

LA RESPONSABILIDAD DE SENTAR UN BUEN PRECEDENTE: EL USO DE LA FUERZA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

THE RESPONSIBILITY TO SET A GOOD PRECEDENT: THE USE OF FORCE IN INTERNATIONAL LAW

Por Guadalupe Fernández Mehle.

*“All the tranquility, the happiness & security of mankind rest on justice, on the obligation to respect the rights of others”
– Thomas Jefferson¹*

Resumen: este artículo analizará el marco normativo del uso de la fuerza y del reconocimiento, por parte de otros Estados, de la soberanía estatal, examinando su regulación a través de tratados, principios generales del derecho internacional, costumbre internacional y la relevancia de los precedentes como fuente de derecho internacional. A partir de este estudio, se desarrollará el daño que provocan al derecho internacional las ficciones generadas por el principio de igualdad soberana y el otorgamiento del monopolio de la fuerza al Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas.

Palabras Clave: Derecho internacional – Uso de la fuerza – Soberanía – Intervenciones humanitarias – Responsabilidad de proteger

Abstract: this article analyzes the normative framework of the use of force and the recognition, by other States, of State sovereignty, by examining its regulation through international treaties, the general principles of international law, international custom and the relevance of precedents as a source of international law. With this study as starting point, it will develop the damage inflicted on international law by the fictions generated by the sovereign equality principle and the concession of the monopoly of the use of force to the UN’s Security Council.

Key Words: International Law – Use of force – Sovereignty – Humanitarian intervention – Responsibility to protect

¹ Jefferson, T. (28 de abril de 1793). “Opinion on French Treaties”, en *The Works of Thomas Jefferson*. Federal Edition (New York and London, G.P. Putnam’s Sons, 1904-5). Vol. 7, p.208. Disponible en: <http://oll.libertyfund.org/people/thomas-jefferson> (visitado por última vez el 21/10/19).

I. INTRODUCCIÓN

Mucho ha cambiado el panorama internacional desde aquel 26 de junio de 1945 en que la Carta de la Organización de Naciones Unidas fue firmada. No cabe duda de la necesidad de proteger y preservar la soberanía, como medio para contener el impulso crónico de los Estados más poderosos de someter a quienes no pueden oponérseles, que existió, principalmente, en un mundo post Segunda Guerra Mundial que debió levantar la bandera de la autodeterminación de los pueblos para liberarse del yugo colonial y, más adelante, del que fue consecuencia de la Guerra Fría. En tal contexto, no puede cuestionarse el gran avance que significó el hecho de que el documento que diera origen a la principal organización internacional, firmado inicialmente por 51 países —número que se fue incrementando hasta llegar a 193—, entre los cuales se encuentran las principales potencias mundiales, contenga un principio estableciendo que sus miembros “se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”².

En este contexto fue que, el 21 de diciembre de 1965, la Asamblea General de la ONU (AG) declaró, en su Resolución 2131 (XX), que: “[n]ingún Estado tiene derecho a intervenir directa o indirectamente, ya sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro”³.

Sin embargo, como bien resalta el informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (CIISE), “[e]n el ámbito de la seguridad, el fenómeno más destacado desde el fin de la Guerra Fría ha sido la proliferación de conflictos armados dentro de los Estados”⁴. Según los datos de *Global Center for the Responsibility to Protect*, a noviembre de 2019 hay 18 poblaciones y grupos étnicos que se encuentran experimentando o están en grave riesgo de sufrir genocidio, crímenes de guerra o depuración étnica, todas ellas como resultado de conflictos internos —ya sea entre grupos militares y las autoridades de cada Estado o casos en los que las autoridades o los grupos militares atacan directamente a la población civil—⁵.

² Artículo 2(4) de la Carta de la Organización de Naciones Unidas.

³ AG Res. 2131 (XX), 21 de diciembre de 1965.

⁴ Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (2001). “La responsabilidad de proteger”, Ottawa, International Development Research Center, p.5 (1.16).

⁵ Global Center for the Responsibility to Protect, Populations at Risk, disponible en <http://www.globalr2p.org/regions/> (visitado por última vez el 08/11/2019).

La principal diferencia entre las “nuevas guerras” y los conflictos anteriores a la Guerra Fría —sin restar importancia al quiebre marcado por las nuevas tecnologías aplicadas al armamento y la logística⁶— no es el cambio de actores, ya que conflictos como los descritos en el párrafo anterior existieron a lo largo de toda la historia de la humanidad; lo que cambió es nuestra percepción de estos conflictos, que gradualmente dejamos de ver como asuntos internos de los Estados para convertirlos en objeto del derecho internacional, y el reconocimiento de la supremacía de los derechos humanos frente a las ambiciones de grupos particulares, sean estatales o no⁷.

La soberanía debería cumplir la importante función de reconocer a los Estados “su igual valía y dignidad, una protección de su identidad singular y su libertad nacional y una afirmación de su derecho a configurar y determinar su propio destino”⁸. Su rol es el de proteger las estructuras sociales de cada Estado, es decir, sus leyes, instituciones, costumbres —en la medida que estas sean justas y no opriman la libertad de ningún sector de su población— de interferencias extranjeras⁹. Pero una soberanía que, si bien tiene ciertos límites, no reconoce un medio para hacerlos efectivos frente a su transgresión, puede convertirse en todo lo contrario: “(...) la soberanía tiene que ser entendida como contingente y condicional a que los Estados sean responsables por la seguridad de los derechos humanos de su propia gente”¹⁰.

En los 74 años que han transcurrido desde la fundación de la ONU, tanto la Organización en su conjunto como el Consejo de Seguridad (CS), a quien le fue confiada la elemental tarea de velar por la paz y la seguridad internacional¹¹, fallaron en adoptar un conjunto de normas claro y uniforme que sea efectivo y permita dar una respuesta temprana, tanto a los conflictos entre Estados como a los conflictos internos que devienen en incontables muertes o graves violaciones a los derechos humanos.

⁶ Chin, W. (2019). “Technology, war and the state: past, present and future”. *International Affairs*, 95(4), 765-783.

⁷ Sobre este punto ver: Kolb, A. (2018) *The UN Security Council Members’ Responsibility to Protect: A Legal Analysis*. Berlín, Springer Nature, p. 3-8.

⁸ Cf. Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados. “La responsabilidad de proteger”. Ob. cit. p.7 (1.32).

⁹ Tresón, F. R. (2011). “Humanitarian Intervention: Loose Ends”. *Journal of Military Ethics*, Volume 10, N° 3, p.194.

¹⁰ Annan, K. (2012). *Interventions: A Life in War and Peace*. Nueva York, The Penguin Press, p. 84.

¹¹ El artículo 39 de la Carta de la Organización de Naciones Unidas establece: “A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus Miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad”.

Este artículo no pretende dar una solución final a un problema sobre el que se ha debatido incansablemente, ni tampoco exponer un análisis sobre la evolución temporal de la regulación del uso de la fuerza¹²; pero sí buscará desarrollar algunos aspectos relacionados con él y, sobre todo, cuestionar la efectividad práctica de un sistema legal que, lejos de incrementar la cooperación, está plagado de trabas insuperables, frente a las cuales la única opción es una respuesta insuficiente que, en muchos casos, equivale a la inacción.

Para ello, la segunda sección tratará, en primer lugar, el marco normativo del uso de la fuerza y del reconocimiento de la soberanía estatal, analizando la aplicación de tratados, los principios generales del derecho internacional, la costumbre internacional y la relevancia de los precedentes como fuente. La tercera sección, analizará el daño que provocan al derecho internacional las ficciones generadas por el principio de igualdad soberana y el otorgamiento del monopolio de la fuerza al CS.

El término *intervención* incluye un amplio abanico de formas en las que se puede interferir con la soberanía de un Estado. Sin embargo, no es suficiente para cubrir todas las situaciones que tratará este artículo, ya que, como explicaré más adelante, existen casos, como el del artículo 51 de la Carta de la ONU, en los cuales el uso de la fuerza no puede categorizarse como intervención. Por lo tanto, utilizaré el término *uso de la fuerza* para referirme a todo despliegue militar llevado a cabo en el territorio de un Estado por parte de otro u otros de forma genérica. Intervención también abarca algunas formas que no involucran el uso de la fuerza, a las que no me referiré en este artículo; por lo tanto, utilizaré el término *intervención* para referirme a los casos en que se haga uso de la fuerza sin el consentimiento del Estado objeto de dicho uso de la fuerza. Dentro de las intervenciones, calificaré de *humanitarias* a “toda acción unilateral de uno o varios Estados en territorio de otro Estado que, haciendo uso de la fuerza armada, intenta proteger derechos esenciales de la persona humana, sin distinción de nacionalidad”¹³. Consideraré *unilaterales* las intervenciones que se efectúen por fuera del CS, con independencia de cuantos Estados la lleven a cabo. Por último, utilizaré el término *crisis humanitaria* para referirme a aquellas situaciones en las que el uso de la fuerza por parte de las fuerzas gubernamentales o un Estado extranjero representen “una

¹² Sin perjuicio de los distintos hechos históricos que serán utilizados para ilustrar las ideas aquí desarrolladas.

¹³ Consigli, J. A. (2004) “La intervención humanitaria a la luz del derecho internacional actual”, Anuario Argentino de Derecho Internacional, Córdoba, p. 158.

amenaza crítica para la salud, seguridad o bienestar de una comunidad o un gran grupo de personas”¹⁴.

II. MARCO NORMATIVO

El derecho internacional se compone de normas principales y auxiliares. De acuerdo con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), sus fuentes principales son: las convenciones internacionales, la costumbre internacional y los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Las fuentes auxiliares son: las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones. También reconoce la facultad de los jueces de resolver conforme a la equidad, en caso de que las partes así lo convengan, incluyéndola entre las fuentes de derecho internacional.

II.1. EL USO DE LA FUERZA

II.1.a) TRATADOS Y PRINCIPIOS

En materia de tratados, creo lo más conveniente empezar por la Carta de la ONU, ya que, como bien lo establece su articulado, no puede ser menoscabada por tratados subsiguientes¹⁵. El primer artículo aplicable al uso de la fuerza es el 2(4), al que ya he hecho referencia, que insta a sus miembros a abstenerse de recurrir a la amenaza o el uso de la fuerza contra la integridad territorial, independencia política *o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de la ONU*. Considero que este artículo por sí solo no parece advertir a los Estados contra las intervenciones humanitarias, ya que no entraría estrictamente en ninguna de las mencionadas categorías.

En esta misma línea, el informe de la CIISE acepta su legitimidad en las situaciones en las que se produzca grave daño a la población y los Estados *no quieran o no puedan* evitarlos¹⁶, resaltando siempre que la autoridad principal para la aprobación de las intervenciones es el CS y solo ante su incapacidad para afrontar la situación

¹⁴ Humanitarian Coalition, What is a Humanitarian Emergency?, disponible en <https://www.humanitariancoalition.ca/info-portal/factsheets/what-is-a-humanitarian-crisis> (visitado por última vez el 26/03/2019).

¹⁵ El artículo 103 de la Carta establece: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

¹⁶ Cf. Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados. “La responsabilidad de proteger”. Ob. cit. p.11 (2.1).

deben contemplarse autoridades alternativas, como la AG u organizaciones regionales, aunque esta postura sea controversial¹⁷.

Si bien surge de los *travaux préparatoires* de la Carta que la expresión “en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas” no fue pensada para crear excepciones sino para evitar que quedasen situaciones sin contemplar¹⁸, las interpretaciones originalistas no siempre son lo más apropiado frente al panorama actual, que ha cambiado mucho desde 1945. Permitir que un sistema con tantas falencias, como el del Capítulo VII de la Carta, continúe provocando situaciones notoriamente injustas, basándose en la visión del mundo de hace 74 años que tenían quienes redactaron y firmaron la Carta, me parece completamente absurdo. Sobre todo, teniendo en cuenta que los requisitos para la modificación de la Carta, al igual que los requisitos para la modificación de una constitución, son extremadamente engorrosos, principalmente porque debe contar con el voto afirmativo de los cinco miembros permanentes del CS (Estados Unidos, la Federación Rusa, China, Francia y Reino Unido). Con esto no quiero decir que sea legítimo forzar el texto de la Carta a decir algo contrario a su espíritu y su razón de ser, pero sí que debe ser interpretada a la luz de los avances en materia de derechos humanos que existieron desde su redacción.

Continuando con el sistema establecido por la Carta, en ella se contemplan dos excepciones al principio consagrado por el artículo 2(4). El artículo 42 prevé que: “si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas”. Por lo tanto, esta facultad quedaría circunscripta únicamente al ámbito del CS y excluida de la esfera de la voluntad de un Estado individual o de varios Estados por fuera de él, sin perjuicio de los casos contemplados por el artículo 51.

Para que el CS disponga la adopción de medidas de fuerza, en primer lugar, debe catalogar una determinada situación como amenaza o quebrantamiento de la paz o como

¹⁷ Roberts A. (2008) “Legality vs Legitimacy: Can Uses of Force be Illegal but Justified?” en Alston P. y MacDonald E. (2008) *Human Rights, Intervention, and the Use of Force*. Nueva York, Oxford University Press, p.185.

¹⁸ Simma, B. (2002). *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Segunda edición, Nueva York, Oxford Press University, p. 130.

acto de agresión (art. 39). Puede hacerlo a raíz de una recomendación de la AG (art. 11) o del Secretario General (art. 99), sus propias investigaciones (art. 34) o ante la denuncia de un miembro de la Organización (art. 35).

Es importante destacar que el Capítulo VII en ningún momento hace mención a la defensa de los derechos humanos, sino a *la paz y seguridad internacionales*. Por lo tanto, como destaca José Consigli, cuando toma una medida en el marco de este capítulo no lo hace en consideración del daño que en sí misma la situación provoca a los habitantes de un determinado Estado, sino en la amenaza que supone para los demás¹⁹. Este elemento es esencial a la validez de la resolución y deja fuera de la órbita de la protección del CS una gran cantidad de situaciones en las que su intervención sería extremadamente valiosa.

La Carta no fija una definición uniforme de a qué se considera amenaza o quebrantamiento de la paz ni acto de agresión, dejando a discrecionalidad del CS las distintas situaciones particulares que se le presentan. En sus resoluciones referidas al artículo 39, el CS tampoco se ha preocupado por dar una definición a los referidos términos, sino que se ha limitado a mencionar la situación tratada y en que categoría la encuadra, sin dar demasiadas explicaciones o proporcionar ningún método objetivo de clasificación²⁰.

La decisión que el CS toma de encuadrar un hecho en alguna de estas categorías es política, no jurídica, así que una definición y requisitos a los que apearse no son una condición necesaria. Las resoluciones del CS no son una sentencia ni tienen como fin un castigo: su único objetivo es mantener la paz y la seguridad. Por lo tanto, no es necesario que se pregunte quién es el culpable o por qué se produjo la amenaza, quebrantamiento o agresión, lo importante es su neutralización. Esto no quiere decir que estas consideraciones no sean importantes a la hora de tomar una decisión ni que la libertad del CS sea plena o que se encuentre exenta de consideraciones legales, ya que se encuentra limitado por la fuente de su potestad: la Carta de la ONU²¹.

¹⁹ Cf. Consigli, J. A. “La intervención humanitaria a la luz del derecho internacional actual”, Ob. Cit. p. 164.

²⁰ Un análisis de las resoluciones del CS que se refieren al artículo 39, implícita o explícitamente, desde 1946 hasta 2017, puede encontrarse en el Capítulo 11 (“Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión (Capítulo VII)”) del Repertorio de la Práctica Seguida por el Consejo de Seguridad, disponible en: www.un.org/es/sc/repertoire/actions.shtml (Visitado por última vez el 8/11/2018).

²¹ Cf. Simma, B. *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Ob. Cit. p. 705-722.

Sin embargo, en ciertas ocasiones el CS ha identificado determinadas situaciones como amenazas y quebrantamientos a la paz con carácter general, lo que no quiere decir que siempre haya tomado las medidas necesarias para combatirlas. Entre ellas podemos enumerar:

- (i) amenaza o agresión mediante el uso de armas nucleares, químicas o biológicas²²;
- (ii) ataques efectuados por grupos terroristas²³;
- (iii) “ataques dirigidos deliberadamente contra la población civil u otras personas protegidas, entre ellas los niños, y las violaciones sistemáticas, flagrantes y generalizadas del derecho internacional humanitario y el derecho internacional sobre los derechos humanos, incluido el relativo a los niños en situaciones de conflicto armado”²⁴;
- (iv) tráfico ilícito de armas²⁵; y
- (v) “violencia sexual, cuando se utiliza o se hace utilizar como táctica de guerra dirigida deliberadamente contra civiles o como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil”²⁶.

En su Resolución 3314 (XXIX), la AG definió *agresión*, replicando el texto del artículo 2(4) de la Carta y enumerando algunas situaciones particulares²⁷, y recomendó al CS tenerla en consideración. Esta resolución fue utilizada como fuente, en numerosas oportunidades, por la CIJ²⁸ e incorporada al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI)²⁹.

²² CS Res 984 (1995), 11 de abril de 1995, párrafo 3. CS Res 1540 (2004), 28 de abril del 2004. CS Res. 1887 (2009), 24 de septiembre del 2009.

²³ CS Res. 1269 (1999), 19 de octubre del 1999, párrafo 1. CS Res. 1368 (2001), 12 de septiembre del 2001. CS Res. 1624 (2005), 14 de septiembre de 2005. CS Res. 2195 (2014), 19 de diciembre de 2014. CS Res. 2370 (2017), 2 de agosto del 2017.

²⁴ CS Res. 1314 (2000), 11 de agosto del 2000, párrafo 9. CS Res 1296 (2000), 19 de abril del 2000, párrafo 5.

²⁵ CS Res. 1366 (2001), 30 de agosto de 2001. CS Res. 1467 (2003), 18 de marzo de 2003. CS Res. 2117 (2013), 26 de septiembre de 2013.

²⁶ CS Res. 1888 (2009), 30 de septiembre del 2009.

²⁷ AG Res. 3314 (XXIX), 14 de diciembre de 1974. En su artículo 3 enumera de forma enunciativa distintos actos a ser considerados como agresión, entre los que se encuentran: la invasión territorial, el bombardeo, el bloqueo de puertos o costas, el ataque armado, la violación del acuerdo de permanencia de las fuerzas armadas de un Estado en el territorio de otro, el permiso de un Estado a otro para usar su territorio como medio para realizar un acto de agresión contra un tercer Estado y el envío de un Estado de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado.

²⁸ Ver: Gray, C. (2013), “The ICJ and the Use of Force”, en Tams, C. y Sloan, J. (Eds.) (2013) *The Development of International Law by The International Court of Justice*. New York, Oxford University Press. Akande, D. y Tzanakopoulos, A. “The International Court of Justice and the

Un punto importante a destacar es que, la simple calificación no implica la autorización de una intervención armada o la adopción de medida alguna³⁰. Para que el CS ejerza la facultad que le fue otorgada por el artículo 42, debe dictar una resolución, que sancione el uso de la fuerza expresamente, aprobada por nueve de sus miembros, incluyendo el voto afirmativo de los cinco miembros permanentes (art. 27)³¹. Por lo tanto, que uno de ellos, sin ningún tipo de restricción ni necesidad de explicación, vote de forma negativa, es suficiente para que la medida no se adopte y la posible solución al conflicto se vea frustrada³². Históricamente, esto se tradujo en que, sin importar que tan aberrante sea la situación, los miembros permanentes han vetado, sistemáticamente, todas las resoluciones que apuntaran a que se tomen medidas e incluso las que simplemente condenan el proceder de las partes, en un conflicto en el que ellos o sus aliados fueran considerados agresores³³.

Una vez aprobada la resolución, debe ser ejecutoriada por los Estados miembros de Naciones Unidas a quienes el CS les encomiende dicha tarea (art. 48), ya que la Organización no posee fuerzas propias. Los artículos 43, 44 y 45 establecen el deber de los miembros de la Organización de poner a disposición del CS las fuerzas armadas que este considere necesarias para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, pero nunca fueron implementados³⁴. Además del quién, la resolución debe fijar el cómo, el cuándo y el cuánto, de los cuales los ejecutores no deben apartarse. Las resoluciones

Concept of Aggression”, en Kreb, C. y Barriga, S. (Eds.) (2016) *The Crime of Aggression: a Commentary*. Cambridge, Cambridge University Press.

²⁹ Artículo 8 bis, incorporado mediante la Resolución 6 de la Comisión Revisora, el 11 de junio de 2010, al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, firmado en Roma el 17 de julio de 1998.

³⁰ Cf. Simma, B. *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Ob. Cit. p. 713-714.

³¹ Sin embargo, en la práctica, la abstención de alguno de ellos —que no implica el ejercicio de su derecho de veto—, no obsta la adopción de la resolución. “Sistema de votación y registros”, disponible en <http://www.un.org/es/sc/meetings/voting.shtml> (Visitado por última vez el 10/11/2018).

³² “En la práctica, mientras resoluciones han sido vetadas en numerosas oportunidades, ha ido creciendo el número de veces en que el mismo efecto se consigue por la mera amenaza de utilizar el veto, desalentando a quienes promueven un proyecto de resolución a siquiera presentarlo para su votación”. Cf. Kolb, A. *The UN Security Council Members’ Responsibility to Protect: A Legal Analysis*. Ob. Cit. p. 18.

³³ Un detalle de las resoluciones vetadas desde la creación de la Organización hasta hoy en día puede encontrarse en: <http://research.un.org/es/docs/sc/quick/veto> (Visitado por última vez el 25/06/2019). Independientemente de las opiniones que cada situación y cada resolución en particular puedan merecer al lector, me parece importante destacar la arbitrariedad de los vetos en situaciones como la de Venezuela (S/2019/186); Ucrania (S/2014/189; S/2015/562); o el conflicto Israel - Palestina (S/2018/516; S/2011/24), por nombrar algunas de las más recientes.

³⁴ Muchas han sido las propuestas para dotar a la Organización de un ejército permanente, pero las diferencias entre los miembros con derecho a veto del CS resultaron infranqueables. Aunque un análisis de sus ventajas y desventajas exceden este artículo, este puede encontrarse en Roberts, A. (2008) “Proposals for UN Standing Forces: A Critical Proposal”, en Lowe, V., Roberts, A., Welsh, J. y Zaum, D. (Editores) (2008). *The United Nations Security Council and War. The Evolution of Thought and Practice Since 1945*, New York, Oxford University Press, p. 99-130.

del CS tienen carácter obligatorio y deben ser acatadas por todos los miembros de la Organización (art. 25).

La prioridad para la resolución de disputas locales la tienen las organizaciones regionales³⁵ (artículos 52 y 53), como una suerte de instancia previa que le da la oportunidad a las partes de solucionar los problemas “en casa” y arribar a un acuerdo pacífico, antes de que el CS intervenga³⁶. Además, el CS puede encomendar a estas organizaciones la ejecución de las medidas coercitivas que ordene, bajo su autoridad (art. 53).

En caso de que los miembros permanentes entorpezcan la tarea del CS, la AG se encuentra facultada para suplantarlo en su misión³⁷. Sin embargo, es importante destacar que la AG no tiene facultades para autorizar el uso de la fuerza contra un Estado³⁸. Solamente puede efectuar recomendaciones o establecer fuerzas de mantenimiento de paz³⁹, lo cual la excluye de ser una excepción a la prohibición del uso de la fuerza. Este procedimiento se implementa mediante una sesión de emergencia de la AG, que puede ser convocada por el voto de siete miembros, sin distinción, del CS o por la mayoría de los miembros de la Organización. En sus 68 años de vigencia, solo fue utilizado en doce oportunidades⁴⁰.

Finalmente, la Carta prevé una única excepción al uso monopólico de la fuerza por parte del CS, en su artículo 51: “el derecho inmanente de legítima defensa,

³⁵ La CIISE las destaca como la mejor alternativa, después del Consejo de Seguridad y la Asamblea General, para autorizar intervenciones humanitarias. Cf. Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados. “La responsabilidad de proteger”. Ob. cit. p.XIII.

³⁶ El alcance de esta primacía para la resolución de conflictos ha sido controvertido, aunque resulta evidente del texto de los artículos citados que las organizaciones regionales pueden recurrir a cualquier medio, con excepción del uso de la fuerza, que queda reservado al Consejo de Seguridad. Ver: Franck, T. (1970). “Who Killed Article 2(4)? Or: Changing Norms Governing the Use of Force by States”, *The American Journal of International Law*, Vol. 64, Nº 5, p.822-835.

³⁷ AG Res. 377 (V), 3 de noviembre de 1950.

³⁸ Zaum, D. (2008). “The Security Council, the General Assembly, and War: The Uniting for Peace Resolution”, en Lowe, V., Roberts, A., Welsh, J. y Zaum, D. (Editores) (2008). *The United Nations Security Council and War. The Evolution of Thought and Practice since 1945*, New York, Oxford University Press, p. 158.

³⁹ Berdal, M. (2008). “The Security Council and Peacekeeping”, en Lowe, V., Roberts, A., Welsh, J. y Zaum, D. (Editores) (2008). *The United Nations Security Council and War. The Evolution of Thought and Practice since 1945*, New York, Oxford University Press, p. 175-204. Si bien las características de las operaciones llevadas a cabo por las fuerzas de mantenimiento de paz de Naciones Unidas fueron evolucionando a lo largo de los años, sus tres piedras fundamentales son: (i) el consentimiento de los países involucrados; (ii) el uso de la fuerza únicamente en legítima defensa; y (iii) la imparcialidad. Por lo tanto, no podrían categorizarse como usos de la fuerza y mucho menos como intervenciones.

⁴⁰ Security Council Report. “Security Council Deadlocks and Uniting for Peace: An Abridged History”, disponible en https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7b65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7d/Security_Council_Deadlocks_and_Uniting_for_Peace.pdf (visitado por última vez el 10/11/2018).

individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales”. La legítima defensa internacional posee caracteres similares a la que se encuentra contemplada por el ordenamiento interno: debe ser un último recurso, necesaria, proporcionada, oportuna, debe ser reportada inmediatamente a la autoridad competente —en este caso, el CS— y debe concluir tan pronto como este tome las medidas necesarias para controlar la situación⁴¹.

Además de ser un derecho inmanente de cada Estado frente a las agresiones que sufre directamente, también puede solicitar asistencia de otros Estados a los que se extiende el amparo de la legítima defensa. En este marco se encuadran los tratados regionales de asistencia militar recíproca⁴², lo que no quiere decir que siempre respeten esta restricción al pie de la letra —como fuera el caso de la intervención de la OTAN en Kosovo⁴³—.

Las medidas tomadas bajo este artículo no se consideran intervención, ya que los miembros de la comunidad internacional que puedan estar involucrados actúan por invitación que, haciendo uso de su soberanía, emite el gobierno del Estado en el cual se llevan a cabo. Por lo tanto son, únicamente, usos de la fuerza. La nota característica de su regulación es que, además del deber de observar los tratados, costumbres y principios que rigen al uso de la fuerza, los Estados extranjeros deben actuar dentro del mandato que les otorga el Estado que los invita, que será quien identifique la agresión a neutralizar. A pesar de haber sido discutido⁴⁴, considero que la invitación por parte del Estado atacado es un requisito claro de la legítima defensa colectiva⁴⁵. La falta de este

⁴¹ Sin embargo, debido a la falencia del Consejo de Seguridad, el deber de discontinuar las medidas de fuerza es prácticamente nulo. Ver: Cf. Simma, B. *The Charter of the United Nations: A Commentary*, p. 804-805.

⁴² Artículo 5 del Tratado del Atlántico Norte, firmado el 4 de abril de 1949, en Washington DC. Artículo 3 del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, firmado el 2 de septiembre de 1947, en Río de Janeiro. Artículo 17 del Tratado de No Agresión y Defensa Común de la Unión Africana, firmado el 31 de enero de 2005 en Nigeria. Artículo 4(2) del Tratado de Defensa Colectiva del Sudeste Asiático, firmado el 8 de septiembre de 1954 en Manila.

⁴³ Joyner, D. (2002). “The Kosovo Intervention: Legal Analysis and a More Persuasive Paradigm”, *European Journal of International Law*, Vol. 13, N° 3, p. 597-619.

⁴⁴ Ruys, T. (2010) *Armed Attack and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice*, New York, Cambridge University Press, p. 83-91. Gray, C. (2008) *International Law and the Use of Force*, 3rd edition, New York, Oxford University Press, p. 158-160.

⁴⁵ El mismo criterio es seguido por la CIJ, primero en el caso Nicaragua “(...) no existe ninguna regla que permita el ejercicio de la legítima defensa colectiva en ausencia de un requerimiento por parte del Estado que se considera víctima de un ataque armado (...)” (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, p. 105, para. 199); y luego replicado en el caso *Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment ICJ Reports 2003, p. 186, para. 51.

no vuelve necesariamente ilegítimo al uso de la fuerza, sino que, al no originarse en una decisión soberana del Estado agredido —de la forma en que esta se encuentra representada en la Carta—, debe encuadrarse como intervención.

Fuera de la Carta de ONU, aunque siempre bajo su amparo, existen otros tratados que limitan el uso de la fuerza en el plano internacional, ya sea de parte de Estados o de grupos armados, en conflictos externos o internos.

En primer lugar, sin importar bajo qué autoridad, las partes de un conflicto armado⁴⁶ deberán observar y actuar dentro de los parámetros establecidos por las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales⁴⁷, cuyo fin es mitigar los efectos de los conflictos armados, limitando los medios y métodos de hacer la guerra, especialmente frente a civiles y quienes brindan ayuda humanitaria.

Existen múltiples tratados que prohíben de forma más detallada el uso de la fuerza, condenando conductas particulares —como por ejemplo, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio— o que establecen mecanismos para juzgar y condenarlo —como el Estatuto de la CIJ, la CPI, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁴⁸ o el recientemente cerrado Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia⁴⁹—.

⁴⁶ Un análisis detallado de los requisitos necesarios para la aplicación de los Convenios y Protocolos excede el marco del presente artículo. Para mayor detalle ver: Swinnen, J. (2018). “Sobre los ‘actos de terrorismo’ en el Derecho Internacional Humanitario. Una mirada desde los Convenios y Protocolos de Ginebra, *Prudentia Iuris*, N°86, p. 37-63. Jorritsma, R. (2018). “Where General International Law meets International Humanitarian Law: Attribution of Conduct and the Classification of Armed Conflicts”, *Journal of Conflict and Security Law*, Volume 23, Issue 3, p. 405–431.

⁴⁷ (i) Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; (ii) Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; (iii) Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; (iv) Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; (v) Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra; todos ellos firmados en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949.

(i) Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales; (ii) Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, firmados el 8 de junio de 1977.

⁴⁸ Establecido por la Resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad (S/RES/955 (1994)), a pedido del gobierno de Ruanda, “con el propósito exclusivo de enjuiciar a los responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1° de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994” (punto 1 de la resolución).

⁴⁹ Establecido por la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad (S/RES/827 (1993)), a raíz de la recomendación de los Copresidentes del Comité Directivo de la Conferencia Internacional sobre la ex Yugoslavia, “con la finalidad exclusiva de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia entre el 1° de enero

La CPI tiene potestad para juzgar a los individuos responsables de cometer un crimen de agresión, como así también el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y de guerra⁵⁰. Esto debería significar un gran avance, en primer lugar hacia la prevención, y, en segundo lugar, para terminar con la impunidad de los “soberanos”, ya que su artículo 27 establece: “[e]l presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena”. Sin desmerecer el enorme mérito de este articulado, el carácter voluntario de su jurisdicción es, probablemente, su peor enemigo⁵¹ y vuelve prácticamente nulo su aporte preventivo⁵².

Respecto al *ius cogens* la CIJ, en su fallo “Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro”, apoyándose en el artículo 1 la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio — “[l]as Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”— resolvió que la obligación de prevenir el delito de genocidio recae sobre todos los Estados parte de la convención que, en una situación determinada, puedan contribuir a evitar o reducir su comisión, utilizando todos los medios a su disposición⁵³. Si bien la ICJ dio un gran paso hacia la consagración de la responsabilidad de proteger, se quedó corta de revocar el fallo

de 1991 y una fecha que el Consejo de Seguridad determinará una vez restaurada la paz” (punto 2 de la resolución).

⁵⁰ Artículos 6, 7, 8 y 8bis del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

⁵¹ Su artículo 15bis (4), establece: “La Corte podrá, de conformidad con el artículo 12, ejercer su competencia sobre un crimen de agresión, resultante de un acto de agresión cometido por un Estado Parte, salvo que ese Estado Parte haya declarado previamente que no acepta esa competencia mediante el depósito de una declaración en poder del Secretario. La retirada de esa declaración podrá efectuarse en cualquier momento y será considerada por el Estado Parte en un plazo de tres años”.

La única excepción sería la prevista en el artículo 15ter: cuando su competencia provenga de una remisión del Consejo de Seguridad. Dicha remisión debe ser aprobada por una resolución que cuente con el voto afirmativo de nueve miembros entre los que se encuentren los cinco miembros permanentes, por lo que podríamos descartar que Estados Unidos, China y la Federación Rusa —que no son parte del Estatuto de Roma— acepten que una remisión de este tipo sea realizada en su contra o, incluso, de alguno de sus aliados.

⁵² Ver Ruys, T. (2018) “Criminalizing Aggression: How the Future of the Law on the Use of Force Rests in the Hands of the ICC”, *European Journal of International Law*, Volume 29, Issue 3, p. 887–888. Si bien Ruys hace referencia al efecto que la criminalización del acto de agresión puede tener sobre las intervenciones humanitarias, sus conclusiones son válidas para todos los usos de la fuerza incluidos en la definición de agresión.

⁵³ Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). Judgment of 26 February 2007, ICJ Reports 2007, p. 234-233, párrafos 261 y 262.

*Nicaragua*⁵⁴ en el cual resolvió que el principio de no intervención es un principio de *ius cogens* no puede ser violado ni menoscabado por una intervención humanitaria⁵⁵.

A la hora de analizar la aplicación del *ius cogens* al uso de la fuerza y al reconocimiento de la soberanía a los gobiernos, debe tenerse en mente el importante lugar que estos principios ocupan dentro del derecho internacional. Anthony D' Amato se refiere a ellos como *súper normas*⁵⁶, haciendo referencia a que, tal como lo establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una norma de *ius cogens* “no admite acuerdo en contrario y solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”⁵⁷. Este “superpoder” que la Convención les otorga se encuentra detallado en el “Tercer informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)” de la Comisión de Derecho Internacional, en el que se detallan las consecuencias de cualquier acto —ya sea tratado, reserva, costumbre, resolución de una organización internacional, jurisprudencia o acto unilateral— contrario a un principio de *ius cogens*, el cual sería nulo y fuente de responsabilidad internacional⁵⁸. Por lo tanto, la interpretación del art. 2(4) como prohibitiva de cualquier uso de la fuerza que no se encuentre autorizado por el CS o amparado por el art. 51, y su consideración en esa extensión como principio de *ius cogens*, daría lugar a incontables injusticias. Y, “una vez que has creado una supernorma, monstruo o no, tienes que vivir con ella”⁵⁹. En segundo lugar, teniendo en cuenta la cantidad de principios que colisionan en las crisis humanitarias, sobre todo los que hacen a la protección de los derechos humanos, no creo que el problema de cual debe prevalecer pueda zanjarse mediante precedentes jurisprudenciales —teniendo en consideración que existen incontables situaciones en las que la Corte no ha podido expedirse— y no me parece lógico asumir que la Corte, de poder hacerlo, se hubiese limitado a replicar matemáticamente el resultado de *Nicaragua* a crisis como la de Ruanda en 1994, Kosovo en 1999, o la que hoy en día se vive en Yemen, sobre todo, considerando el avance sentado en *Bosnia y Herzegovina*.

⁵⁴ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, p. 14.

⁵⁵ Cf. Gray, C. “The ICJ and the Use of Force”, Ob. Cit. p. 10.

⁵⁶ D'Amato, A. (1990). “It's a Bird! It's a Plane! It's Jus Cogens!”, *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 6, N°1, p. 1-6.

⁵⁷ Artículo 53 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, firmada en Viena el 23 de mayo de 1969.

⁵⁸ Comisión de Derecho Internacional (2018). “Normas Imperativas de Derecho Internacional General (*ius cogens*)” en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (70º Período de Sesiones) – A/73/10, p. 244-260. Tladi, D. (2018) “Tercer informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”, A/CN.4/714.

⁵⁹ Cf. D'Amato, A. “It's a Bird! It's a Plane! It's Jus Cogens!”, Ob. Cit. p.3.

II.1.b) LA COSTUMBRE INTERNACIONAL Y EL PRECEDENTE

La costumbre internacional se forma mediante la práctica generalizada, constante y uniforme de los Estados. Al ser la fuente más dinámica del derecho internacional, es esencial para mantener con vida y en sintonía con los desafíos del mundo actual las normas más rígidas y formalmente desactualizadas —como puede ser el caso de la Carta de la ONU—. Además, junto con la equidad, la costumbre cumple un rol principal para lograr una regulación más justa del uso de la fuerza.

En referencia al uso de la fuerza cabe destacar, en primer lugar, que su prohibición es ampliamente considerada una costumbre internacional⁶⁰, aunque no de forma tan abarcativa como la que surge del artículo 2(4), ya que la práctica amplió un poco los usos de la fuerza permitidos, así como también el derecho *inmanente* a la legítima defensa de los Estados⁶¹. Ahora bien, a pesar de ser bastante discutidos, puede considerarse amparados por la costumbre internacional a los siguientes derechos:

- (i) la defensa de nacionales que se encuentran en el extranjero⁶²;
- (ii) expansión del derecho de legítima defensa, consagrado en el artículo 51 de la Carta, de modo que abarque la legítima defensa anticipada⁶³; y
- (iii) la lucha armada contra la dominación colonial extranjera, incluida la colaboración de terceros Estados⁶⁴.

Más allá de la discusión sobre si estas prácticas constituyen verdaderamente o no costumbre internacional, considero más valiosa la discusión sobre si *deberían* serlo, si el sistema es mejor o no gracias a que se las considere como costumbres. La discusión ha llenado muchísimas páginas, que no es mi intención replicar, y sobran ejemplos de

⁶⁰ Cf. Simma, B. *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Ob. Cit. p. 133-135.

⁶¹ Díez de Velasco Vallejo, M. (2007). *Instituciones del Derecho Internacional Público*, decimosexta edición, Madrid, Editorial Tecnos, p. 1039-1040.

⁶² Thomson, A. (2012). “Doctrine of the Protection of Nationals Abroad: Rise of the Non-Combatant Evacuation Operation”, *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 11, Nº3, p. 667. Cf. Consigli, J. A. “La intervención humanitaria a la luz del derecho internacional actual”, Ob. Cit. p. 169.

⁶³ AG Res. 3314 (XXIX), 14 de diciembre de 1974. En contra: Cf. Simma, B. *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Ob. Cit. p. 803-804. Gray, C. (2008). *International Law and the Use of Force*. Tercera edición, New York, Oxford University Press, p.141.

⁶⁴ AG Res. 3070 (XXVIII), 30 de noviembre de 1973. AG Res. 3103 (XXVIII), 12 de diciembre de 1973, “Principios básicos de la condición jurídica de los combatientes que luchan contra la dominación colonial y foránea y contra los regímenes racistas”. En contra, ver Henkin, L. (1971) “The Reports of the Death of Article 2(4) are Greatly Exaggerated”, *The American Journal of International Law*, Volumen 65, Nº 3, p.546. Friedlander, R. (1981). “Terrorism and National Liberation Movements: Can Rights Derive from Wrongs?”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Volume 13, Issue 2, p. 281-289. Hehir, A. (2008). “Independence, Intervention and Great Power Patronage: Kosovo, Georgia and the Contemporary Self-Determination Penumbra”, *Amsterdam Law Forum*, Volume 1, p. 88-100.

situaciones en las que estos “derechos” se han invocado de forma justa o como la perfecta excusa para esconder fines ilícitos de los Estados.

El 4 de julio de 1976, fuerzas israelíes ingresaron en territorio de Uganda para liberar a cien ciudadanos israelíes que habían sido secuestrados a bordo de un avión, por miembros del Frente para la Liberación de Palestina, invocando su derecho de proteger a nacionales israelíes frente a una amenaza en territorio extranjero⁶⁵.

A pesar del apasionado debate que se llevó a cabo del 9 al 14 de julio en el CS, donde la gran mayoría de los Estados se preguntaron: “¿[q]ue garantía hay para las pequeñas naciones independientes? ¿Tendremos que vivir todos bajo un paraguas de miedo constante como resultado del peligroso precedente que esto ha constituido?”⁶⁶, ningún daño permanente se derivó de esta intervención. Israel no permaneció más tiempo del necesario en Uganda, no intentó desestabilizar la situación política del país, ni atentar contra los derechos humanos de su población⁶⁷. El único saldo de la operación fue la muerte de veinte soldados ugandeses, los siete secuestradores, tres de los secuestrados y un soldado israelí⁶⁸. Si bien toda pérdida de vida es lamentable y debe ser evitada, si aplicamos el frío cálculo que muchas veces suele prevalecer, se salvaron más vidas de las que se perdieron.

Cada una de las justificaciones puede usarse apropiada o excesivamente. No considero irrazonable que un Estado extraiga a sus ciudadanos de un país extranjero cuando estos se encuentren en grave peligro, ni que utilice la fuerza para hacerlo, siempre y cuando lo haga como último recurso y únicamente para cumplir dicho fin. No sería lógico esperar que un Estado se quede sin hacer nada —sobre todo teniendo en cuenta el enorme daño que pueden causar hoy en día las armas de destrucción

⁶⁵ Smith, T. (4 de julio de 1976). HOSTAGES FREED AS ISRAELIS RAID UGANDA AIRPORT, *The New York Times*. Disponible en: <https://www.nytimes.com/1976/07/04/archives/hostages-freed-as-israelis-raid-uganda-airport-commandos-in-3.html> (Visitado el 15/09/2018).

⁶⁶ Intervención de Sir Harold Walter, Ministro de Asuntos Exteriores de la República de Mauricio, en la 1940ª Reunión del Consejo de Seguridad de 12 de julio de 1974. Security Council Official Records, 31st year.

⁶⁷ Tema aparte es la consideración por los derechos humanos del pueblo que tenía el entonces presidente Idi Amin “el carnicero de Uganda”, quien durante ocho años gobernó Uganda por la fuerza, matando un estimado de 300.000 civiles. Ver: <https://www.history.com/topics/africa/idi-amin> (visitado por última vez el 15/09/2018).

⁶⁸ Teltsch, K. (4 de julio de 1976). Israeli Charges Uganda Tries to Blackmail U.N., *The New York Times*. Disponible en <https://www.nytimes.com/1976/07/14/archives/new-jersey-pages-israeli-charges-uganda-tries-to-blackmail-un.html> (visitado por última vez el 15/09/2018).

masiva⁶⁹—, cuando pudiese evitar que un ataque contra su población se produjera, siempre y cuando la amenaza sea certera, no exista otra forma de neutralizarla y la fuerza sea utilizada únicamente con ese propósito. Tampoco condenar a un Estado que ofrezca su ayuda a un pueblo subyugado, cuando su rebelión sea respondida con fuerza, siempre y cuando recurra a la fuerza únicamente para prevenir que se violen los derechos humanos del pueblo colonizado.

Simplemente prohibir cualquier uso de la fuerza sin ponderar cómo fue utilizada y poner en pie de igualdad los precedentes apropiados y los excesivos causa un daño irreparable al sistema internacional. En lugar de fortalecer las normas les quita legitimidad al provocar resultados notoriamente injustos, tanto cuando se falla en prevenir, contener y condenar los usos de la fuerza excesivos, como cuando no se utiliza la fuerza necesaria para prevenir o contener crisis humanitarias, o se condena desproporcionadamente su uso.

La intervención humanitaria unilateral, aunque muchos predijeron que Kosovo la consagraría, nunca llegó a considerarse costumbre internacional. Si bien existen sobrados motivos para tener cautela a la hora de dar poder a un Estado para intervenir en otro, las exageraciones siempre son contraproducentes.

Las intervenciones humanitarias, suelen conformar *hard cases*, lo que tiende a provocar que “respetar la prohibición del uso unilateral de la fuerza sea visto como un caso de una buena ley que produce malos resultados, mientras que crear una excepción para la intervención humanitaria unilateral se transforme en ejemplo de un caso difícil produciendo una mala ley”⁷⁰. Es muy difícil encontrar una situación en la que todos los involucrados hayan estado de acuerdo sobre su conveniencia, oportunidad, ejecutores, extensión, modo. Crear una legislación uniforme, que sea apropiada en todos los casos, me atrevo a decir, es imposible. Por lo tanto, el análisis que se realiza caso por caso, partiendo de las disposiciones generales que establecen los tratados, para aplicarlas de la forma más efectiva posible a cada situación particular, basándose siempre en experiencias concretas y priorizando un interés cosmopolita, es decir, el interés de la humanidad, de los pueblos, especialmente de los que se encuentran oprimidos y

⁶⁹ Cf. Franck, T. “Who Killed Article 2(4)? Or: Changing Norms Governing the Use of Force by States”, Ob. Cit. p.821.

⁷⁰ Cf. Roberts A. “Legality vs Legitimacy: Can Uses of Force be Illegal but Justified?” Ob. Cit. p. 182.

victimizados y no el de la comunidad internacional, que suele interpretarse como el de los gobiernos⁷¹, es esencial a la solución de este problema.

No cabe duda de que el uso de la fuerza que atenta contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado no puede ser justificado bajo ningún punto de vista. Pero no veo el daño en permitir que la fuerza sea utilizada dentro del contexto de los propósitos de Naciones Unidas; es allí donde la costumbre internacional se convierte en el eje de la regulación del uso de la fuerza. Y aunque muchos abordan con escepticismo la capacidad de la costumbre de evitar que el derecho internacional sea gobernado por la fuerza⁷², es importante destacar que si bien la costumbre internacional obliga a los Estados, si alguno de ellos quisiese evitar que una determinada costumbre le fuese aplicada, es suficiente con que lo manifieste, de forma expresa e inequívoca, durante su etapa de formación⁷³. Por lo tanto, para anular el peligro de que una mala práctica se convierta en obligatoria es suficiente con que la comunidad internacional dé una señal clara de que dicho comportamiento es contrario a derecho y no será tolerado sin importar quién lo cometa ni bajo qué pretextos, para lo cual cuenta con incontables mecanismos.

Otro tema es quién tiene el derecho de aceptar u oponerse a que una determinada costumbre se le aplique. Como destaca Anthea Roberts, entre Estados el derecho a exigir el cumplimiento de una obligación —que pertenece a los gobiernos— está divorciado del interés protegido —que pertenece a los individuos—⁷⁴. Si bien Roberts se refiere únicamente al caso de que un Estado falle en condenar una práctica e impedir que se le aplique, considero que es equivalente para el caso de que el Estado condene una práctica que sus ciudadanos tendrían interés en aceptar. Por lo tanto, más allá de la importancia de mantener la democracia en el derecho internacional y no imponer normas de manera forzosa a los Estados, es importante tener siempre en mira el interés superior en mantener la paz, la seguridad y el respeto de los derechos de la humanidad en su totalidad.

⁷¹ Tesón, F. (2006). “The Vexing Problem of Authority in Humanitarian Intervention: A Proposal”, *Wisconsin International Law Journal*, Volume 24, N° 3, p.762.

⁷² Roberts, A. (2001). “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation”, *The American Journal of International Law*, Vol. 95, N° 4, p. 768.

⁷³ Cf. Díez de Velasco Vallejo, M. *Instituciones del Derecho Internacional Público*, Ob. Cit. p. 138.

⁷⁴ Cf. Roberts, A. “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation”, Ob. Cit. p. 778.

Un concepto recurrente en las discusiones acerca de la legalidad del uso de la fuerza es: “una vez que los Estados se den cuenta de que pueden recurrir a la fuerza sin ser censurados, más allá de una reprimenda nominal, ¿qué les impide actuar de la misma forma cuando se enfrenten a situaciones similares en el futuro?”⁷⁵ En respuesta a esto, considero que tan importante como evitar que los malos precedentes se asienten, es permitir que los buenos precedentes enriquezcan el derecho internacional y asegurarse de que la diferencia entre ambos sea clara. Si un Estado utiliza la fuerza: con la intención incorrecta —cualquiera que no sea evitar o frenar el sufrimiento humano—, existiendo otros recursos o de forma desproporcionada, la comunidad internacional tiene la obligación de sentar un precedente y dejar en claro que esas actitudes no serán toleradas a ningún Estado. Pero, si la fuerza se utiliza correctamente y frente a posibilidades razonables de lograr su objetivo, aunque quien la utilice carezca de autorización del CS, ese precedente debe ser sostenido y replicado, no temido.

II.2. RECONOCIMIENTO DE LA SOBERANÍA ESTATAL

El concepto de soberanía, en la forma en que es concebido por el derecho interno de los Estados, difiere del concepto de soberanía predominante en el derecho internacional.

En el plano interno, la soberanía encuentra su fundamento en la voluntad del pueblo. Son los habitantes de un Estado los que eligen tanto su forma de gobierno como a sus representantes y conservan siempre el derecho de modificarlos. Esto es así, independientemente de si se encuentra consagrado en la constitución del Estado en cuestión o no, ya que se trata de un derecho natural que poseen todos los seres humanos. La conformidad de los habitantes del Estado es un elemento esencial, intrínseco, sin el cual no puede considerarse soberano a un gobierno. Por lo tanto, cuando la resistencia a un gobierno se convierte en un movimiento masivo e inclusivo podemos concluir que la población le ha retirado su consentimiento⁷⁶, recobrando el pueblo la soberanía y siendo libre para depositarla en quién considere más apropiado. Si, frente a esta situación, la comunidad internacional continúa apoyando al gobierno repudiado, está interfiriendo con la soberanía del pueblo; y si permite que el gobierno se imponga sobre la población por la fuerza, está incumpliendo con su deber de velar por la protección de los derechos humanos. Esto es especialmente así, en los casos en los cuales el gobierno cuenta con la

⁷⁵ Cf. Roberts A. “Legality vs Legitimacy: Can Uses of Force be Illegal but Justified?” Ob. Cit. p. 196.

⁷⁶ Wilson, E.A. (2016). “People Power and the Problem of Sovereignty in International Law”. *Duke J. Comp. & Int’l L.* 26, p. 586.

ventaja de que la población vive en condiciones de pobreza, se ve perjudicada por las restricciones a los refugiados que imponen otros Estados, y la cultura que se arraiga en la sociedad luego de generaciones que vivieron, fueron educadas y murieron en el mismo sistema que nunca les aportó las herramientas necesarias para siquiera considerar el cambio como una ruta posible.

La soberanía en el derecho internacional parte de la base de la igualdad⁷⁷ y el reconocimiento. No se cuestiona sobre la legitimidad intrínseca de quien se presenta como soberano en el plano internacional, sino que, a la hora de reconocer formalmente a un gobierno como soberano se contenta con una verificación extrínseca: quien posee el “control efectivo” de la población en su territorio es considerado soberano, independientemente de si representa o no la voluntad del pueblo. El derecho internacional reconoce, únicamente, al Estado —personificado por su gobernante— como soberano; y será este quien se considerará como representante del pueblo en sus asuntos internacionales mientras mantenga el control efectivo⁷⁸. Respecto a cualquier consideración que exceda el control efectivo, inclusive qué medios utiliza para mantenerlo, el derecho internacional es neutral: “[l]a teoría tradicional de derecho internacional focaliza en los derechos y deberes de los Estados y rechaza el argumento de que los derechos de los Estados son meramente derivativos de los derechos e intereses de los individuos que residen dentro de ellos”⁷⁹.

Consecuencia inmediata del carácter neutral de la soberanía es el principio de no intervención, consagrado en el art. 2(7) de la Carta: “[n]inguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII”.

⁷⁷ El artículo 2(1) de la Carta establece: “la Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de *todos* sus Miembros”. La Resolución 2625 (XXV), que: “*todos* los Estados gozan de igualdad soberana. Tienen iguales derechos e iguales deberes y *son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole*”. Ninguna establece que los Estados serán considerados plenamente soberanos en la medida que respeten los derechos y representen la voluntad de sus ciudadanos, sino que ponen a todos, los que lo cumplen y los que no, en un plano de igualdad.

⁷⁸ Cf. Wilson, E.A. “People Power and the Problem of Sovereignty in International Law”. Ob. Cit. p. 565.

⁷⁹ Tesón, F. (1998). *A Philosophy of International Law*. Colorado, Westview Press, p. 1.

Es por esto que podríamos equiparar a la soberanía a una pared invisible⁸⁰ que rodea al Estado y mantiene a sus estructuras sociales y políticas libres de interferencias extranjeras.

Esta pared está compuesta de distintos ladrillos, algunos de los cuales ya he mencionado: los incisos 1 (igualdad soberana), 4 (prohibición del uso de la fuerza para interferir con la independencia política de un Estado) y 7 (no intervención en los asuntos internos de los Estados) del artículo 2 de la Carta de la ONU; la Resolución 2131 (XX)⁸¹ —“Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía”— y sus continuadoras⁸², de la AG; el fallo Nicaragua y sus continuadores; los artículos que establecen la voluntariedad de la jurisdicción de los tribunales internacionales; las constantes manifestaciones de los representantes de los Estados ante organismos internacionales en condena de cualquier interferencia con la soberanía; entre muchos otros, que se encargan de excluir intervenciones indeseadas.

III. LA NEUTRALIDAD DE LA SOBERANÍA, EL MONOPOLIO DEL USO DE LA FUERZA Y LAS INTERVENCIONES HUMANITARIAS

Como consecuencia del marco normativo expuesto en la Sección II, se crean dos ficciones, las cuales procederé a desarrollar.

La primera es consecuencia del carácter neutral del derecho internacional frente al reconocimiento de la soberanía estatal y consiste en creer que todos los gobiernos, por el solo hecho de poseer el control efectivo, son igualmente representantes de la soberanía estatal. No importa si Bashar al-Ásad utiliza armas químicas contra la población siria para mantenerse en el poder, es tan soberano como Donald Trump o Emmanuel Macron.

Si bien excede el marco de este artículo formular una crítica acabada de la teoría del control efectivo, me parece importante destacar que, al tratar como iguales a quienes se encuentran en situaciones desiguales y aplicar los mismos parámetros al gobierno sirio, al estadounidense y al francés, el derecho internacional comete una gran injusticia

⁸⁰ “*The concept of the ‘impermeability of the state’*”. Fassbender, B. (2003). “Sovereignty and Constitutionalism in International Law”. In Walker, Neil (ed.) *Sovereignty in Transition*. Oxford, Hart, p. 118.

⁸¹ AG Res. 2131 (XX), 21 de diciembre de 1965.

⁸² AG Res. 2526 (XXV), 24 de octubre de 1970. AG Res. 103 (XXXVI), 9 de diciembre de 1981.

para con los habitantes de dichos Estados, privando a los primeros del ejercicio de su soberanía en el plano internacional. Una clara consecuencia negativa de esto puede observarse en la titularidad del derecho a la legítima defensa: quién lo posee es el soberano, es decir, el gobernante, incluso contra sus propios habitantes —lo cual, para la concepción de soberanía que sostiene este artículo es completamente absurdo—; mientras que, si vamos a la letra de la ley, la población no solo no posee este derecho sino que se encuentra completamente incapacitada de recibir ningún tipo de ayuda militar extranjera, fuera de los casos en los cuales el CS pudiese disponerla, con todos los impedimentos para que esto suceda que detallé anteriormente. Afortunadamente, en la práctica esto no siempre es tan extremo, aunque un claro caso en el cual esta errónea concepción de la soberanía aplicada al derecho de legítima defensa ha producido una lamentable crisis humanitaria es la que actualmente se vive en la República de Yemen⁸³.

Una aproximación más justa para el reconocimiento de soberanía al gobierno de un Estado puede encontrarse en el criterio utilizado por Thomas Jefferson, como Secretario de Estado de Estados Unidos, en el año 1793. En un intercambio epistolar con el representante de los Estados Unidos en Francia, Gouverneur Morris, en el cual discutían sobre la conveniencia de la continuación del pago de una deuda ante la falta de una autoridad competente para su aceptación —en el marco de la Revolución Francesa—, Jefferson señaló que para reconocer a un gobierno como legítimo, este debe formarse mediante “la voluntad de la nación, substancialmente declarada”⁸⁴. Si bien no fija pautas para reconocer cuándo la nación declara substancialmente su voluntad, queda claro que la legitimidad va a venir siempre de ella. Como destacara en una de sus cartas subsiguientes: “la voluntad de la nación es la única cosa esencial a considerarse”⁸⁵. El mismo criterio utilizó la Organización de Estados Americanos frente a la situación de Nicolás Maduro en Venezuela⁸⁶.

Esto va en línea con la Declaración Universal de Derechos Humanos, que fundamenta la soberanía en “[l]a voluntad del pueblo [como] la base de la autoridad del

⁸³ Ver: BBC News (13 de junio de 2018). “Yemen conflict explained in 400 words”, disponible en: <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-44466574> (visitado por última vez el 22/10/2019).

⁸⁴ Jefferson, T. (7 de noviembre de 1792). “Letter to the Minister of France (Gouverneur Morris)”, en *The Works of Thomas Jefferson*. Federal Edition (New York and London, G.P. Putnam’s Sons, 1904-5). Vol. 7, p.113.

⁸⁵ Jefferson, T. (30 de diciembre de 1792). “Letter to the Minister of France (Gouverneur Morris)”, en *The Works of Thomas Jefferson*. Federal Edition (New York and London, G.P. Putnam’s Sons, 1904-5). Vol. 7, p.133.

⁸⁶ Resolución sobre la situación en Venezuela, aprobada por el Consejo Permanente de la Sesión Extraordinaria de la Organización de Estados Americanos el 10/01/2019.

poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”⁸⁷.

Ahora bien, la interferencia con la soberanía, dada su neutralidad, puede tener dos caras: para algunos Estados la soberanía cumple la función de evitar intervenciones arbitrarias en sus asuntos internos, sobre los cuales poseen el derecho inalienable de decidir libremente. Sin embargo, otros podrían igualmente afirmar que la soberanía los protege de la democracia o de los derechos humanos. Y en estos supuestos, lamentablemente, la soberanía termina siendo funcional a los gobiernos despóticos que, al encontrarse en una clara situación de superioridad de recursos frente al pueblo, se asegura que nada pueda interferir con su voluntad. “El principio de no intervención se elaboró para proteger a los Estados débiles frente a los poderosos. Pero cuando el débil es la persona y el poderoso es el Estado, el principio de no intervención, tal como fue concebido, merece ser revisado”⁸⁸.

Vale la pena aclarar que no creo en la imposición de la democracia por la fuerza⁸⁹. Que un Estado se organice de forma no democrática no es justificativo suficiente para una intervención si la población no le retira, de la forma descrita en la sección anterior, su consentimiento. Incluso, aunque la población retire su consentimiento, mientras el gobierno no responda mediante un uso desproporcionado de la fuerza, la situación tampoco amerita una intervención. Y, si la intervención se concretare, está tampoco debe instaurar una democracia contra los deseos de los habitantes del Estado intervenido, sino que debe propiciar que estos acuerden — mediante un consenso justo y representativo— la forma de gobierno que desean implementar a futuro⁹⁰.

La segunda ficción que surge del ordenamiento internacional es el monopolio de la fuerza del CS. Los Estados continúan utilizando la fuerza, independientemente de la

⁸⁷ Artículo 21(3) de la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III).

⁸⁸ Cf. Consigli, J. A. “La intervención humanitaria a la luz del derecho internacional actual”, Ob. Cit. p. 171.

⁸⁹ En contra de las intervenciones “pro-democracia” ver: Crawford, J. (2012). “Sovereignty as a legal value”. En J. Crawford & M. Koskeniemi (Eds.), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 129-132.

⁹⁰ En línea con el artículo 1(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966, en el cual se establece: “[t]odos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”.

Carta de la ONU, no solo unos contra otros —como en el caso de la anexión por parte de la Federación Rusa de la península de Crimea—, sino contra sus propios habitantes —como por ejemplo en Siria, Yemen o Myanmar— y los medios legales de neutralización de este accionar han probado en repetidas oportunidades su ineficacia.

Si bien quienes se oponen a la legitimidad de las intervenciones humanitarias exponen múltiples argumentos⁹¹, el que encuentro más persuasivo es el del *riesgo moral* que estas pueden conllevar. Las fuerzas de choque en el conflicto intervenido pueden tomar, principalmente, dos posturas: querer evitar la intervención o propulsarla.

Contaba Kofi Annan, ex Secretario General de Naciones Unidas, que un oficial ruandés, hablando sobre el plan de matar a miembros de la misión de mantenimiento de la paz que se desplegó en su país en 1994, dijo: “¿saben? nosotros también miramos CNN”, refiriéndose a la lección que habían aprendido el año anterior en Somalia: la muerte de algunos oficiales extranjeros podía terminar con el apetito de intervención y permitirles continuar con las atrocidades⁹². No cabe duda de que nadie quiere condenar a miembros de las fuerzas armadas de ningún Estado a morir de forma horrible mientras intenta llevar a cabo una operación humanitaria. La muerte de un soldado no es más leve que la de un civil, especialmente en los casos en que la función del soldado no es hacer la guerra sino proteger la vida. Sin embargo, hoy en día, gracias a los grandes avances tecnológicos, este riesgo se ha disminuido considerablemente.

La otra cara de la moneda sería si la parte más débil del conflicto quisiese impulsar la intervención de terceros para rectificar su inferioridad. Destaca Belloni que cada intervención se construye a partir de casos anteriores y crea expectativas para una próxima⁹³, lo cual deviene en un incentivo para que, quienes en teoría serían más beneficiados por la ayuda externa provoquen una escalada en la violencia que agrave el conflicto exponencialmente, aumentando el número de víctimas con el único objetivo de lograr la intervención⁹⁴. Ante este problema es importante tener en mente que es consecuencia de la falta de reconocimiento por parte del derecho internacional de la facultad de la población de un Estado de solicitar ayuda externa independientemente de

⁹¹ Ver, por ejemplo: Belloni, R. (2007) “The Trouble with Humanitarianism”, *Review of International Studies*, Vol. 33, p.451-474.

⁹² Cf. Annan, K. *Interventions: A Life in War and Peace*. Ob. Cit. p. 57.

⁹³ Cf. Belloni, R. “The Trouble with Humanitarianism”, Ob. Cit. p. 461.

⁹⁴ En Kuperman, A. (2008) “The Moral Hazard of Humanitarian Intervention: Lessons from the Balkans”, *International Studies Quarterly*, 52(1), p. 49-80, Kuperman explica como este objetivo influyó en los conflictos de Bosnia Herzegovina y Kosovo.

sus autoridades gubernamentales. Además, la función de una intervención humanitaria no debe ser premiar a una parte del conflicto y castigar a la otra, si no evitar la pérdida de vida humana y la violación de los derechos humanos, dejando la valoración de la culpabilidad a una instancia posterior en la que un tribunal, independientemente del grupo al que los individuos pertenezcan, los juzgue en base a derecho.

No todas las crisis ameritan una intervención humanitaria, pero todas las que lo hacen merecen la intervención, independientemente del arbitrio del CS, que la mayoría de las veces actúa basado en los intereses políticos de sus miembros, en lugar de tomar decisiones basadas en la gravedad de la situación y orientadas a encontrar los mejores medios de solución para el conflicto⁹⁵.

IV. CONCLUSIÓN

El título de este artículo tiene un por qué. Todas las normas que apuntan a la protección de los derechos humanos y a la preservación de la paz y seguridad internacionales son extremadamente necesarias y su cumplimiento es un ideal al que cada individuo miembro de la comunidad internacional —cada uno de nosotros— debería aspirar y defender por sobre todas las cosas. La fuerza no debería utilizarse nunca, excepto que sea el último recurso. Excepto que no usarla le cueste la vida o la libertad a seres humanos iguales a nosotros. El hecho de que hayan nacido en otro país, tengan una organización política diferente a la nuestra, una economía o una cultura distinta o se rijan por normas extrañas a las nuestras, no nos da derecho a violar su soberanía, ni a forzarlos a cambiar, ni a someterlos en forma alguna, pero tampoco nos da derecho a abandonarlos.

¿Esto les da a los Estados un “derecho a la intervención humanitaria”? No. Les da a las víctimas un derecho a que la comunidad internacional procure, por todos los medios disponibles, que se respeten sus derechos humanos y su soberanía⁹⁶. Y este cambio de enfoque es clave, porque el Estado interventor no está ejerciendo su derecho como protector, por ser el más fuerte o el más democrático, ni puede imponer sus reglas

⁹⁵ Cf. Kolb, A. (2018) *The UN Security Council Members' Responsibility to Protect: A Legal Analysis*. Ob. Cit. p. 19.

⁹⁶ El cual se encuentra plasmado explícitamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 28 proclama: “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”; y, a mi entender, se encuentra implícito en los restantes tratados de derechos humanos.

e intervenir como mejor le parezca. La medida del derecho no está en él, sino en la población soberana a la que brinda su ayuda.

Todos tenemos una responsabilidad. Nuestros gobernantes tienen la responsabilidad de no usar nuestra fuerza para violar el artículo 2(4), pero a la par de ella tienen la de asegurar que el derecho internacional sea respetado. No solo dentro de sus esferas de poder, sino en toda la comunidad internacional. Los Estados no solo están obligados por las normas internacionales, también son sus creadores y los encargados de ejecutarlas. “Cuando un Estado actúa de forma contraria a una norma existente, en un aspecto la acción es una violación, porque el Estado es juzgado como sujeto de derecho internacional. Pero, en otro aspecto, la acción es una semilla para una nueva ley, porque el Estado actúa como legislador de derecho internacional”⁹⁷. Por eso sentar buenos precedentes es tan importante, porque el daño que las violaciones causan a las normas es inmenso. Un Estado, en el sistema de derecho internacional de hoy en día puede violar una norma internacional que, no es solo un tratado, sino también una costumbre y un principio de *ius cogens*, vetar la intervención del CS, soportar cualquier sanción alternativa —como podrían ser sanciones económicas— que le impongan los otros Estados, rechazar ser juzgado por los Tribunales Internacionales y, al mismo tiempo, sentar un precedente. No un precedente que legalice su acción, sino uno que diga: “puedo violar el derecho internacional de la manera más evidente y grosera, pero ustedes no pueden hacer nada: el derecho internacional los ata”.

Que todos los gobiernos son igualmente soberanos y que el CS posee el monopolio de la fuerza es un ideal, no una realidad. Si bien lo mejor sería que todos los Estados se encolumnen detrás de estos ideales y los concreten, lo cierto es que si queremos que el derecho internacional de soluciones justas, la comunidad internacional tiene que dar repuestas acordes a la realidad de hoy, no en base a ficciones.

La conclusión de este artículo, en definitiva, más que una solución es un interrogante: ¿qué le quita más legitimidad a una norma: dejarla de lado en un caso concreto para obtener un resultado justo o su repetida aplicación automática provocando resultados injustos?

Creo, por lo tanto, que el eje de esta discusión en lugar de centrarse en condenar todo uso de la fuerza por fuera del CS, debería procurar separar de forma clara y

⁹⁷ Cf. Roberts A. “Legality vs Legitimacy: Can Uses of Force be Illegal but Justified?” Ob. Cit. p. 198.

terminante los buenos precedentes de los malos y encargarse de que cuando un Estado, sea cual sea y por el motivo que sea, se ampare en el rótulo de “intervención humanitaria” o “legítima defensa” para fines egoístas y notoriamente contrarios al derecho internacional, estos sean condenados de la forma que merecen.

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros y capítulos de libros:

- Akande, D. y Tzanakopoulos, A. “The International Court of Justice and the Concept of Aggression”, en Kreb, C. y Barriga, S. (Eds.) (2016). *The Crime of Aggression: a Commentary*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Annan, K. (2012). *Interventions: A Life in War and Peace*. Nueva York, The Penguin Press.
- Berdal, M. (2008). “The Security Council and Peacekeeping”, en Lowe, V., Roberts, A., Welsh, J. y Zaum, D. (Editores) (2008). *The United Nations Security Council and War. The Evolution of Thought and Practice since 1945*, New York, Oxford University Press.
- Crawford, J. (2012). “Sovereignty as a legal value”. En J. Crawford & M. Koskeniemi (Eds.). (2012). *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge. Cambridge University Press.
- Díez de Velasco Vallejo, M. (2007). *Instituciones del Derecho Internacional Público*, decimosexta edición, Madrid, Editorial Tecnos.
- Fassbender, B. (2003). “Sovereignty and Constitutionalism in International Law”. In Walker, Neil (ed.) (2003). *Sovereignty in Transition*. Oxford, Hart.
- Gray, C. (2008). *International Law and the Use of Force*, 3rd edition, New York, Oxford University Press.
- Gray, C. (2013), “The ICJ and the Use of Force”, en Tams, C. y Sloan, J. (Eds.) (2013). *The Development of International Law by The International Court of Justice*. New York, Oxford University Press.
- Jefferson, T. (1904-5). *The Works of Thomas Jefferson*, Volumes 1-12. Federal Edition, New York and London, G.P. Putnam’s Sons.
- Kolb, A. (2018). *The UN Security Council Members’ Responsibility to Protect: A Legal Analysis*. Berlín, Springer Nature.
- Roberts A. (2008) “Legality vs Legitimacy: Can Uses of Force be Illegal but Justified?” en Alston P. y MacDonald E. (2008) *Human Rights, Intervention, and the Use of Force*. Nueva York, Oxford University Press.
- Roberts, A. (2008) “Proposals for UN Standing Forces: A Critical Proposal”, en Lowe, V., Roberts, A., Welsh, J. y Zaum, D. (Editores) (2008). *The United Nations Security Council and War. The Evolution of Thought and Practice Since 1945*. New York, Oxford University Press.

- Ruys, T. (2010). *Armed Attack and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice*, New York, Cambridge University Press.
- Simma, B. (2002). *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Segunda edición, Nueva York, Oxford Press University.
- Tesón, F. (1998). *A Philosophy of International Law*. Colorado, Westview Press.
- Zaum, D. (2008). "The Security Council, the General Assembly, and War: The Uniting for Peace Resolution", en Lowe, V., Roberts, A., Welsh, J. y Zaum, D. (Editores) (2008). *The United Nations Security Council and War. The Evolution of Thought and Practice since 1945*, New York, Oxford University Press.

2. Artículos e informes:

- Chin, W. (2019). "Technology, war and the state: past, present and future". *International Affairs*, 95(4).
- Comisión de Derecho Internacional (2018). "Normas Imperativas de Derecho Internacional General (*ius cogens*)" en Informe de la Comisión de Derecho Internacional (70º Período de Sesiones) – A/73/10.
- Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (2001). "La responsabilidad de proteger", Ottawa, International Development Research Center.
- Consigli, J. A. (2004) "La intervención humanitaria a la luz del derecho internacional actual". Córdoba, Anuario Argentino de Derecho Internacional.
- D'Amato, A. (1990). "It's a Bird! It's a Plane! It's Jus Cogens!". *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 6, Nº1.
- Franck, T. (1970). "Who Killed Article 2(4)? Or: Changing Norms Governing the Use of Force by States". *The American Journal of International Law*, Vol. 64, Nº 5.
- Friedlander, R. (1981). "Terrorism and National Liberation Movements: Can Rights Derive from Wrongs?". *Case Western Reserve Journal of International Law*, Volume 13, Issue 2.
- Hehir, A. (2008). "Independence, Intervention and Great Power Patronage: Kosovo, Georgia and the Contemporary Self-Determination". *Penumbra, Amsterdam Law Forum*, Volume 1.
- Henkin, L. (1971) "The Reports of the Death of Article 2(4) are Greatly Exaggerated". *The American Journal of International Law*, Volumen 65, Nº 3.
- Jorritsma, R. (2018). "Where General International Law meets International Humanitarian Law: Attribution of Conduct and the Classification of Armed Conflicts". *Journal of Conflict and Security Law*, Volume 23, Issue 3.
- Joyner, D. (2002). "The Kosovo Intervention: Legal Analysis and a More Persuasive Paradigm". *European Journal of International Law*, Vol. 13, Nº 3.
- Kuperman, A. (2008). "The Moral Hazard of Humanitarian Intervention: Lessons from the Balkans", *International Studies Quarterly*, 52(1).
- Roberts, A. (2001). "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation". *The American Journal of International Law*, Vol. 95, Nº 4.

- Ruys, T. (2018) "Criminalizing Aggression: How the Future of the Law on the Use of Force Rests in the Hands of the ICC", *European Journal of International Law*, Volume 29, Issue 3.
- Swinnen, J. (2018). "Sobre los 'actos de terrorismo' en el Derecho Internacional Humanitario. Una mirada desde los Convenios y Protocolos de Ginebra". *Prudentia Iuris*, N°86.
- Thomson, A. (2012). "Doctrine of the Protection of Nationals Abroad: Rise of the Non-Combatant Evacuation Operation". *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 11, N°3.
- Tladi, D. (2018) "Tercer informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)", A/CN.4/714.
- Tresón, F. R. (2011). "Humanitarian Intervention: Loose Ends". *Journal of Military Ethics*, Volume 10, N° 3.
- Tesón, F. (2006). "The Vexing Problem of Authority in Humanitarian Intervention: A Proposal". *Wisconsin International Law Journal*, Volume 24, N° 3.
- Wilson, E.A. (2016). "People Power and the Problem of Sovereignty in International Law". *Duke J. Comp. & Int'l L.* 26.