

Publicación: Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración
Número 2 - Julio 2015
Fecha: 21-07-2015 Cita: IJ-LXXX-698

El debate moderno sobre guerras justas e injustas y la problemática sobre la conexión conceptual necesaria entre derecho y moral

Eduardo Barbarosch*

Bernard Williams, sostuvo que hacer filosofía moral puede ser arriesgado, porque presumiblemente a diferencia de otras áreas de la filosofía se corre el riesgo de desencaminar a la gente en materias importantes (Morality. Penguin 1973)

I. Introducción [arriba] -

En la mitad de la década de los `70, Michael Walzer publica un libro “Just and Unjust Wars,”[1] que abre el debate sobre el problema de la guerra luego de haber transcurrido tres décadas desde la finalización de la segunda guerra mundial de cuyos horrores padeció durante seis largos años la humanidad. Recordemos que esa guerra provocó la muerte de cincuenta millones de personas, de las cuales la mitad eran civiles o no combatientes. Esta era una parte, quizás la más relevante de las penurias soportadas durante una guerra cruel, de conquista, promovida por un jerarca y su séquito, y países que se le aliaron conformando el Eje, donde todas las especies de crueldades que se experimentaron se presentaban al pueblo alemán como indispensables en la persecución de una doctrina verdadera, a la que la mayoría adhirió y que, además, encontró en muchas partes del mundo admiradores fervientes que creían en la redención nazi del mundo.[2] Si la idea de redención constituye la simiente de muchas de las guerras actuales, más que cuestiones de orden económico o de naturaleza imperial, nada habría cambiado en la humanidad luego de las dos guerras mundiales que azotaron al mundo en el siglo pasado.

La publicación de Walzer es considerada como una de las obras más lúcidas de filosofía política y moral en torno a la guerra acompañada con ilustraciones históricas. Sin embargo, era difícil suponer que luego de la sanción de la Carta de las Naciones Unidas suscripta en San Francisco el 26 de junio de 1945, que creaba una organización internacional de las Naciones Unidas, fuera necesario tres décadas más tarde promover un nuevo debate sobre las guerras justas e injustas. Recordemos la expresión paradigmática con la cual comenzaban su texto “Nosotros los Pueblos de la Naciones Unidas (y no los Estados[3]), estamos Resueltos: “A preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles”. No olvidemos, además, que entre los propósitos del artículo 1º se encontraba el de mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir al quebrantamientos de la paz”

La guerra de Corea y más aún la de Vietnam se convertían en un estímulo más que suficiente, para que los filósofos políticos, morales e incluso aquellos especialistas en relaciones internacionales, argumentaran nuevamente sobre cuestiones que parecían superadas después de la creación de las Naciones Unidas. Walzer reeditó la tercera edición de su libro hace unos años, y en su prefacio insiste sobre la actualidad de la obra, señala que el mundo no es menos violento que cuando él publicara su primera edición. Recuerda la guerra Irán Irak desde 1980 a 1988 que no fue menos violenta que la primera guerra mundial y que reproducía el mismo tipo de evento, masas de jóvenes armados involucrados en una lucha con tanques y artillería; generales a quienes no les importaba las pérdidas de hombres, heridas, y toda clase de daños infligidos a poblaciones civiles. No otra cosa ocurrió en la guerra del Golfo Pérsico, con tecnología más avanzada, y que no decir, se podría sostener ahora, en las guerras de Irak y Afganistán, el Líbano y Gaza. Así Walzer se permite decir que los argumentos morales que preceden, acompañan, y que son seguidos después de esas guerras son parecidos a los que él sostenía en su primera edición: “Las voces difieren, las palabras son las mismas” Pero el libro de Walzer abre, como dijimos, una discusión de orden moral en el ámbito del derecho internacional y nos plantea al menos dos interrogantes: ¿Es posible que este debate haga un servicio a ciertas modificaciones en el derecho internacional humanitario? La respuesta es afirmativa. En segundo lugar: ¿Este debate moral con pretensiones críticas permite afirmar la existencia de una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral? La respuesta, en este caso, entiendo que es negativa.

II. El orden jurídico internacional y su cuestionamiento [arriba] -

¿Cómo se explica que existiendo un orden jurídico internacional que había superado el sistema de auto-ayuda para dar paso a un sistema de seguridad colectiva, con la creación de las Naciones Unidas, se operara un nuevo y abierto debate no en términos de guerras lícitas o ilícitas, y la aplicación del derecho internacional positivo, sino sobre las cuestiones vinculadas a una larga tradición histórica de filosofía política y moral como la de las guerras justas e injustas?

No faltan quienes sostienen hoy en día, sin ambages, siguiendo a una curiosa y auto-indulgente teoría desarrollada por Carl Schmitt, después de la segunda guerra mundial, como es el caso de Danilo Zolo,[4] que el cambio del sistema Westfaliano de Estados soberanos a los que les era lícito iniciar una guerra por igual, por una configuración de la ilicitud de la guerra, es lo que ha conspirado y dado como resultado Estados poderosos con vocación imperial, y otros sojuzgados en parte por la normativa del derecho internacional.

Veamos de que se hace eco Danilo Zolo parafraseando a Schmitt: “El fracaso de la Sociedad de las Naciones, era inevitable -acaso lo sea también el de las Naciones Unidas- porque la nueva institución representaba un intento de abolir la guerra simplemente prohibiéndola en la plano jurídico. Junto al pacifismo universalista, también debía fracasar el suntuoso intento de hacer de la “guerra de agresión” un crimen internacional, o sea, un crimen imputable no solo a la responsabilidad de los Estados, sino también a la responsabilidad penal de los individuos. Schmitt, a quien sigue Zolo, sostiene que esta filosofía neoescolástica de principios del siglo XIX pretende deshacerse de la noción jurídica del *justus hostis*, propia del derecho público europeo. Lo que se rechaza es el principio

westfaliano de la legalidad de la guerra interestatal, llevada a cabo por autoridades soberanas que se reconocen titulares de los mismos derechos, incluso el de usar la fuerza para hacer valer los intereses del Estado. Se transforma así, según la mordacidad propia de la pluma de Carl Schmitt, la noción del agresor justo por el de “un criminal”, con las consecuencias de provocar guerras devastadoras. Una especie de universalismo ético se erige en la visión de Zolo, que no coincide totalmente en las consecuencias descritas por Schmitt, pero que permitió, según él que el pensamiento internacionalista de matriz anglosajona, generara instituciones internacionales normativamente incoherentes y políticamente ineficaces. Concluye Zolo, que este sistema convirtió a los enemigos vencidos, en algo similar a los “piratas” que habría que exterminar en nombre de los vencedores.

La mirada de Schmitt y la de Zolo, sobre el derecho internacional se aúnan en alguna medida. Podríamos afirmar que con matices ambos coinciden en una especie de realismo internacional y en el nihilismo internacional. En el primer caso, de acuerdo con el realismo, no habría posibilidad alguna de exista algo así como una moral internacional. Toda crítica moral de normas jurídicas internacionales, como, también, la de concebir las relaciones internacionales desde algún tipo de principio o principios morales erraría en el blanco, porque el dominio de estas relaciones estaría solamente sujeto a preferencias prudenciales o intereses de corto o largo plazo. Todos los Estados serían vulnerables, según el realismo internacional a ser dominados o destruidos si eligieran observar restricciones morales en sus relaciones internacionales. Según Buchanan,[5] el realismo internacional es el paralelo de la expresión doméstica del auto-interés en la que muchos economistas fundan las acciones de los hombres como agentes, aun cuando aparenten realizar actos de naturaleza altruista.

El nihilismo internacional es una posición que desafía la tesis de la existencia del derecho internacional, pues considera que no existe un sistema jurídico internacional que pueda asimilarse a lo que se entiende por derecho en el ámbito doméstico, sus argumentos son los siguientes: a) No existen formas de hacer efectivas y compulsivas las reglas del derecho internacional. b) No existen Cortes de Justicia internacionales que puedan hacer efectivas las decisiones jurisdiccionales dictadas contra los Estados afectados. Desde la teoría del derecho y desde un punto de vista conceptual, Hart ha dudado en considerar al derecho internacional como tal, viéndolo más bien como un sistema de reglas primarias, pues carece de las reglas secundarias y en particular de una regla de reconocimiento. Con respecto a este argumento Buchanan responde que el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia, podría entenderse como una regla que señala cuales son las fuentes que por su pedigrí facilitan algo parecido a la regla de reconocimiento que Hart nos propone para identificar el derecho válido y aplicable en un sistema nacional.

III. El concepto de derecho internacional en la visión de Kelsen [arriba] -

En su análisis conceptual de la naturaleza del derecho internacional,[6] Kelsen no descartaba a la guerra como un concepto propio de ese derecho. La guerra en el sentido kelseniano no es un estado sino una acción específica, el uso de la fuerza armada haya reacción o no del Estado atacado. Pero la guerra en el mismo análisis conceptual puede ser considerada como un acto ilícito o como una sanción. De ahí que esa fuerza coercitiva ejercida por un Estado que significa una intervención ilimitada en la esfera de intereses de otro estado es una guerra. Falta determinar ahora si ella constituye un ilícito o una sanción. Siendo consecuente con su teoría pura del derecho aplicable a un análisis conceptual del derecho doméstico,

Kelsen advierte que “el derecho internacional será verdadero derecho, si los actos coercitivos de los Estados, la intervención por la fuerza de un Estado en la esfera de intereses de los otros Estados, solo están permitidos como reacción contra el acto ilícito de otro Estado”[7]

La única manera de concebir conceptualmente que el derecho internacional conforme un sistema jurídico semejante al derecho nacional, es que se pueda distinguir entre actos lícitos e ilícitos en esa esfera. Y sólo podemos determinar si en el derecho internacional existen actos ilícitos cuando a esos hechos, en principio estatales, las reglas del sistema le anexan una sanción[8].

Si aceptamos los criterios aquí expuestos por dos de los grandes teóricos del derecho del siglo pasado, no habría inconveniente de reconocer la existencia del derecho internacional como un sistema de reglas que funcionan como guías para la acción de los Estados, los gobiernos, los funcionarios individuales e indirectamente a los individuos, a quienes también se les otorga derechos para recurrir a las instancias judiciales internacionales. Este es un proceso de centralización paulatino del derecho internacional, con las imperfecciones que sin duda existen, en tanto los estados nacionales conservan para sí el uso de la fuerza, ciertos grados de soberanía, y una relación de fuerza entre estados que son potencias mundiales y otros cuyo poder es mucho menor.

IV. La argumentación moral y el derecho internacional [arriba] -

¿Cuáles son las razones por las cuales en un mundo globalizado, se intente nutrir nuevamente al derecho internacional generando en paralelo argumentos morales que puedan influir sobre las decisiones internacionales? Creo que son las siguientes: a) Los cambios producidos en las relaciones internacionales en virtud de ciertos intereses de los Estados que no encuentran un ajuste normativo acorde en la Carta de las Naciones Unidas, y en particular en el Capítulo VII. El uso de la fuerza claramente limitado por ese capítulo, no responde a los intereses de los Estados, que buscan nuevas interpretaciones de sus reglas para justificar el uso de la fuerza armada. b) La existencia de una brecha en la comunicación entre juristas y filósofos políticos y morales que hace que estos últimos acuciados por estos intereses y por las situaciones dramáticas que se visualizan en el ámbito internacional como conflictos armados que se suceden permanentemente sin visos de conclusión en el tiempo, limpiezas étnicas, genocidios, terrorismo interno e internacional, busquen argumentos de naturaleza moral para justificar intervenciones armadas o conductas en la guerra que el derecho internacional positivo con su ortodoxia no admite. c) Que esa brecha en la comunicación, hace que muchos de los filósofos morales no estén atentos a advertir de que existe una separación conceptual entre el derecho y la moral, y no llegan a entender que si el derecho internacional existe, sus reglas tienen autonomía semántica y se supone que son atrincheradas por lo que deben ser seguidas y que los argumentos morales no pueden identificar reglas de derecho por su supuesto valor moral. A ello debemos adicionar que si la teoría moral impera sobre el derecho internacional, no sólo no habrá la posibilidad de establecer una diferencia práctica entre ellos, sino que nada garantiza que las respuestas morales conduzcan a la paz y la seguridad internacionales, más que la aplicación del derecho positivo vigente. d) Que se busque modificar el derecho internacional humanitario a fin facilitar las guerras entre ejércitos regulares y grupos irregulares considerados como terroristas. Ello se debe a que los métodos de lucha de estos últimos incluyen la no distinción

entre combatientes y no combatientes. A que el ataque a inocentes se considere un medio justificado para sembrar el miedo incontenible y para lograr ventajas tácticas, mediante el uso de una violencia provocada deliberadamente de manera azarosa e impredecible, sin aviso previo. Así la gente escapa de ser herida o muerta, solo por casualidad.

Mi interés es mostrar que la separación conceptual entre el derecho internacional y la moral internacional responde de manera mucha más eficaz, a dar certeza en las decisiones internacionales y es una mejor garantía de cumplir el objetivo de lograr la paz y la seguridad internacionales. La conexión conceptual que se invoca entre el derecho y la moral en el espacio doméstico y que a mi entender genera una especie de particularismo que condiciona la certidumbre en las decisiones judiciales aun en los casos claros, si es promovida en el ámbito internacional nos lleva a las decisiones particularistas también en el derecho internacional. Los Estados se independizan de las reglas atrincheradas[9] del derecho internacional y en ocasiones los principales crímenes en el derecho internacional se justifican sobre la base de certezas o justificaciones morales. La pretensión de autoridad del derecho no se asimila a una pretensión de corrección moral, pero si el derecho tiene una pretensión de corrección en cuanto a su aplicabilidad, porqué no aplicarlo lisa y llanamente sobre la base de su autonomía semántica y no ceder continuamente a su modificación particularista, fundada en supuestos argumentos morales objetivos.

Intentaré mostrar como los argumentos de ciertos filósofos morales que incurren en esa confusión ya sea ignorando la reglas del derecho positivo internacional o pretendiendo darles una alcance interpretativo que supone un fundamento moral son contra-intuitivos, aun para aquellos para quienes tienen una visión escéptica de segundo orden desde el punto de vista moral.

La filósofa moral Frances Kamm[10] en un artículo de data reciente denominado Failures of Just War Theory: Terror, Harm, and Justice distingue naturalmente entre el jus ad bellum, por el cual la guerra debe estar justificada en principio y el jus in bello por el cual los medios usados para llevarla adelante deben estar justificados. Nos dice que la teoría de la guerra justa es deontológica en la medida que no todos los medios están justificados en la persecución de los fines. Esto parece ser correcto. Continúa su razonamiento sosteniendo que existe un principio estándar que prescribe que matar a no combatientes para generar terror, lo que describe como matar intencionalmente para producir miedo en una nación con el objetivo de provocar rápidamente su rendición, está descartado como un medio de lucha en una guerra justa. Esto haría que la guerra fuera injusta, aun cuando fuera justa si se persiguiera con los medios adecuados. En verdad, diríamos, que se viola el jus in bello, pero el jus ad bellum no varía. No es este el verdadero problema que nos plantea Kamm. El problema que me parece más serio y que pone a prueba a veces los razonamientos de filosofía moral son justamente aquellos que se apartan notoriamente de las reglas positivas del derecho internacional, que se ignoran o no se tienen en cuenta. Veamos el ejemplo de Kamm: “Supongamos, nos dice, que aquellos que están involucrados en una guerra justa, matan a líderes retirados del país enemigo, líderes que previamente de manera injusta comenzaron la guerra. Esto es realizado con la intención de amedrentar al enemigo a fin de obtener su rendición” Se pregunta entonces: “¿Son estas muertes causadas a personas no combatientes, permitidas?”[11] Ella cree que sí lo son.

Esta respuesta es ajena a toda consideración jurídica, y aun a una supuesta respuesta moral de primer orden[12] que podría dar un jurista o un tribunal judicial, si fuera el caso en que ejerciera su discreción para sentenciar. Si la lectura moral de las reglas del derecho es un imperativo, como por ejemplo, sostiene Dworkin, para obtener una respuesta correcta o justa, tendríamos que llegar a la conclusión o que Kamm se equivocó, a pesar de haber tenido una intuición muy fuerte a favor de su respuesta, o que las respuestas morales son alarmantes cuando se pretenden introducir como respuestas correctas para quienes establecen esa conexión necesaria entre el derecho, en este caso, el internacional y la moral. El derecho no cumpliría su finalidad práctica, si debiera ser reemplazado por las intuiciones morales fuertes que portarían una objetividad intrínseca. Si estas fueran la condición necesaria de la objetividad, la certidumbre que confiere el sistema jurídico, sería apenas una vana ilusión.

Esto no es óbice para que la filosofía moral y política no pueda someter a crítica a todo el sistema jurídico internacional y verter toda clase de argumentos morales y prudenciales para modificar el derecho. Lo que parece poco aceptable es que los argumentos morales o de otro tipo suministren los criterios de validez para identificar las reglas del derecho internacional.

Es cierto que se me puede responder que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que para la resolución de controversias que le sean sometidas, deberán aplicar además de lo establecido en sus incisos a) y b), c) los principios generales del derecho internacional reconocidos por las naciones civilizadas d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 59. 2) La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren. Esta regla dirigida a un tribunal judicial, no parece estar muy alejada de las reglas que en el derecho común autorizan a los jueces a ejercer cierta discreción judicial en los casos que suelen llamarse difíciles.

No es menos cierto que estas fuentes supletorias se remiten a juristas y no a la pléyade de filósofos morales que difícilmente puedan concebir reglas jurídicas mediante razones jurídicas que no son equivalentes al razonamiento moral. Ejemplos de buena argumentación moral, pero de escasa aplicación en el campo del derecho internacional humanitario (*jus in bello*), es la de algunos autores de filosofía moral, que tienen poco en cuenta al derecho internacional.

Jeff MacMahan en su artículo *The Ethics of Killing in War*[13] se opone a la separación lógica entre las dos clases de principios el que gobierna el recurso a la guerra (*jus ad bellum*) y el que gobierna la conducta en la guerra (*jus in bello*)

La noción de guerra justa o injusta tiene una cierta coincidencia con la noción de guerra lícita o ilícita, pero no necesariamente. Ya en la Grecia antigua el derecho inter-estatal se planteaba la noción de guerra justa o injusta, la noción, sin embargo, no era nada precisa, pues los contendientes en la guerra se proponían justificar el propósito de la guerra. La noción de guerra justa fue planteada frente a Atenas por los habitantes de la isla de Melos y en este diálogo histórico reproducido en una construcción literaria por Tucídides se refleja que una posición realista ante la guerra borra toda distinción entre guerras justas e injustas.

Mientras que los habitantes de Melos alegaban la injusticia de la amenaza de los atenienses que exigían la alianza de la colonia espartana en la guerra que los primeros sostenían con Esparta, los habitantes de Melos pretendían mantenerse neutrales. Los atenienses contestaban que el derecho depende de la fuerza y “el fuerte hace lo que puede y el débil sufre lo que debe” Esta tesis realista presupone que toda guerra es justa o lícita, en ella las leyes se llaman a silencio.

Jeff MacMahan, en el mencionado trabajo luego de una serie de finos y sutiles análisis, concluye, a diferencia del pensamiento de Walzer, que no existe una igualdad moral entre los soldados, aquella igualdad que lleva a prescribir que los combatientes justos e injustos tienen “un derecho igual a matar”[14]. Admite, el autor que citamos, que existe un derecho de la guerra que diverge con la profunda moralidad de esta misma. Y se pregunta si esos juicios morales solamente tienen un interés académico y ninguna importancia práctica. Él piensa que no, que la moralidad profunda de la guerra es una guía para la conciencia individual. Para el personal militar que debería considerar con sumo cuidado y reflexión si una guerra es justa y si no deben rehusarse a luchar en ella en caso contrario. Si bien reconoce que llevar a cabo estas reflexiones por las jefaturas militares es muy difícil, serían muy efectivas para provocar una apertura mental en los gobernantes a fin de que no se embarquen en guerras de agresión.

Me parece que se puede concluir que existe una brecha entre el jus ad bellum y el jus in bello, en la que es difícil tender un puente sobre fundamentos morales objetivos. Las reglas del derecho internacional vinculadas al jus in bello han sido en general prudenciales[15], por lo que es difícil introducir la moral del pacifismo una vez que las guerras se desatan. Nuevamente podemos sostener que moral y derecho no encuentran siempre un nexo conceptual necesario.

Una cuestión más para terminar mi desarrollo: la intervención humanitaria en el derecho internacional es sin duda un nuevo problema que se replantea en la era de la globalización. Existen nuevos interrogantes como algunos de los que siguen: ¿Que justificación tiene este tipo de intervención, si es que la tiene? ¿Una que es jurídica o de moralidad profunda? Dos versiones se han dado: Una escapa a la exégesis del derecho positivo internacional, buceando en las aguas procelosas de la moral y la otra ateniéndose a ciertas reglas del derecho positivo.

Lo cierto es que para muchos juristas la intervención humanitaria no está permitida por la Carta de las Naciones Unidas en tanto si es necesario el uso de la fuerza, ello solamente sería admitida cuando se dan las condiciones del artículo 51 (legítima defensa) o bajo los términos del Capítulo VII de ella.

Una lectura reciente de la Carta ha ofrecido un significado ampliado, que no significa una interpretación novedosa, sino una lectura ampliada, vinculada al mismo texto. El profesor Franck ha ofrecido esta nueva lectura: “Según la lectura originaria del artículo 2, inciso 4, la Carta prescribía que los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza...” Sin embargo, el texto en su redacción no concluía en esa última palabra, pues continuaba diciendo: “contra la integridad

territorial o independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”

A nadie se le puede escapar, agrego, que el texto de la Carta en su inicio pretende reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de los derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas.

Una lectura no ortodoxa de este artículo ampliaría la posibilidad de que los Estados emprendieran una intervención armada, siempre y cuando no esté en juego en ese ataque vulnerar la integridad territorial, como ser una anexión, conquista etc. O extinguir la independencia política de ese Estado, haciéndolo, por ejemplo, desaparecer como tal. El uso de una fuerza limitada, que no implique una agresión, estaría justificado, cuando ella tenga por finalidad cumplir los propósitos de la Carta. Sin la necesidad de que se den el resto de los mecanismos que la misma Carta prescribe, que en última instancia podrían concluir en el veto de algunos de los países que tienen ese privilegio. Si bien el caso de Kosovo se dieron diversos argumentos, como que la intervención de la Nato fue ilegal pero excusable, o que existía una necesidad moral de intervenir ante el genocidio y limpieza étnica que se estaba produciendo en la ex Yugoslavia, lo cierto es que el argumento más cercano a lo jurídico es el artículo citado. Luego de ello en el 2001, después del denominado 11 de septiembre, la Comisión sobre Intervención y Soberanía de los Estados, identificó seis criterios para intervención militar cuando se propone proteger a seres humanos. Por supuesto no son los suficientemente precisos y abren paso a la discrecionalidad. Ellos son: 1) Autoridad correcta para hacerlo 2) justa causa, 3) intención correcta, 4) último recurso 5) proporción en los medios 6) perspectivas razonables. Si bien estos requisitos son creados por organismos de Naciones Unidas, y no están explicitados en la Carta, son un ejercicio de discrecionalidad que el positivismo jurídico no ignora como teoría. No hay nada aquí que se parezca a descubrir una moral objetiva que conecte a una moral ideal con el derecho. Si esto fuera así, si fuera posible descubrir detrás de cada expresión valorativa que emplean las reglas un hecho moral que indicara su significado objetivo, como lo que presuponen las tesis proclives al realismo moral, también podría decirse, con similar criterio, que la guerra justa o la justa causa, estaría expresada por alguna otra variante, como por ejemplo, la que pensaba Lenin que una guerra era justa, y porqué no lo que ahora se denomina una intervención humanitaria, si sirve al interés del proletariado y asegura a éste la liberación de yugo capitalista. [16]

En un sistema jurídico fundado en reglas, la determinación de las acciones a seguir es al menos más precisa que la que se pretende proveer mediante argumentos morales si estamos dispuestos a respetar la autonomía semántica[17]. La objetividad del derecho es identificable porque ella resulta de acudir a fuentes sociales. Algunos autores pretenden sostener que los argumentos morales si responden a una moral objetiva son igualmente precisos. El problema es que diversos autores que creen en la existencia de una moral objetiva, discrepan sobre cuestiones sustantivas de moralidad. Esas discrepancias ponen a prueba la presunta objetividad de la moral, y lamentablemente en estos casos desde un punto de vista metaético o de segundo orden, estaríamos tentados a pensar que la única objetividad consiste nada más que en la descripción objetiva del estado mental subjetivo de los hablantes que argumentan sobre cuestiones morales. La versión conocida como naturalismo descriptivista de primera persona.

Concretamente las reglas jurídicas son las que confieren precisión y certeza, aunque no absoluta, en el derecho internacional. La moral puede jugar un papel crítico para su cambio o modificación, pero creer que una moral objetiva puede dar objetividad al derecho internacional, es una presunción ilusoria y muchas veces más arbitraria que la de aplicar un derecho considerado injusto o subóptimo.

Para concluir: Este trabajo pretende ser un análisis conceptual del derecho internacional en algunos aspectos, de él nada se infiere sobre su eficacia. Es posible que su grado de eficacia sea el mínimo, y que muchas veces los Estados eludan las obligaciones internacionales que les son exigibles, pero ello no obsta a la validez de las reglas y a su forma de identificación y aplicación. Después de todo el derecho doméstico o nacional padece de los mismos problemas, aunque en menor grado por el alcance de su centralización y el monopolio de la fuerza ejercido por el Estado.

Notas [arriba] -

** Doctor de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Consulto de Teoría General del Derecho y Filosofía del Derecho en la UBA. Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja.*

[1] Walzer, Michael, *Just and Unjust Wars. A Moral Argument With Historical Illustrations*, Third Edition, Basic Books, 2000.

[2] El historiador Saul Friedländer, afirma: “El nazismo, y en particular la visión del mundo de Hitler, consideraba a la historia como un proceso de confrontación entre el bien inmutable y el mal inmutable. El resultado solo podría ser imaginado en términos religiosos: perdición o redención” Cfr. *Nazi Germany and the Jews vol 1. The Years of Persecution, 1933-1939*. Harper Perennial.1998. La traducción del texto me pertenece.

[3] El énfasis es un agregado aclaratorio.

[4] Zolo, Danilo, *La justicia de los vencedores*, Buenos Aires, Edhasa, 2007.

[5] Buchanan, Allen, *Justice, Legitimacy, and Self- Determination. Moral Foundations for International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

[6] Kelsen, Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, El Ateneo, 1965.

[7] *Ibíd.*, p.17

[8] Kelsen admite en su teoría que los incentivos o premios como consecuencias de los predichos fácticos que son los hechos antecedentes que condicionan la consecuencia debida pueden ser consideradas sanciones en un sentido amplio del término. Hemos visto que en las relaciones internacionales se han transmutado premios por castigos a fin de obtener conductas deseadas de determinados Estados que son renuentes en cumplir sus obligaciones internacionales. Por ejemplo, cumplir con las obligaciones de los tratados de no proliferación nuclear.

[9] El concepto de reglas atrincheradas ha sido desarrollado por Frederick Schauer en su obra que en la traducción española se titula: “Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana”, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004

[10] Kamm, Frances, “Symposium on Terrorism, War and Justice. Ethics”, The University of Chicago Press, Volume 114 n° 4 July 2004.

[11] Ibid. p. 651. La traducción del texto es de mi autoría.

[12] Los juicios morales de primer orden son aquellos que realizamos a diario en nuestra vida. Nada garantiza que ellos sean correctos. Un visión de segundo orden se ocuparía de analizar si ellos son correctos o no, o si no existe ningún criterio para determinar su objetividad. El escéptico moral no se rehúsa a realizar juicios morales, sólo afirma que no está en condiciones de probar que sus propios juicios morales, como los de los demás sean aptos para atribuirles la noción de verdad.

[13] Kamm, Frances, “Symposium on Terrorism, War and Justice. Ethics”, The University of Chicago Press, Volume 114 n° 4 July 2004.

[14] Walzer encuadra más sus argumentos morales en las prescripciones del derecho internacional. Así nos dice: Que existen reglas de la guerra (ius in bello) por las cuales los combatientes del bando injusto están autorizados a matar. Aún la guerra de agresión está gobernada por reglas y el combatiente injusto estaría amparado por la legítima defensa, cosa que no ocurre en el ámbito doméstico donde, por ejemplo, el ladrón, no tiene obviamente tal derecho frente a quien se defiende o frente a la autoridad policial.

[15] Por reglas prudenciales se entiende que atienden a los intereses a largo plazo, lo cual no coincide siempre con la moral.

[16] Cfr. Shearer, Ivan, “A Revival of the Just War Theory”, en Michael Schmitt and Jelena Pejic (eds.), *International Law and Armed Conflict. Exploring the Faultlines. Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

[17] Por autonomía semántica del lenguaje de las reglas se entiende, siguiendo a Frederick Schauer, que estas pueden ser seguidas por quienes deben aplicarlas pues portan significados que no son totalmente indeterminados y que no requieren que los significados se adapten al contexto inmediato de aplicación en una situación particular. El significado es acontextual, esto es “literal o “llano” Si el significado difiere del propósito que dio lugar a la regla, corresponde atenerse a su significado y en ello consiste la autonomía semántica.