

# La teoría de la guerra de Francisco de Vitoria y la moderna guerra de agresión <sup>(\*)</sup>

POR

WALTER SCHAETZEL

Catedrático de la Universidad de Bonn

## I

### LAS DISTINTAS CONCEPCIONES DE LA GUERRA

La finalidad de este trabajo es comparar la concepción vitoriana de la guerra con la que ha plasmado en la Carta de la Naciones Unidas. Vivimos en una época que ha presenciado un cambio fundamental en la concepción de la guerra. La guerra, que antes de la primera conflagración mundial era todavía una institución lícita del derecho de gentes, ha sido calificada de delito en el derecho de gentes actual. Terminado el segundo conflicto mundial, el Tribunal Militar Aliado de Nuremberg condenó a muerte a los estadistas y militares alemanes que según él fueron responsables del mismo. Se fundó para ello en la concepción de la guerra que había ido surgiendo después del primer conflicto mundial; aunque no cabe negar que se trataba de algo muy reciente, y que había prevalecido durante siglos una concepción de la guerra harto distinta. Dos décadas son breve plazo para desplazar principios seculares. Y por eso se quiso entroncar con las ideas medievales acerca de la guerra, que al comienzo de los tiempos modernos sistematizaron en perspectiva jurídica, entre otros, FRANCISCO DE VITORIA y HUGO GROCIO. En el Tribunal de

---

(\*) Traducción castellana del original alemán inédito por ANTONIO TRUYOL Y SERRA.



Nuremberg se dijo que el derecho de gentes había seguido durante trescientos años un rumbo equivocado, y que había que volver a VITORIA y a GROCIO. Y nuestros clásicos del derecho internacional han sido invocados en cierto modo como garantes de la verdad de la concepción de la guerra que Nuremberg simboliza. Ello me dá ocasión, pues, a establecer un parangón entre nuestras concepciones jurídicas de hoy y las del clásico español del derecho de gentes.

Una ojeada a la historia nos muestra que ante la guerra caben puntos de vista distintos y que la humanidad le ha dado efectivamente un sentido diverso según las épocas. En la *Antigüedad* era opinión común la de que la guerra fué el estado primitivo de la humanidad, por lo que no se requería justificación alguna de la misma. Esta tesis ha sido sostenida también por no pocos pensadores en siglos posteriores. Me limitaré a mencionar aquí al inglés HOBBS, al neerlandés ESPINOSA, al alemán KANT. HOBBS (1), haciendo suya la fórmula «Homo homini lupus» de OVIDIO, parte del estado de naturaleza como «bellum omnium contra omnes». Para ESPINOSA (2) «los Estados son enemigos por naturaleza, porque todos los hombres en estado de naturaleza lo son». Y en KANT (3) leemos que la paz no es un estado natural, sino que ha de ser «establecida» por medio del derecho. WINSTON CHURCHILL (4) se sitúa todavía en esta trayectoria intelectual.

El Cristianismo no podía, sin embargo, aceptar esta concepción de la guerra. Dios, infinitamente bondadoso, justo y poderoso, no podía haber querido y creado un mundo en el que la guerra fuera el estado normal, y el hombre, un lobo para el hombre. De ahí que el punto de arranque de la doctrina cristiana sea cabalmente el opuesto: la voluntad de Dios era que reinara entre los hombres el estado paradisiaco de la paz perpetua, y sólo por el pecado había perdido la humanidad esta paz, pesando ahora sobre ella la guerra como una de las consecuencias de la caída original. La guerra es, pues, mala por naturaleza, y sólo es permitida cuando resulte inevitable para repeler una injusticia. Esta doctrina, llevada a su fórmula acabada por SAN AGUSTÍN, inspira las reelecciones de VITORIA (5) y fué recogida por GROCIO (6).

Según ella, una guerra sólo deja de estar prohibida si se funda en una causa justa. Es difícil no reconocer en principio el acierto de esta concepción de la guerra, que sigue siendo oficialmente admitida por todas

(1) HOBBS, *Leviathan*, cap. 13.

(2) ESPINOSA, *Tractatus politicus*, cap. 3, § 13.

(3) KANT, *Zum ewigen Frieden*, sección 2.<sup>a</sup>.

(4) CHURCHILL, *Die Weltkrisis*, trad. alem., vol. V, 1930, p. 432.

(5) Especialmente, *Relectio de jure belli*, §§ 11 ss.

(6) GROCIO, *De jure belli ac pacis*, 1, 2.

las confesiones cristianas (7), coincidiendo en este punto las protestantes con la católica (8). De ahí que los teólogos-juristas de la época áurea de la colonización española se sintieran obligados a examinar y justificar desde esta perspectiva la conquista de América. Este es el objetivo que por ejemplo, persigue el libro de GINÉS DE SEPÚLVEDA, *Democrates secundus de justis belli causis*. También VITORIA investiga en su primera relección *De Indis* las posibles causas justificativas, rechazando unas y admitiendo otras. Los que le siguieron trataron de desenvolver la doctrina e indagar en concreto las justas causas. Se tuvo especial empeño en establecer un catálogo de dichas causas. La empresa, como fácilmente se advierte, resultaba ardua, pero en todo caso se partía del supuesto de que uno de los adversario tenía que tener razón. Se rechazaba en principio el que ambos pudieran ser beligerantes justos o injustos a la vez. VITORIA, sin embargo, considera ya la posibilidad de que el enemigo injusto sea por lo menos subjetivamente de buena fe, o sea, que crea estar en su derecho, llegando a la conclusión: «...et sic ex utraque parte subditi licite pugnant» (9). VITORIA pone asimismo en duda la justicia de la guerra si el fin a que tiende exige sacrificios desproporcionados: «Quando... utriusque magna mala ex bello futura sunt, non potest bellum justum esse» (10). Y no concluye de eso que entonces la guerra haya de ser propiamente injusta por ambas partes.

Ya estos puntos de vista hacían casi imposible en cada caso la aplicación práctica de la teoría de la guerra justa. A dicha circunstancia se añadía otra. Ya Santo TOMÁS DE AQUINO había exigido que el beligerante justo no se dejara guiar por una mala intención (11). La mala intención podía anular las mejores causas de guerra. También SEPÚLVEDA pedía el «rectum gerentis animum» (12). Punto de vista, éste, adoptado igualmente por GROCIO (13): «Notandum et saepe accidere, ut bello causa justa subsit, sed vitium actionis accidat ex animo agentis».

Del beligerante justo sin moderación dice VATTEL (14): «S'il ne veut pas s'en contenter, on a l'avantage d'avoir pris le bon droit de son côté, et l'on oppose désormais de justes armes à ses hostilités devenues injustes, parce qu'elles n'ont plus de fondement». El resultado es que los papeles se truecan y que la mala intención puede transformar de pronto al beligerante justo en beligerante injusto. La experiencia histórica mues-

(7) *Decretum Gratiani*, causa XXIII.

(8) Cf. CALVINO, *Institutiones religionis Christianae*, IV, 20, 11.

(9) VITORIA, *De jure belli*, c. 32.

(10) VITORIA, *loc. cit.*, c. 33.

(11) Cf. VANDERPOL, *La doctrine scolastique du droit de guerre*, 1919, p. 310.

(12) GINÉS DE SEPÚLVEDA, *Democrates secundus de justis belli causis*, c. 6.

(13) GROCIO, *op. cit.*, II, 22, 17.

(14) VATTEL, *Droit des gens*, 1758, III, §§ 36, 41.

tra que raras veces tiene un vencedor la moderación debida, sino que en general trata de explotar la victoria hasta el máximo. Ello implicaría que en la última fase de la guerra casi todos los vencedores se transformasen en beligerantes injustos.

Es evidente que esta doctrina y sus consecuencias sirven de poco en la práctica. No habrá de extrañarnos, pues, que no se llegara a soluciones factibles, y que finalmente se renunciara a intentar siquiera una diferenciación alguna entre los beligerantes. A este punto de vista se llegó a mediados del siglo XVIII, considerándose entonces la teoría de la guerra justa como mera teoría. Este es el parecer de CHRISTIAN WOLFF (15): «*Jure Gentium voluntario quoad effectus bellum utrumque habendum projusto*»—éste es también el de VATTEL (16): «*La guerre en forme doit être regardée, quant aux effets, comme juste de part et d'autre*». Ello equivalía al reconocimiento del libre derecho de los Estados a la guerra, reconocimiento que ha tenido vigencia hasta el estallido de la primera guerra mundial.

Esta doctrina es la que hoy se rechaza, y los que en siglos anteriores la sostuvieron son objeto de severas críticas. No sería equitativo, sin embargo, olvidar que hay en ella elementos acertados y que significó un progreso en el derecho de la guerra. Sólo en la perspectiva de la misma fué posible, en efecto, considerar la guerra como una simple relación entre Estados, lo que ROUSSEAU subrayó muy especialmente (17), y en consecuencia dejar al margen de la lucha al conjunto de la población civil y la propiedad privada. La teoría de la guerra justa limitó la guerra al ámbito de los combatientes, dió lugar a un derecho de la neutralidad muy desarrollado, protegió el estatuto jurídico de la población civil, creó el moderno derecho relativo a prisioneros y heridos, e intentó por lo menos impedir el uso de métodos y medios de guerra sobremanera inhumanos y pérfidos. Difícil sería imaginar el cariz que hubiesen tomado las dos guerras mundiales, de no haber puesto ciertas trabas a la furia bélica el siglo XIX, liberal y humano.

Las dos Conferencias de la paz de La Haya, de 1899 y 1907, tuvieron todavía confianza en la posibilidad de atenuar y hacer tolerable de este modo la guerra. Pero ya la primera guerra mundial fué un toque de alarma. La destrucción de vidas humanas y bienes, la brutalidad y el odio a que dió lugar, fueron tales, que la humanidad toda se apartó horrorizada de la guerra, exigiendo que se la prohibiera de una manera general. Desde entonces viene la guerra marcada con el estigma de un delito.

(15) CHRISTIAN WOLFF, *Jus gentium*, 1749, § 888.

(16) VATTEL, *op. cit.*, III, 12, 190.

(17) J. J. ROUSSEAU, *Contrat social*, 1762, I, 4.

Ello equivalía en cierto modo a una vuelta a las ideas de la Edad Media Cristiana en orden a la guerra. Y era lógico que los juristas, al tratar de fundamentar la nueva concepción, echaran mano de las doctrinas clásicas, y especialmente de las de VITORIA y GROCIO. Se acordaron ante todo de la teoría vitoriana (18), según la cual el vencedor está llamado por un imperativo divino a actuar como juez frente al vencido culpable, y a tenor de dicho principio se procedió después de la segunda guerra mundial. Parecía que efectivamente se reanudaba una trayectoria siglos antes interrumpida.

---

(18) VITORIA, loc. cit., c. 46.

## II

## GUERRA JUSTA Y AGRESION

Ahora bien, si consideramos lo ocurrido en nuestra época con ojos de jurista, notaremos pronto que entre la concepción actual y la teoría clásica de la guerra justa hay una diferencia fundamental. Para VITORIA y GROCIO era irrelevante la cuestión de saber quién había iniciado las hostilidades. Es obvio que se podía llevar a cabo una guerra defensiva, pero cabría también iniciar una guerra ofensiva, siempre que hubiera justa causa. Habría justa causa con toda seguridad cuando se era víctima de un ataque, pero la habría también cuando se pretendía recuperar en nueva guerra lo que a uno le fuera sustraído. «Recuperare licet». «Secunda causa justi belli est, ut res ablatae repetantur» (19). Había también justa causa cuando se vengaba una injuria: «...licet vindicare injuria et punire illos pro injuriis» (20). Al examinar las posibles causas justas de la conquista de América por los españoles, VITORIA llega a la conclusión de que siete de los motivos aducidos no justifican la conquista, pero que siete u ocho son justos y legítimos (21). El hecho de un ataque no provocado de los Indios no podía figurar, naturalmente, entre ellos. Las disquisiciones de VITORIA son un buen ejemplo de que hay toda una serie de títulos susceptibles de justificar una guerra de agresión.

La condena de la guerra en nuestra época se fija por el contrario en una nota muy distinta, a saber en la «agresión», concebida como ruptura de la solidaridad internacional. En el Protocolo de Ginebra de 1924 leemos, por ejemplo, estas palabras significativas: «Affirmant que la guerre d'agression constitue une infraction à cette solidarité et un crime international...».

(19) SEPÚLVEDA, *op. cit.*, c. 8, 44.

(20) VITORIA, *De jure belli*, c. 19, 44.

(21) VITORIA, *De Indis*, II, III.



Aunque cada caso concreto podrá ofrecer dudas si hay agresión y quien sea el agresor, lo indiscutible es que en el orden de los principios el reparto de los papeles en la guerra depende única y exclusivamente de ello. El concepto moderno de la guerra es, pues, como el medieval, un concepto discriminatorio, es decir, que para él hay en toda guerra un beligerante justo frente a uno injusto. Uno de los beligerantes es la víctima inocente; el otro, el delincuente culpable. Pero el criterio para diferenciarlos es totalmente distinto. La doctrina clásica dice: es injusto el que carece materialmente de derecho; la moderna, en cambio: es injusto el que quebranta la paz con un acto de agresión. La doctrina clásica protege el derecho material; la moderna, la paz. La paz y la justicia se mencionan muchas veces juntas como los dos objetivos supremos a alcanzar. El Emperador Federico II de Hohenstaufen las llamó hermanas que se abrazan, en el proemio de su Código Siciliano de 1231. Pero los hermanos no son siempre de un mismo parecer, y puede ocurrir que la justicia y la paz no coincidan (22). Con lo que surge la cuestión de saber cuál de las dos es antes, cuál de las dos tiene más valor. Si veo a un ladrón llevando el abrigo que antaño me robara, parece que me asiste el derecho de apoderarme sin más y por la fuerza, de mi bien. Pero la diosa de la paz detendrá mi brazo, prohibiéndome la realización violenta de mi derecho.

El problema aquí planteado fué percibido con toda claridad hace más de dos mil años por el pretor romano, cuando promulgó los títulos posesorios. Su edicto «uti possidetis» amparaba también la posesión del ladrón. Es que la paz era el objetivo número uno del nuevo Estado romano. Nadie tenía atribuciones para tomarse su derecho y cada cual había de ser protegido en su posesión por el Estado. Quien reivindicara algo de otro, había de demandarle ante un tribunal público. Desde entonces el Estado ha sido el único llamado a devolver sus bienes a quien fuera despojado de ellos. Todo este sistema de marcada protección de la posesión es comprensible desde el punto de vista de la eliminación de cualquier autotutela, pero sólo era tolerable en la medida en que tras él estuviera un Estado fuerte, al que pudiera confiarse la realización de las reclamaciones legítimas. Nunca renunciaría el propietario a recuperar un patrimonio directamente, de no tener fe en la eficiencia del aparato coercitivo del Estado. En ausencia de un alguacil cada cual sería su propio órgano ejecutivo.

El derecho de gentes de la Edad Media y de la época de VITORIA no disponía todavía de una tutela jurídica de esta índole, careciendo de una instancia superior capaz de satisfacer las reclamaciones legítimas. De

(22) Cf. SCHAETZEL, «Frieden und Gerechtigkeit», en *Friedenswarte*, vol. 50, pp. 97 ss.



ahí que no se pudiese prohibir a los Estados obrar por su cuenta, y en caso necesario por la fuerza, con tal de que estuvieran en su derecho, o sea, que tuvieran una justa causa. A VITORIA no se le podía ocurrir, en estas condiciones, prohibir a un Estado la persecución de su derecho sólo porque ello supusiera una perturbación de la paz. No cabía imponer un sacrificio de tal magnitud, y la paz tenía que ceder el paso a la justicia. El deseo universal de paz no podía traer consigo el reconocimiento de la posesión ilegítima e impedir que fuera reivindicada. Lo que el pretor reclamaba, al prohibir la autotutela, no era en definitiva sino un aplazamiento, una espera confiada, mientras intervenía el Estado. Esta confianza era precisamente lo que no tenía el Estado perjudicado en sus derechos, por lo que la renuncia a la autotutela significaba para él la pérdida de su derecho. Un «possessorium» sólo es concebible si hay detrás un «petitorium».

Distinta de la época de VITORIA es la nuestra en este aspecto, una vez que la comunidad internacional ha comenzado a organizarse. La comunidad internacional se encuentra hoy poco más o menos en la situación del pretor romano hace más de dos mil años. Su objetivo número uno es el mantenimiento de la paz, el fortalecimiento de la organización de la misma, la protección de la humanidad ante el peligro del azote de la guerra, que dados los medios de la técnica actual se ha hecho cada vez más devastadora y amenaza con destruir la civilización. El interés colectivo de los pueblos—de los grandes como de los pequeños—es, que no se llegue a la guerra en ninguna parte, porque toda guerra tiende hoy a extenderse y porque sus consecuencias económicas, con la consiguiente escasez y mayor carestía de materias primas, recaen sobre todos. Hemos visto cómo la guerra de Corea ha provocado un alza de los precios en los países más remotos, haciendo sentir así sus efectos sobre la capacidad adquisitiva de los ingresos en general. Una guerra no es hoy ya, por consiguiente, un acontecimiento local, sino algo que inevitablemente repercute sobre el conjunto de la vida del mundo y conmueve la situación económica y social de todos los pueblos. Así se explica que todos los Estados tengan interés en el mantenimiento de la paz. Y esta necesidad de paz es tal, que la sociedad de los Estados puede muy bien exigir hoy a un Estado, posponer la satisfacción de sus legítimas reivindicaciones al mantenimiento de la paz, que responde al interés común. A la pregunta de si es antes la paz o la justicia, la humanidad contemporánea contestará inequívocamente que la paz, como afán de todos los Estados, es antes que la justicia, como derecho individual de uno de ellos.

Con esta perspectiva se conjuga la actitud nueva imperante con respecto a la guerra. El derecho internacional clásico prohibía la guerra ca-



rente de título, la guerra sin justa causa. Si hubiera pretendido prohibir una guerra con justa causa, hubiese entrado en cierto modo en conflicto con la justicia. La época actual teme la guerra sin más, la guerra justa como la injusta. Y por eso quiere prohibirla del todo. De ahí que a sus ojos sea culpable sin más el Estado que toma la iniciativa de las hostilidades, sin que se le escuche si se alega tener justa causa para guerrear. Todo el que quebranta la paz es un agresor, aunque tenga mil veces el derecho de su parte. Y si alega tener reclamaciones lícitas que formular, se le remite a los procedimientos pacíficos que para este fin existen hoy: el recurso a las Naciones Unidas o a un tribunal internacional. Se ha promulgado hasta cierto punto un «uti possidetis» jurídico-internacional. Nadie debe ya tomarse su derecho. La organización internacional exige seguir el procedimiento pacífico de solución de los conflictos, prometiendo al interesado su ayuda en la consecución de lo que estime justo, y la cooperación de todas sus fuerzas si fracasa en su empeño.

Esta es, por lo menos, la idea fundamental que inspira la actual organización internacional. El que la organización esté en condiciones de prestar la ayuda señalada o imponer la decisión pertinente, es otra cuestión. Su existencia y el respeto de la prohibición de la guerra dependerán de que desempeñe efectivamente el papel que le está encomendado. Si fracasa, no podrá eliminar la guerra. Tampoco el pretor hubiera podido imponer su «uti possidetis» si no le hubiese respaldado un fuerte Estado romano que a todos garantizaba su derecho y estaba decidido a reprimir y castigar cualquier injuria. Todo el nuevo sistema pende de las Naciones Unidas, y su suerte está ligada a la de las Naciones Unidas. Sólo en el caso de que se conviertan realmente en una organización del conjunto de la humanidad y se muestren con disposición y capacidad para atender las quejas justificadas de cada uno de sus miembros, estudiándolas objetivamente según principios de justicia e interviniendo en caso necesario en favor de un Estado perjudicado, podrán impedir el que los Estados persigan directamente la consecución de sus derechos, apoyados en una justa causa.

## III

## CUESTIONES PARTICULARES

1. *Definición del agresor*

Vimos que la teoría de la guerra justa, certera en su principio, fracasó en la práctica por no haber logrado determinar quién fuera beligerante justo y beligerante injusto. La teoría de la agresión se simplifica la tarea, al prescindir del derecho material y atenerse pura y simplemente al hecho de haberse perturbado la paz. Mas, cuando se quiso determinar más de cerca al agresor, se puso de manifiesto que no habían desaparecido todas las dificultades. Hace años que la Comisión de Derecho Internacional viene ocupándose de una definición de la agresión. En el año 1952 presentó en ella la Unión Soviética un proyecto que pretendía determinar la agresión enumerando una serie de notas típicas (23). Decía este proyecto que es agresor el que lleva a cabo los actos siguientes:

- a) Declarar la guerra;
- b) invadir un territorio extranjero;
- c) bombardear territorios, naves y aeronaves de otra potencia;
- d) dejar en un territorio ajeno tropas que allí se establecieron previo consentimiento del país interesado, cuando éste lo retire;
- e) bloquear las costas o los puertos de otro Estado;
- f) dejar que penetren en territorio ajeno, desde el propio, bandas armadas, prestándole apoyo activo o pasivo.

El proyecto quería por otra parte presentar un catálogo de supuestos de hecho que no justifican una agresión, por ejemplo:

(23) Cf. *Revue des Nations Unies*, 1952, n.º 7, p. 143.

- a) Carencias de la administración;
- b) poner en peligro la vida y los bienes de extranjeros;
- c) guerra civil y movimientos revolucionarios o contrarrevolucionarios;
- d) mantenimiento de un determinado régimen político;
- e) violación de tratados internacionales;
- f) ruptura de relaciones diplomáticas o económicas;
- g) boicot económico o financiero;
- h) negarse a pagar las deudas;
- i) prohibición de la inmigración;
- j) violación de inmunidades diplomáticas;
- k) prohibición del paso por el territorio;
- l) incidentes fronterizos.

La Comisión de Derecho Internacional no ha llegado a ningún resultado definitivo. Desde su creación hay en las Naciones Unidas dos opiniones contrapuestas: la rusa, apoyada por una serie de Estados, que pide se intente perfilar minuciosamente el hecho de la agresión sobre el modelo de la propuesta soviética, y la norteamericana, que afirma es imposible una definición general del concepto de agresión y quisiera encomendar en cada caso su determinación a un acuerdo mayoritario.

Dada la situación política del mundo en la actualidad, no hay que contar con que ninguna de las partes abandone su punto de vista. Ante la oposición de los Estados Unidos es de presumir que no se llegará a una definición del agresor, y que la cuestión habrá de resolverse en cada caso concreto por votación en el Consejo de Seguridad.

Ahora bien, como la votación en el Consejo de Seguridad queda sujeta al derecho de veto de las grandes potencias, a tenor del artículo 27 de la Carta, fácil es prever que muchas veces no será posible determinar quién sea el agresor, debido al veto de una gran potencia. Por ejemplo, no se consiguió llegar a un acuerdo del Consejo de Seguridad a raíz de la intervención china en Corea para calificarla de agresión. En el litigio que opuso Israel a los Estados árabes no se llegó siquiera al intento, por ser las opiniones acerca del papel de uno y otro demasiado divergentes.

Estos dos casos recientes suscitan el temor de que en el futuro no sea posible, muchas veces, en un conflicto, determinar quién sea el agresor. El internacionalista danés Ross (24) sostiene que el Consejo de Seguridad no está obligado a intervenir contra el agresor. Incluso admitiendo que el Consejo de Seguridad estuviese obligado a ello según el espíritu de la Carta, lo cierto es que con frecuencia no podría. Y surge entonces

(24) Ross, *Constitution of the United Nations*, 1950, p. 141.

la cuestión de saber cómo enjuiciar una guerra de esta índole, sin determinación del agresor. Habría que preguntarse si cabe hablar siquiera de agresor, cuando éste no ha sido previamente designado. Lo probable será que en tal caso cada cual acuse al otro de agresor. Los neutrales vacilarán en tomar posición, por cuanto el fracaso del Consejo de Seguridad en decidir dónde está la agresión pone de manifiesto que las opiniones están divididas. Todo lo cual nos conduce finalmente a preguntarnos si no estarán frente a frente, una vez más, dos adversarios situados en un plano de igualdad, o si por lo menos no han de ser considerados como tales desde la perspectiva de los Estados neutrales. En una situación muy parecida, el siglo XVIII se había apartado de la teoría medieval de la guerra justa para adoptar la de la guerra justa por ambas partes. De ahí que no sea seguro que la nueva doctrina de la guerra de agresión logre imponerse definitivamente o que pueda seguir habiendo guerras en las que haya que prescindir de la determinación del agresor.

## 2. *El derecho de la guerra en la guerra de agresión*

El derecho de la guerra codificado en La Haya es fruto de una época que admitía la libertad del recurso a la guerra, y por ello trata en principio a los Estados en lucha, y a sus súbditos, en un plano de absoluta igualdad. Late en él todavía la idea de una contienda presidida por la caballerosidad y el sentido del honor. A ello se debe el que una y otra vez se prescriba a los beligerantes el respeto del honor del adversario. Los prisioneros de guerra han de permanecer en condiciones honrosas, pudiendo llevar sus insignias y condecoraciones. El que ocupa territorios extranjeros adquiere ciertos derechos. Puede utilizar la propiedad inmueble del adversario según las reglas de una economía ordenada. La población debe obediencia, e incluso cierta lealtad, al ocupante.

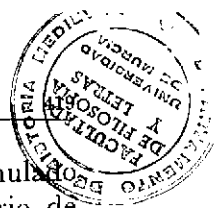
Son, éstos, principios que no resultan adecuados en cuanto los papeles de ambos adversarios sean distintos. Ya VITORIA establecía en cierto aspecto una diferencia entre el beligerante justo y el injusto. Sólo el beligerante justo tenía derecho a servirse de la propiedad privada enemiga para compensar el daño sufrido (25). Solo él podía pedir responsabilidades a su adversario, y castigarlo (26). La cuestión de si cabe dar muerte a los rehencs, por ejemplo, dependía esencialmente del hecho de tener la justicia de su parte (27).

La gran interrogante que ahora surge ante nosotros es, si resulta po-

(25) VITORIA. *De jure belli*, c. 17, 41.

(26) VITORIA, *op. cit.*, c. 19.

(27) VITORIA, *op. cit.*, c. 43.



sible mantener el derecho de la guerra, de espíritu paritario, formulado en La Haya, en el supuesto de admitir un concepto discriminatorio de la guerra. Ya en la última guerra se ha visto que los Estados que se consideraban víctimas de una agresión no estaban dispuestos a conceder al agresor los beneficios de la convención de La Haya sobre leyes y costumbres de la guerra continental. Así, un tribunal de Luxemburgo ha considerado como robo la administración regular de bosques públicos del país por un funcionario forestal alemán, alegando que el Estado alemán no tenía derecho a apropiarse de un solo árbol luxemburgués (28). Tribunales neerlandeses han estimado justificados todos los actos cometidos por franco-tiradores neerlandeses, aduciendo que constituían represalias contra la agresión alemana (29). Se despojó a los prisioneros de guerra alemanes de sus insignias y condecoraciones. Todo ello es, de suyo, lógico en cuanto se parte del supuesto de que el agresor no puede deducir derecho alguno de su agresión. Tampoco tiene sentido prescribir el respeto del honor de los soldados enemigos, si éstos son considerados como una horda de delincuentes o, en el mejor de los casos, como instrumentos de un Estado delincuente. Ahora bien, si estas concepciones se generalizan, corremos el peligro de que todo el derecho de la guerra formulado en La Haya se venga abajo, arrastrando con él las conquistas logradas por el liberalismo del siglo XIX en este campo. En cuanto se afirma que se combate a un agresor y se le quiere tratar como a tal, se derriban todos los miramientos en orden a la aplicación de medios de destrucción, y el uso de bombas atómicas contra agresores no aparecerá ya injustificado.

Es pronto todavía para adivinar el camino que finalmente haya de seguir la humanidad en este punto. La humanidad se encuentra aquí ante un verdadero dilema. Los efectos terroríficos de los medios de guerra actuales mueven a reclamar la prohibición absoluta de la guerra. No cabe seguir reconociendo a los Estados el derecho a la guerra como emanación de su soberanía. Pero si la condenación de la guerra ha de conducir a que la réplica del agredido se vea libre de todas las trabas que el liberalismo del siglo XIX había logrado imponerle, entonces los métodos de guerra se harán todavía más terribles de lo que fueron cuando imperaba el derecho ilimitado a la guerra por parte de los Estados. Es un consuelo, entre tanto, comprobar que las nuevas convenciones de Ginebra, de 1949, quieren a todas luces atenerse al derecho anterior.

(28) Asunto Hammerling, en *Archiv des Völkerrechts*, II, p. 494. Sin embargo, el encartado fué absuelto por motivos subjetivos.

(29) Asunto Reuter. Cf. ALBRECHT, «War reprisals in the war crimen trials», en *American Journal of International Law*, vol. 47, p. 593.



### 3. *Perturbación de la paz y derecho material*

El que quebranta la paz ha de ser, pues, condenado como agresor. Pero esta condenación no dice nada acerca de si el Estado en cuestión está materialmente en su derecho. Ahora bien, es agresor quien ataca a otro Estado con intención de despojarle. Pero es agresor también quien trata de conseguir con la guerra una reclamación plenamente justificada. En este punto, precisamente, se diferencia la teoría de la agresión, de la teoría clásica de la guerra justa. Incluso el que tuviere una justa causa en el sentido de la doctrina vitoriana, podría ser tachado hoy de agresor, por recurrir indebidamente a la autotutela. La situación no es otra que la que existe en el interior del Estado. También en el Estado es posible que el que altera violentamente el orden posesorio esté materialmente en su derecho. Pero el Estado concede en este caso al poseedor una protección jurídica provisional. El propietario que altera el orden posesorio podrá incluso llegar a ser castigado por haber actuado por su cuenta. Ahora bien, si el derecho civil y el derecho penal desaprueban la alteración violenta del orden posesorio, no por eso pierde el perturbador su derecho material. El que, por ejemplo, después de más de un año se encuentra con el que antaño le quitara algo de su propiedad, y le golpea para recuperar lo suyo, incurre en una autotutela prohibitiva, y podrá ser castigado por violencias o lesiones; pero conserva su derecho de propiedad sobre la cosa robada. El que haya tratado de recobrarla por sí mismo no le priva de éste.

Advertiremos inmediatamente las dificultades que se presentan, en cuanto pretendamos aplicar esta concepción jurídica al derecho internacional. Del agresor sólo sabemos que es un perturbador del orden posesorio. Su condena como agresor no implica nada en lo que atañe a su derecho material. La cuestión del derecho material queda conscientemente abierta. Por eso no puede impedirse que el agresor, aún después de haber sido rechazada su agresión, conserve su derecho material y reclame una decisión sobre el mismo. El resultado paradójico es, pues, que según la teoría de la guerra de agresión prohibida, la guerra, que sólo sirve para rechazar la agresión, no puede ejercer influencia alguna sobre el derecho material mismo. Vistas las cosas desde el ángulo jurídico-material, la situación jurídica al término de la guerra es exactamente la misma que al iniciarse las hostilidades.

Radicalmente distinta era la cosa cuando la guerra estaba autorizada por ambas partes. Porque entonces la guerra venía a ser un medio legítimo para satisfacer reclamaciones de derechos materiales. Era en cierto modo un asunto aleatorio, lleno de riesgos, y el que se metía en él se

sometía de antemano a sus consecuencias. La victoria implicaba una decisión en orden al derecho material.

La nueva concepción de la guerra conduce a consecuencias tan radicalmente nuevas y ajenas a las ideas hasta ahora reinantes entre los pueblos, que es muy dudoso logre imponerse del todo en la realidad. Es así que en la conciencia de los pueblos la guerra constituye desde hace milenios el medio para realizar e imponer derechos materiales de los Estados, y será difícil convencerles de que un agresor, victoriosamente rechazado después de grandes fatigas y destrucciones, pueda conservar después de su derrota sus antiguos derechos. Precisamente cuando la guerra, según el ejemplo de Nuremberg, acaba con un juicio criminal, pudiera surgir una situación sobremanera curiosa. Porque el tribunal acaso se viera en el trance de condenar a muerte por agresión a los dirigentes del Estado A, y comprobar al mismo tiempo que el Estado A estaba materialmente en su derecho. La simple evocación de esta hipótesis pone de manifiesto que la teoría de la guerra de agresión conduce a consecuencias imposibles, y que es muy inferior a la teoría medieval de la guerra justa, que excluía de antemano tal resultado. También VITORIA tenía en cuenta la posibilidad de un juicio penal al terminar la guerra. Pero su juicio penal sólo había de ir contra el que no estuviera materialmente en su derecho. Si, pues, en el tribunal de Nuremberg se invocó el precedente teórico del castigo del adversario injusto, la invocación de VITORIA y GROCIO no era, ni mucho menos, del todo certera. La acusación principal, en Nuremberg, era la violación de la paz, y las cuestiones jurídico-materiales se dejaron conscientemente de lado. Las sentencias de Nuremberg son el ejemplo típico de la condena en juicio posesorio, que pasa por alto sencillamente la cuestión del subsiguiente juicio petitorio. Las dificultades que hoy se oponen a un arreglo pacífico resultan principalmente de que Rusia y sus aliados orientales pretenden considerar como definitivo el juicio posesorio, y se resisten a todo planteamiento de las cuestiones relativas al derecho material.

#### 4. *La paz con el agresor.*

También el carácter del tratado de paz depende esencialmente de la concepción de la guerra que se siga. Si se vé en la guerra una contienda lícita de dos adversarios jurídicamente iguales, es lógico comparar la relación que entre ellos se establece, a un proceso civil, cuyo término más favorable será siempre un compromiso o una reconciliación de las partes. Este fué el punto de vista en los siglos que precedieron la primera

guerra mundial. Y los grandes congresos de paz europeos se esforzaron por conseguir una regulación inspirada en estos principios.

A resultados totalmente distintos se llegará en cambio, por la lógica misma de las ideas, si se parte de una concepción discriminatoria de la guerra. Porque entonces la defensa frente al agresor es legítima defensa, y la victoria sobre el mismo queda equiparada a su castigo. No puede hablarse lógicamente aquí de compromiso, como no puede hablarse de compromiso entre fiscal y delincuente. Lo único que cabe, consecuentemente, es dictar unilateralmente al delincuente la sentencia justa. Esta fué la confusión a que llegó, por ejemplo, el penalista rumano PELLA (30) en un artículo publicado en 1947, cuya fórmula no puede ser más contundente: «Il serait donc impossible de concevoir un traité de paix entre l'Etat criminel et la communauté internationale».

Los que se adhieren a esta concepción adoptan, pues, el punto de vista de que la nueva teoría de la guerra excluye toda paz verdadera, y que por consiguiente en el futuro el mundo sólo podría ordenarse ya mediante dictados.

Creo que serán muchas—si no las más—las personas que se sentirán sobrecogidas ante la perspectiva de una llamada ordenación pacífica así entendida. La paz dictada no será nunca una verdadera paz de reconciliación. Por eso, dicho tipo de paz es objeto de críticas tan apasionadas como la apología de PELLA. Recordemos aquí tan sólo el libro de NITTI, sobre la Europa sin paz (31), en el que censura con fuerza esta clase de paz. Si por mi parte yo tuviera que elegir entre PELLA y NITTI me decidiría sin vacilación por NITTI. Hace poco, mi colega de Bonn, VON HENTIG, ha escrito un libro, que ha llamado la atención, acerca del concierto de la paz como arte que se va perdiendo, en el que se lamenta de que la paz se haya enflaquecido hasta quedar reducida a un esquelético no disparar (32).

Los defensores de la idea de la paz dictada, a la búsqueda de autoridades en que apoyarse, creen encontrar amparo en VITORIA. Mas, no ven, o no quieren ver, que el tribunal cuya institución autoriza VITORIA después de la guerra, se dirige contra el que estuviere realmente sin el derecho material de su parte, mientras que hoy lo único que se tiene en cuenta es, quién quebrantó la paz. Les ha faltado por lo visto tiempo a aquellos apologistas para leer hasta el final lo que escribió VITORIA. La expiación significa reconciliación; es decir, que el delincuente castigado ha resarcido en cierto modo con su castigo, y tiene derecho a volver,

(30) V. PELLA, «Fonctions pacificatrices du droit pénal», en *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 51, pp. 22 ss.

(31) NITTI, *Europa ohne Frieden*, trad. alem., 1921.

(32) VON HENTIG, *Der Friedenschluss. Geist und Technik einer verlorenen Kunst*, 1952.



limpio de su pecado, al círculo de los consocios jurídicos con igualdad de derechos. VITORIA incita también expresamente al Estado vencedor «moderate et cum modesta christiana victoria uti» (33). El vencedor ha de actuar como juez responsable de su sentencia ante Dios (34). Ha de ayudar también al culpable, con caridad cristiana, a restablecerse. Según esta concepción de VITORIA, precisamente, el castigo de los responsables de una agresión tendría que tener como consecuencia la liquidación del acto de agresión, ya expiado, quedando al margen del mismo toda la cuestión del derecho material. Lo que falta saber es, si ello resultaría posible, dado el estado de espíritu de la población en los países beligerantes. La población de un país víctima de una agresión, no se sentirá inclinada a establecer una distinción entre la ruptura de la paz por el adversario y su eventual derecho material. A su juicio el agresor es simplemente un delincuente, que no sólo quebrantó la paz, sino que está fuera de todo derecho. La propaganda de guerra se lo dijo una y otra vez a lo largo del conflicto. Por eso se negará a tomar en cuenta siquiera la cuestión de si este delincuente no pudiera al fin y al cabo tener ciertos derechos. Para ella la comprobación del hecho de que se quebrantó la paz, liquidó la cosa. Claramente lo demuestran los acontecimientos que se han producido a raíz de la segunda guerra mundial. Siendo ello así, no está tan justificado el hacer únicamente hincapié en la ruptura de la paz. Cabría tal vez admitir una expiación unilateral de la ruptura de la paz, mediante una cuasi-sentencia penal: pero la cuestión material no puede resolverse más que con negociaciones en pie de igualdad. De ahí que no pueda tenerse por certera la opinión de PELLA a que antes nos hemos referido. El juez penal y el verdugo no son ángeles de la paz, capaces de dar al mundo una tranquilidad verdadera.

La doctrina de la agresión se revela del todo inaplicable en cuanto no se consiga vencer al agresor. La condena de un Estado como agresor por parte de las Naciones Unidas implica en éstas la pretensión de ser la única instancia competente para tal condena y el ulterior castigo del perturbador. Y quien reivindica tal derecho tiene que disponer de la fuerza necesaria para llevarlo a cabo. El ejemplo de Corea muestra que éste no es siempre el caso. En el conflicto entre Israel y los Estados árabes se ha tenido incluso buen cuidado de suscitar siquiera la cuestión de si había algún perturbador o criminal de guerra. Tampoco parece que la guerra con Indochina vaya a terminar con un nuevo Nuremberg. Estos antecedentes no pueden menos de producir cierto escepticismo con respecto a la nueva doctrina. No es que yo descarte la posibilidad de que

(33) VITORIA, *De jure belli*, c. 3.

(34) VITORIA, *op. cit.*, c. 1.

más adelante la evolución siga este derrotero. Lo que ocurre es, que me parece por lo menos prematura. Toda concepción discriminatoria de la guerra presupone la existencia de una instancia con autoridad suficiente, capaz de distribuir definitivamente los papeles y coadyuvar a que triunfe la parte cuya justicia se ha reconocido. Nunca hubiera impuesto el pretor su «*uti possidetis*» si no hubiese sido bastante fuerte para actuar, de un lado, contra todo perturbador, y de otro, ofrecer a cada cual la posibilidad de un ulterior juicio petitorio.

Acaso se piense que mis disquisiciones han adolecido de un sentido crítico excesivo. Pero el progreso de toda ciencia se funda en un examen crítico de las teorías y doctrinas en presencia. Vivimos en una época que se caracteriza por una evolución asombrosamente rápida en los más diversos ámbitos. Esto se aplica al conocimiento de las ciencias naturales, al sector de la técnica, pero también a nuestra actitud ante la guerra. Es en verdad un fenómeno casi único el que una actividad considerada como plenamente legítima hace apenas tres décadas, sea tenida hoy por un delito nefando y condenada como tal. El derecho es precisamente algo que por regla general evoluciona muy despacio y manifiesta una repugnancia expresa a caer de un extremo en otro. De ahí que no deba extrañarnos que la nueva concepción de la guerra no haya sido pensada todavía en muchos aspectos hasta sus últimas consecuencias. Y en este orden de ideas es para nosotros de gran utilidad el hecho de que hace mucho tiempo reflexionaran sobre este tema los clásicos del derecho de gentes, pues estamos en condiciones de establecer así fecundos parangones. FRANCISCO DE VITORIA es de aquellos que en nuestras indagaciones críticas pueden servirnos de modelos de investigación clara y objetiva. A la ciencia moderna del derecho de gentes le habrá de quedar reservado el reconocer lo que con ese gran espíritu le diera España hace cuatro siglos.