

CAPÍTULO 61

FILOSOFÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Fernando R. TESÓN*

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *La Legitimidad de los Estados*. III. *La filosofía de la guerra*. IV. *Conclusión: La normatividad del derecho internacional*. V. *Bibliografía complementaria*.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional cuenta con una rica tradición filosófica. El padre de la disciplina, Hugo Grotius, consideró al derecho internacional como una rama del derecho natural. Una preocupación similar animó a los grandes pensadores iusnaturalistas, entre ellos Vattel, Victoria y Puffendorf. El derecho internacional, para estos autores, era derecho en estado puro porque regulaba las relaciones entre entidades soberanas, esto es, no subordinadas a autoridad superior alguna. Sin embargo, esta vinculación entre el derecho internacional y la filosofía se fue diluyendo paulatinamente, especialmente en el siglo XX.¹ La razón principal de esta disociación fue el triunfo de dos corrientes intelectuales particularmente hostiles a la reflexión filosófica normativa: el nacionalismo político y el positivismo jurídico. El nacionalismo político es un adversario natural de conceptos morales universales. Por su parte, los autores positivistas deseaban ansiosamente ser respetados por sus colegas en otras ramas del derecho. Querían refutar la acusación de que el derecho internacional era una ficción, un invento. La manera de lograr respetabilidad para su disciplina era adoptar un lenguaje lo más parecido al lenguaje jurídico común, es decir, el lenguaje positivista. Esta actitud, si bien afianzó la disciplina como una rama genuina del dere-

* Profesor de Derecho Internacional, Universidad Estatal de Florida, Estados Unidos.

¹ Hay algunas excepciones, como los iusnaturalistas Verdross, Alfred, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1984 [1937]; y Lorimer, John, *The Institutes of the Law of Nations*, Edinburgh, W. Blackwood and sons, 1880.

cho, causó la declinación de la *filosofía* del derecho internacional. Hacia fines del siglo XX, la literatura iusinternacionalista lucía filosóficamente empobrecida cuando se la comparaba con las importantes reflexiones filosóficas en otras ramas del derecho tales como el derecho constitucional, el derecho penal y (en los países anglosajones) el derecho privado. Así, Allen Buchanan podría decir, en 2003, que la falta de preocupación filosófica de los internacionalistas era “un descuido curioso”.² Pero la situación mejoró, y el nuevo siglo conllevó una preocupación creciente por temas filosóficos, no tanto por parte de los juristas (que en general siguen atrincherados en un positivismo dogmático), sino más bien de los filósofos políticos analíticos.³

Este capítulo esboza el *status quaestionis* de algunos temas de la filosofía del derecho internacional. Razones de espacio me impiden presentar todas las cuestiones filosóficas atinentes a esta rama del derecho. Me concentraré, en cambio, en dos temas centrales de la disciplina: la legitimidad de los estados, incluido el principio de no-intervención, y la filosofía de la guerra. Hay otros temas centrales de la filosofía del derecho internacional que no trataré aquí. Menciono algunos: la teoría de las fuentes, los presupuestos normativos del derecho penal internacional,⁴ el análisis filosófico del derecho internacional ambientalista y los aspectos filosóficos del comercio internacional.⁵

II. LA LEGITIMIDAD DE LOS ESTADOS

En mayo de 2011, los libios derrocaron y mataron a Muammar Gaddafi, su gobernante por más de 42 años. Durante el período en que Gaddafi ejerció el poder, los actores internacionales lo trataron, en todos los temas importantes, como el representante genuino del pueblo libio. Bajo Gaddafi,

² Buchanan, Allen, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 17-22

³ Aparte de la obra citada de Buchanan, cabe destacar, entre otras, Altman, Andrew y Wellman, Christopher Heath, *A Liberal Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2010; y Besson, Samantha y Tasioulas, John (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

⁴ Véase en este tomo “FILOSOFÍA Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL”, por Alejandro Chehtman.

⁵ Para esto último, ver Tesón, Fernando R., “Why Free Trade is Required by Justice”, *Social Philosophy & Policy*, vol. 29, núm. 1, 2011, p. 126.

Libia gozó de todas las facultades que el derecho internacional acuerda a los estados: inmunidades diplomáticas, capacidad para celebrar tratados, el derecho de legítima defensa y, sobre todo, el poder de promulgar y hacer cumplir las leyes en su territorio. Libia participó normalmente en organizaciones internacionales, a menudo en posiciones de liderazgo.⁶ En resumen, Libia fue, durante el reino de Gaddafi, un miembro pleno de la comunidad internacional. Los actores internacionales persistieron en este tratamiento respetuoso aún luego de que se enteraran de que el régimen libio había planeado el atentado contra el vuelo 103 de Pan Am, que mató más de 200 personas inocentes.

Sin embargo, a medida de que los rebeldes consolidaron sus posiciones y el apoyo a Gaddafi disminuyó, los medios cambiaron su retórica: Gaddafi no era ya más el “líder” libio, sino el “tirano” o “dictador”. Estas palabras, por supuesto, eran tan justificadas en ese momento como lo habían sido durante los 42 años del gobierno despótico de Gaddafi. No es una exageración decir que el régimen de Gaddafi era una empresa criminal que gobernaba por medio del terror y la intimidación. Sin embargo, el derecho internacional acordó a esta empresa criminal la etiqueta de gobierno legítimo. Seguramente, entonces, la filosofía y el derecho difieren grandemente en su concepto de legitimidad. ¿Tiene alguna explicación este fenómeno? ¿Había alguna propiedad de este gobierno (un gobierno que, bajo cualquier enfoque filosófico razonable, era, para parafrasear a San Agustín, una cueva de ladrones y asesinos) que lo tornara un gobierno internacionalmente legítimo? ¿Poseía Gaddafi, a pesar de todo, el derecho a ser obedecido y el derecho a ser tratado con respeto por los gobiernos extranjeros? ¿Podríamos decir que, aun cuando los libios no tenían, quizás, obligación política alguna hacia Gaddafi, los gobiernos extranjeros debían tratarlo *como si* fuera legítimo?⁷ En esta primera sección examino el concepto de estado y las condiciones de su legitimidad.

⁶ Incluso en fecha reciente, mayo de 2010, Libia fue *elegida* para integrar el Consejo de derechos Humanos de las Naciones Unidas, puesto del cual fue suspendida cuando la rebelión se intensificó, como si antes de la rebelión el gobierno libio hubiese sido una ejemplar de democracia. Véase ABC News, “Libya, Thailand Elected to Human Rights Council”, May 14, 2010, en <http://www.abc.net.au/news/2010-05-14/libya-thailand-elected-to-human-rights-council/435128>.

⁷ Uso el ejemplo de Libia, pero las mismas preguntas pueden formularse respecto de Alemania del Este, Corea del Norte, Liberia, y muchos otros estados.

1. *El estado*

El derecho internacional regula mayormente las relaciones entre estados soberanos. ¿Qué es un estado? Resulta conveniente comenzar por la definición jurídica. El derecho internacional define al estado soberano como una población regida por un gobierno independiente en un territorio. Un gobierno es independiente cuando no está subordinado a autoridad superior alguna (aparte de la posible autoridad del derecho internacional).⁸ El estado es típicamente una comunidad política independiente. El derecho internacional confiere poderes al estado; estos poderes definen las relaciones recíprocas entre estas comunidades independientes.⁹ Podemos decir (siguiendo a David Copp) que un estado consiste en las *instituciones de gobierno animadas*, esto es, habitadas por seres humanos. Un estado está compuesto por personas, instituciones y territorio; el estado consiste en instituciones “pobladas,” por así decirlo.¹⁰ Las instituciones, o bien perduran en el tiempo y están habitadas por distintas personas en momentos diferentes, o bien cambian. El estado, pues, presenta distintas encarnaciones en momentos distintos. A veces las instituciones son las mismas y las personas que las ocupan (los gobiernos) rotan, como en las democracias liberales. Otras veces las instituciones cambian pero las personas permanecen, como cuando un monarca promulga reformas liberales y transforma una monarquía autoritaria en una monarquía constitucional. Y finalmente, a veces las instituciones y las personas cambian, como en el caso de las revoluciones. Este es un concepto no-moral del estado: un estado así definido puede o no ser moralmente legítimo. Este enfoque es superior a los enfoques tradicionales, porque no nos obliga a distinguir entre legitimidad del estado y legitimidad

⁸ La Convención de Montevideo de 1933 sobre Derechos y Deberes de los Estados, en su artículo 1o., refleja este concepto:

“El Estado como persona de Derecho Internacional debe reunir los siguientes requisitos:

1. Población permanente.
2. Territorio determinado.
3. Gobierno.
4. Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados.”

Véase el texto en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-40.html> .

⁹ Los juristas hablan de derechos y deberes del estado, pero prefiero el término “poderes,” ya que la idea de derechos presupone la tesis filosófica discutible de que los estados pueden ser titulares de derechos morales.

¹⁰ Copp, David, “The Idea of a Legitimate State”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 28, núm. 1, 1999, p. 3.

del gobierno. El Estado, así definido, consiste en las instituciones *de gobierno*. El tema filosófico central es cuándo este gobierno, este estado, posee el derecho moral de gobernar y el derecho moral de ser respetado por otros estados, es decir, el derecho de soberanía.

2. *El valor moral de los estados*

¿Cuándo es un estado legítimo? Las respuestas a esta pregunta pueden clasificarse en cuatro grupos. La teoría *westfaliana* sostiene que todo gobierno *de facto* es internacionalmente legítimo. La teoría *rawlsiana* considera legítimo a cualquier estado que satisfaga una medida mínima de “decencia” moral. Para la posición *kantiana*, sólo las democracias liberales son legítimas. Finalmente, para la tesis *lockeana* solamente los estados que respetan plenamente los derechos morales de los individuos son legítimos. Como veremos, esta tesis es compatible con sostener que *ningún* estado real es legítimo, aunque por supuesto algunos violarán derechos individuales más que otros.

A. *La tesis westfaliana*

Esta tesis sostiene que todo estado que satisfaga la definición no-moral (una población regida por un gobierno en un territorio) es legítimo. Los actores internacionales deben tratar el poder *de facto* como si fuera poder *de jure*. Para ser legítimo, un gobierno debe ser capaz de mantener el orden interno y de conducirse frente a otros estados de acuerdo a las reglas normales del derecho internacional: debe ser capaz de celebrar y cumplir tratados, enviar embajadores, en fin, cumplir con las normas básicas del intercambio diplomático. Estas condiciones no son tan fáciles de satisfacer como uno cree, pero aun así el umbral de legitimidad es bien bajo. El estado no tiene que respetar derechos humanos ni ser democrático o liberal para ser legítimo. Debe, eso sí, ser capaz de mantener un mínimo de orden social, pero más allá de eso un estado puede ser tiránico sin perder por ello su legitimidad.

Los juristas internacionalistas han defendido tradicionalmente esta posición. Para ellos, la *norma de efectividad* es un pilar del derecho internacional. Esto es así aun cuando el derecho internacional obligue a los estados a respetar los derechos humanos. Un estado que los viole comete un ilícito internacional, pero no deja de ser legítimo. Para la tesis westfaliana, el único hecho que destruye la legitimidad internacional de un gobierno es la pérdida de control efectivo. Volviendo al ejemplo de Libia: Gaddafi fue conside-

rado el gobierno legítimo de Libia *precisamente* porque ejerció el poder político efectivo y aseguró, de este modo, las funciones del estado. Sin embargo, cuando los rebeldes le arrebataron ese poder, Gaddafi perdió legitimidad. La comunidad internacional le retiró el reconocimiento, no porque fuera un tirano, sino porque perdió las riendas del poder. Parejamente, la comunidad internacional hoy reconoce al gobierno provisional libio, no porque éste sea un modelo de democracia y libertad, sino porque detenta el poder en Libia. Para esta tesis, entonces, la legitimidad internacional no tiene nada que ver con cualidades morales.

Si bien los autores que defienden esta postura convergen en esta conclusión, también exhiben diferencias importantes entre ellos. Examinaré tres versiones de la tesis westfaliana: la posición realista, la posición minimalista y la posición comunitaria.

a. La posición realista

Una versión de la tesis westfaliana, asociada comúnmente con Hobbes, considera a las relaciones internacionales como un sistema anárquico. Los estados compiten globalmente por recursos en un mundo que carece de autoridad soberana. En este mundo anárquico el interés nacional es supremo.¹¹ Esta tesis, llamada realismo, tiene a su vez varias versiones, algunas de las cuales están comprometidas con el escepticismo o el relativismo moral. La versión más plausible del realismo, sin embargo, concibe al derecho internacional como un modesto sistema de *modus vivendi* global. La idea es que, para poder sobrevivir, el estado liberal debe coexistir con sociedades de todo tipo, la mayoría de las cuales no son liberales. Quizás esas sociedades sean moralmente objetables, pero el derecho internacional asegura un mínimo de paz que permite al estado liberal sobrevivir en un mundo lleno de peligros y amenazas. Esto explica por qué el principio de efectividad debe ser el pilar del derecho internacional. Al proteger la soberanía de todos los estados, el derecho internacional protege también la soberanía del estado liberal. Así concebido, el papel del derecho internacional es modesto: consiste en unas pocas normas destinadas a regular el uso de la fuerza y demarcar esferas de jurisdicción. Estas reglas básicas de juego no aspiran a reflejar concepción moral alguna, y menos aún una concepción liberal. Su fin es meramente permitir la coexistencia de entidades soberanas, y, en

¹¹ Esta postura está representada, entre otros, por Bull, Hedley, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, 2a. ed., New York, Columbia University Press, 1980, pp. 65-70

consecuencia, habilitar a los estados liberales a proteger la libertad individual interna. Esta idea no es escéptica o relativista. Simplemente trata a las relaciones internacionales como un ámbito donde las reglas morales no tienen cabida, es decir, como un verdadero estado de naturaleza, pero la idea es compatible con una creencia en la superioridad de las instituciones liberales. La concepción realista simplemente considera a las relaciones internacionales como moralmente no reguladas. A lo sumo, estas reglas de convivencia pueden aspirar a una paz precaria, la cual a su vez es una condición para que el estado liberal pueda preservar sus propias instituciones.

Esta posición tiene importantes virtudes. Si uno cree, con Hobbes, que cualquier organización política es preferible al estado de naturaleza, entonces uno puede decir que cualquier estado, aun uno despótico, es legítimo, ya que habría logrado poner fin al caos y la inseguridad permanente que caracteriza a la anarquía social. Más aún, el realismo correctamente percibe que la estructura semi-anárquica de las relaciones internacionales crea graves obstáculos a la cooperación internacional espontánea. Quien ignore la lógica corrosiva del Dilema de Prisioneros lo hace a cuenta y riesgo propio.¹² Y finalmente, un mérito del realismo es que carece de pretensiones: contrariamente a otras versiones de la tesis westfaliana que enseguida trataré, el realismo no sugiere que la deferencia al poder político *de facto* refleje algún tipo de moralidad. Para el realismo, las esferas de poder de los estados soberanos deben ser respetadas como condición de supervivencia del estado liberal.

La concepción de la legitimidad que propugna el realismo, sin embargo, es trivial. Cuando decimos que un estado es legítimo podemos querer decir dos cosas diferentes. Por un lado, podemos significar que el gobierno del estado se encuentra *de hecho* en una posición *de hablar por* los súbditos. Por otro lado, podemos significar que el gobierno posee un *derecho a gobernar* a los súbditos. El primer concepto está orientado hacia *afuera* y es esencialmente pragmático. Supongamos que nuestro gobierno tiene interés en celebrar un tratado con otro estado. Podemos decir que tal o cual individuo es el gobierno “legítimo” de ese estado porque él es la persona a quien debemos dirigirnos si queremos negociar el tratado. Aquí la preocupación es pragmática y operacional. No nos interesa si ese gobierno es *moralmente* legítimo: solamente queremos asegurarnos de que estamos tratando con la persona que *de hecho* puede implementar el tratado. Éste será el caso cuando esa persona sea el gobernante *de facto*, porque en tal caso él *controla los recur-*

¹² Tesón, Fernando, *A Philosophy of International Law*, Boulder, Colorado, Westview, 1998,

cap. 3.

ses del estado. La relación interna entre ese gobernante y sus súbditos es irrelevante. Lo único que importa es si este régimen *de facto* puede de hecho cumplir lo prometido. Si usamos el término “legitimidad” para referirnos a esta situación, va de suyo que todo gobierno *de facto* es legítimo, y el realismo es trivialmente verdadero.

El segundo concepto de legitimidad alude al derecho *moral* de gobernar. En este sentido, que es el que importa a la filosofía, decimos que un estado es legítimo cuando satisface un estándar moral sustantivo. En la literatura, este estándar varía notoriamente. Si el estándar es respeto de los derechos humanos, entonces sólo aquellos estados que lo hacen son legítimos. Si el estándar es provisión de bienes públicos, entonces sólo aquellos estados que los proveen serán legítimos. Si el estándar es cultural, entonces sólo aquellos gobiernos que reflejan esa cultura serán legítimos.

Esta distinción nos permite decir que un estado es *ilegítimo* en el segundo sentido, porque no satisface el estándar moral sustantivo (sea el que fuere), y tratarlo simultáneamente como un estado “legítimo” en sentido realista, es decir, como el agente *de facto* del estado. Supongamos que el estado democrático A quiere impedir que el estado dictatorial B no ataque a un tercer estado C. El gobierno de A celebra un pacto de no agresión con el gobierno de B con este fin. El gobierno de A razonablemente cree que el gobierno de B observará el tratado (quizás A ha advertido a B sobre las consecuencias de no hacerlo). El gobierno de A cree, por otra parte, que el gobierno de B es un régimen criminal encabezado por delincuentes. Aun así, el gobierno de A trata al gobierno (moralmente *ilegítimo*) de B como el “representante” de B porque sólo ese gobierno puede cumplir con las obligaciones del tratado, ya que controla los recursos del estado. Lo único que importa aquí son los resultados. Esto muestra que esta noción de legitimidad como poder *de facto* no tiene nada que ver con justificación moral alguna. Es un concepto estratégico. Como tal, está regido por las reglas normativas de la interacción estratégica. El gobierno de A trata al gobierno de B *como si fuera* el representante del estado porque el hacerlo es racional a la luz de la estructura de incentivos que la situación genera. Podemos decir, en fin, que este concepto realista de legitimidad *de facto* es o bien trivialmente verdadero (como vimos) o moralmente inaceptable. Si “gobierno legítimo” quiere decir “gobierno *de facto*”, entonces la postura realista es trivial. Si, en cambio, la tesis es que todo gobierno *de facto* es, en un sentido moral, legítimo, entonces la tesis es falsa. Usar la palabra “legitimidad” en esta situación es como usarla para referirse a un secuestrador. El secuestrador

controla a las víctimas, y es por eso que la policía debe negociar con él. Pero el secuestrador no es un representante “legítimo” en ningún sentido filosófico interesante. Todos los estados que ejercen un control efectivo son, trivialmente, agentes *de facto* de sus sujetos; pero sólo estados que satisfacen un patrón moral de gobierno (no especificado aún) son legítimos.

Se sigue que el poder que un gobierno (un estado) ejerce en un territorio sobre sus habitantes puede o no ser moralmente justificado. Si un estado posee el derecho moral de gobernar, entonces podemos tratar a ese estado como un miembro pleno de la comunidad internacional: tenderemos a cooperar con ese estado, no simplemente en términos estratégicos, sino reconociendo que ese estado ejerce, no simplemente un poder *de facto*, sino poder político *delegado*. Un estado es legítimo si posee el derecho moral a gobernar; y si es así, es un representante *de jure* de los sujetos. La relación de representación es un contrato: o bien ese contrato tuvo lugar, o bien no lo tuvo. Un gobierno legítimo, entonces, ha sido de hecho elegido o nombrado por los representados. Un gobierno que no ha sido nombrado por los representados es un usurpador: domina a los representados de hecho, por la fuerza, pero no es su representante legítimo. Si un estado es legítimo en este sentido, entonces los de afuera deben respetarlo, porque los de adentro, los súbditos, poseen razones para aceptar la coerción estatal. Si un estado es en cambio ilegítimo, los de afuera carecen de razones morales para respetar su autoridad, porque los súbditos mismos carecen de esas razones. Por supuesto, casi siempre habrá razones prudenciales o estratégicas para no intervenir. El que un estado sea ilegítimo no basta para justificar la intervención, especialmente la intervención militar.

El realismo, entonces, a pesar de las ventajas señaladas, no es particularmente interesante. Una teoría normativa del derecho internacional aspira a identificar diferencias importantes *entre* los estados, aún cuando acepte la premisa de que los estados despóticos posiblemente sean menos indeseables que el estado de naturaleza (ni siquiera esta premisa es obvia: pensemos en Corea del Norte). Si uno cree (contra Hobbes) que los derechos individuales son pre-políticos y no convencionales, entonces la legitimidad del estado no puede fundarse en el poder *de facto*. En términos generales, entonces, el realismo es vulnerable a la crítica lockeana contra Hobbes: aún concediendo que las naciones se encuentran entre sí en un estado de naturaleza, no hay razón para que las consideraciones éticas no se apliquen allí también. Si los derechos morales de los individuos no dependen del contexto social y político, es difícil sostener que las acciones del estado que persi-

guen el interés nacional es inmune a valoraciones éticas.¹³ Más aún: cualquier versión refinada de la moralidad da cabida al interés nacional legítimo. Decir que los gobiernos deben perseguir el interés nacional *es* adoptar una postura ética, y como tal debe ser defendida con argumentos. En resumen: a menos que uno adopte una postura metaética escéptica (es decir, una postura que niegue la racionalidad de los juicios éticos), la moralidad común se aplica también a las relaciones internacionales. El realismo niega esto, pero su razonamiento no convence.

b. La posición minimalista

David Copp ha defendido una versión algo diferente de la postura Westfaliana.¹⁴ Por un lado, Copp rechaza los intentos contractualistas de justificación del estado; por el otro lado, rechaza asimismo la idea anarquista de que ningún estado pueda ser legítimo. Propone en cambio una concepción minimalista: un estado es legítimo si satisface *necesidades sociales básicas*, tales como “el poder de promulgar e implementar el derecho, donde el cumplimiento por parte de los súbditos promueve la capacidad del estado de satisfacer las necesidades de la sociedad”.¹⁵ El argumento no distingue moralmente entre estados, salvo con referencia a ese estándar mínimo. Cualquier estado, aún uno injusto, es legítimo en este sentido, y solamente dejará de serlo cuando deje de satisfacer las necesidades de la sociedad. Para Copp, hay un umbral de eficiencia debajo del cual un estado pierde su legitimidad. Pero, por supuesto, como la gran mayoría de los estados llegan a ese umbral, la mayoría de los estados son legítimos. Los actores internacionales no pueden negarle a ese estado su derecho a gobernar. No interesa cuán despótico sea ese estado mientras satisfaga las necesidades sociales básicas. El argumento equipara la legitimidad interna con la externa: los de afuera deben respetar el derecho del estado a gobernar porque los súbditos mismos deben reconocer ese derecho a gobernar, en razón de la aptitud de ese estado de satisfacer necesidades básicas (si bien Copp admite que los súbditos no están obligados a obedecer leyes injustas.)

¹³ Para respuestas convincentes a la postura realista, ver Beitz, Charles, *Political Theory and International Relations*, Princeton, Princeton University Press, 1979, cap. 1; y Cohen, Marshall, “Moral Skepticism in International Relations”, en Beitz, C., Cohen, M., Scanlon, T. y Simmons, A.J. (eds.), *International Ethics*, Princeton, Princeton University Press, 1985, p. 3.

¹⁴ Copp, David, *op. cit.*, nota 10.

¹⁵ *Ibidem*, p. 40 (mi traducción).

La distinción entre legitimidad y justicia es central en el argumento de Copp. Siguiendo a A. John Simmons, Copp rechaza las justificaciones contractualistas del estado, porque no cree que ningún estado existente satisfaga los estándares contractualistas. Como también rechaza la posición anarquista (según la cual ningún estado es legítimo), Copp cree que el estándar de legitimidad debe ser distinto del de justicia. Esta concepción, cree el autor, es superior a las alternativas más robustas como el contractualismo porque explica porqué los súbditos de estados injustos deben obedecer “leyes moralmente inocentes”, tal como las leyes que prohíben el homicidio o las leyes de tránsito. Si la injusticia de un estado destruyera su derecho a gobernar, entonces los súbditos tendrían la libertad de desobedecer esas leyes inocentes. Esto, piensa Copp, no es plausible: los súbditos están moralmente obligados a obedecer dichas leyes. Se sigue que la postura de acuerdo a la cual sólo los estados justos son legítimos es insostenible. El argumento descansa en una asimetría entre el derecho a gobernar, que el estado posee, y el deber de obediencia, que los súbditos pueden o no tener. Éstos no están obligados a obedecer leyes injustas, pero sí están obligados a obedecer leyes inocentes, aun cuando sean promulgadas por un estado injusto. Esta última obligación sólo puede justificarse postulando el derecho del estado (aún uno injusto) de gobernar en un territorio.

El error en este razonamiento proviene de creer que nuestra obligación de obedecer leyes moralmente inocentes entraña un reconocimiento de la legitimidad de quien las promulga. Esta creencia es errónea. Cuando un gobierno injusto promulga una ley, nuestra actitud frente a esa ley dependerá del conjunto de razones que tengamos para obedecerla. Digamos que el gobierno prohíbe el homicidio. Todos tenemos una obligación moral de no matar, independientemente de esa promulgación. Podemos describir exhaustivamente esa obligación sin necesidad de decidir si el gobierno que promulgó la ley es legítimo. El mismo análisis vale para las leyes de tránsito: debemos obedecerlas por razones generales, tales como la necesidad de evitar colisiones. Vemos entonces que nuestro deber de obedecer leyes moralmente inocentes es deber *hacia nuestros conciudadanos*, no hacia el estado. Decir que no tengo ningún deber hacia el estado pero sí hacia las normas sociales que sostienen la vida diaria en común es perfectamente consistente. Debo obedecer estas leyes por razones de deber moral natural (como el homicidio), razones de coordinación (como las leyes de tránsito), y aún razones prudenciales (como el temor a sufrir sanciones por evasión impositiva, digamos). Ninguna de estas razones implica o presupone que reconozca un derecho del estado a gobernar. El estado ha promulgado leyes que obedezco por razones independientes. Nadie niega que aún los estados

injustos proveen servicios valiosos; así, los súbditos no poseen la libertad de desobedecer una decisión judicial ordinaria (en un juicio civil, digamos) alegando que el estado es injusto. Pero estas obligaciones son una especie de las obligaciones morales; como tales, las debemos a las personas con quienes convivimos, no al estado.

Copp se apoya en el hecho de que los estados existentes emergieron por medio de agresión, fraude, y despojo. Es un hecho histórico que los estados que hoy consideramos justos (por ejemplo, para Copp, el Reino Unido) fueron originalmente injustos: quizás usurparon la autoridad de un estado preexistente; o quizás obtuvieron su territorio mediante agresión; o quizás el estado original era tiránico pero se transformó, con el tiempo, en una democracia liberal. En vista de esta historia macabra, ningún estado puede satisfacer un estándar robusto de justicia. Pero, piensa Copp, todos consideramos al Reino Unido como un estado legítimo a pesar de que surgió de siglos de injusticia. ¿Cómo es esto posible? Porque, piensa Copp, la monarquía británica (antes de la época liberal moderna, digamos), si bien injusta, era un estado legítimo. Si el Rey de Inglaterra en el siglo 13 (digamos) poseía el derecho a gobernar, entonces el estándar de legitimidad no puede ser la justicia sustantiva sino algo distinto: la capacidad del estado de satisfacer las necesidades sociales mínimas.

La respuesta a este argumento es que el rey de Inglaterra *no* poseía un derecho moral a gobernar en el siglo 13. La Corona proveía servicios útiles, por supuesto, pero las obligaciones de los súbditos eran hacia otros súbditos del reino, no hacia el rey. Obedecer una decisión del rey, por ejemplo, cuando decidía una controversia, era una manera indirecta de cumplir con obligaciones hacia otros. Pero los súbditos no tenían ninguna obligación moral hacia el mismo Rey. Por ejemplo, los impuestos que el rey recaudaba por la fuerza para financiar sus guerras en búsqueda de gloria y conquistas no generaban obligación alguna para sus súbditos: en verdad eran, moralmente, un robo. En suma: hablar de la autoridad del estado es una manera de hablar acerca de la forma compleja en que los principios morales rigen la vida social.

Finalmente, es un error excluir por decreto la posibilidad de que ningún estado sea legítimo. Como observé, es posible que *todas* las obligaciones que tenemos hacia nuestros conciudadanos tengan un origen distinto de la autoridad del estado. Examinaré esta línea de argumentación más adelante en este ensayo.

c. La posición comunitaria

Michael Walzer ha defendido una tercera versión de la tesis westfaliana.¹⁶ Al igual que los realistas y los minimalistas, Walzer cree que los estados existentes son presuntivamente legítimos, pero sus razones son distintas. Para Walzer, un estado es externamente legítimo si refleja la vida política de su pueblo. El autor expresa esta idea de varias formas. Un estado es legítimo cuando hay concordancia (*fit*) entre gobierno y pueblo.¹⁷ Hay concordancia cuando el gobierno refleja en gran medida las fuerzas políticas, la historia y los valores de la población. Pero para Walzer, esto no significa que los súbditos tengan un deber de obediencia: solamente significa que *los de afuera* (en especial otros gobiernos) deben respetar a ese estado. Walzer cree que los ciudadanos de un estado están unidos por una especie de contrato social, *à la* Burke. Tienen deberes políticos entre sí, pero no hacia el gobierno (nótese que en este punto Walzer coincide con mi crítica a Copp *supra*.) Los demás estados, sin embargo, deben respetar a ese estado, aun cuando sea injusto, inclusive despótico. Un estado, según Walzer, es una “unión de pueblo y gobierno”,¹⁸ y como tal goza de legitimidad *externa*, aun cuando los súbditos mismos posean el derecho a rebelarse. Este derecho no es transmisible a los extranjeros. Para Walzer, el estado es la arena donde se desarrolla el proceso político, y de allí están excluidos los extranjeros, no por razones estratégicas sino por razones morales: el gobierno, aun cuando sea moralmente objetable, es un reflejo cultural de su pueblo.

El propósito principal de Walzer al escribir estas líneas fue el de rechazar la permisibilidad de la intervención *militar* por razones humanitarias. Si bien aún en ese contexto su argumento es problemático,¹⁹ concedamos, en gracia al argumento, que las intervenciones militares para acabar con injusticias son en general impermisibles (como veremos en la segunda parte de este ensayo, la guerra está sujeta a restricciones y prohibiciones que son independientes de la justicia de la causa.) Esto aún deja abierta la cuestión de la permisibilidad de intervenciones *no militares* (sanciones diplomáticas o

¹⁶ Véase Walzer, Michael, “The Moral Standing of States”, en Beitz, C., Cohen, M., Scanlon, T. y Simmons, A.J. (eds.), *op. cit.*, nota 13, p. 217.

¹⁷ *Ibidem*, p. 222.

¹⁸ *Ibidem*, p. 220.

¹⁹ Véase las respuestas de Luban, David, “The Romance of the Nation State”, en Beitz, C., Cohen, M., Scanlon, T. y Simmons, A.J. (eds.), *op. cit.*, nota 13, pp. 238-43; Beitz, Charles, “Nonintervention and Communal Integrity”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 9, núm. 4, 1980, pp. 385-91; y la discusión en Tesón, Fernando, *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, 5a. ed., Ardsley-on-Hudson, Nueva York, Transnational Publishers, 2005, pp. 81-89.

económicas, boicots, presiones de diverso tipo). Para Walzer, estas acciones son *también* cuestionables, porque cree que el proceso político local posee valor normativo independiente. Las interferencias con procesos sociales valiosos son criticables, aún cuando el que interfiere use diplomacia y no fuerza. El argumento de Walzer, entonces, prohíbe o al menos desalienta intervenciones *no* militares encauzadas a modificar procesos políticos autóctonos, aún si esas intervenciones tienen el propósito o el efecto de proteger personas cuyos derechos están siendo violados.

Para demostrar que estas intervenciones (aún no militares) dirigidas a modificar procesos políticos en otros estados son impermisibles, Walzer imagina un ejemplo fantástico. Supongamos un estado no liberal cuyas prácticas políticas son injustas pero consistentes con las tradiciones y la cultura de esa sociedad (Walzer lo llama Argelia). Supongamos además que nosotros (los liberales de afuera) poseemos una droga milagrosa que, cuando se la mezcla en el agua que beben los argelinos, los convierten instantáneamente en social-demócratas *à la sueca* (aparentemente Suecia es, para Walzer, el Nirvana político). Semejante acción sería moralmente impermissible, según Walzer. Los argelinos poseen un derecho colectivo a su proceso autóctono. Los de afuera están excluidos de este proceso y carecen del derecho de alterarlo, aún por medios no violentos como la droga del ejemplo.

El ejemplo de Walzer no ilustra la posición que quiere defender. El uso de la droga es ciertamente inmoral, pero no porque interferiría con un proceso político, sino porque convertiría a las *personas* que ingirieran la droga en *otras* personas, sin su consentimiento. La droga alteraría su identidad individual por medios artificiales. Usar la droga es inadmisibles por la misma razón que las lobotomías son inadmisibles aun cuando mejoraran la personalidad del lobotomizado. Quien administra la droga sin el consentimiento del paciente viola su autonomía *individual*, no una supuesta autonomía *comunal*.²⁰

A fin de ilustrar más vívidamente esta objeción, propongo otro ejemplo hipotético. Llamémoslo el caso del Botón Verde. Supongamos que un gobierno está violando los derechos de los súbditos. Yo poseo una máquina fabulosa que puedo activar oprimiendo un botón verde. Al hacerlo, la máquina, instantáneamente y sin causar daño alguno, interrumpe las violaciones de derechos. El Botón Verde no altera la personalidad de nadie ni causa efecto indeseable alguno. A diferencia de la droga de Walzer, no

²⁰ Beitz, Charles”, *op. cit.*, nota 19, pp. 389-90

altera ni la identidad, ni la mente, ni las creencias de la gente. Simplemente, el Botón Verde bloquea las violaciones de derechos. Creo que estaría moralmente justificado en apretar el botón; más aún, no concibo razón alguna para no hacerlo. La presión diplomática es más costosa que apretar el botón, por supuesto, pero el ejemplo muestra que un proceso político que resulta en injusticias como las violaciones de derechos carece de valor moral independiente. Los costos de las intervenciones (recordemos: no militares) deben evaluarse en términos de consecuencias para la gente. Cuanto más costosas sean, menos permisibles serán. Precisamente ésta es la razón por la cual parece correcto apretar el Botón Verde. Las intervenciones diplomáticas (contrariamente a las militares) son menos costosas, moralmente hablando, que las violaciones de derechos. Por esta razón, dichas intervenciones serán a menudo permisibles.

El comunitarismo westfaliano de Walzer debe ser rechazado. No hay razón para aceptar una excepción “comunitaria” a la obligación común de asistir a víctimas de injusticia, asumiendo un costo razonable. Si bien los esfuerzos diplomáticos no tienen costo cero, evitan los terribles costos morales de la guerra. Por eso es difícil entender por qué una supuesta necesidad de respetar la “vida en común” lleva a la prohibición de dichos intentos de interferencia no militar. Los argumentos que da Walzer son poco convincentes. Por ejemplo, afirma que los de afuera desconocen la sociedad en cuestión, y que los ciudadanos probablemente resistirán la interferencia. Pero estas suposiciones son dudosas, especialmente en el caso de interferencia no militar. Es poco plausible pensar que no sabemos lo suficiente sobre otras sociedades, especialmente cuando esos eventos consisten en violaciones de derechos básicos. La segunda suposición, que los ciudadanos resistirán la interferencia, es empíricamente dudosa y moralmente problemática. Desde el punto de vista empírico, no parece plausible que aquellos ciudadanos víctimas de injusticia rechazarán los esfuerzos diplomáticos de la comunidad internacional destinados a aliviarla.²¹ Desde el punto de vista moral, los ciudadanos no tienen derecho a oponerse a esfuerzos diplomáticos para aliviar las injusticias sufridas por *sus compatriotas*. Si el gobierno viola mis derechos, los demás carecen de autoridad para bloquear esfuerzos para restaurarlos. Walzer afirma que si la mayoría de la población se opone a la interferencia, entonces ésta estaría prohibida.²² Esto, sin embargo, es

²¹ Luban, David, *op. cit.*, nota 19.

²² Richard W. Miller adopta una posición parecida en el contexto de Afghanistan. Miller, Richard V., “The Ethics of America’s Afghan War”, *Ethics & International Affairs*, 2011, vol. 25, núm. 2, 1980, pp. 103-131; y mi respuesta: Tesón, Fernando, “Enabling Monsters: A Reply to Professor Miller”, *Ethics & International Affairs*, vol. 25, núm. 2, 2011, pp. 165-82.

inaceptable. La tiranía de la mayoría no es moralmente menos grave que la tiranía de la minoría. Más bien lo contrario parece cierto: es más urgente interferir con la tiranía de la mayoría, ya que la minoría, por definición, es políticamente impotente.

La objeción a Walzer puede formularse de esta otra manera. Walzer sostiene que los ciudadanos están vinculados por un contrato social de tipo burkeano. Ahora bien, según él, este contrato autoriza a la mayoría de la gente a vetar ayuda externa a víctimas de injusticia. Walzer reconoce, por otro lado, que las víctimas mismas tienen derecho a resistir esa injusticia. Si esto es así, se sigue que el “veto” de los demás es impermissible: en realidad, quienes se oponen a dichos esfuerzos diplomáticos son colaboradores del gobierno tiránico. ¿Qué clase de contrato es éste? Uno no está vinculado contractualmente con aquellos que promueven y alientan la violación de los derechos de uno: más bien parece acertado de hablar de *violación* de contrato. La idea de Walzer de “proceso político”, entonces, parece un eufemismo que a menudo enmascara injusticias intolerables.

En conclusión: la visión wesfaliana refleja una concepción de la soberanía estatal que glorifica el poder político a expensas de la moralidad y la justicia. Ya sea que esté basada en una cruda concepción Hobbesiana de orden o en una idealización romántica de los vínculos comunitarios, dicha visión no resiste un análisis nutrido en la idea del valor moral de las personas.

B. *La concepción rawlsiana*

Un segundo grupo de autores niega la tesis westfaliana de que cualquier estado *de facto* es legítimo, pero al mismo tiempo niega que haya un único sistema de principios filosófico-políticos que confiera legitimidad a los estados. Para esta postura, representada por John Rawls y sus seguidores, el estándar de legitimidad es un estándar moral, pero bastante modesto: la *decencia* moral. Para ser legítimo un estado debe ser mínimamente decente, pero no necesariamente liberal. Los estados legítimos incluyen estados liberales y estados no-liberales. Todos los estados liberales son *a fortiori* decentes. Los estados no-liberales serán decentes si cumplen tres condiciones: son pacíficos, respetan derechos humanos *muy* mínimos, y, aunque no son democráticos, poseen una “estructura de consulta jerárquica”. Los estados no-liberales que no cumplen estas condiciones son estados ilegítimos, fuera de la ley. Para los rawlsianos es un error considerar como legítimos solamente a los estados liberales. La justicia global debe ser tolerante y aceptar

una diversidad de concepciones del bien político. Una virtud de esta postura es que parece condecir con la práctica imperante en derecho internacional, donde, si bien los tratados aplicables parecen exigir condiciones morales mínimas de legitimidad, éstas son compatibles con prácticas políticas no-liberales de diverso tipo, tales como estados teocráticos, no democráticos, o medianamente autoritarios.²³

Rawls intenta formular los principios de política exterior que una democracia liberal debería observar. Él ve a la justicia global como una extensión del liberalismo: la cuestión es cómo deberían las democracias liberales tratar a otros estados, en especial estados no-liberales. Su propuesta descansa en las distinciones que cabe hacer entre tipos diversos de sociedades (“pueblos”) y sus gobiernos.²⁴

El libro de Rawls “*The Law of Peoples*” aplica a las relaciones internacionales una idea central de su obra tardía: el pluralismo razonable.²⁵ Las distintas sociedades, sostiene Rawls, a menudo discrepan en sus concepciones del bien, entendidas como visiones generales y comprensivas sobre valores políticos. El liberalismo es sólo una de esas concepciones, y por esa razón el derecho internacional no puede estar fundado *solamente* en el liberalismo. Muchas sociedades sostienen concepciones no-liberales, y por tanto la política exterior de una sociedad liberal, y, lo que es aún más importante, el derecho internacional y la justicia global, deben reconocer esta diversidad. El pluralismo ideológico razonable es, para Rawls, un hecho “duro” de la realidad, pero tiene también consecuencias normativas. Dado que las personas que habitan sociedades distintas poseen concepciones políticas diferentes, se sigue que las sociedades deben respetarse mutuamente (a condición de que todas cumplan ciertos requisitos morales mínimos). Es importante subrayar que para Rawls esto no quiere decir simplemente que las sociedades deben acomodarse mutuamente por razones prudenciales de convivencia. Su tesis es más fuerte: los líderes liberales deben *respetar, tolerar y cooperar* con estas sociedades no-liberales. Estos estados deben ser tratados como miembros libres e iguales de la comunidad

²³ Véase Rawls, John, *The Law of Peoples*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 1999; Beitz, Charles, “Rawls’s Law of Peoples”, *Ethics*, vol. 110, núm. 4, 2000, pp. 669-96; Reidy, David, “Rawls on International Justice: A Defense”, *Political Theory*, vol. 32, núm. 3, 2004, pp. 291-319.

²⁴ La discusión en el texto se centra en la versión de Rawls. Para una crítica temprana de la posición de Rawls siguiendo líneas parecidas a las del texto, ver mi libro *A Philosophy of International Law*, *op. cit.*, nota 12, cap. 4. En el texto presente intento elaborar y mejorar lo que dije entonces.

²⁵ Tal como las formulara en Rawls, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1991.

internacional. Las concepciones no-liberales que informan a estas sociedades son lo suficientemente “decentes” como para merecer el respeto de los estados liberales. Todos los estados decentes, liberales o no, comparten, entonces, una razón pública común ligada al respeto de valores morales mínimos y tolerancia mutua.

El primer problema con esta postura es de orden metodológico. Para Rawls, la tarea de la filosofía política es identificar principios que puedan acomodar visiones del bien decentes pero incompatibles, de modo tal que quienes difieran en cuestiones fundamentales puedan, a pesar de eso, cooperar socialmente y llevar así vidas sociales productivas. Esta postura puede ser útil para diseñar instituciones que, para su buen funcionamiento, deban ser neutrales respecto de diferentes concepciones del bien. Pero si concebimos a la filosofía política de manera distinta, no como un esfuerzo para conciliar posiciones diversas, sino para defender, críticamente, los mejores principios de ética política, entonces el hecho de que la gente tenga puntos de vista morales inconsistentes es irrelevante. El hecho de que mucha gente tenga creencias no-liberales no agrega un ápice a la plausibilidad de esas creencias. Los principios liberales pueden ser correctos o no, pero no es posible que sean correctos para unos e incorrectos para otros. Todo principio, liberal o no, debe defenderse con argumentos racionales. El argumento *ad populum* (el principio X es verdadero, o plausible, o razonable, porque mucha gente cree en él) es, sin embargo, falaz. Dicho de otro modo: Rawls intenta construir principios de justicia global que reflejen el “consenso solapado” (*overlapping consensus*) de la mayor parte de las personas que habitan la tierra. Esta tarea sería útil si creyéramos que no hay modo de cuestionar ese consenso solapado. Si, en cambio, hay algunas verdades morales, por ejemplo, si las personas poseen derechos morales pre-políticos, entonces los liberales carecen de razones para respetar los actos de los gobiernos que violen esos derechos morales. Esto no quiere decir que, por razones prudenciales, no debamos ser tolerantes en algún sentido, de estas acciones. Pero estas razones no tienen nada que ver con una creencia de que un gobierno que viola los derechos morales de su gente es legítimo y merece respeto.

La idea rawlsiana de tolerancia liberal es vulnerable a objeciones aún más fuertes. Rawls da por sentado que los regímenes no-liberales “decentes” implementan sinceramente esa concepción no-liberal del bien. Y así como un estado liberal debe acomodar, internamente, distintas concepciones *individuales* del bien, así también los principios de justicia global deben

acomodar distintas concepciones *colectivas* del bien. El problema de esta analogía es que no existen concepciones colectivas del bien; más bien, dentro de cualquier sociedad, la gente posee concepciones que difieren entre sí. La analogía no funciona. Aceptemos la idea de Rawls de que un estado liberal debe ser razonablemente pluralista internamente. Los ciudadanos tienen concepciones del bien incompatibles entre sí: unos son religiosos, otros ateos; algunos son utilitaristas, otros kantianos. Estas diversas concepciones son incompatibles entre sí, razón por la cual las instituciones liberales deben acomodarlas, tolerarlas, siempre que sean razonables. Ahora intentemos extender esta idea a la arena internacional, como quiere hacerlo Rawls. Seguramente, para Rawls, es un hecho social “duro” que las *personas* tienen concepciones del bien diferentes e incompatibles en *todas* las sociedades. Esto es verdad también en las sociedades no-liberales. Pero el estado no-liberal precisamente privilegia coercitivamente *una* de estas concepciones sobre las demás que posean sus súbditos. Esto es exactamente lo que significa para un estado el ser no-liberal. La tolerancia liberal de Rawls, entonces, no es más que esto: en nombre de la tolerancia, el estado liberal debe tratar con respeto a regímenes que, internamente, *no acomodan* concepciones diversas del bien de sus súbditos, sino que, contrariamente, las suprime a todas menos a una de ellas. La tolerancia liberal internacional supone caracterizar como legítima la intolerancia no-liberal interna.

Este problema identifica una tensión dentro de la tesis de Rawls que no es posible resolver. La tolerancia “liberal” de regímenes no-liberales supone aceptar que los gobiernos no tienen una obligación de tolerar la diversidad ideológica dentro de sus fronteras. Esta anomalía surge porque Rawls comete aquí un error categorial: cree que una *sociedad* puede tener una concepción del bien. Esto es falso: solamente las *personas* pueden tener concepciones del bien, y ciertamente un estado liberal debe acomodarlas. Pero las sociedades no tienen concepciones del bien, ya que, de acuerdo a la premisa misma de Rawls, están compuestas de individuos que difieren ideológicamente entre sí. Aún cuando a veces se habla del *ethos* social, la realidad es que toda sociedad tiene personas que *disienten* de ese *ethos*. La tarea de quienes gobiernan no es tener o promover una concepción del bien; es, en cambio, *arbitrar* las disputas que surgen por las diferencias que tengan los súbditos.

Por lo demás, las propuestas concretas de Rawls son bastante alarmantes. Para él, un régimen “decente” satisface tres condiciones: debe ser pacífico; debe respetar lo que Rawls llama “derechos humanos básicos,” y debe proveer un “sistema jerárquico de consulta decente”.²⁶ La primera condi-

²⁶ Rawls, John, *op. cit.*, nota 23.

ción parece inocua: después de todo, todos los estados deben ser pacíficos. Si la examinamos atentamente, sin embargo, dicha condición no atenúa las objeciones a las prácticas antiliberales de esos regímenes. Tomemos un ejemplo de la vida real. Una coalición de estados, la Conferencia de Países Islámicos, ha promovido, con bastante éxito, la criminalización de la blasfemia.²⁷ La mayoría de estos estados pueden ser caracterizados como “no-liberales decentes” dentro de la terminología de Rawls. Esta *démarche* diplomática es ciertamente pacífica, ya que los estados en cuestión utilizan canales diplomáticos normales.²⁸ Más aún, concedamos que los gobernantes de esos estados sinceramente creen que su concepción del bien requiera la criminalización de la blasfemia; de hecho, sus legislaciones internas lo hacen.²⁹ Según Rawls, la actitud de los estados liberales frente a esto debe ser de respeto, tolerancia y cooperación. Lo más que pueden hacer es negarse a adoptar esa norma en sus legislaciones internas. Por lo demás, desde el punto de vista de la justicia global, deben tolerar la promoción de la criminalización de la blasfemia como una contribución más a la deliberación global entre sociedades “decentes.”

Lo cierto es que cualquier liberal digno de ese nombre debe oponerse vigorosamente a estas movidas diplomáticas. Es irrelevante que los proponentes actúen pacíficamente y sinceramente. *Lo que* proponen es moralmente inaceptable, punto, y no merece ser respetado. Los estados liberales deben enfrentar a esta diplomacia que preconiza las violaciones de derechos morales de la gente con la convicción de que esa postura no es simplemente una concepción del bien distinta que hay que respetar, sino una política moralmente objetable que intenta racionalizar la represión interna y promoverla externamente.

²⁷El 27 de marzo de 2009, el Consejo de Derechos Humanos adoptó una resolución auspiciada por la Conferencia de Países Islámicos recomendando la criminalización del “insulto a la religión”. http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_7_19.pdf.

²⁸Los alarmantes sucesos de Septiembre de 2012 en el mundo musulmán refuerzan aún más el argumento en el texto, porque, en una interpretación, muestran la fuerza de una convicción (la blasfemia debe ser criminalizada) que es, sin embargo, moralmente falsa.

²⁹Por ejemplo, el Código Penal de Paquistán dispone en su sección Section 295-C: “Use of Derogatory Remarks in Respect of the Holy Prophet: Whoever by words, either spoken or written, or by visible representation, or by any imputation, innuendo, or insinuation, directly or indirectly defiles the sacred name of the Holy Prophet Muhammed (peace be upon him) shall be punished with death, or imprisonment for life and shall also be liable to fine”.

Igualmente preocupante es la definición de Rawls de “derechos humanos básicos.” Para Rawls, éstos incluyen respeto por la vida y la seguridad personal. En cuanto a los demás derechos, Rawls se contenta con requerir que no haya esclavitud y que no haya una supresión demasiado grande de libertad de conciencia. Eso es todo. Estos regímenes no están obligados a respetar la expresión, incluyendo la libertad de disentir, ni los derechos políticos de elegir y remover a sus gobiernos, ni los principios que prohíben la discriminación. Según Rawls, estos regímenes deben poseer una estructura de consulta (no democrática). Pero una vez que las autoridades oyeron a todos y promulgan la ley discutida, la policía puede arrestar a los disidentes. Y, como si esto fuera poco, nada prohíbe, en el esquema de Rawls, gobiernos que ignoren las libertades económicas, que no protejan la propiedad privada ni la libertad de contratar. Estas libertades (a pesar del abandono que han sufrido por parte de los filósofos) son importantes para la concreción de proyectos personales.

En suma, los regímenes no-liberales que Rawls considera legítimos violan muchos derechos morales importantes que la gente posee, y por esta razón no deberían ocupar el lugar de privilegio que Rawls pretende acordarles.

C. *La posición kantiana*

Otra concepción posible de la legitimidad es que sólo los estados liberales son legítimos.³⁰ Por estados liberales entendemos aquí las democracias constitucionales, es decir, los regímenes donde los ciudadanos eligen periódicamente a los gobernantes y donde la constitución (escrita o no) protege efectivamente los derechos humanos. Para esta concepción, solamente los principios liberales pueden justificar el poder político. Esta concepción de legitimidad es interna y externa. La justicia global requiere que el derecho internacional otorgue el derecho de soberanía solamente a estados liberales, y que las demás sociedades aspiren a convertirse en estados liberales. La idea regulativa del derecho internacional es, pues, una federación libre de democracias liberales, tal como propuso Kant.³¹ Es importante aclarar que la concepción kantiana no recomienda necesariamente la intervención en estados liberales, pero sus razones no descansan en la supuesta legitimidad del régimen, sino en las consecuencias malas o contraproducentes de intervenir.

³⁰ Defendí esta concepción en Tesón, Fernando, *op. cit.*, nota 12. Véase, además, FUERZA Y LIBERTAD.

³¹ Kant, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, Madrid, Tecnos, 2002.
DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

La posición kantiana descansa en dos tipos de argumento: uno es normativo, el otro empírico.³² El argumento normativo a su vez puede basarse en alguna variante del contractualismo: consentimiento real o hipotético. Kant favorecía el consentimiento hipotético: el estado liberal es racionalmente requerido, porque solamente él puede garantizar la justicia. Alternativamente, el estado liberal puede justificarse apelando al consentimiento real. Sólo los estados voluntarios serían legítimos. El argumento, entonces, descansa en la creencia de que sólo los estados liberales satisfacen estas condiciones. El sistema democrático, para esta concepción, garantiza la voluntariedad, ya que las leyes son promulgadas, y los gobernantes elegidos, por medio del voto.

El argumento empírico es que la justicia global requiere la forma democrático-liberal del estado porque estos estados no guerrean entre sí. Esta es la tesis de la paz democrática. Como los estados liberales son inherentemente pacíficos, el derecho internacional debe disponer esa forma de estado. La razón de la paz liberal es algo misteriosa.³³ Anticipándose a los politólogos por más de dos siglos, Kant conjeturó que las democracias liberales poseen una estructura de incentivos que las inclina hacia la paz. El debate sobre esta teoría continúa, pero un punto es claro: la paz democrática es un *hecho* que requiere explicación, de modo que la carga de la prueba reside en aquéllos que creen que la paz duradera puede alcanzarse en un mundo que contenga regímenes no-liberales.

La posición kantiana es plausible porque cuenta una historia atractiva sobre cómo los derechos morales de las personas pueden justificar el poder político, el estado. Si los estados existentes realmente fueran el resultado de la delegación de poder por parte de individuos que consienten a limitar su libertad, entonces contaríamos con una teoría liberal verdadera del estado.

³² Tesón, Fernando, *op. cit.*, nota 12.

³³ Los principales partidarios de esta posición son: Doyle, Michael, "Kant, Liberal Legacies, and Foreign Affairs", parte 1, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 12, núm. 3, 1983, pp. 205-235. Owen, John, "How Liberalism Produces Democratic Peace", *International Security*, vol. 19, núm. 2, 1994, pp. 87-125; Russet, Bruce Russet, *Grasping the Democratic Peace: Principles for a Post-Cold War World*, Princeton, Princeton University Press, 1993. Para un elogio algo optimista de esta teoría, ver mi obra Tesón, Fernando, *op. cit.*, nota 12, cap. 1. Para críticas a la teoría, ver: Layne, Christopher Layne, "Kant or Cant: The Myth of Democratic Peace", *International Security*, vol. 19, núm. 2, 1994, pp. 5-49; Spiro, David, "The Insignificance of the Liberal Peace", *ibidem*, pp. 50-86; Rosato, Sebastian, "The Flawed Logic of Democratic Peace Theory", *American Political Science Review*, vol. 97, núm. 4, 2003, pp. 585-602.

Desgraciadamente, el consentimiento real no puede justificar la obligación política en estados existentes, ni siquiera en las democracias liberales.³⁴ Ningún estado conocido, ni siquiera el más admirable, ejerce su autoridad como resultado del consentimiento de sus sujetos. Los estados no son asociaciones voluntarias. Son (como bien lo vio Kant) instituciones *coercitivas*. La idea de consentimiento hipotético parece más prometedora, pero también ha sido objeto de fuertes críticas. Noto aquí dos puntos. En primer lugar, el consentimiento hipotético no puede crear obligación alguna; solamente el consentimiento *real* puede hacerlo.³⁵ En segundo lugar, ningún estado actual puede satisfacer los requerimientos de consentimiento hipotético, ya que muchas constituciones liberales poseen normas o prácticas que personas razonables posiblemente puedan rechazar.³⁶

Las dudas acerca de la concepción kantiana no conducen necesariamente a una vuelta a la idea westfaliana. La concepción kantiana contiene una gran verdad, apoyada no solamente por la literatura filosófica sino también por gran parte de la literatura económica: no cabe duda de que las instituciones liberales son *mejores* que las no liberales, en muchos sentidos obvios.³⁷ Ellas promueven la libertad, la prosperidad, y, si Kant tiene razón, la paz. Pero esto no requiere un compromiso con la *legitimidad* del estado. Decir que las instituciones liberales son las mejores que podemos alcanzar en un mundo no ideal no quiere decir que estemos *obligados* políticamente a esos estados. En otras palabras: hay múltiples razones de justicia global para promover instituciones liberales, pero ellas son compatibles con negar la legitimidad moral de los estados reales.

D. *La concepción lockeana*

³⁴ Véase Simmons, A., John., *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton, Princeton University Press, p. 1981, caps. 3 y 4; Beitz, Charles, *op. cit.*, nota 13, pp. 78-83.

³⁵ Esto lo remarcó hace tiempo Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 1978, pp. 150-2. Véase también Copp, David, *op. cit.*, nota 10, p. 12.

³⁶ Un ejemplo es la monarquía en el Reino Unido. Otro ejemplo: ninguna constitución liberal realmente protege la propiedad privada, de modo que si esta institución es parte de lo que aceptarían personas razonables (tema debatible, por cierto) entonces ningún estado es legítimo. Cabe agregar que la literatura sobre la justificación de la democracia liberal es extensísima, y no puedo hacerle justicia en estas páginas. Para un esfuerzo reciente, ver Estlund, David, *Democratic Authority: A Philosophical Framework*, Princeton, Princeton University Press, 2009.

³⁷ Dos obras fundamentales son Landes, David, *The Wealth and Poverty of Nations*, New York, Norton, 1998; y Acemoglu, Daron y Robinson, James, *Why Nations Fail*, New York, Crown, 2012.

Esta concepción simplemente sostiene, con Locke, que sólo los estados que respetan los derechos morales de los individuos son legítimos. Que yo sepa, nadie hasta hoy ha sostenido esta posición en la literatura sobre justicia global.³⁸ Dicha omisión es comprensible, ya que si aplicamos el requerimiento lockeano de que solamente un estado que respeta los derechos morales de la gente es legítimo, entonces *ningún* estado es legítimo, porque todos los estados, en mayor o en menor medida, violan los derechos morales de la gente. El problema con concepciones bivalentes de la legitimidad, como las que hemos repasado, es que no dan cuenta de la gran diversidad moral de los estados. En primer lugar, la concepción kantiana ignora el hecho de que las instituciones democráticas no son *suficientes* para garantizar el respeto a los derechos morales de los individuos. Tomemos el ejemplo de las “cleptocracias”, regímenes que son elegidos democráticamente y (en general) respetan los derechos liberales tradicionales, pero que *roban* sistemáticamente a sus ciudadanos. O tomemos el caso de estados liberales democráticos que respetan las libertades tradicionales pero toleran el encarcelamiento masivo de personas moralmente inocentes. En segundo lugar, si bien el respeto a los derechos liberales tradicionales es moralmente requerido por razones obvias, el sistema democrático mayoritario no parece ser *necesario* para garantizar un respeto amplio de los derechos morales de los individuos, como muestran estudios empíricos sobre Singapur y estados similares, donde no hay democracia pero la gente goza de amplias libertades, especialmente económicas. Lo que importa es la aptitud de un *paquete institucional* de facilitar los proyectos personales de los ciudadanos. Las violaciones de derechos humanos más truculentas (ejecuciones sumarias, arrestos arbitrarios, tortura) por supuesto descalifican al estado que las comete. Pero la falta de estado de derecho, falta de respeto a la propiedad privada y libertad de contratar, los impuestos confiscatorios, las barreras aduaneras, todo ello probadamente contribuye a la pobreza y reduce los ámbitos de la libertad individual. Un énfasis exclusivo en las libertades democráticas y el sistema mayoritario ignora este hecho, muy pertinente desde el punto de vista de la justicia global.

La conclusión es que quizás la legitimidad no importe para la justicia global. En cambio, lo que seguro importa es la capacidad de las instituciones para salvaguardar, relativamente, los proyectos de vida de la gente y, por ende, relativamente, sus derechos morales. Es posible que ningún estado sea legíti-

³⁸ En una obra de próxima publicación, *Justice at a Distance*, sostengo esta postura junto con Loren Lomasky.

mo, pero seguramente algunas instituciones son mejores que otras. Éstas son las que el derecho internacional y la justicia global deben promover.

III. LA FILOSOFÍA DE LA GUERRA

Sin duda, la guerra es la forma más aterradora y destructiva de violencia. El análisis filosófico de la guerra debe comenzar, pues, con una fuerte presunción en contra de su permisibilidad moral y jurídica. Sin embargo, mucha gente cree que algunas guerras están moralmente justificadas. Los filósofos han intentado por siglos explicar el fenómeno de la guerra, y los juristas han intentado, más recientemente, domesticarla por medio de principios reguladores. La filosofía y el derecho de la guerra se subdividen en dos áreas. El *ius ad bellum* es el conjunto de principios que establecen en qué supuestos puede un estado recurrir a la guerra. El *ius in bello* es el conjunto de principios que regulan los *medios* permisibles en la guerra, es decir, el combate lícito. Antes de abordarlas, empero, debemos considerar porqué la guerra posee un lugar especial en las relaciones internacionales.

Cada estado soberano establece internamente el monopolio de la fuerza. El estado cuenta con policía, tribunales y ejército, y la violencia individual está severamente limitada. El estado moderno prohíbe la violencia entre sus sujetos, ya sea venganza privada u oportunismo delictivo, y proporciona a los individuos los medios jurídicos para responder a la agresión de los demás. La sociedad internacional, sin embargo, no es un superestado. Su característica central es precisamente la *falta* de un monopolio centralizado de la fuerza. La sociedad internacional carece de gobierno. La Carta de Naciones Unidas fue creada con el fin de establecer un sistema de seguridad colectiva que pudiera reemplazar a las guerras unilaterales, pero, como se sabe, no ha funcionado en general de manera efectiva. El derecho internacional no provee a los estados recursos satisfactorios contra las violaciones de sus derechos, en especial contra la agresión. Es verdad que el derecho internacional ha hecho grandes progresos en la creación de normas del *ius in bello*, hoy codificadas en las convenciones de Ginebra. Pero con respecto al *ius ad bellum* el derecho internacional positivo exhibe graves carencias. Aquí el divorcio entre texto y realidad es palpable. Si uno lee la Carta de Naciones Unidas, *parece* que la agresión está prohibida, y *parece* que el Consejo de Seguridad tiene los poderes necesarios para contrarrestar la agresión en nombre la comunidad internacional.³⁹ Este consenso discurs-

³⁹ Carta de la ONU, art 2(4) y cap. VII.

sivo es importante, ya que hoy la comunidad internacional y la opinión pública están más dispuestas a condenar guerras cuestionables.

Sin embargo, los mecanismos *reales* para restringir la guerra son débiles. Para que el Consejo de Seguridad autorice el uso de la fuerza contra un agresor tiene que ocurrir muchas cosas, todas ellas bastante improbables. En primer lugar, los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad tienen el derecho de veto. Esto significa, no solamente que el consenso es difícil de lograr aún en casos normales, sino también que el Consejo no autorizará el uso de la fuerza contra un agresor o un genocida aliado de un miembro permanente. En el mismo momento en que escribo estas líneas, Rusia y China bloquean toda resolución que autorice acción colectiva para impedir la masacre de civiles en que está empeñado el gobierno sirio. Pero aún más grave es el hecho de que el derecho internacional no *obliga* a los estados a asistir a la víctima de la agresión. El Consejo de Seguridad meramente *autoriza* a usar la fuerza. Esto significa que, contrariamente a lo que sucede en el orden jurídico interno, el derecho internacional no ofrece una *garantía jurídica* contra la agresión y otros actos de violencia como el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. Aun cuando el Consejo de Seguridad actuara en cada caso de agresión o genocidio con gran celeridad y eficiencia (lo cual no es el caso) y autorizara el uso de la fuerza para asistir a la víctima, los gobiernos no están obligados a actuar. Y como si eso fuera poco, solamente los estados poderosos cuentan con la capacidad de hacerlo, y estos estados no intervendrán a menos que ello sea en propio interés (o, con mayor precisión, en el interés electoral de los políticos que gobiernan). Los estados que se hallan en condiciones de responder a una agresión simplemente pueden negarse a hacerlo, sin que dicha negativa viole norma jurídica alguna. La triste conclusión de todo esto es que los estados deben recurrir a la auto-ayuda en la gran mayoría de los casos, y por ello, lamentablemente, el fenómeno de la guerra no podrá ser erradicado en el futuro previsible.

1. *Ius ad bellum: legítima defensa e intervención por causas humanitarias*

En esta sección defiendo la posición de que la única causa justificada de guerra es la defensa de las personas contra violencia injustificada, y que esta razón justifica, en casos apropiados, tanto la legítima defensa como la intervención por razones humanitarias.

Según la interpretación convencional de la carta de las Naciones Unidas (artículos 2.4 y 51), hay una única causa justa de guerra: la legítima defensa. Los estados, va de suyo, están justificados en usar la fuerza para responder a la agresión armada. Este punto de vista es mayoritario, tanto en la literatura jurídica como la filosófica. Para esta concepción, toda otra guerra es una guerra *ofensiva* y está prohibida. Solamente las guerras *defensivas* pueden ser justificadas. Esta postura, en particular, rechaza la llamada *intervención por razones de humanidad*, es decir, la guerra que tiene como objeto salvar a gente en otro país cuyos derechos morales básicos se encuentran gravemente amenazados o vulnerados por su propio gobierno. Esta guerra es una guerra ofensiva, según esta postura tradicional, y por lo tanto está moralmente prohibida.

Desde el punto de vista filosófico, sin embargo, la posición tradicional es débil. Veamos por qué. ¿Cuál es la justificación moral de la legítima defensa contra la agresión? Uno podría decir que el haber sido atacado (o el hecho de un tercer estado haber sido atacado) habilita moralmente a un estado a guerrear contra el agresor. La idea es que el agresor pierde a su vez su derecho a no ser atacado, y es esta pérdida la que habilita moralmente a otro estado a responder con la fuerza militar. De igual modo que el criminal renuncia a su derecho de libertad al atacar a una víctima inocente, habilitando así a ésta a defenderse con violencia (o a la policía a arrestar al criminal), asimismo el estado agresor renuncia a su derecho a no ser atacado al agredir a otro estado. La posición tradicional sostiene que *solamente* el hecho de ser atacado (y no otro hecho) autoriza la violencia defensiva. Como las guerras humanitarias no tienen como antecedente un ataque al estado que ahora interviene, está prohibida.

Este análisis falla porque *personifica* indebidamente al estado y por ello ofrece una descripción errónea de la justificación de la guerra. La legítima defensa no está justificada primariamente por la defensa del estado como tal. Más bien, las víctimas del ataque se defienden *a sí mismos y a sus compatriotas* contra el agresor. El gobierno actúa como un agente coordinador de los esfuerzos defensivos. Esto quiere decir que estas personas, lideradas por el gobierno, defienden su propia vida, su integridad corporal y sus posesiones contra un ejército invasor que las amenaza y que, por ello mismo, las fuerza a pelear. Es posible, por supuesto, que estas personas defiendan sus instituciones, su estilo de vida, u otras cosas valiosas que se vean amenazadas por el agresor, pero esto no es necesario. La agresión obliga a la personas a defenderse aún cuando detesten a su gobierno y sus instituciones. El agresor pone a los ciudadanos del país agredido en la posición difícil de pelear o rendirse.

Analicemos ahora la intervención por razones humanitarias. Si pensamos en el estado como compuesto por individuos de carne y hueso, vemos que la intervención por razones humanitarias *también* es un caso de defensa de *personas*, en este caso de terceros, a saber, aquellas personas víctimas de la violencia injustificada por parte de su propio gobierno. Vemos entonces que la legítima defensa y la intervención por razones humanitarias están justificadas por la misma razón: la guerra en legítima defensa es una guerra en defensa de uno mismo y sus compatriotas contra la violencia injustificada del agresor extranjero; la intervención por razones humanitarias es una guerra en defensa de *otras* personas contra la violencia injustificada de sus propios gobiernos. En ambos casos la justificación es la misma: defensa de personas. Es un error, por lo tanto, considerar la legítima defensa como guerra defensiva y la intervención por razones humanitarias como una guerra ofensiva. Ambas son defensivas.

Los principios morales aplicables a la intervención por razones humanitarias son análogos a los que se conocen en el derecho penal como la *defensa de terceros*. Los individuos están autorizados, no solamente a defenderse a sí mismos contra agresiones injustificadas, sino también a acudir en defensa de terceros contra agresiones injustificadas. La matriz es la siguiente: Si el Agresor (A) ataca a la Víctima (V), el Tercero (T) está moralmente autorizado a usar la fuerza en defensa de la víctima.⁴⁰ Podemos decir que V tiene un derecho a no ser atacado, y que A pierde ese derecho, renuncia a él, al atacar a V. A se hace *pasible* de un ataque defensivo por parte de V o T. Ahora bien, este análisis está limitado a las relaciones entre individuos; así es como se lo presenta en derecho penal. Su aplicación a las relaciones entre *estados*, y de éstos con individuos, no es automática, por varias razones. En primer lugar, las razones que protegen moralmente a un estado contra ataques por parte de otros estados son algo diferentes de las razones morales que protegen a individuos contra ataques de otros. Los individuos tienen un derecho natural a la vida y la integridad física; es por ello que otros no pueden permisiblemente atacarlos. Un gobierno tiránico vulnera precisamente estos derechos; en este caso, entonces, las víctimas de gobiernos tiránicos se encuentran en una posición muy parecida a las víctimas del ejemplo de la matriz: la gente es atacada por su gobierno. Los dos casos no son idénticos, sin embargo, porque un gobierno, contrariamente al Agresor

⁴⁰ Véase Alexander, Larry, "Self-Defense", *University of San Diego Research Paper Series*, año 2011, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1924513.

de la matriz, tiene una relación especial con sus súbditos. El gobierno se supone que está *al servicio* de ellos. Esto hace que los actos de violencia tiránica sean aún más culpables. El Agresor no es una persona *simpliciter* sino una institución creada por la gente para gobernar de acuerdo al contrato social. El gobierno, entonces, contrariamente a las personas, no posee un derecho natural a no ser atacado. Su protección moral deriva exclusivamente de los derechos de los súbditos que instituyeron al gobierno.

En segundo lugar, las acciones militares imponen altos costos a terceras personas, cosa que normalmente no ocurre en agresiones individuales. Supongamos, entonces, que A (el gobierno tiránico) ataca a V (la población), y T (un tercer estado) interviene militarmente. Dicha acción normalmente le causará un daño considerable a C (los civiles inocentes, digamos.) Es este hecho, el hecho de que la guerra causa las muertes de personas inocentes, el que ha motivado a mucha gente a rechazar la intervención por razones humanitarias. Pero no parece que en este punto la intervención por razones humanitarias difiera de la legítima defensa: en este último caso también mueren inocentes. Consideremos los siguientes ejemplos:

Genocidio en Rodelia: El gobierno de una provincia de un estado federal, Rodelia, ha desencadenado una matanza contra un grupo étnico. Las muertes se acumulan, y el gobierno federal envía tropas a la provincia para impedir el genocidio. El ejército provincial resiste, y comienza una guerra civil. Luego de varios meses de batalla, las tropas federales derrotan a los rebeldes y salvan a la mayoría de la víctimas.

Revolución en Andinia: Una junta militar ha derrocado al gobierno democrático. Ha suspendido indefinidamente las garantías constitucionales e iniciado una persecución implacable de los disidentes que incluye tortura y ejecuciones sumarias. Las fuerzas democráticas, sin embargo, se reagrupan y salen a combatir a las calles. Luego de varios meses de batalla con muchas bajas, los revolucionarios triunfan y restauran la constitución democrática.

La mayoría de los autores, creo, apoya el uso de la fuerza en ambos casos. Pero ahora imaginemos que en el caso de Rodelia el gobierno federal es impotente para impedir el genocidio. Imaginemos que un país democrático vecino decide invadir para impedirlo, y que lo logra al mismo costo, en términos de vidas humanas, que la intervención federal habría producido. Creo que no hay diferencia moral entre ambos casos. La única diferencia es que en el caso de intervención el ejército liberador cruzó una frontera. No se ve porqué ese hecho es suficiente para condenar una acción (internacional) de fuerza que en el otro caso (interno) aprobamos.

Parejamente, imaginemos que en el caso de Andinia las fuerzas democráticas llevan las de perder ante la superioridad bélica de la junta. Imaginemos que los revolucionarios piden y obtienen ayuda de un país democrático vecino que finalmente derrota a la junta y restaura las autoridades democráticas, al mismo costo. Tampoco aquí se ve la diferencia moral entre este supuesto y el original: la única diferencia fáctica es que la fuerza liberadora cruzó una frontera. Si los revolucionarios abrazan una justa causa, entonces la ayuda a esos revolucionarios está justificada, *si todo lo demás permanece igual*. La oposición a la intervención en estos casos, entonces, tiene sentido si la razón para oponerse es que la intervención empeorará las cosas, causará más daño que la abstención, o será contraproducente.

2. Ius in bello: *El requisito de proporcionalidad*

Esto nos lleva entonces al punto central de la filosofía de la guerra: toda guerra debe ser, no sólo justa, sino *proporcional*. ¿Pero qué quiere decir esto? ¿Cuándo es una guerra proporcional? La idea central es simple, pero cuando uno trata de aplicarla aparecen muchas dificultades. Una guerra es proporcional, en un sentido vago, cuando los efectos buenos que produce compensan por sus efectos malos. Vimos que para que una guerra esté justificada debe ser emprendida por una causa justa, y que la única causa justa es la defensa de las personas. Pero una causa justa es una condición necesaria, no suficiente, de una guerra justificada. Si para defenderse de una agresión un estado aniquila al agresor con una bomba atómica, ese estado comete un acto de guerra injustificado a pesar del hecho de que fue víctima de la agresión inicial, porque esa reacción no guarda proporción con dicha agresión.

Hasta aquí la idea es relativamente clara. Sin embargo, el fenómeno de la guerra presenta el siguiente dilema: en toda guerra inicialmente justificada el estado que la conduce causa la muerte de personas inocentes. Estas personas no han renunciado a su derecho a la vida. Por lo tanto, es posible argüir que ninguna guerra que cause la muerte de personas inocentes está justificada. Como todas las guerras causan esas muertes, ninguna guerra está justificada. Tenemos la obligación de ser pacifistas. Si el agresor invade, debemos someternos a él (a menos que el agresor planee exterminarnos)

porque toda resistencia violenta causará la muerte de inocentes.⁴¹ Muchos han considerado esta postura inaceptable, pero responder a ella no es tan fácil como parece. Para hacerlo, los autores han desarrollado la *teoría del efecto doble* (DED).⁴² Reducida a su mínima expresión, esta teoría sostiene que si una acción produce un efecto bueno y otro efecto malo, a veces es posible excusar al agente por el mal efecto producido, a saber, cuando el agente no *intenta directamente* ese efecto malo. Aplicada a la guerra, la DED sostiene que el gobierno que conduce una guerra en nombre de una causa justa *no desea* la muerte de inocentes. Dicho daño se produce de manera *colateral*, es decir, como un efecto oblicuo de la acción. Si, además, el daño colateral mantiene una relación proporcional con el efecto bueno producido, es posible que dicho daño, aunque sea lamentable, esté excusado o justificado.

La DED ha sido ampliamente discutida, y no puedo aquí hacer justicia a la complejidad y riqueza de esa discusión.⁴³ Me limitaré a ofrecer una versión que me parece plausible. Comenzaremos con una formulación general aproximada:

Una acción que produce dos efectos, uno bueno y uno malo, puede ser realizada:

- 1) Si el acto es moralmente correcto,
- 2) Si el agente intenta el efecto bueno, aunque el efecto malo pueda ser previsto,
- 3) Si el efecto bueno no se produce *por intermedio* del efecto malo, y
- 4) Si el valor logrado por el efecto bueno es suficientemente importante como para permitir que ocurra el disvalor causado por el efecto malo.⁴⁴

⁴¹ En este sentido, ver Rodin, David, *War and Self-Defense*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

⁴² Para un tratamiento excelente del tema, ver Rivera López, Eduardo, *The partial (but relevant) truth of the doctrine of the double effect* (inédito).

⁴³ Para tratamientos importantes de la DED, véase Quinn, Warren, *Morality and Action*, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 1993, cap. 8; Rivera López, Eduardo, *op. cit.*, nota 42; y los autores citados en la nota siguiente.

⁴⁴ Esta formulación es una traducción libre de Frey, R. G., “The Doctrine of Double Effect”, Frey, R.G. y Wellman, C. H. (eds.), *A Companion to Applied Ethics*, Oxford, Blackwell, 2003, p. 464. Joseph Boyle Jr. formula la DED de este modo: “Es moralmente permisible realizar una acción cuando uno sabe que la acción causará por lo menos un estado de cosas tal que, si este estado de cosas fuera intrínseco a la acción, ella sería moralmente impermisible, si y sólo si (i) el estado de cosas no es intrínseco a la acción (eso es, no es intentado) y (ii) hay una razón importante para realizar la acción”. Boyle Jr., Joseph, “Toward Understanding the Principle of Double Effect”, Woodward, P.A. (ed.), *The Doctrine of Double Effect: Philos-*

Ahora adaptemos esta formulación al tema de la guerra:

Un acto de guerra que persigue un resultado valioso (por ejemplo, derrotar a un enemigo que amenaza o causa un daño importante a las personas), y que al mismo tiempo previsiblemente causará la muerte de inocentes, es permisible si, y sólo si:

- 1) El acto en sí está autorizado por las leyes de la guerra; por ejemplo, las armas utilizadas están permitidas (no se permiten armas biológicas, etcétera).
- 2) El agente intenta, busca un resultado valioso (la derrota del enemigo injusto), aunque prevea, pero no desee, la muerte de inocentes;
- 3) El resultado valioso no se logra usando las muertes de inocentes como medio, y
- 4) El resultado valioso (la derrota del enemigo injusto) es suficientemente importante como para tolerar la muerte (no deseada pero prevista por el agente) de las personas inocentes.

La mayor parte de la literatura se ha concentrado en la condición (2): el guerrero justo no debe intentar o desear la muerte de personas inocentes, aunque prevea que ocurrirán. Esto requiere elaboración.

Según los teóricos de la DED, la muerte colateral de personas inocentes no es parte *intrínseca* de la acción del guerrero justo. Esto significa que, en un sentido importante, éste no *intenta o desea* esas muertes. Pero el lenguaje de intencionalidad es engañoso, porque el efecto dañoso es ciertamente *imputable* al agente. El comandante que destruye una posición enemiga causa la muerte colateral de inocentes de manera deliberada y con conocimiento de que su ataque (justificado en cuanto a la causa) matará a esos inocentes.⁴⁵ ¿En qué sentido, entonces, puede uno decir que el agente no deseó esas muertes? El comandante sabía que si disparaba sus armas los inocentes morirían; sin embargo, disparó. En un sentido plausible de “desear” o “intentar”, el comandante deseó o intentó matarlos. En vista de

ophers Debate a Controversial Moral Principle, Notre Dame, Indiana, Notre Dame University Press, 2001, p. 12 (mi traducción). Para críticas a la doctrina, véase Bennet, Jonathan, “Morality and Consequences”, May, Larry, Rovic, Eric, y Viner, Steve (eds), *The Morality of War. Upple Saddle River*, New Jersey, Pearson-Prentice-Hall, 2006, p. 187, y Spector, Horacio, *Autonomy and Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 109-113.

⁴⁵ Véase Boyle, Jr., Joseph, *op. cit.*, nota 44, p. 9.

esta dificultad, quienes proponen la DED conceden que en este caso el agente intenta o desea el efecto malo, pero distinguen entre intención *directa* e intención *oblicua*. El comandante intenta producir todas las consecuencias causales previsibles de su acción. Si embargo, él intenta *directamente* matar al enemigo, mientras que intenta *oblicuamente* la muerte de personas inocentes. La pregunta aquí es contrafáctica: “¿Hubiera usted disparado sus armas igual si le hubieran dicho que no habría consecuencias malas?” Si la respuesta es afirmativa, entonces el agente intentó esas consecuencias malas de manera oblicua. Estas consecuencias colaterales dañosas son irrelevantes para el fin del comandante, que es derrotar al enemigo injusto.

Sin embargo, esta movida es puramente verbal. El problema aquí no es conceptual (¿qué cuenta como intención?) sino normativo: ¿Es moralmente permisible causar muertes colaterales en una guerra justa? La respuesta más prometidora es ésta: La acción dirigida a un mal moral está *guiada* por ese mal.⁴⁶ El mal causado con intención directa es más *ultrajante* que el mal causado con intención oblicua porque vulnera de manera flagrante el respeto debido a las personas; de ahí la diferencia entre los dos efectos de la misma acción. El comandante que no *apunta* a los inocentes no quiere realmente dañarlos; los salvaría si pudiera. Ese daño colateral no significa nada para él, no es parte de su acción. La acción no está guiada por tal daño. En cambio, el comandante que apunta a los inocentes desea su muerte; no quiere salvarlos. Esas muertes son elementos esenciales de su intención; su acción está, entonces, guiada por el mal. Esta distinción, creo, es plausible, y marca una diferencia moral entre acción dañosa directa y acción dañosa oblicua.

No obstante, del hecho de que haya una diferencia moral entre acción dañosa directa y acción dañosa oblicua no se sigue que ésta sea moralmente *permisible*. Como señaló Warren Quinn, la DED *aumenta* las exigencias de la permisión de matar; no las disminuye. La DED no justifica las muertes colaterales en una guerra: meramente observa que las muertes colaterales de inocentes son menos reprobables que las muertes directas de inocentes. Un pacifista puede mantener que las muertes colaterales de inocentes son inmorales, injustificadas, aun concediendo que no sean tan reprobables como las muertes de inocentes causadas directamente. Podemos ver, entonces, que la mera invocación de la condición (2) de la DED, esto es la distinción entre daño directo y daño oblicuo, no alcanza para responder a la objeción pacifista. Para responderle, es necesario invocar la condición

⁴⁶ Nagel, Thomas, “Agent-Relative Morality”, Woodward, P.A. (ed.), *op. cit.*, nota 44, p.

(4): el requerimiento de que el efecto benéfico (la realización de la causa justa) sea “suficientemente importante” como para tolerar la muerte colateral de inocentes.

Esta condición es normalmente catalogada como una condición de proporcionalidad. Qué cuente como acción proporcional es, sin embargo, poco claro. La literatura moderna sobre la DED ha rechazado en general un criterio puramente utilitario; sin embargo, las soluciones propuestas no parecen mejorar mucho ese criterio, ya que normalmente desembocan en un cálculo de costos y beneficios en términos de vidas humanas.

La DED puede desempeñar dos papeles distintos, aunque relacionados. En primer lugar, la DED puede ser usada para distinguir entre el combatir de manera moral y el combatir de manera inmoral, *sin referencia a la justicia o injusticia de la causa*. En segundo lugar, la DED puede ser usada para justificar daño colateral a inocentes (y, parejamente, condenar daño directo a inocentes) en guerras que son, por lo demás, justas. Michael Walzer ha seguido la primera estrategia. Para él, un acto de guerra satisface la DED cuando:

- (1) El acto es bueno o indiferente en sí mismo (por ejemplo, el arma usada es moralmente permisible)
- (2) El efecto directo es moralmente permisible: la destrucción de depósito de armas, por ejemplo, o la muerte de soldados enemigos.
- (3) La intención del agente es buena, esto es, solamente apunta al efecto aceptable; el efecto malo no es uno de sus fines, ni es un medio para sus fines.
- (4) El efecto benéfico es suficientemente bueno como para compensar por el efecto malo; debe estar justificado por la regla de proporcionalidad de Sidgwick.⁴⁷

La condición (2) de Walzer estipula que el efecto bueno debe ser moralmente aceptable. Pero por “moralmente aceptable” Walzer quiere decir el efecto que el combatiente cree que conduce a la victoria para *su* lado. Del mismo modo, bajo la condición (4) un “buen efecto” significa un buen efecto *dados los objetivos bélicos* de los combatientes. Walzer (siguiendo a Sidgwick) quiere deliberadamente separar el tema de la moralidad del combate, el *ius in bello*, del tema de la justicia de la causa, el *ius ad bellum*. Este enfoque es comprensible, ya que un combatiente que viola las restric-

⁴⁷ Adaptado y traducido de Walzer, Michael, *Just and Unjust Wars*, 4ta ed., Nueva York, Basic Books, 2006, p. 153. Para la regla de proporcionalidad de Sidgwick, véase *infra*.

ciones del *ius in bello* comete un crimen, aún si persigue una causa justa (así, por ejemplo, el bombardeo de Dresden por los Aliados en la Segunda Guerra Mundial fue moralmente injustificado, aun cuando los Aliados perseguían la justa derrota del Tercer Reich.)

A pesar de su utilidad, este enfoque no nos permite usar la DED para justificar guerras *justas*. Si la guerra puede ser justificada, es decir, si es posible darle una respuesta convincente al pacifista, es necesario proporcionar un argumento para justificar el daño colateral a inocentes que toda guerra, aún justa, causa. El primer paso es señalar que toda muerte, directa o indirecta, causada por un combatiente que persigue una causa *injusta* es una muerte injustificada, un homicidio.⁴⁸ Las únicas muertes en una guerra que pueden justificarse son las causadas por un combatiente que abraza una causa justa. La justicia de la causa (que, como señalé, es siempre la defensa de las personas) es una condición *necesaria* para justificar el daño, la muerte y la destrucción que toda guerra produce. Pero no es una condición suficiente, ya que un combatiente que persigue una causa justa puede también cometer crímenes de guerra.

La segunda función de la DED, entonces, es importantísima: es la de responder a la objeción pacifista e identificar los casos en que las muertes colaterales de inocentes en una guerra justa están justificados. En mi opinión, esto sólo puede lograrse si la condición (4) es entendida, no solamente como un criterio *cuantitativo* de proporcionalidad (un cálculo de costos y beneficios), sino además como una evaluación *cualitativa* de *lo que está en juego* en la victoria, es decir, de *cuán justa* sea la causa.

Comencemos con la regla de proporcionalidad de Sigdwick, corrigiéndola en etapas para responder a las preocupaciones que identifiqué. La idea general de proporcionalidad es que el buen efecto de la guerra (o de un acto bélico particular) debe contrarrestar el efecto malo. De acuerdo a Sigdwick, la finalidad del combatiente moralmente motivado debe ser la de inhabilitar al enemigo y forzarlo a rendirse, “pero no causarle (1) ningún daño que no tienda materialmente a ese fin, ni (2) ningún daño cuya capacidad de tender a ese fin sea menor en comparación con el volumen del daño”.⁴⁹ Igual que Walzer, Sigdwick cree que la moralidad del combate es inde-

⁴⁸ Como dice Cavanaugh, “para que la conducta de uno en la guerra sea justa, tanto la guerra como el acto individual deben ser justos”. Cavanaugh, T.A., *Double Effect Reasoning: Doing Good and Avoiding Evil*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 181 (mi traducción). La idea es desarrollada ampliamente en McMahan, Jeff, *Killing in War*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

⁴⁹ Sigdwick, Henry, *The Elements of Politics*, Londres, McMillan, 1908, p. 268 (mi traducción).

pendiente de a justicia de la causa. Como indiqué, esta separación es insostenible; por lo tanto, es necesario incluir consideraciones de *ius in bello*, y en particular resolver la cuestión de las muertes colaterales de personas inocentes a la luz de la causa por la que se combate, de lo que está en juego.

Podemos entonces enmendar la regla de Sigdwick del siguiente modo:

Un acto de guerra por una causa justa que causa la muerte colateral de inocentes *no será* permitido si, o bien (1) el acto no es materialmente conducente a la realización de la causa justa; o bien (2) la capacidad del acto de conducir a la realización de la causa justa es menor, comparado con el número de muertes colaterales.

Esta enmienda introduce el concepto de causa justa. Pero esta versión es aún insuficiente, porque no refleja la dimensión *cualitativa* del concepto de causa justa. Para que un acto de guerra esté justificado, el combatiente debe tener una razón suficientemente poderosa. La expresión “suficientemente importante” en la condición (4) de la DED refleja el grado de *urgencia moral* que el combatiente justo debe tener. La guerra debe ser lo suficientemente justificada como para compensar por el efecto malo. Cuanto más *fuerte* sea la razón para combatir, más bajo será el umbral de permisión de muertes colaterales. Sugiero, entonces, un agregado:

Un acto de guerra por una causa justa que causa la muerte colateral de inocentes *no será* permitido si, o bien (1) el acto no es materialmente conducente a la realización de la causa justa; o bien (2) la capacidad del acto de conducir a la realización de la causa justa es menor, comparado con el número de muertes colaterales; o bien (3) la causa no es lo suficientemente *grave* como para compensar por el daño colateral.

Podemos entonces formular una versión final de la DED aplicada a la guerra. Un acto de guerra está justificado si, y sólo si, cumple con las seis condiciones siguientes:

- 1) El combatiente utiliza medios permisibles.
- 2) El combatiente no intenta directamente la muerte de inocentes.
- 3) El combatiente persigue una causa justa. Solamente la defensa de personas atacadas cuenta como causa justa.
- 4) El acto de guerra es materialmente conducente a la victoria.
- 5) La capacidad del acto de guerra para conducir a la victoria es suficientemente grande como para compensar por muertes colate-

rales de inocentes. Esto requiere un cálculo *cuantitativo* de costos y beneficios.

- 6) La causa mencionada en (3) debe ser lo suficientemente *importante*, moralmente, como para compensar por las muertes colaterales de inocentes. Esta condición reconoce que hay grados de urgencia moral. Cuanto más importante sea la causa, más bajo será el umbral de permisión de daño colateral a inocentes.

Esta formulación requiere algunas aclaraciones. He omitido el requerimiento de que el efecto bueno no debe producirse por intermedio del efecto malo, porque esto está reflejado en la descripción de la intención requerida en el punto (2): el combatiente que *usa* a un inocente como medio para lograr el buen fin viola la condición de que el efecto malo no debe desearse directamente sino oblicuamente. También, he subdividido el requerimiento de proporcionalidad en tres componentes, como indiqué. La condición (6), que requiere gravedad moral de la causa, es una condición cualitativa; mientras que la condición (5), acerca de la magnitud del daño colateral, es cuantitativa. La justicia de la causa, pues, opera como un *paraguas* que campea sobre la justificación de la guerra, y así informa todos sus aspectos morales. En una palabra: no es suficiente que el combatiente actúe con la intención requerida: *porqué* combate es un factor decisivo en la evaluación moral.

Aquí cabe una advertencia importante. Los juicios de proporcionalidad son muy difíciles de formular en el calor de la batalla. Si agregamos a esto que las condiciones de la DED son imprecisas, comprendemos la dificultad que aqueja a un combatiente que persigue una causa justa y que está motivado a combatir de acuerdo a principios morales. Las preguntas que debe responder son realmente difíciles: ¿Es la causa *suficientemente urgente* como para justificar este acto bélico que previsiblemente causará la muerte de inocentes? ¿Cuánto contribuirá causalmente este acto bélico al logro de la justa victoria? Pocas son las ocasiones tan importantes para cualquier líder político o militar a quien le importa la vida humana y los principios liberales como las decisiones relativas a la guerra. Lamentablemente, no hay procedimientos mecánicos para resolver estas cuestiones. Espero, sin embargo, haber identificado el tipo de consideraciones que los líderes y comandantes responsables de las democracias liberales deben sopesar al tomar estas decisiones problemáticas.

IV. CONCLUSIÓN: LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL

Concluyo este ensayo con una reflexión sobre la naturaleza normativa del derecho internacional. Hay una larga tradición que considera a la coerción institucionalizada como parte esencial del derecho.⁵⁰ El derecho internacional, como vimos, prácticamente carece de coerción institucionalizada. Esto ha llevado a algunos autores a negar que el derecho internacional sea un auténtico sistema jurídico. Esta cuestión es en gran parte verbal: depende de cómo usemos la palabra “derecho.” Pero más allá del tema verbal, hay aquí un tema importante de normatividad. Por un lado, no hay razón alguna para que la sociedad internacional no desarrolle normas sociales de manera descentralizada. Estas normas no son menos obligatorias por el hecho de que no establezcan un órgano central de aplicación y creación del derecho. Uno puede decir, con Hart, que la normatividad del derecho internacional emerge cuando los gobiernos sienten *presión* fuerte de sus pares para obedecer la norma. En el derecho interno, dicha presión se traduce en la coerción estatal que respalda al derecho. En el ámbito internacional, dicha presión se manifiesta en maneras informales de incentivar el cumplimiento de las normas. De modo que creo que quienes afirman que el derecho internacional no pierde su carácter “jurídico” por carecer de autoridad central llevan las de ganar en este debate.

Sin embargo, a veces los juristas pecan de exageración en sentido opuesto: actúan como si las posibilidades de la aplicación y cumplimiento del derecho internacional fueran idénticas a aquéllas que caracterizan al derecho interno. Este es un grave error. El hecho de que haya normas sociales en el ámbito internacional, y que decidamos llamarlas “derecho”, no puede ocultar las flaquezas endémicas del sistema. Las relaciones internacionales padecen la lógica corrosiva del Dilema de Prisionero: los mecanismos del sistema no alcanzan para eliminar las defecciones (violaciones) oportunistas. Los sistemas jurídicos internos, por el contrario, resuelven o alivian este problema por medio de la coerción estatal que reduce dichas defecciones. Toda filosofía del derecho internacional, para ser completa, debe analizar en qué consiste esta normatividad no respaldada por coerción.

La pregunta para el futuro de esta disciplina es, entonces: si dentro de una sociedad el gobierno es la respuesta a los problemas de coopera-

⁵⁰ Representada especialmente por Hans Kelsen y H. L. A. Hart.

ción social, ¿no es entonces *un gobierno mundial* la respuesta a los problemas de cooperación entre estados? La filosofía carece de recursos para responder a esta pregunta, ya que se trata de un tema de diseño institucional. Anticipo, sin embargo, mi actitud escéptica. Los estados nacionales presentan, como hemos visto, amenazas graves a la libertad. Pero si bien todos los estados, en mayor o menor medida, violan los derechos de la gente, ciertamente algunos de ellos son mejores, incluso mucho mejores, que otros. Esto crea la posibilidad de *emigrar* de sociedades altamente injustas a otras mejores (aunque imperfectas). Un gobierno mundial eliminaría esta posibilidad, y por eso mismo deberíamos abrigar serias dudas sobre si un gobierno mundial, a pesar de las ventajas que a primera vista ofrecería, sería consistente con los valores humanitarios que deben informar toda institución creada para regir la vida social.

V. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- ALTMAN, Andrew y WELLMAN, Christopher Heath, *A Liberal Theory of International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- BESSON, Samantha y TASIIOULAS, John (eds.), *The Philosophy of International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2010.
- BUCHANAN, Allen, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination: The Moral Foundations of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, *Kant y la guerra: una revisión de 'La Paz Perpetua' desde las preguntas actuales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.
- GOLDSMITH, Jack y POSNER, Eric, *The Limits of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- HOLZGEFE, J. L. y KEOHANE, Robert O, *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal, and Political Dilemmas*, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2003.
- MAY, Larry, ROVIE, Eric, y VINER, Steve (eds.), *The Morality of War: Classical and Contemporary Readings*, Upper Saddle River, Nueva Jersey, Pearson Prentice-Hall, 2006.
- MCMAHAN, Jeff, *Killing in War*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- RAWLS, John, *The Law of Peoples*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1999.

- RODIN, David, *War and Self-Defense*. Oxford, Oxford University Press, 2003.
- TESÓN, Fernando R., *A Philosophy of International Law*, Boulder, Colorado, Westview, 1998.
- , *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, tercera edición. Ardsley-on-Hudson, Nueva York, Transnational Publishers, 2005.