

## DOCUMENTOS PARA LA PAZ

### LA PAZ POR EL DERECHO<sup>1</sup>

#### B. MANTILLA PINEDA\*

**M**i ponencia titulada Enfoque sociológico del derecho internacional público, que fue leída en la Primera Sesión Plenaria del XIX Congreso Nacional de Sociología celebrado en esta misma ciudad en octubre de 1976, invocaba en su conclusión la urgencia de crear la Cátedra de la Paz en todos los niveles de la educación. La Cátedra de la Paz sería un medio práctico para la formación moral de hombres amantes de la Paz, sugerido a los Estados, entre muchos otros medios teóricos y prácticos, por Luis Bossano, eminente sociólogo y jurista en su libro El desarme de las conciencias. En aquella solemne ocasión, yo no tenía el presentimiento de que la Unesco escogería en 1977 el año de 1978 como el Año de la Paz. Tampoco podía vislumbrar yo entonces que en 1977 el Instituto Mexicano de Cultura y la Asociación Mexicana de Sociología tomarían la decisión de celebrar el XX Congreso Nacional de Sociología en marzo de 1978 con el tema de Sociología de la Paz y de la Guerra.

1 Publicado por el Instituto Mexicano de Cultura. Sociología de la Paz y de la Guerra, págs. 109-117. XX Congreso Nacional de Sociología. México 1979.

\* Profesor Emérito de la Universidad de Antioquia.



Mi ponencia para el XX Congreso Nacional de Sociología lleva el título de La paz por el derecho y quiere ser consecuentemente un complemento de mi ponencia anterior. Me congratulo por la magnífica oportunidad que el acontecer histórico y cultural de la Gran Nación Mexicana me ha deparado expresar mis ideas al respecto.

### 1. EL DERECHO

Desde el punto de vista sociológico, el derecho es un medio de control social. Sus dos manifestaciones más frecuentes y regulares son la costumbre y la ley. Mac Iver define la costumbre como «un conjunto de procedimientos que han surgido gradualmente sin que ninguna autoridad constituida los declare ni los imponga».<sup>2</sup> Obviamente, la costumbre es la forma más temprana de control social. Como manifestación del derecho, la costumbre precede a la ley. Así ocurrió en el derecho romano y así ocurre también en el derecho inglés, es decir, en los dos sistemas de derecho o familias jurídicas, como prefiere denominarlos René David, que han seguido en su historia un curso normal de evolución. Igual afirmación cabría hacer hasta cierto punto respecto de los principales ordenamientos jurídicos -alemán, francés e hispano- del sistema romano-germánico, a pesar de las interferencias que significa la recepción del derecho romano justiniano y de la ulterior preponderancia de la legislación. Cuando prevalece el derecho legislado, como sucede en el derecho romano-germánico, la costumbre pasa a segundo plano y sólo tiene validez jurídica secundum legem. Pero cuando no prevalece el derecho legislado, como sucede en el sistema del Common Law, la costumbre coexiste con la ley y conserva su carácter de fuente primaria del derecho. «En Inglaterra, dice Karl Mannheim, la fuerza de la costumbre es mayor que en cualquiera otra sociedad industrial, y las leyes se han formado desarrollándose gradualmente sobre el trasfondo de la costumbre».<sup>3</sup>

A la luz de estas ideas, la famosa polémica que sobre la costumbre y la ley sostuvieron en el siglo XIX F.K. Von Savigny y Thibaut,<sup>4</sup> pierde la virulencia que se le impartió y permite ubicar dentro de sus límites a la costumbre y a la ley, como formas del derecho: ora prevalece la legislación con menoscabo de la costumbre,

2 Citado por Karl Mannheim: Sociología sistemática, p. 156, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s/f.

3 Idem, p.158.

4 Savigny y Thibaut: La codificación, Aguilar, Madrid, 1970.

ora subsiste la costumbre sin perjuicio del desarrollo de la legislación. En vez de polaridad, hay entre ambas complementariedad. No es la costumbre o la ley en sí mismas, sino el lugar que ocupan en el sistema jurídico lo que le da mayor relieve a la una o a la otra.

La costumbre jurídica en su primera fase de desarrollo no se distingue de la costumbre moral, es decir, de otro de los medios de control social. «En el campo de los hechos, según G. del Vecchio, la distinción entre lo moral y lo jurídico se ha ido dibujado asaz lentamente. En las fases primitivas de la vida social existía una costumbre indistinta, compuesta de normas que tenían carácter mixto, es decir, una fuerza obligatoria mal definida en su naturaleza moral o jurídica».<sup>5</sup> El deslinde entre moral y derecho en el plano teórico se trazó tardíamente. Primero por Christian Tomasio y Kant, quienes asignaron la conducta moral al fuero interno y la conducta jurídica al fuero externo. Luego por G. Radbruch, quien, rectificando la posición anterior, observó que «no hay ningún dominio de acciones internas o externas que no pueda someterse a valoración tanto jurídica como moral. Lo que al principio aparecía como una distinción entre moral y derecho puede mantenerse como una distinción en la dirección de sus intereses: La conducta externa interesa, sólo en cuanto es testimonio de una conducta íntima; y la conducta interna emerge en el círculo del derecho, sólo en cuanto cabe esperar de ella una acción externa».<sup>6</sup>

¿Qué clase de medio de control social es la costumbre? Para K. Mannheim es un medio de control social democrático y totalitario a la vez. Es lo primero porque es hecha por el grupo. «Cada cual contribuye a su desarrollo, cada uno puede actuar sobre ella y puede reinterpretarla de acuerdo con cada situación nueva». Y es lo segundo, «porque afecta a cada esfera de autoexpresión, privada y pública, e influye en nuestros pensamientos, creencias y maneras».<sup>7</sup>

La ley es otra manifestación o forma del derecho. Es una manifestación del derecho más evolucionada que la costumbre. «Mientras que la costumbre, dice K. Mannheim, se desarrolla inconscientemente, la ley es creada conscientemente y puesta en vigor en el momento de la promulgación. El tránsito de la costumbre a la ley es justamente un aspecto de la racionalización general que acontece en la socie-

5 Giorgio del Vecchio: Filosofía del derecho, p. 324, Quinta edición, Bosch, Barcelona, 1947.

6 Gustavo Radbruch: Filosofía del derecho, p. 54, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.

7 Op. cit., p.157.



dad moderna, un cambio que puede observarse igualmente en todos los sectores de la vida». <sup>8</sup> A diferencia de la costumbre, la ley es el precepto jurídico promulgado por el legislador. En la historia del derecho, la ley aparece frente a la costumbre como una revolución. En verdad, ambos son medios de control social y formas del derecho que pertenecen en principio a dos etapas de evolución social y que corresponden a distintos grados de organización social. La costumbre es un medio de control social propio de las sociedades arcaicas y primitivas. La ley, por el contrario, es un medio de control social más de acuerdo con las sociedades modernas. Sin embargo, no hay que subrayar demasiado este contraste, porque el sistema del Common Law no constituyó un obstáculo para la modernización del país que inició la primera revolución industrial en el mundo moderno. Me parece muy acertada la anotación que al respecto hace Julio Cueto Rúa, notable autoridad en derecho comparado. «La ley, dice este tratadista, ha sido considerada tradicionalmente como la más importante de las fuentes del derecho. Y lo ha sido realmente, pero sólo en ciertas épocas históricas y con referencia a algunos países» <sup>9</sup>

«Lo típico de la ley, para Cueto Rúa, es la enunciación mediante palabras de una relación imputativa entre un núcleo de hechos antecedentes, descritos de manera genérica, y una cierta conducta debida, como consecuente. Esas palabras pueden ser orales o escritas, pero ya sea en una forma o la otra, son indispensables para que pueda hablarse con propiedad de ley» <sup>10</sup>

La función de la ley dentro de una sociedad determinada varía en razón de las filosofías, concepciones del mundo e ideologías imperantes. «Según la filosofía del liberalismo, dice K. Mannheim, la ley tenía dos funciones principales que cumplir: mantener un orden fundamental en el que el hombre pudiera encontrar seguridad y oportunidad y ajustar aquellos conflictos e intereses entre individuos y grupos que no pueden resolverse por sí solos o cuya solución implica una usurpación de intereses ajenos» <sup>11</sup> La filosofía liberal en materia de legislación pertenece al pasado. Hizo crisis con el advenimiento del decisionismo político esbozado teóricamente por C. Schmitt, el filósofo de la dictadura. Donde ahora no impera el decisionismo, está en boga una fórmula transaccional entre libertad y dictadura que se denomina intervencionismo de

8 Op. cit., pág.158.

9 Julio Cueto Rúa: Fuentes del derecho, p. 35, Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1971.

10 Idem, p. 36.

11 Op. cit., p.158.

Estado. Por mandato de la ley, el Estado interviene en materia económica y social para dar pleno empleo a los recursos naturales y humanos.

## 2. EL DERECHO Y EL ESTADO

Desde el punto de vista de la sociología no cabe duda de que el derecho juega un papel fundamental en la organización social. Justamente los grupos organizados se caracterizan por la función que desempeñan en ellos las normas jurídicas en su calidad de factor regulador y de control del componente significación-valor. Entre todos los grupos organizados es el Estado el grupo que ha alcanzado mayor grado de organización, gracias a la concentración del poder, al monopolio de la fuerza y al empleo del derecho como medio de control social. Formalmente tanto la estructura como el funcionamiento del Estado son en esencia de naturaleza jurídica. Formalmente también entre derecho y Estado hay una relación y correlación. El Estado sin el derecho no podría subsistir. El Estado ético de Fichte o de Marx es una ficción. Puede ser una ficción científica, pero ficción al fin. En el plano lógico o lo que es lo mismo en el plano formal de órdenes sociales, el derecho y el Estado son idénticos para la teoría pura del derecho. Sin embargo, históricamente se puede hablar de un derecho preestatal y supra-estatal.

## 3. EL DERECHO Y LA SOCIEDAD INTERNACIONAL

Paradójicamente el derecho pre-estatal y supraestatal coinciden en algunos caracteres, a saber: la descentralización del poder y la carencia de un órgano especial encargado de la aplicación de las normas jurídicas a los casos concretos. De ahí que Hans Kelsen, quien ha investigado a fondo tanto las sociedades primitivas como la sociedad internacional, haya llegado a la conclusión de que el derecho internacional general o común es un derecho primitivo.

El Derecho Internacional Público se divide, como todo el mundo sabe, en derecho internacional general o común y derecho internacional particular. El primero tiene como fundamento la costumbre y hasta cierto punto la moral, y el segundo el tratado. «El derecho internacional general o común, escribe Hans Kelsen, es Derecho consuetudinario, válido para los Estados que forman parte de la comunidad internacional. El Derecho internacional particular es válido sólo para algunos Estados, y comprende de manera especial normas creadas por tratados internacionales, válidos sólo para las partes contratantes» <sup>12</sup>

12 Hans Kelsen: Derecho y paz en las relaciones internacionales, p.55 F.C.E., México, 1943.



El numeral 2 del artículo 38 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Haya reconoce la costumbre como fuente de derecho aplicable por el Tribunal. En efecto, dicho numeral se refiere a «la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho». El Derecho Internacional común es derecho consuetudinario completamente. «Objeto de la costumbre internacional, a diferencia de la nacional, dice A. Truyol, ha de ser, naturalmente, el comportamiento de los Estados y otros sujetos del derecho internacional entre sí. El precedente ha de dimanar, pues, de los órganos, instituciones o personas normalmente implicados en las relaciones internacionales a título oficial. Puede dimanar también de órganos de instituciones u organizaciones internacionales».<sup>13</sup>

El Derecho Internacional particular es derecho convencional. Nace de los tratados celebrados entre las partes y sólo es válido para ellas. Como el contrato civil, el tratado es ley para las partes. Los tratados internacionales son acuerdos entre los Estados. Según la mayoría de los tratadistas o autores, los tratados internacionales se dividen en tratados-leyes -de carácter normativo- y tratados-contratos o negocios jurídicos internacionales. El Estatuto del Tribunal de Justicia de la Haya reconoce los tratados como fuentes de derecho internacional particular.

La codificación del Derecho internacional público está erizada de dificultades. «Los problemas que plantea la codificación del derecho internacional público, dice Antonio Truyol, son en parte los generales de toda codificación. Así, la codificación parece entorpecer el desarrollo normal del derecho, haciendo a éste más rígido, sin lograr siempre, por otra parte, introducir una absoluta claridad. Sin embargo, es evidente que la intensificación de las relaciones internacionales impone una regulación más pormenorizada y unitaria de las mismas. A estos problemas de la codificación en general deben añadirse otros peculiares del derecho internacional, que imponen límites rigurosos a su codificación exhaustiva».<sup>14</sup>

#### 4. LA PAZ

La paz es un fenómeno dialéctico. Su contrario es la guerra. Empero, la dialéctica de la paz no es la dialéctica triádica de los contrarios desenvuelta hasta

13 Antonio Truyol: *Fundamentos del Derecho Internacional público*, p.98, Editorial Tecnos, Madrid, 1977.

14 *Idem*, p. 103.

su máximo límite por Hegel, sino la dialéctica diádica de Sören Kierkegaard, puesto que tiene lugar en el terreno de las situaciones existenciales, donde es necesario tomar decisiones sobre lo uno o lo otro, sobre esto o aquello. O la vida o la muerte. O la paz o la guerra. To be or not to be, como en la tragedia shakesperiana. Tanto en la existencia individual como en la colectiva se presentan conflictos y dicotomías, situaciones límites, como prefiere llamarlas Karl Jaspers, cuya solución no puede ser mecánica y fatal, sino dinámica y libre. En la esencia de la existencia colectiva está decidir sobre la paz o la guerra.

La paz y la guerra es la alternativa constante que nos enseñan la experiencia personal y la historia tanto en el interior de los Estados como en las relaciones interestatales. La revolución o la guerra civil perturban a menudo la vida colectiva intraestatal. Incluso los Estados que actualmente gozan de estabilidad política y de paz interior, tuvieron en su pasado cercano o lejano cruentas conmociones internas. Y Estados tradicionalmente pacíficos son arrastrados a veces por el turbión de la guerra internacional para poder salvaguardar su propia existencia institucional amenazada y en peligro. Donde quiera y cuando quiera, la paz social es siempre una situación precaria y relativa.

#### 5. LA PAZ POR EL DERECHO

La Paz por el Derecho puede entenderse de dos maneras: o el derecho como factor impeditivo de la guerra o el derecho como garantía de la paz.

Orestes Araújo, analizando el derecho entendido como factor impeditivo de la guerra, encuentra tres grandes momentos: 1o.»Desde la Edad Media y hasta el siglo XVIII, primó en los libros de la materia el cuidado de precisar, minuciosa y concretamente, el derecho a la guerra, o sea, al análisis de los casos en que era lícito a los países recurrir a ella: Jus ad bellum. 2o. A partir de entonces y hasta comienzo del actual, se fijó la atención de los juristas en determinar los derechos que van a tener los beligerantes, pendiente el desarrollo de la lucha o lo que es lo mismo, ver qué leyes van a regir su conducción. Se consideró así el derecho en la guerra: Jus in bello. 3o. Luego de la primera guerra mundial, un brusco viraje lleva nuevamente a encarar el problema del derecho a la guerra. El pacto de la Sociedad de Naciones y las Naciones Unidas actualmente, dejan de concebir la iniciación de la guerra como un fenómeno divorciado en absoluto del derecho, preocupándose en cambio de reglamentarla y condicionar su uso en casos especialísimos y tras de haber cumplido una serie de instancias destinadas a obtener una solución



pacífica de la diferencia. Otra vez así, aparecen en primer plano el *ius ad bellum*: el derecho a la guerra»<sup>15</sup>

Con el retorno del *ius ad bellum*, la guerra y la paz caen dentro de la órbita de derecho internacional particular. Nada menos que la Carta de las Naciones Unidas fija a sus miembros un doble fin: Mantener en el futuro la paz y la seguridad internacionales y restablecerlas cuando se hubieren quebrantado.<sup>16</sup>

Hans Kelsen, el máximo jurista del siglo XX, se ha ocupado de la paz por el derecho en varios de sus libros y ensayos. Pero como todos estos constituyen variaciones sobre un mismo tema, es suficiente recordar aquí algunas ideas suyas de las famosas conferencias de Harvard University que llevan por título Derecho y paz en las relaciones internacionales.<sup>17</sup>

El derecho en cuanto técnica social consiste en obtener de los hombres el comportamiento social que se desee por medio de la amenaza de una medida coercitiva aplicable en caso de conducta contraria. Entre las paradojas de esta técnica social figura el hecho de que su instrumento concreto, la medida coercitiva, es de la misma naturaleza que el acto que trata de evitar en las relaciones humanas; la sanción contra el acto nocivo a la sociedad es en sí dañosa. Porque la amenaza de despojar a los individuos de la vida, de la salud, de la libertad, o de la propiedad, se propone evitar precisamente que éstos hagan tales cosas. Se recurre a la fuerza, para impedir el uso de ella. La antinomia, sin embargo, es sólo aparente. El derecho es en realidad, un orden para promover la paz, en el sentido de que prohíbe a los miembros de una comunidad el uso de la fuerza. El derecho sólo proporciona una paz relativa, en el sentido de que priva al individuo de la facultad de emplear la fuerza, pero la reserva a la comunidad. La paz que proporciona el derecho no es una situación de ausencia absoluta de fuerza, una situación de anarquía, sino más bien una situación en la que el uso de la fuerza se halla monopolizado por la comunidad. El uso y monopolio legítimos de la fuerza pertenecen al Estado. La función del derecho nacional es hacer posible la convivencia pacífica entre los hombres.

Transportando las ideas anteriores a la relaciones entre los Estados, se puede afirmar que el derecho internacional es un verdadero derecho porque se le puede

15 Orestes Araujo: Sociología de la guerra, ps. 402 - 403, Montevideo, 1957.

16 Alfredo Verdross: Derecho Internacional público, Aguilar, Madrid, 1995.

17 Hans Kelsen: Derecho y paz en las relaciones Internacionales, F.C.E., México, 1943.

considerar también como un orden coercitivo que reserva el uso de la fuerza a la comunidad internacional -esto es, que establece un monopolio del uso de la fuerza. La comunidad internacional, sin embargo, no ha alcanzado el grado de centralización del poder y el monopolio del uso de la fuerza que tiene el Estado. Paradójicamente entonces habría que aplicar a la sociedad internacional para preservar la paz la técnica social del derecho nacional, organizándola ora como Estado Mundial, ora como Estado Federal, ora como unión de Estados.

«En la actualidad, bajo las presentes circunstancias políticas, observa Hans Kelsen, la idea de un Estado Mundial es punto menos que un proyecto utópico, aun cuando aquél se representase como un Estado Federal relativamente descentralizado y se lo denominase con el nombre inofensivo de Unión de Estados. Desde el punto de vista realista, el problema de la paz tan sólo puede ser resuelto dentro del marco del Derecho internacional, es decir dentro de una organización, cuyo grado de centralización no rebase el límite compatible con la índole del Derecho internacional. Si este grado de centralización se sobrepasa, entonces la comunidad internacional se transforma en una comunidad nacional, un Estado propiamente dicho; porque es en esencia el grado de centralización lo que distingue una Unión de Estados de un Estado propiamente dicho. La comunidad internacional es una comunidad descentralizada; descentralizada de una manera especial, mientras que el Estado es una comunidad centralizada. Por lo tanto, una solución del problema de la paz dentro del marco del Derecho internacional viene a significar una solución del problema de la paz mediante una organización internacional cuya centralización no llegue al grado de que el Derecho internacional quede eliminado en las relaciones entre los Estados comprendidos dentro de esta organización, es decir, significa una solución del problema de la paz por el establecimiento de una comunidad de Estados de suerte que no llegue a alterarse el Derecho que rige sus relaciones hasta el punto que este Derecho deje de ser Derecho internacional para convertirse en nacional.»<sup>18</sup>

Apartándome del derecho y volviendo mis ojos a la moral, que es un medio de control social análogo al derecho como queda dicho atrás, sólo quiero añadir algo que suena a poesía, pero que hunde sus raíces en la esperanza de la evolución espiritual del hombre.

18 Idem, p.50.



La paz es un ideal. Un viejo ideal que encontramos en todas las civilizaciones. Al menos es un viejo y bello ideal en cada una de las grandes civilizaciones que han servido de cepas e ingredientes de nuestra civilización occidental. La paz fue el ideal de los profetas hebreos, que con Isaías, el mayor de todos ellos, soñaron en una era milenial de paz, cuando las armas de guerra de entonces, lanzas y espadas, se fundirán para forjar herramientas de labranza, es decir, rejas de arado y azadas, con los cuales cultivar los campos y hacer brotar por todas partes la abundancia simbolizada en ríos que manan leche y miel.

Finalmente, no será eco postrero de este viejo ideal y sueño de paz universal el quilianismo proletario. Paz, bienvenida seas por el trabajo fecundo y creador que diviniza lo humano.

15. *Diario El Sol*, "Sociología de la guerra", p. 432 - 433, Montevideo, 1957.

16. Alfredo Verdugo: *Derecho Internacional público*, Aguilar, México, 1959.

17. Hans Kelsen: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, F.C.E., México, 1952.