o en su inmediata proximidad temporal y se produce una ocupación armada que logra imponerse de forma continuada contra la voluntad de los habitantes del país:

(49) Cfr. *ibídem*, pp. 131-137.

esta lata extensión da lugar a la doctrina de la *agresión permanente* como pretendida justificación de la denominada «defensa retrospectiva» (50). Dentro de la habitual comparación con la legítima defensa individual, y desde una conceptualización que tenga en cuenta exclusivamente el punto de vista ético, la extensión de la idea de inmediatez viene a identificar el secuestro de una persona con el ataque directo, si bien para algún autor esta es la forma «más rara y extrema» de ampliar la idea de defensa en las relaciones internacionales (51). En cambio, el único concepto relevante en este punto para el Derecho internacional es el más restrictivo, especialmente porque el art. 51 de la Carta de Naciones Unidas se interpreta en el sentido de que

La ocupación del territorio *no es* el presupuesto de la fuerza defensiva que admite el Derecho Internacional, sino el ataque armado en curso contra el propio territorio (52)

De tal modo, en la interpretación de la inmediatez de la agresión puede existir un contraste significativo entre el Derecho internacional y la moral (o, para ser más preciso, una determinada visión de la moral), seguramente debido en último término no sólo a una distinta valoración en abstracto de la importancia de la paz sobre la justicia, sino también a la operatividad en Derecho internacional del principio de efectividad. Conforme a este principio, ligado más todavía al valor seguridad jurídica que al valor seguridad internacional, se tiende a producir enseguida el reconocimiento de las situaciones *de facto*, que de forma indirecta quedan así jurídicamente consagradas y, por tanto, hacen entrar en juego, como mínimo, la prohibición de la agresión y los resortes de garantía de la paz y la seguridad internacionales. El principio de efectividad, no se olvide, es una aceptación de la fuerza de los hechos o, lo que en este caso es lo mismo, del hecho de la fuerza como criterio legalizador. Ante ello, la pregunta acuciante, que dejo abierta, es: ¿también la ética, tal vez en aras del valor de la seguridad frente al de la justicia ampliamente entendida, debe reconocer la fuerza de esos hechos como criterio legitimador? Como se puede observar, este problema ya no es meramente conceptual, sino de discusión valorativa. De todos modos, y como criterio meramente conceptual, la extensión de la idea de agresión inmediata a la ocupación militar ya consolidada se puede y se debe excluir de la doctrina de la legítima defensa por las razones antes apuntadas para la restricción al significado central de la noción de defensa, es decir, porque aquella doctrina pretende limitar al máximo los casos de guerra justificada mediante un entendimiento restrictivo de la idea de justicia que, frente a la mayor amplitud de la teoría tradicional de la guerra justa y al peligro de deslizarse gradualmente hacia ella, haga excepcionales las causas de guerra.

(50) La doctrina de la *agresión permanente* fue desarrollada por Nehru para justificar la ocupación de la isla de Goa en 1961 (cfr. Ceadel, *Thinking about Peace... cit.*, pp. 84-85).

(51) Así, MARTIN CEADEL: cfr. *ibidem*, p. 85.

(52) ORTEGA, *La legítima defensa... cit.*, pp. 86-87.

Naturalmente, la discusión precedente sobre el alcance del criterio general de la inmediatez, que varía según el significado abstracto de agresión, es bien diferente de la posible discusión ulterior sobre el alcance de la noción misma de inmediatez en relación con una agresión armada en curso. Dicho de otra manera, una vez que se reduce el significado relevante de agresión al estricto período de su despliegue, excluyendo la pertinencia de la idea de la agresión permanente, se plantea además el problema de determinar el significado específico del término «inmediatez». El problema, como es obvio, alude a la duración del intervalo temporal entre la verificación completa de la agresión y la respuesta defensiva frente a ella: ¿exige la idea inmediatez que entre la agresión y la respuesta falte solución de continuidad o más bien admite la existencia de un cierto lapso temporal entre una y otra? y, de aceptarse lo segundo, ¿ese lapso temporal ha de ser lo más reducido posible o es razonable ampliarlo con alguna flexibilidad?

Si se tiene en cuenta la naturaleza de los ataques armados y de las posibilidades reales de replicarlos de manera efectiva, parecerá claro que la noción de inmediatez no puede recibir en la esfera de las relaciones internacionales el significado usual que tiene para la legítima defensa individual en la esfera estatal, donde la respuesta debe ser concomitante a la agresión o, todo lo más, sucesiva sin pausa significativa. En cambio, en la esfera internacional la idea de inmediatez no puede dejar de comprender una cierta demora en la respuesta defensiva tanto por causa de los preparativos bélicos como por causa de la reanudación del tracto suspendido por medidas de presión no directamente bélicas e incluso de negociaciones a fin de cuentas fracasadas (53): ejemplo del primero fue el caso de la acción del Reino Unido en la recuperación de las Malvinas tras la invasión del ejército argentino, en el supuesto de que fuera de legítima defensa para el primer Estado, y ejemplo del segundo, el caso de la intervención de Estados Unidos y otros países contra Irak en la guerra del Golfo, al menos según una determinada interpretación de los acontecimientos que considera defensiva dicha intervención en aplicación de —según decía la Resolución 661, de 6 de agosto de 1990, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas— «el derecho inmanente de legítima defensa individual y colectiva, en respuesta al ataque armado de Irak contra Kuwait de conformidad con el art. 51 de la Carta».

2. Cuestiones de justificación

Voy a discutir las cuestiones de justificación en torno a la doctrina de la legítima defensa y a sus dos corrientes más cercanas: el pacifismo absoluto y la doctrina de la guerra justa o belicismo relativo, que son las tres posiciones básicas sostenidas hoy frente a los conflictos bélicos, como por lo demás se ha podido ver ante el

(53) Cfr., conforme con estas dos extensiones, DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence* cit., pp. 220-221.

del Golfo Pérsico. En realidad, la *legítima defensa* de los Estados como única causa legítima de guerra frente a una agresión armada es el núcleo, en cuanto posición central, en torno al cual giran las principales discusiones sobre la justicia de la guerra, y tanto respecto de los pacifistas absolutos, que consideran la doctrina de la legítima defensa demasiado permisiva, como respecto de los partidarios del belicismo relativo, que la consideran excesivamente restrictiva.

A) PACIFISMO ABSOLUTO Y LEGITIMA DEFENSA

Para una valoración de los respectivos méritos justificatorios del pacifismo absoluto y de la doctrina de la legítima defensa ha de tenerse presente que no todas las formas de uno y otra resultan incompatibles entre sí. En particular, las únicas formas de pacifismo absoluto que son incompatibles con la doctrina de la legítima defensa son las que mantienen *en presente de indicativo*, por así decirlo, la tesis de que toda guerra es injusta. En cambio, pacifismo absoluto y legítima defensa pueden ser compatibles cuando aquella misma tesis se difiere hacia el futuro, proponiéndose nada más que como meta final regulativa pero no inmediatamente aplicable (54). Y, en realidad, posiciones como las citadas al comienzo del apartado III.1, de Bertrand Russell ante los riesgos de guerra nuclear o del Papa Juan Pablo II a propósito de la guerra del Golfo, aunque reflejan e insisten en el presupuesto propio del pacifismo absoluto de la injusticia de toda guerra, sin embargo, lo proponen como tendencia no actual sino final.

En todo caso, el contraste entre el pacifismo absoluto y la doctrina de la legítima defensa puede ser analizado desde dos ángulos diferentes. Por el primero, cabe insistir sobre todo en la naturaleza y fundamentación de los derechos y deberes de la parte que se defiende, dominando el análisis del problema de la licitud o ilicitud del uso de la fuerza bélica frente a la fuerza ilícita. Por el segundo ángulo, que no deja de reflejar especularmente al anterior, la visión se traslada a los derechos de los terceros afectados por el ejercicio de dicha defensa, dominando el análisis del problema de la violación de derechos de personas inocentes por ajenas al conflicto.

a) *Los límites morales del pacifismo absoluto*

La naturaleza de la oposición valorativa entre el pacifismo absoluto y la doctrina de la legítima defensa, tal y como se manifiesta entre quienes deniegan toda justicia a cualquier participación bélica en guerra alguna, sea cual sea su causa, y quienes afirman la legitimidad de la defensa, aparece paradigmáticamente

(54) Naturalmente, este mismo criterio podría utilizarse estipulativamente para evitar la parcial coincidencia entre pacifismo absoluto y doctrina de la legítima defensa, configurando una dicotomía de elementos contrarios y, por tanto, incompatibles. Sin embargo, ni esa estipulación es absolutamente necesaria para introducir claridad en la discusión sobre sus justificaciones ni, sobre todo, es del todo conveniente para no forzar la inclusión de posiciones intermedias en una de las dos categorías.

—aunque no exclusivamente— en el pacifismo activo de la no violencia, que es, sin duda, la forma éticamente más defendible de pacifismo absoluto. En aquella oposición, las razones del pacifismo más radical parecen insuficientes frente a las del pacifismo relativo y resultan al fin y al cabo insostenibles. Si se mantiene en presente de indicativo y es seria y consecuente, la pretensión de que no hay ninguna guerra justa —incluso cualificada sólo en relación con la guerra actual debido a la enorme peligrosidad y dañosidad del uso de las armas actuales, incluidas las convencionales— tiende a ser el testimonio moral irredento, si bien de una moral tan excelsa como ingenua y, quizá, desencarnada, de quien niega el mundo y, con ello, se niega a comprenderlo y a actuar eficazmente en él. Su pretensión tal vez sea cambiarlo de raíz, a través de la transformación radical de las conciencias, pero en tanto ese cambio no se produce sólo puede recurrir a su negación (55).

Una ética que quiera operar en el mundo, sin embargo, una ética a la altura de la naturaleza de los conflictos internacionales no puede dejar de tener presente, debidamente interpretada y corregida, la maquiaveliana admonición de *El príncipe*:

... un hombre que en todas partes quiera hacer profesión de bueno, terminará arruinándose entre tantos que no son buenos. Por lo que un príncipe que se quiera mantener es necesario que aprenda a ser capaz de no ser bueno y a usar o no de ello según la necesidad (cap. XV) (56);

he dicho que la admonición ha de ser debidamente interpretada y corregida en el sentido de que no tiene por qué considerarse por fuerza como una defensa de la política y de la mera efectividad frente a los criterios de corrección ética o moral, siempre que por «ser bueno» se entienda no la única forma de actuar éticamente, sino sólo uno de esos criterios morales propugnados en la historia acaso demasiado excelsos como para que en todos los casos las circunstancias permitan o aconsejen seguirlos; para verlo no hace falta más que sustituir en ese texto las palabras «hombre» y «príncipe» por «Estado».

(55) Coincido así con la argumentación de ERNST TUGENDHAT sobre este problema en lo que se refiere al que llama «pacifismo basado en una ética de la convicción», que define por mantener «una interpretación absoluta de la prohibición de matar» y «una comprensión radicalmente pasiva de [la] moral que lo hace incapaz de intervenir en el mal del mundo» (cfr. «Formas de pacifismo», *Cuaderno gris*, n.º 2, marzo-junio 1991, p. 48). Esta última observación crítica parece igualmente aplicable a otra variante de pacifismo basada en la ética de la convicción a que se refiere Tugendhat: el pacifismo que «rechaza toda guerra, no porque matar sea siempre por principio algo prohibido, sino porque la muerte de inocentes le parece inaceptable» (*ibidem*, p. 53; de esta variante me ocupo en el punto *b* de este mismo apartado). En cambio, la crítica que propongo en el texto no es aplicable al pacifismo que Tugendhat considera inspirado por la ética de la responsabilidad, para el cual «el rechazo categórico de la guerra no se basa en la prohibición de matar, sino en la experiencia de que todas las guerras, ciertamente las guerras modernas, ocasionan una cantidad tan enorme de sufrimiento y destrucción que de todas maneras parece sobrepasar lo que una guerra podría justificar» (*ibidem*, p. 48). En realidad, la calificación como «categórico» de este tipo de rechazo de la guerra resulta impropia, según lo prueba el que, como reconoce Tugendhat, esa forma pueda llegar a admitir la justicia de algunas guerras proporcionadas y basadas en la legítima defensa (cfr. *ibidem*, p. 53-54).

(56) *Il principe... cit.*, p. 65.

Tal excelsitud inexigible es la que aqueja, a mi modo de ver, al criterio deontológico de que se debe morir antes que matar, típico del pacifismo absoluto. Ese criterio puede ser encomiable, sin duda, cuando se refiere a la conducta individual que afecta exclusivamente al mismo individuo que la emprende, pero se hace moralmente más que dudoso cuando también se aplica en contextos sociales, donde se debe responder por otros, ante los que parece pertinente adoptar un juicio consecuencialista negativo. El ejemplo de Jim y los indios, que podría presentarse como una fuerte objeción contra un consecuencialismo irrestricto, se transformaría aquí en un típico caso de legítima defensa ante el que no se presenta aquella objeción: en efecto, Jim ya no se ve obligado a elegir entre matar a un indio o, de lo contrario, dejar que el capitán mate a veinte, sino que se encuentra en la alternativa de matar o no matar al capitán cuando éste se dispone a disparar sobre cualquiera de los indios (57).

El contraste entre deontologismo y consecuencialismo se manifiesta también en el distinto tipo de crítica al pacifismo absoluto: de un lado, para una estructura moral de tipo consecuencialista, la posición del pacifista absoluto es irresponsable y moralmente incorrecta sin paliativos; de otro lado, para una estructura moral de tipo deontológico que no sustente el pacifismo absoluto, sino el principio *vim vis repellere licet*, aquel pacifismo puede mantener una posición equivocada pero heroica y elogiabile. Pues bien, tal vez este contraste entre criterios opuestos, en el que no es fácil elegir, pueda aliviarse según el punto de vista que se adopte: desde el punto de vista de los Estados —es decir, de los responsables de salvaguardar la vida y demás derechos de los ciudadanos— la defensa parece obligada y el pacifismo absoluto se muestra como irresponsable e inmoral, pero desde el punto de vista de las conductas individuales de los individuos ordinarios la actitud pacifista absoluta puede aparecer como permitida y hasta heroica. No obstante, en una hipotética situación límite en la que debiera darse la primacía a uno u otro de los dos criterios, parece superior el punto de vista consecuencialista, que tiene en cuenta antes la salvación de otros que la del propio alma y que intenta que la injusticia de la agresión no consiga su objetivo.

Naturalmente, objeciones como las que anteceden presuponen ciertos sobreentendidos a propósito de la ineficacia general (compatible con la aceptación de alguna eficacia ocasional) de la no violencia activa predicada por Gandhi, que si, en cambio, fuera eficaz podría ser la única forma de pacifismo absoluto capaz de superar la anterior réplica consecuencialista y ofrecerse como la posición preferible. Sin embargo, la mejor prueba de que la no violencia activa no puede ser generalmente eficaz como alternativa a la respuesta violenta defensiva está en que si se dieran

(57) El caso fue formulado por Bernard Williams en términos de una única alternativa: o matar a un indio o dejar que el capitán mate a veinte, pero la transformación que sugiero en el texto implica que también es posible la segunda alternativa, expresamente excluida por Williams, de que Jim tenga algunas posibilidades de hacerse con la situación amenazando, e incluso matando, al capitán (cfr. «A Critique of Utilitarianism», en J. J. Smart y B. Williams, *Utilitarianism: For and Against*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1973, pp. 69-70, trad. cast. de JESÚS RODRÍGUEZ MARÍN, «Una crítica del utilitarismo», en *Utilitarismo: pro y contra*, Madrid, Tecnos, 1981, pp. 108-109).

las condiciones necesarias para tal eficacia general, también serían imposibles las condiciones que hacen posible la agresión y, por tanto, la propia doctrina sería superflua. En particular, es por ahora impensable un mundo en el que la ya de por sí hercúlea tarea de despertar en los agresores una actitud humanitaria mediante los métodos de la no violencia, lograra además, también por medios puramente persuasivos, que nadie entre los agredidos adoptara una respuesta violenta que diera lugar a represalias del primero y encendiera una nueva espiral de violencia.

b) *Inocencia y derechos*

Como se dijo, las consideraciones anteriores están enfocadas sobre todo desde el ángulo de los derechos (o falta de derechos) de quien se defiende, pero el ángulo de mira puede trasladarse sin merma de los mismos resultados críticos al ángulo de los derechos de las personas frente a las que se realiza la defensa. De este modo, el argumento absolutista y deontológico contra la guerra puede insistir en su condena alegando la maldad intrínseca de la acción de matar inocentes, que parece inevitable en prácticamente cualquier guerra. De tal tipo es, creo, una variante del pacifismo que Ernst Tugendhat considera basado en la ética de la convicción y a la que caracteriza por la creencia de que «toda guerra moderna trae la muerte de inocentes, y [...] la muerte de un solo inocente ya es demasiado» (58). En relación específica con la guerra del Golfo, Luigi Ferrajoli ha ejemplificado bien este punto de vista:

No hay duda de que Sadam Hussein cometió con la ocupación de Kuwait un crimen gravísimo. Pero ningún crimen justifica la matanza de decenas de miles de inocentes cuya única culpa consistía en ser gobernados por un dictador feroz e irresponsable (59).

Esta posición es seguramente una aplicación del criterio de que la guerra —o, al menos, la guerra actual— es siempre injusta porque, al castigar de manera inevitable a la población civil, impone dar muerte a inocentes (60). Pero es interesante incluir también en la discusión una forma más amplia en la que esa misma posición puede —y, según creo, suele— ser entendida, hasta considerar injusta toda guerra por atacar necesariamente al pueblo llano que, civil o militar, es inocente de las acciones de sus dirigentes. Entendido de esta última y amplia forma, las objeciones que merece este criterio, en cuanto criterio general, son, al menos, tres (todas ellas compatibles, por supuesto, con la tesis específica de que la guerra de 1991 contra Irak pudo ser injusta por la razón recién aducida), de las cuales sólo las dos últimas son aplicables a la forma inicial y más restringida del argumento, relativa a la muerte de inocentes en cuanto no beligerantes.

(58) «Formas de pacifismo» *cit.*, p. 53.

(59) «La guerra y el derecho», *Jueces para la democracia. Información y debate*, n.º 11, diciembre 1990, p. 4.

(60) En el texto de Ferrajoli no resulta tan claro como en el de Tugendhat que la inocencia en este contexto se debe identificar con la no beligerancia, tema al que me referiré en seguida.

En primer término, la idea de inocencia no significa lo mismo cuando se aplica a la conducta bélica que a las relaciones interpersonales ordinarias, donde la legítima defensa es posible sólo ante una agresión ilegal, esto es, carente de inocencia en cuanto antijurídica, aunque no necesariamente culpable en el sentido técnico y restringido de realizada con suficiente conocimiento y voluntariedad. En la conducta bélica, en cambio, la inocencia nada tiene que ver con tal conocimiento y voluntariedad —es decir, con la aceptación consciente de la guerra agresiva emprendida por el propio país—, sino con la beligerancia en cuanto conducta de dirección o de ejecución de la violencia armada en que las actividades bélicas consisten. Conforme a ello, tanto puede haber no beligerantes —y, por tanto, no susceptibles de ataque directo— que sean culpables de la guerra en un sentido moral o político por haberla apoyado, cuanto beligerantes —y, por tanto, susceptibles de ataque— que han sido obligados a luchar en una guerra cuyos motivos no comparten en absoluto (61),

En segundo término, la inevitabilidad que se ha de atribuir a la producción de daños a no beligerantes para condenar a toda guerra moderna es una presunción inapropiada al menos en dos sentidos diferentes. De un lado, porque no es literalmente inevitable en toda guerra actual, según lo muestra la guerra de Las Malvinas, sino, todo lo más, probable en determinados tipos de guerra, que, en tal caso, serían las únicas condenables de ser aceptable el criterio de que no se deben causar daños a no beligerantes. De otro lado, aunque fuera cierto como proposición general que son prácticamente inevitables ataques a población civil —siempre bajo el supuesto de que éstos son injustos en todo caso—, la conclusión moral directa que de ello se derivaría no es que iniciar o participar en una guerra sea siempre y necesariamente injusto, sino que quienes ordenan y realizan tales ataques actúan inmoralmemente: análogamente, aunque salvando las distancias, el hecho de que la industrialización rápida de una zona permita afirmar que se hará prácticamente inevitable un cierto grado de delincuencia no convierte necesariamente en inmoral la decisión política de tal industrialización. Es aceptable, en cambio, la afirmación de que una determinada guerra puede ser injusta debido a los ataques injustificados a los no beligerantes, pero esto exige un juicio de proporcionalidad en el caso concreto que necesariamente ha de ocurrir *a posteriori*. En suma, únicamente podría darse un juicio desfavorable sobre la injusticia de cualquier guerra hoy si fuera cierto que toda guerra produce inevitablemente daños injustos y desproporcionados a la población civil. Tal afirmación, sin embargo, está bien lejos de ser indiscutible.

En tercero y último término, tampoco el principio más estricto de que no se debe producir ataque alguno a no beligerantes resulta convincente tomado de manera incondicionada. Así, no son injustos, o, al menos, no lo son de manera evidente, ni los daños indirectos que se producen en la población civil como efecto colateral y no buscado de ataques a objetivos militares que guardan la medida

(61) Sobre todo ello, cfr. mi *La justicia de la guerra... cit.*, esp. cap. IV y pp. 301-308, así como la bibliografía allí citada.

como medios proporcionados al fin defensivo de la guerra, ni los daños en esa misma población como consecuencia de errores difícilmente salvables o no imprudentes: en cierto sentido, el conocimiento previo de estos resultados no queridos es probabilístico, similar al que se tiene de las muertes probables por accidentes de circulación en un país, cuya previsión no se considera que —salvo en circunstancias especiales y concretas, como la negligencia por no reparar un punto peligroso o por no avisarlo— conlleve responsabilidad moral alguna para los dirigentes políticos. Es verdad, con todo, que la discusión moral sobre este problema —ante el que se aducen dudosas doctrinas morales alambicadas y *ad hoc*, como la doctrina del doble efecto— se encuentra lejos de estar resuelta, pero eso mismo muestra que tampoco el criterio absolutista está cercano a la evidencia o a la indisputabilidad (62). También en este tercer punto, como en el anterior, debe operar el necesariamente abierto pero insustituible criterio de la proporcionalidad, que juega en un marco consecuencialista. En realidad, este criterio queda vaciado de sustancia, y sobra su previa alegación, cuando se sostiene que la muerte de un solo inocente hace injusta cualquier guerra (lo que, por cierto, seguramente es predicable no sólo de las guerras actuales, sino de casi todas las guerras, excluyendo de forma tajante sólo a los combates caballerescos realizados por paladines, que eran más bien una forma estilizada y simbólica de guerra). Sin embargo, la noción de proporcionalidad se opone a esa tesis, seguramente poco verosímil o razonable y que probablemente no deja de aparecer tras la citada afirmación de Ferrajoli de que «ningún crimen justifica la matanza de decenas de miles de inocentes», pues allí parece sobreentenderse que tal vez haya crímenes que, al menos en ciertas y limitadas circunstancias, puedan llegar a excusar la muerte de algunos inocentes. En todo caso, esa conclusión es la que adopta la doctrina de la legítima defensa en relación con la guerra.

B) LEGÍTIMA DEFENSA Y BELICISMO RELATIVO

Si en el contraste entre la doctrina del pacifismo absoluto y la de la legítima defensa no ha resultado particularmente difícil ni compleja la adopción de la posición mejor justificada, no creo que pueda afirmarse lo mismo respecto del contraste entre la doctrina de la legítima defensa y la del belicismo relativo. Para el análisis de este último propongo ordenar la discusión en torno a la diferencia entre el enfoque deontológico y el consecuencialista.

a) *La argumentación de carácter deontológico*

Desde el punto de vista de una argumentación genérica basada en un marco moral deontológico, la discusión entre las dos anteriores doctrinas sobre la guerra puede reducirse a la del alcance o relevancia moral que debe otorgarse al valor de

(62) Cfr. *ibídem*, esp. pp. 146-150, 243 y 306-308, con la bibliografía allí citada.

la justicia en relación con el de la paz. En ese contraste, cuanto mayor extensión se otorgue a la idea de justicia como motivo aceptable de guerra, menor extensión se dará al valor de la paz, y a la inversa. Seguramente, el intento más defendible de justificación de la guerra de carácter deontológico es el que se apoya en último término en los derechos y deberes de los individuos agredidos tal y como resultan modelados por una realidad internacional de distintos Estados que, a su vez, tienen reconocido el derecho a un ejercicio sin injerencias externas de la soberanía sobre el territorio nacional correspondiente (63). Sin embargo, un intento de justificación como este se apoya sobre dos supuestos que merecen explicitarse y, debido a las implicaciones que comportan, ser sometidos a crítica: el uno lleva al difícil problema de las intervenciones humanitarias y el otro a la discutible asimilación de la guerra al proceso judicial.

a.a) Derechos individuales e intervenciones humanitarias

El primer supuesto de dicha argumentación deontológica en favor de la justificación de ciertas guerras es que, a diferencia del punto de vista del Derecho internacional, los derechos de los Estados no son independientes sino derivados de los derechos correspondientes a los individuos afectados. Para que esta argumentación se pudiera mantener dentro del marco de la doctrina de la legítima defensa sería relevante, desde luego, justificar la distinción usada por Michael Walzer ya antes comentada entre intervenciones humanitarias estrictas, por las que un tercer Estado actúa con el limpio propósito de hacer frente a gravísimas violaciones de los derechos humanos más elementales, e intervenciones contra gobiernos autoritarios. Sin embargo, la distinción entre ambas situaciones no deja de ser problemática y en último término difícil de justificar. Si lo que justifica el recurso a la fuerza bélica es la defensa de los derechos humanos, creo que tiene razón Fernando Tesón al criticar la posición de Walzer como infundada y al proponer la licitud (moral y jurídica) de todo uso proporcionado de la fuerza armada frente a cual-

(63) Presupongo aquí sin crítica el carácter deontológico de la argumentación habitual que defiende los derechos básicos como fundamento de las restricciones a la conducta libre del resto de los individuos. Esta argumentación no es necesariamente absolutista y, más aún, si pretende justificar la guerra difícilmente puede serlo. En rigor, tal vez no pueda serlo en ningún caso, al menos si quiere mantener criterios morales a la vez verosímiles y lo suficientemente ricos como para servir a la vida moral real, salvo que se presuponga una completa y compleja jerarquización entre distintos derechos y una amplísima tabla de cualificaciones o excepciones para, al menos, la mayoría de ellos. En tal caso, es claro que la mayor parte de los derechos básicos, si no todos, no pasarían de ser, en el mejor de los casos, sino sólo relativamente absolutos, en el sentido de que se han de limitar entre sí en caso de conflicto entre derechos distintos o autolimitarse en caso de conflicto en la aplicación de un mismo derecho. No obstante, parece razonable mantener que la relativización del alcance y contenido de los derechos básicos, a partir de un determinado punto desplaza su fundamentación desde una matriz moral deontológica a una justificación en términos puramente consecuencialistas. Esta conclusión depende en buena parte de cómo se defina el consecuencialismo frente al deontologismo y de dónde se ponga su respectiva frontera, lo que no es un tema que admita desarrollo aquí: sobre ello puede verse el estudio de Juan-Carlos Bayón citado, *supra*, en la nota 24 especialmente pp. 466-480.

quier violación o privación grave de los derechos humanos por parte de cualquier Estado, lo que incluye la legitimidad de la intervención humanitaria para derribar gobiernos dictatoriales (64). El problema de fondo es que apelar al criterio de las violaciones gravísimas de los derechos más básicos remite a una distinción gradual, con una inevitable y ancha zona intermedia de casos dudosos que difícilmente puede dividirse con arreglo a un criterio aceptable.

El criterio divisorio que parece más razonable, derivado por analogía de la comparación con los derechos individuales violados por una agresión militar de un Estado distinto con ocupación de territorio, presenta una alternativa difícil para la anterior justificación deontológica de la doctrina de la legítima defensa: o bien habría de considerar injustificada la defensa ante una agresión externa (o ante un régimen colonial) que mediante una ocupación paternalista y benévola se limitara exclusivamente a excluir la autonomía política de la población pero no otros derechos básicos, o bien habría de admitir que está justificada la defensa por parte de terceros frente a todo régimen político que, como mínimo, deniegue los derechos estrictos de participación política a la inmensa mayoría de sus habitantes o, incluso, a una minoría de ellos injustamente discriminada. En el primer caso negaría o, al menos, restringiría sensiblemente el derecho de defensa frente a agresiones externas, en el segundo ampliaría notablemente ese mismo derecho ante regímenes simplemente autoritarios y en ambos parece que incurriría en una solución claramente infundada en términos de legítima defensa, sea por quedarse corta al no justificar al defensor de buena fe frente a una agresión armada a un tercero, sea por pasarse de largo al convertir al defensor en justiciero de la violación de los derechos ajenos (65).

Al dilema anterior se añade otro que, para una posición deontológica, proviene del juego del criterio que distingue entre la defensa estricta frente a una agresión en curso y la defensa retrospectiva frente a una «agresión permanente» (sobre ello, véase *supra*, el apartado III. 1.B). En general, los derechos de los ciudadanos de un país ocupado o colonizado resultan tan violados cuando comienza el régimen opresivo como una vez consolidado, por lo que la distinción entre defensa estricta y defensa retrospectiva resulta difícil de justificar deontológicamente. Pero, más en concreto, si aquella distinción se traslada a las situaciones internas de violación

(64) Cfr., para la crítica a Walzer, cfr. Tesón, *Humanitarian Intervention... cit.*, pp. 88-94; en cuanto a la propuesta positiva de Tesón, a la que está dedicada el libro entero, puede verse sintetizada en el cap. 6 y en las pp. 245-249.

(65) Esta última es, precisamente, la posición de Tesón, que difícilmente podría considerarse integrada en la doctrina de la legítima defensa, por más que tanto esta última como la intervención humanitaria se pretendan justificadas conforme a idénticas razones morales de salvaguardia de los derechos humanos (cfr., *ibidem*, pp. 67 y 153, entre otras). Por el contrario, lo que más bien muestra la sólida argumentación de Tesón es que desde un punto de vista moral deontológico basado en la primacía de los derechos humanos lo coherente es concluir defendiendo una versión actualizada de la clásica doctrina de la guerra justa, que no puede justificar exclusivamente las guerras defensivas salvo que el término «defensa» se entienda en una amplísima e inusitada significación ajena a la que ha llegado a adquirir en lo que aquí vengo considerando doctrina de la legítima defensa.

de derechos, transformándose en la distinción entre intervenciones indirectas o coadyuvantes a una población que se resiste frente a la violación de sus derechos básicos, que resultarían permitidas, e intervenciones directas o de pura iniciativa exterior, que estarían excluidas, podría llegarse al paradójico resultado de negar el derecho a intervención ante regímenes políticos tan salvajes como el de Pol Pot en Camboya, mientras se admitiría la intervención frente a cualquier sistema autoritario que, debilitado o ya en declive, apenas replicara los desórdenes violentos que tratan de hacerlo caer.

De una u otra forma, probablemente lo más difícil de soslayar para la justificación deontológica que mantiene la indisoluble derivación de los derechos de soberanía estatal a partir de los derechos individuales es la superación de la doctrina de la legítima defensa en favor de una nueva versión de la doctrina de la guerra justa, por lo demás bastante generosa en la aceptación de sus causas de licitud. Sin perjuicio de volver enseguida sobre los argumentos consecuencialistas en general, no será inoportuno avanzar ahora el riesgo serio, por más que difícilmente cuantificable y evaluable en general, de que la aplicación de los anteriores criterios deontológicos pueda producir un mucho mayor daño, cualitativo y cuantitativo, a los propios derechos humanos básicos que el producido por la aplicación de criterios más restrictivos, como los que soportan la doctrina de la legítima defensa (66). Esa consideración consecuencialista ha sido esencial, me parece, durante la época de la bipolaridad, cuando un criterio más intervencionista seguramente habría aumentado en forma desmesurada no sólo el número de conflictos bélicos, sino el riesgo de guerra entre las superpotencias, pero es dudoso que haya perdido toda su validez tras el actual proceso de distensión y unipolarización internacional.

A mi modo de ver, puesto que cualquier intervención en un conflicto político interno, especialmente cuando entran en juego reivindicaciones nacionalistas o de fronteras, constituye un comienzo de internacionalización susceptible de ampliación y hasta de generalización a través de contraintervenciones, la necesidad de limitar los conflictos bélicos anima a tomar todas las precauciones y rechazar la alegre extensión del principio de intervención internacional en defensa de derechos individuales. Mejor dicho, en alegada defensa de derechos individuales, pues aceptar un amplio principio de intervención bélica significaría abrir una vía de fácil excusa para un bien descarado control de los países más débiles por parte de

(66) En desarrollo de lo dicho en la nota 63, puede observarse ahora que este tipo de crítica, aunque preocupada por los derechos y libertades básicos, tiene carácter consecuencialista. En esa misma dirección puede verse la argumentación de TERRY NARDIN frente a la crítica del principio de no intervención basada en los derechos humanos (cfr. *Law, Morality... cit.*, pp. 238-240 y 272): tras comenzar afirmando que el Derecho internacional tiene en cuenta, siquiera sea indirectamente, la libertad y los derechos individuales, Nardin concluye que «no es claro que debilitar las limitaciones tradicionales sobre la intervención, especialmente de la intervención armada, promoverá mejor la libertad individual que mantener el respeto por el principio de no intervención (junto con sus reconocidas excepciones)» (*ibidem*, p. 240); como se puede ver, lo que Nardin está proponiendo es realizar una comparación de consecuencias previsibles de la aplicación de dos criterios opuestos donde la libertad individual aparece como objeto de un mero balance global.

los más poderosos (67): sigue siendo aleccionadora de ello la durísima crítica de Benjamin Constant al uso de la Revolución francesa como «un pretexto de guerra desconocido hasta entonces, el de liberar a los pueblos del yugo de sus gobiernos, a los que se suponía legítimos y tiránicos», un uso que calificó como el «invento» hipócrita de una «época imperecederamente vergonzosa» (68). Es cierto, de todos modos, que consideraciones como las anteriores no se derivan directamente de criterios morales o jurídicos, sino de determinados supuestos empíricos o históricos (69), lo que significa que, por un lado, son susceptibles de revisión, sea por una interpretación divergente o por cambios en las circunstancias de hecho, y que, por otro lado, no excluyen la justificación moral en concreto de algunas intervenciones que puedan evitar los reproches aludidos de extensión del conflicto y de actuación interesada.

a.b) La guerra como proceso judicial y la protección de los derechos individuales

El otro supuesto de la argumentación deontológica justificadora de la guerra, que ha sido un motivo recurrente en la tradición del *bellum iustum*, es la apelación al restablecimiento del orden violado, sea directamente como medio para la reivindicación o protección de los derechos individuales conculcados o puestos en peligro, sea indirectamente como medio de vindicación o castigo del delito constituido por su violación. En una fundamentación de tal índole, no es necesario ni pertinente realizar un balance al modo consecuencialista de los daños previsibles según se responda o no se responda bélicamente a la violación, sino, todo lo más, un cierto equilibrio proporcional o aproximado entre la gravedad de la violación misma en relación con los derechos violados y la dureza y extensión de la respuesta bélica que pretende reparar aquélla. Esta constelación de ideas deja traslucir claramente la vieja visión de la guerra, propia de las doctrinas del *bellum iustum*, como proceso judicial para el restablecimiento del Derecho (o de la justicia) en las relaciones interestatales. El análisis de esta analogía puede servir para calibrar desde un ángulo diferente al anterior el peso de las razones deontológicas y su capacidad de resolver el contraste entre legítima defensa y belicismo relativo, así como el problema de justificación moral pendiente de la extensión de la idea de agresión y de inmediatez más allá del ataque armado hasta la ocupación militar no consentida por la población de un territorio.

(67) Este argumento no implica denegar apodócticamente que puedan existir o haber existido intervenciones justificadas, propiamente humanitarias, aunque sí cuenta con una genérica sospecha de intervencionismo interesado, incluso en el sentido menos exigente de estas últimas expresiones, es decir, el que excluye sólo las acciones pura o predominantemente interesadas o egoístas, pero no ya las que aun no siendo exclusivamente altruistas o carentes de todo interés propio, se realizan también en atención real a intereses ajenos universalizados (así pues, a diferencia de en la valoración general sobre la tendencia de los Estados hacia un comportamiento pura o predominantemente egoísta, en estas últimas consideraciones concurdo de lleno con la argumentación de Tesón, *Humanitarian Intervention... cit.*, p. 106).

(68) Cfr. *De l'esprit de conquête*. (1814), cap. VIII, en *Curso de política constitucional*, trad. cast. de F. L. DE YTURBE, Madrid, Taurus, 1968, p. 185, nota 3.

(69) De acuerdo, cfr. TESÓN, *Humanitarian Intervention... cit.*, pp. 67 y 102, donde, sin embargo, no se consideran relevantes los riesgos de abuso como base para una limitación de la intervención humanitaria.

La analogía entre guerra y proceso judicial como medios para la obtención de la justicia nunca ha podido servir como equiparación estricta entre ambos debido a que en los conflictos internacionales, a diferencia de en los procesos judiciales, falta un tercero que arbitre o juzgue imparcialmente. Esa carencia de juez o de árbitro es la que explica la atribución a cada parte de la facultad de defender, reclamar y hacer respetar sus derechos por sí misma, es decir, la conservación del derecho a hacerse justicia por propia mano. Además, explica también la diferencia normativa más llamativa entre la defensa de los Estados entre sí y la defensa entre los individuos en el seno del Estado: mientras en esta última se justifica exclusivamente la licitud de repeler en el mismo momento, pero no antes ni después, cualquier agresión directa a los derechos más básicos, para dejar en manos de un tercero imparcial, el Estado, la prevención y el castigo de todos los delitos, en cambio, en la primera, al faltar el tercero imparcial, se consideraba justificada también la reivindicación de todos los derechos violados, si era necesario y proporcionado incluso mediante la violencia, así como la prevención y castigo de tales violaciones.

En cuanto justificación moral deontológica, sea en retribución de un castigo o como simple reivindicación de derechos, la consideración de la guerra como una especie particular de proceso judicial adolece de repetidas y notorias deficiencias (70). Aparte del inevitable e imponderable sometimiento de la justicia a la victoria —por el que sólo se garantiza que obtiene la razón quien vence pero no que vence quien tiene razón—, como cada parte es juez en su propia causa, falta la mínima objetividad para decidir claramente de parte de quién está la justicia y se tiende a cumplir el teorema enunciado por E. Rabossi: «Dado un conflicto bélico, el número de causas justas es idéntico al número de países beligerantes» (71). Dejando a un lado la circunstancia de que ninguna guerra garantiza necesariamente la obtención de la justicia —que es un rasgo que habla en general de las limitaciones de la guerra como medio apropiado para obtener fines deseables y que no puede servir para contrastar entre sí las doctrinas sobre su justicia—, la pregunta ahora es si estas críticas afectan por igual a la fundamentación deontológica de la teoría de la guerra justa y a la de la legítima defensa o si esta última se encuentra en una posición más aceptable.

En realidad, el alcance crítico de la ironía de Rabossi depende de que no se entienda como mera constatación del hecho de que cada parte sustenta la creencia en su propia razón, que sería una observación trivial y, por lo demás, presente también en todo litigio aunque exista juez o árbitro, sino como expresión de la dificul-

(70) Cfr. sobre ello mi libro *La justicia de la guerra...* cit., pp. 296-297, aunque el más bien tajante contraste que allí afirmé entre la doctrina de la guerra justa y la de la legítima defensa a propósito de la visión de la guerra como proceso judicial ha de ser matizado de conformidad con las observaciones que siguen en el texto: en particular, tanto en una como en otra posición cada parte es juez en su propia causa y no es ni mucho menos excluible que la guerra sea justa para las dos partes (si bien en la doctrina de la guerra justa esto podía ser cierto no sólo subjetivamente, sino incluso para un observador imparcial, lo que resulta inverosímil en la doctrina de la legítima defensa), pero el punto más importante me parece la precisión de la ambigua afirmación del libro sobre la mayor dificultad de determinación de los criterios del belicismo relativo.

(71) «La ética y la guerra...» cit., p. 374.

tad de determinar quién tiene (o quién no tiene) la causa justa de su parte incluso por un tercero imparcial. En tal sentido, se diría que frente a la genérica apelación a la justicia de la doctrina de la guerra justa, que abre la veda a causas pretendidamente justas muy numerosas, variadas y complejas de determinación y de aplicación, en cambio, la doctrina de la legítima defensa maneja un criterio único y más fácil de determinar y de aplicar a la realidad. Con ser innegable que, en la práctica, «(c)ada Estado, por la misma naturaleza de las cosas, está facultado para calificar inicialmente como *ataque armado* la acción de otro Estado y como *legítima defensa* la acción propia» (72), esa «facultad», considerada desde un punto de vista normativo y no meramente fáctico, es controlable con cierta objetividad y no permite calificar como ataque a una acción defensiva ni viceversa. Ahora bien, para jugar limpio con las palabras y no dar por supuesto el principio, ha de observarse que esa mayor controlabilidad de la doctrina de la legítima defensa no es tan devastadora en el plano deontológico para la teoría de la guerra justa como pudiera suponerse a primera vista.

En la comparación entre ambas doctrinas es necesario separar dos tipos distintos de complejidad en juego: uno relativo a la mayor o menor dificultad de justificación misma de los criterios propuestos y el otro, supuesta la respectiva justificación de dichos criterios, relativo a la dificultad de su aplicación a los hechos. Me parece claro que la complejidad o dificultad del primer tipo no puede perjudicar en absoluto a una doctrina frente a otra, pues nada excluye por principio que pueda resultar bien fundamentada una estructura muy compleja de criterios (como puede ocurrir, por cierto, con las regulaciones jurídicas de los distintos derechos) o que la propia fundamentación de un criterio sea particularmente compleja. En tal sentido, frente a una distinción tajante entre ataque (si no se identifica con agresión) y defensa, se comprende la negativa de una posición deontológica como la de Gertrude Anscombe:

La actual concepción de la «agresión», como otras tantas concepciones influyentes, es mala. ¿Por qué *ha* de ser malo el dar el primer golpe en un combate? La única cuestión es: quién tiene razón, si la tiene alguien (73).

El otro tipo de complejidad, en cambio, referido a la mayor dificultad de aplicación a los hechos de uno u otro criterio, sí puede ser una razón para excluir el más difícil de administrar, pero únicamente desde una perspectiva que otorgue un peso lo bastante relevante a las consecuencias de las reglas como para excepcionar o limitar un criterio por lo demás deontológicamente bien fundado. Es sólo en este segundo sentido en el que la dicotomía agresión-defensa parece mucho más fácil de interpretar y aplicar en los hechos que la dicotomía injusticia-guerra justa, si

(72) ANTONIO REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional Público, I, Principios fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1982, p. 186.

(73) «War and Murder» (1961), en WALTER STEIN (comp.), *Nuclear Weapons: A Catholic Response*, London-New York, ahora, por donde se cita, en *The Collected Philosophical Papers of G. E. M. Anscombe*, vol. 3, *Ethics, Religion and Politics*, Oxford, Basil Blackwell, 1981, p. 52.

bien las posibilidades de extensión y de excepción que también se ofrecen en aquélla seguramente no permitan un contraste tan tajante como podría parecer a simple vista. Sea como sea, la consideración de las consecuencias de la aplicación de uno u otro criterio es típicamente consecuencialista, excediendo a los argumentos de carácter deontológico.

Con independencia de la complejidad interpretativa y aplicativa de la doctrina de la legítima defensa y del belicismo relativo, la razón por la que una fundamentación deontológica estricta —es decir, exenta de consideraciones consecuencialistas— no permite justificar bien, en mi opinión, la supremacía que al valor de la paz sobre el de la justicia se atribuye en la primera de aquellas dos doctrinas está en su apelación misma a los derechos individuales. En efecto, los derechos individuales —e, indirectamente, colectivos— puestos en peligro o violados mediante una agresión armada en curso, que es la única y estricta causa de legítima defensa para el pacifismo relativo, no resultan menos puestos en peligro ante una agresión muy probable pero no inminente ni cierta, como no resultan menos violados cuando la agresión se ha consumado y se mantiene un régimen de ocupación no consentido por la población. En el primer caso se justifica la guerra de prevención pura (y no meramente la de prevención inmediata o «preemptiva»), en el segundo la defensa retrospectiva ante una agresión permanente, y en ambos se sale del marco estricto de la legítima defensa para entrar en el del belicismo relativo.

Esta transición de la justificación de la legítima defensa a la del belicismo relativo, que viene particularmente facilitada por la naturaleza gradual del paso de un concepto al otro, me parece inevitable en cualquier aproximación deontológica que se apoye en el valor de los derechos individuales básicos. Naturalmente, esta conclusión no dice nada por sí misma a propósito de la justificación última del enfoque deontológico, sino que simplemente formula la tesis de que, desde ese enfoque, parece mucho más factible y coherente justificar la doctrina de la guerra justa que la de la legítima defensa estrictamente entendida. Con independencia de que se acepte o no un marco deontológico como el que aquí se ha analizado, la conclusión anterior merece ser contrastada con los resultados a que conduce el análisis del problema desde un enfoque consecuencialista.

b) La argumentación de carácter consecuencialista

En realidad, si no estoy equivocado, las razones morales que más sólidamente cabe alegar en favor de la doctrina de la legítima defensa son de carácter consecuencialista, por más que, como inevitablemente tiende a ocurrir con tales razones, dejen un buen espacio para la discusión y el margen de duda. Pero antes de entrar en el análisis concreto de tales razones, no estará de más aplicar a la justicia de la guerra la distinción que antes mencioné entre consecuencialismo del acto o directo y consecuencialismo de la regla o indirecto. Conforme al primero, las razones sobre la justificación de una determinada y concreta participación bélica giran en función de las consecuencias más favorables o preferibles del caso, como hizo Jür-

gen Habermas cuando se preguntó por la proporcionalidad entre las víctimas causadas por la guerra del Golfo y el mal evitado, a lo que terminó por responder en estos términos:

No tengo respuesta concluyente a eso. La respuesta se alivia algo al tener en cuenta el escenario imaginable, incluso probable, de un Israel rodeado por el mundo árabe y amenazado nuclearmente. Pueden darse males mayores que la guerra [...], el «defiéndete en los comienzos» es un argumento convincente (74).

Por su parte, conforme al consecuencialismo de la regla los argumentos se dirigen indirectamente al establecimiento de los criterios generales mismos que por sus consecuencias previsibles podrían o deberían justificar la participación en una guerra. Es este segundo enfoque el que me interesa desarrollar aquí, puesto que se ha convertido en moneda corriente la argumentación de que el recurso a la guerra, sea por sus previsibles consecuencias inmediatas o por las acumulables en el futuro, tiende a carecer de proporcionalidad con los males que trata de evitar salvo, todo lo más, en defensa frente a una agresión en curso: así lo hace una interpretación estricta del Derecho internacional, según la cual «el Derecho internacional debería negar» el derecho a la legítima defensa cuando la agresión se ha consumado sin réplica por incapacidad del agredido, ya que «permitir que [dicho derecho] siguiera existiendo indefinidamente [...] podría provocar un rearme desorbitado y un crecimiento de la inseguridad» (75).

Dentro de este último tipo de enfoque consecuencialista conviene distinguir dos argumentos básicos que se aducen para limitar el ámbito de las causas justificadas de participación en una guerra: el primero, el riesgo de proliferación bélica y, con ello, de escalada desde un conflicto bélico localizado hasta una conflagración global, en el límite incluso nuclear; y el segundo, la enorme dañosidad de las armas actuales, incluidas las llamadas convencionales, en comparación con los males que la guerra trata de evitar. Ambos argumentos, que se han repetido por activa y por pasiva durante los años de la disuasión nuclear, son conceptualmente compatibles entre sí, pero su alcance es diferente. En particular, mientras el primer argumento coincide con la apelación a la *seguridad internacional* y compensa, por así decirlo, el sacrificio de excluir la reivindicación armada de los derechos o de la justicia (salvo, claro está, en el extremo caso de la estricta legítima defensa) con la evitación de nuevos y más generalizados conflictos bélicos en el futuro previsible, el segundo argumento apela a la *proporcionalidad concreta* entre los daños evitados y los producidos por la guerra y compensa aquel mismo sacrificio de excluir el recurso a la guerra en reivindicación de la justicia no con los conflictos y daños futuros previsiblemente evitados sino con los daños efectivos de cualquier conflicto por sí sólo y aisladamente considerado. Esa diferencia puede ser muy relevante a la hora de aplicar una y otra argumentación a la situación internacional presente y del más o menos entrevisible futuro.

(74) «Contra la lógica de la guerra», *El País*, 21-2-1991, p. 17.

(75) ORTEGA, *La legítima defensa... cit.*, p. 89.

El argumento de la seguridad internacional alienta a la máxima limitación de los conflictos bélicos para no propiciar una desestabilización generalizada y es perfectamente razonable y coherente con él que esa limitación se identifique con la respuesta defensiva sólo contra las agresiones armadas en curso, hasta considerar agresión tanto el ataque de simple o pura prevención —es decir, ante una agresión eventual, no cierta o no inminente— como la acción militar en reivindicación de un derecho al territorio frente a una ocupación militar injusta pero ya consolidada. Sin embargo, tras la distensión internacional propiciada por los recientes procesos de cambio político en la Unión Soviética y la creciente hegemonía internacional de los Estados Unidos, no parece descabellado afirmar que, por el momento al menos, ese peligro de desestabilización creciente ha desaparecido en buena parte de la escena, y eso podría alentar la tentación de relajar el criterio.

En particular, en la medida en que se pudiera ir consolidando la hegemonía de los Estados Unidos hasta convertirse, siquiera fuera mediante la interposición del Consejo de Seguridad, en cuasi-monopolizadora del control internacional, y supuesto que su dominio alcanzara también, al menos políticamente, a las armas nucleares, el argumento de la seguridad internacional tendería a dar un giro de ciento ochenta grados hasta, tal vez, propiciar una desembocadura hobbesiana. Según semejante diseño, un soberano —en este caso, una superpotencia hegemónica común a los demás Estados— impone la paz al conjunto de los demás sujetos —en este caso, sujetos estatales—, pero permitiéndose también actuar como árbitro para cualquier disputa entre éstos a propósito de la justicia o los derechos que les asisten. El argumento de la seguridad internacional inclinaría entonces a dar un paso desde una regla que justifica sólo la legítima defensa a una que justifica la guerra justa, si bien la aplicación de esta última doctrina quedaría detraída ahora ahora de la omnímoda voluntad de las partes para ser, cuando menos, supervisada por la superpotencia soberana.

Ni que decir tiene que esta eventualidad sería una solución en principio internacionalmente autoritaria y en absoluto democrática, donde la justicia y los derechos así garantizados corresponderían a una tradición tal vez universalista pero es de temer que sesgadamente interpretada en beneficio de sus propios aplicadores. No obstante, nada de ello dejaría de ser perfectamente coherente con la primacía del valor de la paz y el orden que subyacen al argumento de la seguridad internacional y, en último término, a la propia doctrina de la legítima defensa. Es cierto que toda la fuerza del cambio de signo de la argumentación en favor de ese soberano internacional autoritario pero a la vez pacificador y justiciero reside en la previsibilidad de la consolidación de la actual tendencia al afianzamiento de una única superpotencia internacional con capacidad suficiente de decisión y actuación. Pero supuesta esa configuración internacional, el argumento consecuencialista de la paz y la seguridad no dejaría de confluir en una nueva versión de la doctrina del *bellum iustum*.

En cambio, el segundo argumento, relativo a la proporción concreta entre la dañosidad de las armas actuales y los males que tratan de evitar, podría seguir siendo favorable a una restricción del criterio justificatorio de la guerra exclusivamente a la legítima defensa estricta incluso en el caso de que la seguridad interna-

cional fuera salvaguardada por la superpotencia hegemónica. Y ello al menos en tanto no se produjera un severo desarme, tanto cualitativo como cuantitativo, para todos los Estados excepto para el hegemónico, que permitiera controlar mesuradamente a este último sus utilizaciones de la fuerza. De todos modos, tampoco cabe ocultar que, en sí mismo —y, por tanto, aun sin ese hipotético desarme—, este argumento tiene un alcance limitado: dice nada más que, en principio o tendencialmente, sólo la violación de la paz mediante una agresión (lo que, no se olvide también conlleva injusticia, y muy grave), pero no la simple violación de la justicia, incluido el caso de las agresiones consolidadas, puede ser causa proporcionada de uso de los terribles medios bélicos actuales. Ahora bien, en cuanto puramente tendencial el argumento tiene límites, y límites bien comprobables en el pasado reciente: de una parte, ha habido guerras defensivas que han violado la proporción (un caso paradigmático de desproporción, aunque su carácter defensivo sea discutido y menos claro, es la guerra del Golfo), y, de otra parte, ha habido guerras de reivindicación de derechos que no la han violado (un ejemplo muy claro es el de la guerra a que dio lugar la invasión de las Malvinas por Argentina).

¿Qué concluir de todo lo anterior? No, desde luego, un paso rápido y acrítico a la doctrina de la guerra justa, aun con renovados ropajes. Es verdad que si en el período de la disuasión y la bipolaridad internacional los argumentos consecuencialistas tendían a avalar claramente un criterio general de la máxima restricción posible de la legitimidad de la guerra hasta reducirla a la defensa estricta de una agresión, la ruptura de la bipolaridad ha venido a oscurecer las razones y virtudes de ese criterio. Sin embargo, ese oscurecimiento no ha dado paso a una nueva claridad que permita acoger las razones y virtudes de invertir todas las tornas hasta volver a ver en la guerra o en su amenaza un medio de realización de la justicia y de la propia seguridad internacional: piénsese que con arreglo a esa doctrina podrían justificarse, de una parte, la invasión por parte de los países árabes de, al menos, los territorios ocupados por Israel en 1967 y, de otra parte, ciertas intervenciones humanitarias en favor de la democracia y los derechos humanos por parte de cualquier país occidental, incluido Israel, contra la mayor parte de los Estados que componen la llamada comunidad internacional, incluidos prácticamente todos los países árabes. De las presentes insuficiencias de la doctrina de la legítima defensa no cabe extraer confiadamente los futuros beneficios de la doctrina de la guerra justa, que plantea problemas que no tienen fácil solución o, al menos, cuya aparente solución no nos satisface porque nos enfrenta a una situación inédita, compleja y temible. Bajo la suposición de que la configuración de esa hegemonía mundial fuera viable y estable, Norbert Elias expresó muy bien una aguda ambivalencia que resulta sensato compartir:

No hablo aquí de mis deseos. Es cierto que yo mismo no me encontraría bien en un mundo donde un Estado o un grupo de Estados dominara a toda la humanidad. De todos modos, podríamos preguntarnos si la supremacía de un Estado más poderoso que todos los demás sería un precio demasiado elevado para la pacificación de la humanidad, o sea, para la eliminación de la guerra como institución permanente en las relaciones internacionales. [...] ... tal vez

merecería la pena pagar por lo menos durante un tiempo el precio del sometimiento a un Estado hegemónico y de soportar la altanería, siempre presente en estos casos, del pueblo dominante. [...] Una vez más, no deseo para mí ni para ustedes vivir en un mundo con semejante estructura social (76).

C) DEL EQUILIBRIO INTERNACIONAL A LA HEGEMONIA: DEMOCRACIA Y PAZ

Naturalmente, existe una solución fácil en las palabras y difícil en los hechos para resolver la anterior ambivalencia: la propuesta de un control internacional efectivo de carácter liberal-democrático que pudiera, entonces sí, realizar la paz y la justicia con medios proporcionados, como los que usa el Estado democrático respecto de los propios ciudadanos. Sin embargo, aun en el plano fácil de las propuestas, no quiero dejar sin algún comentario la relación entre democracia y paz, de cuyo análisis es posible extraer enseñanzas para el problema de la obtención de la paz a través de mecanismos de control internacionales. Las dos dimensiones principales de la relación entre democracia y paz se refieren a las esferas externa e interna del Estado: en la primera cabe analizar el talante pacífico de los Estados democráticos y en la segunda la función del Estado como pacificador.

a) *Las democracias como Estados pacíficos* (77)

Kant supuso que en un sistema democrático es más difícil obtener el consentimiento del pueblo para emprender la guerra, por lo que semejante tipo de régimen político sería más propicio para conseguir el fin de la paz. Esta tesis ha sido revalidada y reformulada en los últimos años desde el punto de vista de que ningún sistema democrático-liberal ha emprendido nunca una guerra contra otro sistema democrático-liberal, lo que sugiere la posibilidad de una pacificación total en un mundo formado sólo por Estados con dicha forma política (78). Sin embargo, sobre el exceso de confianza

(76) *Humana conditio* (1985), trad. cast. de PILAR GIRALT GORINA, *Humana conditio. Consideraciones en torno a la evolución de la humanidad en el cuadragésimo aniversario del fin de una guerra* (8 de mayo de 1985), Barcelona, Península, 1988, pp. 99-100.

En este texto, Norbert Elias insiste particularmente en la alta improbabilidad de que semejante Estado hegemónico pudiera llegar a establecerse y, sobre todo, a consolidarse duraderamente (cfr. *ibidem*, esp. pp. 90-92 y 99-104). Sin embargo, en tan vidrioso asunto como el de incluir o excluir posibilidades a la historia humana, alecciona a la cautela el que el propio Elias -cuya sabiduría y sensatez soy el primero en reconocer y admirar- afirmara también, con un error hoy tan evidente como entonces compartido y compartible, que las «ilusiones del supuesto derrumbamiento espontáneo de los regímenes capitalista y comunista son una quimera» (*ibidem*, p. 75).

(77) Cfr., sobre lo que sigue, mi libro *La justicia de la guerra...* pp. 70-71 y 73.

(78) Cfr. HUGH THOMAS, *An Unfinished History of the World* (1979), trad. cast. de la 2.^a ed. de ANA MARÍA BRAVO, *Una historia del mundo*, Barcelona, Grijalbo, 1982, p. 582; MICHAEL W. DOYLE, «Kant, Liberal Legacies, and Foreign Affairs», part I, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 12, n. 3, verano 1983, espec. pp. 213 y 225 ss.; y NORBERTO BOBBIO, *Il futuro della democrazia* (1984), trad. cast. de JUAN MORENO, *El futuro de la democracia*, Barcelona, Plaza y Janés, 1985, p. 47, así como la Introducción a *L'età dei diritti* (1990), trad. cast. de RAFAEL DE ASÍS ROIG, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 14.

que la tesis de Kant pone en la oposición a la guerra por parte de los pueblos, incluso leída como meramente tendencial y no apodíctica, es innecesario emplear muchas palabras a la luz de la experiencia de los dos últimos siglos, que más bien muestran la fácil y extensa popularidad que, en determinadas circunstancias al menos, puede llegar a adquirir la guerra. Claro que tal vez la tesis se podría intentar salvar todavía insistiendo en que el requisito de la democracia exige la opinión pública plenamente informada y libre y no inducida, manipulada o engañada, pero si de lo que se habla es del sistema democrático en condiciones ideales el argumento resulta ajeno a la historia pasada y presente y es de temer que se hurte también, por desgracia, a la historia por venir.

En realidad, la confianza en que una futura extensión universal del sistema democrático —incluso en las deficientes condiciones reales que tradicionalmente lo han venido caracterizando— tendría efectos pacificadores es seguramente tan utópica como la creencia en la internacionalización del socialismo, pero lo decisivo es que parece colocar el problema de la guerra en un lugar equivocado, el tipo de régimen político, en vez de en la propia existencia de los Estados mismos, sea cual sea su régimen, con sus intereses contrapuestos y su respectiva voluntad de potencia y, a veces, de dominación. Desde esta perspectiva, la limitación de la soberanía estatal sobre el uso de la fuerza mediante su control internacional monopolístico parece contar con las mismas razones que Hobbes utilizó para justificar el Estado nacional como única y superior instancia capaz de pacificar a los individuos. Y así, para quien desee sobre todo la paz, no sería preciso tanto un sistema internacional de Estados todos democráticos, como más bien un solo y único Estado, el seguramente no menos utópico «Estado mundial». Que además semejante Estado fuera a ser democrático iría más allá de la mera aspiración a la paz. Y para contrastarlo puede ser útil acudir al parangón con la relación entre democracia y paz en los actuales Estados nacionales.

b) *El Estado como pacificador*

En la esfera interna de los Estados, no cabe exagerar la conexión entre democracia y paz. Antes que el Estado democrático, se ha dicho repetidas veces, es la existencia misma del Estado la que tiende a garantizar a los ciudadanos la paz o valores a ella asociados, como el orden o la seguridad, mucho más que otros valores más exigentes, raros y difíciles de asegurar, como la libertad, la igualdad o la solidaridad. La instauración de la paz es la finalidad privilegiada por la concepción que ve al Estado como monopolizador de la violencia «legítima» (en cuanto legal o socialmente legitimada, más que en el sentido de propiamente justa). En esta visión, que puede remontarse al menos al mismo Hobbes y que en nuestro tiempo llega hasta Max Weber y Hans Kelsen, la prohibición general de la violencia privada tiene sobre todo una función pacificadora y no en vano esa tradición teórica concibe el valor del orden, la seguridad o la paz internas como el valor fundamental o, en todo caso, como el fin inmanente al Derecho y al Estado: hacia el exterior belicoso y hacia el interior pacificador, tal es la síntesis de la concepción hobbesiana sobre el Estado.

Cabría precisar que la vertiente interna de esta concepción, en cuanto idealización y hasta ideologización deformante de una realidad menos exigente, es aplicable,

ciertamente, a Estados democráticos y no democráticos, pero no a todos entre estos últimos, sino sólo a aquellos lo bastante desarrollados, eficientes y legalmente eficaces como para establecer, precisamente, una verdadera exclusión de la violencia en las relaciones privadas. Esta condición excluye a aquellos sistemas políticos en los que la violencia del aparato estatal se confunde con la violencia privada o la ampara, según ocurre cuando resultan autorizadas de hecho por falta de control las actividades violentas delictivas del propio aparato militar o policial. Pero, salvada esa exclusión, no sólo los Estados efectivamente democráticos, sino también muchos Estados autoritarios y básicamente injustos pueden cumplir a la perfección el objetivo de la pacificación.

Con todo, es cierto que la forma democrática de gobierno, al menos tal y como la conocemos en los sistemas constitucionales de la época contemporánea, tiene además la virtud de instaurar mecanismos pacíficos en la competencia por el poder político. A la pacificación de las relaciones entre particulares, el Estado democrático, al «contar y no cortar cabezas», añade una mayor garantía de pacificación de las relaciones políticas (79). Y, puesto que en ningún caso la pacificación que impone el Estado está basada en la exclusión total de la violencia, sino solamente en su regulación y limitación, lo que el Estado democrático añade a este respecto es la exclusión del uso de la fuerza contra la disidencia no violenta.

Trasladadas las anteriores observaciones al sistema internacional, la hipotética instauración de un sistema universal centralizado y monopolístico de control de la violencia, esto es, de un Estado mundial, daría lugar a un centro de poder perfectamente paralelo y asimilable en su función pacificadora a la teorizada por la tradición teórica hobbesiana para los Estados conocidos. Con las precisiones que se acaban de hacer, tal Estado mundial sólo podría cumplir una función de pacificación si realmente sus mecanismos de monopolización de la violencia fueran efectivos y sus normas de prohibición de la violencia entre los distintos países eficaces, pero sin que nada garantizara que tales mecanismos y normas fueran a ser mínimamente consentidos por los afectados ni que sus contenidos fueran a respetar los límites básicos de la acción del poder transmitidos por la tradición liberal-democrática.

Concluyendo ya, parece sin duda cierto que únicamente un sistema mundial democrático (80) permitiría realizar la exigente condición kantiana de que todos los individuos fueran universalmente tratados como iguales en dignidad, como fines en sí mismos y nunca sólo como instrumentos, una condición en la que el recurso a la guerra seguramente pasaría a pertenecer a un pasado definitivamente sepultado. Pero a quien no le sea posible creer en ese final de la historia, el temible futuro le presentará como moralmente necesario algo que se acerque lo más posible a aquella utopía irrealizable. Y únicamente le cabrá desear que, al igual que no siempre se cumplen las más ingenuas esperanzas de los hombres, al menos tampoco se realicen sus más oscuros temores.

(79) En tal sentido, remitiendo a su vez al KARL POPPER de *The Open Society*, cfr. N. BOBBIO, *El futuro de la democracia cit.*, p. 48.

(80) Sobre los sujetos y condiciones de tal democratización, véase mi artículo «Problemas de ámbito de la democracia», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 6, 1989, pp. 117-120.

