



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

LA CONCEPCIÓN DE LA GUERRA EN KELSEN

Presentado por:

Gonzalo Arriaga San José

Tutelado por:

Jesús Luis Castillo Vegas

Valladolid, julio de 2019

RESUMEN

Hans Kelsen es considerado como el máximo representante del positivismo jurídico imperante en la primera mitad del siglo XX. El contexto histórico en el que vivió, así como el hecho de que visionara en primera persona los efectos devastadores de las dos Grandes Guerras, influyó en que una parte importante de su doctrina se centrara en el estudio del derecho internacional y su evolución. Kelsen trata de establecer un sistema internacional global en el que los Estados puedan resolver sus conflictos de forma pacífica y en pie de igualdad. En este trabajo, analizaremos el pacifismo jurídico kelseniano y su concepción limitadora de la guerra como sanción o reacción.

En la actualidad, Kelsen y su doctrina internacionalista gozan de una importancia capital a la hora de regular las relaciones entre los Estados, siendo la base del ordenamiento jurídico internacional actual y favoreciendo la evolución del mismo hacia un Estado mundial.

ABSTRACT

Hans Kelsen is considered the maximum representative of the legal positivism prevailing in the first half of the 20th century. The historical context in which he lived, as well as the fact that he saw in first person the devastating effects of the two Great Wars, influenced an important part of his doctrine he focused on the international law study and its evolution. Kelsen seeks to establish a global international system in which States can resolve their conflicts peacefully and on an equal footing. On this project, we will analyze the Kelsenian legal pacifism and its limiting conception of war as a sanction or reaction.

Today, Kelsen and his international doctrine are very important when it tries to regulate relations between States, being the basis of the current international legal order and favouring its evolution towards a world State.

PALABRAS CLAVE: Derecho Internacional, Pacifismo, Guerra, Sanción, Estado Mundial.

KEY WORDS: International Law, Pacifism, War, World State.

LA CONCEPCIÓN DE LA GUERRA EN KELSEN

1. ÍNDICE

1.	ÍNDICE	3
2.	INTRODUCCIÓN	5
3.	KELSEN: VIDA, OBRA Y CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA	6
4.	NATURALEZA DEL DERECHO INTERNACIONAL: DERECHO, GUERRA Y PAZ	9
4.1.	Concepto del Derecho	9
4.1.1.	<i>Definición y derecho coercitivo. Uso de la fuerza</i>	9
4.1.2.	<i>La Conducta Antijurídica: El Acto Ilícito</i>	12
4.2.	Pacifismo jurídico en el derecho internacional	13
4.2.1.	<i>La paz internacional: Concepto y carácter jurídico</i>	13
4.2.2.	<i>Represalias</i>	15
4.2.3.	<i>Delito y Sanción</i>	16
4.3.	Guerra en el Derecho Internacional	18
4.3.1.	<i>Concepto</i>	18
4.3.2.	<i>Tipología</i>	20
4.3.3.	<i>Finalidad</i>	23
4.3.4.	<i>Interpretaciones</i>	23
4.3.5.	<i>Regulación y reglas</i>	24
4.4.	“Bellum Justum”. La Guerra como mecanismo de sanción	29
4.4.1.	<i>Doctrina y Evolución</i>	29
4.4.2.	<i>Argumentaciones contrarias a la Teoría</i>	31
4.4.3.	<i>“Bellum Justum” en el Derecho Internacional</i>	33
4.4.4.	<i>Guerra justa: Kelsen versus Schmitt</i>	34

4.5. La Guerra como mecanismo de sanción	35
4.5.1. Responsabilidades y desarme	36
4.5.2. La problemática de la Descentralización Interna e Internacional	41
4.5.3. Seguridad internacional y cuerpo de policía común	46
4.6. La Evolución del Derecho Internacional como medio para garantizar la paz ...	48
4.6.1. De la Sociedad de Naciones a Naciones Unidas	48
4.6.2. Tribunal central internacional: jurisdicción obligatoria	53
5. CRÍTICA AL PENSAMIENTO KELSENIANO: IUSNATURALISTAS Y SOCIÓLOGOS	56
5.1 Crítica al pensamiento kelseniano: Danilo Zolo	58
6. CONCLUSIONES	61
7. BIBLIOGRAFÍA	64

2. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la concepción kelseniana de la guerra y sus efectos en el derecho internacional. La primera parte del trabajo se centra en la contextualización histórica del autor y hace referencia a algunos de los aspectos más destacados de su vida que tendrán una importancia muy relevante en la conformación de su doctrina.

A continuación, se expone el tema central del trabajo que tiene por objeto el análisis conjunto del derecho, la guerra y la paz en el orden jurídico internacional. En primer lugar, el trabajo trata de analizar la concepción kelseniana del derecho como un elemento coercitivo y la delimitación kelseniana de acto ilícito o ilegal. El siguiente punto del trabajo se centra en el análisis del pacifismo jurídico de Kelsen y la distinción entre los conceptos de sanción y represalia a los que el autor atribuye en su obra una importancia capital.

Los siguientes epígrafes exponen la parte más importante del trabajo, ya que realiza un recorrido por el concepto kelseniano de la guerra, sus posibles interpretaciones y finalidades para acabar desembarcando en la teoría del “bellum justum” o guerra justa defendida por Kelsen como la única manera de poder recurrir a la guerra. En el análisis del “bellum justum” de Kelsen, el texto trata de realizar un pequeño recorrido respecto de la evolución histórica de la guerra justa, posibles argumentaciones críticas o contrarias a esta posibilidad y su regulación y aplicación en el derecho internacional.

Con posterioridad al análisis de la guerra justa kelseniana, el trabajo se orienta hacia el tratamiento internacional de la guerra como sanción y sus principales características, así como un análisis técnico-jurídico de la progresiva evolución del derecho internacional y sus intentos centralizadores del orden jurídico internacional.

La parte final consiste en una pequeña crítica de algunos de los principales aspectos de la doctrina kelseniana por algunos de los autores que tradicionalmente han mostrado una posición contraria o crítica.

El último punto del trabajo expone las conclusiones alcanzadas de acuerdo con las argumentaciones y explicaciones realizadas a lo largo del trabajo y que constituye el principal objetivo de todo trabajo.

3. KELSEN: VIDA, OBRA Y CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA

“Hans Kelsen nació en Praga el 11 de octubre de 1881 en seno de una familia judía”¹. Sus padres pertenecían a la clase media-alta de la ciudad, llegando incluso a regentar una pequeña fábrica artesana de lámparas. Kelsen era el mayor de cuatro hermanos. A la edad de tres años, su familia se trasladó a Viena, por lo que, a pesar de no haber nacido en dicha ciudad, siempre se consideró vienés.²

Kelsen desarrolló sus estudios en Viena, hasta que consiguió doctorarse en derecho en 1906, a los 25 años de edad. Posteriormente, realizó una serie de cursos en Alemania, comenzando en 1911 sus trabajos de profesor en la Universidad de Viena, impartiendo Filosofía del Derecho hasta 1919 cuando se le otorga una plaza de profesor titular. Continuó en dicha tarea hasta que en 1930 decide aceptar la cátedra ofrecida por la Universidad de Colonia.³

Con el ascenso del partido nazi, Kelsen se vio obligado a marcharse de Alemania como la mayoría de los pensadores alemanes más importantes de la época. Se estableció en Ginebra donde obtuvo una plaza de profesor. La Universidad de lengua alemana de Praga le ofreció una cátedra, en la cual continuó impartiendo su doctrina, pero bajo una gran controversia o conflicto. En esta época en Praga, Kelsen era perseguido, agraviado y víctima de fuertes escraches por parte de simpatizantes del partido nazi. Cuando los ejércitos alemanes entraron en Praga, Kelsen se vio obligado de nuevo a emigrar.⁴

En esta etapa, Kelsen realiza un gran número de conferencias y cursos en París, Suiza, Cuba e incluso en la prestigiosa Universidad norteamericana de Harvard donde pudo continuar con su labor de enseñanza. Es en los países de Norteamérica y México donde más ha influido la doctrina kelseniana, hasta el punto de considerarle como uno de los filósofos y politólogos más importantes del Siglo XX y uno de los principales promotores del derecho internacional actual, ya que esta materia ocupa gran parte de sus escritos.

El pensamiento imperante en la época en la que nace Kelsen se encontraba fuertemente influenciado por la doctrina kantiana. La corriente positivista con la que Kelsen

¹ ROBLES, G: *Hans Kelsen. Vida y obra*, Madrid, Civitas, 2014, p. 21.

² ROBLES, G: *Hans Kelsen. Vida y obra*, p. 22.

³ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, versión española de Florencio Acosta, prólogo de Luis Recaséns, México, Editora Nacional, 1976, p. 8.

⁴ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 9.

desarrolló gran parte de su pensamiento le convierte en uno de los principales autores de la corriente positivista del siglo XX.

Los últimos años del siglo XIX y los primeros del siglo XX son bastante inestables desde el punto de vista histórico, siendo la antesala de la Primera Guerra Mundial. Kelsen vivió en primera persona los efectos de la Guerra, viéndose obligado a exiliarse en dos ocasiones debido a la Primera y a la Segunda Guerra Mundial.

Kelsen ha sido siempre considerado como un pacifista que aborrece la guerra. Fue uno de los principales activistas contra los excesos del partido nazi, lo que le provocó ser objeto de críticas y persecuciones por miembros y simpatizantes.

Todo este contexto histórico influye en el pensamiento kelseniano, donde además de su Teoría Pura del derecho, destaca por otra serie de obras donde muestra una gran preocupación por el derecho internacional.

Obras principales de la doctrina kelseniana

En primer lugar, es importante destacar su trabajo de habilitación como profesor “Problemas capitales de la Teoría del Derecho del Estado”. Esta obra es de vital importancia para comprender la Teoría Pura del Derecho desarrollada por Kelsen a lo largo de su vida. Se trata de una obra de carácter crítico en la que Kelsen pone de manifiesto su oposición a las ideas sociologistas y psicologistas⁵.

En segundo lugar, hay que hacer referencia a la obra central de la doctrina kelseniana “La Teoría Pura del Derecho”, donde Kelsen realiza un estudio positivista del derecho. Kelsen tiene por objetivo crear una teoría pura del derecho, dejando fuera de la misma cualquier elemento que no forme parte de la misma.

Con esta obra, Kelsen trata de establecer el contenido del derecho y la manera en la que se constituye. Además, trata de determinar si el derecho es un orden normativo, es decir, un conjunto de normas que regulan la conducta de los individuos.

En su obra, Kelsen muestra una gran preocupación por el derecho internacional. El mayor número de sus escritos están relacionados con esta materia. Algunas de las obras más importantes en este sentido son, por ejemplo, “Derecho y Paz en las relaciones internacionales” o “Principios de Derecho internacional público”, donde Kelsen aborda la

⁵ ROBLES, G: *Hans Kelsen. Vida y obra*, p. 39.

naturaleza del derecho internacional, los posibles conflictos entre el derecho interno y el derecho internacional o la esfera de validez de las normas internacionales.

Kelsen murió en Berkeley el 19 de abril de 1973, a los 92 años de edad. Con posterioridad a su muerte se publican tres obras de carácter póstumo entre las que destaca “La Teoría General de las Normas”, donde Kelsen añade a las funciones de las normas de ordenar, permitir y autorizar la función de derogar.⁶

⁶ ROBLES, G: *Hans Kelsen. Vida y obra*, p. 180.

4. NATURALEZA DEL DERECHO INTERNACIONAL: DERECHO, GUERRA Y PAZ

4.1 Concepto del derecho

4.1.1 Definición y derecho coercitivo. Uso de la fuerza

Kelsen, en una primera aproximación, entiende que el derecho es “un fenómeno social entre los demás fenómenos sociales”⁷. Pero para dar un concepto adecuado del derecho es importante identificar cuáles son los elementos de estos fenómenos sociales y qué presentan en común. Solo así se puede llegar a un concepto adecuado del derecho

En este sentido, el derecho como orden social, tiene como principal finalidad disuadir a los hombres de realizar ciertas conductas que pueden perjudicar al conjunto de la sociedad y, por otro lado, el reforzamiento de la realización de conductas beneficiosas para los demás.

Con el objetivo de lograr la realización o abstención de determinadas conductas por parte de los hombres, se puede confiar en que cumplirán de forma voluntaria con aquello que se les indica, o por otro lado será necesario acudir al uso de la fuerza⁸.

El uso de la fuerza se entiende como una manera de amenazar al individuo, en el sentido de una sanción que le puede privar de “la propiedad, la libertad, la salud y la vida para evitar precisamente que este realice aquellos actos”⁹. Por lo tanto, los hombres, para evitar este “mal amenazado”, se abstendrán de realizar conductas perjudiciales y cumplirán con las ordenadas¹⁰.

El Derecho tiene como objetivo fundamental la ordenación de las conductas de los individuos dentro de la sociedad, es decir, lograr la paz. Esto parece dar a entender que el uso de la fuerza podría en cierta manera quedar excluido del “Derecho”. Pero Kelsen entiende que “El derecho es una organización de la fuerza: que impone ciertas condiciones al uso de esta en las relaciones humanas”¹¹.

Aunque, realmente, este uso de la fuerza solo está permitido en ciertos casos y a determinadas personas autorizadas por el Estado a tal efecto, las cuales pueden llevar a cabo

⁷ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 25.

⁸ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, trad. de Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida, revisión, estudio y edición preliminar de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2013, p. 2.

⁹ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 33.

¹⁰ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 2.

¹¹ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales* p. 33.

esa “sanción” como un medio de actuación de ese Estado que trata de que el individuo no realice esa conducta.

Por lo tanto, si se tiene en cuenta esa autorización del Estado a determinadas personas para el uso de la fuerza, se puede afirmar, como establece Kelsen, que “el Derecho hace del uso de la fuerza un monopolio de la Comunidad”¹².

Monopolio de la fuerza en favor de la comunidad

En el derecho interno solo se permite hacer uso de la fuerza siempre y cuando el Estado lo permita, ya que de lo contrario estaríamos ante una conducta antijurídica. En consecuencia, va a ser el propio Estado el que va a establecer cuándo la fuerza va a poder emplearse y cuándo no, dando lugar o bien a una sanción o bien a una conducta antijurídica o ilícita. Como ya se ha indicado anteriormente, el individuo autorizado a realizar esa medida coercitiva, actúa como agente de la comunidad y por lo tanto ese acto sería considerado como realizado por la comunidad¹³.

Esto viene a reafirmar lo anteriormente indicado, y es que Kelsen afirma que “La paz garantizada por el derecho no es una situación de completa ausencia de fuerza, sino que es una situación de monopolio de fuerza en favor de la comunidad”¹⁴. Esta idea pone de manifiesto en cierto modo cómo Kelsen admite el uso de la fuerza, pero para determinadas situaciones, siempre que se haga uso de la misma con “plenos poderes” y autorización por parte del Estado (el cual tiene el monopolio de la misma).

Finalmente, tiene su importancia, dentro de este aspecto del monopolio de la fuerza en favor de la comunidad, distinguir entre la posibilidad de que esté “centralizado o descentralizado”¹⁵.

Lo que va a ser determinante para diferenciar entre una posibilidad y otra es que el ordenamiento atribuya a determinados órganos la posibilidad de ejecutar esas medidas coercitivas y también instituirles como órganos decisores para determinar si se ha cometido una conducta antijurídica. En caso contrario, donde se atribuyen estas competencias por el ordenamiento a los perjudicados por el acto, el monopolio es descentralizado¹⁶.

¹² KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 34.

¹³ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 9.

¹⁴ GARCÍA PASCUAL, C: *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, prólogo de Javier de Lucas, Madrid, Trotta, 2015, p. 54.

¹⁵ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 9.

¹⁶ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 10.

Lo que realmente va a determinar que estamos ante un monopolio de la fuerza descentralizado es la presencia de ese llamado principio de “Auto-ayuda o seguridad colectiva”¹⁷. En el caso de que impere este principio nos encontraríamos de la misma forma ante un monopolio en favor de la comunidad en el que el ordenamiento social determina la manera en la que sus integrantes pueden servirse de la fuerza, indicando además cuáles de ellos se encuentran en disposición de la misma¹⁸.

Derecho como Orden Coercitivo

El concepto de Derecho ha presentado bastantes diferencias a lo largo de la historia, pasando por el Derecho de los primeros pueblos hasta un Derecho actual donde Estados Unidos tiene una posición preponderante. Entre toda esta amalgama de Derechos, se pueden apreciar numerosas diferencias, provocadas en gran medida por el progreso social y la evolución jurídica a lo largo de la historia, pero presentan en cierta medida una característica común: la finalidad de que los hombres realicen la conducta deseada por medio de una serie de mecanismos coercitivos o inductores a la realización de la conducta y sancionadores en el caso de oposición o no realización de la misma¹⁹.

En relación con esta evolución jurídica que ha sufrido el derecho es importante hacer referencia a una importante distinción: “sanciones penales y sanciones civiles”²⁰. Ambas emplean medidas coercitivas para conseguir la realización de la conducta querida por el individuo, aunque ambas lógicamente con un fin distinto: prevención o reparación respectivamente.

¹⁷ Para KELSEN, el principio de auto-ayuda o seguridad colectiva es aquel en virtud del cual un ordenamiento jurídico puede facultar u obligar a los sujetos víctimas del acto ilícito, o víctimas no inmediatas del acto ilícito, a reaccionar jurídicamente contra la conducta antijurídica. *Principios de derecho internacional público*, p. 10.

¹⁸ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 10.

¹⁹ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 31.

²⁰ Para KELSEN, las sanciones penales son aquellas que se conciben como un castigo que priva de la vida, la salud, etc... Sin embargo, las sanciones civiles o ejecución civil buscan más la reparación o compensación del daño causado.

4.1.2 La Conducta Antijurídica: El Acto Ilícito

Para entender cómo Kelsen describe la conducta antijurídica, que puede entenderse como la causa de llevarse a cabo una medida coercitiva o sanción, es necesario hacer referencia en primer lugar a las “normas jurídicas y las reglas del derecho”²¹.

Estas se muestran como contrapuestas, no solo en su concepto sino también en su origen, ya que las normas jurídicas tienen su origen en las altas esferas legales, mientras que las reglas del derecho tienen su origen en el ámbito de la “ciencia jurídica”²².

La norma jurídica establece una relación entre la consecuencia jurídica o acto ilícito, con la sanción aplicable a esa conducta. Esta vinculación, en el ámbito de las reglas del derecho, entiende que tales reglas no tienen la consideración de una Ley Natural, sino que su consideración o significación se aproxima más a un concepto en el cual si se produce un acto ilícito debería tener como consecuencia la aplicación de una sanción, aunque esta no llegue a aplicarse a tal efecto. Esta idea viene a reafirmar que estamos ante una aplicación de la medida coercitiva en un contexto de legalidad cuando se comete un acto ilícito²³.

Por lo tanto, una vez hecha tal distinción, es importante hacer referencia a lo que Kelsen entiende como Acto ilícito o conducta antijurídica: “una de las condiciones de la sanción”²⁴, aunque realmente esta definición no es totalmente completa desde el punto de vista jurídico. De acuerdo con esto, sería más adecuada una definición en la que se considera al acto ilegal no como una vulneración del Derecho, sino como una “condición específica y fundamental para la aplicación del mismo”²⁵.

Por lo tanto, se puede deducir que Kelsen considera al acto ilícito como condición de la medida coercitiva, la cual viene establecida por el propio ordenamiento jurídico.

Aunque, esta idea de que la conducta antijurídica es una condición de la medida coercitiva plantea un problema; distinguir la condición del resto de condiciones que nos

²¹ Para KELSEN, las normas jurídicas forman una unidad que tiene por finalidad disponer actos coercitivos como sanciones, reafirma en cierto modo que el derecho es un orden coercitivo. Por otro lado, las reglas del derecho son enunciados que entienden el derecho como un conjunto de normas legales, considerando que cuando se den ciertas circunstancias será necesaria una sanción. *Principios de derecho internacional público*, p. 4.

²² Ciencia jurídica: aquella disciplina que trata de conocer el derecho desde el punto de vista normativo, es decir, tiene como objeto el derecho visto como un conjunto de normas. Consultar en: <http://www.diccionariojuridico.mx/definicion/ciencia-juridica/>.

²³ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público* p. 4.

²⁴ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 45.

²⁵ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 45.

conducen a la medida coercitiva. Esto permite conformar un concepto más amplio de acto ilícito o ilegal: aquella actuación de la persona frente a la cual se aplica una medida coercitiva, teniendo aquella una responsabilidad total respecto de su conducta. La situación anterior se podría calificar como el supuesto general, aunque puede darse el caso en el que el responsable sea otra persona distinta de la que ha realizado la conducta antijurídica²⁶. En este caso entra en juego lo que en el mundo del derecho se conoce como “Responsabilidad colectiva”²⁷.

En este sentido, parece acertado afirmar que la responsabilidad colectiva es una posibilidad de extender el ámbito de aplicación de la medida coercitiva a individuos que no cometieron el acto ilícito, pero presentan una relación con el individuo transgresor, admitida por el Ordenamiento jurídico. La sanción, en el contexto de la responsabilidad colectiva, va a afectar a toda la comunidad, debido a que la misma responde de la conducta antijurídica del infractor, entendiéndose que, si el individuo transgresor forma parte de la comunidad, “la comunidad es responsable, puesto que toda la comunidad ha cometido el delito”²⁸.

4.2 Pacifismo jurídico en el derecho internacional

4.2.1 La paz internacional: Concepto y carácter jurídico

Kelsen, al igual que un gran número de autores, mostraron un gran interés en relación con la problemática que plantea la paz internacional.

El pacifismo jurídico de Kelsen constituye una parte muy importante de su doctrina, siendo una concepción en cierto modo positivista, que entiende o confía en que los Estados tratan de solucionar sus conflictos de forma pacífica, sin recurrir a la guerra, por medio de un sistema de instituciones u órganos internacionales. El pacifismo jurídico de Kelsen presenta gran semejanza con los estudios de Norberto Bobbio.

El pacifismo jurídico puede entenderse como el “conjunto de teorías que conciben el derecho como un elemento esencial para la pacificación de las relaciones internacionales”²⁹, siendo una forma de entender el derecho como un modo de garantizar la paz entre los

²⁶ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 46.

²⁷ La teoría kelseniana entiende como responsabilidad colectiva aquella que tiene lugar cuando el individuo ha realizado una conducta antijurídica, pero él no va a cumplir con la medida coercitiva que corresponde en relación con ese acto ilegal, sino que quien responde del cumplimiento de la sanción es la población que forma parte del Estado, es decir, la comunidad. GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional*, Madrid, 2016, Centro de Estudios políticos y constitucionales, p. 215.

²⁸ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 47.

²⁹ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional*, Madrid, p. 203.

Estados. Gran parte de la doctrina de Kelsen se centra en la pacificación internacional de las relaciones entre los Estados.

Concepto de paz

Kelsen realiza una primera aproximación en relación con la paz, entendiendo como tal, aquella situación en la que “se excluye la guerra”³⁰. Kelsen en su concepción de la paz internacional se muestra distanciado de las corrientes moralistas que definían el derecho internacional en la primera mitad del siglo XX.

En esta primera mitad de siglo es donde se puede apreciar de una manera más clara el profundo rechazo de Kelsen a cualquier solución de tipo bélico o por medio del uso de la fuerza y el objetivo de que por medio del derecho se consiga la paz. Aunque, posteriormente, su doctrina experimenta una gran evolución, afirmando que el derecho solo garantiza la paz cuando “se sustrae legítimamente la fuerza a los particulares y se coloca en manos del Estado”³¹.

Kelsen trata de ayudar, por medio de su doctrina, a la configuración de un orden internacional que tenga por objetivo fundamental la paz en las relaciones internacionales. En este sentido, es necesario hacer referencia a la función principal que para Kelsen tiene el derecho internacional: determinar el ámbito de aplicación de los ordenamientos estatales.

Kelsen entiende que la problemática que plantea la paz solo puede solucionarse por medio del Derecho internacional, entiende este objetivo como una tarea técnica. El orden normativo internacional va a contener actos ilícitos y sanciones, lo que lleva a la conclusión de que se trata de un ordenamiento jurídico internacional³².

Carácter jurídico del derecho internacional

Vista cuál es la función del Derecho internacional, el siguiente paso es comprobar si el derecho internacional puede ser concebido como un conjunto de normas jurídicas.

Kelsen entiende que el Derecho internacional presentará ese carácter jurídico si permite una sanción por parte de un Estado respecto de otro como respuesta de un acto

³⁰ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz*, *Política y Derecho Internacional*, p. 207.

³¹ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz*, *Política y Derecho Internacional*, p. 208.

³² GARCÍA PASCUAL, C: *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, p. 55.

ilícito cometido por ese Estado, no permitiendo estas medidas coercitivas o coactivas para cualquier otra finalidad³³.

En relación con el carácter jurídico del Derecho internacional, es importante hacer una distinción doble:

- Derecho internacional común: aquel derecho que es de aplicación a todos los Estados que forman parte de dicha comunidad.
- Derecho internacional particular: aquel derecho que es de aplicación únicamente para los estados que son parte de acuerdos, tratados y convenios.

La realidad es que el Derecho internacional general, en el momento en el que Kelsen expone su doctrina, no era aplicable debido a que no había tratados o convenios de Derecho internacional general, por lo tanto, Kelsen entiende que el Derecho internacional es en esencia Derecho internacional particular³⁴.

4.2.2 *Represalias*

En el derecho internacional, más concretamente en el ámbito de las relaciones internacionales entre los Estados, se puede hablar de dos maneras de intervenir coercitivamente en el conjunto de intereses de un Estado: “intervención limitada e intervención ilimitada”³⁵.

En relación con la intervención limitada, en el ámbito del Derecho internacional es entendida como un acto ilegal, salvo que se la considere como represalia. Por lo tanto, si se la considera como una manera de reaccionar frente a la conducta antijurídica, está permitida. De acuerdo con esto, se puede extraer un concepto adecuado de represalia: “actos, que, aunque normalmente ilegales, están excepcionalmente permitidos como reacción de un Estado contra una violación de su derecho por otro Estado”³⁶.

Las represalias no presuponen que el uso de la fuerza armada esté totalmente inadmitido, pero en estos casos cabe la posibilidad de que no sea posible discernir entre si se

³³ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 52.

³⁴ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 53.

³⁵ La intervención limitada consiste en que la acción que se emprende contra un Estado se dirija sólo a la violación de ciertos intereses de éste, mientras que en la intervención ilimitada la acción trata de tener efectos sobre todos los intereses. KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 16-17.

³⁶ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 17.

está ante una represalia, o por el contrario nos encontramos ante un supuesto de intervención ilimitada, que tiene como medio para dicha intervención la fuerza armada o conflagración³⁷.

En cualquier caso, las represalias deberán ceñirse al acto ilícito respecto al cual se aplican, sin que en ningún caso puedan ser desproporcionadas. De modo que, lo que realmente está permitiendo el derecho internacional es realizar una conducta en un principio ilegal, pero que es permitida en concepto de represalia como respuesta a la actuación ilegal de otro Estado. Además, aquel Estado que, en virtud del derecho internacional, se sirve de este instrumento para reaccionar contra la conducta realizada por otro Estado puede considerarse que actúa como órgano de la comunidad internacional. De manera que esa reacción, puede entenderse como una reacción de la comunidad³⁸.

4.2.3 Delito y Sanción

Tradicionalmente se ha venido considerando que en el Derecho internacional tiene cabida la llamada conducta antijurídica o ilegal, es decir un determinado comportamiento de un Estado respecto a otro que no es legal. Esto viene a reconocer la existencia en el derecho internacional de la figura del delito, debido en gran medida al conjunto de normas que impiden o favorecen a los Estados la realización de un determinado comportamiento. En relación con estos delitos, Kelsen entiende que en el ámbito del Derecho internacional va a surgir como reacción a ese delito una sanción o medida coercitiva que pone de manifiesto esta doble figura de delito-sanción³⁹.

Sanciones en el derecho internacional

En el ámbito del derecho internacional, generalmente se ha venido entendiendo como sanción “la obligación de reparar el daño moral y material ocasionado por el acto ilícito o conducta antijurídica”⁴⁰.

Kelsen entiende que la obligatoriedad en la reparación del daño causado por parte del Estado que comete el delito solo es efectiva si tal reparación viene establecida por un acuerdo o convenio al que hubieran llegado el Estado afectado por el delito y el Estado infractor. Sin embargo, cuando la obligatoriedad de reparar el daño venga establecida, en el

³⁷ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 17-18.

³⁸ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 18.

³⁹ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 54.

⁴⁰ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 14.

ámbito internacional, simplemente por el delito, no se la considerará como medida coercitiva o sanción⁴¹.

En cierta manera, la sanción como medio de reparación del daño presenta una característica fundamental que afirma que la obligación de reparar tiene su origen en un incumplimiento por parte del Estado de su obligación preferente, es decir, “la obligación de reparar substituye a la obligación violada”⁴².

El derecho internacional no obliga de forma general a reparar el daño, sino que esta obligación se deja en manos de los Estados interesados, por medio del reconocimiento por parte de aquellos que han cometido una conducta antijurídica y siempre que cuente con un acuerdo alcanzado entre Estado transgresor y Estado dañado. Este acuerdo en un gran número de casos no llega a producirse, e incluso llegando a acordarse no permite el establecimiento de la obligación de reparar el daño si no se ha alcanzado también un acuerdo en relación a la composición de la obligación. Se establece por lo tanto un sistema de doble acuerdo para tener por existente tal obligación, de manera que si no se dan, esta obligación no tiene cabida⁴³.

Lo que hace el derecho internacional es ofrecer al Estado infractor una posibilidad de evitar las sanciones del ordenamiento jurídico internacional si los Estados parte consiguen adoptar un acuerdo de reparación y el cumplimiento de lo establecido por el mismo. Aunque, esto no quiere decir que la reparación en el ámbito del derecho internacional sea matemática, es decir no necesariamente esta obligación tiene por qué considerarse como medida coercitiva. Este pensamiento nos conduce a la idea general de que “la medida coercitiva y la reparación del daño son diferentes”⁴⁴.

En cierta medida, se puede decir que la medida coercitiva es una consecuencia de la conducta dañosa y del hecho de que no se cumpla con la obligación de reparar el daño. Es decir, una condiciona la aparición de la otra.

Medidas coercitivas

Kelsen trata de entender si en el derecho internacional tienen cabida una serie de medidas que tienen su origen en un determinado comportamiento de los Estados y si estas medidas pueden ser denominadas como sanciones. En este caso entra en juego el hecho de

⁴¹ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 55.

⁴² KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 14.

⁴³ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 15.

⁴⁴ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 15.

que el derecho internacional presenta una configuración descentralizada. Estas medidas únicamente se encuentran a disposición de los Estados particulares, de manera que solo ellos pueden hacer uso de estas medidas coercitivas como sanciones y por lo tanto encontrarse facultados para aplicarlas.

4.3 Guerra en el Derecho Internacional

4.3.1 Concepto

A la hora de abordar el concepto de la guerra, Kelsen primero trata de responder una cuestión de cierta importancia consistente en determinar si en el caso de que un Estado por medio del Uso de la fuerza armada interviene en el ámbito de los intereses de otro y por lo tanto se podría considerar como conducta antijurídica constituyendo el fundamento para que el otro Estado reaccione mediante una medida coercitiva, o si bien se considera tal intromisión como una propia medida coercitiva en sí misma. Realmente, lo que Kelsen trata de determinar es si la única guerra posible es aquella que consiste en una sanción y si cualquier otro tipo de guerra no tendría cabida dentro del Derecho internacional⁴⁵.

Es cierto que, a la hora de establecer un concepto de guerra, existe en el ámbito doctrinal una cierta controversia, algunos autores entienden que presenta un cierto carácter condicional, otros autores como Grocio incluso entienden la guerra como “la condición de aquellos que compiten por la fuerza”⁴⁶.

Estos autores realmente conciben la guerra como un estado, en el sentido de que el Estado que se encuentre en esta situación o estado de guerra frente a otro va a provocar la aplicación de la normativa internacional reguladora de esta situación bélica. El detonante del llamado Estado de guerra va a ser siempre una sanción que lleve aparejada la utilización de fuerza armada, incluso para otros autores se consideraría como causa de guerra la simple comunicación por parte de un Estado que confirme su intencionalidad de recurrir a la guerra, aunque después la misma no se produzca⁴⁷.

La mayor parte de estos autores que entienden que con la simple intención de recurrir a la guerra por parte de otro Estado, se apliquen ciertas normas de Derecho Internacional, aunque todavía no se haya usado la fuerza armada. La realidad es bien distinta ya que “la

⁴⁵ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 18.

⁴⁶ H. GROCIO: *De iure belli ac pacis* (1625), libro I, cap I, sec.2, p. 1.

⁴⁷ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 18.

mayor parte normas de Derecho Internacional relativas a la guerra solo se van a aplicar si realmente ha habido uso de la fuerza armada”⁴⁸.

Finalmente, Kelsen entiende que la guerra es en cierta medida un “fenómeno estrictamente jurídico”⁴⁹, una acción con características específicas, que únicamente puede consistir en un acto ilícito cuando se incumple lo normativa internacional, o bien puede consistir en una medida reaccionaria frente a una conducta o comportamiento ilegal de otro Estado, entrando en juego esa dualidad existente de guerra justa-injusta⁵⁰.

Otra idea generalizada en el ámbito internacional interpreta la guerra como el conflicto entre dos Estados que utilizan su poder armado. En consecuencia, si nos encontramos ante una situación en la que un Estado sirviéndose de su poder armado impone a otro una medida y este no responde de la misma manera, no habría en consecuencia una contienda. Esta idea no tiene especial transcendencia. Por lo tanto, se pone de manifiesto la importancia de una autoridad que decida sobre qué hechos pueden calificarse como guerra y cuáles no, correspondiendo tal obligación a los propios Estados que tendrán que aplicar las normas internacionales cuando no se haya constituido tal autoridad. Es decir, realmente son los Estados los que van a determinar si hay o no guerra entre ellos, pudiendo un Estado determinar que está en guerra con otra sin necesidad de reacción y sin que el infractor haya puesto de manifiesto su intención de guerra⁵¹.

La guerra va a existir independientemente de si hay reacción por parte del Estado perjudicado.

4.3.2 Tipología

Guerra y reacción

Esta distinción tiene importancia a la hora de determinar si nos encontramos ante una conducta antijurídica y por lo tanto ilegal, o si por el contrario nos encontramos ante una medida coercitiva o sanción y por lo tanto legal. Se trata de establecer si nos encontramos ante una situación de guerra legal o ilegal⁵².

En este sentido, si un Estado hace la guerra contra otro de una forma unilateral, no será legal, pero la reacción de este Estado como respuesta a esa actuación sí que puede ser

⁴⁸ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 18.

⁴⁹ GARCÍA PASCUAL, C: *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, p. 56.

⁵⁰ GARCÍA PASCUAL, C: *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, p. 56.

⁵¹ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 20.

⁵² KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 20.

válida, siempre que no vaya contra alguna disposición internacional que prohíba la guerra como reacción al ataque de otro Estado, imponiendo una medida coercitiva si tal disposición no se cumple.

En el caso de que no haya ningún tipo de norma que impida la reacción por parte del Estado atacado, este puede recurrir a la guerra frente a ese acto de guerra ilícito por parte del Estado infractor.

Esta posibilidad de reacción, no solo se permite al Estado perjudicado por el acto ilícito, sino que también estaría facultado otro Estado o tercero que colabora con el Estado perjudicado a la hora de reaccionar.

En definitiva, si la guerra y la reacción no se diferencian adecuadamente, puede suponer en cierta medida un conflicto de conceptos, ya que se estaría afirmando por un lado que la guerra es un comportamiento ilegal y prohibido y, por otro lado, que la guerra es legal.

Por lo que la guerra en el derecho internacional no está permitida bajo ningún concepto cuando consista en una acción unilateral por parte de un Estado contra otro, pero sí estará permitida cuando se trate de una reacción contra una actuación ilegal de otro Estado.

Kelsen concluye que: “la guerra de agresión está prohibida, pero no la guerra hecha por el Estado que se defiende del agresor”⁵³.

En consecuencia, para Kelsen los Estados no tienen ningún derecho a la guerra para solucionar conflictos de carácter internacional, sino que solo se puede recurrir a ella como medida coercitiva, como contra-guerra⁵⁴.

Guerra de ataque y guerra defensiva

En el caso de que estemos ante una guerra como mecanismo de sanción, tiene importancia saber si la reacción a esa medida coercitiva es legal o ilegal.

En el derecho interno no tiene cabida la reacción contra una medida sancionadora, considerándose ilegal y provocando la aplicación de otra medida coercitiva. En el ámbito internacional esta cuestión presenta un tratamiento semejante, impidiendo la reacción del Estado contra la medida sancionadora, y posibilitando la adopción de más sanciones respecto del Estado reaccionario⁵⁵.

⁵³ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 21.

⁵⁴ GARCÍA PASCUAL, C: *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, p. 57.

⁵⁵ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 22.

Aunque, en determinados casos, cuando se acude a la guerra como mecanismo de sanción frente a un comportamiento vulnerador de la normativa internacional, que luego no puede considerarse como un acto de guerra frente al Estado sancionador, supone que la actuación sancionadora de este es ilícita o ilegal. Esta actuación estaría prohibida ya que se estaría ante una guerra de ataque o agresión.

Este planteamiento nos permite identificar también “la guerra de defensa con la contra-guerra”⁵⁶. La guerra de defensa va a estar sometida a una serie de limitaciones que establecen que solo se puede recurrir a ella como respuesta a una actuación ilegal o conducta antijurídica.

La guerra de agresión no siempre va a ser considerada ilegal, al igual que la guerra defensiva no siempre va a cumplir con la legalidad. Esta idea se pone de manifiesto en el Pacto de “Kellog-Briand”⁵⁷, en el que se establece que cada uno de los Estados que forma parte del mismo tiene la posibilidad de acudir a la guerra frente a cualquier otro Estado parte del mismo que haya realizado cualquier comportamiento que vulnere el pacto. Es decir, cualquier Estado parte del pacto acude a la guerra contra otro Estado vulnerador sin necesidad de que el Estado infractor haya atacado al anterior⁵⁸.

Por lo tanto, en este caso no es de aplicación la guerra de defensa o contra-guerra, y la guerra de ataque o agresión sería lícita de acuerdo con el Pacto.

La guerra de defensa tiene como presupuesto indispensable, la realización de un acto ilícito por parte de un Estado. Solo en este caso la contra-guerra es admisible, ya que cuando estemos ante un supuesto de guerra-sanción, la reacción contra la misma sería ilegal desde el punto de vista del derecho internacional.

El mismo tratamiento se da a la guerra de defensa en la Carta de Naciones Unidas, ya que a tenor de lo establecido en la carta por el "artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas"⁵⁹, se entiende que la guerra de defensa no es una reacción a la guerra sancionadora llevada a cabo por Naciones Unidas.

⁵⁶ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 22.

⁵⁷ El pacto de Kellog-Briand o pacto de París, firmado en 1928, establecía un compromiso por parte de los Estados firmantes de abstenerse de recurrir a la guerra y tratar de solucionar las controversias entre ellos por medio de medios pacíficos. Se compone de tres artículos. Consultar en: <http://www.historiasiglo20.org/GLOS/pactobriandkellogg.htm>.

⁵⁸ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 23.

⁵⁹ *Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los*

Diferencias entre la Guerra interna o civil y la Guerra entre Estados

En el ámbito del Derecho internacional, el concepto de guerra se define como la “acción dirigida por un Estado contra otro”⁶⁰. De acuerdo con esta idea, no estaremos en el supuesto de guerra internacional si las dos partes en conflicto no son Estados.

La guerra interna, que tiene lugar entre las autoridades de un país y algunos de sus ciudadanos o nacionales, no es guerra internacional sino guerra civil. El problema se plantea cuando otro Estado interviene en la guerra civil de un Estado apoyando a las autoridades legítimas del Estado en guerra, de manera que todo tipo de actuación realizada por el Estado auxiliador, se entenderá como si fuera realizada por el Estado en guerra, ya que se encontraría autorizado por este a tal efecto⁶¹.

4.3.3 Finalidad

A lo largo de la historia se ha venido entendiendo que la finalidad de la guerra consistía simplemente en la victoria de alguno de los contrincantes. Parece difícil entender que alguno de los Estados en conflicto únicamente quisiera defenderse de los ataques externos, pero muchos autores cada vez reconocen de forma más mayoritaria esta finalidad defensiva de la guerra, de tratar de diezmar al enemigo, donde no haya ni ganadores ni perdedores.

Aunque, a pesar de esta corriente cada vez más mayoritaria, la guerra sigue teniendo por finalidad la imposición de “una medida coercitiva que comporta el uso de la fuerza armada por un Estado contra otro, y que supone una intervención ilimitada en la esfera de intereses del otro Estado”⁶².

4.3.4 Interpretaciones

En este sentido, Kelsen entiende que existen dos interpretaciones de la guerra en cierto modo contrapuestas.

Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Consultar en: <https://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-vii/index.htm>, art 51 de la Carta de Naciones Unidas.

⁶⁰ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 25.

⁶¹ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 24.

⁶² KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 24.

La primera de las interpretaciones entiende que la guerra “no es ni delito ni sanción”⁶³. De acuerdo con esta idea, aquellos Estados, que no estando adscritos a ningún tipo de acuerdo o de Convenio que les prohíba acudir a la guerra, podrán recurrir a ella frente a otros Estados sin que con ello estén vulnerando la normativa internacional. Por lo tanto, Kelsen entiende que esta interpretación no atribuye el carácter de delito a la guerra, permitiéndola en el ámbito internacional. Esta interpretación tampoco permite entender la guerra como medida coercitiva, en el sentido de que el Estado no puede acudir a ella como acto reaccionario⁶⁴.

La segunda interpretación no permite la guerra salvo que se recurra a ella como medida reaccionaria frente al comportamiento ilícito de otro Estado. Kelsen entiende que esta idea conforma la doctrina del “Bellum Justum” o guerra justa como respuesta a un acto ilícito o ilegal.

4.3.5 Regulación y reglas

El ordenamiento jurídico internacional no se limita a establecer en que situaciones se permite acudir a la guerra (medida coercitiva) y en que situaciones no se permite (ilícito internacional), sino que también va a cumplir con una función reguladora de la guerra estableciendo una serie de disposiciones relativas a su desarrollo, personas contra las que se puede dirigir, ocupación de otros territorios, armamento y disposiciones relativas a la guerra marítima y aérea.

Esta función reguladora de la guerra del derecho internacional va a regir con independencia de la legalidad o antijuricidad de la guerra. No tiene el mismo tratamiento un comportamiento que vulnera la normativa internacional por acudir a la guerra en aquellas situaciones en las que no se permite, que un comportamiento vulnerador de la normativa reguladora de la guerra. Las posibles medidas coercitivas frente a ambos comportamientos son diferentes. En el primer caso, la medida coercitiva puede consistir bien en la reacción del Estado agredido o bien en las posibles represalias o reacciones de otros Estados que forman parte de un tratado constituido con una finalidad auxiliadora, mientras que en el segundo caso, la medida coercitiva únicamente puede consistir en las represalias que pueda adoptar el Estado parte de un conflicto bélico frente al Estado causante de tal comportamiento vulnerador⁶⁵.

⁶³ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 57.

⁶⁴ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 57.

⁶⁵ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 50.

La normativa que determina la manera en la que debe desarrollarse la guerra, tiene una naturaleza consuetudinaria o convencional. Si tiene naturaleza consuetudinaria, las normas tendrán la consideración de derecho internacional general. Sin embargo, si la normativa tiene naturaleza convencional, las normas tendrán la consideración de derecho internacional particular. En este segundo supuesto las normas convencionales únicamente serán de aplicación para los Estados adoptantes de la misma. En este sentido, tiene importancia una cláusula de ámbito internacional que tiene por objeto establecer ciertas limitaciones cuando un tratado ha sido concertado no por todos los Estados, sino por algunos de ellos. La cláusula de integración o participación tiene por objeto limitar la aplicación de un tratado a aquellos supuestos en los que las partes en conflicto son también partes en el tratado, de manera que si una de las partes en conflicto no ha suscrito el tratado o no respeta las disposiciones del mismo será excluido de la aplicación del mismo⁶⁶.

Los tratados normalmente suelen referirse a la prohibición en la utilización de ciertos tipos de armas especialmente perjudiciales, aplicables a los Estados en conflicto suscriptores de los mismos, permitiendo en su defecto; su ejecución frente a los Estados beligerantes que no sean parte de estos tratados internacionales o que no respeten sus términos.

Estas normas de tipo convencional van a determinar la manera en la que debe desarrollarse un conflicto bélico estableciendo ciertas limitaciones o prohibiciones en la contienda relativas a su iniciación o terminación: individuos frente a los que puede dirigirse, prohibición en el empleo de determinados tipos de armas... etc.

Comienzo y finalización de las hostilidades

A la hora de determinar el inicio de las hostilidades es importante hacer referencia a la Convención III del 18 de octubre de 1907 que establece la manera en la que debe iniciarse las hostilidades entre los Estados imponiendo una obligación de carácter previo. Las hostilidades entre los Estados no van a poder tener si lugar si previamente no ha habido un aviso o advertencia de guerra⁶⁷.

La realidad es bien distinta, ya que la mayor parte de las hostilidades entre los Estados siempre han comenzado sin ningún tipo de advertencia previa, es decir, sin respetar esta obligación de carácter previo.

⁶⁶ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 51.

⁶⁷ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 52.

La finalización de las hostilidades suele tener como denominador común al pacifismo. Cuando los Estados suscriben un tratado de paz persiguen una finalidad pacifista, que ponga fin a la contienda e impida todo tipo de actos beligerantes entre los suscriptores del tratado de paz. La realización de actos que vayan contra las disposiciones de un tratado de paz, una vez que este haya adquirido vigencia, serán considerados como ilegales o ilícitos. El comportamiento vulnerador de un tratado de paz por parte de un Estado suscriptor supone que la guerra no ha finalizado con el tratado de paz, sino que las hostilidades entre Estados finalizan cuando todas las partes cumplen con lo establecido por el tratado⁶⁸.

Para Kelsen, la idea de finalizar la guerra por medio de un tratado de paz es en cierta medida compleja. En primer lugar, algunos conflictos bélicos no son susceptibles de terminar con un Tratado de Paz, bien porque alguno de los Estados ha sido ocupado, se han constituido nuevos Estados u otra serie de situaciones que hacen imposible la suscripción de un tratado. En segundo lugar, el hecho de que el tratado tenga por objeto impedir determinados actos bélicos por parte de los Estados carece de sentido si se concibe la guerra como mecanismo de sanción o como conducta antijurídica⁶⁹.

La guerra como sanción tiene por objeto recurrir a ella como reacción, como medida sancionadora aplicable a un Estado infractor o agresor, de manera que la medida sancionadora –guerra- finaliza cuando cumple con su objetivo, no con la firma de un tratado de paz. Por otro lado, si se considera a la guerra como un acto ilícito o antijurídico, no es posible la suscripción de un tratado que prohíba la realización de actos de guerra, ya que esta prohibición viene establecida implícitamente en el derecho internacional general cuando se considera a la guerra como un acto ilícito o antijurídico.

Individuos susceptibles de un conflicto bélico

Kelsen entiende la guerra como una medida coercitiva realizada por medio de las fuerzas militares de un Estado contra otro. La guerra va a consistir en una serie de actos que tienen por finalidad perjudicar a determinados aspectos de la vida de los individuos. En este sentido, es importante hacer referencia al afán limitador del derecho internacional en relación con los efectos destructivos de la guerra, de manera que esta solo afecte o perjudique a aquellos individuos que forman parte de las fuerzas militares del Estado⁷⁰.

⁶⁸ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 54.

⁶⁹ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 54

⁷⁰ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 55

Se trata en cierta medida de limitar el ámbito de aplicación de la guerra para evitar que la población se vea afectada en su totalidad por el poder destructivo de la guerra. Sin embargo, es difícil determinar que individuos forman parte de las fuerzas armadas y cuáles no.

También tiene su importancia distinguir entre una participación activa en las “fuerzas armadas (miembros combatientes) y una participación más pasiva de los miembros no combatientes (médicos, enfermeros)”⁷¹, debido a que se van a establecer una serie de reglas en función de una u otra posibilidad.

Los miembros no combatientes no pueden ser retenidos por el Estado contrincante ni tampoco se les puede apresar, tienen que ser de inmediato repatriados al Estado de origen. Por su parte, los miembros combatientes si han manifestado su rendición o renuncia a las armas no podrán ser atacados o matados y deberán ser devueltos a su Estado al término de la contienda si se encontraban cautivos o apresados.

Todas estas reglas que determinan la manera en la que los actos de guerra pueden dirigirse contra los individuos, tienen la consideración de “derecho consuetudinario internacional”⁷².

Es importante en relación con esta materia hacer referencia a la Convención de 1907 relativa a la guerra terrestre y la Convención de 1929 de Ginebra relativo al trato de los heridos. Se trata de normas de tipo convencional que recogen las reglas anteriormente mencionadas en relación con los combatientes y los no combatientes.

Armas y medios destructivos

Las normas reguladoras de la guerra también tratan de limitar o prohibir el uso de ciertos medios de destrucción en las contiendas. Se trata de nuevo de normas internacionales convencionales de derecho consuetudinario.

La Convención de la Haya de 1907 relativa al empleo de la guerra terrestre establece la prohibición de usar ciertos tipos de armas, balas. Al igual que las normas que limitan o establecen frente a que individuos puede dirigirse la guerra, las normas que limitan el uso de ciertos medios destructivos son normas de tipo convencional⁷³.

⁷¹ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 54.

⁷² KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 55.

⁷³ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 56.

Reglas relativas a la guerra marítima y aérea

El derecho internacional cuenta con un conjunto de normas aplicables a los conflictos bélicos que tienen lugar en el mar. Se trata de una serie de normas de derecho consuetudinario que regulan la manera en la que ha de desarrollarse la guerra en el mar⁷⁴.

Este tipo de conflictos bélicos presentan una característica general: “la guerra tiene lugar entre las fuerzas armadas de los Estados por medio de buques de guerra”⁷⁵. Solamente en este tipo de buques pueden realizarse actuaciones de guerra, capturar enemigos...etc.

Los buques de guerra deben distinguirse de los buques mercantes mediante una serie de signos externos que permitan su identificación y diferenciación, permitiendo además la posible conversión de los buques mercantes en buques de guerra mediante el cumplimiento de una serie de requisitos establecidos a tal efecto.

Kelsen sostiene que las normas de derecho internacional que determinan la manera en la que ha de desarrollarse la guerra se encuentran recogidas en tratados internacionales convencionales. En este sentido, es destacable la Declaración de París de 1856 que prohíbe el “corso”⁷⁶, o la Convención IX de 1907 que prohíbe el ataque a poblados, puertos o ciudades indefensas por parte de los buques de guerra.

La doctrina kelseniana analiza de una forma general el derecho internacional consuetudinario que rige el modo en que debe producirse la guerra en el mar. Además, respecto de la guerra en el aire, es adecuado afirmar que no existe una normativa específica que regule la manera en la que debe desarrollarse la guerra aérea, sino que se aplica de forma subsidiaria algunas de las disposiciones relativas a la guerra en el mar o los individuos frente a quien se puede dirigir la contienda.

Kelsen entiende que, siempre que se recurra a la guerra como mecanismo de sanción, estas reglas de derecho internacional deberán ser respetadas en su totalidad por los Estados beligerantes.

⁷⁴ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 61.

⁷⁵ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 61.

⁷⁶ El corso puede definirse como aquella práctica internacional que tenía por finalidad encargar a buques privados determinados actos de guerra. KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 61.

4.4 “Bellum Justum”. La Guerra como mecanismo de sanción

4.4.1 Doctrina y Evolución

Como ya se ha indicado anteriormente, Kelsen sostiene que la guerra está prohibida en el derecho internacional. Solo se permite recurrir a ella como reacción a un determinado comportamiento ilegal de otro Estado, es decir como reacción. Además, conviene recordar que no solo corresponde al Estado agraviado esta posibilidad, sino que también pueden hacer uso de la guerra como reacción otros Estados que presten su ayuda al Estado agraviado⁷⁷.

En conclusión, Kelsen entiende que “la guerra ha de consistir en una sanción al igual que las represalias”⁷⁸. Esta argumentación es el eje de la doctrina kelseniana del “bellum justum” o guerra justa.

Desde la perspectiva de que la única guerra en cierto modo legítima es la que constituye una medida coercitiva de derecho internacional, Kelsen establece una relación entre el derecho internacional y la guerra lícita, considerando como presupuestos básicos del orden jurídico internacional la resolución de los conflictos por medio de mecanismos pacíficos. El conflicto bélico solo será legal si tiene base en la defensa y en la sanción.

Kelsen se muestra muy crítico con la visión imperialista o permisiva de la guerra entre los Estados. Considera que tales visiones de la guerra son totalmente contrarias a derecho. Kelsen y Smith representan una contraposición absoluta en relación con la guerra ya que Smith es un ferviente defensor de la guerra soberana y de la posibilidad de que los Estados puedan acudir a ella sin necesidad de que se la considere como una respuesta a un acto ilícito⁷⁹.

Evolución histórica del “bellum justum”

En cierto modo, esta idea de la guerra justa no tiene su origen con Kelsen, ni tampoco se entiende que aparece en el siglo XX, sino que la idea de que la única guerra que puede considerarse legal es la que tiene por objeto reaccionar contra un acto ilegal tiene un origen primitivo.

A este origen primitivo hace referencia Radcliffe Brown en su artículo “Primitive Law” donde establece que “El hecho de hacer la guerra es en algunas comunidades, como

⁷⁷ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 25.

⁷⁸ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 25.

⁷⁹ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional*, Madrid, 2016, Centro de Estudios políticos y constitucionales, p. 225.

las de las hordas australianas, un acto de represalia de un grupo contra otro que es causante de un perjuicio o agravio”⁸⁰, siguiendo un procedimiento que establece la aplicación de una serie de usos o costumbres que en cierta medida se refleja con el Derecho internacional moderno.

Debido a ese origen primitivo que presenta el derecho internacional, Kelsen entiende que es lógico que la doctrina del *bellum justum* tenga el mismo origen, ya que esta doctrina se integra en el derecho internacional.

Esta doctrina no es en ningún caso resultado de una evolución o de una concepción moderna, ya existía en las sociedades más primitivas. En el ámbito de las tribus salvajes realmente no había un castigo colectivo de la sociedad, sino que estábamos más ante un tipo de reacción como venganza o un castigo interpuesto por la autoridad o jefe de la tribu. Esta venganza o reacción primitiva constituye en cierta medida el origen de las medidas coercitivas⁸¹.

El concepto de guerra-justa también se encuentra en el Derecho de los Antiguos Griegos y en el Derecho Romano, donde se afirmaba que no era posible una guerra sin justa causa o justificación suficiente para recurrir a ellas. En el ámbito del Derecho romano, Cicerón entiende que “las guerras únicamente son legales si se fundamentan en la venganza o en la defensa”⁸².

También es destacable el desarrollo de esta teoría en autores como San Agustín, Santo Tomás de Aquino, Grocio. Todos estos autores optan por una misma dirección, estableciendo la necesidad de una justa causa que permita recurrir a la guerra, y esa causa debe consistir en el hecho de haber sido víctima de un acto ilícito⁸³.

Esta teoría no tiene una gran influencia durante el siglo XIX, pero después de la Segunda Guerra Mundial es de nuevo muy influyente en un gran número de autores y en especial en Kelsen, el cual era considerado como un pacifista que aborrecía la guerra, influido claramente por el contexto histórico en el que vivió.

⁸⁰ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 65.

⁸¹ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 64-65.

⁸² CICERON, *De república*, p. 23.

⁸³ GARCÍA PASCUAL, C: *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, p. 57-58.

4.4.2 Argumentaciones contrarias a la Teoría

Kelsen rechaza claramente la idea de una guerra soberana de un Estado frente a otro. Como ya se ha indicado, la teoría kelseniana solo admite la posibilidad de un tipo de guerra, la guerra justa, es decir la guerra como reacción, como medida sancionadora frente a la conducta ilícita de otro Estado que vulnera el derecho internacional.

Kelsen entiende que esta teoría de la guerra justa cuenta con una serie de argumentaciones a su favor, considerando en primer lugar que esta posibilidad de guerra justa tiene su origen en la moral. La moralidad internacional va a considerarse en cierta medida como el conductor del derecho internacional, de manera que, si esta Teoría tiene sentido desde el punto de vista moral, probablemente goce de reconocimiento en el derecho internacional⁸⁴.

Además de esta argumentación fundamentada en la moral, la teoría kelseniana entiende que existen otra serie de argumentaciones a favor de esta doctrina que parten de las respuestas de Kelsen a una serie de opiniones que se muestran contrarias a la idea de una guerra justa.

Se trata de una serie de objeciones que se oponen a que el “bellum justum” se integre en el Derecho internacional.

El primero de estos argumentos en contra de la guerra justa, se fundamenta en la inexistencia de una autoridad en el derecho internacional que tenga por finalidad decidir si esa guerra como reacción de un Estado respecto a otro es lícita o ilícita. El segundo argumento se fundamenta en que la guerra como mecanismo de sanción solo puede ser realizada por aquel Estado que goce de un mayor poder, es decir, el que tenga mayor fuerza para obligar⁸⁵.

Frente a estas críticas, Kelsen entiende que estas argumentaciones también serían de aplicación respecto de las represalias, aunque es claro en el derecho internacional que las represalias tienen la consideración de sanción, por lo tanto, la guerra justa o la guerra como mecanismo de sanción va a tener esa misma finalidad y por lo tanto debe ser admitida⁸⁶.

Un tercer argumento en contra de esta teoría entiende que la guerra es un mecanismo que trata de conseguir un resultado que se pretende alcanzar de forma pacífica pero que no

⁸⁴ GARCÍA PASCUAL, C: *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, p. 58.

⁸⁵ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 26.

⁸⁶ GARCÍA PASCUAL, C: *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, p. 59.

resulta posible. Es decir, conforme a este argumento la guerra sería como un instrumento subsidiario para conseguir el resultado esperado. Este argumento realmente pone de manifiesto que, en caso de que no haya una autoridad legislativa que trate de adaptar el derecho a los cambios que se dan en la realidad, la guerra realizaría esta función⁸⁷.

Frente a este argumento, Kelsen afirma que la finalidad de la guerra no es la de adaptar o cambiar el derecho internacional ni tampoco su finalidad de ordenar y regular jurídicamente las relaciones que se producen entre los Estados o sujetos de Derecho internacional. En contraposición, “van a ser los tratados de paz suscritos por los Estados los que van a realizar esta función”⁸⁸.

Este último argumento que aporta Kelsen como respuesta a la tercera de las críticas en contra de la guerra justa, puede entenderse como una crítica a la Carta de Naciones Unidas, ya que esta norma trata de regular las relaciones entre los Estados, pero como esta organización se constituyó por los vencedores de la Segunda Guerra Mundial, estos imponen sus voluntades frente a los demás, de manera que es imposible que lleven a cabo una adecuada modificación del derecho internacional, como sí ocurre con los tratados de paz⁸⁹.

Kelsen aporta un argumento final que acaba con este debate doctrinal acerca de la idea de guerra justa, entendiendo que como consecuencia de los conflictos bélicos que asolaron Europa en el siglo XX, el hecho de recurrir a la guerra de forma soberana queda totalmente prohibido en el ámbito del derecho internacional gracias a la firma de una serie de tratados firmados por un gran número de países (Pacto de la Sociedad de Naciones, Pacto de Kellogg-Briand y la Carta de Naciones Unidas)⁹⁰.

4.4.3 “*Bellum Justum*” en el Derecho Internacional

Como se ha indicado anteriormente, la teoría del “*bellum justum*” es el fundamento de algunos tratados o convenios que gozan de un estatus especial en el ordenamiento jurídico internacional: “El Tratado de Versalles”⁹¹, Pacto de la Sociedad de Naciones y el Pacto de París.

⁸⁷ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 27.

⁸⁸ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 27.

⁸⁹ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 27.

⁹⁰ GARCÍA PASCUAL, C: *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, p. 59.

⁹¹ El Tratado de Versalles o Paz de Versalles, firmado en 1919, es el tratado de paz mediante el cual se pudo fin a la Segunda Guerra Mundial. Se redactó atendiendo únicamente a los intereses de los vencedores (Francia, Reino Unido, Italia y Estados Unidos). Impuso a Alemania una serie de condiciones especialmente duras, como, por ejemplo, la limitación de su ejército o unas

El Tratado de Versalles presentaba un artículo de especial importancia. El artículo 231 sostenía que Alemania debía cumplir con las indemnizaciones exigidas en concepto de reparaciones de guerra, por entender que Alemania había cometido un acto ilícito, es decir había emprendido una guerra de ataque frente a otros Estados⁹².

Por lo tanto, este artículo consideraba la actuación de Alemania como un acto ilegal en el ámbito del ordenamiento jurídico internacional, consideró la guerra soberana como ilegal, de manera que este artículo pone de manifiesto cómo no es posible admitir en el ámbito internacional el hecho de que un Estado recurra a la guerra contra otro sin ningún motivo. Por el contrario, si este comportamiento de Alemania no se hubiera considerado ilícito, el Estado Alemán no se hubiera visto obligado cumplir con estas “reparaciones de guerra”⁹³, ya que al no haber comportamiento ilícito no tiene sentido ningún tipo de sanción.

La guerra emprendida por Alemania y sus países afines, se consideró ilícita porque no había ninguna causa que justificase este ataque por parte de los Estados agresores, es decir, no habían sido dañados, ni perjudicados, simplemente habían recurrido a la guerra de forma soberana frente a otros Estados⁹⁴.

El Pacto de la Sociedad de Naciones se refiere también a la teoría de la guerra justa, estableciendo en su artículo 15 la posibilidad que tienen los integrantes de esta Sociedad de acudir a la guerra contra otros Estados integrantes de la Sociedad, siempre que sea necesario para mantener la seguridad jurídica y la paz internacional. Solo permite la guerra como reacción ante un comportamiento antijurídico, como mecanismo de sanción, reconociendo el “bellum justum”⁹⁵.

En este sentido, es importante también destacar lo establecido por el Tratado de París o Pacto de Kellogg-Briand, 1928, en relación con esta materia. Este pacto no permite la guerra, salvo que se acuda a ella como reacción a un comportamiento ilícito por parte de otro Estado, que vulnere el orden jurídico internacional. Permite la guerra como represalia.

indemnizaciones exorbitantes en concepto de reparaciones de guerra como recogía el artículo 231 del Tratado. Consultar en: <http://www.claseshistoria.com/2guerramundial/causas-versalles.html>.

⁹² KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 61.

⁹³ Las reparaciones de guerra consisten en indemnizaciones que se establecen al finalizar un conflicto bélico para compensar los daños humanos y materiales ocasionados durante la contienda y que debe pagar el país o bloque de países derrotado al país o bloque de países vencedor. Consultar en: <http://www.encyclonet.com/articulo/reparaciones-de-guerra/>.

⁹⁴ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 62.

⁹⁵ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 62.

4.4.4 Guerra justa: Kelsen versus Schmitt

El debate doctrinal entre Hans Kelsen y Schmitt es uno de los más característicos en el ámbito de la Filosofía del Derecho. Ambos presentan argumentaciones totalmente contrapuestas. En el caso de Kelsen nos encontramos ante una concepción pacifista, mientras que Schmitt se centra más en una concepción imperialista⁹⁶.

“La filosofía jurídica y política de Schmitt es ante todo una reacción a los ideales que informan el pensamiento de Kelsen”⁹⁷

Para Kelsen, la idea del “bellum justum” no tiene su fundamento en la moral, sino que tiene su fundamento en el derecho. Kelsen únicamente entiende la guerra como reacción al comportamiento de otro Estado que infringe el orden jurídico internacional, entiende la guerra como mecanismo de sanción. Kelsen prohíbe toda guerra que “no sea sanción, que sea contraria a derecho y, por lo tanto, ilegal”⁹⁸.

Esta concepción kelseniana de la guerra nos muestra claramente a un autor pacifista, contrario a la guerra, que se muestra partidario de la resolución pacífica de los conflictos internacionales.

Frente a esta concepción, surgen una serie de argumentaciones o críticas, de entre las cuáles sobresale una: “la guerra como facultad soberana del Estado”⁹⁹. Esta idea tiene como máximo representante a Schmitt, que sostiene la función subsidiaria del derecho respecto de la política. En contraposición, Kelsen entiende que la política se encuentra totalmente sometida al ámbito jurídico.

Carl Schmitt fue un conocido jurista alemán, que nació en 1888 en Westfalia. Estudió Derecho en Berlín, Múnich y Estrasburgo, posteriormente se doctora y comienza su labor académica. Después de la Segunda Guerra Mundial, es objeto de interrogatorio en los juicios de Núremberg, ya que en cierto modo mostró un pensamiento próximo al Tercer Reich, pero que fue abandonando paulatinamente a partir de 1939. Posteriormente, vivirá en retiro publicando algunas obras más reflexivas o introspectivas. Muere en 1985 en Westfalia¹⁰⁰.

⁹⁶ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional*, p. 226.

⁹⁷ CAMPDERRICH BRAVO, R: “Soberanía y orden internacional en la filosofía política y jurídica de Hans Kelsen y Carl Schmitt: aportaciones a un debate reciente”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva época, XXIII (2006), pp. 205-217.

⁹⁸ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional*, p. 224.

⁹⁹ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional*, p. 224.

¹⁰⁰ Consultar en: <https://www.trotta.es/autores/carl-schmitt/748/>.

Schmitt contempla que el Estado tiene derecho a la guerra, por lo tanto, descarta en su totalidad la doctrina del “bellum justum”, que para este autor es del todo innecesaria.

En virtud de este pensamiento, los motivos que llevan a un conflicto bélico con otro Estado parece que no tienen ningún tipo de trascendencia. Schmitt se centra más en establecer ciertas limitaciones o reglas en el combate, con el objetivo de que los ciudadanos sufran el menor de los daños posibles, y los daños materiales sean los menos posibles¹⁰¹.

Se puede concluir que Kelsen y Schmitt presentan un pensamiento diametralmente opuesto. Kelsen considera a la guerra como el menor de los males, necesaria en ciertos casos, a diferencia de Schmitt que considera la guerra como un elemento de política exterior, al que los Estados pueden recurrir sin necesidad de que hayan sido víctimas de un comportamiento antijurídico por parte de otro Estado.

4.5 La Guerra como mecanismo de sanción

La teoría elaborada por Kelsen, en relación con el derecho internacional, tiene como aspectos centrales, la guerra como medida sancionadora y las represalias. El hecho de que Kelsen centre su doctrina en estos dos aspectos no quiere decir que el filósofo austriaco plantee su opinión sobre la guerra sin hacer referencia a sus aspectos negativos.

En este sentido, Kelsen “califica el derecho internacional como un ordenamiento primitivo”¹⁰², en el que la medida coercitiva o sancionadora presenta una serie de características, tales como responsabilidades, proporción de la medida acordada, etc.

Estas características van integrándose en la doctrina kelseniana a medida que va avanzando su concepción, lo que pone de manifiesto la capacidad que tenía Kelsen de cuestionarse a sí mismo y volver sobre sus propios planteamientos.

4.5.1 Responsabilidades y desarme

Responsabilidad Colectiva

Dentro de la doctrina kelseniana, es importante hacer referencia a las responsabilidades derivadas de una serie de comportamientos ilícitos. En este sentido, hay que tener en cuenta, que, en el ámbito del derecho internacional, las normas jurídicas

¹⁰¹ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz*, *Política y Derecho Internacional*, p. 225.

¹⁰² GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz*, *Política y Derecho Internacional*, p. 213.

internacionales tienen como sujetos no a los Estados, sino a aquellos individuos, cuyo comportamiento irregular puede ampliarse al Estado¹⁰³.

El sujeto que ha realizado ese comportamiento ilegal va a estar obligado a realizar una determinada actuación en concepto de medida reparadora¹⁰⁴.

Pero esta actuación de obligatoria realización para el sujeto autor del comportamiento ilegal presenta una característica especial cuando entra en juego la responsabilidad colectiva. En estos casos, cuando el individuo vulnera el derecho internacional, no va a ser él quien va a responder de la medida coercitiva oportuna, sino que va a ser la Comunidad de la que forma parte la que va a responder de ese comportamiento ilícito, y quién por tanto asume la carga de la medida coercitiva. La teoría kelseniana se muestra partidaria de una “responsabilidad colectiva en el ámbito internacional”¹⁰⁵.

Kelsen entiende, que las consecuencias de la guerra normalmente suelen afectar a la comunidad en sí, no a aquellos individuos que se encuentran sometidos por la normativa jurídica internacional y que realizan el comportamiento ilícito, sino que suele ser la población la que sufre las consecuencias atroces de la guerra, ni siquiera las fuerzas armadas del propio Estado, ya que suelen contar con medios de defensa mucho más adecuados que el pueblo. El propio Kelsen lo afirma tajantemente: “la represalia o la guerra no alcanza a aquellos órganos que han lesionado el derecho intencional, sino al conjunto de personas que forman el pueblo”¹⁰⁶.

La responsabilidad colectiva no aparece en esta época, sino que esta tiene su origen en aquellos ordenamientos primitivos, en los que los miembros de una tribu eran responsables de las actuaciones cometidas por alguno de sus miembros. Pero, este tipo de responsabilidad es más característica del derecho internacional moderno.

Aunque existe en este sentido la posibilidad de que la responsabilidad individual prime sobre la colectiva, es decir, es posible que, en el ámbito del ordenamiento jurídico internacional, el individuo responda de forma individual de su conducta, quedando la

¹⁰³ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional*, p. 215.

¹⁰⁴ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p.124.

¹⁰⁵ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional*, p. 215.

¹⁰⁶ KELSEN, H: *Teoría general del Derecho Internacional Público*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, primera edición, segunda reimpresión, México, Ediciones Coyoacán, 2008, p. 131.

comunidad exonerada de ese deber. Esta posibilidad es una de las manifestaciones de la evolución del orden jurídico internacional¹⁰⁷.

En conclusión, la responsabilidad colectiva tiene por objeto extender la responsabilidad del individuo (generalmente el ejecutivo de un país, que comete un acto antijurídico) consistente en realizar una determinada conducta en concepto de sanción, al resto de la comunidad de la que forma parte. De manera que todos los individuos de la comunidad son responsables de un delito que en muchas ocasiones ni han cometido¹⁰⁸.

“Las represalias y la guerra, se aplican a los hombres, no individualmente, sino colectivamente”¹⁰⁹.

Responsabilidad absoluta u objetiva

El principio de responsabilidad objetiva se define como el contrapunto del principio de responsabilidad subjetiva. La seguridad colectiva entiende que la medida coercitiva no solo se va a aplicar a aquellos obligados por las normas internacionales, sino también a los que no estaban obligados, de manera que, la medida sancionadora no solo se aplica a los que han actuado dañosamente. En este sentido, carece de importancia si ha habido conducta dolosa o dañosa, ya que realmente es la comunidad quien va a sufrir la sanción. Para el derecho internacional, lo principal es que se hayan visto perjudicados los intereses de un Estado¹¹⁰.

La responsabilidad colectiva es la que considera un determinado comportamiento como presupuesto de una medida sancionadora. En cierta medida, este tipo de responsabilidad es más característica de los Estados Modernos, sin embargo, en los “ordenamientos jurídicos más primitivos regía la responsabilidad absoluta”¹¹¹.

La responsabilidad subjetiva entiende que la medida sancionadora se va a dirigir contra aquel individuo que ha realizado un comportamiento doloso o dañoso, según la normativa jurídica de ese Estado. La intencionalidad o el daño constituyen por lo tanto un elemento fundamental de la responsabilidad subjetiva. En el ámbito de la responsabilidad colectiva esto no es posible, ya que se amplifica la responsabilidad a los demás individuos de la comunidad, se les hace responsables de un comportamiento que ellos no han realizado.

¹⁰⁷ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional*, p. 217.

¹⁰⁸ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 128.

¹⁰⁹ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 128.

¹¹⁰ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional*, p. 218.

¹¹¹ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 129.

En esencia, la intencionalidad o la culpa en el comportamiento no son considerados como presupuestos de una conducta vulneradora de la normativa internacional. Esta idea constituye el eje principal de la responsabilidad absoluta o sin intencionalidad, donde la culpa o negligencia no tienen un papel central. La responsabilidad absoluta trata de dar respuesta a la cuestión de si se puede acudir a las medidas sancionadoras o incluso a la guerra contra otro Estado que ha vulnerado la normativa internacional, cuando este Estado haya cometido tal vulneración sin ningún tipo de intención o culpa¹¹².

La responsabilidad absoluta y la responsabilidad colectiva presentan una cierta conexión con el ordenamiento jurídico internacional cuando este obliga únicamente a los Estados, afectando indirectamente a los individuos. Sin embargo, si el ordenamiento jurídico internacional obliga directamente a los individuos, será más adecuado hablar de una responsabilidad subjetiva o con intención, centrada en la conducta dañosa del individuo¹¹³.

En conclusión, lo que va a determinar la responsabilidad, es el hecho del que el derecho internacional, o bien obligue al Estado en general, con independencia de la intencionalidad de su comportamiento, o bien se centre en los individuos y en la intencionalidad de su conducta.

Proporcionalidad de la medida

Como ya se ha indicado, para Kelsen la medida sancionadora o coercitiva presenta una serie de características. Una vez examinadas las responsabilidades, la siguiente de las características de la sanción se refiere a la proporcionalidad de la medida.

En sentido estricto, la proporcionalidad consiste en que la sanción que se impone debe ser proporcional o correlativa al delito que se comete, es decir, un delito grave ha de tener mayor pena que un delito que sea más leve. Este principio ha sido objeto de reconocimiento por la normativa jurídica de los Estados modernos.

En el ámbito internacional, la guerra sigue siendo un mecanismo coactivo para resolver controversias, por lo que mientras se siga recurriendo a ella parece imposible que se pueda cumplir con el principio de proporcionalidad entre la conducta y la medida sancionadora. En cierta medida, los derechos humanos han limitado y moderado las consecuencias de la guerra, pero no han podido conseguir la proporcionalidad buscada¹¹⁴.

¹¹² KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 130.

¹¹³ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 130.

¹¹⁴ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional*, p. 219.

Kelsen aborda el tema de la proporcionalidad, pero desde la perspectiva del distinto nivel de gravedad que presentan la guerra y las represalias.

Como ya se ha indicado, un estado que ha sido víctima de un comportamiento antijurídico puede reaccionar bien por medio de represalias o bien recurriendo a la guerra como mecanismo de sanción, como medida sancionadora frente al ilícito internacional. En el ámbito internacional, el Estado escoge libremente como quiere reaccionar, no hay una relación entre el comportamiento antijurídico y la correspondiente sanción. Para Kelsen el Estado elige la manera en la que va a reaccionar, es decir, no rige el principio de proporcionalidad entre la sanción y el delito¹¹⁵.

En conclusión, la guerra como mecanismo de sanción constituye uno de los ejes principales de la doctrina kelseniana en relación con el derecho internacional. Aunque, por otro lado, esta concepción kelseniana de la guerra cuenta con un gran número de detractores o críticos que entienden que en ningún caso se puede recurrir a la guerra por considerarla un poder destructivo irremediable para el pueblo.

Kelsen, en cualquier caso, no es un defensor de la guerra, sí que la reconoce como mecanismo de coacción, como una medida frente a una conducta antijurídica debido a la imposibilidad de una institución internacional que realice esta función. En cualquier caso, Kelsen solo permite recurrir a la guerra dentro de los límites del ordenamiento jurídico internacional y sin que los Estados puedan recurrir a ella unilateralmente.

Desarme

La guerra como medida sancionadora se considera como el mecanismo principal para garantizar el orden en el ámbito internacional. Se concibe como un instrumento frente al uso abusivo de la fuerza por parte de los Estados, evitando, por lo tanto, que en el derecho internacional impere el caos.

Desde este punto de vista, Kelsen aborda las diferentes medidas de desarme que tienen por finalidad evitar que los Estados recurran a la guerra. Kelsen, se muestra en cierta medida escéptico en relación con el desarme de los Estados, sostiene que el desarme de los Estados solo tendrá sentido cuando “haya un proceso inverso y paralelo de armamento de una institución centralizada de la comunidad internacional que garantice la seguridad internacional”¹¹⁶. En este sentido, no estamos hablando de un desarme como tal, ya que los

¹¹⁵ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz*, *Política y Derecho Internacional*, p. 220.

¹¹⁶ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz*, *Política y Derecho Internacional*, p. 221.

Estados sufren un progresivo desarme, pero en favor de una institución internacional, progresivamente armada, que asume la función de garante de la paz.

El desarme de los Estados, no es que solo perjudique a los Estados a lo hora de defenderse de conductas antijurídicas externas, sino que no podrían cumplir con la función auxiliadora de otro Estado víctima de una agresión internacional.

Kelsen se muestra crítico con las medidas de desarme por entender que sitúan al Estado en una posición débil donde no puede hacer valer sus derechos. Pese a esta crítica, conviene recordar que Kelsen es un pacifista que aborrece la guerra, y que, a pesar de permitirla como sanción, se muestra contrario a un exceso de armamento por parte de los Estados. Para la doctrina kelseniana tan malo es un desarme total de los Estados, como un exceso del mismo.

A la hora de abordar el desarme, la doctrina kelseniana distingue entre dos tipos de desarme: “el desarme físico y el desarme moral”¹¹⁷.

- Desarme físico: reducción del número de efectivos de las fuerzas armadas, reducción de la inversión, reducción de las infraestructuras.
- Desarme moral: con el objetivo de reducir la visión permisiva e incluso partidaria de la guerra que tienen algunos Estados.

Kelsen se muestra partidario de esta dualidad físico-moral del desarme, pero entiende que uno no puede darse sin el otro y viceversa.

A modo de conclusión, se puede afirmar que, Kelsen se muestra crítico con el desarme total de los Estados, ya que concibe la guerra como un medio para garantizar la paz, que permite la defensa del Estado frente a cualquier agresión, pero mostrando, en todo caso, su total oposición a un exceso armamentístico de los mismos.

4.5.2 La problemática de la Descentralización Interna e Internacional

La centralización y la descentralización se configuran como presupuesto indispensable del ordenamiento jurídico internacional. La centralización del derecho internacional se refiere a aquella situación en la que un órgano central distribuye el trabajo entre una serie de órganos especiales, instituidos por él, mientras que la descentralización del derecho internacional es aquella situación en la que no se instituyen órganos especiales, sino

¹¹⁷ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional*, p. 222.

que son los propios individuos los que realizan las funciones como si estuviéramos ante órganos especiales.

Centralización y descentralización en el orden jurídico interno

Kelsen aborda la centralización y la descentralización desde un doble punto de vista –“uno estático y otro dinámico”¹¹⁸. En primer lugar, es conveniente hacer referencia a la centralización y descentralización en el ámbito nacional, para luego hacer referencia a ambas situaciones, pero en el ámbito del ordenamiento jurídico internacional.

Desde el punto de vista estático, se aborda la cuestión relativa al ámbito territorial donde las normas del ordenamiento jurídico del Estado tienen validez, es decir, el ámbito espacial en el que la norma es susceptible de aplicación¹¹⁹.

Un ordenamiento jurídico centralizado, desde este punto de vista estático, supone que todas las normas van a tener idéntica extensión territorial, y, van a poder aplicarse en todo el territorio de ese Estado.

Por el contrario, un ordenamiento jurídico descentralizado, desde el punto de vista estático, supone que va a haber normas con diferente extensión territorial, de manera que muchas de ellas solo van a poder aplicarse en determinados territorios del Estado y en otros no. Este tipo de normas, aplicables solo a determinados territorios del Estado son denominadas como “locales o descentralizadas”¹²⁰. En este caso estamos ante un ordenamiento jurídico no centralizado, que cuenta tanto con normas locales, como con normas centralizadas.

La descentralización normativa del Estado nos lleva a situaciones en la que un mismo asunto puede estar regulado de manera diferente, es decir, puede llegarse a la situación de que una norma local y una norma central regulen un mismo asunto, pero de forma diferente. Este conflicto entre normas es una característica muy frecuente de los Estados no centralizados¹²¹.

Hay una serie de factores que influyen en la descentralización de un Estado: sus dimensiones, costumbres de sus territorios, historia, diversidad cultural...etc.

¹¹⁸ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 134.

¹¹⁹ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 135.

¹²⁰ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 135.

¹²¹ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 135.

La centralización y la descentralización presentan una relación indispensable, en el sentido, de que el ordenamiento en el que primen normas centralizadas, presenta menor descentralización y viceversa.

En cualquier caso, ningún Estado va a contar únicamente con normas centralizadas, o únicamente con normas descentralizadas.

Desde el punto de vista dinámico, se aborda la cuestión relativa a la creación de normas y su ejecución. En este sentido, el ordenamiento jurídico será centralizado si hay un órgano central que crea y ejecuta el derecho, mientras que será descentralizado si hay una pluralidad de órganos en diferentes territorios del Estado que crean y ejecutan el derecho.

El órgano central (en un Estado centralizado) crea o promulga normas jurídicas que son aplicables a todo el territorio del Estado. Sin embargo, Una pluralidad de órganos (en un Estado descentralizado) crean y ejecutan normas jurídicas que son solamente válidas en determinados territorios.

Centralización y descentralización en el orden jurídico internacional

Al igual que en el ámbito interno, en el ámbito internacional la doctrina kelseniana entiende la centralización y la descentralización desde un doble punto de vista –estático y dinámico-.

Desde el punto de vista estático, en el ámbito del derecho internacional, el número de normas aplicables a la totalidad del territorio de todos los Estados que la conforman es relativamente pequeño. Es mucho mayor, en el ámbito del derecho internacional, aquellas normas aplicables a algunos Estados de la comunidad.

Nos encontramos por lo tanto ante un derecho internacional común y un derecho internacional particular. Un gran número de autores incluso sostienen que solo hay derecho internacional particular, pero esto sería erróneo ya que el derecho internacional particular tiene un tronco común que es el derecho internacional común o general¹²².

Kelsen entiende que el derecho internacional se encuentra descentralizado, pero no en su totalidad, afirmando la existencia de ciertas normas que se aplican a la totalidad de integrantes de la comunidad internacional.

¹²² KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 139-141.

Desde el punto de vista dinámico, en el ámbito del derecho internacional, la centralización o descentralización, al igual que en ámbito nacional, se refiere a la **creación** y **ejecución** de las normas jurídicas internacionales, bien por un órgano central, o bien por una pluralidad de órganos. El derecho internacional según Kelsen “presenta un alto grado de descentralización”¹²³.

La descentralización internacional, desde una perspectiva dinámica, pone de manifiesto que la creación de las normas jurídicas internacionales no corresponde a un órgano central internacional, creador de las mismas, sino que las normas internacionales van surgiendo de la actuación de los miembros de la comunidad internacional.

La costumbre y los Tratados internacionales son considerados como el medio principal de creación del derecho internacional y también del derecho nacional. Tanto la costumbre como los Tratados son medios descentralizados de creación de normas jurídicas internacionales.

Ambos tienen, dentro del derecho internacional una posición diferente, encontrándose los tratados en una posición inferior respecto del derecho consuetudinario, ya que la costumbre habilita a los Estados para que puedan concluir tratados. El derecho consuetudinario es considerado por lo tanto como la fuente más importante de la normativa jurídica internacional, teniendo una importancia capital en la producción de normas jurídicas internacionales y también nacionales.

La costumbre surge como consecuencia de una práctica habitual llevada a cabo por los integrantes del orden jurídico internacional, de ahí su carácter descentralizado. El derecho consuetudinario comporta la obligación de que los integrantes deben comportarse de acuerdo con esa práctica habitual. Esta práctica habitual impuesta a los integrantes es la que configura la norma jurídica internacional. En cierta manera, se puede afirmar, que los integrantes de la comunidad, de forma indirecta, contribuyen a la creación de una norma jurídica internacional¹²⁴.

La creación de las normas jurídicas internacionales por medio del derecho consuetudinario es claramente descentralizada, requiere de la intervención de los integrantes de la comunidad internacional para la creación de la norma.

¹²³ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional*, p. 227.

¹²⁴ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 142.

Para Kelsen, “el derecho internacional consuetudinario es creado en primer lugar por los Estados y en segundo lugar por los tribunales internacionales”¹²⁵.

Por otro lado, los Tratados surgen como consecuencia del acuerdo entre integrantes del orden jurídico internacional. Es un medio de creación de normas jurídicas internacionales porque proviene de un convenio de los integrantes de la comunidad internacional y no de un órgano central.

La creación de las normas jurídicas internacionales por medio del derecho consuetudinario y de forma subsidiaria por los tratados, provoca en cierta medida, inseguridad jurídica. Esta inseguridad jurídica es paliada gracias a la intervención de una serie de órganos encargados de interpretar, aclarar y dar luz a la aplicación del derecho consuetudinario o costumbre en el ámbito internacional. Es decir, Kelsen pone de manifiesto la importancia de los tribunales internacionales en la creación de las normas jurídicas internacionales¹²⁶.

La descentralización en el derecho internacional, desde el punto de vista dinámico, no solo se refiere a la creación de las normas jurídicas, sino también a la aplicación o ejecución de las normas jurídicas internacionales.

En este sentido, en el derecho internacional, la determinación de la vulneración del orden jurídico internacional corresponde a cada individuo, así como establecer y aplicar la medida coercitiva correspondiente, con la posibilidad de ser auxiliado por otros individuos en el cumplimiento de esta actuación. Kelsen muestra cierta precaución en torno a esta idea al considerar que si en el ordenamiento jurídico internacional se crea un órgano encargado de determinar si realmente se ha producido una conducta vulneradora de la normativa internacional, supondría un gran paso en la evolución de un derecho internacional que Kelsen considera en cierto modo primigenio.

Este ordenamiento jurídico primigenio, en el que son “los Estados o los individuos cuya conducta sea imputable al Estado”¹²⁷ quienes van a determinar si se ha producido un ilícito internacional, no supone para Kelsen un problema para considerar este ordenamiento jurídico como válido pero atrasado.

¹²⁵ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, p. 143.

¹²⁶ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional*, p. 228.

¹²⁷ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional*, p. 228

Algunos autores como Bobbio se oponen a este pensamiento permisivo del ordenamiento jurídico internacional primigenio, en el que no hay un órgano central que determine los ilícitos y las correspondientes sanciones.¹²⁸

Bobbio establece tres situaciones que deben darse para llegar a un ordenamiento jurídico internacional en el que un órgano común y central sea el que determine los delitos y las sanciones correspondientes. Para que se dé esta posibilidad, debe imperar el principio de no agresión, la determinación de las normas aplicables a los conflictos, y finalmente la creación de ese órgano central o común que puede aplicar o ejecutar las normas jurídicas aplicables¹²⁹.

De manera, que, aunque estos dos autores presentan ciertas diferencias en su pensamiento, se muestran partidarios de la creación de un organismo central que aplique las normas jurídicas internacionales, “un tribunal internacional permanente”¹³⁰.

Kelsen muestra una posición positiva u optimista respecto del derecho internacional y su progresiva evolución centralizadora. La doctrina kelseniana da una gran importancia al grado de centralización de los Estados en su facultad ejecutora de las normas jurídicas. Por lo tanto, si la centralización se convierte en una de las principales características del derecho internacional, el objetivo de un Estado global o “civitas máxima”¹³¹ es posible.

Esta visión positiva de la evolución del derecho internacional guarda semejanza con la visión progresista que Kant tiene de la humanidad. Para Kant, la humanidad se encuentra en una situación de constante progreso y evolución. Esta idea kantiana influye de forma muy notoria en el pensamiento kelseniano, hasta el punto de que Kelsen cuestiona en cierto modo sus propios planteamientos.

4.5.3 Seguridad internacional y cuerpo de policía común

Medios de seguridad colectiva

Los medios de seguridad colectiva en el ámbito del derecho internacional son un claro ejemplo de la descentralización del ordenamiento jurídico internacional. Kelsen aborda la seguridad colectiva desde un punto de vista técnico, considerándola como un medio a

¹²⁸ BOBBIO, N: *El tercero ausente*, trad. Pepa Linares, Madrid, 1997, p. 258-269.

¹²⁹ BOBBIO, N: *El tercero ausente*, p. 258-269.

¹³⁰ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional*, p. 230.

¹³¹ “Civitas máxima” es una expresión latina que se refiere a la idea de un Estado mundial. El Estado mundial es uno de los principales objetivos de la doctrina kelseniana en el ámbito del derecho internacional. GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional*, p. 267.

través del cual los Estados logran llegar a acuerdos de colaboración, normalmente de tipo militar, con el fin de evitar la guerra o evitar ataques de Estados externos. La seguridad colectiva y la seguridad individual, no pueden entenderse como contrapuestas en el ámbito internacional puesto que no son los Estados los destinatarios de la seguridad, sino que lo son los individuos que lo integran¹³².

Un sistema de seguridad colectiva sería un claro ejemplo de superación de un ordenamiento jurídico primigenio y el establecimiento de un sistema centralizado donde hay órganos centrales encargados de la determinación y ejecución de las medidas sancionadoras. Este sistema de seguridad colectiva supone en cierto modo el nacimiento de una “comunidad jurídica”¹³³, que establece la manera en la que sus integrantes pueden recurrir a la fuerza. Dicha comunidad tiene como finalidad garantizar la seguridad de sus integrantes en el ámbito jurídico internacional.

Las comunidades jurídicas internacionales pueden tener diversos alcances, es decir, puede afectar a un número reducido de Estados o a todos en general. Kelsen consideró a la Sociedad de naciones y a las Naciones Unidas como “comunidades semi-universales”¹³⁴, debido al volumen de Estados que las integraron y las finalidades para las que fueron constituidas.

La doctrina kelseniana considera a las comunidades jurídicas semi-universales como el medio más adecuado para garantizar la seguridad en el ámbito del derecho internacional, sin perjuicio de las posibles controversias que puedan surgir entre los Estados a la hora de su creación, o de la creación de comunidades jurídicas internacionales de rango inferior que puedan entrar en conflicto con las comunidades jurídicas semi-universales.

Kelsen aborda la seguridad colectiva como contrapunto del equilibrio del poder, teniendo la seguridad colectiva una connotación universal y el equilibrio de poder una connotación más particular. La seguridad colectiva tiene por objetivo evitar una conducta antijurídica por medio de un proceso jurídico preestablecido, mientras que el equilibrio de poder no presenta ese carácter de legalidad, ni tiene como objetivo dirigirse frente a quien a cometido una conducta antijurídica internacional¹³⁵.

¹³² GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional*, p. 232.

¹³³ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional*, p. 232.

¹³⁴ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional*, p. 233.

¹³⁵ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional*, p. 234.

Cuerpo de policía común

Kelsen entiende que el establecimiento en el ámbito internacional de un cuerpo de policía común supone un paso más para la consecución del “civitas máxima” o Estado mundial. Una policía internacional es para Kelsen un medio adecuado para superar las posibles trabas que puede sufrir la seguridad colectiva a la hora de cumplir con su objetivo garantista de la paz. Queda patente el carácter subsidiario que para Kelsen tendría un cuerpo de policía común en relación con la seguridad colectiva.

Kelsen entiende que la posibilidad de una policía internacional solo puede conseguirse mediante el desarme total de todos los Estados que forman parte de la comunidad jurídica internacional. De manera que, será un cuerpo común al servicio de la seguridad colectiva el que realizará las funciones de auxilio y ejecución de las decisiones tomadas por un órgano internacional¹³⁶.

Esta función es la actualmente realizan los Cascos Azules, si bien los Estados que integran Naciones Unidas no se encuentran en una situación de desarme total, poniendo de manifiesto la innecesidad de tal desarme para la creación de un cuerpo de policía internacional.

Sin embargo, Kelsen no se muestra del todo convencido en relación al contenido y los aspectos internos de este cuerpo de policía internacional. Kelsen muestra sus dudas en relación a su financiación, acceso al mismo, que tipo de armas va a emplear... etc.

Como solución a este problema, la doctrina kelseniana entiende que es muy difícil encontrar una solución satisfactoria para todas las partes, de manera que sería más adecuado establecer una fuerza militar central conformada por fuerzas armadas de cada uno de los Estados miembros, que seguirán las instrucciones de un poder central. Además, el uso de las armas más destructivas y peligrosas podrán ser utilizadas únicamente por esa fuerza militar central, teniendo los Estados únicamente armas defensivas¹³⁷.

4.6 La Evolución del Derecho Internacional como medio para garantizar la paz

En su doctrina, Kelsen considera que para lograr la paz entre los Estados es necesaria una profunda evolución del derecho internacional. La doctrina kelseniana se centra en la evolución del derecho internacional realizando un recorrido crítico respecto de la Sociedad

¹³⁶ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional*, p. 235.

¹³⁷ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional* p. 235.

de Naciones y de las Naciones Unidas, apuntando como solución final la creación de un tribunal internacional permanente.

4.6.1 De la Sociedad de Naciones a Naciones Unidas

La Sociedad de Naciones

En primer lugar, Kelsen entiende la creación de este organismo como el inicio del proceso centralizador del derecho internacional. Sin embargo, a pesar de su objetivo pacificador y centrista, Kelsen concibió a la Sociedad de Naciones como un intento fallido.

El jurista ginebrino enumera las causas por las que a su entender la Sociedad de Naciones no consiguió su objetivo pacificador de las relaciones internacionales entre Estados. La ambigüedad del Pacto, así como el hecho de que la Corte Permanente de Justicia Internacional no tuviera una posición central dentro de la organización internacional son para Kelsen los principales motivos de su fracaso.¹³⁸

La Sociedad de Naciones era considerada por la doctrina kelseniana como un órgano internacional creado por los Estados vencedores de la Primera Guerra Mundial, donde la posición preponderante recaía sobre el Consejo de la Sociedad de Naciones y la Asamblea. La unanimidad desempeñaba un papel fundamental en este órgano para la adopción de cualquier decisión, siendo a su vez considerada por Kelsen como uno de los principios informadores de la ineficacia del órgano internacional.

Se puede deducir por lo tanto que Kelsen muestra en cierto modo su alivio de que se haya iniciado el proceso centralizador del derecho internacional, pero pone de manifiesto el carácter ineficaz y fallido de esta organización internacional, necesitado de una profunda evolución técnica y jurídica.

Naciones Unidas

La Organización de Naciones Unidas surge como consecuencia de la progresiva evolución técnica del Derecho Internacional. La creación de este órgano internacional tiene lugar en 1945 después de la Segunda Guerra Mundial en el seno de un mundo absolutamente devastado por la guerra y necesitado de cooperación internacional para su reconstrucción. “La carta de Naciones Unidas fue firmada en 1945 por 50 países, con la posterior firma de Polonia integrándose como uno de los 51 fundadores”¹³⁹.

¹³⁸ KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales* p. 184.

¹³⁹ Consultar en: <https://www.un.org/es/sections/history/history-united-nations/>.

La carta de Naciones Unidas establece la obligación de que los Estados que integren este organismo internacional resuelvan sus controversias de forma pacífica sin que puedan recurrir a la fuerza. Kelsen analiza en profundidad cada una de las disposiciones de la Carta y pone de manifiesto las principales diferencias que a su juicio presentan el Pacto de la Sociedad de Naciones y la Carta de Naciones Unidas.

En primer lugar, Kelsen hace referencia al artículo 2 de la Carta que establece la obligación de que los Estados integrantes de Naciones Unidas resuelvan sus controversias de forma pacífica y “se abstengan de recurrir a la fuerza o a la amenaza”¹⁴⁰. El empleo de la fuerza únicamente podrá tener lugar si se hace en beneficio de la comunidad, es decir, la Carta solo permite que sea el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas el que pueda adoptar medidas coercitivas que tengan por finalidad garantizar la paz y la seguridad internacionales.

Además, la Carta impone una obligación colectiva de acatamiento de las medidas y decisiones adoptadas por la Organización a los Estados integrantes, imposibilitando que puedan actuar contra tales decisiones ni prestar su ayuda o colaboración a otro Estado sancionado coercitivamente por la organización. Kelsen, en este sentido, considera que la Carta es un medio centralizador del derecho internacional, que atribuye el empleo de la fuerza a un órgano administrativo conjunto y centralizado.

En segundo lugar, Kelsen se centra en el artículo 24 de la Carta que establece las medidas o acciones que la organización puede llevar a cabo. La Carta define la medida coercitiva como aquella “acción que tiene lugar en caso de amenazas, actos de agresión o quiebra de la paz”¹⁴¹, pudiendo ser únicamente adoptada por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Una vez que el Consejo determina que se ha cometido una agresión o amenaza para la paz internacional, indicará las medidas a adoptarse, dando a los Estados la posibilidad de solucionar el conflicto con carácter previo sin necesidad de tales medidas.

A la hora de adoptar tales soluciones es importante hacer referencia a la dualidad de medidas que puede llevar a cabo el Consejo: “medidas que impliquen el uso de la fuerza armada, y medidas que no impliquen tal uso”¹⁴².

En primer lugar, el Consejo determinará la aplicación de aquellas medidas que no permitan el uso de la fuerza que considere adecuadas. Pero si estas medidas no son

¹⁴⁰ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 34.

¹⁴¹ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 35.

¹⁴² KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 35.

suficientes, podrá permitir la adopción de medidas permisivas de la fuerza que tengan por objeto salvaguardar el pacifismo internacional.

Respecto de las medidas que implican el uso de la fuerza, es destacable la llamada “acción coercitiva militar”, que establece la obligación que tienen los Estados integrantes de dotar a la organización de un colectivo militar para adoptar medidas de extrema urgencia en determinados casos.

Finalmente, Kelsen, en su profundo análisis de la Carta interpreta la obligación del “artículo 49 de la Carta de Naciones Unidas”¹⁴³, admitiendo el deber colaborador entre los Estados integrantes.

De este análisis Kelsen va a determinar cuáles son las principales diferencias que presentan el Pacto de la Sociedad de Naciones y la Carta de Naciones Unidas.

Para el jurista ginebrino sí que hay una clara evolución del derecho internacional, pero no se consigue el gran objetivo pretendido por la doctrina kelseniana en el ámbito internacional –una jurisdicción obligatoria-.

Principales diferencias entre el Pacto y la Carta

Kelsen muestra un gran interés a la hora de establecer las diferencias entre el Pacto y la Carta. En primer lugar, ambos presentan diferencias de competencia a la hora de determinar si se dan las condiciones necesarias para la interposición de una sanción, siendo la Asamblea y el Consejo competentes según la carta, y siendo competente cada uno de los Estados miembros según el Pacto¹⁴⁴.

Misma diferencia se aprecia entre ambos en relación con la competencia para adoptar la medida coercitiva correspondiente. Otra diferencia apreciable viene determinada por la posibilidad de que la Organización cuente con un poder armado que siga sus directrices como establece la Carta. Tal posibilidad no se encuentra establecida en el Pacto.

Además, la Carta prevé la posibilidad de que las medidas coercitivas no solo se dirijan contra un Estado integrante de la organización sino contra cualquier Estado. Por su parte, el

¹⁴³ Los Miembros de las Naciones Unidas deberán prestarse ayuda mutua para llevar a cabo las medidas dispuestas por el Consejo de Seguridad. Consultar en: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Carta_NU.pdf, art 39 de la Carta de Naciones Unidas.

¹⁴⁴ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 42.

Pacto únicamente permite adoptar medidas coercitivas contra el Estado infractor siempre y cuando tenga la condición de miembro de la Sociedad de Naciones¹⁴⁵.

La última diferencia que aprecia Kelsen entre la Carta y el Pacto se centra en la imposibilidad de dirigir una medida coercitiva contra los miembros permanentes del Consejo o un Estado que goce del favor de un miembro permanente. Por el contrario, el Pacto no permite esta posibilidad de veto¹⁴⁶.

En cierta medida, lo establecido por la carta supone un pequeño bloqueo a la hora de tomar las decisiones, ya que los miembros permanentes del Consejo de Seguridad son casualmente los vencedores de la Segunda Guerra Mundial que establecen un sistema que les beneficia.

Esta última diferencia es el principal argumento kelseniano en contra de la Organización de Naciones Unidas. Para Kelsen los conflictos internacionales no pueden ser resueltos por un órgano que beneficia a unos y perjudica a otros. Los conflictos en el derecho internacional deben ser solucionados por un tribunal internacional común, que coloque a los Estados en pie de igualdad y que centralice el derecho internacional en su totalidad.

Solo mediante un tribunal internacional permanente que establezca una jurisdicción obligatoria se puede llegar a la situación internacional de “*civitas máxima*” o Estado mundial, en el que cada Estado forma parte de “un parlamento mundial”¹⁴⁷.

Limitaciones a la centralización de la fuerza establecida por la Carta

El Pacto de la Sociedad de Naciones presentaba un sistema descentralizado no necesitado de ningún tipo de limitación a la actuación de un órgano central. Por su parte, la Carta de Naciones Unidas presenta un carácter centralista en el uso de la fuerza, de manera que, los Estados integrantes van a tratar de limitar el uso de la fuerza por Naciones Unidas con el objetivo de mantener su derecho a emplear la fuerza en determinadas situaciones¹⁴⁸.

Las limitaciones al uso de la fuerza por Naciones Unidas permiten la defensa y la reacción de los Estados frente a ataques y agresiones de otros Estados. La propia defensa del territorio y la integridad del Estado es concebida por Kelsen como una justificación, es decir,

¹⁴⁵ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 42.

¹⁴⁶ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 43.

¹⁴⁷ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional*, p. 265.

¹⁴⁸ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 46.

si entra en juego la legítima defensa, el Estado puede vulnerar el ordenamiento jurídico internacional.

Lo que marca la diferencia para que la actuación del Estado sea legal o ilegal es la legítima defensa, de manera que el uso de la fuerza únicamente está admitido cuando se acude a ella como reacción ante una vulneración, es decir, como represalia o sanción¹⁴⁹.

Los asuntos conflictuales internos de los Estados limitan también la intervención de Naciones Unidas. La jurisdicción interna es una materia reservada a los Estados que deben resolver sus propios conflictos de forma pacífica, sin recurrir al belicismo o a la guerra, ya que en este caso Naciones Unidas sí que puede intervenir con el objetivo de poner fin a esa situación de peligro para la paz y seguridad internacional.

Para Kelsen, la limitación a las actuaciones de Naciones Unidas pone de manifiesto el intento fallido de centralización del derecho internacional que para él supone este sistema. Mientras los Estados puedan recurrir a la fuerza, aunque sea como represalia o sanción, va a impedir la creación de un tribunal central que gestione y aplique el derecho internacional en su totalidad.

4.6.2 Tribunal central internacional: jurisdicción obligatoria

La centralización del derecho internacional es el principal objetivo de la doctrina kelseniana. El Pacto de la Sociedad de Naciones y la Carta de Naciones Unidas son para Kelsen una clara muestra de la evolución del derecho internacional pero no consiguen tal objetivo centralizador.

El fracaso de ambos proyectos tiene para Kelsen una causa común: “no haber establecido ninguno de ellos un tribunal internacional como institución principal de la organización a la que dan vida”¹⁵⁰. La organización internacional perfecta tiene para Kelsen como aspecto principal la creación de un tribunal internacional permanente que permita el establecimiento de una jurisdicción obligatoria reguladora del derecho internacional.

Jurisdicción obligatoria: tribunal permanente para mantener la paz

El hecho de que un tribunal central para mantener la paz sea para Kelsen clave en la progresión técnica del derecho internacional tiene su origen en el ordenamiento jurídico de

¹⁴⁹ KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, p. 48.

¹⁵⁰ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional*, p. 248.

cada uno de los Estados, donde el establecimiento de tribunales centrales ha sido clave para el progreso técnico-jurídico de cada uno de ellos¹⁵¹.

El pacifismo en el ámbito internacional puede conseguirse en un periodo no muy largo de tiempo mediante una jurisdicción obligatoria impuesta por un tribunal de carácter permanente.

Este tribunal ideal va a ser para Kelsen “el centro de una liga permanente para el mantenimiento de la paz”¹⁵², donde los jueces serían totalmente imparciales y competentes materialmente. Este aspecto es de especial importancia, ya que garantizar el mayor grado de neutralidad de los diecisiete jueces debe ser una de las principales características de este sistema. Además, los jueces que conformarían ese tribunal central deberían presentar carácter vitalicio, su nombramiento debería seguir las normas establecidas en un procedimiento complejo y su nacionalidad se vería suspendida durante la vigencia de su mandato, siendo su acreditación como magistrados del tribunal instrumento suficiente para el ámbito diplomático.

En cuanto a las competencias del tribunal, Kelsen considera al mismo totalmente competente para decidir sobre cualquier cuestión que le pudieran solicitar los Estados que formen parte de la liga, siendo su jurisdicción de obligatorio cumplimiento para cada uno de ellos. El tribunal aplicaría el derecho internacional sin distinguir entre normas convencionales, normas consuetudinarias o principios generales, todo sería derecho internacional a los ojos del mismo¹⁵³.

Finalmente, cabe señalar que este tribunal ideal imaginado por Kelsen, tendría potestad sancionadora, es decir, podría imponer las sanciones correspondientes respecto de los actos vulneradores de la normativa internacional.

¹⁵¹ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz*, *Política y Derecho Internacional*, p. 250.

¹⁵² GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz*, *Política y Derecho Internacional*, p. 252.

¹⁵³ GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz*, *Política y Derecho Internacional*, p. 256.

5. CRÍTICA AL PENSAMIENTO KELSENIANO: IUSNATURALISTAS Y SOCIÓLOGOS

La obra kelseniana ha sido una de las mayores aportaciones a la filosofía jurídica de todo el siglo XX. El volumen de esta obra, así como su influencia en autores posteriores justifica en cierta medida que la obra de Kelsen haya sido objeto de numerosas críticas. Tradicionalmente, la doctrina kelseniana ha sido objeto de crítica por dos sectores doctrinales diametralmente opuestos: Iusnaturalistas y Sociólogos.

El pensamiento iusnaturalista se caracteriza por la subjetividad y la oposición a la ciencia jurídica como mecanismo para determinar la realidad. Este pensamiento es totalmente opuesto a la tesis kelseniana caracterizada por la “objetividad de la ciencia, la cual tiene la tarea de conocer la realidad y no valorarla”¹⁵⁴. Por su parte, el pensamiento sociológico sostiene que la realidad social debe ser analizada por la sociología y no por medio de la ciencia normativa, es decir, la sociología debe sustituir al derecho normativo. Esta concepción es totalmente inadecuada desde el punto de vista kelseniano que sostiene la unilateralidad de la jurisprudencia normativa.

Pese a que el iusnaturalismo y la sociología presentan una disparidad conceptual manifiesta y sostienen posiciones doctrinales incluso contrapuestas se presentan como la antítesis de la doctrina kelseniana, pareciendo incluso que ambas teorías se alían frente al pensamiento kelseniano.¹⁵⁵

En este punto, se analizarán las concepciones de algunos de los autores más representativos del iusnaturalismo y la sociología.

Hobbes y Francisco de Vitoria son considerados como dos de los máximos exponentes del iusnaturalismo. El pensamiento de Hobbes tuvo una gran influencia en la conformación del pensamiento kelseniano. Hobbes presenta una “concepción legalista de la justicia”¹⁵⁶, mientras que Kelsen trata de establecer una teoría de carácter científico donde la ciencia jurídica o normativa tiene un papel central.

¹⁵⁴ BOBBIO, N: "La teoría pura del Derecho y sus críticos", en ID., *Contribución a la teoría del Derecho*, ed. a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990, pp. 117-139.

¹⁵⁵ BOBBIO, N: "La teoría pura del Derecho y sus críticos", en ID., *Contribución a la teoría del Derecho*, pp. 117-139.

¹⁵⁶ BOBBIO, N: "La teoría pura del Derecho y sus críticos", en ID., *Contribución a la teoría del Derecho*, pp. 117-139.

Kelsen y Hobbes conciben el derecho como un mecanismo ordenador, un orden coactivo, siendo la paz una manifestación del monopolio de la fuerza y sin que en ningún caso el pacifismo beneficie a unos y perjudique a otros. La normativa del orden coactivo es cumplida y obedecida por todos sin oposición. El monopolio de la fuerza también encuentra justificación en la doctrina hobbesiana, ya que el hecho de que haya una autoridad que decida sobre los conflictos que pueda haber es totalmente aceptado por Hobbes.

Sin embargo, Kelsen se muestra partidario de la paz como “fin inmediato”¹⁵⁷, poniendo de manifiesto la visión positivista del autor vienés y su contraposición con Hobbes que entiende la paz como fin único de la justicia. Kelsen se muestra totalmente contrario al hecho de que la paz sea el único fin de la justicia, admitiendo la posibilidad de que pueda existir una paz justa y otra injusta.¹⁵⁸

Hobbes y Kelsen muestran una total discrepancia en cuanto al régimen político más adecuado para los Estados. La doctrina kelseniana apuesta por la democracia como el régimen político más adecuado para garantizar la paz, mientras que Hobbes opta por el régimen absolutista.

Como ya se ha indicado, Kelsen no solo es objeto de críticas por parte de autores de tradición iusnaturalista, sino que un gran número de autores sociológicos o simpatizantes de esta doctrina se encuentran influidos por el pensamiento kelseniano, tanto de forma positiva como negativa. Norberto Bobbio presenta una obra notablemente influida por el pensamiento kelseniano. Al igual que Kelsen, Bobbio muestra una gran preocupación por el derecho internacional, siendo la guerra y la paz el tema principal de su obra.

El filósofo italiano considera al igual que Kelsen que la democracia es el régimen más adecuado para la consecución de la paz, pero el ordenamiento necesita un poder central que haga valer la normativa jurídica frente al que no quepa ningún tipo de resistencia. Bobbio entiende la guerra como “una situación de conflicto entre dos o más grupos políticos y la solución al mismo se deja en manos de la violencia”¹⁵⁹, considerando la paz como aquella situación en la que no hay conflicto ni violencia, y por lo tanto, tampoco guerra.

¹⁵⁷ BOBBIO, N: "La teoría pura del Derecho y sus críticos", en ID., *Contribución a la teoría del Derecho*, pp. 117-139.

¹⁵⁸ BOBBIO, N: "La teoría pura del Derecho y sus críticos", en ID., *Contribución a la teoría del Derecho*, pp. 117-139.

¹⁵⁹ Consultar en: <http://www.redalyc.org/pdf/774/77430204.pdf>.

La principal diferencia entre Bobbio y Kelsen radica en la diferencia existente entre ambos a la hora de entender la guerra. Kelsen entiende la guerra como medida coercitiva, como sanción frente a un comportamiento ilícito de otro Estado siempre y cuando se recurra a ella como reacción frente a un ilícito internacional. Sin embargo, Bobbio no se muestra partidario de la guerra como sanción, sino que, para el filósofo italiano, las sanciones solo puede imponerlas un tercero con poder suficiente para tal cometido.

Bobbio considera que la concepción kelseniana de la guerra no es del todo adecuada porque continúa permitiendo a los Estados la posibilidad de recurrir a la guerra no de forma unilateral, como defiende Schmitt, pero si como reacción frente a una agresión externa poniendo de manifiesto la imposibilidad de centralizar el derecho internacional en su totalidad y la creación de un tribunal internacional permanente garante de la paz. Bobbio se encuentra en una posición intermedia, ya que no rechaza la posibilidad de recurrir a la guerra ni tampoco permite a los Estados recurrir a ella como sanción o reacción.

5.1. Crítica al pensamiento kelseniano: Danilo Zolo

Danilo Zolo ha sido uno de los filósofos y juristas contemporáneos más importantes. Gran parte de su obra se centró en el análisis de la democracia actual, tratando de dar respuesta a los problemas y dificultades que dicho sistema presentaba.¹⁶⁰

Zolo, en su artículo “Una crítica realista del globalismo jurídico” cuestiona el globalismo jurídico de algunos autores. Para Zolo, un ordenamiento jurídico global lleva a una concepción normativista y racional del derecho que coloca a todos los individuos que lo integran en una posición de igualdad sin tener en cuenta las diferencias culturales o políticas existentes entre ellos.¹⁶¹

Gran parte de la crítica de Zolo se centra en el pensamiento globalista kelseniano. Kelsen analiza las posibles contraposiciones entre el derecho interno y el derecho internacional, poniendo fin a esta situación conflictual mediante el reconocimiento de la superioridad de un orden jurídico internacional que incluso determina la validez de los ordenamientos estatales. Kelsen muestra una posición partidaria del derecho internacional como orden supremo o –Estado mundial- donde los ordenamientos estatales carecen de sentido.

¹⁶⁰ Consultar en: <http://www.lecturalia.com/autor/22230/danilo-zolo>.

¹⁶¹ ZOLO, Danilo, “Una crítica realista del globalismo jurídico. Desde Kant a Kelsen y Habermas”, en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 36 (2002), pp. 197-218.

La primacía del derecho internacional defendido por Kelsen presenta una finalidad “pacifista o antimperialista”¹⁶². Zolo critica el hecho de que Kelsen trata de lograr ese fin pacífico o antimperialista por medio del globalismo jurídico o Estado mundial, instrumentos que difícilmente pueden encuadrarse dentro de una ideología pacifista o antimperialista.

Para afirmar la primacía del derecho internacional, Kelsen recurre a una serie de argumentaciones en favor de dicha primacía, las cuáles se verán rebatidas y analizadas por Zolo a lo largo del citado artículo.

Las principales argumentaciones de Kelsen en favor de la primacía del derecho internacional son las siguientes:

- La Juricidad del derecho internacional: todo ordenamiento debe presentar un carácter coactivo o sancionador. La juricidad del ordenamiento internacional va a venir determinada por la posibilidades normativas de este sistema, es decir, si puede dictar disposiciones normativas que regulen el empleo de la fuerza y permitan su calificación como acto ilegal¹⁶³. Esta posibilidad no excluye la potestad coercitiva o sancionadora de los ordenamientos estatal y pone de manifiesto el carácter primigenio de la comunidad internacional que sigue permitiendo a los Estados la posibilidad de recurrir al uso de la fuerza como reacción.
- “Bellum justum”: Kelsen retoma la posibilidad de recurrir a la guerra como sanción frente a cualquier actuación que vulnere el derecho internacional. La guerra como mecanismo de sanción permite al Estado agredido recurrir a la guerra frente al agresor, siendo justo dicho comportamiento. Fuera de esta posibilidad no se puede recurrir a la guerra o al uso de la fuerza, ya que tal actuación sería ilegal o ilícita desde el punto de vista internacional¹⁶⁴.
- “Civitas máxima”: los Estados tienen los mismos derechos y se encuentran en una posición igualitaria dentro de un ordenamiento jurídico mundial o Estado global.

Las argumentaciones kelsenianas son criticadas por Zolo desde varios puntos de vista. En primer lugar, critica el carácter primigenio que para Kelsen presenta el derecho

¹⁶² ZOLO, Danilo, “Una crítica realista del globalismo jurídico. Desde Kant a Kelsen y Habermas”, en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, pp. 197-218.

¹⁶³ ZOLO, Danilo, “Una crítica realista del globalismo jurídico. Desde Kant a Kelsen y Habermas”, en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, pp. 197-218.

¹⁶⁴ ZOLO, Danilo, “Una crítica realista del globalismo jurídico. Desde Kant a Kelsen y Habermas”, en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, pp. 197-218.

internacional por seguir permitiendo a los Estados usar la fuerza. Es cierto que el uso de la fuerza es una de las principales características de los ordenamientos estatales, pero algunos sistemas estatales imponen sanciones sin recurrir a la fuerza. Lo mismo ocurre en el derecho internacional, donde determinados organismos aplican sanciones que no suponen un uso de la fuerza. Es decir, Zolo critica que la doctrina kelseniana se opone a la soberanía de los Estados, pero luego se sirve de ellos para conseguir sus objetivos o fines.

En segundo lugar, critica el hecho de que un pacifista como Kelsen entienda la guerra justa como uno de los principios informadores del derecho internacional. Según Zolo, Kelsen renuncia al liberalismo en el momento que considera a la guerra como un instrumento sancionador que afecta a las personas por el mero hecho de pertenecer a un Estado. La responsabilidad colectiva se opone a la democracia, donde debe primar la responsabilidad individual de los individuos¹⁶⁵.

¹⁶⁵ ZOLO, Danilo, “Una crítica realista del globalismo jurídico. Desde Kant a Kelsen y Habermas”, en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, pp. 197-218.

6. CONCLUSIONES

Primera: Hans Kelsen fue uno de los grandes pensadores del siglo XX. Su obra muestra una gran preocupación por el derecho internacional y el pacifismo de las relaciones internacionales. Esta preocupación por los conflictos entre Estados tiene su origen en el hecho de que Kelsen sufrió en primera persona los efectos de la guerra y del exilio. Kelsen es un pacifista convencido que rechaza la guerra prácticamente en su totalidad y que apuesta por un sistema internacional común y pacífico.

Segunda: Kelsen considera que el Derecho tiene por objetivo lograr la paz por medio de una serie de actuaciones que tratan de evitar que el individuo realice comportamientos ilegales o inadecuados. Estas actuaciones represivas del comportamiento implican el uso de la fuerza por parte de aquellas personas autorizadas para realizarlas.

El pensamiento kelseniano apuesta por un monopolio del uso de la fuerza en favor de la Comunidad, de manera que aquellos individuos autorizados para realizar tales medidas actúan en favor de la comunidad y sus actos se tendrían como realizados por toda la comunidad.

El Derecho como orden coercitivo es uno de los principales planteamientos kelsenianos que tiene por objeto inducir a los individuos para que realicen determinados comportamientos y sancionarlos si no los realizan.

Tercera: A lo largo de toda su obra, Kelsen ha mostrado gran interés respecto de la pacificación de las relaciones internacionales. El pacifismo jurídico de Kelsen al igual que el de Bobbio, trata de solucionar los conflictos internacionales de forma pacífica mediante la actuación de instituciones centrales de derecho internacional.

Cuarta: Dentro del complejo sistema internacional, Kelsen realiza una importante distinción entre las sanciones y las represalias.

Por un lado, entiende las represalias como una serie de actos que siendo ilegales se permiten como reacción frente a la vulneración de la normativa internacional por parte de otro Estado. En cualquier caso, las represalias deben ser proporcionadas y aplicarse únicamente respecto del comportamiento ilícito.

Por otro lado, considera a la sanción como el medio más adecuado para reparar el daño causado por la conducta ilícita o antijurídica.

Quinta: La guerra es para un pacifista como Kelsen ilegal en el derecho internacional salvo que consista en una reacción contra el comportamiento antijurídico de otro Estado. La guerra será ilegal si un Estado recurre a ella de forma unilateral, pero será válida si se acude a ella como reacción y no se vulnera al hacerlo ninguna disposición de derecho internacional.

La guerra como mecanismo de resolución de conflictos está totalmente prohibida por la doctrina kelseniana. Solo permite acudir a ella de forma excepcional como sanción o medida coercitiva.

Sexta: A la hora de la interpretación de la guerra, Kelsen sostiene una dualidad interpretativa de la misma. Por un lado, la guerra puede interpretarse como un comportamiento permitido por el derecho internacional, como un elemento de política exterior. Por otro lado, la guerra puede interpretarse como un comportamiento prohibido por el derecho internacional salvo que se acuda a ella como reacción. Esta segunda posibilidad interpretativa de la guerra como medida reaccionaria es imprescindible para conformar la doctrina kelseniana del “bellum justum” o guerra justa. El “bellum justum” kelseniano configura la guerra como un mecanismo de sanción frente a un comportamiento ilícito. La guerra justa no es ideal contemporáneo o kelseniano, sino que ha existido a lo largo de la historia y ha sido objeto de un largo proceso de evolución técnico-jurídico.

La doctrina kelseniana de la guerra justa es una de las contribuciones más importantes de Kelsen, siendo por ello objeto de numerosas críticas y opiniones favorables. Carl Schmitt ha sido tradicionalmente uno de los grandes críticos de la doctrina kelseniana. Schmitt concibe la guerra como una facultad de los Estados y no como una reacción. El “jus ad bellum” o derecho a declarar la guerra defendido por Schmitt es totalmente rechazado por Kelsen y su concepción de la guerra como recurso.

Séptima: El derecho internacional es concebido por Kelsen como un ordenamiento primigenio en el que la sanción presenta una serie de características: responsabilidades, desarme, proporcionalidad... etc.

En el ámbito de las responsabilidades, Kelsen distingue la responsabilidad colectiva de la responsabilidad individual, dando más importancia a la primera y afirmando de forma tajante que la guerra afecta de forma más devastadora al pueblo que a las instituciones o fuerzas armadas. En el ámbito de las responsabilidades Kelsen hace referencia también a otros dos tipos de responsabilidad: absoluta u objetiva y subjetiva. Una u otra van a venir

determinadas por la imputación de la responsabilidad, bien al individuo (subjetiva), o bien a la sociedad (objetiva).

Octava: La centralización y descentralización del derecho internacional son los principios informadores más importantes del derecho internacional. El orden jurídico internacional estará centralizado si un órgano central tiene una posición decisoria preponderante, mientras que estará descentralizado si son los individuos los que adoptan las decisiones.

Kelsen aborda la centralización y descentralización desde una perspectiva dinámica y desde una perspectiva estática, analizando en primer lugar ambas posibilidades en el derecho interno y posteriormente en el derecho internacional. Kelsen es totalmente partidario de la centralización del derecho internacional y se muestra muy crítico con los intentos fallidos de centralización en que consistieron el Pacto de la Sociedad de Naciones y la Carta de Naciones Unidas. Estos proyectos son para Kelsen un fracaso en relación el objetivo centralista perseguido ya que establecen un sistema que únicamente beneficia a los vencedores de las Grandes Guerras y perjudica a los demás.

Novena: La jurisdicción obligatoria de un tribunal internacional central es el principal objetivo a alcanzar en el ámbito del derecho internacional por la doctrina kelseniana. Solo mediante un tribunal central, que cuente con una jurisdicción de obligatorio cumplimiento para cada uno de los Estados que forman parte del orden jurídico internacional, puede alcanzarse la paz en las relaciones internacionales.

Décima: La doctrina kelseniana ha sido tradicionalmente objeto de críticas por parte de iusnaturalistas y sociólogos. Ambos pensamientos son contrapuestos entre sí, pero presentan como característica común –el rechazo de la doctrina kelseniana-. Hobbes, Francisco de Vitoria, Bobbio o Danilo Zolo son ejemplos claros de iusnaturalistas y sociólogos que critican el pensamiento kelseniano, aunque los dos últimos autores se encuentran notablemente influidos por Kelsen y valoran también de forma positiva muchas de sus conclusiones.

7. BIBLIOGRAFÍA

BOBBIO, N: *El tercero ausente*, trad. Pepa Linares, Madrid, 1997, p.258-269.

BOBBIO, N: "La teoría pura del Derecho y sus críticos", en ID., *Contribución a la teoría del Derecho*, ed. a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990, 117-139.

CAMPDERRICH BRAVO, R: "Soberanía y orden internacional en la filosofía política y jurídica de Hans Kelsen y Carl Schmitt: aportaciones a un debate reciente", en *Anuario de Filosofía del Deerecho*, Nueva época, XXIII (2006), pp. 205-217.

CICERON, *De republica*, p.23.

GARCÍA PASCUAL, C: *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, prólogo de Javier de Lucas, Madrid, Trotta, 2015.

GARCÍA SÁEZ, J.A: *Kelsen versus Morgenthau Paz, Política y Derecho Internacional*, Madrid, 2016, Centro de Estudios políticos y constitucionales.

H. GROCIO: *De iure belli ac pacis* (1625), libro I, cap I, sec.2, pár 1.

KELSEN, H: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, versión española de Florencio Acosta, prólogo de Luis Recaséns, México, Editora Nacional, 1976.

KELSEN, H: *Principios de derecho internacional público*, trad. De Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida, revisión, edición y estudio preliminar de José Luis Moreno Pérez, Granada, Comares, 2013.

KELSEN, H: *Teoría general del Derecho Internacional Público*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, primera edición, segunda reimpresión, México, Ediciones Coyoacán, 2008, p. 131.

ROBLES, G: *Hans Kelsen. Vida y obra*, Madrid, Civitas, 2014.

ZOLO, Danilo, "Una crítica realista del globalismo jurídico. Desde Kant a Kelsen y Habermas", en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 36 (2002), pp. 197-218.

INTERNET

Montoya Pérez, Óscar. (2016). *Diccionario Jurídico*. México: Diccionario Jurídico. Recuperado de: <http://www.diccionariojuridico.mx/definicion/ciencia-juridica/>. {consulta: 19/06/2019}.

Ocaña, Juan Carlos. (2003). *El Pacto Briand-Kellogg 1928*. Madrid: Historia de las Relaciones Internacionales durante el Siglo XX. Recuperado de: <http://www.historiasiglo20.org/GLOS/pactobriandkellogg.htm>. {consulta: 22/06/2019}.

Lozano Cámara, Jorge Juan. (2004). *El Tratado de Versalles*. Granada: Revista digital de Historia y Ciencias Sociales. Recuperado de: <http://www.claseshistoria.com/2guerramundial/causas-versalles.html>. {consulta: 22/06/2019}.

Trotta. *Carl Schmitt*. Madrid: Trotta Editorial. Recuperado de: <https://www.trotta.es/autos/carl-schmitt/748/>. {consulta: 01/07/2019}.

Naciones Unidas. *Historia de las Naciones Unidas*. Recuperado de: <https://www.un.org/es/sections/history/history-united-nations/>. {consulta: 2/07/2019}.

Naciones Unidas. (1945). *Carta de las Naciones Unidas*. Recuperado de: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Carta_NU.pdf. {consulta: 02/07/2019}.

Micronet S.A. (2019). *Reparaciones de guerra*. Madrid: Enciclonet. Recuperado de: <http://www.enciclonet.com/articulo/reparaciones-de-guerra/>. {consulta: 04/07/2019}.

Lecturalia (2019). *Danilo Zolo*. Recuperado de: <http://www.lecturalia.com/autor/22230/danilo-zolo>. {consulta: 10/07/2019}.

