

Grau en Ciències Polítiques i de l'Administració
Treball de fi de Grau (21686)
Curs acadèmic 2023-2024

GUERRA Y DERECHO COMO CONTRADICCIÓN

Análisis crítico del derecho internacional sobre la guerra

Xavier Pérez Serrano

NIA: 217128

Tutor/a del treball:

Josep Costa Rosselló



Universitat
Pompeu Fabra
Barcelona

DECLARACIÓ D'AUTORIA I ORIGINALITAT

Jo, Xavier Pérez Serrano, certifico que el present treball no ha estat presentat per a l'avaluació de cap altra assignatura, ja sigui en part o en la seva totalitat. Certifico també que el seu contingut és original i que en soc l'únic/a autor/a, no incloent cap material anteriorment publicat o escrit per altres persones llevat d'aquells casos indicats al llarg del text.

Xavier Pérez Serrano
Barcelona 27/04/2024

Resumen

Este trabajo ofrece un análisis crítico del derecho internacional sobre la guerra. Examinando los fundamentos teóricos que sustentan las normativas bélicas, se cuestiona la coherencia de legislar positivamente sobre el derecho a la guerra. A partir del iusnaturalismo kantiano, el análisis se centra en la tensión entre el derecho positivo y el derecho natural, destacando la incoherencia lógica de una legislación fundamentada en la Teoría de la Guerra Justa y exponiendo cómo las normativas actuales sobre el *ius ad bellum* son susceptibles de instrumentalización estatal, favoreciendo la perpetuación de los conflictos en lugar de su resolución. Se propone un enfoque alternativo, sistematizado sobre el derecho natural y que sitúe como objeto de análisis jurídico las acciones tomadas durante un conflicto, desde su independencia e incondicionadas de su causa. Este estudio busca establecer las bases de un marco normativo de naturaleza universalista que minimice su instrumentalización para justificar la guerra, ofreciendo una crítica a las tradiciones establecidas y sugiriendo un nuevo enfoque jurídico para la paz y la justicia en el ámbito internacional.

Palabras clave: Derecho Internacional, Derecho Natural, Guerra, Teoría de la Guerra, *Ius ad Bellum*, *Ius in Bello*.

Índice

1. Introducción	3
2. Marco teórico	5
2.1. Tradiciones teóricas sobre la Guerra	5
2.2. Derecho Internacional	8
3. Metodología	12
4. Análisis	13
4.1. El principio formal del derecho	13
4.2. El principio material del derecho	18
4.3. <i>Ius in bello</i>	21
5. Conclusiones	25
6. Bibliografía	27

1. Introducción

La relación entre el derecho y la guerra ha sido objeto de una extensa reflexión a lo largo de la historia. Desde las primeras formulaciones del concepto de "guerra justa" en la filosofía medieval hasta las modernas interpretaciones del derecho internacional, la comunidad académica y jurídica ha debatido sobre la posibilidad de compatibilizar estos dos fenómenos aparentemente contradictorios.

El presente trabajo aporta una reflexión crítica al cuestionar la posibilidad de legislar positivamente sobre el derecho a la guerra, invitando a repensar los fundamentos mismos del orden jurídico internacional y las bases éticas sobre las que se construyen las normativas bélicas. La propuesta parte de una perspectiva que busca armonizar los principios del derecho natural con las exigencias del derecho positivo con tal de construir un marco de derecho formalmente coherente y universalista, desafiando las tradiciones establecidas y ofreciendo una vía potencial para reducir la instrumentalización del derecho en la justificación de la guerra. Desde el iusnaturalismo kantiano, se expone por qué guerra y derecho son esencialmente incompatibles. La discusión se centra en el aspecto formal del derecho, revisando la tensión entre su principio fundamental y el principio de autoconservación y criticando una legislación internacional fundamentada en la Teoría de la Guerra Justa por su incoherencia lógica.

Desde principios del siglo pasado, se ha venido desarrollando un marco legislativo sobre la guerra fundamentado en la legítima defensa en el marco internacional. Sin embargo, pese al interés de abordar la cuestión, el derecho planteado no ha demostrado consistentemente su utilidad ni fiabilidad. El derecho a iniciar un conflicto, o *ius ad bellum*, ha sido utilizado históricamente para racionalizar y legitimar conflictos bélicos, resultando en un inmenso sufrimiento y una deficiente rendición de cuentas. La argumentación desarrollada explica cómo las incoherencias formales de la regularización del derecho a entrar en conflicto permiten la instrumentalización de este derecho por parte de los estados y cómo estas dinámicas contribuyen a perpetuar los conflictos en lugar de prevenirlos.

Se invita a reflexionar sobre un sistema de derecho que reniegue del concepto de *ius ad bellum* y se enfoque en el *ius in bello*, es decir, en la regulación de las acciones dentro de un conflicto. Siguiendo nuevamente una argumentación derivada del derecho natural, se propone una sistematización para valorar la legalidad de las acciones en un conflicto de manera coherente con un principio jurídico amplio. Para ello, se analizan conceptos como el trato a la ciudadanía propia y a los enemigos, así como las acciones bélicas defensivas y ofensivas, buscando

establecer un marco que permita evaluar la guerra desde la legalidad de sus actos y no de sus causas.

Este trabajo se embarca en una exploración crítica de la relación entre la guerra y el derecho, partiendo de la premisa de que cualquier intento de reconciliar estos dos conceptos debe ser abordado con una rigurosidad analítica que no se vea comprometida por simplificaciones o compromisos morales ambiguos. Se analiza si es posible, desde un punto de vista teórico-jurídico, justificar la guerra bajo el marco del derecho, y si tal justificación pudiera sostenerse sin caer en contradicciones lógicas y normativas. Este estudio se inscribe en el marco de la filosofía del derecho y el derecho internacional, abordando la temática desde una perspectiva crítica y centrandó el análisis en los conceptos *ius ad bellum* e *ius in bello*.

2. Marco teórico

2.1. Tradiciones teóricas sobre la Guerra

Al analizar el concepto de la guerra y las relaciones entre estados nos encontramos ante distintas tradiciones, cada una de ellas con una materialización en derecho distinta. El Realismo, con figuras como Sun Tzu en oriente o Tucídides en el mundo grecolatino, es uno de los principales enfoques desde la antigüedad. En la antítesis real-ideal, la concepción realista significa dirigir la atención, no a lo que los hombres piensan de sí mismos, o se imaginan que son, sino a su comportamiento efectivo (Bobbio, 2004). Esta doctrina es un intento de separar el discurso explicativo (científico) del justificativo (moral), con el fin de allanar el camino hacia el progreso de una ciencia social fundada en evidencia factual (Mosca, 2004). Su principio de análisis se basa en que el criterio rector de las relaciones exteriores de un Estado son sus propios intereses y el mejor servicio de dicho interés sólo es posible acomodándose a las concretas estructuras de poder que rigen entre los Estados (Herrero, 2003). La Teoría Realista define la política internacional como una lucha por el poder en un entorno anárquico (Singer, 1995).

Con esta visión, los autores realistas, sin necesidad de justificarla, comúnmente aceptan la realidad de la Guerra como un recurso más en el contexto internacional. La Guerra es la continuación de la política (Von Clausewitz, 1977). El poder es la guerra, es la guerra proseguida por otros medios y el papel del poder político sería reinscribir perpetuamente esa relación de fuerza, por medio de una guerra silenciosa (Foucault, 2002).

El realismo rechaza comparar las aspiraciones morales de una nación particular con las leyes éticas que rigen el universo (Morgenthau, 1973). Aun así, desde el punto de vista metodológico, la antropología negativa o la concepción conflictivista de lo político no son elementos esenciales del Realismo. Esto quiere decir que, por lo menos en principio, el Realismo puede ser compatible con una imagen no-negativa del ser humano, por ejemplo, como sujeto moral capaz de generar una comunicación racional para formar acuerdos con pretensiones universales de justicia (Cabrera, 2014). Para el realismo, el derecho tiene una función civilizadora y domesticadora.

Por el contrario, si analizamos el concepto de la Guerra desde una perspectiva moral o ética, nos encontramos con la Teoría de la Guerra Justa. Esta parte de varias corrientes de pensamiento que se pueden denominar belicismo relativo en tanto aceptaría la participación de los Estados en una guerra por razones de legítima defensa, la reparación de un agravio, la reclamación de un derecho o la prevención de un ataque (Ruiz Miguel, 1988).

En Europa, esta tradición nace del ideario cristiano, que tiene en cuenta dos interrogantes: ¿Cuándo se puede justificar el uso de la fuerza? (“*ius ad bellum*”) y ¿Cuáles son los principios que deben guiar el uso de la fuerza? (“*ius in bello*”). Para discernir la guerra justa de la injusta, se acude a la noción de derecho natural, que prescribe la conservación de la vida y legitima a hacer todo lo que esté a su alcance para preservar su existencia, incluso a utilizar la fuerza (Bobbio, 1997). En tanto el derecho natural es una doctrina que defiende la existencia de derechos fundamentados en la naturaleza humana y, por lo tanto, universales, el principio de conservación de dichos derechos legitima el conflicto cuando estos se ven vulnerados.

Cicerón argumenta que las guerras legítimas deben ser abiertamente declaradas, tener una causa, refiriéndose al concepto *ius ad bellum*, y desarrollarse de manera justa, *ius in bello* (Ruiz, 2004). Agustín de Hipona en *Ciudad de Dios*, asume que la guerra no se justifica más que en la medida en que sea el único medio de reparar una injuria, cuyo autor se niegue a repararla, apelando así a la legítima defensa (Truyol y Serra, 1998). Posteriormente, Tomás de Aquino con *Summa Theológica*, desarrolla los criterios para declarar la guerra: causa justa, autoridad suprema y recta intención (Aquino, 1947).

En el siglo XVI, Francisco de Vitoria añade a la tradición dos motivos legitimadores más, el vengar o castigar una injuria y el procurar la paz y la seguridad (Vitoria, 1998), lo daría pie a una legitimación de la guerra preventiva. Sobre el *ius in bello*, Vitoria comenta que no está permitido el ataque a inocentes con intención directa, ya que la injuria nunca procede de estos. Sin embargo, en tanto sí está permitido hacer todo lo que sea necesario para la defensa del bien público, la integridad de los inocentes sí puede estar legítimamente vulnerada en caso de ser provocada de manera colateral por una acción de causa justa.

En la modernidad, Walzer analiza el tema de la agresión, prestando particular interés al análisis que hace del llamado "ataque anticipado" que da lugar a la guerra preventiva, o la denominada intervención armada como respuesta a la intervención previa e injusta de otro país; o a la intervención por razones de carácter humanitario (Walzer, 2001). El autor defiende las intervenciones unilaterales cuando los crímenes que se están cometiendo en el país agredido suponen una conmoción para la conciencia moral de la humanidad.

Encontramos finalmente la tradición del Pacifismo Absoluto, donde en ningún caso las condiciones empíricas sirven de causa legítima para el conflicto. Por ejemplo, Rousseau no ve en la guerra una condición natural al hombre, sino que esta surgió cuando el estado de naturaleza fue sustituido por el estado civil, que constituye la segunda etapa del desarrollo de la humanidad

y es previa al contrato social que instauraría el estado civil internacional (Truyol, 1979). El contrato social establece ciertamente una zona de paz civil dentro del respectivo Estado, pero deja inalterado el pluralismo de poderes soberanos y, por consiguiente, subsiste la situación de guerra latente entre los Estados. Ello implica un nuevo contrato social al nivel de las sociedades políticas, que significaría para ellas salir del estado de naturaleza internacional (Rousseau, 1999).

Kant, en consonancia con Hobbes, sí considera que la lucha tiene raíces en la naturaleza humana. La paz no es lo natural entre los hombres, sino una conquista de su voluntad consciente. Pues «la razón práctico-moral formula en nosotros su veto irrevocable: no debe haber guerra» (Kant, 1998). La misma exigencia racional del imperativo categórico que obliga a los individuos a asociarse en el Estado, les obliga también a superar el estado de naturaleza que impera entre los Estados y constituir una unión de Estados. Kant parte del principio fundamental de que la resolución del problema de alcanzar la paz no se trata simplemente de una cuestión técnica que pueda ser resuelta mediante principios prudentes. La Paz Perpetua se percibe, sobre todo, como un problema moral, y la razón práctica establece al respecto un mandato categórico: "el estado de paz debe ser instaurado" (Geismann, 1983)

Kant, a diferencia de Rousseau, trata de instaurar un espacio de normatividad moral para justificar la idea de una alianza de paz global y cosmopolita. Sin embargo, se apoya en la idea del contrato original para referirse a la voluntad de un grupo de personas en una colectividad política, una voluntad unida que provee de dignidad a la comunidad. Es por ello por lo que la razón práctica prohíbe tratarla como mera mercancía.

2.2. Derecho Internacional

Grocio, quien, al igual que Tomás de Aquino, identifica las tres causas justas de la guerra: "defensa, recuperación de las cosas y castigo" (Grocio, 1925), ofrece una exposición del llamado Derecho de Gentes, que será el precursor del Derecho Internacional Positivo de hoy e introduce el principio de arbitraje, elemento central en la reflexión sobre este derecho.

A principios del siglo XX, la facultad de los Estados para iniciar guerras unilateralmente comenzó a ser restringida por el derecho internacional. En 1919 se creó el Pacto de la Sociedad de Naciones, donde los países miembros se comprometieron a resolver sus disputas de manera pacífica y a recurrir a la guerra solo como último recurso. Más tarde, en 1929, numerosos Estados firmaron el Tratado de Renuncia a la Guerra, también conocido como Briand-Kellog.

Hans Kelsen aborda dos interpretaciones clásicas de la guerra: la primera que sostiene que, en el ámbito del Derecho Internacional, la guerra no sería ni sanción ni delito, y la segunda que, considerándola un delito, la justificaría en ciertas circunstancias, en lo que se conoce como la Teoría de la Guerra Justa (Kelsen, 1996). Lo destacado de la postura de Kelsen es su intento de demostrar cómo la Teoría de la Guerra Justa ha sido una base fundamental, e incluso hasta el día de hoy, del Derecho Internacional Positivo. Según Kelsen, las guerras son consecuencia, principalmente de la descentralización del orden internacional. Para él, la principal razón detrás de la guerra es la falta de una autoridad centralizada que controle la aplicación de las normas legales internacionales y las sanciones correspondientes (Bravo, 2009).

Las propuestas de Kelsen son, fundamentalmente, tres: una reivindicación de la doctrina de la guerra justa para justificar la prohibición de la guerra de agresión como contenido de una norma de derecho internacional general; la exigencia de responsabilidad individual por crímenes de guerra; y, por encima de todo, la creación de una organización mundial para el mantenimiento de la paz cuyo órgano central lo constituya un tribunal internacional dotado de jurisdicción obligatoria (Bravo, 2009).

El derecho de un estado a declarar la guerra está ahora sujeto a la aprobación de la Organización de las Naciones Unidas y, en particular, el Consejo de Seguridad. El artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas (1945) establece una prohibición general del uso de la fuerza. Esta disposición impide la declaración de guerra, independientemente de su motivo o consecuencia, ya sea para la conquista territorial, la solución de disputas o en respuesta a una provocación. Esta prohibición es considerada una norma del derecho internacional consuetudinario, y todos los Estados miembros de la ONU están obligados a respetar este

principio. La Carta sólo contempla dos excepciones a esta regla general: 1. La legítima defensa en caso de un ataque armado (Art. 51) y 2. La acción coercitiva decidida por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Cap. VII).

Algunos autores han interpretado esta legislación como un nuevo elemento de la Guerra Justa, el *ius contra bellum*, o el derecho contra la guerra (Bobbio, Matteucci, Pasquino, 1988). Con la aparición del *ius contra bellum* se estableció la premisa de que cualquier conflicto bélico que no fuera de naturaleza defensiva debía ser catalogado como una agresión a nivel internacional.

Ferrajoli resalta la importancia del cambio en el Derecho Internacional tras la creación de la Carta de la ONU, que ha llegado a considerar la guerra como inaceptable debido a su ilegalidad (Ferrajoli, 2004). En lugar de centrarse en la injusticia de la guerra, se enfoca en su carácter ilegal. Es entonces un enfoque desde el Pacifismo Jurídico kelseniano, donde la justicia de la guerra se determina en función no de su legitimidad moral sino de su legalidad. Como se ha comentado, se reconoce únicamente la guerra defensiva, entendida como legítima defensa ante un ataque, y solo hasta que el Consejo de Seguridad tome medidas para mantener la paz.

Sin embargo, en tanto el derecho internacional sobre la guerra se basa en los conceptos metajurídicos de la Teoría de la Guerra Justa, la legislación resultante es del tipo interpretable en su aplicación. El análisis de la causa, *ius ad bellum*, tiene un peso jurídico importante, pues en base a ello se determina la legalidad de la guerra, lo que le convierte en objeto de instrumentalización por parte de los estados. Ferrajoli critica que la ONU al autorizar distintos conflictos, como la guerra contra Irak, traiciona así su razón de ser (Ferrajoli, 2004), ya que, para él, la ONU carece de sentido si en lugar de resolver conflictos pacíficamente, contribuye a su escalada hacia el conflicto armado.

Según Ferrajoli, la llamada Teoría de la Guerra Justa reaparece para legitimar, bajo el disfraz de la moralidad, la agresión de naciones poderosas sobre otras, sin importar la falta de regulaciones legales y límites para los grandes poderes transnacionales (Ferrajoli, 2004). Según el autor, es cada vez más claro el debilitamiento de las soberanías democráticas internas, debido no solo a los efectos de la globalización en sus diversas formas, sino también a la presencia de poderes imperiales que, de manera asimétrica, ignoran las decisiones internas de las naciones o de los organismos internacionales encargados de velar por los acuerdos.

Basándonos en lo que se ha mencionado sobre la doctrina de la Guerra Justa, se puede argumentar que un ataque armado puede ser considerado como una causa legítima para iniciar una guerra, especialmente si se trata de una guerra defensiva respaldada por la legitimidad y la

ley natural de la autoconservación. Sin embargo, cuando la autorización para esa guerra recae en el Consejo de Seguridad, surge la pregunta de si este órgano puede ser realmente una autoridad legítima para el Estado. Según los principios de la doctrina de la Guerra Justa que comentaba Aquino, una autoridad legítima debe tener tanto legitimidad de origen como de ejercicio, punto que ha sido objeto de debate debido a la estructura asimétrica del Consejo de Seguridad, donde cinco miembros permanentes se autoproclamaron después de la Segunda Guerra Mundial y poseen, además, el poder de veto. La propuesta de Ferrajoli consiste en abrir un espacio de debate para una política orientada no solo a la defensa de la ONU, sino también a la mejora de su estructura para facilitar el establecimiento de un Estado de derecho internacional.

Oponiéndonos a la tesis kelseniana, y como se desarrolla en los siguientes apartados, se argumenta sobre la incompatibilidad entre el derecho y la guerra. Para Kant, el derecho de gentes, precursor del derecho internacional, supone un desarrollo de la razón práctica a la hora de salir del “estado de naturaleza internacional” (Kant, 1946). Para el autor, los elementos sobre el derecho de gentes, define sus elementos consisten en cuatro tesis fundamentales: i) los Estados se encuentran por naturaleza en un estado no jurídico; ii) dicho estado, o el estado de naturaleza, es un estado de guerra y los Estados están obligados a salir de él; iii) los Estados deben formar una liga de naciones para evitar conflictos con otros Estados; iv) esta liga de naciones es una alianza defensiva y no implica la formación de un poder soberano (Kant, 1998). Por lo tanto, el ideal internacional kantiano es aquél en el que los Estados han formado libremente una federación en la que impere la ley.

Kant sostiene que, según los principios del derecho de gentes, no existe tal cosa como una guerra justa (Kant, 1998). Primero, porque la justicia es incompatible con el uso unilateral de la fuerza y la violencia, y segundo, porque en el estado de naturaleza cada individuo es juez en su propia causa. Kant argumenta que el derecho a la guerra es inconcebible, ya que implicaría el derecho a determinar unilateralmente la máxima de una acción mediante el uso de la fuerza, lo cual contradice la noción misma de derecho. Según Kant, una acción o su máxima deben ser compatibles con la libertad de los demás según leyes universales externas. En resumen, para Kant, actuar según las leyes naturales o jurídico-morales y permanecer en el estado de naturaleza son dos hechos conceptualmente incompatibles (Santiago, & Oropeza, 2004).

En esencia, la propuesta de Ferrajoli implica la realización de lo que Kant había anticipado en su ensayo "*Sobre la paz perpetua*": una democracia cosmopolita que garantice un nuevo orden

internacional, no vertical, sino horizontal, que maximice la autonomía de los pueblos y que confíe exclusivamente a la ONU funciones esenciales para las dinámicas mundiales, como el uso legítimo de la fuerza cuando sea necesario o la implementación de políticas de desarrollo y distribución de recursos con un enfoque claro en el respeto de los derechos básicos y fundamentales.

3. Metodología

En el ordenamiento internacional, no se prohíben todas las guerras, sino solo aquellas que constituyen agresión. Esto significa que se condena la guerra iniciada por un Estado que comete el primer acto hostil de fuerza, pero no la guerra emprendida por un Estado en defensa propia. La revisión de la legalidad de una guerra se basa entonces en el reconocimiento de su causa, fundamentalmente, en discernir si la guerra es motivada por el principio de autoconservación. Desde la perspectiva del derecho internacional, fundamentado este en la Teoría de la Guerra Justa, la guerra es considerada o como un delito o como una sanción, es decir, puede ser o una reacción a una violación del derecho internacional o una violación directa del mismo.

En el primer apartado del análisis se hace una crítica desde una perspectiva formal del derecho a la cuestión del *ius ad bellum*, demostrando la incompatibilidad entre la Guerra y el Derecho siguiendo una línea argumentativa derivada del derecho natural. La legitimidad moral para justificar los conflictos bélicos en base al principio de autoconservación nace efectivamente del derecho natural, sin embargo, se argumenta que su materialización en un derecho positivo donde se acepte el derecho a la guerra entra en conflicto, siguiendo la línea kantiana, con una idea más amplia y formal del derecho.

Habiendo entendido la incompatibilidad entre guerra y derecho, en el segundo bloque se profundiza en la problemática material que tiene el derecho internacional sobre la guerra, por su fundamentación no pre-empírica, a la hora de reducir el número de conflictos bélicos en el mundo actual. Se sigue la línea argumentativa de Ferrajoli para explicar las consecuencias que tiene la regularización del derecho a entrar en conflicto, la instrumentalización de este derecho por parte de los estados y la incapacidad que se tiene para juzgar debidamente la causa de la guerra.

En el tercer y último bloque de análisis se plantea un marco de derecho que reniega del concepto del *ius ad bellum* mientras que profundiza en el *ius in bello*. Siguiendo de nuevo una argumentación lógica derivada del derecho natural, se pretende sistematizar la valoración de la legalidad de las acciones bélicas para que pueda sostenerse bajo un principio de derecho amplio. Para ello se revisan conceptos varios como el trato a la ciudadanía propia y a los enemigos y acciones bélicas defensivas y ofensivas.

4. Análisis

4.1. El principio formal del derecho

En primer lugar, la Guerra Justa tiene un problema de carácter ontológico. Es cuestionable si una guerra puede ser verdaderamente justa dada su esencia. La guerra implica la pérdida de vidas inocentes y la destrucción de comunidades y recursos, por lo que, aun con la hipótesis de que una guerra sea promovida por una causa justa, es discutible el poder hablar de una guerra fenomenológicamente justa conociendo la naturaleza destructiva de la misma.

En el análisis de la Teoría de la Guerra Justa se abstrae la fenomenología de la guerra, y la valoración de su licitud se centra, principalmente, en el estudio de su causa. Podríamos considerar este estadio del análisis en términos de su utilidad, por lo que puede llegar a ser justificable su deriva formal hacia el derecho, como aboga la línea kelseniana (Kelsen, 2020), en términos del principio material del derecho. Y, aunque esta argumentación es refutada en el próximo apartado, antes se analiza la compatibilidad del principio formal del derecho con la guerra.

El principio formal del derecho se refiere al procedimiento racional demostrativo, ajeno a las condiciones empíricas, que da forma al derecho. Este tiene una necesidad incondicionada según el imperativo categórico kantiano (Kant, 1946), es decir, que solo desde sus máximas se puede hablar del principio material, refiriéndose este a los fines sustantivos que las normas jurídicas buscan alcanzar. Para que las leyes morales mantengan su carácter universal, lo que las hace "correctas" no pueden determinarse según lo que resulte beneficioso sino únicamente en su conformidad con el principio de la racionalidad en sí mismo, un principio de validez objetiva (Gregor, 1993).

Si bien el marco kelseniano de derecho internacional actual defiende que la justicia de una guerra viene determinada en función no de su legitimidad moral sino de su legalidad, la línea kantiana parte de que la idea misma de la guerra es formalmente incompatible con el derecho. Evaluar dicha compatibilidad es complejo, por lo que, por simplificación, y teniendo en cuenta que la Teoría de la Guerra Justa que fundamenta el derecho internacional positivo parte del derecho natural de autoconservación, el análisis que ahora seguirá se centrará en una revisión lógica del derecho natural.

La fuente del derecho es un tema debatido en la teoría jurídica. La línea iusnaturalista kantiana sostiene que el derecho se fundamenta en el derecho natural, o sea, que existen principios

universales y eternos que subyacen a todas las leyes humanas (Tomassini 2018). El derecho natural moderno se presenta como una construcción racional y, para ser considerado una ciencia, debe seguir un método racional demostrativo, por lo que se requiere de un solo principio del cual se puedan derivar todos los deberes y derechos. Este principio, a su vez, debe cumplir con ciertas características: i) debe ser universal, ya que de él se derivan las reglas y preceptos del derecho natural; ii) debe ser específico del derecho natural y generar normas que pertenezcan únicamente a esta disciplina filosófica particular; iii) debe ser supremo, previo y primario, pues es la fuente normativa de las leyes naturales y al que se subordinan los demás principios, preceptos y reglas; y iv) debe ser apropiado: todo el sistema de derecho natural debe derivar de él sin necesidad de recurrir a otras reglas (Scattola, 2003). Según Höffe, el derecho natural innato es "un derecho estrictamente pre-empírico e inmutablemente válido y, por tanto, un derecho de la razón pura; es un principio de la razón pura práctica-jurídica y también un principio jurídico moral" (Höffe, 2010)

Asimismo, el iusnaturalismo moderno suele estar ligado a una teoría del contrato social, en la que se parte de un estado de naturaleza donde, debido a la igualdad y libertad originales, no hay una forma racional de resolver disputas legales. Para salir de este estado, debe haber un acto voluntario de los seres humanos en forma de pacto o contrato que establezca la soberanía estatal, por lo que el orden político se ve como un resultado exclusivo de la razón práctica. Con la creación de los estados, el concepto de guerra entre estados se enmarca en un estado de naturaleza internacional, en el que, según el imperativo categórico kantiano, los estados tienen el deber de salir de él y constituirse en una unión de estados, o sea, un proceso de republicanización (Kant, 1998). Si el derecho natural es la base filosófica-jurídica de ambos procesos legislativos teóricos, el derecho que de ellos se materializa se fundamenta en los mismos principios universales.

Siguiendo la línea de Schmalz, el enfoque científico adecuado para abordar la filosofía del derecho natural consiste en examinar el concepto de libertad. A partir de este análisis, se puede establecer, en primer lugar, el principio de la moralidad, del cual se deriva luego el principio del derecho natural (Von Schmalz, 1792). Según Schmalz, la libertad se define como la capacidad de ser la causa primaria de las acciones, independientemente de las sensaciones, lo que implica que el principio fundamental del derecho es considerar a los seres racionales absolutamente como fines en sí mismos, es decir, derecho a la autodeterminación. En consecuencia, una ley que obligue a utilizar a otros seres libres como medios implicaría que esos seres libres sean determinados desde fuera, lo cual sería moralmente inaceptable.

Estos preceptos son fundamentales para argumentar la incompatibilidad de la guerra con el derecho. En las concepciones modernas del *ius naturae*, la ley natural que rige a nivel intraestatal y la que rige a nivel interestatal es la misma. Su origen es también único, es decir, la razón humana. En consecuencia, el contenido del derecho natural intraestatal y del derecho internacional no difiere, sino que la diferencia entre ambos radica en el ámbito de su aplicación. Si partimos de que el principio original del derecho es la consideración del individuo como fin absoluto, este principio no se erige como consecuencia de la unión civil, es decir, es un principio fundamental intrínseco al individuo y presente en el estado de la naturaleza. Por lo tanto, es un principio independiente del contexto en el que se encuentre el individuo.

Como se ha comentado, para que el derecho pueda considerarse ciencia, debe construirse sobre una coherencia lógica de sus términos; no puede contradecirse a sí mismo. Teniendo esto en cuenta, podemos superar la abstracción de la cuestión de la compatibilidad de la guerra y el derecho bajo la pregunta, ¿contradice la idea de la Guerra los principios del propio derecho en el que se legisla sobre ella?

La pregunta puede acotarse más si entendemos que las exigencias del derecho natural, del que se construye el derecho estatal, aplican también para el derecho internacional. La pérdida de poder de los estados en un mundo de regulación internacional puede ser justificable, de hecho, podemos verlo como una cesión libre de poderes cuya decisión, en el caso de las democracias, es tomada por las personas que forman los mismos estados. De tal modo, estos estados, de manera libre, ceden parte de su libertad y, consecuentemente, de su soberanía, a razón de abandonar el contexto de anarquía internacional. Aun con todo esto, el derecho que nace de esta libre cesión de soberanía estatal tiene el mismo principio original que el derecho intraestatal, por lo que no puede contradecir en materia ni en forma a este. Como se ha comentado, todo el derecho debe partir de las máximas de su principio formal. Por lo tanto, la pregunta acotada es, ¿la idea de la Guerra respeta la consideración absoluta de que todos los individuos racionales son fines en sí mismo?

Podemos responder de manera negativa rápidamente si tenemos en cuenta la fenomenología de la Guerra. En el momento en que un individuo que no ha participado en la toma de la decisión de la acción bélica incurrida percibe algún daño, esta acción no puede ser considerada legal, pues de hacerlo estaríamos permitiendo que este individuo formalmente libre sea determinado desde fuera de él y se estaría violando el principio de la consideración del individuo como fin.

Pero, aun si hubiese una guerra cuyas consecuencias materiales no entrasen en conflicto con el derecho, el mismo aspecto formal de la guerra sí lo haría.

Podemos definir la guerra entre estados como la imposición unilateral de una voluntad propia a un estado ajeno por medio de la fuerza o, según el artículo 2 de la Carta de la ONU (1945), como la amenaza o uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado. Kant sostiene que el derecho a la guerra es inconcebible, pues implicaría el derecho a determinar unilateralmente la máxima de una acción mediante el uso de la fuerza, lo cual contradice la noción misma de derecho (Kant, 1946). Sin embargo, en la Teoría de la Guerra Justa se justifica la licitud de una guerra en base al principio de autoconservación, que es universal e intrínseco al individuo pues se deriva del principio fundamental de autodeterminación y de su derecho a proteger dicha condición. Del mismo modo que este principio rige para los individuos para preservarse respecto a otros, tiene la misma aplicabilidad para los estados. Según la tradición realista, el derecho internacional no nace de la voluntad de crear una comunidad internacional, sino de la necesidad de los Estados de proteger su propia existencia. Por este motivo, la autoconservación establece el límite de cualquier tratado internacional, ya que ninguno puede pretender violar la existencia o soberanía de un Estado (Heller, 1965).

Ahora bien, si analizamos el derecho en su amplitud, no debemos contemplar a los Estados como unidades indivisibles. Se ha definido la construcción del Estado civil como el acto voluntario de los seres humanos en forma de pacto o contrato para establecer la soberanía estatal con tal de regular las interacciones de los conciudadanos. El estado nace de la voluntad abstracta de una comunidad para autogobernarse, es decir, de la voluntad de sus ciudadanos de determinarse desde ellos mismos. Consecuentemente, el principio de autoconservación rige también como derecho y obligación de los estados, pues defender su soberanía es conservar la voluntad de autodeterminación de sus ciudadanos. El principio de autoconservación es entonces fundamental para una comunidad y sus relaciones, sin embargo, para que el derecho que de este se derive se sostenga bajo el sistema planteado, debe respetar las máximas del principio fundamental del derecho natural. Y, según su definición, la idea de Guerra implica coartar la soberanía ajena, es decir, coartar la libertad de decisión del conjunto de individuos libres e imponerles una determinación desde fuera de su soberanía, o sea, desde un estado no fundamentado en la voluntad de autogobierno de los individuos a quienes está determinando. Bajo la razón pura, sea cual sea la naturaleza del conflicto, va a contradecir el principio original del derecho natural.

Lo importante es que esta incoherencia se da también para las guerras defensivas, actualmente legales. En el tercer apartado del análisis se explica por qué si un estado contrae acciones no estrictamente defensivas, aunque formen parte de una guerra denominada defensiva según un análisis moral, vulneraría el principio fundamental del derecho.

Si queremos un marco de derecho universalista para que sea formalmente respetado por la comunidad internacional, debe fundamentarse en principios pre-empíricos, es decir, debe partir del derecho natural. Como se ha revisado en este apartado, la idea de la Guerra contradice los principios del derecho natural por lo que, en el caso de legislar positivamente sobre el concepto *ius ad bellum*, entraríamos en una incoherencia lógica entre el derecho natural e intraestatal y el derecho interestatal. Tener un derecho internacional sólido significa, por lo tanto, abandonar la voluntad de valorar la legalidad de los conflictos armados. Por su naturaleza formal y material, estos deben ser revisados desde su carácter excepcional y ajeno al derecho y, desde su ilegalidad.

Únicamente de este modo el derecho internacional no violaría el principio formal del derecho, pues no se estaría permitiendo que ningún individuo fuera determinado desde fuera de él. Además, en el momento en el que ninguna guerra pudiera justificarse en términos de su legalidad, no se podría darse una instrumentalización arbitraria del derecho por parte de los estados, como se analiza en el siguiente apartado. Aquellos involucrados en acciones bélicas, no podrían justificarlas jurídicamente ni ser exentos así de una rendición de cuentas apropiada.

4.2. El principio material del derecho

Como se ha demostrado en el apartado anterior, la Guerra contradice formalmente el principio fundamental de autodeterminación del derecho natural, pues su naturaleza es incompatible con el respeto de la soberanía ajena. Si el principio fundamental no es de naturaleza incondicionada, como ocurre al legislar sobre el concepto *ius ad bellum*, el derecho resultante entra en contradicción con sus términos formales.

En la doctrina jurídica kantiana, que se interpreta como una teoría del derecho natural (Tomassini 2018), el derecho se fundamenta en principios a priori. Estos principios son reglas de la razón pura práctica aplicadas al comportamiento jurídico. Bajo estas condiciones, la teoría del derecho natural, derivada de una teoría normativa de la acción, se convierte en una teoría normativa legislativa (Dreier, 2007), es decir, una teoría que establece principios normativos para toda legislación positiva. La contradicción que encontramos en el derecho internacional resulta, entonces, del desuso de la razón pura-práctica.

Desde una perspectiva realista, en tanto los estados son quienes actúan en el entorno internacional y a su vez son quienes legislan sobre el concepto de la guerra, su soberanía es aquello que protegen. Dada la norma positiva de autoconservación, si el derecho tiene como presupuesto al Estado, estos no pueden cumplir una norma que lesiona su propia existencia. Un derecho internacional permisivo sobre la guerra únicamente puede explicarse como resultado de la defensa de la soberanía estatal e, incluso, el principio de autoconservación se pone al servicio de los estados para violar el derecho internacional (Heller, 1965).

Un derecho articulado de este modo conlleva una serie de problemáticas. Sin una legislación lo suficientemente compleja y formalmente coherente en base a los principios del derecho natural, nos encontramos ante la imposibilidad de alcanzar un consenso universal sobre lo que constituye justicia en el contexto de la guerra. En tanto el principio fundamental de autodeterminación abandona su naturaleza incondicional, el principio material del derecho deja de depender de las condiciones empíricas del fin fundamental perseguido, (Kant, 1946). El conocimiento empírico se convierte en el fundamento del derecho y, por lo tanto, este es incapaz de la universalidad de una regla. Aun si pudiésemos derivar de una base ontológica determinada un marco de derecho positivo coherente sobre la Guerra, lo cual ya se ha refutado en el apartado anterior, este necesitaría de una homogeneidad en la interpretación y aceptación universal de los términos éticos asociados, lo que es imposible. Por ejemplo, aunque Walzer considera que la guerra no puede desvincularse del contexto en el que se desarrolla y se le confiere significado;

la gente es quien decide lo que la guerra es, y es ella misma quien le pone límites (Marín, 2005). A la hora de juzgar la causa y el desarrollo de un conflicto nos encontramos ante un problema epistemológico.

La protección internacional de la soberanía estatal y la imposibilidad de juzgar un fenómeno como la Guerra de manera universalista, resulta en una legislación que se constituye de una serie de tratados de mínimos cuyos términos son vagos y poco específicos. Por lo tanto, nos encontramos con un derecho internacional que pretende determinar la legalidad de los conflictos bélicos entre estados, y por tanto su aceptación en el mundo, que es laxo e interpretable al basarse en conceptos metajurídicos abstractos, como la legítima defensa o el carácter de prevención.

Si contextualizamos este fenómeno a la realidad internacional donde el poder político y militar se reparte asimétricamente entre las naciones y donde la existencia de bloques ideológico-culturales explica la fuerte importancia de la narrativa moral, es de entender que una legislación de este tipo tenga fuerza a la hora de justificar jurídica y, en consecuencia, moralmente las acciones bélicas. Si una acción bélica determinada consigue ser justificada bajo una narrativa que sitúe su causalidad en una ofensa recibida, es decir, que bajo la Teoría de la Guerra Justa sea una acción moralmente justificable, esta adquirirá un carácter legal, beneficiando así a dicho estado en una rendición de cuentas y, consecuentemente, será mejor visto por la comunidad internacional. Por esta razón comenta Ferrajoli que un tipo de legislación basada en un tratamiento positivo del *ius ad bellum* fundamentado en la Teoría de la Guerra Justa permite justificar jurídicamente la agresión entre naciones bajo el disfraz de la moralidad (Ferrajoli, 2004). Vemos entonces que este intento de Pacifismo Jurídico, o *ius contra bellum*, se instrumentaliza en el momento en que los estados necesitan dar una justificación jurídica a sus acciones, refutando así la tesis kelseniana.

Un enfoque del derecho internacional no fundamentado en el principio formal sino dependiente de las condiciones empíricas es poco práctico en una realidad de descentralización asimétrica del poder, caracterizada así por Kelsen (Kelsen, 2020), donde ciertas potencias tienen una alta probabilidad de instrumentalizar el derecho internacional. Esto puede problematizarse en la operativa de la Corte Penal Internacional, órgano cuya jurisdicción se centra en el concepto metajurídico del *ius in bello*, pero encontramos una mayor tensión en la toma de decisiones alrededor del concepto *ius ad bellum*, pues no existe otro órgano más allá del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con esta autoridad. Este órgano no solo no es independiente,

sino que, precisamente, está formado por los propios estados y, los 5 de ellos que resultan ser los principales polos de poder económico y militar se constituyen como miembros permanentes con derecho a veto. Para que un derecho como el existente pudiese justificarse por sus resultados, debería darse, como dice Kelsen, una centralización vertical del poder (Bravo, 2009). Por lo tanto, nos encontramos ante un derecho internacional formalmente incoherente y bajo la inexistencia de un árbitro competente para ejecutar sus funciones de manera imparcial, lo cual ya fue identificado como necesidad por Grocio (Grocio 1925).

El fin último del principio material del derecho planteado en este trabajo es el de reducir en número e impacto los conflictos bélicos. Como se ha argumentado, la legislación actual no garantiza que, efectivamente, se reduzca el recurso de la Guerra, sino que da pie a una justificación de ella no solo moral sino también jurídica. Bajo el marco de derecho desarrollado en base al principio fundamental del derecho natural presentado en el apartado anterior, no se podría valorar la legalidad de un conflicto, sino que únicamente podría ser analizado desde su condición de ilegalidad. El principio material del derecho estaría condicionado al principio formal, desarrollado desde la razón práctica en base al imperativo categórico “no debe haber guerra”. Por lo tanto, el análisis de la licitud de un conflicto volvería al marco de la moralidad, ajeno al derecho. Guerra y Derecho son incompatibles.

La Guerra es de una naturaleza tan excepcional que se desarrolla fuera del derecho. Por lo tanto, en un análisis moral enmarcado en la Teoría de la Guerra Justa, la licitud de una guerra dependerá de sus condiciones empíricas, pero la respuesta jurídica debe ser independiente a este análisis moral. Establecemos aquí una distinción entre la moral y el derecho, rompiendo en este caso con la tradición kantiana. La guerra, que por naturaleza rompe con el principio formal del derecho, será justa si, aun asumiendo las consecuencias legales correspondientes, mantiene una condición de necesidad moral, aunque el análisis de dicha condición queda fuera del alcance de este trabajo.

4.3. Ius in bello

En los apartados anteriores se ha demostrado tanto la incoherencia formal como los perjuicios materiales de una legislación positiva sobre el concepto *ius ad bellum*, lo que invita a abandonar la idea de valorar la legalidad de un conflicto en base a su causa. Esto no conduce, sin embargo, a un análisis clausewitziano de la guerra, donde se la considera como un acto de fuerza a la cual no se le pueden imponer límites (Von Clausewitz, 1999). El imperativo kantiano “no debe haber guerra” es categórico en tanto su contenido puede determinarse a priori; la universalidad de esta regla se debe al procedimiento con el que se llega a ella y, como razón práctica, precisa del reconocimiento de los imperativos del derecho natural o, como nosotros diríamos, de los derechos humanos (Brandt, 2001). El derecho innato natural es pre-empírico, un derecho de la razón pura, y un principio jurídico moral positivo, por lo que ofrece un criterio para una declaración positiva de los derechos humanos (Höffe, 2010). Por lo tanto, el principio material de un derecho positivo fundamentado en el derecho natural debe ser el de la defensa de los derechos humanos.

Para el alcance de este trabajo, esto significa que, aunque abandonemos la idea de legislar sobre el concepto *ius ad bellum*, sí debemos legislar sobre el *ius in bello*. Es decir, que aun analizando jurídicamente un conflicto estrictamente desde su condición de ilegalidad, las acciones que en él se tomen se deben analizar desde su independencia, pues su legalidad no será condicionada por la causa de dicho conflicto. Esto choca frontalmente con la posición de Vitoria, pues, para él, aun siendo moralmente injustificable el daño intencionado a inocentes esto sí será justificable en el caso que sea consecuencia inintencionada de una acción con causa justa (Vitoria, 1998).

Aparece entonces la necesidad de elaborar una legislación mucho más compleja sobre el concepto del *ius in bello*. Si bien la Corte Penal Internacional es el órgano con poderes que juzga sobre este concepto, y ciertamente hay una detallada lista de los que son considerados crímenes de guerra, vale la pena sistematizar un marco racional que demuestre una coherencia lógica con los términos ya planteados. Por lo tanto, simplificando, las acciones bélicas que se consideren legales deben respetar las máximas del principio formal de considerar a los individuos racionales como fines en sí mismos. Para hacer el análisis podemos categorizar las distintas tipologías de acciones por: el trato la ciudadanía propia y a los enemigos y las acciones bélicas defensivas y ofensivas.

Como se ha comentado, el principio de autoconservación se deriva del principio fundamental de autodeterminación y del derecho a proteger dicha condición. En tanto el estado, según el contractualismo iusnaturalista, aparece como solución para escapar del estado de naturaleza civil en donde, bajo la igualdad y libertad originales no hay forma racional de resolver las disputas (Kant, 1946), el derecho de autoconservación estatal no es solo un derecho, también un deber. Bajo la razón práctica, el Estado tiene la obligación moral de proteger de la mejor manera posible a sus ciudadanos. Un estado que venda su soberanía a otro, cuando no sea voluntad expresa de sus ciudadanos, estaría vulnerando el principio fundamental, ya que no estaría respetando su voluntad de autodeterminación, que es para lo que se constituyó tras el contrato original. Es coherente, por lo tanto, argumentar que, en un marco de derecho positivo, el estado, bajo ataque, deba proteger a sus ciudadanos y su soberanía con todos los medios posibles. Ahora bien, esta máxima de la protección debe darse en la medida en que se respeta la máxima del principio fundamental. Esto, en primer lugar, significa que deben protegerse a los individuos como fines en sí mismos, es decir, que todos los ciudadanos deben recibir el mismo nivel de protección. Y, segundo, sería ilegal también obligar a la ciudadanía a tomar las armas o imposibilitar la desertión de soldados en el ejército, pues se estaría determinando la libertad de estos individuos desde fuera de ellos.

En segundo lugar, sobre el trato a los enemigos debemos definir qué consideramos como enemigo. Bajo la definición de guerra planteada, en una situación de guerra identificamos al enemigo como aquella figura cuyo fin sea el de imponer una voluntad ajena por medio de la fuerza. Como se ha comentado, por el principio de autoconservación se exige a un estado proteger a su ciudadanía, sin embargo, al hacerlo, deben respetarse las máximas del principio de autodeterminación también para el enemigo, ya que, de no hacerlo, violaríamos el derecho internacional que se construye, del mismo modo, del derecho natural. Actuar en base al derecho conllevaría, o bien convencer al enemigo de abandonar su voluntad atacante o, segundo, incapacitarlos para que puedan imponerla por medio de la fuerza, sin dañar ninguna otra voluntad o bien ajeno. Por lo tanto, únicamente sería legal condicionar a un individuo desde fuera de él en el caso que este esté atentando contra nuestro derecho de autodeterminación y, de no hacerlo, estaríamos vulnerando el principio de autoconservación.

Aun con ello, el legislar positivamente sobre el asesinato de enemigos por legítima defensa supone un problema formal. Podríamos argumentar sobre el carácter irracional de los soldados enemigos en batalla al actuar en forma del estado de naturaleza. En el momento en el que un soldado está atacando bajo órdenes directas este pierde su naturaleza racional, pues se convierte

en una herramienta cuyo único fin es el de imponer la voluntad ajena al atacado mediante la fuerza. Un individuo que actúe siguiendo la razón práctica jamás trataría de imponer su voluntad a otro individuo distinto a él. Sin embargo, aunque esta argumentación pueda ser mitigante, siguiendo una coherencia lógica con los principios del derecho natural planteados, no podríamos legislar positivamente sobre el asesinato de individuos. La retención forzosa de enemigos entra en una argumentación similar y, en cualquier caso, el trato hacia estos debe respetar la idea de considerarlos fines y no medios, por lo que sería ilegal torturarlos o darle un trato inhumano.

En resumen, si seguimos el tratamiento kantiano del derecho innato como criterio racional para los derechos humanos (Höffe, 2010), el principio de autodeterminación debe ser incondicionado. Si las condiciones empíricas gobiernan sobre el principio formal nos encontramos ante un derecho no universalista, lo que conlleva una serie de perjuicios prácticos ya tratados en el apartado anterior.

Siguiendo el análisis del concepto *ius in bello*, debemos hacer una distinción entre las acciones de carácter defensivo y ofensivo. Bajo la Teoría de la Guerra Justa, una guerra defensiva es aquella cuya causa es la legítima defensa, por lo que las acciones que se tomen en dicha guerra estarían moralmente justificadas (Grocio, 1925). Sin embargo, el marco de derecho aquí planteado no parte de una consideración de la guerra como un todo, es decir, que se deben analizar jurídicamente las acciones que se tomen en una guerra desde su independencia e incondicionadas de su causa. Esto significa que las acciones que tome un estado, parte de una guerra denominada defensiva bajo un análisis de la Guerra Justa, no tienen por qué considerarse defensivas en términos jurídicos.

Bajo la lógica racional desarrollada, una acción jurídicamente defensiva debe ser una que, primero, sea promovida directamente por el principio de autoconservación y, segundo, no vulnere jurisdicción ajena. Esto es, en términos materiales, una acción que se tome para proteger a ciudadanos propios y se desarrolle en terreno propio. Por lo tanto, bajo esta definición de acción defensiva, de un estado que, dentro de un conflicto, únicamente tome acciones jurídicamente defensivas, no podríamos decir que esté en guerra con otro, pues no pretendería imponer su voluntad por medio de la fuerza más allá que la de defender efectivamente su soberanía contra el ataque de un tercero. Aun así, como se ha comentado, para que este estado esté exento de pena, debe respetar las máximas del principio fundamental y demás leyes del derecho internacional. Estas dos condiciones ejemplifican la necesidad de un derecho

internacional formalmente coherente y estable en la delimitación de territorio y ciudadanía, aunque esto no entra dentro del alcance de este trabajo.

Por contraposición, una acción de carácter ofensivo sería aquella que no tenga su causa en el principio de autoconservación o se desarrolle en jurisdicción ajena. En cualquiera de los dos casos, se estaría vulnerando el principio fundamental del derecho. Si se toma una acción no fundamentada en el principio de autoconservación en territorio propio, se estaría determinando a un individuo desde fuera de él sin que este tenga la voluntad o la capacidad de vulnerar nuestra soberanía, lo que le exenta jurídicamente de ser considerado enemigo. Si por el contrario se toma una acción en jurisdicción ajena, aunque pueda ser mitigante el hecho de que su causa se fundamente en el principio de autoconservación, se estaría vulnerando sistemáticamente la soberanía ajena, ya que se estaría determinando a individuos desde un estado no fundamentado en la voluntad de autogobierno de estos.

En definitiva, se pone de manifiesto la imperativa necesidad de una regulación jurídica formalmente coherente sobre el concepto *ius in bello*. Bajo la razón práctica, se requiere que las acciones bélicas sean evaluadas en su independencia y desde fuera de su causa, en relación con su conformidad con los principios de derecho. Este desarrollo normativo debe ser sistemático y basado en principios de la razón práctica, garantizando así una coherencia lógica y moral en la regulación de las acciones bélicas con tal de resultar en una legislación universalista.

5. Conclusiones

El análisis realizado en este trabajo nos permite reflexionar de manera crítica sobre la relación entre la guerra y el derecho, cuestionando la posibilidad de una compatibilidad formal entre ambos conceptos. El análisis del concepto de *ius ad bellum*, es decir, el derecho a la guerra, ha demostrado que la guerra y el derecho son esencialmente incompatibles cuando se sigue un sistema lógico fundamentado en el derecho natural. Una legislación positiva que sigue la Teoría de la Guerra Justa, buscando legitimar ciertos conflictos bajo pretextos de autoconservación o protección de derechos fundamentales, cae en contradicciones normativas.

Desde una perspectiva kantiana, el imperativo categórico de "no debe haber guerra" subraya la naturaleza pre-empírica y universal del derecho natural, que rechaza cualquier justificación de la violencia como medio legítimo para resolver disputas. En este sentido, la legalización de la guerra a través del *ius ad bellum* no solo perpetúa un ciclo de violencia, sino que también socava los fundamentos éticos y normativos sobre los cuales se construye el derecho internacional. La pretensión de regular la guerra desde su inicio, buscando causas justas, resulta insuficiente y, en muchos casos, contraproducente.

Siguiendo la línea de Ferrajoli, la argumentación desarrollada demuestra cómo una regulación positiva del derecho a la guerra puede ser instrumentalizada por los estados para justificar sus acciones bélicas, diluyendo la capacidad del derecho internacional para actuar como un mecanismo de control y prevención de la guerra, refutando así la tradición kelseniana. El marco de derecho internacional actual, al presentar incoherencias lógicas, enfrenta dificultades para establecer criterios claros y universales que prevengan efectivamente los conflictos. A falta de una centralización vertical del poder, la ambigüedad y la flexibilidad en la interpretación de lo que constituye una "causa justa" permiten que los estados encuentren justificaciones legales para sus acciones bélicas, perpetuando un estado de guerra continuo y fragmentado. Esto pone de relieve la necesidad de una revisión profunda y sistemática del marco jurídico internacional universalista, buscando soluciones que eviten la instrumentalización del derecho y promuevan la paz y la justicia de manera efectiva.

El presente artículo propone una reorientación del enfoque jurídico hacia el *ius in bello*, es decir, las normas que regulan la conducta durante la guerra, donde dichas acciones sean incondicionadas de la causa del conflicto para que los daños de la Guerra no puedan ser jurídicamente justificados. Al abandonar la idea de legislar sobre el derecho a la guerra, se evita la instrumentalización del derecho para justificar la violencia, y se promueve un marco

normativo que busca minimizar el sufrimiento y proteger a los individuos afectados por los conflictos. La propuesta de centrar la regulación jurídica en el *ius in bello* implica un compromiso con los derechos humanos y el principio fundamental de considerar a los individuos como fines en sí mismos. Esto requiere un desarrollo más sistematizado de las normativas que regulan la conducta durante la guerra, asegurando que se respeten los principios fundamentales de la justicia y la dignidad humana en todas las circunstancias.

Esta perspectiva desafía las concepciones tradicionales del derecho y la guerra, promoviendo una visión más coherente y ética del papel del derecho en la regulación de la violencia. Al centrar la atención en la conducta durante los conflictos, se refuerza la idea de que el derecho debe ser un instrumento para la promoción de la paz y la justicia, y no una herramienta para justificar la violencia.

El trabajo sugiere varias líneas de investigación futura que pueden contribuir a un entendimiento más profundo y efectivo de la relación entre la guerra y el derecho. En primer lugar, es necesario un estudio más detallado de las implicaciones prácticas de abandonar el *ius ad bellum* y, en segundo lugar, se requiere una exploración más profunda de las conexiones entre el derecho natural y el derecho positivo, investigando cómo los principios del iusnaturalismo pueden guiar el desarrollo de normativas positivas que sean coherentes y efectivas.

Para finalizar, este trabajo ha argumentado que la guerra y el derecho son esencialmente incompatibles desde una perspectiva de derecho natural y que la regulación positiva del derecho a la guerra enfrenta serios perjuicios materiales. La propuesta de abandonar el *ius ad bellum* en favor de un enfoque centrado en el *ius in bello* representa un cambio de paradigma que busca promover un sistema jurídico más coherente, ético y efectivo en la regulación de los conflictos armados. Esta reorientación no solo tiene el potencial de reducir la violencia y el sufrimiento humano, sino que también fortalece los principios fundamentales del derecho internacional, promoviendo un orden mundial más justo y pacífico.

6. Bibliografía

Agustín, S. (2020). *La ciudad de Dios*. Editorial Verbum.

Bobbio, N. (1997). *El tercero ausente*.

Bobbio, Norberto (2004), "Introducción", en Gaetano Mosca, *La clase política*, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 9-32.

Bobbio, N., Matteucci, N. & Pasquino, G. (1988). *Diccionario de política*, Vol. I. Buenos Aires: Siglo XXI Editores

Brandt, R. (2001). *Immanuel Kant: Política, derecho y antropología* (Vol. 6). Plaza y Valdés.

Bravo, R. C. (2009, December). ¿Derecho Internacional o Guerra Imperial? Hans Kelsen y Carl Schmitt ante la pacificación de las relaciones interestatales por medio del derecho. In *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (Vol. 43, pp. 19-38).

Cabrera García, E. (2014). Una tipología del realismo político: Aproximación desde el análisis conceptual. *Signos filosóficos*, 16(31), 125-155.

De Aquino, T., Viejo, F. B., Ramírez, S. M., Martínez, A., & Colunga, A. (1947). *Suma teológica* (Vol. 1). La Editorial Católica.

Dreier, R. (2007). La unidad de la filosofía práctica kantiana. La filosofía del derecho de Kant dentro del contexto de su filosofía moral. In *Immanuel Kant: vigencia de la filosofía crítica* (pp. 215-242). Universidad Nacional de Colombia.

Foucault, Michel (2002), *Defender la sociedad*. Curso en el Collège de France (1975-1976), México, Fondo de Cultura Económica.

Gregor, M. (1993). Kant on Obligation, Rights and Virtue. *JRE*, 1, 69.

Grocio, H. (1925). *Del derecho de la guerra y la paz*. Vol. 1. Madrid: Editorial Reus.

Heller, H. (1965). *La soberanía: contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Herrero y Rodríguez de Miñón, M. (2003). *Realismo ante la guerra*. *El País*, 14.

Hobbes, T. (2016). *Leviathan*. In *Democracy: a reader* (pp. 37-42). Columbia University Press.

- Höffe, O. (2010). *Kant's Critique of Pure Reason: The Foundation of Modern Philosophy* (Vol. 10). Springer Science & Business Media.
- Kant, E. (1946). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (No. 648). Espasa-Calpe.
- Kant, E. (1998). La paz perpetua. *Revista de Estudios Sociales*, (2), 142-144.
- Kelsen, H., Beaud, O., & Malkani, F. (1996). *Théorie générale des normes*.
- Kelsen, H. (2020). *Teoría pura del derecho*. Eudeba.
- Marín, J. J. (2005). Las teorías de la guerra justa. Implicaciones y limitaciones. *Revista Guillermo de Ockham*, 3(2).
- Morgenthau, H. J. (1973). *Politics among nations*.
- Mosca, Gaetano (2004), *La clase política*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Naciones Unidas. (1945). *Carta de las Naciones Unidas*.
- Rousseau, J. J. (1999). *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*. iUniverse.
- Ruiz Miguel, Alfonso (1988). *La justicia de la guerra y de la paz*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Ruiz, R. R. (2004). *La tradición republicana*. Universidad de Jaén.
- Santiago, T., & Oropeza, T. S. (2004). *Función y crítica de la guerra en la filosofía de I. Kant* (Vol. 55). Anthropos Editorial.
- Scattola, M. (2003). Before and after natural law: models of natural law in ancient and modern times. In *Early Modern Natural Law Theories: Contexts and Strategies in the Early Enlightenment* (pp. 1-30). Dordrecht: Springer Netherlands.
- Singer, P. (1995). *Compendio de ética*. Madrid: Alianza.
- Tomassini Abaurrea, F. (2018). *Kant y el derecho natural*.
- Truyol, A. (1979). La guerra y la paz en Rousseau y Kant. *Revista de estudios políticos*, (8), 47-62.
- Truyol y Serra, Antonio (1998). *Historia del Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos.
- Vitoria, Francisco de (1946). *Derecho natural y de gentes*. Buenos Aires: Emece.

Vitoria, Francisco de (1998). Sobre el derecho de la guerra. Madrid: Tecnos. Estudio preliminar, traducción y notas de Luis Frayle Delgado

Von Clausewitz, C., & Naville, P. (1977). De la guerra. Diógenes.

Von Schmalz, T. (1792). Das reine Naturrecht. bey Friedrich Nicolovius.