



La construcción socio-histórica de la intervención militar: entre el derecho internacional y el humanitarismo.

Trabajo de graduación de **Sandra María Cáceres Choto**, para la obtención del grado académico de Maestra en Diplomacia del Instituto Especializado de Educación Superior para la Formación Diplomática, aprobado por el jurado de tesis el 26 de junio de 2015.

RECTORA:

Maestra Claudia María Samayoa Herrera

PRESIDENTE DEL CONSEJO ACADÉMICO:

Ingeniero Hugo Roger Martínez Bonilla

SECRETARIA GENERAL:

Maestra Nelly Yohana Cuéllar de Yamagiwa

ASESORA DE LA TESIS:

Dra. Élodie Carole Brun

JURADO DE LA TESIS:

Dra. Élodie Carole Brun

Dr. Salvador Eduardo Menéndez Leal

Dr. Víctor Luis Gutiérrez Castillo

Antiguo Cuscatlán, 01 de septiembre de 2015

Tesis de Maestría en Diplomacia

Sandra María Cáceres Choto

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios, mi Padre, a quien le debo todas las cosas, por ser mi fuerza, inspiración y luz en medio de este proceso.

A Sandra Choto, mi mayor ejemplo de perseverancia, por su amor y apoyo incondicional, no sólo en este proyecto, sino durante toda mi vida y a quien debo toda mi admiración. A Coralia Elba de Choto, por sus cuidados amorosos e incondicionales, las palabras no alcanzan para expresarle toda mi gratitud y amor. Agradezco a mis cinco hermanos, por estar conmigo durante la elaboración de este trabajo.

A Víctor, por su amor, paciencia y apoyo.

Un agradecimiento singular se lo debo a la Doctora Élodie Brun quien, como asesora de esta tesis, me ha orientado, apoyado y corregido con mucha paciencia, genialidad y dedicación en mi labor de investigación.

Finalmente, a los miembros de mi jurado, Doctor Salvador Menéndez Leal y Doctor Víctor Luis Gutiérrez, que colaboraron al perfeccionamiento de este trabajo y al Instituto Especializado de Educación Superior para la Formación Diplomática –IEESFORD- que me brindó esta oportunidad.

DEDIDACTORIA

Para Dios y mi madre

Para Coralia Elba

RESUMEN

Con los cambios suscitados en el siglo XXI, el tema de la seguridad internacional acaparó la atención en la agenda de la comunidad internacional, y con él, el tema de intervenciones militares ‘legítimas’ amparadas en la defensa de los derechos humanos como fundamentación axiológica de tal actuación.

Estos argumentos humanitarios no son novedosos. Desde la época clásica se han suscitado pretextos en torno a la justicia para hacer la guerra, pero es hasta la Edad Media que se consolida como tal una doctrina de la guerra justa. Durante este período los argumentos eran ‘adecuados’ -debido a que no existía un marco jurídico que regulara la guerra- y porque además buscaban limitar las actuaciones injustas de los Estados. El problema es que, al ser estos argumentos morales, no faltaron interpretaciones dudosas para invocar la justicia en causas que luego se transformaron en abusos; con lo que tal categorización se convirtió en una cortina para acciones crueles y violatorias a la dignidad esencial del ser humano.

Ante estos abusos, de forma paralela al proceso de consolidación de la doctrina de la guerra justa, emergen elementos como la soberanía, el poder político, la sociedad política, el derecho, el Estado, el monopolio de la violencia, que todos juntos permiten la construcción jurídica y progresiva de la prohibición del uso de la fuerza militar. Este proceso fue largo y complejo, y culmina con la consagración en la Carta de las Naciones Unidas de los principios del no uso de la fuerza y no intervención en los asuntos internos. (Art. 2.4 y 2.7 CNU)

Una vez aceptado el nuevo sistema jurídico internacional del siglo XX, parecía que la guerra y sus formas habían quedado como referencias históricas, o por lo menos eso se pretendía. Sin embargo, tal idea fue una utopía, porque los Estados continuaron haciendo uso a la guerra por diversos motivos, aunque para emplearla ahora debían justificar jurídicamente su actuación en el marco de la Carta de las Naciones Unidas, caso contrario, podría ser condenado por el derecho internacional.

No obstante este nuevo orden jurídico internacional, a finales del siglo XX se suscitó un período caracterizado por graves violaciones a los derechos humanos en diversos lugares del mundo, como ejemplo de lo anterior se pueden mencionar las situaciones en Ruanda (1994), Srebrenica (1995), Kósovo (1999), Libia (2011), entre otros. Estos eventos ocasionaron que la ahora comunidad internacional hiciera resurgir de las cenizas la doctrina medieval de la guerra justa, alegando la posibilidad de los Estados a intervenir militarmente en los casos de graves violaciones a los derechos humanos, situación no especificada en la Carta de las Naciones Unidas –pero tampoco prohibida expresamente.

Esta nueva doctrina se conoció como ‘intervención militar humanitaria’, cuyo fundamento primordial descansa en los argumentos morales retomados de la doctrina de la guerra justa, y por ende, adolecían de los mismos vicios de la teoría medieval, entre los que se puede citar con especial relevancia: la indeterminación de la justicia. Esto sin mencionar la dificultad de que tales intervenciones no se encuentran previstas en el orden jurídico internacional contemporáneo, por lo que quienes lo apoyan, para justificarlo, deben recurrir ineludiblemente a su legitimidad moral con el fin de considerarla como una excepción a la norma jurídica que prohíbe la amenaza y uso de la fuerza; legitimidad que se encuentra en la

protección de un valor considerado universal y superior por sobre el derecho. En el siglo XXI, esta teoría se convierte en la figura de ‘Responsabilidad de Proteger’.

El presente trabajo de investigación efectúa un análisis histórico-social de la fundamentación axiológica de la norma internacional. Específicamente, desarrolla las justificaciones humanitarias que permiten la intervención militar en el marco del derecho internacional contemporáneo. El estudio es un enfoque novedoso sobre el paradigma legalista, pues la norma jurídica es analizada desde la moral y los valores, y para ello se debió recurrir a la teoría *iusnaturalista* y constructivista, utilizando el método inductivo.

Los resultados de la investigación confirman la fundamentación axiológica normativa insuficiente que poseen la figura de la intervención militar humanitaria; en primer lugar por ser indeterminada, y por lo tanto, incierta y manipulable, segundo, porque la norma jurídica que prohíbe el uso de la fuerza también posee una fundamentación axiológica importante, la cual consiste en garantizar el goce de los derechos individuales, por lo que su inobservancia no puede justificarse mediante un principio político o moral, tercero, para la protección de los derechos humanos ya existe un marco jurídico que prevé la responsabilidad de los Estados de proteger a su población de las violaciones de derechos humanos, además, el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas habilita el uso de la fuerza en casos de amenaza de la paz y seguridad internacionales, con lo que la incorporación de la intervención militar con fines humanitarios como norma jurídica, resulta innecesaria.

INTRODUCCIÓN

El establecimiento de la prohibición de la intervención militar como una norma de derecho internacional ampliamente reconocida no ha sido automática; por el contrario, su constitución como una de las regulaciones más importantes en las relaciones internacionales fue el producto de un largo proceso de construcción socio-histórico vinculado al surgimiento y evolución de las nociones de Estado, soberanía, monopolio de la violencia y del valor de la justicia.

Sin embargo, esta concepción pacifista de la realidad internacional, instaurada después de la Segunda Guerra Mundial, parece encontrarse en una nueva disyuntiva. A partir de la última década del siglo XX se observa una tendencia de los actores estatales a intervenir militarmente, aun en contra del orden jurídico preestablecido, invocando causas o razones ‘*justas*’ –generalmente vinculadas a la protección de los nacionales de otros Estados víctimas de graves violaciones de derechos humanos-; lo cual ha generado un debate entre diversos doctrinarios contemporáneos.

Esta discusión no es novedosa, a lo largo del tiempo las intervenciones militares de una nación a otra (o de un Estado a otro, según el período) se caracterizaban por estar amparadas en razones ‘correctas’ o argumentaciones ‘morales’, tal como en los casos de las guerras religiosas del siglo XVII o en el tiempo de la conquista donde se invocaba la evangelización como una causa justa para intervenir militarmente en el nuevo mundo. Durante esta época aún no se contaba con una noción precisa del derecho internacional como lo conocemos hoy en día; por lo tanto, estas justificaciones morales adquirirían una importancia fundamental pues su objetivo era ‘limitar’ –por lo menos doctrinariamente- las guerras a razones justas (aunque en la práctica, estas causas eran invocadas con la finalidad de que las intervenciones militares fuesen políticamente aceptadas).

El dilema entonces surge cuando estos mismos argumentos morales son aclamados después de consolidado el derecho internacional contemporáneo que establece como regla general la prohibición de la intervención militar (o si se prefiere, el no uso de la fuerza) entre Estados soberanos. Es la Carta de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, la que recoge la norma que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones interestatales, concretamente en su artículo 2.4, salvo algunas excepciones contenidas en el capítulo VII.

En tal sentido, la mayor dificultad para la aceptación de estas nuevas invocaciones morales contemporáneas radica en la incompatibilidad entre la norma jurídica obligatoria generalmente aceptada (la Carta de las Naciones Unidas en la actualidad ha sido ratificada por 193 Estados) y unos nuevos valores ‘superiores’ (moral) –o ‘normas superiores’- que alegan causales humanitarias para la inobservancia de tal regla.

En medio de este debate, emergen nuevas posturas y pensamientos de autores que, por un lado justifican el empleo de las causas humanitarias para hacer uso del *ius ad bellum*, siempre bajo pretextos morales, y por el otro, defienden al derecho internacional y el mantenimiento del orden jurídico internacional como garantía fundamental del goce de los derechos humanos.

A pesar de este debate doctrinario, en el plano empírico-fáctico los actores estatales se han inclinado por la no aceptación generalizada de esta nueva figura y la observancia del derecho internacional, lo cual muestra una debilidad en la fundamentación axiológica de la figura de la ‘intervención militar humanitaria’ para ser considerada como una norma internacional obligatoria. Debilidad, que como hemos señalado previamente, no es actual sino posee razones histórico-sociales, que se pretenderán analizar mediante el estudio del debate histórico doctrinario.

En tal sentido, la problemática del trabajo de investigación consiste específicamente en la siguiente pregunta: ¿Por qué, históricamente, la fundamentación axiológica de la figura de la intervención militar por razones humanitarias es insuficiente desde el punto de vista del derecho internacional?

Como tesis principal de la investigación, se intentará establecer que la intervención militar por fines humanitarios posee una fundamentación axiológica reducida debido a su indeterminación del valor justicia, que al concretarse en una norma específica, deriva en incerteza para garantizar los valores que pretende proteger –para el caso, los derechos humanos-, traduciéndose esta situación en una incongruencia con su finalidad y, en consecuencia, en una violación al derecho internacional y a los valores que éste último persigue.

Para probar la anterior aseveración se ha decidido recurrir al análisis histórico de pensadores o doctrinarios sobre el tema porque ello permitirá observar y estudiar la evolución de la incidencia del contexto histórico y ideas en la construcción axiológica de las normas y actuaciones internacionales. En consecuencia el enfoque de la investigación es ineludiblemente filosófico.

Al acudir a la historia de las ideas, se logrará establecer, en primer lugar, cuál ha sido la fundamentación axiológica de la norma internacional a lo largo de la historia, para lo cual se analizará el valor de la justicia desde un enfoque de la filosofía del derecho; en segundo lugar, se estudiará la construcción socio-histórica de la norma jurídica que prohíbe la intervención militar en las relaciones internacionales y los valores que persigue; en tercer lugar, se analizarán de forma histórica, los argumentos morales de justicia utilizados para legitimar las guerras, con lo cual se probará que tales justificaciones se han empleado en forma de pretextos para iniciar guerras que no necesariamente alcanzan el ideal de justicia. Finalmente, será necesario confrontar el argumento jurídico y moral contemporáneo sobre la intervención militar por razones humanitarias, para determinar los problemas específicos de esta última sobre su fundamentación axiológica, lo cual se complementará con el análisis del caso concreto sobre la figura de ‘Responsabilidad de Proteger’.

Se ha escogido la figura de la ‘Responsabilidad de Proteger’ por tratarse de un tema que se encuentra en la agenda actual internacional y que es la única en torno a la cual se han concretado algunos esfuerzos de codificación –sin éxito aún- por lo que su estudio aporta una perspectiva actual del debate.

Con los aspectos antes expuestos, se dilucida la importancia de delimitar, en este trabajo de investigación, la relación entre el derecho y la moral (entendida como justicia). Según el tipo

de relación que se establezca entre ambos campos, así se construirán argumentaciones que servirán de base para determinar la aceptación o rechazo desde el derecho internacional, de estas intervenciones militares justificadas moralmente, lo cual, a su vez permite contemplar la evolución de esta noción hasta la actualidad.

Aceptación, si se establece que tales intervenciones son permitidas por el derecho internacional al tratarse de una excepción ‘legítima’ o ‘justa’, no prevista expresamente en la normativa positiva pero que, en palabras de Fernández-Galiano, posee una pretensión inmanente de vigencia, de acuerdo a la realidad social correspondiente. (Fernández-Galiano: 1990, p. 84) Rechazo, si se concluye que las referidas actuaciones son tipificadas como una violación flagrante a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, marco del orden jurídico construido en el valor de la ‘paz’ como equivalente a la justicia.

Previo a pasar al desarrollo capitular, es necesario precisar ciertas definiciones sobre algunos términos que estarán presentes a lo largo de la investigación, tal como el de uso de la fuerza, agresión, intervención militar, guerra, *ius ad bellum*, *ius in bello* e intervención militar humanitaria.

‘Uso de la fuerza’ término general que se refiere a toda actuación de carácter militar o armado. Comprende incluso el uso de la fuerza armada que no llega a ser guerra. (Sorensen: 1973, p. 682-685)

‘Agresión’, según el artículo 1 de la resolución 3.314 (XXIX) de fecha 14 de diciembre de 1974 de la Asamblea General de las Naciones Unidas se define como el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, según las características establecidas en el artículo 3 de la misma resolución.

‘Intervención Militar’ en esta investigación se refiere al despliegue o uso de fuerzas armadas o militares (por medio de cualquier instrumento) por un o más poderes extranjeros (Estados u Organismos Internacionales) con el propósito de controlar aspectos que conciernen a la política interna o al control interno de otro Estado, violando claramente su soberanía. (Finnemore: 1996, p.181)

‘Guerra’ es el nombre tradicional de una contienda entre dos o más Estados, en la cual sus respectivas fuerzas armadas están enfrentadas en acciones de violencia recíproca. Actualmente una guerra no sólo es posible entre Estados, sino entre otros sujetos de derecho internacional, tal como en el caso de las guerras civiles. Según el derecho internacional humanitario, la guerra es un conflicto armado internacional o no internacional, independientemente del criterio de quién participe. (Sorensen: 1973, p. 712)

‘*Ius ad bellum*’ significa el ‘derecho para la guerra’ el cual se consolida cuando existen las condiciones para considerar como lícito el recurso a la fuerza armada. (Pastor Ridruejo: 2011, p.613)

'Ius in bello' se refiere a los límites impuestos a la violencia bélica mediante la regulación del comportamiento de los beligerantes durante las hostilidades. (Pastor Ridruejo: 2011, p.613)

'Intervención Humanitaria' es la amenaza o uso de la fuerza dentro de los límites fronterizos de un Estado, efectuada por uno o varios poderes, cuya finalidad es prevenir o detener graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos de los nacionales de ese Estado, sin el consentimiento del Estado en cuyo territorio está siendo aplicada la fuerza. (Holzgrefe: 2013, p. 18)

Adicionalmente, se debe precisar que para efectos de esta investigación, cuando se hace referencia a la moral, no engloba todos los valores existentes, sino únicamente aquellos de carácter preceptivo relevantes para el ámbito jurídico, es decir, los que sirven para determinar el contenido de la norma. Y por 'carácter preceptivo de los valores' se entenderá la posesión de una pretensión inmanente de vigencia cuyo fundamento radica en su referencia a lo social. (Fernández-Galiano: 1990, p. 84) El contenido de lo 'moral' es sumamente amplio, pudiendo incluir a principios ético-sociales cuya positivación es deseable, pero aquí sólo interesan valores que abonen la justificación del carácter obligatorio de la norma internacional, por ejemplo, la naturaleza de la persona humana. (Pastor Ridruejo: 2011, p. 37)

Asimismo, es necesario indicar que los términos 'intervención militar' o 'guerra' hacen referencia al empleo de la fuerza militar independientemente de sus motivos. (David, 2008: p. 270). El enfoque del trabajo de investigación es sobre la intervención militar, por lo tanto, excluye el análisis de cualquier otra forma de intervención, ya sea económica, política, diplomática, etc.

Por otro lado, para la realización de este trabajo, se han elegido como teoría aplicable, el enfoque constructivista y *iusnaturalista*.

El constructivismo es hoy un enfoque establecido en las relaciones internacionales y de consolidación reciente. Hasta la década de los 90 fue reconocida como una alternativa para el estudio de la política mundial. Este enfoque sostiene que las creencias y saberes de los seres humanos son fruto del lenguaje con el que comprenden y de las percepciones que realizan de la realidad, sobre la que existen varios puntos de vista, todos igualmente válidos. La denominación 'Constructivismo' pertenece a Nicholas Onuf, aunque su máximo referente en el campo de las relaciones internacionales es Alexander Wendt. (Toledo: 2007, p.99-100)

El constructivismo plantea que las estructuras sociales están socialmente construidas. En consecuencia, pone particular énfasis en las ideas, las identidades, la percepción y la persuasión. (Toledo: 2007, p. 100) Esta teoría se considera la más adecuada para explicar la evolución y el cambio de la noción de intervención militar a lo largo de la historia.

Por otra parte, desde el derecho internacional también se ha elegido una teoría que podrá ser aplicable al objeto de investigación y que complementa a la teoría del constructivismo, esta es el *iusnaturalismo* (derecho natural). La doctrina tiene sus orígenes en la Época Clásica, con intelectuales como Platón, Heráclito, Antifonte, Sócrates y Aristóteles. Según esta corriente de pensamiento la norma y la moral se encuentran vinculadas, y dependiendo de la forma de

vinculación así será su clasificación. Desde la época moderna el *iusnaturalismo* se encuentra relacionado con la noción de recta razón y el *consensus omnium gentium*, de influencia estoica. Por medio de esta corriente filosófica se intentará analizar la fundamentación axiológica normativa de las intervenciones militares con fines humanitarios. L

Es importante precisar que se ha utilizado el método inductivo, desde una posición *iusnaturalista*, pues se parte de una posición preconcebida al abordar el tema objeto de estudio. Esta postura es la que se consolida en el derecho romano sobre el *iusnaturalismo*- es decir, el derecho natural como una ley universal y eterna- (Neff: 2010, p. 5). Con este método se procedió a la observación del hecho en cuestión, es decir, la intervención militar humanitaria, para posteriormente efectuar un análisis, confrontación con la realidad y finalmente, la elaboración de conclusiones generales sobre el tema.

La metodología de la investigación empleada es de tipo bibliográfico, es decir indirecta o secundaria. En este sentido, las fuentes utilizadas consistieron en libros, recopilaciones de referencias del tema, artículos de revistas académicas o de entidades expertas relacionados con el tema, informes organizaciones internacionales e investigaciones de los institutos académicos que realizan investigaciones referentes al tema.

El instrumento para acceder a las fuentes fue la consulta efectuada a las bibliotecas de las universidades localizadas en El Salvador, además de las bibliotecas virtuales disponibles en páginas electrónicas de centros académicos y de pensamiento. La técnica de investigación consistió en la revisión documental utilizando el criterio histórico del análisis de autores o pensadores de cada época, lo cual sirve para describir la evolución de la intervención militar humanitaria, así como el criterio de análisis jurídico, en razón del objeto pretendido.

En este sentido, el capítulo I se dedicará a desarrollar, desde una perspectiva histórica, la incidencia de los valores en la construcción de la normativa jurídica internacional. Este análisis es necesario al constituirse en el marco referencial para analizar cómo la relación entre derecho y moral, o, según Norberto Bobbio entre validez y justicia, ha estado presente –hasta hoy- en la construcción normativa de la ‘no intervención militar’. (Bobbio: 1998, p. 38) Específicamente se examinará a ‘la justicia’ como parte de la ‘fundamentación axiológica’ o ‘legitimidad material’ de la norma internacional.

Es importante destacar que a lo largo del capítulo I se hará referencia a la obra *Una filosofía del derecho en modelos históricos* del profesor de filosofía del derecho, el español Alfonso Ruíz Miguel (2009), por considerar que dicho trabajo sirve de base para clarificar y resumir los elementos fundamentales del derecho natural, desde una perspectiva de la historia.

Dado que esta investigación trata de contraponer el derecho y la moral, ambas variables se han dividido en los capítulos subsiguientes, siendo que en el capítulo II se aborda la construcción de la prohibición de la intervención militar como manifestación del derecho internacional, y en el capítulo III se analizan los argumentos morales (o si se quiere desde el derecho natural) empleados para justificar las intervenciones militares a lo largo de la historia, que generalmente se enfocan en la noción del ‘humanitarismo’. Con estos capítulos se podrá observar, de forma paralela, cómo ambas nociones representan dos posturas doctrinarias encontradas y excluyentes.

De forma específica, en el capítulo II se estudiará el proceso socio-histórico que derivó en la prohibición de la intervención militar como una norma jurídica generalmente aceptada y premisa del orden internacional vigente. Para tal efecto, será necesario abordar aspectos esenciales tales como el surgimiento del Estado, la soberanía y la seguridad. El capítulo intentará, asimismo, establecer los valores axiológicos inspirados en la 'justicia' que legitiman el respeto y observancia de este precepto jurídico.

Por el contrario, en el capítulo III, se analizará históricamente los argumentos morales doctrinarios basados en el valor 'justicia' que se han utilizado para legitimar las intervenciones militares. Se pretenderá establecer que tales fundamentaciones axiológicas actualmente no pueden ser consideradas como una excepción a la norma jurídica de la prohibición de la intervención militar, pues históricamente se han instaurado como pretextos y no verdaderas causas para hacer la guerra.

En el último capítulo, se utiliza la figura de la Responsabilidad de Proteger, como un caso de estudio que evidencia el dilema actual entre el derecho y la moral. En este apartado se demostrará cómo las nociones de la norma de la prohibición de la intervención militar y la doctrina de la guerra justa, construidas ambas bajo corrientes académicas distintas, son incompatibles entre sí. Lo cual se manifiesta en la incongruente fundamentación del 'principio político' de la Responsabilidad de Proteger de cara a la Carta de las Naciones Unidas.

**CAPÍTULO I. LA FUNDAMENTACIÓN AXIOLÓGICA DE LA NORMA
INTERNACIONAL: LA JUSTICIA, UN DEBATE FILOSÓFICO**

Cuando se hace referencia a la fundamentación axiológica de la norma internacional, parece casi imposible no mencionar dos de los debates principales que existen en la filosofía del derecho² en cuanto a la relación entre norma y moral: El primero de ellos es el de su interconexión o su separación, y dependiendo de la postura que se adopte, así pertenecerá a la escuela *iusnaturalista* o *iuspositivista*, respectivamente. (Vernengo: 1992, p. 274-276)

Por su parte, el segundo debate se refiere al contenido del valor en la norma (que, para el caso, está vinculado a la noción de justicia), cuyo significado puede ser variado según la interpretación que se le brinde³ (Haba Müller: 2010, p. 9-11). Lo anterior implica que el ámbito sustantivo de los valores posee un alto grado de indeterminación, lo cual, al mezclarse con la política y las normas internacionales, genera un amplio margen de discrecionalidad para la toma de decisiones⁴.

En este punto se debe precisar que, aunque estos debates filosóficos alcanzaron su cúspide ya hace algunas décadas, y el tema de la fundamentación metafísica del derecho internacional haya perdido interés entre algunos doctrinarios, para efectos de la investigación planteada se retoma como necesaria para la comprensión histórica del valor 'justicia', en razón de ser éste el elemento valorativo el fundamento legitimador al que recurren los Estados para intervenir militarmente en otros.

A continuación, se presenta un breve esbozo de estos debates suscitados a lo largo del tiempo, no sin antes aclarar que, en virtud de que la idea del derecho natural no es sino una respuesta filosófica al problema del derecho, esta respuesta ha de ser congruente con la filosofía vigente en cada momento histórico. En consecuencia, es importante resaltar que el *iusnaturalismo* en cada etapa tendrá las orientaciones que dicte la concepción filosófica de la época. (Fernández-Galiano: 1990, p. 101)

¹ Martínez Pineda, A. (2000) *El Derecho, los valores éticos y la dignidad humana*, México: Editorial Porrúa. Ángel Martínez Pineda es un destacado abogado mexicano, cuya rama de estudio se encuentra en la filosofía del derecho. Entre sus obras más destacadas se encuentran *Derecho y Moral* y *Ética y Axiología Jurídica*.

² El análisis desde la filosofía del derecho surge en razón de algunas actitudes doctrinales negadoras del carácter jurídico del derecho internacional, que únicamente lo ven como una política de fuerza, o moral internacional, o cortesía internacional, en fin un derecho imperfecto. En consecuencia, se alzaron teorías en defensa de la naturaleza jurídica del derecho internacional cuyo problema se tenía que plantear desde el concepto mismo del derecho y la filosofía jurídica. (Pastor Ridruejo: 2011, p. 35)

³ Debate al que el *iusnaturalista* de los siglos XVII-XVIII, Cristian Tomasio (1655-1728) se refería como la *difficilis quaestio de natura naturae* (Fernández-Galiano: 1990, p. 75). Por su parte, el profesor de filosofía del derecho Pedro Haba Müller lo expresa de la siguiente forma: "cuanto más una noción simboliza un valor, más numerosos son los sentidos conceptuales que tratan de definirla, más confusa se presenta". (2010, p.3)

⁴ Sobre este segundo debate, el contenido del valor en la norma, su análisis puede contemplarse desde un doble enfoque. Según el profesor Fernández-Galiano, se puede examinar desde el punto de vista cuantitativo (de acuerdo al número de preceptos que contenga- maximalista o minimalista) y cualitativo (el carácter de esos preceptos). (1990, p.163) (Ver apartado 1.3.1)

1.1 Las primeras nociones de justicia: el *iusnaturalismo* cósmico de la Época Antigua

1.1.1 La visión griega y cristiana de la justicia y su incidencia en la construcción del derecho natural

La relación entre la norma y la moral se remonta a épocas muy antiguas. La primera visión que se obtiene es aquella donde la moral⁵ y a la norma jurídica eran concebidas como una sola, a esta visión se le denominó, posteriormente, *iusnaturalismo*.

El *iusnaturalismo* tiene sus orígenes en la Época Antigua, con intelectuales como Platón, Heráclito, Antifonte, Sócrates y Aristóteles. En los comienzos del pensamiento griego era común la indistinción efectuada entre *phýsis* (naturaleza) y *nómos* (norma) que reflejaba la compleja relación entre naturaleza y sociedad (reglas de convivencia).

Ya para los siglos VI y V a. C. la indistinción se presenta de una forma más abstracta, por la aparición del elemento *logos* o razón entendida como el orden del *cosmos*. Esta visión de mundo se refleja en los escritos de Pitágoras y Heráclito quienes expresan la unidad de la naturaleza y sociedad en una percepción de las leyes como derivadas de una ‘justicia cósmica’. Este período se caracterizó por el arraigo de la idea de un orden superior a las leyes humanas. (Fernández-Galiano: 1990, p. 106, 109; Ruíz Miguel: 2009, p. 18-19)

Es hasta los siglos V y IV a. C que los sofistas, con sus tesis relativistas en orden al conocimiento humano, introducen una revolución del pensamiento, en la medida que tienden a separar lo natural (fáctico) y lo legal (artificial). Esta ruptura entre el *physis* y *nómos*, es el origen de una primera concepción *iusnaturalista*. (Ruíz Miguel: 2009, p. 20) Es interesante la idea de los sofistas sobre la naturaleza, pues ello explica su pensar revolucionario para la época. De acuerdo a esta corriente, la naturaleza es una e idéntica para todos los hombres, y esa misma identidad natural obliga a negar la existencia de esclavos. Entonces, la justicia está vinculada a la naturaleza y el derecho es visto como un medio de los poderosos para mantener su posición. (Fernández-Galiano: 1990, p. 110-111).⁶

En contraste, Sócrates (470-339 a.C.), enemigo de los sofistas, afirmaba que las leyes humanas no son meros inventos de los hombres para dominar a otros, sino son el fiel reflejo del valor objetivo de justicia (naturaleza). En consecuencia, dada la armonía existente entre justicia y ley, entre *physis* y *nómos*, ésta última debe ser respetada y obedecida. (Fernández-Galiano: 1990, p.112-113) Para el pensamiento de Sócrates, la justicia se vincula a la prevalencia de la ley.⁷

⁵ Es importante precisar que para los griegos la visión de la moral era amplia, es decir, normas procedentes de un conjunto de realidades en cuyo marco está inscrita la convivencia social. (Fernández Galiano: 1990, p.80)

⁶ Este se configura en uno de los primeros antecedentes de lo que hoy se conoce como ‘derechos humanos’, valor influyente en la construcción de la norma internacional.

⁷ En este período puede identificarse un primer debate entre el *iusnaturalismo* (postura sofista) y un tipo de *iuspositivismo* (postura socrática).

Por su parte, Platón (427-347 a.C.), fiel discípulo de Sócrates, influenciado por su contexto – período de la decadencia de la Polis⁸-, propone una concepción de justicia objetivista (es decir, no dada por la voluntad humana) de carácter idealista, entendida como el modelo de comportamiento correcto entre los seres humanos. En su obra *La República*, su objeto es demostrar la necesidad moral de regir toda su conducta según la justicia⁹. (Azcárate: 1872, p. 7; Ruiz Miguel: 2009, p.26-27) Y la justicia para Platón eran las leyes escritas, el fiel reflejo de ésta. (Fernández-Galiano: 1990, p.119)

Aristóteles (384-322 a.C.), a diferencia de Platón, pertenecía a una corriente con dominantes rasgos racionalistas y empiristas (realista). Aristóteles retoma un poco la postura de los sofistas y establece que existen dos grandes tipos de justicia, la justicia según la igualdad y la otra según la ley. La justicia según la ley -la que interesa para el objeto de este apartado- se deriva de la existencia de un cierto orden de la sociedad política que, según Aristóteles, a su vez se divide en justicia legal en sentido estricto o justicia natural. La justicia legal en sentido estricto, se establece mediante la ley humana, cuya manifestación puede ser escrita o no escrita. Por su lado, la justicia natural tiene en todas partes la misma fuerza y no está sujeta al parecer humano. (Fernández-Galiano: 1990, p. 120; Hobbus: 2009, p. 133-155; Ruiz Miguel: 2009, p. 28, 35-44) El aporte aristotélico es fundamental para las corrientes filosóficas del estoicismo y el cristianismo.

Si bien, aunque Aristóteles tiene un indubitado carácter *iusnaturalista* y da elementos para diferenciar entre la justicia legal y la justicia natural, no logra establecer con claridad -al igual que Platón, Sócrates o los sofistas- el contenido certero de lo justo¹⁰. Esta indeterminación del ámbito sustantivo del valor justicia se convierte en un rasgo repetitivo hasta la corriente *iusnaturalista* en Roma.

Después de la muerte de Aristóteles, con la decadencia de la Polis nacen posturas como el epicureísmo y el escepticismo que negaban la existencia de un orden jurídico objetivo y permanente (noción probablemente influenciada por su realidad), y pregonaban la necesaria observancia de las leyes humanas. Estas posiciones doctrinarias podrían ser las primeras manifestaciones del positivismo jurídico. (Fernández-Galiano: 1990, p. 124-125)

En contraposición al positivismo de la época, resurge el derecho natural. El estoicismo nace en Atenas, Grecia, en el siglo III a. C. como uno de los movimientos filosóficos de más larga duración, su precursor fue el chipriota Zenón de Citio (335-263 a.C.) (Fernández-Galiano: 1990, p. 127; Moreno Villa: 2003, p. 453, Xirau: 2000, p. 102). La aportación del estoicismo a la idea de justicia ‘reside en la nueva, compleja y dilemática síntesis sobre el derecho natural, una síntesis compuesta de dos elementos, uno ideal, la recta razón y otro empírico, el consenso entre los distintos pueblos.’ (Ruiz Miguel: 2009, p. 47)

⁸ Generada, entre otras cosas, por la guerra del Peloponeso que produjo un desastre de tal magnitud que determinó profundos cambios que alteraron los fundamentos de la Grecia Clásica. Para más información ver Hidalgo de la Vega, M.J., Sayas Abengochea, J.J. y Roldán Hervas, J.M (1998) *Historia de la Grecia Antigua*, Salamanca, España: Ediciones Universidad de Salamanca, p. 249.

⁹ La justicia entendida según la virtud, es decir, la idea del bien o como el principio de buen orden para las sociedades. (Azcárate: 1872, p. 7)

¹⁰ Aunque, da algunas luces al hacer referencia al criterio de la igualdad y la identificación de la ley humana con lo justo.

El elemento de la recta razón o *logos*, es visto como razón-destino y como fin-virtud inherente a todas las cosas; se concibe al universo como una sola sustancia. Para los estoicos Dios y la naturaleza eran una y la misma cosa. El estoicismo restauró así la unidad entre *phýsis* y *nómos*, donde la naturaleza es sinónimo de ley justa universalmente, de tal forma que lo que no es natural-racional o justo, no es legal.¹¹ (Xirau: 2000, p. 103; Ruíz Miguel: 2009, p. 47-48)

Aunado al elemento de la '*recta ratio*', los estoicos definen lo natural mediante elementos fácticos, especialmente destacando la idea de que existen costumbres comunes a los distintos pueblos, generando una nueva y otra vez ambigua síntesis de lo racional y lo empírico que une la ética de la conciencia y la ética de lo instintivo: la voz de la naturaleza racional en la 'conciencia de todos los hombres - *consensus ómnium gentium*-', a lo que el romano Marco Tulio Cicerón (106-43 a.C) llamó 'la voz de mi pecho'. (Ruíz Miguel: 2009, p. 48-49)

En la escuela estoica se adoptan dos elementos: lo justo vinculado a lo universal – naturaleza o cosmos- y lo justo vinculado a la conciencia de todos los hombres. Una de las mayores contribuciones de esta corriente de pensamiento filosófica- jurídica es, por un lado, la noción de la 'universalidad de la ley natural' como inmutabilidad en el tiempo y en el espacio y, por el otro, el carácter de 'superioridad de ésta', que otorga carácter jurídico a las leyes naturales. (Ruíz Miguel: 2009, p. 50)

Se puede concluir que para el estoicismo, la justicia, está siempre basada en la razón pura y será, puesto que el mundo es racional, una moral de la aceptación. Uno de los aspectos más importantes en esta rama de pensamiento radica en la 'superioridad del derecho natural', que implica la supremacía de los valores sobre las leyes emanadas del ser humano, de tal forma que cualquier actuación apegada al derecho natural era considerada legal. (Xirau: 2000, p. 105)

La corriente de pensamiento estoica influye a su vez fuertemente en el cristianismo, que se diferencia del primero por una marcada teologización del pensamiento, la aparición del voluntarismo¹² y un pesimismo antropomórfico (naturaleza caída del ser humano). La ideología cristiana da la entrada a un nuevo factor, el carácter de la divinidad. (Fernández-Galiano: 1990, p.147) Las ideas derivadas del cristianismo defendían una visión inescrutable de la voluntad divina como idéntica a la justicia, que más adelante sirve a la doctrina del origen divino del poder monárquico instaurado en la Edad Media. (Ruíz Miguel: 2009, p. 53-56)

Saulo de Tarso (6-67 d.C.), destacado exponente del cristianismo, estableció que la ley natural es un reflejo de la ley eterna y está escrita en el corazón de los hombres. Distingue entre la ley natural y la positiva, diciendo que la primera no está escrita en tablas de piedra como las de Moisés, sino que radica en la misma naturaleza racional del hombre, mostrando a

¹¹ Esta noción influirá después para la construcción de la Teoría de Guerra Justa (desarrollada con profundidad en el Capítulo III), pues tanto Agustín de Hipona, como Francisco Suárez y Tomás de Aquino citan a estos pensadores como base inicial del desarrollo de esta teoría. Posteriormente, la teoría servirá como fundamento para las intervenciones actuales desarrolladas en nombre de la 'humanidad'. Al respecto, se puede mencionar a Michael Walzer como uno de los máximos exponentes contemporáneos.

¹² Para el estoicismo esta noción no era posible, pues en un mundo que es a la vez razón y Dios, no hay lugar para el azar ni existe, por lo menos en el sentido de libre elección, libertad de escoger. (Xirau: 2000, p. 104)

su inteligencia lo que es justo, e inclinando su corazón hacia el bien. (González Díaz Lombardo: 2004, p. 141)

En esta breve exposición de la Época Antigua del *iusnaturalismo* griego y cristiano se ha intentado demostrar que el surgimiento de esta teoría responde a un proceso de construcción, influenciada por una fuerte comunidad epistémica¹³ que incide tanto en la vida política de Grecia y como en la construcción de su estructura normativa, que en última instancia es un reflejo del consenso de los valores y prácticas que la sociedad de la época considera como ‘justos’. De forma general, aunque con excepciones, esos valores considerados justos primaban sobre cualquier disposición humana.

Con relación al debate sobre el contenido de la justicia, cabe destacar que, al igual que los pensadores previamente analizados, los estoicos no otorgan un contenido concreto sobre aquello que consideran justo, pues nuevamente remiten la justicia al reflejo de la ley natural en la ley humana, pero que no está concretamente definida. Este elemento varía un poco con el cristianismo, que utiliza las enseñanzas de Jesús de Nazareth y Saulo de Tarso para regir conductas individuales justas más específicas. La regulación de la conducta justa entre las diferentes civilizaciones o naciones posee su origen en las diversas ciudades romanas, estudio del siguiente apartado.

1.1.2 *La visión romana del derecho natural y su relación confusa con el ius gentium*

La noción de la justicia para las relaciones entre naciones surge con la idea del *ius gentium*,¹⁴ legado del derecho romano. Se debe destacar que en Grecia, aunque la sociedad se regía por determinadas normas, es específicamente en Roma donde por primera vez se adopta al derecho como objeto fundamental de estudio. (Ruíz Miguel: 2009, p. 57) La contribución griega sobre la concepción del derecho natural (lo justo) como cuerpo de reglas de relevancia universal y superior fue retomada por los romanos¹⁵, tanto que algunos de sus filósofos incorporaron la idea de universalidad de la ley natural en sus propias teorías legales, generalmente como justificación del *ius gentium*, que consideraba que consagraría los principios racionales comunes a todas las naciones civilizadas. Aquí se observa una clara influencia del estoicismo. (Shaw: 1997, p.15)

¹³ Según la definición de Peter Haas, (1992) en su obra *Epistemic communities and international policy coordination* expone: “Una comunidad epistémica es una red de profesionales con reconocida experiencia y competencia en un campo determinado y un reconocido conocimiento de temas relevantes para la elaboración política en ese terreno o área temática” (Salomón: 2002, p. 43)

¹⁴ “Un segundo legado del derecho romano, que alude a un tema con una compleja historia de interés de la nuestra, está relacionado con el derecho internacional (...) el *ius gentium*, que como la mayoría de las aportaciones romanas al derecho, fue un producto concreto y pausado derivado de las necesidades prácticas(...) El *ius gentium* fue, sencillamente, un conjunto de reglas recogidas en su edicto por el *pretor peregrino*,... una magistratura que se crea a mediados del siglo III a.C. (en el 242, exactamente) para atender el tráfico mercantil de una Roma con un millón de habitantes, muchos de ellos extranjeros. Entonces aparece el *ius gentium* como una especie de derecho de hospitalidad, que reunía las reglas que regulaban los actos jurídicos, comerciales y familiares de los extranjeros que habitaban el territorio romano tanto en sus relaciones entre sí como con los ciudadanos romanos.” (Ruiz Miguel: 2009, p. 67-68)

¹⁵ Según Shaw (1997) estas reglas eran racionales y lógicas y dado que las ideas y preceptos de la ‘ley natural’ estaban incrustadas en la inteligencia humana, por consecuencia tales reglas no podían estar restringidas a ninguna nación o grupo, sino tenían una relevancia en el mundo entero (Traducción propia) (p. 15)

La recepción romana del estoicismo tuvo razones históricas e idiosincráticas. Los romanos se caracterizaban por su practicidad que los hacía poco aptos para la especulación filosófica, y dado que el estoicismo ofrecía soluciones prácticas para la vida del hombre, ese pensamiento tuvo gran recepción. (Fernández-Galiano: 1990, p. 131-132)

Los romanos, al considerar que con la universalidad de la ley natural se incorporarían principios racionales comunes, estaban aceptando de alguna forma la incidencia o influencia de los valores consensuados por las naciones en la construcción normativa de la época. El *ius gentium* ilustra lo anterior ya que fue articulado en torno a tres principios racionales: el consensualismo, la buena fe o *pacta sunt servanda* y la reciprocidad; y además, por las costumbres comunes a los pueblos no romanos¹⁶, esto como aplicación del principio de universalidad del derecho natural¹⁷. Con ello surge la necesidad de estudiar la relación entre el *ius gentium* y el *iusnaturalismo*. (Ruiz Miguel: 2009, p. 68)

La ley natural estaba destinada a tener una existencia por encima del *ius gentium*, lo cual trajo mucha confusión sobre la relación exacta entre estas dos ideas. En razón de esta confusión, diferentes juristas romanos llegaron a diversas conclusiones sobre la identidad y características de este derecho subyacente. (Shaw: 1997, p. 15-16)¹⁸. Por ejemplo, para el jurista Ulpiano¹⁹ el *ius gentium* vendría a ser un *ius naturae* restringido para la especie humana. (Fernández-Galiano: 1990. P.134) Pero, otros autores romanos consideraron que la relación entre el *ius naturale* y el *ius gentium* no era tan estrecha, pues ambos pueden diferenciarse respectivamente ya sea como derecho teórico o filosófico o como derecho práctico o jurídico²⁰. (Ruiz Miguel: 2009, p. 68-69)

No obstante, independientemente de la relación confusa entre el derecho natural y el *ius gentium*, lo importante de destacar de esta época es que las teorías de la universalidad de la ley y los orígenes racionales de las normas legales fueron encontradas en una razón superior (Shaw: 1997, p. 16), la cual se identificaba con la noción de justicia de la época, incidiendo en la construcción y evolución de las normas de Roma. En este momento, nuevamente se observa la superioridad del derecho natural, sin una concreción en su ámbito sustantivo. (Ver tabla 1.1) Es decir, continuaba presente la indeterminación de ‘lo justo’.

¹⁶ En esta parte los romanos retoman como principio de derecho natural el segundo elemento constitutivo de idea de justicia en la ley natural según los estoicos, el *consensus omnium gentium*.

¹⁷ Paradójicamente, así fue como la esclavitud llegó a ser considerada como una institución de *ius gentium*. Sin embargo, sobre ello se pronunció el jurisconsulto Florentino: “La esclavitud es una institución del *ius gentium*, por la cual, contra la naturaleza, un hombre es sometido al dominio de otro”. (González Díaz Lombardo: 2004, p. 131)

¹⁸ Por ejemplo, para Gayo (120-178 d.C.) existía una relación estrecha entre la ley natural y el *ius gentium*, quien concebía al primero como ‘el que la razón natural establece para todos los hombres’ y al segundo como ‘el que cada pueblo establece para sí mismo’.

¹⁹ Para Ulpiano, el derecho de gentes es el que es usado por los pueblos humanos. El cual se puede comprender fácilmente que se diferencia del natural, ya que este es común a todos los animales, y aquél sólo a los hombres entre sí’. (Ruiz Miguel: 2009, p. 68)

²⁰ Aquí podemos encontrar los albores de la separación entre el derecho positivo y el derecho natural, aunque no es algo que para esa época se perfiló de forma precisa.

Por su parte, el importante Marco Tulio Cicerón (106-43 a.C.), influenciado por los estoicos, enseñó que la razón común proviene de Dios. Entonces el verdadero derecho es la recta razón conforme a la naturaleza, que es de aplicación universal, inmutable y eterna. Para Cicerón además, este derecho no solo será aplicable en Roma y Atenas, sino en todos los pueblos y naciones y en todas épocas (universalidad). Este filósofo romano indica que una ley para que sea justa deberá estar de acuerdo con los postulados morales fundamentales del derecho natural y, en consecuencia, no lo será porque haya sido formulada por el Estado, pues de lo contrario las leyes arbitrarias serían ‘justas’ (superioridad). (González Díaz Lombardo: 2004, p. 128)

Con relación al contenido de lo justo, Cicerón lo vincula a la igualdad de los hombres en una esencial dignidad, por cuanto todos poseen razón y un conocimiento general de lo honesto y deshonesto, de lo justo y de lo injusto. Así, en su concepción del derecho natural los romanos no olvidaron el concepto estoico de que los hombres eran esencialmente iguales y las discriminaciones por razón de sexo, clase, raza o nacionalidad eran injustas y contrarias al derecho positivo. (González Díaz Lombardo: 2004, p. 128- 130)

En Cicerón se encuentra, pues, una clara vinculación entre la moral y la construcción normativa, una fuerte incidencia de los valores morales para la constitución de las normas jurídicas y además se retoma, como parte de esos valores, la consagración de la igualdad de los hombres con base en su dignidad, lo cual se configura en un antecedente de las teorías de los derechos humanos, frecuentemente alegadas en la actualidad como legitimación material de la norma internacional. Es así entonces, como se presenta nuevamente la vinculación de justicia (recta razón) con derecho y, por primera vez, la alusión a que el contenido de lo justo está relacionado con la dignidad esencial del hombre. Sin embargo, esta alusión a lo justo aún se puede considerar que posee un contenido indeterminado, al ser muy general.

Tomando en cuenta todo lo anterior, es posible afirmar que en el aporte de Roma se destaca la universalidad y superioridad del derecho natural, cuyo contenido incluye elementos de igualdad vinculada a la esencial dignidad del ser humano, lo cual incide hasta hoy en la fundamentación axiológica de la norma internacional: la justicia vinculada a la dignidad esencial del ser humano, tal como se observará en el capítulo III.

En la tabla incorporada *infra* (Tabla 1), se puede observar de forma comparativa, la evolución de la noción de derecho natural según las corrientes filosóficas de cada período. Se rescatan los siguientes elementos comunes: a) la justicia estará vinculada a la concepción que de derecho natural se tenga, b) la universalidad y superioridad del derecho natural juega un papel trascendental en su relación con las normas positivas, c) el ámbito sustantivo del derecho natural no es algo finalizado o concreto. Otro aspecto fundamental radica en la aparición de la dignidad humana como parte de lo natural, y como tal, superior, universal y justo. En esta época se puede observar el surgimiento de las argumentaciones humanitaristas que actúan como legitimación de oposición a las leyes que se perfilan en contra de lo natural, elemento que se filtra en la noción de *ius gentium*.

| ÉPOCA ANTIGUA | | |
|--|---|---|
| | CLASES | CARACTERÍSTICAS |
| Iusnaturalismo Antigo | <i>Iusnaturalismo Cómico</i> (Heráclito, Platón, Sócrates) | - Indistinción entre naturaleza y norma. - Aparición del <i>logos</i> (razón). - Concepción objetivista de justicia. |
| | <i>Iusnaturalismo sofista</i> | -Diferencia marcada entre naturaleza y norma. -La justicia se concibe como la naturaleza. -La naturaleza implica la identidad natural humana. |
| | <i>Modelo Iusnaturalista Aristotélico</i> (Aristóteles) | -Justicia: según la igualdad o la ley. -La justicia según la igualdad puede ser correctiva o distributiva. -La justicia según la ley puede ser humana o natural. -La justicia natural es objetiva, variable y aplicable de forma universal. |
| | <i>Estoicismo</i> (Zénon de Citio) | -La justicia está compuesta de dos elementos: 1. Recta razón o <i>logos</i> 2. <i>Consensus omnium gentium</i> . - Alegan la igualdad de los seres humanos. |
| | <i>Cristianismo</i> (Saulo de Tarso ó San Pablo) | -Teologización del pensamiento (separación entre razón y fe) -Aparición del voluntarismo -Pesimismo antropomórfico. -Igualdad entre los seres humanos. -Inescrutable voluntad divina. |
| Concepciones del Derecho Romano | <i>Iusnaturalismo según Roma</i> (Gayo, Ulpiano, Cicerón) | -Derecho natural de carácter universal. - Surgimiento del <i>ius gentium</i> . -Origen racional de las normas legales -Ley justa: la que está acorde al derecho natural. -El verdadero derecho es la recta razón. -Justicia: igualdad en razón de la dignidad esencial |

Tabla 1.1. *Iusnaturalismo de la Época Antigua.*

Fuente: Elaboración propia.

Sobre estas características comunes se construirá la noción del derecho natural teológico que primó durante la Edad Media, destacando primordialmente el objetivismo, la universalidad y superioridad, tal como se podrá apreciar a continuación.

1.2 La justicia desde el *iusnaturalismo* teológico de la Edad Media y su influencia en la norma internacional

Durante la Edad Media (del siglo V al XV a.C.), se produce una mezcla de pensamientos y culturas²¹ dio lugar a un nuevo contexto e ideas sociales, jurídicas y políticas, por ejemplo: el predominio del derecho consuetudinario sobre el legal, el pluralismo político²², la idea del imperio que responde al modelo de Europa como *universitas christiana*, la iglesia como factor importante de continuidad entre el mundo clásico y medieval, el papado. (Xirau: 2000, p. 119-120; Ruíz Miguel: 2009, p.75-84)

²¹ Ocasionada por la ocupación germánica del imperio romano. Esta mezcla de la época altomedieval se caracteriza por la dispersión de normas jurídicas, variables según las localidades, las personas o nación, dispersión de religión y estatus. (Ruiz Miguel: 2009, p. 76-77)

²² En el que se unen las figuras del rey, los nobles y los jercas eclesiásticos enmarcados en el sistema feudal.

Dado el vasto número de aspectos determinantes para la ciencia del derecho que pueden derivarse de esta época y cuyo desarrollo completo sería demasiado pretensioso de efectuar, únicamente se resaltarán aquellos aportes vinculados con la noción de justicia y la relación entre ésta y la norma jurídica. En este sentido, se abordarán a continuación los elementos esenciales del *iusnaturalismo* medieval, para ello se desarrollará en primera instancia la concepción de la justicia según Agustín de Hipona y Tomás de Aquino como pensadores principales de esta corriente de pensamiento, en segundo lugar la evolución del *ius gentium* como antecedente de las normas internacionales y, en tercer lugar, la universalidad y superioridad del derecho natural.

1.2.1 *La justicia Medieval: una concepción finalista del derecho.*

El *iusnaturalismo* de la época medieval, debido a la influencia pronunciada del cristianismo como pensamiento dominante de la sociedad, se identifica más como un *iusnaturalismo* teológico (Rovetta Klyver: 2008, p.53). Sus principales representantes son Agustín de Hipona (354-430), padre y doctor de la iglesia católica y Tomás de Aquino (1225-1274) un filósofo católico, de la Edad Media, quien desarrolla con mayor precisión el modelo *iusnaturalismo* medieval. Las ideas de ambos estaban influenciadas por los aportes de Aristóteles y los estoicos. (Fernández-Galiano: 1990, p. 137-144)

El aporte del obispo de Hipona es tendiente a la armonización entre las filosofías estoica y platónica con la teoría fundamental del cristianismo y así como Saulo de Tarso y Tomás de Aquino, hace la distinción entre ley eterna y ley natural²³. Así pues, el derecho positivo encuentra su base en el derecho natural, que es a su vez un aspecto de la ley eterna. San Agustín reconoce también el carácter cambiante del derecho positivo. (González Díaz Lombardo: 2004, p. 160-161) Respecto a la relación de la justicia con la norma positiva, en su obra *Del Libre Albedrío* señala que ‘una ley que no es justa no es realmente ley’, e identifica a la justicia como dar a cada quien lo suyo (superioridad).

Al igual que Cicerón, el obispo de Hipona establece una estrecha relación entre la construcción de la ley y los valores fundamentales de una sociedad, de donde deviene su justicia. Sin embargo, siempre se encuentra con la dificultad de delimitar precisamente qué es lo justo y cuáles son esos valores fundamentales, aunque, con Cicerón y los sofistas veíamos un primer esbozo –general- en el contenido de lo justo en el concepto de igualdad por la dignidad esencial.

Santo Tomás de Aquino, en su obra *Summa Theologiae* (1266-1273) promulga una concepción finalista del universo, que está dirigido por Dios. El establece la diferenciación entre ley eterna (que a su vez se divide en ley eterna en sentido estricto y ley natural)²⁴ y ley

²³ La ley eterna se refleja en la conciencia humana como la ley ética natural. La ley natural es así; la del hombre en cuanto tal, y, como la misma ley mosaica, está llamada a culminar y perfeccionarse en la *lex veritatis* de la revelación cristiana.

²⁴ La ley eterna era concebida como la finalidad última, el designo de Dios sobre el universo. Ésta a su vez se divide en ley eterna en sentido estricto que “versa sobre cosas que no pueden comportarse más que como lo hacen”, y ley natural que incorpora el elemento racional o libre albedrío.(Moreno Villa: 2003, p. 501, 503)

positiva²⁵ (que se divide en ley humana y ley divina). (Shaw: 1997, p. 19; Moreno Villa: 2003, p. 501, 503; Ruíz Miguel: 2009. p. 112-115)

Se puede observar cómo, por primera vez se presenta una diferenciación doctrinal pronunciada entre la denominada ley eterna (derecho natural) y ley positiva, la que, aunque no es muy clara, actúa como precedente al debate filosófico sobre la conexión o separación de la moral a la legalidad, sostenido gracias a la aparición de las teorías *iuspositivistas*²⁶.

Todo lo anterior favorece en la construcción del contenido de la noción de justicia²⁷ desde el *iusnaturalismo* medieval: Aquino, influenciado por la concepción de Aristóteles (justicia como virtud social y política) y de Ulpiano (justicia como dar a cada uno su derecho), determina que la justicia se identifica con el derecho '*ius sive iustum*' (el derecho es el protagonista de lo justo). (Betancourt: 2007, p.142; Rovetta Klyver: 2008, p.55) Este derecho con el que se entrelaza la justicia tiene dos aspectos que lo caracterizan: su alteridad (generada por la doble influencia 'aristotélica-ulpiana') y la noción de igualdad, de tal forma que el derecho se define como 'una cierta acción adecuada a otro según alguna forma de igualdad'²⁸. (Ruíz Miguel: 2009, p. 117 - 119) No obstante este contenido que se atribuye a la justicia, siempre se presenta de forma general e indeterminada, siendo en todo momento necesario interpretar otros conceptos no definidos como la noción de igualdad.

Entonces, para el *iusnaturalismo* teológico, los valores, y especialmente la justicia, se hallan vinculados a las normas humanas, es decir, a las normas positivas y a la igualdad (a su noción general), elementos que se vienen repitiendo en los diferentes momentos históricos analizados. Por lo tanto, en este momento de la historia, no es posible concebir una norma positiva sin la observancia de la noción de justicia – con todo lo que la determinación de su contenido implica-. La premisa anterior, derivada de esta época, influenciará innegablemente el orden jurídico que rige a las naciones hasta el día de hoy, entendiéndose, el derecho internacional.

²⁵ Por su parte, la ley positiva es una norma promulgada de forma expresa o propia, o en palabras de Aquino, es la "ordenación de la razón dirigida al bien común y promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad". La ley positiva también se clasifica en dos vertientes: la ley divina y la ley humana. (Ruíz Miguel: 2009. p.115-117)

²⁶ Las teorías positivistas son las que alegan la separación de los valores y la norma jurídica y limitan la noción de justicia a la norma jurídica positiva, de tal forma que lo justo es esa norma.

²⁷ No obstante, para comprender de manera adecuada la noción de justicia de Aquino, es menester realizar dos aclaraciones vinculadas al concepto de derecho y de la ley: a) La primera de ellas es que, la ley y el derecho en general no son la misma cosa. El derecho posee un significado más restringido que el de la ley, dentro de la cual puede ser incluido. b) La segunda, establece que la ley y el derecho natural tampoco son idénticos. Mientras que el derecho natural se restringe a la justicia, la ley natural es una ordenación racional de la conducta humana en todos sus ámbitos. (*Idem*, p.120)

²⁸ A partir de la definición anterior es posible efectuar una distinción entre el derecho natural y el derecho positivo, pues reconoce que el derecho existe bien por disposición natural (aludiendo a lo justo natural según Aristóteles) o bien por acuerdo entre particulares, por disposición del pueblo o del príncipe (aludiendo a lo justo legal o derecho positivo).

1.2.2 Evolución del *ius gentium* como antecedente del derecho internacional

Un segundo aspecto de mucha relevancia en la Edad Media es la evolución del concepto del *ius gentium*. La importancia de su mención, para los efectos de esta investigación, se debe a la influencia que esta idea posee en la construcción de normas internacionales.

Para Tomás de Aquino el concepto de *ius gentium* adquiere un carácter ambiguo en cuanto a su ubicación como parte del derecho natural o del derecho positivo. Independientemente de ello, su desarrollo tuvo mucha incidencia en algunas instituciones y doctrinas que son aplicables al mundo contemporáneo. Por ejemplo, el derecho mercantil internacional, y sobre todo a la teoría de la guerra justa (Ruíz Miguel: 2009, p.121-122).

El derecho de gentes –como también se le conoce-, ha evolucionado según el contexto histórico y las influencias de los pensadores de la época, así éste ha pasado de ser considerado de muchas formas:

- En primer lugar, como un derecho civil especial aplicable a los extranjeros,
- En segundo lugar, como el derecho usado por ‘casi’ todas las gentes e identificado con el derecho de guerra y paz –según el pensamiento de Isidoro de Sevilla (560-636)-
- En tercer lugar, como una especie de escalón intermedio entre los principios generales del derecho natural y la variedad de derechos civiles, y
- Finalmente, en el contexto del descubrimiento de América, como el derecho que regula las relaciones entre naciones o Estados –Grocio y Vitoria- (guerra y paz, ocupaciones, conquistas, libertad de los mares). (Viola: 2004, p. 167-169).

En la Edad Media se puede observar al *ius gentium* como una idea no completamente acabada, de naturaleza confusa pero con elementos importantes que son el antecedente del derecho internacional de la Edad Moderna. Estos elementos, al mezclarse con la noción de la superioridad y universalidad de la justicia, contribuyen tanto a la fundamentación axiológica de la norma internacional, así como al surgimiento de normas de *ius cogens*²⁹ que actualmente incluyen a los derechos humanos y la prohibición del uso de la fuerza como normas justas.³⁰ (Ver apartado 1.4.1).

1.2.3 La superioridad y universalidad de la justicia sobre la norma: la construcción ontológica del derecho

Finalmente, el tercer aspecto desarrollado en la Edad Media es la universalidad y superioridad del derecho natural. La universalidad que promueve el *iusnaturalismo* escolástico posee dos rasgos característicos, según Aquino, el minimalismo y legalismo en la moral. El primero implicaba que se debería recurrir al mínimo grado de especificación o precisión de los principios morales, pues ‘en la medida que avanza la concreción aumenta también la inseguridad. El segundo se refiere a que todo lo creado se encuentra sometido a la ley, entendida ésta como la razón que ordena todo; en este sentido, Aquino identifica al derecho

²⁹ Se refiere de la existencia de unos valores esenciales para la convivencia pacífica de la comunidad internacional, y es definido como aquellas normas de derecho internacional general que no admiten norma en contrario. (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados:1969)

³⁰ Sobre ello se profundizará en el capítulo III.

con la justicia (divina, natural y humana) (Haakonssen:1996, p.15). El legalismo en la moral, se caracteriza por considerar el ámbito ético y jurídico como dominado por la idea de ley³¹-fundamentada en la razón- en cuanto a prescripción general, de ahí su universalidad. (Ruíz Miguel: 2009, p. 132)

Otro de los mayores aportes de Aquino, relacionado a este carácter de universalidad del derecho natural, radica en la noción de los ‘derechos humanos’. Al respecto, “John Finnis ha defendido la tesis de que la construcción tomista sobre la justicia puede reformularse en una justificación moral de los derechos humanos más básicos” (Ruíz Miguel: 2009, p. 132), elemento clave en la construcción de la norma.

Respecto a la superioridad del derecho natural, el punto de partida es Agustín de Hipona – retomado posteriormente por Locke, Kelsen y Hart-. Su contribución está relacionada a la noción de la ley injusta: ‘la ley que sea injusta no es ley’. Esta concepción de superioridad del derecho natural se ha denominado *iusnaturalismo* ontológico (Tabla 3) por el que se define al derecho natural como el único y el verdadero derecho, ya que el derecho positivo no es tal si no coincide o se opone al primero. (En este momento, nuevamente se observa la vinculación entre el derecho y la justicia). La interpretación de la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo, según el profesor Ruíz Miguel, es una de las claves de la cuestión a propósito de la obligación de obedecer al derecho y a sus límites, esto es del problema de la licitud de la desobediencia o resistencia frente al derecho injusto (Ruíz Miguel: 2009, p.141), lo que estará también vinculado con la teoría de la guerra justa.³²

| EDAD MEDIA <i>Iusnaturalismo Medieval</i> | |
|--|---|
| Los patríacas (Agustín de Hipona) | <ul style="list-style-type: none"> -Distinción entre ley eterna y ley natural. -Estrecha relación entre ley justa y valores morales fundamentales. -La base del derecho positivo es el derecho natural. |
| <i>Iusnaturalismo</i> Teológico (Tomás de Aquino) | <ul style="list-style-type: none"> -Distinción entre ley eterna y ley natural. -Identificación de la justicia con el derecho. -Universalidad del derecho natural. -Superioridad del derecho natural. -<i>Ius gentium</i> como una especie de escalón intermedio entre los principios generales y autoevidentes del derecho natural y la variedad de derechos civiles de distintos pueblos. |

Tabla 1.2. *Iusnaturalismo medieval.*

Fuente: Elaboración propia.

En la tabla 1.2 relacionada supra, se puede contemplar cómo las nociones principales instauradas durante la Época Antigua se consolidan. Nuevamente se tienen presentes las ideas de universalidad y superioridad del derecho natural que toman mucho más valor en torno a su intención de limitación a las actuaciones humanas o leyes humanas que violenten esa noción

³¹ Dependiendo si las leyes tienen fundamento en la razón o en la voluntad, así será ubicado en la vertiente del intelectualismo jurídico o voluntarismo. Tanto Hipona como Aquino adoptaron una postura intelectualista, pues el fundamento de las leyes es la razón, aunque esta visión no es tan categórica dado que reconocen que la voluntad, aun sometida a la razón, es necesaria para que exista la ley. Esta tendencia intelectualista es lo que más adelante abona para separar el aspecto divino o teológico del *iusnaturalismo*, pasando a ser de tipo racionalista en la Edad Moderna. (Ruíz Miguel: 2009, p. 135-137)

³² Sobre ello se profundizará en el Capítulo III.

iusnaturalista. El *ius gentium* aquí ya aparece mayormente afirmado, aunque siempre con la mezcla de las normas aplicables a los pueblos y el derecho natural.

Con lo anterior, se irá formalizando al derecho natural como un conjunto de normas maximizadas, superiores (imperativas), universales y relacionadas, en cierta forma, con la dignidad humana. Todos estos elementos influirán en la construcción de la fundamentación axiológica de la norma internacional. El camino para la formalización del derecho natural concebido de esta manera, pasa por la influencia histórica, social y filosófica de la Edad Moderna.

1.3 La Edad Moderna: De la justicia divina a la racional

La Edad Moderna también tuvo su aporte en la evolución del debate y de las ideas con respecto a la justicia. En primer lugar, se desarrollarán los elementos distintivos entre el *iusnaturalismo* medieval y el moderno, que abonan al cambio de concepción de lo justo desde la razón y en segundo lugar, se establecerá la influencia del *iusnaturalismo* moderno para el surgimiento del derecho internacional público, todo con el fin de analizar los elementos que se retoman actualmente como parte de la fundamentación axiológica para la construcción de una la norma internacional positiva.

1.3.1 La rebelión contra la religión: el iusnaturalismo racionalista

La Edad Moderna se encuentra enmarcada en el nacimiento del Estado moderno y la Reforma protestante donde surge la corriente del *iusnaturalismo* racionalista. Los antecedentes que acompañan la creación de esta teoría se encuentran fuertemente marcados por la intolerancia y guerras religiosas³³. Como producto de lo anterior surgen ideas en torno a desligar a la iglesia y la religión de la vida política y jurídica de las naciones. La influencia de este contexto histórico incide en el surgimiento de la teoría racionalista que modifica la razón teológica y eclesial, por la razón secularizada e individual. (Haakonssen: 1996, p.24-26; Ruiz Miguel: 2009, p. 177-181)

El derecho natural surgido en la Edad Moderna posee rasgos diferenciadores con la Edad Media. Así, en el marco de la universalidad e inmutabilidad del derecho natural, el *iusnaturalismo* racionalista cambia la concepción de la razón, del propio derecho natural, así como la concepción sobre la naturaleza humana –ahora de aislamiento y antisociabilidad- y la del derecho y ley. (Pascucci de Ponte: 2003, p. 4; Ruíz Miguel: 2009, p. 183)

Con relación a la razón y el derecho natural, en el pensamiento moderno la recta razón – que en la Época Medieval se encontraba sometida al magisterio eclesial- se seculariza. Es en este contexto que Alberico Gentili (1552-1608), pensador italiano protestante perseguido por su conversión del catolicismo, expresa la frase ‘callad teólogos’ para referirse a la exclusión de los temas religiosos donde no es pertinente. (Haakonssen: 1996, p.35).

³³ Un ejemplo de ello es la masacre San Bartolomé, del 23 de agosto de 1572, así como la derogación del Edicto de Nantes que ocasionó el exilio de 250,000 protestantes de Francia y la Guerra de los Treinta Años. (Ruiz Miguel: 2009, p. 177-181)

En consecuencia, se abandona el principio que la *ratio* del derecho natural es ‘formal- final y teleológica’, y se adopta la visión de Descartes (1596-1650) cuando define a la razón como el instrumento apropiado para la intelección de la naturaleza física. (Ruíz Miguel: 2009, p. 183-187)

Otro aspecto a destacar en cuanto a la configuración del derecho natural y en contraposición al elemento minimalista de los *iusnaturalistas* medievales, es el *maximalismo ético* de los racionalistas, que fija la importancia de no efectuar una alusión general de los principios de derecho natural, sino más bien expone que dichos llamados deben consistir en detalladas regulaciones de todo un sistema normativo. Mientras más puntualizado el contenido de aquello entendido por ‘justo’ mayor universalidad para su aplicación (Ruíz Miguel: 2009, p. 187-189)

Este cambio de mentalidad se explica en el deseo de evitar la inseguridad para la aplicación de tales principios. Al contrario del Medioevo, donde la generalidad de los principios implicaba seguridad, en la modernidad, la inseguridad es ocasionada por la discrecionalidad interpretativa de éstos. Estos errores de interpretación son los que en muchas ocasiones generaron conflictos y acciones tiranas o arbitrarias en nombre de la ‘justicia’. Por ejemplo, las persecuciones religiosas acaecidas durante la Edad Media.

Por su parte, la noción propia de derecho natural también se modifica. En el *iusnaturalismo* moderno ya no se tiene la idea de que el derecho natural es la ley –objetivismo-, ahora surgen derechos naturales y subjetivos –contractualismo e individualismo-. Entonces, ley natural, no es que haya desaparecido, sino que ha dado un giro completo hasta llegar a acoger los derechos individuales³⁴. Ahora la justicia se vincula a la consecución de esos derechos individuales (Pessoa Bissieres: 1997, p. 92-94; Ruiz Miguel: 2009, p. 189-190). Aquí se concreta la visión sobre la dignidad esencial humana.

Con relación a la noción de la superioridad, en el *iusnaturalismo* ontológico medieval (ver Tabla 3 *infra*) el derecho natural era el único real y verdadero, y se negaba la existencia del derecho positivo³⁵ si no se supeditaba al derecho natural. Por el contrario, en el *iusnaturalismo* racionalista moderno, los valores son vistos desde la deontología; los derechos naturales son los referentes o el deber ser ideal del derecho positivo, en consecuencia, el derecho natural se convierte más en un referente ideal que en su contenido esencial. (Ruiz Miguel: 2009, p.191) Esta concepción deontológica del *iusnaturalismo* racionalista paradójicamente funge como antecedente de las ideas *iuspositivistas* contemporáneas que aseguran la separación entre la moral, los principios o los valores y el derecho.

³⁴ Esta visión es desarrollada por Kant y Locke, donde se destaca la libertad individual como esencia de la dignidad humana, y justifica la creación o construcción de la sociedad civil y del Estado en la finalidad de protección y resguardo de sus derechos individuales inalienables que los hombres poseen de forma inalienable, en el estado de naturaleza asocial y apolítico. (Pezoa Bissieres: 1997, p. 124)

³⁵ Sobre el derecho natural y positivo “Michel Villey defiende la esencial diferenciación entre ambos: Una concepción se hace en términos de justicia objetiva (*Dikaión*) y la otra como ley imperativa impuesta por un legislador. La primera es la concepción aristotélica, griega y romana y la segunda ve al derecho como al conjunto de leyes, entendidas como prescripciones imperativas que determinan conductas debidas o prohibidas” (Ruíz Miguel: 2009, p. 128)

Esta separación tiene como base la diferenciación construida por el *iusnaturalismo* racionalista entre el derecho natural y el derecho positivo, que se explica argumentando que en el estado de la naturaleza rigen los criterios morales de un derecho natural no garantizado coactivamente por un poder social común, mientras en el estado civil, el derecho positivo impone ciertas reglas que no siempre coinciden con las del derecho natural. Así el derecho positivo está formado por imposiciones que conllevan una sanción coercitiva establecida convencionalmente por una autoridad superior. Por ello, el carácter deontológico del *iusnaturalismo* moderno tiene que ver con la actitud hacia la legitimidad de los poderes existentes, encargados de la efectividad de la norma positiva. (Ruíz Miguel: 2009, p. 192)

De nuevo se observa como el contexto histórico incide para la edificación de nuevas ideas que configuran la vida política e influyen en la construcción de estructuras normativas que determinan las actuaciones de los Estados. Por ejemplo, ahora la ‘sociedad civil’ será la encargada de imponer la sanción ante el incumplimiento de una obligación legal. Esto luego se traslada al ámbito del derecho internacional y en la noción de la guerra.

Con lo anterior, es posible apreciar cómo los hechos históricos inciden en la transformación de la concepción de la relación entre la norma y la justicia, destacando uno de sus elementos fundamentales, el abandono del objetivismo teológico por el racionalismo, lo que a su vez incide en la generación de normas, tal como se observará a continuación.

1.3.2 La naturaleza del derecho internacional moderno, un problema heredado

Es menester destacar que esta corriente filosófica del *iusnaturalismo* racionalista, además de tener implicaciones importantes en la política de los Estados modernos, también tuvo una influencia determinante para la construcción del concepto de derecho internacional moderno³⁶, y la noción de lo justo desde ese derecho.

El aporte del *iusnaturalismo* racionalista a la idea del derecho internacional moderno es sustancial. El escritor naturalista pionero fue el neerlandés Hugo Grocio (1583-1645) quien es frecuentemente visto como el principal fundador del derecho internacional moderno. Sin embargo, desempeñaron un papel importante también otros pensadores naturalistas importantes como los españoles, Francisco Vitoria (1486-1546)³⁷ y Francisco Suárez (1548-1617)³⁸, así como Alberico Gentili³⁹ (1552-1608) y el positivista Zouche⁴⁰ (1590-1661),

³⁶ Lo que previamente se observaba como las reglas para los extranjeros (*ius gentium* romano) o la ley entre las naciones (desarrollado por Francisco de Vitoria-1486-1546 d.C. y Francisco Suárez -1548-1617 d.C.), ahora con el surgimiento del Estado nación se transforma en el derecho internacional público (esta es la última variante del derecho de gentes).

³⁷ Aunque la esencia de esta nueva aproximación al derecho internacional puede ser ubicada en los filósofos españoles. Francisco Vitoria (1486-1546), indicaba que “el derecho internacional se encontraba fundado en la ley natural universal y esto significaba que los no europeos deben ser incluidos dentro de este ámbito”. (Shaw: 1997, p. 20)

³⁸ Por su parte Francisco Suárez (1548-1617), observó que el carácter obligatorio del derecho internacional estaba basado en la ley natural, esto es, mientras su contenido derivara de las reglas de derecho natural. (Shaw: 1997, p. 20)

³⁹ Alberico Gentili (1552-1608) fue un protestante italiano que tuvo que mudarse a Inglaterra a causa de la persecución por haberse convertido del catolicismo. Su mayor aporte fue publicada en su obra *De iure Belli*, que

cuyas contribuciones fueron determinantes para la concepción moderna de derecho internacional. Todos ellos, aunque no acordaron en muchas ideas, coinciden en que los principios básicos de todo derecho (nacional o internacional) derivan, no de una decisión humana, sino de los principios de justicia que tienen una validez eterna y que pueden ser descubiertos por la razón pura.⁴¹ (Haakonssen: 1996, p. 15-24; Malanczuk: 1997, p. 15) Nuevamente se observa que la noción de justicia se encuentra vinculada a la razón pura.

Además, se recordará que mientras en la Edad Media el *ius gentium* había sido entendido como un derecho común a todas las naciones, ya en la Edad Moderna se ubica como un derecho que regula las conductas entre los Estados. Dicho de otra manera, el antecedente próximo al concepto de derecho internacional público es la noción del *ius gentium*. En consecuencia, dado que la naturaleza del *ius gentium* ocupaba un lugar intermedio no claramente definido entre el derecho natural y el civil o positivo, el derecho internacional público hereda tal problema, pero con mayor complejidad que en la Edad Media.

Esta citada naturaleza ambivalente jurídico-moral del derecho internacional se manifiesta claramente en una tensión constante entre el derecho natural y el positivo en el marco de la norma internacional, donde aquél aparece como ‘deber ser’ no necesariamente aplicado o aplicable como derecho positivo. Así, según la tensión existente entre derecho natural y positivo, el profesor Ruíz Miguel establece que el derecho internacional puede clasificarse de la siguiente forma (2009, p.248-258) (Ver Tabla 1.3):

a) El derecho internacional como derecho natural (+) y derivadamente positivo (-): *iusnaturalismo* ontológico de Francisco de Vitoria. Vitoria es uno de los primeros que realiza una aproximación del *ius gentium* cercana al derecho internacional. Vitoria modifica la definición de Gayo sobre el *ius gentium* así: ‘Se llama derecho de gentes al que la razón natural establece entre todos los pueblos’⁴². Otro aspecto de modernidad de Vitoria es la importancia que le otorga a los derechos subjetivos. (Ruíz Miguel : 2009, p. 249-252)

b) El derecho internacional como derecho positivo (+) y, en parte, natural (-): el eclecticismo de Gentili y Grocio. La vinculación estrecha entre derecho natural y derecho positivo, en el *iusnaturalismo* racionalista se quiebra. El derecho natural es

contiene una discusión comprensiva sobre el derecho de la guerra. Gentili, que luego se convirtió en profesor en *Oxford*, fue llamado el creador de la escuela secular de pensamiento en el derecho. (Shaw: 1997, p. 20)

⁴⁰ Richard Zouche (1590-1661), jurista inglés no muy conocido que pretendió separar el derecho de gentes de sus fundamentos morales para fijarse en reglas y prácticas efectivamente seguidas por los Estados, producto de la voluntad soberana de los Estados. (Ruíz Miguel: 2009, p. 258)

⁴¹ La noción del derecho internacional se comienza a gestar en los siglos XVI y XVII con los pensadores españoles ya previamente citados (Vitoria y Suárez) quienes influyen en la primera obra dedicada al problema central de las relaciones entre los Estados, *De iure belli ac pacis* (1625) de Hugo Grocio, el cual fue un extensivo trabajo que incluye una extensa exposición de las nociones de derecho internacional privado, pero que contiene elementos de derecho público en el que deja claro que ahora el derecho natural está fundado en la razón.. (*Ídem*, p. 247-248)

⁴² Cuando Vitoria se refiere a ‘pueblos’ es ambivalente pues aunque parece referirse indistintamente a los pueblos e individuos que viajaban a tierras lejanas y a los pueblos como Estados.

visto como derecho ideal pero no necesariamente eficaz⁴³, el segundo es visto como derecho eficaz pero no necesariamente moral. Grocio, elaboró una concepción de derecho internacional que apunta a la distinción moderna entre moral y derecho, mantuvo una posición híbrida de carácter mixto⁴⁴. (Ruíz Miguel: 2009, p. 252-255)

c) El derecho internacional como derecho natural (+,-) y no positivo: el moralismo de Puffendorf (1632-1694) Tomasio (1655-1728), Wolff (1679-1754). El *iusnaturalismo* moralista es el que considera al *ius gentium* como un conjunto de criterios morales, a lo que los Estados están obligados a pesar de no existir fuerza centralizada suficiente para hacerlos efectivos, por lo que el único recurso para hacer justicia es la guerra. Realiza la distinción entre derecho natural y positivo, de tal forma que reduce al derecho internacional a un conjunto de criterios morales.⁴⁵ (Shaw:1997, p.21-22; Ruíz Miguel: 2009, 255-258)

d) El derecho internacional como derecho positivo (+,-) y no natural: el positivismo de Zouche y van Bynkershoek. Esta postura se desarrolló durante los siglos XVII y XVIII, y anuncia una visión positivista del derecho internacional. Richard Zouche (1590-1661) y Cornelius van Bynkershoek (1637-1743) pretendieron separar el *ius gentium* de sus fundamentos morales para fijarse en las reglas y prácticas seguidas por los Estados, identificando al derecho internacional con la costumbre y los tratados. (Haakonssen: 1996, p.37-43; Shaw:1997, p.22; Ruíz Miguel : 2009, 258-259)

| EDAD MODERNA Derecho Internacional | Derecho Natural (+) | Derecho Positivo (+) |
|---|--|--|
| Derecho Natural (-) | <i>Moralismo</i> (Pufendorf, Tomasio y Wolff) | <i>Eclécticismo</i> (Gentili y Grocio) |
| Derecho Positivo (-) | <i>Iusnaturalismo Ontológico</i> (Francisco de Vitoria) | <i>Positivismo</i> (Zouche y van Bynkershoek) |

Tabla 1.3. *El derecho internacional según la tensión entre derecho natural y positivo.*
Fuente: Elaboración propia.

Sobre lo anterior (Tabla 1.3), se puede concluir lo siguiente: aunque no exista una respuesta absoluta sobre la naturaleza del derecho internacional (que a su vez repercute en la noción lo justo), una vinculación o separación extrema entre la norma y la moral trae consigo

⁴³ Se introduce el elemento de la eficacia del derecho (una norma aceptada y cumplida), diferente al elemento de la validez. Una norma válida puede ser ineficaz u objeto general de incumplimiento, y una norma ineficaz puede ser válida. Sin embargo, en el derecho natural ¿cómo se puede comprobar su eficacia? Sobre ello, el profesor Hervada (1987) establece que la solución es simple, se comprueba mediante el derecho positivo (p. 181-182).

⁴⁴ Aunque no siempre cumplió su propuesta de distinción, ya que en diversos temas, como el de la guerra, los aborda tanto desde el punto de vista del derecho natural como del derecho de gentes sin hacer diferenciación. (Ruíz Miguel: 2009, p.254)

⁴⁵ “De esta concepción tan extremista del *iusnaturalismo* donde expone la *civitas máxima* (entendida esta como una sociedad que la naturaleza instituye entre todas las naciones, que se entienden reunidas en una ciudad para su bienestar común, es decir el Estado de Estados), puede considerarse como un antecedente de la noción de “comunidad internacional”, sobre la que los juristas posteriores basarían esa parte o núcleo duro del derecho internacional al que todavía se le denomina *ius cogens*” (Ídem, 257-258)

explicaciones irreales y erróneas sobre la construcción de la norma internacional. Lo anterior implica en consecuencia, que sería incorrecto afirmar que el derecho internacional es la reproducción fiel de los principios de derecho natural, o por el contrario, que las normas jurídicas se encuentran en una burbuja ajena a toda influencia axiológica⁴⁶. Parece más adecuado establecer que el derecho internacional posee una concepción mixta que no puede dejar por fuera ni los valores ni la ley.

Con esta visión mixta entre el derecho natural y el derecho positivo se pasa a la siguiente etapa del derecho internacional, el que corresponde a la época contemporánea, en donde se podrá observar la concepción de la justicia de una manera más moderada, que no se inclina completamente a una u otra tendencia. Esta postura equilibrada y mixta también es un producto de la historia, tal como se expone a continuación.

1.4 La justicia desde el derecho internacional contemporáneo: el equilibrio entre el derecho y la norma

1.4.1 El derecho internacional contemporáneo y su relación con lo justo: una perspectiva desde el derecho natural

La visión mixta entre derecho natural y positivo influenciaron la construcción del derecho internacional contemporáneo. Así puede verse reflejado en los aportes del pensador racionalista, el suizo Emérico de Vattel (1714-1767) quien expresó esa doble apreciación. Vattel dio relieve al principio de igual soberanía de los Estados, a los que consideraba sometidos a un conjunto de reglas que aplican el derecho natural con una justicia fundada en la recta razón⁴⁷. (Malanczuk: 1997, p.17) A partir de esta época se considera que los Estados estaban sometidos a la justicia concebida como la recta razón, incorporando la noción de igualdad. Para este autor los Estados, además de estar sujetos a criterios extraídos del derecho natural (objetivistas), también se vinculan a reglas practicadas y convenidas (subjetivistas) por los Estados de su tiempo. Se trata, como ya se ha expuesto, de una posición mixta de principios y prácticas ya expuesta por Grocio. (Malanczuk: 1997, p.17)

Con relación a la parte objetivista del derecho natural, se hace imprescindible estudiar la incidencia de los valores en la norma internacional. Sobre ello el jurista Juan Antonio Carrillo Salcedo al abordar nuevamente la naturaleza del derecho internacional, estima que, ubicándose desde la teoría *iusnaturalista*, es esencial la referencia a ciertos criterios morales que están formados por ‘la conciencia jurídica común’ (*consensus omnium gentium*), cuyo origen data de los estoicos. Este consenso general sería el origen de las normas de *ius cogens*, de suma importancia en el derecho internacional actual por ser consideradas como límites para los Estados impuestos desde la justicia concebida según la razón y que no admiten oposición. (Ruíz Miguel: 2009, p. 259-262)

⁴⁶ O mejor expresado por el escritor argentino Martínez Pineda (2000) “el derecho sin prenda moral, es indignante sumisión al absurdo”. (p. 43)

⁴⁷ Este aporte permite que a posteriori se gesticione la igualdad soberana como principio básico y de su corolario directo, el principio de no intervención de los Estados. (Ruiz Miguel: 2009, p. 260)

Con ello, si el derecho internacional se positiva gracias a la incidencia de unos principios racionales *comunes* a las naciones (*ius gentium*- derecho positivo); el derecho internacional imperativo o *ius cogens* se conforma gracias al reconocimiento de unos valores *supremos* sin los que el ordenamiento jurídico internacional no podría sobrevivir. Del reconocimiento de esos valores supremos es que surge su carácter imperativo, por ejemplo, la exclusión de la agresión, los derechos humanos, la observancia del derecho internacional humanitario. (Ruíz Miguel: 2009, p. 261; Viola: 2004, p. 179-181) Así, se puede determinar que uno de los elementos que establecen la importancia de la relación entre el derecho internacional y el derecho natural, es el surgimiento de la noción del *ius cogens*⁴⁸. (Viola: 2004, p. 177- 178)

Entonces, aunque el derecho internacional tenga aspectos de derecho positivo, que también deben respetar por derivarse la voluntad de los Estados, éste también debe observar normas derivadas de preceptos de derecho natural: el *ius cogens* que tiene intrínseco un carácter moral en la medida en que no son mero producto de la voluntad de los Estados, sino formadas espontáneamente, al margen incluso de la costumbre internacional, son construidas gracias a la noción de aquello que es justo. Al defender esta postura se reafirma entonces la actual hibridación de principios morales y de pautas efectivamente practicadas en el derecho internacional (Ruíz Miguel: 2009, p. 261), lo cual no niega el problema de la tensión entre la posición positivista e *iusnaturalista* como se verá a continuación.

1.4.2 *El debate contemporáneo entre la moral y la norma: el iuspositivismo y la visión formal de lo justo*

Es pertinente mencionar que la visión *iusnaturalista* primó sin problemas hasta el inicio de la Edad Moderna; sin embargo, después del surgimiento de Estado-nación y la Ilustración, emanan las llamadas teorías *iuspositivistas*⁴⁹ que ponen en tela de juicio la relación entre los valores y la moral como fundamentación de la norma jurídica; por el contrario, establecen su desvinculación y autonomía de la norma sobre la moral.

Sobre este punto se debe resaltar que, en el derecho internacional contemporáneo, específicamente en la época del siglo XIX y XX, la teoría *iuspositivista* tuvo un gran eco. Entre sus máximos expositores se destacan los ingleses John Austin⁵⁰ (1790-1859) y Jeremy Bentham (1748-1832). Este último –a quién se le atribuye la utilización por primera vez del sintagma ‘derecho internacional’- formuló severos ataques sobre el alcance jurídico normativo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, así como objeciones a la

⁴⁸ Con relación a la positivación del *ius gentium*, el jurista Francesco Vielo expone: “... los principios del derecho de gentes serían en última instancia una aplicación de la ley natural a situaciones particulares de la vida en común... son fruto de una elaboración articulada de la razón humana y no de un conocimiento inmediato o evidente... No sólo los dictámenes de una voluntad soberana, ni sólo las prácticas sociales, sino también el ejercicio del raciocinio en la formulación de las reglas más convenientes y en la construcción de las instituciones más justas pertenece al proceso de positivación del derecho...” (Vielo: 2004, p. 173)

⁴⁹ El término *iuspositivismo* es empleado para designar al derecho instaurado por voluntad del legislador, así, el derecho del legislador aparecía como puesto (*positum*), a diferencia del derecho dado proveniente de otras fuentes. (Aparicio: 2002, p. 23)

⁵⁰ Típico de esta época fue el pronunciamiento de Austin: “La existencia del derecho es una cosa, sus méritos o deméritos son otra. Si una norma es, se trata de una cuestión; si ella debiera ser o si se adecua a ciertos patrones dados o supuestos, se refiere a otra distinta.” (Orozco Henríquez: 1987, p. 24)

pretensión de la existencia de derechos naturales ajenos al derecho positivo, lo que contribuyó al lento retroceso del *iusnaturalismo*. (Orozco Henríquez: 1987, p. 24)

Específicamente, Jeremy Bentham afirmaba que ni siquiera las costumbres que constituían el llamado ‘derecho de gentes’ podrían ser llamadas derecho en *stricto sensu*, de no ser por una extensión del significado de ese término y por metáfora⁵¹. (Knüfer: 2014, párr.10-12) Bajo esta perspectiva, considerando la debilidad que existe fuera de la norma, Bentham propuso la codificación completa del derecho internacional y bajo su influencia se inició una ardua labor en ese sentido. El proceso de positivación de la norma internacional tuvo su origen en el Congreso de Viena de 1814-1815, donde se aprobaron disposiciones relativas al régimen de los ríos internacionales, la abolición de la trata de esclavos, el derecho de la guerra terrestre y marítima y el rango de los representantes diplomáticos. (Herdegen: 2005, p. 19; Vargas Carreño: 2005, p.8; CINU: 2007, párr. 5; Naciones Unidas: 2010, p.1-3)

El predominio doctrinal del positivismo jurídico se mantuvo durante el siglo XX, destacándose entre sus pensadores el austríaco Hans Kelsen (1881-1973), quien en su obra la *Teoría Pura del Derecho* dudaba del carácter científico del *iusnaturalismo* y promulgaba la separación entre el derecho y la moral (Orozco Henríquez: 1987, p. 24; Kelsen: 1991, p. 79). De tal forma que para Kelsen, la legitimidad o la justificación del derecho se reducía a la legalidad, es decir, una norma es legítima siempre y cuando cumpla con los criterios formales para su positivación, sin mirar propiamente a su contenido. En otras palabras, la justicia se reduce a la norma positiva. Según este autor, los valores se constituyen mediante normas y “quien cree poder encontrar normas en los hechos, o valores en la realidad, se engaña a sí mismo”, pues es por medio de la norma que los valores pueden ser deducidos. (Kelsen: 2008, p.187-188)

La postura de Kelsen perfila ser muy radical, y en consecuencia, de aplicación irreal, pues como se ha visto a lo largo de este apartado, la vinculación entre moral y derecho está fundamentada en la historia, lo que dificulta la posibilidad de separarlas en la práctica. La consecuencia de adoptar la postura expuesta implicaría únicamente ser capaz de efectuar un control formal de validez de las normas estatuidas y, por ende, tal visión incorpora un cierto conformismo frente al derecho objetivo.

En esta línea de pensamiento, aunque más moderada, encontramos al austríaco Alfred Verdross (1890-1980), jurista dedicado al estudio de la filosofía del derecho, que establece una postura de derecho natural restringida al tratar de conciliarlo con el derecho positivo, y aunque no descarta la conexión existente entre el derecho natural con algunos problemas jurídicos concretos, su exposición es positivista. No obstante, en su obra *Tratado de Derecho Internacional* hace renacer al derecho natural como fundamento del derecho, por lo que no puede calificarse como un autor estrictamente positivista sino que busca una conexión entre los valores y el derecho. (Kunz: 1962, p. 209-210, 223; Villar Borda: 2006, p. 226-228)

⁵¹ Para tener la función coercitiva del derecho, según Bentham, dichas costumbres necesitaban que surgiese la denominada conciencia de obligatoriedad u *opinio juris sive necessitatis*. (Knüfer : 2014, párr.10-12). En su obra *Principles of International Law* (1789), Bentham afirmó que un código internacional que se basase en una aplicación detallada de su principio del utilitarismo en las relaciones internacionales, proporcionaría infaliblemente un sistema para establecer una paz perpetua. (Naciones Unidas: 2010, p.1)

Otro positivista contemporáneo, que tiene una visión más matizada que Kelsen, es el italiano Luigi Ferrajoli (1940-?). Este autor hace una precisión en torno a la moral, quien la entiende como la conciencia privada de cada individuo, y, en consecuencia, pretende una desvinculación entre el derecho y la moral. De acuerdo a Ferrajoli, la incorporación de la moral –así entendida- en el derecho hace que éste último se tergiverse dando lugar a elementos emotivos o valorativos que no son propios para la rama del derecho. Sin embargo, a pesar de esta postura, este pensador italiano sostiene la tesis de que los valores pueden actuar de forma referencial o deontológica para la consolidación de normas jurídicas, claro, esto en ningún momento implica que una norma podrá ser inobservada por el cumplimiento de ese valor, sino sólo significa que el valor es un indicativo para la construcción histórico-normativa de una acción humana. En palabras del autor:

“[...] los juicios morales, aún sin tener el mismo valor de verdad que las tesis sobre determinados hechos empíricos, son susceptibles de una fundamentación objetiva en el sentido que «admiten una discusión racional, no exactamente igual a las de carácter científico y, sin embargo, racional» [...] Pero este denominado «objetivismo ético racional», (...) no se identifica para nada con el puro emotivismo sino que exige que las tesis éticas, incluso no siendo ni verdaderas ni objetivas, se sustenten en argumentaciones racionales basadas sobre lecciones de la historia y sobre la experiencia en torno a qué valores merecen ser perseguidos como fines y a la idoneidad para realizarlos de las acciones recomendadas o de las normas establecidas.” (Ferrajoli: 2011, p.339-340)

Sobre lo anterior, para el caso de esta investigación, se podría afirmar que la historia evidencia a la justicia como un valor que merece ser perseguido en la construcción de la norma internacional, pero el problema que persiste es la indeterminación del ámbito sustantivo de lo justo. En ese sentido, interpretando a Ferrajoli, la justicia sólo puede ser un valor orientativo para la norma, siempre y cuando a ésta –la justicia- no le sea otorgada un significado demasiado amplio que atente contra el pluralismo que caracteriza el mundo actual.

No obstante, es claro que la crítica interna y valorativa de un régimen político o del derecho positivo correlativo se efectuará a partir de ciertas pautas de legitimidad, definidas a partir de criterios ideológicos. (Vernengo: 1992, p. 268). Pero estos criterios ideológicos no se deben confundir con la conciencia privada, pues de lo contrario, el mismo derecho cuyo objeto es la certeza, pierde su razón de ser.

En un sentido más amplio que Ferrajoli se pronuncia el jurista alemán contemporáneo Jürgen Habermas (1929-?), expositor de la teoría del discurso racional⁵², quien no niega la relación entre la moral y derecho, al contrario, establece una interconexión necesaria entre los valores y la norma, y establece que cuando el derecho no posee un fundamento moral (‘cuando la validez jurídica pierde toda relación moral’), el derecho mismo desaparece (‘se torna difusa la identidad del derecho mismo’). (Vernengo: 1992, p. 275) Habermas, a pesar de que afirma una existencia necesaria entre la moral y el derecho, al igual que Ferrajoli sostiene la imposibilidad de que ésta tenga un carácter ontológico, en todo caso, los valores tendrán un

⁵² Su postura apunta hacia una concepción mixta entre el derecho natural y el derecho positivo.

carácter deontológico (fundamentador, orientativo y crítico⁵³) en razón de lo que él llama una ‘deficiencia intrínseca’ de la moral:

Pero resulta, a poco, que la moral a que Habermas alude [...] no dispone de procedimientos estrictos de fundamentación de las normas [...] pues «la racionalidad procedimental (del discurso moral) es imperfecta». Con lo que resulta que el derecho, que sólo podría identificarse, esto es, contar con entidad ontológica, a partir de su relación con la moral, no puede lograrlo por una deficiencia intrínseca de la moral misma”. (Vernengo: 1992, p. 275)

Reiterando lo anterior, también se pronuncia el italiano Norberto Bobbio, al referirse al problema de la validez y la justicia de la norma. Para Bobbio, la corriente del derecho natural tiende a reducir la validez de una norma jurídica a la justicia. Esta reducción posee un grave problema de formulación y es que le da a la justicia la condición de una verdad evidente o demostrable como una verdad matemática, tal afirmación, como se ha observado en la historia, no es cierta. En consecuencia, aceptar la postura *iusnaturalista* objetivista acarrea una grave consecuencia: la destrucción de uno de los valores fundamentales y básicos para el derecho positivo, el de la *certeza*. (Bobbio: 1998, p. 36-42)

A lo largo de este apartado, se ha intentado analizar la influencia de los valores (específicamente la noción de la justicia) en la construcción de la norma internacional en la historia, sin embargo, como se pudo observar durante el desarrollo de las diferentes épocas aquí planteadas, el estudio de dicha influencia trae aparejada la problemática de la relación entre moral y norma, así como el del contenido de la moral, los cuales no son dificultades acabadas. Lo que deja su huella, en la existencia de tensiones y debates actuales en torno a normas y excepciones de la norma de no intervención militar.

La relación entre derecho y moral se ha probado ser necesaria, y afirmar su inexistencia sería aceptar un reduccionismo en torno a la validez formal de la norma jurídica internacional. No obstante, esta relación se revela mixta porque, en ciertos casos se reporta de tipo ontológica, por ejemplo en el caso de las normas de *ius cogens*- aunque siempre requieren del consenso de la humanidad-, pero en la mayoría de situaciones la relación es más bien de tipo deontológica u orientativa de la norma jurídica internacional, es decir, actúa como una justificación de la positivación de una norma (teoría del discurso racional de Habermas), y esta influencia, aunado con el aspecto histórico-social, es constante para la codificación progresiva del derecho internacional contemporáneo.

Respecto al segundo debate sobre el contenido del valor, se observó que su carácter indeterminado es uno de los problemas mayores del *iusnaturalismo*, pues, según ello, cualquier acto podría ser considerado como justo, según el actor que invoque *su* justicia. Sobre lo anterior, el filósofo alemán Welzel afirma lo siguiente:

⁵³ Al respecto, se considera importante indicar que, tal como lo afirma Gómez Asturias (2013), aunque los valores poseen un sistema de concreción abstracto, no por ello se reducen a manifestaciones de buenos propósitos o declaraciones no vinculantes [...] Los valores pueden ser utilizados en diversos contextos para la interpretación de las normas. (Gómez Asturias: 2013, p.29) Lo anterior, es un fiel reflejo de las funciones de valores para el derecho: *fundamentadora* (núcleo básico del ordenamiento jurídico), *orientadora* (los valores son las metas o fines predeterminados que persigue el ordenamiento jurídico) y *crítica* (los valores se constituyen como un parámetro para la valoración de hechos o conductas). (Pérez Luño: 2005, p.294)

Toda apelación a lo conforme a la naturaleza y toda negación de lo “contrario a la naturaleza” va precedida de una decisión axiológica primaria no susceptible de prueba... Ya en los comienzos de la teoría *iusnaturalista* aparece con toda claridad la profunda problemática del derecho natural: la estructura proteica de la naturaleza humana toma en manos de cada pensador *iusnaturalista* la forma que él desea: todo lo que tiene por justo y deseable lo ha introducido ya de antemano, tácitamente en su concepto de naturaleza del hombre, antes de extraerlo, de nuevo, para justificar su noción de lo justo por naturaleza. (Welzel: 1971, p. 254)

En consecuencia, la salida a ello parece estar en estudiar desde una aproximación intersubjetiva⁵⁴, cuáles valores merecen ser puestos como referente deontológico en el derecho. Es en este sentido que los aportes de Ferrajoli y Habermas (con su teoría del discurso racional) parecen tan acertados en la actualidad y para el enfoque de esta investigación, pues sólo de esa forma se podrá llevar a cabo un análisis adecuado sobre aquellas actuaciones que son aparentemente legítimas desde el marco axiológico pero que desde el derecho se presentan como ilegales. Con ello se evita la tentación de instrumentalizar la legitimidad material de la norma a favor de los intereses de quien la alega.⁵⁵

Incluso, con las normas de *ius cogens* -que los propios Estados reconocen como valores supremos comunes derivados de derecho natural objetivo y de obligatorio cumplimiento-⁵⁶, es necesario hacer este tipo de aproximación, pues el contenido de esos valores supremos comunes, dependerá de la correlación que se efectúe de la práctica y los ideales de justicia de la época (enfoque intersubjetivo).

Finalmente, es importante destacar que la razón de analizar de forma histórica la relación entre moral y derecho, específicamente, la norma internacional tiene el propósito de ubicar al lector en las corrientes filosóficas adoptadas por las diferentes posturas doctrinarias que se inclinan a favor o en contra de las intervenciones militares por razones humanitarias. De forma general, los que se inclinan a favor incorporarán una fundamentación axiológica inclinada al *iusnaturalismo* objetivista o moralista. Sin embargo, tal como se ha expuesto en líneas anteriores, la postura que se ha acogido en esta investigación es una visión mixta, ya que la composición de una norma es de esa naturaleza.

Para continuar con el presente estudio, es importante identificar el dilema actual que se pretende analizar: por una parte, el reconocimiento de la norma de la prohibición de la intervención militar, como una norma de derecho internacional positiva y de obligatorio cumplimiento, que colisiona con la invocación de la justicia (como hecho y valor) planteada

⁵⁴ La perspectiva intersubjetiva concibe a los valores como categorías que, por expresar necesidades social e históricamente compartidas, permiten suscitar un consenso generalizado sobre su justificación (esta noción comparte el elemento de justicia alegado por los estoicos, el *consensus omnium gentium*). (Pérez Luño: 2005, p.178)

⁵⁵ Relacionado a lo anterior, el jurista Vernengo indica que incluso alegar la “inmoralidad” no es suficiente razón para su invalidez: “La relación entre la legalidad de un derecho objetivo y su legitimidad puede ser vista como una relación entre conjuntos: un orden jurídico y un sistema moral, o como una relación entre normas. Esta última orientación ha sido frecuente en el discurso político y en la especulación relativa a la desobediencia al derecho: es la inmoralidad, por decir así, de una norma jurídica condición suficiente para su invalidez jurídica. Pero la falta de validez de una norma jurídica, por ilegitimidad moral, no afecta, claro está, la validez de otras normas y la legalidad global del sistema jurídico”. (Vernengo: 1992, p. 270)

⁵⁶ Ver apartado 1.4.1.

como una excepción legítima a la norma. En tal sentido, en los siguientes capítulos se desarrollará, en primer lugar la construcción normativa de la prohibición de la intervención militar (analizándolo desde sus elementos constitutivos primordiales como lo es la soberanía, la emergencia del Estado y el monopolio de la violencia para el Estado), y en segundo lugar, la evolución de la teoría de la guerra justa, concebida en sus inicios como una limitación a la intervención militar entre las naciones y actualmente invocada como causal humanitaria-moral y no jurídica- para intervenir. Finalmente, se contrastarán y analizarán ambas posturas con el fin de comprobar que una alegación proveniente únicamente desde el ámbito de los valores, es insuficiente para consolidar una excepción a la norma generalmente construida y aceptada.

**CAPÍTULO II. UNA PROHIBICIÓN PROGRESIVA DE LA INTERVENCIÓN
MILITAR: SU CONSTRUCCIÓN SOCIO-HISTÓRICA COMO NORMA DE
DERECHO INTERNACIONAL**

“*Let us beat swords into plowshares*”⁵⁷

El proceso de consolidación de la no intervención militar⁵⁸ como una norma de derecho internacional general, no ha sido automático, sino más bien vinculado a las nociones de soberanía, surgimiento del Estado y justicia. El presente apartado pretende abordar esos elementos esenciales que incidieron en la formación histórica de la regla prohibitiva del uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

Adicionalmente, se intentará comprobar que la prohibición de la intervención militar tiene un fundamento axiológico suficiente –construido histórica y socialmente- para afirmarse como una de las reglas contemporáneas más importantes en el derecho internacional; lo cual implica que la modificación de su ámbito material es posible únicamente, por medio de la imposición –o creación- de otra norma de igual carácter. La demostración de tal afirmación es esencial en el marco del análisis de los argumentos morales –humanitarismo- que pretenden obtener el mismo carácter de la norma previamente citada, lo cual se desarrollará con mayor amplitud en los capítulos III y IV.

Por el momento se desglosarán cada uno de los elementos que incidieron en la prohibición progresiva de la intervención militar, desde la concepción de la soberanía hasta la instauración de la prohibición del uso de la fuerza como norma de *ius cogens*.

Es menester precisar que el concepto de soberanía aborda un fenómeno complejo que puede ser estudiado desde diversas perspectivas dependiendo del objetivo perseguido. Así se tiene que, según Stephen Krasner, la soberanía posee tres elementos fundamentales. El primero, la soberanía legal internacional, que hace referencia a las prácticas relacionadas con el reconocimiento mutuo. El segundo elemento, lo que convencionalmente se ha entendido como soberanía westfaliana o vetteliana, que implica la independencia jurídica de los Estados, como entes autónomos y no sujetos a ninguna autoridad externa. Y el tercer elemento, es la soberanía interna, que se refiere a la organización formal de la autoridad política dentro de un Estado y su efectividad, y a la capacidad de controlar actividades que se suscitan en las fronteras. (Krasner: 2009, p.15)

Por su parte, Jackson (2007), establece que la soberanía es un concepto fundacional de la política y el derecho que sólo puede ser adecuadamente entendido al estudiarlo desde su doble faceta es decir, como la suprema autoridad del Estado- en su fase interna, y como independencia de los Estados geográficamente separados- en su fase externa. (Jackson: 2007, p. X).

De las anteriores clasificaciones, se fijará la atención en la soberanía legal internacional y westfaliana –según la tipología empleada por Krasner-, o si se prefiere según Jackson-, la soberanía como capacidad normativa con efectos internacionales. Lo anterior no implica que

⁵⁷ Expresión que refleja el concepto por el que las armas o tecnologías empleadas para fines militares, son convertidas en aplicaciones civiles y pacíficas. Este texto se encuentra incorporado en una estatua colocada en la sede de las Naciones Unidas que posee el mismo nombre. La referencia original se ubica en el texto bíblico Isaías 2:4.

se descarte totalmente a la soberanía interna, que opera como un requisito *sine qua non* para la constitución de las perspectivas previamente mencionadas. Hecha tal precisión, se procede a estudiar históricamente la evolución del concepto, en relación con los demás factores como Estado, poder y uso de la fuerza

2.1 Los antecedentes de la soberanía y su vinculación con el uso de la fuerza: Entre el segmentarismo y el absolutismo

La soberanía –término acuñado hasta el siglo XVI- es uno de los elementos primordiales sobre los que descansa el orden jurídico internacional contemporáneo. Originariamente el término ‘soberanía’ denota la idea de una autoridad final y absoluta en una sociedad determinada, específicamente en un Estado. A pesar de esta definición teórica, la historia ha demostrado en realidad nunca ha sido del todo absoluta y en la actualidad, hay quienes afirman que esa noción original se ha ido debilitando en razón de la disminución progresiva de la capacidad estatal para ejercer un control efectivo en su territorio. La soberanía hoy se encuentra retada por elementos tales como la globalización, los derechos humanos y las expectativas compartidas universales, que representan una ruptura esencial con el pasado. (Krasner: 2001, p. 13)

La afirmación anterior es una manifestación del carácter evolutivo y cambiante que la soberanía siempre ha ostentado. Se trata de ‘un concepto que en determinadas circunstancias el hombre ha aplicado, una cualidad que ha atribuido o una reivindicación que ha contrapuesto al poder político que él o los demás ejercen’ (Hinsley: 1972, p.9). Esto significa que la soberanía es la forma en la que el hombre ha ideado el poder político, de acuerdo a su contexto histórico. El contenido esencial de la soberanía es la noción del poder, delineado según el pensamiento de la sociedad en la que se encuentre inmerso.

Tomando en cuenta lo anterior, para analizar el proceso de construcción de la soberanía – como autoridad final y última- y sus implicaciones en la consolidación de la no intervención militar, será menester explicar la compleja interrelación entre los conceptos de poder, Estado, sociedad y violencia.

A nivel doméstico, el concepto de soberanía se formuló cuando las circunstancias pusieron de relieve la interdependencia entre la sociedad y el fenómeno concreto de su gobierno. (Hinsley: 1972, p. 10; Thomson: 1994, p.14-18) En consecuencia, la aparición de las formas de Estado es una condición indispensable para la formulación de soberanía, esto es porque el Estado -según la definición weberiana- implica la existencia de un gobierno que ejerza el monopolio de la violencia pública y tenga control efectivo de la población sobre su territorio, lo que da la idea de que existe una autoridad política final y absoluta en la comunidad. ⁵⁹

⁵⁹Y es que, mientras en una sociedad pre-estatal esta idea no posee mucha importancia, cuando una sociedad se gobierna por medio del Estado, el concepto resulta, antes o después, inevitable. Antes de la creación del Estado como ente político de organización de la vida en comunidad, no existía una idea clara sobre la soberanía, pero una vez creado, parece imposible no vincularlo con dicho concepto (Pastor Ridruejo : 2011, p. 283), pues ‘la soberanía es una idea de autoridad incorporada en esas organizaciones con límites territoriales, denominadas como ‘Estados’ o ‘naciones’, la cual se expresa en sus varias relaciones y actividades, internas o externas.’ (Jackson: 2007, p. IX)

(Emmerich: 2007, p. 43; Martí Borbolla: 2007, p. 1; Pastor Ridruejo: 2011, p. 283) Sin embargo, el proceso de consolidación del Estado mismo no fue sencillo, debido, en parte, a la renuencia de la sociedad dividida a aceptar la noción de un poder político único y concentrado.

El sistema político de la sociedad pre-estatal se basaba en linajes segmentarios o instituciones tribales, fundamento de sus divisiones territoriales. El empleo de la violencia se evitaba, pero cuando se hacía presente, el segmento de la sociedad más débil se retiraba, sin que el vencedor tratase de imponer un dominio político sobre el otro; y por ende, no existía la noción de derrota. (Hinsley: 1972, p.14-15; Bouza Brey: 1996, p. 46) La facultad de usar la violencia derivaba de un orden donde la concebían como parte de la ley natural a la que todos tenían derecho y no se vinculaba con una autoridad o poder específico.

Mientras aparece la noción de una autoridad central, el poder se delega entre diversos jefes regionales, y se tiene la idea que debe gobernarse por consenso, lo cual mantiene el orden social. El uso de la fuerza poco a poco se relaciona con el manejo del poder en circunscripciones territoriales, haciendo la aparición la idea de la guerra por conquista y por resistencia a un ataque superior. (Hinsley: 1972, p. 15) No obstante, el empleo de la violencia aún no estaba aglomerado en una autoridad específica, aceptándose el empleo diseminado de ella. (Thomson: 1994, p. 3)

La transición del sistema de linaje o tribal al estatal implicó un choque que estimuló el desarrollo político de una sociedad cuyo poder pasó de ser segmentario hacia el establecimiento de una autoridad central a la que se le otorgó el nombre de Estado. Pero ello no se consolida sino hasta que la sociedad reconoce la necesidad de tener un control sobre ella. (Hinsley: 1972, p. 16, 24; Bouza Brey: 1996, p. 46). Entonces ¿en qué momento el contexto comienza a ser adecuado para el surgimiento de la soberanía?

Algunos rastrean el origen de la soberanía desde la Antigua Grecia, lo cual es impropio porque la soberanía como tal surge hasta el siglo XVI, sin embargo, aparecen ciertos elementos para su configuración en la época de las monarquías helénicas (siglo III a.C.), cuando el gobierno se organiza y se instaura el linaje como forma de sucesión real, con lo que se crea una minuciosa burocracia. Además, se comienza a ejercer la violencia por parte de la monarquía, para explotar a sus comunidades con un fuerte rigor. La fuerza militar se empleaba para controlar la economía, distribuir la tierra y recaudar impuestos. Sin embargo, aún no se había logrado una separación efectiva entre la comunidad y el gobierno. (Moreno García: 2007, p. 35-38)

En el siglo I a.C., en medio de las luchas entre las ciudades griegas y las monarquías, Roma fue la única que logró conquistar a las otras mil ciudades de Grecia clásica y de Italia. Este triunfo se debió en gran parte por haber movilizadado estas ciudades en contra de las monarquías invocando el republicanismo tradicional griego que imponía la liberación de la autocracia real. Estos eventos fueron la premisa para la consolidación del *imperium populi Romani* o el imperio del pueblo romano, otro elemento de autoridad que abonaría a la construcción de soberanía. (Ruíz Miguel: 2009, p. 50-51)

El *populus Romanus* era la autoridad en cuyo nombre los magistrados aplicaban la ley, entendida esta como la voluntad del pueblo; y el *imperium* era el poder para gobernar al

pueblo romano conferida a sus más altos representantes, tales como generales victoriosos, entre otros. Sin embargo, en este momento aún se daba el rechazo total de los jefes de comunidades vencidas, admitidos como parte de la sociedad romana, lo que además aumentaba el carácter segmentario de la sociedad, hecho que finalmente provoca el derrumbamiento del sistema republicano, por el levantamiento de las diferentes tribus dentro de la comunidad, y hay un retroceso en los elementos que ayudarán a la construcción del concepto. (Hinsley: 1972, p. 39-40)

El paso de la República al Principado fue un importante momento de transición; debido a la consolidación de formas estatales de gobierno, que convivían aún con las viejas instituciones tribales y rituales de la sociedad. Este hecho se manifiesta en la doble gobernación ejercida por los cónsules, el Senado y los magistrados republicanos, de un lado, y el emperador o *princeps civitatis*, del otro. Con ello, se observa nuevamente la aparición gradual de ciertos elementos que más tarde compondrán el concepto de soberanía. El poder se fue concentrando en el emperador en la medida que recibía el apoyo del pueblo y vencía la oposición de éste al reconocimiento de la superioridad personal y divina del imperio sobre las demás autoridades segmentarias. A la consolidación de este nuevo tipo de gobierno, contribuyó el establecimiento de una estructura territorial crecientemente unificada y la aglomeración en la persona del emperador de antiguos cargos de gobierno republicano. Pronto el *imperium populi Romani* pasó a ser el *imperium Romanum*. (Hinsley: 1972, p. 41-44)

En el ámbito jurídico, el emperador llegó a tener un poder tan completo, lo cual se puede constatar cuando Ulpiano (170-228) establece como doctrina jurídica el famoso '*princeps legibus solutus est*' –el príncipe está por encima de la ley- se convierte en prerrogativa del *imperium*. La legitimación se encontró en, tal como lo preconizó posteriormente Justiniano (483-565), el pueblo que le traspasa al emperador y le deposita en sus manos todo su poder y su derecho. (Ruíz Miguel: 2009, p. 69-70)

Sin embargo, esta primera concentración de poder no dura mucho. En el año 212, Caracalla, entonces emperador, decreta un Edicto por medio del cual todos los habitantes del imperio pasan a ser ciudadanos romanos. Este hecho fue el inicio del declive romano que conduciría a que Roma fuese una ciudad más en su propio Imperio, aumentando la fragmentación de la sociedad y por lo tanto, el rechazo hacia un poder central. (González: 2005, p. 9)

Desde el punto de vista externo, la relación del Imperio Romano con las demás naciones estaba influenciada por su noción de derecho natural. Roma se concebía como el gobernante universal y superior de todos, y como tal, tenía el derecho y el deber de ejercer su dominio en las demás comunidades, por lo tanto, el empleo de la fuerza era fundado en la idea de conquista (Bellamy: 2009, p. 48) En este sentido, jurídicamente, ni siquiera se asomaba la idea de soberanía o de prohibición normativa del uso de la fuerza.

Sobre lo anterior el politólogo francés, Bertrand Badie (1950- ?) confirma que en la época de los sistemas políticos imperiales sería casi imposible hacer una alusión a la idea de soberanía: 'el principio imperial evade y vapulea la idea de soberanía cuando aparentemente tiene a preciarse de ella (...) la pretensión universal de cualquier imperio es desdibujar la idea

misma de la soberanía, pues la hace inaplicable y casi imposible su traducción hipotética al ámbito internacional.’ (Badie: 2000, p. 11)

En el siglo III, debido a las fragmentaciones de la sociedad, la lucha por el poder se hace más intensa y proliferan guerras civiles así como la anarquía militar. Esta situación concreta en la división del Imperio en dos: Occidente y Oriente. (González: 2005, p. 9; Yoris-Villasana: 2006, p. 10; Ruiz Miguel: 2009, p. 71) De los dos Imperios, el único que sobrevive es el Imperio de Oriente (Bizantino), que perduró casi todo el periodo de la Edad Media. En éste se mantuvo la asociación entre imperio y poder absoluto, por la que el emperador era el dueño y señor de todo el mundo: un solo soberano, una sola ley universal; idea que trataban de imponer a las demás naciones.

En esa línea de ideas surgen pensadores legitimando tal pretensión, por ejemplo, el jurista romano Justiniano (483-565) realiza cuatro grandes obras que reúnen el denominado *Corpus Iuris Civilis* por el cual se otorgaba al emperador el poder único de hacer e interpretar las leyes. (Ruíz Miguel: 2009, p. 72-73) Con relación al uso de la violencia⁶⁰, en esta época era concebida como la forma del imperio para mantener su poder y evitar su declive⁶¹. (Hinsley: 1972, p. 140; Ruíz Miguel: 2009, p. 76)

Adicionalmente, el vacío de poder central que deja el Imperio Romano unificado es llenado por la ahora fuerte Iglesia Católica. En tal sentido, durante la Edad Media, el sistema político predominante es el de la *universitas christiana*⁶², otorgándole poder político a los jerarcas religiosos (ver Capítulo I, apartado 1.2), que conviven junto al sistema feudal y de monarquías. La lucha por el poder ocasiona la proliferación de guerras y evidencia la sociedad segmentaria europea. La soberanía estaba ajena a aparecer. (González: 2005, p. 12-21)

Fuera de Roma, en las sociedades islámicas y de Occidente, la caída del Imperio Romano en el siglo III se vive diferente. Se experimentó un mayor desorden político y una influencia fuerte de la religión que en Oriente; lo anterior ocasionó que su organización se basara en una estructura desarticulada, compuesta por comunidades políticas diferentes unidas por el vínculo común de la religión. La autoridad central inicial fue otorgada a la figura teórica del califato teocrático, que en la práctica fue reducido a un mero líder religioso o ritual gracias a la aparición de los imperios conquistadores en Persia. La función del califa, sucesor de Mahoma, se vio confinada a mantener las leyes recogidas en el Corán y en las palabras del profeta y a su respectiva expansión por medio de la guerra santa. Nuevamente se observa la idea del empleo de la fuerza basado en la conquista, en razón de una visión *iusnaturalista moralista* (ver Capítulo I, apartado 1.3.2) que otorgaba el poder último al califa como representante de Alá.

⁶⁰ Sin embargo, sería impropio afirmar que la razón de la perduración del Imperio de Oriente se debió únicamente al empleo de la fuerza. En realidad, aunque el gobierno imperial se debilitaba y dividía, seguía apoyándose en la burocracia heredada de Roma, es decir, en la visión de un gobierno unitario. (Hinsley: 1972, p. 47)

⁶¹ A pesar de lo anterior, en el año 1453 cae definitivamente el Imperio de Oriente con la conquista del Imperio Otomano.

⁶² Esta organización política comenzó con el Edicto de Milán en 313, a cargo de Constantino, y la conversión del Imperio al cristianismo. La evolución religiosa concluyó antes de terminar el siglo IV, con la Constitución promulgada en Tesalónica (380); ahí se ordenaba a todos los pueblos la devoción del cristianismo católico como única religión del Imperio. (González: 2005, p. 6-9)

La autoridad ritual del califa reñía con la posición de los emires y sultanes que eran los que efectivamente ostentaban el poder. (Hinsley: 1972, p. 48-19)

Se puede concluir entonces que la época medieval se caracterizó por la dispersión de normas jurídicas provocadas por la fragmentación de la sociedad⁶³. El pluralismo jurídico era una manifestación del pluralismo de la sociedad. El poder era, al igual que la sociedad, segmentario; por ejemplo, en la práctica política altomedieval coexistían los reyes, los nobles, los jerarcas eclesiásticos, los emperadores del que luego se convirtió en el Sacro Imperio Romano Germánico –cuya reclamación de poder era más una construcción ideal que una realidad política efectiva- y, los califas, sultanes y emires en las sociedades islámicas. (Ruíz Miguel: 2009, p.76-79)

Ante la diversidad de reglas y la dispersión del poder en la sociedad medieval, el derecho entre las naciones o *ius gentium* (ver apartado 1.2.2) apuesta por el minimalismo, fuertemente influenciado por el derecho natural. Su regulación es lo más laxa posible, remitiéndose a cuestiones básicas tales como aspectos formales de las treguas, el carácter sagrado de la inviolabilidad de los legados, entre otras. Merece la pena mencionar que para el siglo XIII se da un primer acercamiento a la soberanía desde el derecho internacional con la interrelación de las normas de los diversos reinos. Surge la idea que *ius gentium* no es únicamente el derecho natural universal (como un precepto moral) sino el derecho de los reinos que brindaban un marco jurídico maximizado sobre aspectos que surgen de las relaciones entre las naciones. (Hinsley: 1972, p.142-143)

Lo anterior era la manifestación de la apropiación de los reyes europeos del modelo del imperio, lo que implicaba una mayor concentración del poder y, por ende, su independencia del poder imperial. Esta corriente de pensamiento se extiende con la fórmula jurídica *rex superiorem non recognoscen in regno suo est imperator*, establecida por Inocencio III en su Decreto Per Venerabilem de 1202 (Tomás y Valiente: 1996, p. 131). De ahí proviene la raíz medieval de la idea de soberanía, cuyo origen parece estar en la derivación del francés *souverain* desde el citado *superiorem non recognoscens* por medio del vulgarismo latino *superanus*. (Ruíz Miguel: 2009, p. 104) Esta superioridad política del monarca genera una transformación en la concepción de la ley como fuente principal del derecho, inclusive sobre la costumbre. En razón de lo anterior que el derecho de cada reino tuviese algún tipo de reconocimiento. (González: 2005, p.56-57)

Estos eventos se traducen en un precedente importante porque es la primera vez que entre los reinos se reconocen mutuamente sus normas positivas. Es relevante porque este reconocimiento, tal como expresa el profesor Badie, evoca un aspecto esencial del principio de soberanía en la historia misma de las relaciones internacionales. (Badie: 2000, p. 16)

⁶³ Durante los primeros siglos de la Edad Media, el emperador, los reyes, los señores feudales ostentaban de modo diferenciado el poder político, económico o el jurídico, formando todos estos poderes parte de su patrimonio personal (*ius privatum*), como tal divisible por herencia. En este sentido, los títulos reales se terminaron por referir a sus territorios, de lo que derivó la importancia decisiva de las dinastías y las uniones matrimoniales como las formas básicas no bélicas en la configuración territorial de los reinos y en las relaciones internacionales. (Ruíz Miguel: 2009, p. 79-80)

Con relación al uso de la fuerza, resulta particularmente importante destacar el aporte de Isidoro de Sevilla (560-636) –mencionado en el capítulo I- por ser el primer antecedente de regulación jurídica internacional vinculado a la coerción y la noción de poder. El obispo de Sevilla, aunque no prohibía que una nación invadiese o conquistase a otra –pues el empleo de la violencia era disperso e incontrolable-, sí aceptaba la existencia de normas restrictivas sobre el comportamiento en la guerra –albores del *ius in bello*- que eran obligatorias para todas las naciones gracias a la concepción del *ius gentium* de este tiempo. (Hinsley: 1972, p. 142-144)

Con todo lo previamente indicado, es posible identificar un patrón en la relación entre soberanía y uso de la fuerza: su vínculo es directamente proporcional. Es decir, mientras más disperso sea el poder político y más segmentaria sea la sociedad –o menos noción de soberanía estatal exista-; el uso de la violencia a su vez será más disperso y segmentario. En consecuencia, tal como lo explicita el contexto histórico de la Edad Media, en este tiempo parece imposible controlar quién ejerce la violencia. La regla general será la aceptación del uso heterónomo de la fuerza y de la invasión entre naciones, prevaleciendo la ley del más fuerte. La formación de un reconocimiento mutuo e igualdad jurídica entre naciones aún no se encontraba consolidada.

El contexto histórico idóneo para el surgimiento formal de la soberanía se cumple por primera vez en Europa, en el siglo XVI, con el nacimiento del Estado moderno y la concepción de la sociedad política asociada a la comunidad territorial. El primer teorizador formal de la soberanía es sin duda el filósofo político francés Jean Bodin (1530-1596), quien influido por el pensamiento aristotélico –gracias al renacimiento medieval- y los grandes juristas medievales, asistió a las luchas religiosas con las que se abre la puerta a la modernidad⁶⁴. (Ruíz Miguel: 2009, p.170) Afectado por su entorno, no hizo más que responder a los cambios subyacentes de la situación política, y proporcionar descarga a las tensiones que hacía tiempo iban acumulándose (Hinsley: 1972, p.115, 155)

Su obra más importante, *Da República* o también conocida como *Los Seis Libros de la República* fue escrita en el contexto histórico de la lucha por el poder expresada en las Guerras de la Religión⁶⁵ que se suscitaron en Francia durante los años 1562 a 1598. (Sauvigny: 2009, p. 138) La mayor preocupación de Bodin, era encontrar una forma de finalizar la guerra y el caos, lo que era percibido por él como el resultado natural del complicado sistema feudal, que estaba rodeado de principados, alianzas, ciudades, uniones comerciales, todo formalmente unido bajo la Iglesia y el Emperador, pero ninguno de ellos con el poder suficiente para someter al otro en tiempos de crisis. (González: 2005, p. 56-57)

Ante este desorden, Bodin preconizaba que para que un gobierno sea fuerte, debe ser percibido como legítimo, y para ser legítimo debe seguir ciertas reglas de la ‘justicia y la razón’ catalogadas como ley divina. Para este autor, el poder de un soberano constituía en su

⁶⁴ Es importante destacar que aunque Bodin no inventó la soberanía, fue con certeza el primero que dio una seria consideración y conceptualización de forma sistemática.

⁶⁵ Las Guerras de Religión fueron una serie de enfrentamientos civiles que se desarrollaron en Francia a final del siglo XVI. Se contabilizan alrededor de ocho guerras distintas durante ese período, las que se caracterizaron por su violencia y que tenían como causa la pugna entre el naciente protestantismo y el catolicismo. Éstas fueron la antesala de lo que posteriormente se conoció en Europa como la Guerra de los Treinta Años (1618-1648), que también tenía un trasfondo religioso. (Sauvigny: 2009, p. 138)

habilidad de crear leyes y violentarlas según su voluntad. Esto significaba que el soberano no podía limitarse a sí mismo, ni siquiera por las normas, pues de otra forma ya no sería soberano. En este sentido, el poder es necesariamente ‘absoluto e indivisible’. El concepto de soberanía se reveló como el instrumento adecuado para la integración de los poderes feudales y eclesiales en una unidad superior, el Estado⁶⁶. (Bravo Gala: 1985, p. 53)

En su obra, el jurista francés refleja la consumación de la polarización de la comunidad política en dos términos que trascienden todos los grados de la escala feudal: el príncipe, de un lado, y del otro, el ciudadano, si bien unidos ambos por la obligación mutua que se establece entre ellos y en virtud de la cual se deben recíprocamente fe y obediencia, de una parte, y justicia y protección, de la otra. El soberano, es decir el príncipe, está excluido del deber de obediencia y, por tanto, su persona en términos de derecho, está obligada a dar cuenta de sus actos únicamente ante Dios. (Bravo Gala: 1985, p. 52-53)

Los principios de Bodin son muy interesantes como ideas que en su época cumplieron una función específica. El principio *princeps legibus solutes* -el príncipe es la ley viviente- y *plenitudo potestatis* -la plenitud del poder legal- fueron adoptados con la finalidad de atacar la idea de la tesis ascendente del poder⁶⁷ pues pregonaba la soberanía del príncipe⁶⁸, desligado de las leyes, aunque sujeto al derecho, natural y de gentes. (Pastor Ridruejo: 2011, p. 283) No se trataba de un poder absoluto e ilimitado del Estado, como lo había establecido Nicolás Maquiavelo (1469-1527) en su obra *El Príncipe*⁶⁹, crítico del absolutismo moral y de la *raison d’Etat* de Maquiavelo, demostró que la conservación del poder sólo podía conseguirse si se consideraba el cuerpo político compuesto de gobernantes y gobernados, y si el poder del gobernante respetaba las reglas legales y morales. La diferencia entre Bodin y Maquiavelo fue que el primero no basaba el hecho del poder absoluto únicamente en las necesidades del príncipe sino en el derecho natural que para él era el derecho divino. (Hinsley: 1972, p. 106)

Cuando el jurista francés explicó el derecho de las naciones, indicó que éste se encontraba compuesto tanto por el derecho natural, que establecía los límites morales de la voluntad divina –esto es del príncipe- y por el derecho positivo. Es decir, la sociedad humana estaba conformada por diversos Estados soberanos regidos, en parte por el derecho internacional positivo y en parte por el derecho natural. (González: 2007, p. 59-60; Martí Borbolla: 2007, p. 34) El intento de este autor era librar las relaciones internacionales del marco universalista que primó durante la Edad Media con la *universitas christiana*.

Bodin, con sus postulados, no sólo incide en la forma de pensar de Francia, sino que, como se verá más adelante, introduce sus ideas para la generación de un nuevo mundo concebido

⁶⁶ Para Bodin el Estado es un conjunto de familias y de sus bienes gobernados por un poder supremo y la razón. Ese poder supremo y la razón, es lo que implícitamente se catalogó como soberanía. (Martí Borbolla: 2007, p. 11).

⁶⁷ La tesis ascendente del poder implicaba que el verdadero soberano provenía de todas las personas de la ciudad, y no del príncipe. Éste más bien era un delegado de aquéllas. (Hinsley: 1972, p. 93)

⁶⁸ Esta inclinación de Bodin por legitimar el poder de príncipe pudo estar influenciada por la cercanía que poseía con el rey de Francia en esa época. (Badie: 2000, p. 6; Martí Borbolla: 2007, p. 11)

⁶⁹ Maquiavelo tiende a la negación de los poderes éticos y jurídicos de origen divino y a la afirmación de que el derecho consiste en los mandamientos del poder humano soberano. Esta concepción incide en la visión sobre la violencia, considerada como una condición sine qua non para un buen gobierno. (Martí Borbolla: 2007, p. 23-35)

sobre la base de la igualdad de los Estados soberanos, que posteriormente desarrollará detalladamente Vattel. Por el momento es posible afirmar que, desde una faceta externa, el concepto de soberanía, otorga las primicias para concebir a los Estados como independientes, pues la supremacía del soberano debe ser reconocida por las demás naciones⁷⁰.

La incidencia de estas ideas de soberanía y Estado son de suma importancia para la consolidación posterior de la norma de no intervención militar. Ahora que el poder estaba concentrado y devenía de una autoridad última, es decir, el príncipe, la violencia era ejercida legítimamente por él. A diferencia del sistema heterónimo de la Edad Media, donde la violencia era democratizada, mercantilizada e internacionalizada –todos podían emplearla-; en el sistema moderno, con el surgimiento de la noción de soberanía, la violencia fue arrebatada de los ámbitos no estatales, económicos e internacionales y pasó a los dominios de autoridad estatales, políticos y domésticos. Fue des-democratizada, des-mercantilizada y territorializada. (Thomson: 1994, p. 4) Ahora el Estado ejercía el control legal y legítimo de la fuerza, pues ello daba seguridad a sus integrantes.⁷¹

Con todo lo antes expuesto, se puede concluir que tanto la soberanía como el monopolio de la violencia, son conceptos histórica y socialmente construidos que responden a realidades específicas, y que por lo tanto, pueden evolucionar según el contexto lo exija, y además, incidir en la construcción de la norma jurídica de no intervención como se observará a continuación.

2.2 De la soberanía a la no intervención militar: el camino hacia la norma internacional

Previo a analizar las doctrinas académicas modernas sobre la soberanía y su influencia en el camino a la no intervención militar, es relevante resaltar uno de los eventos más importantes que marcó un cambio en la concepción de las relaciones internacionales. La finalización de la Guerra de los Treinta Años⁷² significó la muerte del sistema feudal y el inicio al llamado sistema clásico internacional. Los Tratados de Westfalia⁷³ de 1648 culminaron el proceso de reconocer por un lado, el poder soberano en los príncipes, reyes o monarcas como únicas

⁷⁰ Este pensamiento es la base de partida para la instauración del derecho internacional como la regulación de las relaciones jurídicas de la comunidad internacional. La concepción de Bodin parte del *ius natural* propio de la Edad Media, e indicaba que el Estado procedía de la aprobación divina de la naturaleza humana. En esta misma línea de ideas se pronunciaron Gentili, Vitoria y Soto. (Hinsley:1972, p.154)

⁷¹ Al respecto, Max Weber (1864-1920) expone que una de las características esenciales del Estado es su capacidad para retener y reclamar el monopolio del uso legítimo de la fuerza física para establecer su orden. (Thomson: 1994, p. 7)

⁷² La primera mitad del siglo XVII fue escenario de la Guerra de los Treinta Años, una de las más devastadoras de la historia de la Edad Moderna, que reúne las graves luchas que se extendieron desde 1618 a 1648 entre la mayoría de los países europeos. Afectó sobre todo a las poblaciones del centro de Europa, donde se calculan pérdidas de entre el quince y el veinte por ciento de los habitantes. El motivo central fue la lucha entre las potencias europeas por encontrar un equilibrio de poder. (Ruíz Miguel: 2009, p. 178)

⁷³ Son los dos Tratados de Paz *Osnabrück* y *Münster*, firmados el 15 de mayo y 24 de octubre de 1648, respectivamente, este último en la Sala de la Paz del Ayuntamiento de *Münster*, en la región histórica de Westfalia, por los cuales finalizó la Guerra de los Treinta Años y la Guerra de los ochenta años entre España y los Países Bajos. En estos tratados participaron el emperador del Sacro Imperio Romano Germánico, Fernando III (Habsburgo), los Reinos de España, Francia y Suecia, las Provincias Unidas y sus respectivos aliados. (Krasner: 2009, p. 15)

autoridades supremas y por el otro, la independencia de los Estados frente a otros, es decir la soberanía en su fase externa, objeto de particular interés. (Parra Landa: 2008, p. 38)

Los citados tratados fueron trascendentales, por incorporar en su texto el principio de *cuius regio eius religio* que reconocía el derecho a la libertad de religión en cada reino (producto de la Reforma y la idea de tolerancia), es decir su independencia. Tal principio implicaba *contrario sensu* la prohibición de los demás reinos de incidir en tal decisión, lo que para algunos es el primer antecedente de la norma de no intervención en los asuntos internos en Europa. Además con ellos se da la pauta para la práctica estatal de deliberar y resolver sus controversias por medios jurídicos y no bélicos –aunque esta práctica no fue totalmente obligatoria sino hasta la mitad del siglo XX. (Krasner: 2009, p.15-16)

En este contexto histórico, emergen diversos pensadores que retoman el aporte de Bodin sobre la sociedad humana compuesta por diversos Estados soberanos; sin embargo, es menester precisar que la doctrina de la soberanía tuvo un desarrollo progresivo y tardío por la reticencia de escritores conservadores que buscaban mantener el poder en las figuras eclesiales, el imperio y los reyes; así como la lentitud de la asimilación en el cambio de la organización política de la sociedad y la tarda percepción del *droit des gens* como un derecho internacional positivo basado en la voluntad soberana de los Estados independientes⁷⁴. (Hinsley: 1972, p.154-157)

Uno de los primeros autores que retoma el aporte de Bodin fue el neerlandés Hugo Grocio (1583-1645) quien atenuó la idea de la existencia de un Estado cristiano universal, y dio paso a la aceptación de la existencia de diversos Estados regidos por sus propias normativas positivas, pero sin olvidarse de ciertas normas de carácter universal vinculadas a la recta razón⁷⁵. En este sentido, si bien rechazaba la concepción de Maquiavelo sobre la *Raison d'État*, aceptaba que la función y obligación del Estado era proteger a cada individuo de quien había recibido su poder; por tanto, el uso de la violencia a nivel interno y externo sólo podría ser empleada en razón de esa función y obligación estatal vinculada al derecho natural. (Hinsley: 1972, p. 122; Fernández Galiano: 1990, p. 200)

Grocio establecía que la conducta internacional de los Estados debía regirse tanto por el derecho positivo y como por el derecho natural, es decir, debía existir la mayor coincidencia entre legalidad y justicia. Su aporte es primordial por ser el primer autor que reconoce la necesidad de construir un cuerpo de derecho internacional positivo extraído de la voluntad y experiencia estatal, pero no desvinculado del derecho natural, sino arraigado a una moral humanista –función protectora. (Badie: 2000, p. 7; Ver capítulo I, apartado 1.3.2, letra b)

Lo anterior se manifiesta en su obra *De Iure belli ac Pacis* (1625), donde comienza a identificar ciertas limitaciones normativas y morales para el uso de la violencia estatal; tales prohibiciones se encontraban vinculadas a la noción de justicia, impuestas por el derecho

⁷⁴ Desvinculado del legado romano de una sociedad universal. El cambio del pensamiento teológico medieval a la razón influencia la concepción de la soberanía externa, puesto que ahora ya no es posible afirmar que existe una única sociedad cristiana, sino un conjunto de derechos que rige cada Estado, lo que da la pauta para regular su interrelación.

⁷⁵ En realidad, fue la influencia del pensamiento Grocio la que colaboró a la instauración de los principios de tolerancia en los Tratados de Westfalia de 1648. (Chesterman: 2001, p. 11-12)

natural, tal como se profundizará en el capítulo III. Sin embargo, lo que interesa destacar en este momento es que esta limitación era, en parte, producto de la noción de soberanía como autoridad última pero encargada de la protección de los individuos, derivada de esa moral humanista, que según este autor, era generalmente aceptada –visión estoica-. (Hinsley: 1972, p. 159-162)

En contraposición a Grocio se encuentra el importante pensador inglés Thomas Hobbes (1588-1679), con su obra *Leviatán* (1651) escrita durante el período de guerra civil inglesa, con el objeto de mitigar el ‘peor de todos los males’. Hobbes reconoce el derecho del individuo a la auto-preservación sin ninguna restricción, parte de la premisa de que el hombre en estado de naturaleza está bajo la influencia de sus propios instintos y lo único que lo somete es el poder. En tal situación todos los hombres son iguales, y tal igualdad es la surtidora de la guerra de todos contra todos, entonces el surgimiento de la sociedad política es el resultado del impulso vital que impone a los hombres la conservación de su vida. (González: 2005, p.61)

Este pensador inglés establecía que para evitar la anarquía del estado de naturaleza, las personas necesitaban entrar a la sociedad política, y para ello debían acceder a renunciar a sus derechos soberanos naturales en favor del Estado –Leviatán-, quien les brindará la seguridad que ellos no pueden otorgarse. Leviatán surge entonces para evitar un permanente estado de guerra, y la noción de soberanía conferida a Leviatán es aceptada por los súbditos a quienes protege y de donde obtiene su legitimidad. Para Hobbes la soberanía, es un elemento creado por los hombres libres en búsqueda de seguridad vía contrato social. Una vez conferido el poder a Leviatán, toda actuación –sin importar cual fuese- se encontraba legitimada. (Hobbes: 1996, p.146; Parra Landa: 2008, p. 42)

Esta noción se traslada al ámbito internacional, negando la existencia del *ius gentium*, y más bien aceptando que en la función protectora de la soberanía, se encuentra de forma intrínseca el derecho de hacer la guerra y la paz con los demás Estados, de juzgar, de forma discrecional, cuándo es para el bien público y qué cantidad de fuerza debe ser reunida, armada y pagada para ese fin. Lo anterior se traduce en un total monopolio de la fuerza delegada en la persona del soberano, y que se complementa con una visión del derecho internacional inclinada hacia el *iuspositivismo* que más adelante pregona Bentham. (González: 2005, p. 65). O en palabras de Hobbes:

“(…) la multitud así unida en una persona se denomina *Estado*, en latín, *civitas*. Esta es la generación de aquel gran *leviatán*, o más bien (hablando con más reverencia), de aquel dios mortal, al cual debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y nuestra defensa. Porque en virtud de esta autoridad que se le confiere por cada hombre particular en el Estado, posee y utiliza tanto poder y fortaleza, que por el terror que inspira es capaz de conformar las voluntades de todos ellos para la paz, en su propio país, y para la mutua ayuda contra sus enemigos, en el extranjero.” (Hobbes: 1996, p. 146)

La diferencia fundamental entre Bodin, Grocio y Hobbes radica en la concepción del poder, el uso de la fuerza y su relación con la soberanía. A diferencia de los primeros dos, para

el filósofo inglés, el soberano no posee límites morales⁷⁶ a su autoridad (el pueblo la acepta a cambio de su seguridad) y la ejerce incondicionalmente, incluso en el empleo de la violencia. En este sentido, Leviatán es absoluto y no puede permitirle ningún límite a su poder, incluso si eso significa pelear contra otros Estados o su propia población. Las limitaciones humanistas a la guerra establecidas por Grocio, con Hobbes habían quedado en el olvido.⁷⁷ (Hinsley: 1972, p. 158)

El pensamiento de Hobbes sobre el pacto social influye más allá de su época, y es retomado por el inglés John Locke (1632-1704), aunque con pronunciadas diferencias. Al igual que Hobbes este autor indica que la sociedad política se encuentra en el abstracto contrato social que cada individuo libre accede suscribir a cambio de seguridad; pero, discrepa en su concepción del estado de la naturaleza, en donde, a diferencia de la anarquía prevalecen el orden y la razón. Locke concibe que todos los hombres poseen unos ‘derechos naturales’ que nunca podrán ser llevados fuera de la esfera del individuo y la única razón por la que dichos individuos entran a la sociedad política (Estado) es para la preservación de esos derechos. Lo anterior incide para la consolidación de diversas corrientes doctrinarias que se oponen al absolutismo pregonado por Hobbes. (Fernández-Galiano: 1990, p. 216; Pezoa Bissieres: 1997, p. 68-70)

Según su libro, *Dos tratados sobre el gobierno civil* (1690), estos derechos naturales son de carácter universal y superior a cualquier ley positiva. Se trata de dos objetividades fundamentales susceptibles de ser conocidas por el individuo e inalienables a él mismo: son la igualdad de los hombres y la posesión de facultades naturales en común (libertad) que derivan de la premisa anterior. El Estado es constituido, entonces, como la autoridad soberana que garantizará la protección de estos derechos y, por ende, la supervivencia de los individuos, evitando la guerra y correspondiéndole la ejecución de la ley natural para lo cual necesita del monopolio de la violencia y una ley positiva. La forma de esta autoridad debe ser un gobierno parlamentario por representar mejor el principio mayoritario. (Pezoa Bissieres: 1997, p. 69-80, 111)

Lo anterior implica que el Estado, al usar la fuerza, tanto a nivel interno y externo, debería justificarla según el fin de protección de sus derechos naturales. La ley positiva tenía como fundamento el derecho natural, que encauza el sentido y alcance del derecho del Estado, que no puede violar los derechos naturales del individuo. Con ello se observa a diferencia de Hobbes, un límite claro al uso de la fuerza desde el *iusnaturalismo*. (Hinsley: 1972, p. 129-130; Fernández-Galiano: 1990, p. 216-217) La influencia de Locke fue tal que su doctrina se plasma en la carta de Constitución de los Estados Unidos de América (1787) de corte liberal.

⁷⁶ Hobbes no reconocía la vinculación entre el derecho natural y el derecho positivo. En consecuencia, los límites morales para el Estado eran inconcebibles. Con el pacto, el Estado ostenta un poder absoluto sobre los individuos. (Fernández-Galiano: 1990, p. 211, Ver Capítulo I, apartado 1.3.1)

⁷⁷ Este pensamiento dio origen al sistema absolutista. Por ejemplo, en Francia, el rey Luis XIV (1661-1715) – quien fue el autor de la célebre frase *el Estado soy yo-* se caracterizó por ser un gobierno cuyos excesos militares para hacer la guerra, tuvieron repercusiones terribles para la población. La finalidad de este rey era consolidar la hegemonía francesa en Europa y en ese afán, la mayoría del ingreso del Estado se invertía en recursos armamentísticos, tanto que en 1693 la economía francesa sintió la crisis de subsistencia con la gran hambruna en la que murieron alrededor de dos millones de personas. (Delgado de Cantú: 2005, p. 182)

Este primer debate entre el absolutismo del derecho positivo y los límites al poder desde el derecho natural, expresan la importancia que posee, según el *iusnaturalismo*, la consolidación del uso limitado de la fuerza por parte de la autoridad, que según Locke, y Grocio, se vincula al mayor disfrute de los derechos del individuo, lo que hoy ha evolucionado en la concepción de derechos humanos. Por lo que la limitación del uso de la fuerza es para garantizar el goce de los derechos humanos.

Posteriormente, Jean Jacques Rousseau (1712-1778) retoma a Hobbes en el concepto de Estado como personalidad unitaria, equiparado al cuerpo político popular formado por medio de un pacto social entre individuos. Rousseau aceptó en su libro *Contrato Social* (1756) la tesis ascendente del poder, pues la soberanía residía en el pueblo y los gobernantes sólo podían ejercer autoridad por la voluntad general del pueblo. (Hinsley: 1972, p. 132-133)

En virtud de este pacto social, los hombres ceden al Estado todos los derechos que poseían de forma natural, pero el Estado no conserva estos derechos, sino que los devuelve transformados como derechos civiles de igualdad y libertad. Lo anterior implicaba que todos los hombres poseían una misma dotación jurídica fundamental que no se puede modificar ni por la autoridad delegada al Estado. Los derechos civiles, como herencia del derecho natural, se construyen bajo los caracteres de sagrados e inviolables, como límites al poder conferido al Estado –sociedad política- por voluntad general. (Fernández-Galiano: 1990, p. 220-221; Martí Borbolla: 2007, p. 37-38)

Además, la consagración del pacto social que daba origen a la conformación del Estado, tuvo efectos externos, pues el establecimiento de una sola sociedad política implicaba la instauración de un pluralismo político a nivel global, por yuxtaposición de otras sociedades surgidas para contrarrestar su potencial fuerza. Es aquí donde se encuentra nuevamente el vínculo de poder, autoridad y violencia. Para Rousseau, el Estado indiscutiblemente concentraba la violencia y la extraía del ámbito privado; él se percató que el problema del uso de la fuerza o la guerra no se había resuelto con el pacto social, sino sólo se había trasladado. El uso de la violencia corresponde a los Estados que estarán en una lucha interminable, en el plazo externo, por el poder; siendo que opera entonces el *bellum ómnium contra omnes* hobbesiano. (Truyol: 1979, p. 49-51)

Sin embargo, también reconoce –un siglo después de la Paz de Westfalia- que las relaciones entre Estados poseían un tipo de regulación, por medio de derecho de gentes, aunque afirma su debilidad e inoperancia a causa de su sumisión al interés político, tanto así que es posible afirmar que el autor francés admitía la guerra como institución necesaria para la resolución de conflictos entre Estados. La visión de Rousseau sobre el uso de fuerza se encuentra vinculada a una percepción un tanto pesimista del mundo, reconociendo su monopolio estatal y su empleo sin más límites que la voluntad general -que siempre será consolidarse en sus intereses frente a otro Estado yuxtapuesto-. Entonces, la guerra se encuentra inscrita en la propia estructura de la sociedad internacional. (Truyol: 1979, p. 52-54)

Lo ideal sería, entonces, que todos los Estados estuviesen gobernados por una misma voluntad general lo que llevaría a la constitución de una confederación que, si bien no pondría fin al uso desmedido de la violencia, sí ofrece cierta estabilidad. De lo anterior, se puede observar que para Rousseau, el derecho natural posee un carácter deontológico, que incluye

ciertos valores que actúan como un referente ideal, en tal sentido se conciben a los derechos del individuo, los que, al ser incorporados al Contrato Social, se transforman en derechos civiles con carácter imperativo gracias a su positivación. Estos se consagran en los antecedentes de la época del *iuspositivismo*. (Ver capítulo I, apartado 1.3.1)

Influenciado por el liberalismo de la época iniciado por Locke y continuado por Rousseau, Emmerich de Vattel (1714 -1767) hace un aporte fundamental que da origen al modelo clásico del derecho internacional en donde la soberanía tiene un papel protagónico. El modelo clásico del derecho de gentes es una réplica de la teoría liberal del Estado⁷⁸. El éste es tratado a nivel internacional de forma análoga que el individuo a nivel interno. La soberanía y la independencia son derechos equiparables a la igualdad y la libertad del individuo, por lo que los Estados son iguales en la misma forma que los individuos lo son. Vattel introduce por primera vez, en su libro *Droit des gens* (1758), el concepto de igualdad soberana de los Estados vinculados por reglas voluntarias, cuyo corolario inmediato es la independencia estatal y la no intervención. (Bellamy: 2009, p. 132; Krasner: 2009, p. 188)

La norma de no intervención en los asuntos internos, en realidad no tuvo nada que ver con la instauración de la Paz de Westfalia, firmada en 1648, porque ésta no fue claramente articulada sino hasta el final del siglo XVIII con Vattel. La no intervención consiste en que los Estados existen en territorios específicos, dónde las autoridades domésticas son los únicos árbitros del comportamiento legítimo –por el poder conferido por el pacto social-. La norma de no intervención en los asuntos internos fue un elemento clave para el reconocimiento de los Estados como soberanos, y con él se sienta el antecedente posteriormente consagrado jurídicamente a mitad del siglo XX en la Carta de las Naciones Unidas. (Krasner: 2009, p. 193-194)

Con relación al empleo de la violencia, la soberanía según Vattel aceptaba que las autoridades estatales poseían el monopolio de la fuerza, reservándose al Estado el derecho inherente a hacer la guerra. Para Vattel el *droit de gens* era la ciencia de los derechos entre naciones y Estados. En este sentido, el uso de la fuerza se habilita porque la ley positiva internacional no lo prohíbe; sin embargo no se trata de una institución absoluta en su ejercicio, porque las mismas normas positivas lo limitaban, empleándose únicamente en razón de los derechos y obligaciones que entre Estados se deben. Vattel, lejos de prohibir el uso de la fuerza, se preocupó por civilizarlo y sistematizar las reglas de conducta de guerra, que hoy se conocen como normas de derecho internacional humanitario (*ius in bello*). (Hinsley: 1972, p. 165-166; Bellamy: 2009, p. 131-132)

En este momento se puede observar el desarrollo contradictorio de dos variables de una norma posteriormente construida, por un lado, aunque ya surgían los primeros albores de la consolidación de la norma de no intervención en los asuntos internos de los Estados, esta noción no alcanzaba al uso de la fuerza, pues la visión de la época, influenciada por el *iuspositivismo*, contractualismo o liberalismo, indicaba que los Estados, como soberanos⁷⁹, eran libres de decidir cuándo emplear la violencia frente a otros. Para Vattel, los ‘motivos apropiados’ eran oportunidad, conveniencia y prudencia, aunque no negaba la eventual

⁷⁸ La soberanía es otorgada por voluntad de los individuos por medio del pacto social.

⁷⁹ Cuya autoridad emanaba de la delegación del poder al gobernante por parte de los gobernados.

responsabilidad de los soberanos ante el derecho natural (que no tenía carácter obligatorio). Con esta visión, las limitaciones se enfocaron más en la forma de emplear la violencia que en su prohibición, aunque sí se oponía al empleo de violencia por razones indeterminadas o morales (Ver capítulo III). En este momento, el uso de la fuerza no contradecía a la soberanía, pues ésta era utilizada en razón de los derechos e intereses de los Estados soberanos. Una perspectiva distinta y novedosa al respecto, la expondría Inmanuel Kant.

Siguiendo la influencia del liberalismo, Inmanuel Kant (1724-1804) muestra que la sociedad civil se constituye mediante un contrato originario que permite salir del estado de naturaleza hobbesiano⁸⁰. Establece que la fundación del Estado como tal es un imperativo de la razón, con el cual el hombre crea libremente la obligación de obedecer, para la protección de los imperativos morales de libertad e igualdad. En este sentido, la soberanía posee una doble naturaleza: la convencional, inventada por el hombre en el pacto social, y la axiológica, recordando que su eficacia depende de sus virtudes trascendentales; sin embargo, esta última es de carácter deontológico, de acuerdo al contexto *iusnaturalista* racionalista. Kant dio el paso fundamental para enunciar una concepción moderna de soberanía por la cual los Estados, gozando de los derechos y obligaciones conferidas por ella, debían someterse exclusivamente al Estado de Derecho, porque las reglas que lo conformaban constituían su independencia soberana. (Truyol: 1979, p. 56-57; Badie: 2000, p. 10; Pippin: 2006, p. 417; Bellamy: 2009, p. 137)

El filósofo alemán desarrolla la visión de la soberanía desde su ámbito externo. Afirmó que, desde el plano de los hechos, los Estados, en razón de su independencia y libertad, actuaban de la forma que mejor les convenía a sus intereses, y dado que el derecho internacional no poseía el carácter de imperativo categórico, no era suficiente para restringir sus acciones por lo que su mayor desafío consistía en concretar tal limitación. Al igual que Vattel, establecía que los Estados basaban sus derechos exclusivamente en relaciones de reconocimiento entre soberanos, y por ende, aceptaba el deber de no intervención en los asuntos internos. Kant amplió la idea de Vattel y sostuvo que la fuerza normativa del derecho internacional, se encontraba en la política del reconocimiento mutuo. (Bellamy: 2009, p. 136-137)

El jurista alemán, aceptando que el derecho de las naciones se basaba en el derecho positivo, indicaba que la estrategia para otorgar mayor efectividad a éste consistía en persuadir a los Estados de que aceptaran voluntariamente, en razón de su soberanía, la creación de un orden jurídico que los limitara en temas específicos, tales como los de la guerra y la paz. Esta propuesta se concreta en su obra *Hacia la Paz Perpetua* (1795) en la que establece una serie de condiciones necesarias para lograr la paz entre los Estados, que se traducen en limitaciones a la soberanía estatal. (Ver capítulo III) Una de ellas consiste en que ‘Ningún Estado debe inmiscuirse por la fuerza en la constitución y el gobierno de otro’ porque esto sería una

⁸⁰ En consonancia con Hobbes, Kant considera que la lucha tiene raíces en la naturaleza humana. La paz no es lo natural entre los hombres, sino una conquista de su voluntad consciente. “El estado de paz entre hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza o *status naturalis*, que es más bien un estado de guerra, es decir, un estado en el que, si bien las hostilidades no se han declarado, sí existe una constante amenaza de que se declaren. El estado de paz debe ser por tanto instaurado, pues la omisión de hostilidades no es todavía garantía de paz (...)”. (Truyol: 1979, p. 56; Kant: 1999, p.81)

violación de un pueblo independiente, y por ende, contrario a la soberanía del otro. (Kant: 1999, p. 76; Kleingled: 2006, p. 482; Bellamy: 2009, p. 138)

Lo anterior representa uno de los primeros antecedentes en donde la soberanía, en su fase interna y externa, aporta para la construcción normativa de la no intervención militar. Con Vattel se observaba que la soberanía y su concepción de igualdad abonó para consolidación de la norma de no intervención en los asuntos internos⁸¹; sin embargo, Kant agrega una premisa más a tal normativa, la regulación del uso de la fuerza. Si bien, el Estado poseía el monopolio de la ésta, la coerción debía ser el último recurso empleado y tenía que ser consistente con la búsqueda de la paz perpetua. Sólo en casos excepcionales la coerción podría ser empleada para la solución de controversias⁸². (Truyol: 1979, p. 57)

Aunque este autor alemán reconocía que la guerra, en el nivel cultural en el que todavía se encuentra el género humano, es una realidad y considerada como una condición de medio indispensable, utilizando la deontología es tajante al afirmar:

La razón práctico-moral expresa en nosotros su veto irrevocable: no debe haber guerra; ni guerra entre tú y yo en el estado de naturaleza, ni guerra entre nosotros como Estados que, aunque se encuentran internamente en un estado legal, exteriormente se encuentran en un estado sin ley (...) Por tanto, la cuestión no es ya la de saber si la paz perpetua es algo o es un absurdo, y si nos engañamos en nuestro juicio teórico si suponemos lo primero; sino que hemos de actuar con vistas a su establecimiento como si fuera algo que a lo mejor no es, y elaborar la constitución que nos parezca más idónea para lograrla... y acabar con la terrible guerra, que el fin al que, como su fin principal, han dirigido hasta ahora todos los Estados sin excepción sus disposiciones internas. (Kant: 1873, p. 229-230)

Con esta noción deontológica sobre el derecho internacional, Kant plantea la propuesta de formar progresivamente un Estado mundial⁸³, regido por un derecho cosmopolita – *weltbürgerlich*- que opera como un principio regulativo a la guerra, cuya eliminación es un deber. Mientras no se llegue a esto, el derecho de gentes es un sucedáneo provisional carente de eficacia. En tanto se logra el Estado mundial, se hace necesaria una Liga de los pueblos – *Volkerbund*-, sin poder soberano con la que se intentaría poner fin a todas las guerras. Esta federación no persigue la adquisición del poder sino la conservación y seguridad de la libertad de un Estado (Truyol: 1979, p. 58; Ruíz Miguel: 2009, p. 262) Aunque en su época Kant no

⁸¹ Al respecto, cabe mencionar que uno de los primeros antecedentes en la formulación del principio de no intervención se encuentra en la Constitución Jacobina –redactada después de la Revolución Francesa en 1793- la cual establecía: “118. *peuple français est l’ami et l’allié naturel des peuples libres.* 119. *II ne s’immisce point dans le gouvernement des autres nations; il ne souffre pas que les autres nations s’immiscent dans le sien* ». Esta redacción es un tanto paradójica considerando que sólo unos años más tarde Francia estaría gobernada por Napoleón Bonaparte, el cual dotó de estabilidad al país mediante la política de la conquista de las naciones. (Chesterman : 2001, p.22)

⁸² Durante los años 1780, Kant abogaba por el establecimiento de una fuerte federación de Estados con autoridad coercitiva a nivel federal, lo cual llevaba a un nuevo nivel el monopolio de la violencia, trasladándolo a una autoridad diferente a un Estado, sin embargo, la idea última la deja fuera en sus escritos de 1790, tal vez porque no la consideró viable. (Kleingled: 2006, p. 478)

⁸³ Basado en los principios republicanos, que operan como ‘la mano invisible’ –retomando el lenguaje de Adam Smith- hacia la paz.

hubiese tenido mucha recepción⁸⁴, su teoría es de suma importancia en el siglo XX, pues fue el antecedente doctrinal bajo el cual se fundó la Liga de las Naciones (1919) y, posteriormente, la Organización de las Naciones Unidas (1945).

En este momento es importante precisar que la influencia de las corrientes liberales se plasman en importantes instrumentos jurídicos en Europa, tal como la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, producto de la Revolución Francesa de 1789 y la *Bill of Rights* (garantía de los derechos fundamentales) de las colonias norteamericanas y posteriormente de los Estados federales estadounidenses de 1776. Esta corriente doctrinaria fue importante en el reconocimiento de los derechos humanos en el marco del derecho positivo y como límites a la soberanía. (Herdegen: 2005, p. 19) No obstante lo anterior, la historia internacional da un paso atrás con el resurgimiento de un positivismo extremo en el reconocimiento de las facultades soberanas de los Estados.

En contraposición a la visión de Kant, el siglo XIX se caracterizó por concretar una ideología sobre el Estado basada en una cosmovisión filosófica de nacionalismo y militarismo. A lo anterior contribuyó otro filósofo alemán, Friedrich Hegel (1771-1831) cuya concepción sobre el Estado se aleja de cualquier precepto o fundamento axiológico, siguiendo a Hobbes indicaba que es equivocado afirmar que los Estados merecen ser protegidos en razón de la función que tienen con los individuos, pues esto no tenía sentido. (Bellamy: 2009, p. 147)

Según Hegel el Estado es una comunidad ética que ubicaba a los individuos en un cosmos atemporal; es la realidad de la voluntad sustancial que posee en la conciencia de sí, la elevación de la generalidad constituyendo lo racional en sí y para sí. Los individuos no poseen objetividad, ni moral o verdad sino es por medio de aquél, el Estado es el organismo con personalidad propia constituido por el pueblo, que es soberano, y conforma una entidad independiente en la relación exterior y una en la vida interior. Hegel afirma que la soberanía requiere precisarse para ser una realidad objetiva y tal precisión se realiza concentrando el poder en un individuo determinado: el monarca constitucional, entonces, la personalidad del Estado únicamente es real en la persona del monarca. (González: 2005, p. 80)

La visión hegeliana de la soberanía incide indudablemente en la concepción del uso de la fuerza (Ver capítulo III). La guerra desempeñaba un papel fundamental para mantener la cohesión de la nación estatal, y ésta era justificable cuando era iniciada por civilizaciones 'superiores' contra inferiores, o por autodefensa, esto se traducía en la habilitación del uso de la violencia casi por cualquier causa. En cuanto al derecho internacional, aún no lo reconocía como parte del derecho positivo, sino como derecho natural, y por lo tanto, de carácter deontológico, sin vinculación en la actuación estatal. De ahí que durante este período se diera el resurgimiento de la doctrina de la *Raison d'Etat*, pues defender al Estado y sus intereses era la empresa humana más importante. (Bellamy: 2009, p. 148) Con esta bandera se trató de volver a la instauración de los Estados monárquicos.

⁸⁴ Esta falta de recepción de manifiesta en las concepciones que predominaron Europa durante el siglo XIX. Después del Congreso de Viena de 1815 la intervención se consideraba lícita. (Vargas Carreño: 2005, p. 8)

Ejemplo de la influencia de la soberanía hegeliana se puede observar en el Congreso de Viena de 1815, que impuso la idea de un equilibrio de las grandes potencias que caracterizó por largo tiempo el orden territorial de Europa. Con este evento, la intervención se consideró como lícita en las relaciones internacionales, y se preconizaba la doctrina de la legitimidad monárquica en contra de las posturas republicanas y liberales, aceptando el uso de la fuerza para la restauración de los monarcas derrotados. (Herdegen: 2005, p. 19; Vargas Carreño: 2005, p.8)

Esta postura era beneficiosa, sobre todo para la Francia de Napoleón Bonaparte, pues con ello justificaba su política de conquista del mundo. En reacción, rápidamente surgen diferencias con Gran Bretaña, país que formalmente se desligó de la política intervencionista. El 18 de enero de 1823, el Secretario de Relaciones Exteriores, George Canning indicó: “*We disclaim for ourselves and deny for other powers the right of requiring any changes in the internal institutions of independent States, with the menace of hostile attack in the case of refusal*” (Chesterman: 2001, p.23) Con las declaraciones de Gran Bretaña, el camino hacia la no intervención había iniciado.

Al respecto, paralelamente, desde el otro lado del mundo, en América se gestaba la noción de independencia, autodeterminación de las naciones y pretensiones de descolonización⁸⁵. En este contexto, luego de la consolidación de los Estados Unidos de América en 1787, y dadas las amenazas del consorcio europeo de 1815 que aceptaban las guerras de conquista, el presidente James Monroe en 1823, en respuesta a estas pretensiones europeas, manifestó su oposición a cualquier intento de intervención en el continente americano.⁸⁶ Sobre lo anterior, se pronuncia Arias Ospina (2013) en el siguiente sentido:

“La Doctrina Monroe fue un primer paso para la construcción del principio de no intervención en América, que empoderó a los Estados de la región para rechazar gobiernos controlados por Europa. Como esta no fue una posición novedosa, sino consecuente con la política externa de Estados Unidos de ese entonces, la Doctrina Monroe lideró la proclamación de no intervención en América, que luego sería aceptada por los nuevos Estados para rechazar el modelo europeo. Esta reacción americanista contra el poder europeo también fue acogida por estudiosos del Derecho Internacional, quienes veían en la no intervención una salida hacia la autonomía de la región.” (Arias Ospina: 2013, p.195)

Sin embargo, esta postura resultó después un tanto paradójica, ya que el gobierno estadounidense la utilizó como un argumento para intervenir en los territorios americanos, bajo la famosa premisa ‘*América para los americanos*’. (Vargas Carreño: 2005, p.8-9)

Con las pretensiones europeas, y luego estadounidenses de conquista, Latinoamérica consolidó doctrinas que contrarrestaban la noción hegeliana y maquiavélica que habilitaba el empleo de la violencia en contra de ellos, buscando siempre establecer su independencia y su soberanía. Es así como surgen los aportes de diversos pensadores latinoamericanos en

⁸⁵ Sobre la conquista de América, ver capítulo III, apartado 3.2

⁸⁶ Cuando las colonias españolas de Sudamérica se rebelaron en 1823, el Secretario Británico de Relaciones Exteriores, Canning, se unió a los Estados Unidos de América en oposición a cualquier forma de Intervención Europea en las Américas. Esta política fue formalizada en el Mensaje Anual del Presidente Monroe con la doctrina que lleva su nombre. (Chesterman: 2001, p.23)

oposición a la *Raison d'Etat*, entre ellos, Carlos Calvo, Luis María Drago y Andrés Bello, quienes con sus investigaciones contribuyeron a la fundamentación en contra de las invasiones extranjeras, lo que también sirvió de antecedente para consolidar a la no intervención como norma de derecho internacional y las relaciones entre Estados. (Krasner: 2009, p. 194-195)

Andrés Bello (1781-1865), venezolano, fue uno de los pensadores americanos más importantes del siglo XIX, y contribuyó a la formación de una identidad jurídica para América. Este autor manifestó su oposición tajante a las intervenciones extranjeras en su obra *Principios de derecho de gentes y principios de derecho internacional* publicada en 1832. Bello expuso dos elementos de especial relevancia en la consolidación del principio de no intervención. El primero, sobre las consecuencias de un Estado independiente, las cuales consisten en la prohibición de dictar a otro Estado la forma de gobierno, la religión o la administración que éste deba adoptar, ni llamarlo a cuenta por lo que pasa entre los ciudadanos de éste, o entre el gobierno y los súbditos. El segundo, el rol de ordenamiento de los extranjeros, circunscribiéndolos al principio de la territorialidad. Finalmente, se debe destacar que este autor rechazaba cualquier intervención proclive a una acción armada, tal como sucedió entre Francia y la Confederación Argentina en el Bloqueo del Río de la Plata de 1838, generado por la ley de servicio militar impuesta a ciudadanos franceses. (Vargas Carreño: 2005, p. 10; Arias Ospina: 2013, p.198-199)

Por su parte, el argentino Carlos Calvo (1824-1906), traductor y seguidor de Henry Wheaton⁸⁷ (1785-1848), se preocupó por las intervenciones (diplomáticas) que se solían suscitar por parte de los Estados para proteger los intereses de las empresas de sus nacionales, por lo que propuso la famosa 'Clausula Calvo' que implicaba la renuncia de los extranjeros a la protección diplomática de sus Estados. Este pensador argentino también desarrolló dos aspectos esenciales en torno a la no intervención consistentes en, primero, la regla que establece que los Estados soberanos no pueden ser objeto de intervención por parte de otros Estados, y segundo, tanto los nacionales como los extranjeros dentro del territorio del Estado poseen los mismos derechos, lo que implica que no debería existir ninguna injerencia de su país de origen. (Vargas Carreño: 2005, p. 10; Arias Ospina: 2013, p.196)

Por último, Luis María Drago (1859-1921), también argentino, estableció que los Estados no podían emplear la fuerza para cobrar las deudas externas de otros Estados. (Hershey: 1907, p.28; Vargas Carreño: 2005, p. 10)

A partir de este momento se comienzan a gestar dos posturas encontradas que estarán presentes a lo largo del siglo XIX y principios del XX, por un lado la noción del uso de la fuerza como prerrogativa inherente a los Estados soberanos, y por el otro los intentos de otros (los más débiles fácticamente hablando) por limitarla. Los Estados latinoamericanos fueron los mayores promotores del principio de no intervención, incluyendo la militar. Encontramos como manifestación jurídica de principio, en las conferencias internacionales de los Estados Americanos llevadas a cabo entre los años de 1826 a 1848 en donde se inicia su proceso de reconocimiento hasta la Sexta Conferencia Internacional de los Estados Americanos sostenida

⁸⁷ Diplomático y académico estadounidense, quien enfatizó en su libro '*Historia de los progresos del Derecho de Gentes*', el peligro de tener un concepto tan amplio y vago como la intervención, el cual podría degenerar en prácticas abusivas de otros Estados. (Arias Ospina: 2013, p.196)

en La Habana, Cuba en 1928 pero rechazada por oposición de los Estados Unidos. (Bellamy; 2009, p. 160; Krasner: 2009, p. 195) Con este proceso, la visión del uso de la fuerza como prerrogativa soberana se fue debilitando.

En esta última fase de supervivencia de la guerra como solución adecuada de controversias, los Estados comienzan a demostrar un claro interés hacia el mantenimiento de la paz. La soberanía en su ámbito externo inicia a ser limitada por los tratados internacionales y la costumbre. Por ejemplo, en las Conferencias de la Paz de La Haya de 1899 y 1907, aunque no se logra una proscripción general del uso de la fuerza, sí se consigue prohibir su empleo para el cobro de deudas (aporte de Drago), y se emprende la búsqueda de la solución pacífica de controversias internacionales, mediante el arbitraje. (Pastor Ridruejo: 2011, p. 618) Estos intentos fueron importantes, aunque siempre existieron intereses de algunos Estados poderosos que se oponían a su instauración como norma imperativa. A pesar de los ensayos de limitación, en 1914 estalla la Primera Guerra Mundial.

Después de finalizada esta guerra, el enfoque de los Estados se dirige a la limitación del uso de la fuerza mediante el derecho positivo. Bajo la influencia doctrinaria de Kant, se suscribe el Pacto de la Liga de las Naciones que intentó fortalecer el principio de arbitraje internacional, y en 1928 el Pacto Briand-Kellogg declaró ilegal el uso de la fuerza excepto en defensa propia Asimismo, en 1934, en el ámbito interamericano, los Estados Unidos de América y los países latinoamericanos ratificaron la Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados, que declaraba: ‘Ningún Estado tiene el derecho de intervenir en los asuntos externos o internos del otro’. En 1936, durante la Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la Paz, los Estados americanos nuevamente afirmaron su compromiso colectivo hacia el principio de no intervención, al aprobar un Protocolo por medio del cual declaraban la inadmisibilidad de cualquier forma de intervención, independientemente de la razón. (Goldman: 2009, p.858)

Sin embargo, todos estos intentos fallan una vez más con el estallido de la Segunda Guerra Mundial en 1939. Las atrocidades de este segundo evento fueron mayores que el primero, y debido a las graves consecuencias, es hasta este momento que la comunidad internacional en su conjunto –no solo a nivel regional- accede a decretar la norma imperativa sobre la proscripción del uso de la fuerza para la búsqueda de la paz y la seguridad internacionales, lo cual garantiza el goce de los derechos inherentes a la sociedad, lo cual constituye su fundamento axiológico normativo. El enfoque de Kant y el enfoque liberal – republicano, junto con la influencia latinoamericana, toma preponderancia en el ámbito de los Estados. (Sorensen: 1973, p. 682-685)

La Carta de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1945 recoge la prohibición del uso de la fuerza en varias disposiciones, siendo la principal la establecida en el artículo 2.4. El término ‘no uso de la fuerza’ fue empleado en lugar de ‘guerra’ para evitar las dificultades técnicas jurídicas del significado del término ‘guerra’, pues la Carta también comprende el uso de la fuerza armada que no llega a ser guerra. (Sorensen: 1973, p. 685) Esta norma, puede decirse es universalmente obligatoria. Sin embargo, es menester resaltar que la Carta también prevé excepciones a la regla general consagradas en el Capítulo VII, sobre lo que se profundizará en el siguiente apartado.

A nivel interamericano, el objetivo de establecer a la no intervención como un principio obligatorio para la región, fue concretado con la firma de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en la Novena Conferencia Internacional de los Estados Americanos llevada a cabo en Bogotá, Colombia en 1948. Dicho principio se encuentra específicamente en los artículos 19 y 21 de la Carta. (Goldman: 2009, p.859)

En general, al referirse a la concreción jurídica de la no intervención militar diversos aspectos se interrelacionan: a) Independencia e igualdad soberana de los Estados (Artículo 2.1 de la Carta de Naciones Unidas) b) No intervención en los asuntos internos. (Artículo 2.7 de la Carta de Naciones Unidas) y, 3) Prohibición del uso de la fuerza militar. (Preámbulo y Artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas) Como se ha observado a lo largo de este capítulo, estos tres aspectos fueron apareciendo paulatinamente a lo largo de la historia, y fueron construyendo la norma consagrada en la Carta de Naciones Unidas que prohíbe la intervención militar.

No es posible terminar este apartado sin resaltar la importancia que tuvo y continúa poseyendo la construcción de la soberanía para lo anterior. Al respecto, es pertinente exponer en palabras de Hinsley, el cuidado que se debe emplear para su manejo:

El concepto de soberanía, como ya hemos subrayado, ni en su historia ni como ciencia política puede propiamente usarse para explicar lo que el Estado o la sociedad política haga o pueda hacer. Se trata de un principio que sostiene solamente que debe existir una autoridad suprema dentro de la comunidad política, para que la comunidad pueda existir, o cuando menos para que pueda actuar tal como exigen su carácter y las circunstancias. Nada más fácil que pasar de esta interpretación adecuada del principio a su uso inadecuado o excesivo que tan a menudo ha prevalecido en los últimos tiempos. (Hinsley: 1972, p. 187)

Una vez expuesta la consolidación socio-histórica de la no intervención militar como norma internacional, se considera necesario hacer un breve abordaje desde el derecho en razón de ser la premisa presuntamente violada por justificaciones desde la moral como el 'humanitarismo'. Para poder realizar un análisis completo desde la moral y la norma, es imprescindible, entonces, establecer la base jurídica e interpretación actual de la prohibición del uso de la fuerza y su carácter vinculante para la comunidad internacional.

2.3 Implicaciones jurídicas de la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales

Se exponía previamente que la concreción de la norma que prohíbe el uso de la fuerza se encuentra recogida en la Carta de Naciones Unidas, específicamente en su artículo 2.4. Sin embargo, aunque los Estados -como regla general- tienen la obligación de no injerencia en los asuntos reservados exclusivamente a la jurisdicción interna o doméstica de otros, así como del deber de no hacer uso de la fuerza y la amenaza; existirán ciertos casos muy excepcionales en los que, bajo el estricto cumplimiento de ciertos requisitos, los Estados podrán intervenir, pero siempre actuando bajo la cobertura de la Organización de Naciones Unidas, como ente garante de la paz y seguridad internacionales. Se resalta que estos últimos casos no otorgan luz verde para actuar a la discrecionalidad del Estado, incluso en estos momentos, las excepciones se

sujetan a normativa específica que permite evitar abusos en el ejercicio de la potestad. (Pastor Ridruejo: 2011, p. 284, 620)

Las denominadas excepciones, tienen su fundamento jurídico en los Capítulos VI y VII de la Carta de las Naciones Unidas, la cual contempla tres excepciones a la norma general del uso de la fuerza y por lo tanto del principio de no intervención: 1) La legítima defensa individual y colectiva frente a un ataque armado (art. 51); 2) la prevista en el artículo 107, sin embargo esta última ya no se encuentra vigente, por tratarse de una disposición transitoria de la Carta de la ONU y 3) el mecanismo establecido en los artículos 41 y 42 de la Carta de la ONU, relativos a las acciones colectivas eficaces del Consejo de Seguridad para prevenir y eliminar amenazas a la paz y suprimir los actos de agresión u otros quebrantamientos a la paz.

Con relación a la legítima defensa, esta se encuentra prevista en el citado artículo 51 de la Carta, que establece:

Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

Sin embargo para hacer uso de este derecho, los Estados deben cumplir ciertos requisitos: 1) Ataque armado. 2) Proporcionalidad. 3) Respuesta Inmediata. 4) Provisionalidad. La legítima defensa, sólo será legítima ‘hasta tanto el Consejo de seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y seguridad internacionales’. Uno de los elementos que se puede rescatar de todo lo anterior, es que el ejercicio de esta excepción siempre se hará en el marco del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y nunca como una decisión discrecional de un Estado, lo cual no significa que a nivel político no exista un riesgo de actuar según los intereses de los cinco miembros permanentes. (Artículo 51 Carta de las Naciones Unidas)

En cuanto a la excepción plasmada en los artículos 40 a 42 de la Carta, es pertinente mencionar que ésta opera en los casos en los que se identifique una trasgresión de la norma de la prohibición del uso de la fuerza y la amenaza. Siendo el propósito de las Naciones Unidas el mantener la paz y la seguridad internacionales, la Organización está autorizada por su Carta a tomar acciones colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas y quebrantamientos a la paz y suprimir los actos de agresión. La responsabilidad de este cometido corresponde primordialmente al Consejo de Seguridad. (Sorensen: 1973, p. 682-685)

Por su parte, la Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948 o Carta de Bogotá también establece expresamente, en su artículo 19, la prohibición de intervenir militarmente –y no solo militar sino cualquier otro tipo de intervención- en otro Estado:

Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. El principio anterior excluye no solamente la fuerza armada, sino también cualquier otra forma de injerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen. (Art. 19, Carta de la OEA)

Al igual que en el sistema de la ONU, la OEA prevé excepciones precisas al principio de no intervención y uso de la fuerza. Dichas excepciones están contenidas en el artículo 28 y 29 de la Carta de Bogotá, por medio de la cual los Estados americanos tienen derecho a la defensa colectiva en caso de agresión o ataque armado que violente la soberanía, independencia política, integridad o la inviolabilidad del territorio.

Nuevamente se hace hincapié que todas las acciones excepcionales poseen un marco jurídico internacional, y siempre son hechas en reacción a una violación que requiere un acto de restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales, pero nunca una excepción a la prohibición del uso de la fuerza, puede anular el precepto superior de mantener la paz y la seguridad internacionales, pues en ese momento, deja de ser una excepción para convertirse en una transgresión de la norma, convirtiéndose en lo que se pretende evitar.

Finalmente cabe resaltar que, la importancia de la prohibición del uso de la fuerza ha llegado a ser tal, que ha sido considerada como una norma de *ius cogens*, lo que implica, a nuestro criterio, que cumple con dos elementos que derivan del estoicismo –se ampliará sobre el tema al analizar en el capítulo IV-; estos elementos son, primero que sean normas que devengan de la recta razón, es decir que posean alguna connotación axiológica aceptada según el fundamento del derecho (la dignidad humana) y por otro, el *consensus omnium gentium* o aceptación general de la humanidad, según lo previsto por el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Esta última breve referencia a las implicaciones jurídicas de la norma que prohíbe el uso de la fuerza, servirá como referente para efectuar el análisis entre norma y moral que se pretende realizar en el capítulo IV.

En este capítulo se ha pretendido analizar la construcción del orden jurídico internacional que prohíbe la intervención militar, en contraste, en el capítulo siguiente se estudiará la construcción de los argumentos morales que han abonado para la aceptación de la intervención militar en casos de graves violaciones de derechos humanos.

**CAPÍTULO III. LA TEORÍA DE LA GUERRA JUSTA: ENTRE LA INTERVENCIÓN
LIMITADA Y EL HUMANITARISMO**

‘Silent enim leges inter arma’⁸⁸
Marco Tulio Cicerón

En el capítulo anterior, se analizó el proceso de consolidación de la no la intervención militar como una norma esencial en las relaciones internacionales, lo cual, ha sido el producto de una lucha ardua y larga vinculada al surgimiento de la noción de soberanía, Estado y la paz como valor idéntico a la justicia.⁸⁹

Sería utópico afirmar que con esa consolidación normativa que prohíbe el uso de la fuerza, se haya erradicado de las relaciones internacionales. Paralelo a la construcción de este orden jurídico internacional, la invocación de causas legítimas, entendiéndose justas, para intervenir militarmente a pesar de las normas, han estado presentes inclusive en la actualidad. Con lo anterior, se manifiesta el debate filosófico de la fundamentación axiológica de la norma internacional vinculado a la relación entre la moral y el derecho, y su contenido. (Ver capítulo I).

Este capítulo pretende analizar la evolución histórica de los argumentos morales –desde el derecho natural- de las intervenciones militares. Los cuales, aunque en un principio fueron concebidos como un importante límite al poderío absoluto de los Estados para hacer la guerra, actualmente se han transformado en una fundamentación axiológica que parece otorgar una carta abierta riesgosa para legitimar la intervención militar por encima de la norma. Este riesgo deviene de su alto grado de indeterminación material que conlleva la noción de causa ‘justa’. Con lo anterior se pretende evidenciar la incompatibilidad de la noción de una intervención militar ‘justa’ en el actual orden jurídico internacional. Para efectuar el referido análisis se utilizara la corriente filosófica del *iusnaturalismo* como doctrina incluyente en ello.

Tomando en cuenta lo anterior, el capítulo se compone de la siguiente forma: el apartado 3.1 contiene la construcción histórica de argumentos axiológicos para la intervención militar (o la guerra), en el apartado 3.2 se abordará con mayor detenimiento la concreción de la teoría de la guerra justa vinculado a la noción de humanidad, lo cual además servirá de base para el análisis efectuado en el apartado 3.3 desde el derecho natural.

3.1 Construcción histórica de los argumentos ‘axiológicos’ para la intervención militar: la justicia, entre límites y pretextos

Historiadores y filósofos sobre la guerra, la concibieron como una manifestación de la propia naturaleza humana y sus motivaciones individuales, que empuja a los hombres a luchar contra otros. (García Caneiro: 2000, p. 16, 26) De acuerdo a recientes investigaciones, las

⁸⁸ « Las leyes callan cuando las armas hablan » Frase célebre expuesta por Marco Tulio Cicerón en el párr. IV de su obra *Pro Milone (Pro Tito Annio Milone ad iudicem oratio)*. (52 a.C.).

⁸⁹ La paz como equivalente a la justicia tiene profundas raíces en la experiencia del siglo XIX y parte del supuesto de que el mundo es completamente accesible a la razón, y que éste contiene en sí los elementos necesarios para la armónica colaboración de toda la humanidad. (Morgenthau: 1986, p. 54). En esta línea doctrinal se encuentran importantes académicos como Abate de Saint-Pierre (1658-1743) Immanuel Kant (1724-1804) y Herbert Marcuse (1898-1979) cuyas posturas sobre los ‘proyectos de paz perpetua’ fueron la base de edificación del modelo de la actual Organización de las Naciones Unidas (García Caneiro: 2000, p. 31).

expresiones violentas entre seres humanos datan desde períodos muy remotos.⁹⁰ (Ferril: 1985, p. 11) No obstante, aunque no es posible establecer exactamente cuándo, cómo y por qué el hombre fue a la guerra por primera vez, es indiscutible que ésta ha sido un elemento constante en la historia de la humanidad. (Neiberg: 2001, p. 6)

En sus orígenes, la guerra tenía más bien un carácter ritual y religioso. Ésta no estaba prohibida, al contrario, era vista como un mecanismo idóneo para resolver conflictos sobre tierras, esclavos, bienes, o inclusive para hacer vengar una ofensa o insulto de otra persona o ciudad, tal como sucedió, por ejemplo, en los enfrentamientos entre los *Horatii* y *Curiatii* en la batalla entre *Sparta* y *Argos*. (Chaliand: 1994, p. 5) Es menester identificar que en este momento no existía una noción precisa de la justicia; pues ni siquiera era posible establecer una separación entre naturaleza y norma ya que todo era muy primitivo.

La justicia en la guerra se comienza a dilucidar a partir de la Antigua Grecia, cuya noción fue evolucionando hasta la actualidad.

3.1.1 La guerra en la Antigua Grecia: entre la cotidianidad y la indeterminación de lo justo

Para la Época Antigua, en Grecia, la guerra se concebía como parte del *cosmos* o de la *physis* (naturaleza), y como tal, un elemento de la justicia universal (ver apartado 1.1.1), por lo tanto su invocación no necesitaba de mayores argumentos que la de ser un medio para restablecer la naturaleza (y conseguir la justicia). Ya para los años 700 y 450 a.C., se comienza a observar una leve regulación sobre la guerra, sin que fuese en lo absoluto restringida. Estas regulaciones se limitaban a establecer formalidades de lugar y tiempo para declarar la guerra, tales como respetar la tregua –sobre todo en los Juegos Olímpicos- y librar las batallas en verano. Sin embargo, estas costumbres no eran universales, sino únicamente aplicables a la guerra entre las ciudades-Estado⁹¹ y su objetivo último era consolidar un orden para llevarla a cabo, nunca para prohibirla. Nuevamente se observa a la justicia de la guerra como parte del cosmos (ligado a la noción del poder), y dado que lo justo era lo natural, la guerra era la forma ‘natural’ para restablecer el orden del cosmos. (Bellamy: 2009, p. 42)

Estas costumbres entre las ciudades en Grecia estuvieron vigentes hasta la devastadora guerra interna del Peloponeso (431-404 a.C), cuando la guerra dejó de ser un método de solución de controversias menores entre ellas y se convirtió en una cuestión de supervivencia y de lucha por su independencia. (Bellamy: 2009, p. 42)

Con la experiencia aprendida por el desastre del Peloponeso y la decadencia de la *Polis* (404 a.C.), surge una idea de suma importancia: la justicia vinculada a la *recta razón*, esto es, al comportamiento correcto de los seres humanos (que implicó la desaparición paulatina del poder como equivalente a lo justo). En apoyo a esta visión, Platón, Aristóteles y los estoicos, afirmaban que la guerra debería regirse por esa recta razón y no por el mero deseo de los gobernantes – porque desde esa perspectiva, el mero deseo sería considerado como injusto-.

⁹⁰ Algunos científicos ubican el origen de la guerra en la época prehistórica. (Ferril: 1985, p. 11) Por ejemplo, en las civilizaciones *neolíticas* se ha encontrado evidencia de fortificaciones elaboradas para defenderse del enemigo y de cuerpos notablemente asesinados en batallas organizadas, frecuentemente sepultados en fosas comunes. (Neiberg: 2001, p. 7) Asimismo, en la Edad de Bronce existen pruebas del desarrollo de armas que servían como instrumentos de ataques ofensivos. (Ferril: 1985, p. 38).

⁹¹ Para las guerras helénicas contra Persia, no cabía regulación. (Bellamy: 2009, p. 42)

(Azcárate: 1872, p.7, Fernández-Galiano: 1990, p. 119) Este se perfila como el primer antecedente de la noción de justicia como limitante para hacer la guerra, que observamos, fue producto de un proceso histórico.

La guerra interna del Peloponeso, específicamente la batalla de Atenas en Melos, se registra como una de las primeras manifestaciones de los gobernantes atenienses utilizando el poder de forma injusta (contra la recta razón), es decir, para satisfacer sus propios intereses. Después de este evento, los griegos llegaron al consenso de la necesidad de restringir la guerra únicamente para causas que fueran consideradas ‘justas’, aunque insistían nuevamente que esta limitación se debería aplicar solamente a los enfrentamientos internos⁹² y no a las batallas contra el Imperio Persa, pues estas últimas eran una causa justa por buscar la supervivencia de Grecia⁹³. (Bellamy: 2009, p. 44-45)

Con lo anterior, se puede observar cómo durante la Grecia Antigua la guerra formaba parte de la cotidianeidad entre las ciudades y los imperios. Y aunque se encuentra, en este momento, algunas leves restricciones en cuanto a la forma de conducta durante la guerra, se está lejos de concretar su prohibición. No es sino hasta después de una experiencia con graves consecuencias que la limitación de la guerra se construye en torno a la noción de justicia. Sin embargo, tal alusión, si bien importante, no era muy representativa, pues su indeterminación material generaba incertidumbre sobre la forma que se tenía que restringir.

3.1.2 La construcción de la Teoría de la Guerra Justa, sus debilidades y contradicciones

Durante el Imperio Romano, la regulación de la guerra se vio influenciada por el *ius gentium*, que, gracias a su relación confusa con el *iusnaturalismo*, rescata los elementos de la superioridad y universalidad del derecho natural –o si se quiere, de lo justo- (ver apartado 1.1.2), lo cual incide fuertemente para la consolidación de restricciones legales *universales* sobre la guerra (en cuanto a las reglas que deben observarse en combate). El elemento de universalidad es importante. Ya no se trataba, como en Grecia, de regular la guerra únicamente al interior de un Imperio, ahora estas restricciones eran aplicables a todas las naciones, lo que no obstaba para que siempre existiesen normas internas para las guerras. (Bederman: 2004, p. 78-85)

Roma se esforzó por afirmar la justicia de sus guerras y se veía en la obligación de buscar pretextos que parecieran probarla, pues eso agradaba a la humanidad y a los dioses. Así, Roma invocaba que sus guerras eran en todos los casos defensivas. Por ejemplo, Marco Tulio Cicerón⁹⁴ (106-43 a.C.) manifestaba que el papel de los gobernantes se centraba en mantener

⁹² Aunque para Aristóteles esta afirmación podría variar un poco, en el sentido que la justicia se aplicaba a las personas que tenían algo en común, incluyendo los pueblos bárbaros, pues todos tienen su propio lugar dentro de la naturaleza. Para este autor una guerra era legítima cuando tenía por objeto restaurar el orden natural por la cual unos tenían la capacidad de ser gobernantes y otros no. (Aristóteles:1910, p. 52, 232)

⁹³ En 480 a.C, por ejemplo, en la batalla de *Thermopylae*, el Rey Persa Xerxes, con el objetivo de extender su imperio, envió un ejército de una superioridad numérica abrumadora en Grecia. Los griegos fueron masacrados. (Neiberg: 2001, p. 9-10) Ante estas realidades, no se podía exigir una regulación que limitara el recurso a la guerra, pues era una cuestión de supervivencia.

⁹⁴ Cicerón, quien en su obra *De Officiis* hace alusión al carácter irracional del recurso a la violencia para la resolver disputas entre los hombres y condena la guerra cuando no la impone la legítima defensa. (Grocio: 1925, p. 78-79)

el equilibrio entre la *physis* y el *nomos* (norma) para facilitar la búsqueda de la justicia y la felicidad, y exponía que la única motivación para hacer la guerra debía ser la defensa, la preservación de la paz y la gloria de Roma, y –según su pensamiento- al incorporar más tierras al imperio se lograba tal cometido. (Bellamy: 2009, p. 47).

Con el pensamiento de Cicerón se evidencia nuevamente el problema de la indeterminación de lo justo. Si bien para los romanos la justicia y la ley se encontraban vinculadas y las restricciones legales de guerra eran universales, la incertidumbre material sobre el contenido de justicia permitía legitimar la guerra según quién la invocase. Entonces, las guerras romanas siempre tuvieron el pretexto de justas.

Independientemente de lo anterior, es importante rescatar el aporte de Roma del *ius gentium* en cuanto a la *universalidad* de las normas aplicables en la guerra, lo cual es significativo porque proporcionó el antecedente de la legalidad de la guerra hasta el siglo XVI, lo que implicaba que las guerras (el uso de la fuerza) eran permitidas pero reguladas. En esta época también es sustancial destacar la noción de lo justo vinculado a la protección del individuo en las guerras -bajo el *ius gentium*-, aunque después tal protección fue otorgada a las entidades soberanas. (Bellamy: 2009, p. 48)

Paralelamente, durante el tiempo de los cristianos primitivos surgen también varios argumentos morales para limitar la participación en la guerra, sin embargo estas tesis eran en su mayoría de carácter religioso, tal como el peligro a la idolatría o por que el servicio militar violentaba las enseñanzas bíblicas. En esa línea se encontraban algunos pensadores como Cipriano de Cártago (200-258), Orígenes (185-254), Tertuliano (160-220) e Hipólito (?-235). De todos ellos, Cipriano de Cartago fue el más importante, al exponer un argumento moral más general; él indicaba que las enseñanzas bíblicas no establecían que matar era menos injusto porque se llevara a cabo en nombre del Imperio. Sin embargo, estos intentos limitativos de la guerra no tuvieron mucho eco, reflejo de ello, Cipriano fue martirizado por sus pensamientos. (González-Carvajal: 1998, p. 353-355; Bellamy: 2009, p. 51)

En ese momento se observó cómo, a pesar de los argumentos limitativos para ir a la guerra únicamente por causas justas, esta práctica se impuso bajo el pretexto de que proteger al imperio era un deber y una cuestión de honor para el romano, sobre todo, después de la conversión de Constantino al cristianismo (312) época donde la renuncia a la violencia de parte de los fieles sucumbió ante la presión ejercida por Roma. Defender al Imperio Romano era una causa suficientemente racional, y por lo tanto, justa. (González-Carvajal: 1998, p. 353-355)

Con el Sacro Imperio Romano la concepción sobre la guerra evoluciona y surgen nuevos pensadores que se preguntan si era correcto que un cristiano usara la fuerza para proteger el imperio, la fe y el derecho⁹⁵, Entre estos se encuentran los teólogos Ambrosio de Milán (340-397), quien a su vez fue gobernador, y Agustín de Hipona (354-430), cuyos aportes sobre el doble efecto, la intención correcta y la proporcionalidad abonaron de forma esencial para el desarrollo de la doctrina de la guerra justa, vigente durante la Edad Media y la Ilustración. (Russell: 1975, p. 16-39; González-Carvajal: 1998, p. 353-355)

⁹⁵ Además es importante destacar que con la conversión de Constantino, los puestos importantes de gobierno comenzaron a ser ocupados por los cristianos, por lo tanto, las decisiones que se tomaban desde el imperio y el Imperio mismo debían ser defendidos por tratarse de un poder legitimado por la religión.

De Milán, retomando la misma línea de Cicerón expuso que había dos motivos para justificar la guerra, la defensa de otros de un daño⁹⁶ y por orden divina para defender la doctrina católica. Su pensamiento fue la base del desarrollo de la primera tradición cristiana de la guerra justa, cuyo principal exponente es el obispo de Hipona.

Agustín de Hipona (mencionado por Grocio: 1925, p.78), seguidor de Cicerón y Ambrosio, aseveró que la licitud del servicio de las armas y la guerra deviene de su justicia, esto es, si tiene por objeto deshacer la injuria y restablecer la paz. Sostenía, en seguimiento de elemento del ‘doble efecto’, que la guerra sólo es legítima como medio para hacer frente a la injusticia o cuando era ordenada por Dios⁹⁷. La diferencia central entre una guerra justa e injusta era el intento por restablecer la paz; con ello aceptaba –ingenuamente- que un rey ‘justo’ no embarcaría la guerra para expandir su reino, sino para hacer la paz. Esta teoría de la guerra justa se integra en una concepción de la vida internacional fundada en la coexistencia pacífica de pueblos que se atienen a sus límites naturales. (Brière: 1944, p. 27-39; Shaw: 1997, p. 778; Ruiz Miguel: 2009, p.112-115)

La doctrina de Agustín de Hipona posee una contradicción grave, en primer lugar, afirmaba que el criterio diferenciador de una guerra justa o injusta era la disposición interna del rey, sin embargo, este criterio diferenciador es prácticamente imposible de probar objetivamente, y, en segundo lugar, existe una indeterminación en el contenido del valor de “hacer la paz”, que en la mayoría de ocasiones se limitaba a defender el imperio, pero con fines expansionistas. Con esta teoría se incrementaron los pretextos para hacer la guerra, pues tal abstracción (intención justa) se convirtió en la mera formalidad de declaración hecha por la autoridad competente para hacer la guerra. Con lo anterior, no se está afirmando que la justificación de la guerra era el objetivo del obispo de Hipona, pues en un mundo utópico donde todos obraran de buena fe y en seguimiento estricto de la moralidad sus preceptos podrían ser válidos (sin olvidar el contexto en el que se desarrolló su aporte). Sin embargo, la historia ha comprobado que la teoría, más que limitativa, fue utilizada como excusa moral para hacer la guerra sin repercusiones externas, e inclusive de la conciencia.

No obstante lo previamente señalado, las ideas sobre la guerra de Agustín de Hipona, se va a transmitir de siglo en siglo, siendo utilizada por doctrinarios defensores de la *Teoría de la Guerra Justa*. Por el momento, la teoría sigue siendo desarrollada por Isidoro de Sevilla- (560-636), Yves de Chartres (1140-1115) y Graciano⁹⁸ (siglo XII), exponiendo en mayor o menor medida los elementos que destacaba el obispo de Hipona. (Brière: 1944, p.39-40)

En la misma línea se pronuncia Tomás de Aquino (1225-1274 d.C.), el que siguiendo la estela de Cicerón y de Agustín de Hipona, trató la justificación de la guerra como una cuestión

⁹⁶ La diferencia con lo expuesto por Cicerón, es que éste sí admitía la defensa propia para matar. Ambrosio sostenía que matar para defenderse a uno mismo no era permitido porque implicaba que uno prefería la vida terrenal a la espiritual, pero matar en defensa de otros era hasta un deber, pues era manifestación del amor. Esta dualidad es lo que se conoce actualmente como el « doble efecto », elemento primordial en la Teoría de la Guerra Justa. (Bellamy: 2009, p.74)

⁹⁷ En este último caso implicaba ser pronunciada por la autoridad correspondiente, es decir, el rey.

⁹⁸ La fecha exacta de nacimiento y muerte de Graciano son desconocidas, aunque el transcurso de su vida se puede ubicar durante el siglo XII y principios del siglo XIII. Es considerado como el fundador del Derecho Canónico, gracias a su mayor obra *Decretum Gratiani o Concordia discordantium canonum*, redactada entre los años 1140-1142 (André: 1847, p. 174-178)

moral al margen del *ius gentium*. Su aporte es significativo porque su fundamentación no radica propiamente en elementos teológicos, sino más bien filosóficos, de ahí su duradera interpretación. Aquino fue uno de los grandes defensores medievales de la doctrina de la guerra justa, considerada como aquella públicamente declarada, emprendida por la autoridad legítima en respuesta a un agravio de otro príncipe y combatida con la debida proporción entre el daño recibido y producido. A diferencia de Agustín, este autor parte de una presunción en contra de la guerra y aceptaba la idea de autodefensa en virtud de la autopreservación, y en observancia de la proporcionalidad –lo que se conoció como la doctrina del doble efecto-⁹⁹. (Brière: 1944, p43-48; Bataillon, et.al: 2008, p. 281; Bellamy: 2009, p.74). Esta aceptación de la ‘legítima defensa’ posee una trascendencia tal, que es aceptada hasta el día de hoy, en la Carta de las Naciones Unidas, específicamente en el Capítulo VII.

La mayor contribución de Tomás de Aquino, es su intento de limitar la guerra. Según él una guerra justa debía cumplir con tres condiciones: a) *autoridad legítima*: declarada formalmente por un gobernante que tuviese la facultad para decretar la guerra, una vez agotado otros métodos de solución de controversias, como el arbitraje; b) *causa justa*: vengar un mal, castigar a alguien que no había reparado un mal o recobrar algo tomado de forma ilegítima, y c) *intención correcta*: alcanzar algún bien o evitar algún mal. (Russell: 1975, p. 267-291)

Sobre la contribución de Aquino, aunque es innegable que su teoría buscaba limitar el *ius ad bellum*, ésta adolece, aunque en menor medida, de las debilidades de la doctrina de Hipona. En primer lugar, con la formalidad de la declaración de la guerra, nuevamente se estaba depositando la decisión en manos de un gobernante. En segundo lugar, con la causa, nuevamente está presente la indeterminación de lo justo, lo cual repercute en la concreción normativa sobre la guerra. La interpretación sobre ‘vengar un mal’ parece estar abierta aún a la fecha. Finalmente, con la intención justa, su imposibilidad de prueba objetiva lo hace intelegible.

No obstante las dificultades que incorporaba la doctrina de la guerra justa, gracias a la influencia de la escolástica de Tomás de Aquino y sobre todo de los teóricos españoles de la ‘segunda escolástica’, se elaboraron una serie de criterios que deben observarse al momento de determinar que una guerra es justa o no, estos son (Bataillon, et.al: 2008, p.281):

1. La justicia: vinculada a la causa en nombre del que se hace la guerra Estas causas, en razón del contexto en el que surge esta teoría, generalmente estaban vinculadas, en esta época, a razones religiosas.
2. La competencia: es la autoridad que decide quién va a la guerra, esto es aquél poder legítimo fundamentado (en el Medioevo) por el poder divino; posteriormente en la Edad Moderna, la base sería el contrato social. Sobre la autoridad legítima parece importante destacar que quienes se encontraban legitimados eran los gobernantes o los funcionarios principales de los Estados.

⁹⁹ La doctrina del doble efecto incluye dos elementos fundamentales a) « El acto de defensa propia puede tener dos efectos salvar la propia vida o matar al agresor. Este acto no es ilegítimo porque la intención es salvar la propia vida, considerando que todo ser tiene derecho a la vida. », b) « Sin embargo, aunque proceda de una buena intención, un acto puede tornarse ilegítimo si no guarda proporción con el objetivo » (Russell: 1975, p. 259-267; Bellamy: 2009, p. 75).

3. La proporcionalidad: es la limitación de los medios aplicada a fin de asegurar no solo la humanidad de los usos de la fuerza sino el hecho de que el recurso a la guerra no condujera a la inversión del buen derecho inicial.
4. La intención: el objetivo último de la guerra debe ser el restablecimiento de la paz o reconciliación.
5. La contención o último recurso: hasta que todos los medios de reclamar un derecho o resolver un conflicto se hayan agotado efectivamente.
6. La probabilidad de ganar: combina la subordinación de la guerra a los fines de restablecimiento del derecho y a los fines de defensa de la libertad de la existencia de quienes la hacen.
7. La medida justa: de los daños infligidos al enemigo, de manera que la guerra no desemboque en un agravamiento del mal y un ciclo indefinido de venganzas.

El uso de esta teoría fue efectivo durante la Edad Media y su mayor aporte no fue –por lo menos en teoría- la búsqueda de los pretextos para la guerra, sino identificar las guerras *injustas*, esto fue así hasta el siglo XVI. Sin embargo, en este momento interesa rescatar que dicha doctrina buscaba limitar el recurso a la guerra, y no legitimarla (Russell: 1975, p. 278-291)

3.2 El pretexto humanitario en la doctrina de la guerra justa

Se ha expuesto en líneas precedentes cómo la utilización del término justicia servía para legitimar (y en algunos casos limitar) las guerras entre las naciones, ya sea que su connotación implicase la defensa de la paz, del imperio o de la fe. Sin embargo, hay un argumento que interesa abordar de forma separada en el marco de la teoría de la guerra justa, se trata de la justicia vinculada a la noción de defensa de la humanidad.

3.2.1 Antecedente del pretexto humanitario para hacer la guerra

Algunos autores ubican el origen de la noción de humanidad como justificante moral para la guerra durante la época de las Cruzadas, remitiéndose a los textos de Tomás de Aquino o del Papa Inocencio IV¹⁰⁰, específicamente en lo relativo a la universalidad (Alvares: 2006, p. 66-68). No obstante, la mayoría de los estudiosos sitúan su nacimiento en los textos de los pensadores de los siglos XVI a XVII, específicamente con el neerlandés Hugo Grocio quien otorgó la primera justificación del uso de la fuerza con el intento de castigar la injuria y proteger a los inocentes. (Grocio: 1925, p.239, 242) Independientemente de la postura que se tome sobre el primer antecedente del apelativo ‘defensa de la humanidad’, es imposible negar el debate prolongado que se ha llevado a lo largo del tiempo sobre la posibilidad de ‘hacer la guerra’ con esos fines.

¹⁰⁰ Sinibaldo de Fieschi (1195-1254), fue nombrado Papa el año 1243 y organizó la fracasada VI Cruzada a Tierra Santa. Su aporte relativo a la justificación por razones humanitarias está vinculado a su visión de mundo que promulgaba una diferenciación entre los cristianos y los ‘infieles’. A mediados del siglo XIII, sentó una base jurídica las relaciones entre las sociedades cristianas e infieles que consistía en un comentario efectuado en la decisión papal judicial de Inocente III ‘*Quod super his*’ relativa a la promesa de ir a una cruzada en Tierra Santa. El comentario establecía que era lícito invadir la tierra que poseían los infieles, lo cual terminó en la VI Cruzada, sugiriendo el marco para la teoría de la guerra justa. (Alvares: 2006, p. 66-68)

Durante los siglos XVI y XVII esta noción comienza su consolidación sumergida entre dos visiones doctrinarias contradictorias: la primera, -que se expondrá infra (ver apartado 3.3)-, aceptaba que toda actuación era válida y legítima para defender al Estado sin consideración a su moralidad, y además bajo el cual el gobernante sólo tiene obligaciones ante sus súbditos y el propio Estado¹⁰¹; la segunda, desde el derecho natural, describe un orden internacional universal, formado por todos los hombres y naciones, los que a su vez son regulados por normas universales y comunes a la mayoría de los pueblos -*ius gentium romano*. (Ruíz-Giménez: 2005, p.37).

La explicación para esta dualidad de posiciones radicaba en el contexto internacional de la época¹⁰², compuesto por dos historias paralelas y también contradictorias. La primera, de los Estados europeos que se desarrollaban en el mundo de la emergente noción de soberanía con la que se pretendía limitar al máximo la guerra entre los príncipes cristianos, y la segunda, la del encuentro de los Estados europeos con los pueblos 'bárbaros' o los pueblos 'no cristianos' que habitaban fuera del Viejo Continente. (Bataillon, et.al: 2008, p.105-109) En este momento, interesa abordar el desarrollo de esta última corriente doctrinal, con base en el derecho natural.

La noción de la guerra en defensa de la humanidad, tiene también una doble acepción, el uso de la fuerza para la defensa de los inocentes (por violaciones graves al derecho de gentes) y la defensa del cristianismo. Tal concepción fue suscitada por el encuentro de Europa con las otras sociedades, musulmanes y el nuevo continente. (Bataillon, et.al: 2008, p.105)

Como ejemplo de esta doble concepción moderna de la guerra por razones humanitarias, se debe destacar el aporte del político y humanista el inglés Tomás Moro (1478-1535) quien en su obra *Utopía* (1516) expone ante Inglaterra y toda Europa su punto de vista sobre las causas de hacer la guerra o intervenir militarmente de forma justa, estas son: a) liberar de la esclavitud o del yugo de un tirano a un pueblo oprimido por el despotismo, teniendo en mira el interés de la humanidad, y b) la colonización, que propone el 'derecho' de expulsar del territorio, hasta con el empleo de las armas, a la nación que no acepte la costumbres e instituciones de los colonizadores. (Bataillon, et.al: 2008, p.200).

¿Pero qué hace que estas causas de intervención se consideren en defensa de la noción de humanidad? Las razones tienden a ser un tanto contradictorias. La primera, relativa a la defensa de los inocentes, está vinculada a las violaciones graves del derecho de gentes; esto significaba que sólo en estos casos se encontraba habilitada la intervención de un extranjero para restaurar el orden de las cosas, es decir, para lograr justicia. En el segundo de los casos, aplicable a la fundamentación de la conquista, paradójicamente, el derecho de gentes no aplicaba a aquellos que no tenían el carácter de 'humanos'. (Bataillon, et.al: 2008, p.106)

¹⁰¹ En esta línea de pensamiento se encuentra a Nicolás Maquiavelo (1469-1527), para quien el mundo era una total anarquía producida por la continua lucha de príncipes católicos y protestantes y la ausencia de una autoridad central; en este contexto manifestaba que era imprescindible el despliegue de la '*raison d'Etat*' descrita como la obligación del príncipe de, en orden de mantener el Estado, actuar contra la fe, la caridad, la *humanidad* y la religión. En los mismos términos se pronuncia Tomas Hobbes (1588-1679), entre otros. (Bellamy: 2009, p. 112)

¹⁰² Se transforma el mundo político conocido en la Edad Media y caracterizado por la proliferación de entidades políticas como villas, ciudades, señorías feudales, ducados, principados, monarquías, papado y emperador, las cuales conformaban una especie de federación jerarquizada; este mundo de la 'sociedad cristiana universal' se convierte en un mundo de consolidación de monarquías junto con su proclamación como las autoridades últimas y soberanas en sus reinos, no reconociendo a ninguna autoridad superior (ni al Papa ni al Emperador). (Shaw: 1997, p. 778; Ruíz-Giménez: 2005, p. 37)

La lógica que seguía este argumento establecía que únicamente eran humanos aquéllos que vivían conforme a los preceptos religiosos de la época, y, por lo tanto, los soberanos europeos debían defender su fe, su modo de vida, su ‘humanidad’ en contra de las influencias y amenazas del mundo de los ‘infrahumanos’.

Sobre el desarrollo de estos primeros albores sobre el ‘humanitarismo’ como argumento moral para intervención militar, fueron fundamentales los aportes de los integrantes de la Escuela hispánica del derecho natural y de gentes, entre ellos Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Domingo de Soto, Melcho Cano, Bartolomé de las Casas, quienes intentan adecuar la doctrina de la guerra justa a las condiciones políticas y militares de su tiempo, en concreto, al nuevo contexto de predominio político de la monarquía hispánica, en la lucha contra el Islam y su conquista de América. (Ruíz-Giménez: 2005, p. 39)

Francisco de Vitoria (1483-1546) fue uno de los primeros que admitió la legitimidad del uso de la fuerza contra la tiranía de los bárbaros o de leyes inhumanas que perjudican a los inocentes (los del mundo occidental). Si bien Vitoria rechazaba expresamente la legitimidad de las guerras por motivos religiosos, ambición, conquista o gloria del príncipe y se oponía a los argumentos de quienes defendían la legitimidad de la conquista de América por considerar a los indios como ‘infrahumanos’; consideraba que la guerra era legítima para castigar las injurias producidas cuando un soberano cometía graves violaciones del *ius gentium* vinculado al derecho natural. (Bellamy: 2009, p.93-95)

A pesar de sus buenas intenciones con una visión más tolerante de las naciones no cristianas en torno al tema de la conquista, Vitoria era incongruente al desarrollar su concepción de la guerra justa, en la que sí aceptaba la supremacía de los europeos. Sus escritos son una manifestación de las doctrinas contradictorias que operaban en la época. Surgía de esta forma la idea sobre la defensa de la cristiandad contra de los del otro mundo. La guerra, al igual que el *ius gentium* estaba reservada a aquellos que no llevan una ‘vida salvaje’, es decir, pertenecía a los pueblos civilizados¹⁰³. (Ruíz-Giménez: 2005, p. 40)

En otras palabras, Vitoria toma dos acepciones discordantes sobre la guerra, por un lado, es posible ejercerla cuando hay violaciones graves al derecho de gentes, pero al mismo tiempo, el contenido que le otorga al *ius gentium* no era de carácter universal, sino más bien exclusivo de los Estados soberanos e igualitarios que compartían unos mismos valores, una misma religión, lo que implicaba que aquellos que ‘llevaban una vida salvaje’ no se les reconocía ningún derecho.

En seguimiento a esta doble acepción, se suscita uno de los primeros debates con relación a los elementos morales e históricos de las intervenciones militares en las Américas y que, posteriormente, se repite. Se trata del famoso debate de Valladolid que contribuyó a la reconfiguración de la doctrina de la guerra justa y cuyos protagonistas fueron dos famosos pensadores, el filósofo, jurista e historiador Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573) y el teólogo y jurista, Bartolomé de las Casas (1474-1566), ambos con pensamientos encontrados.

¹⁰³ Esta concepción de ‘pueblos civilizados’ tuvo tal influencia en el mundo occidental-europeo que incluso se plasma como reflejo histórico en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, específicamente en su artículo 38.

Sepúlveda¹⁰⁴, por su parte, articulaba la primera justificación de las intervenciones coloniales militares en nombre de los valores universales elaborados por un humanismo de inspiración cristiana. De las Casas¹⁰⁵, por el contrario, busca en la tradición escolástica los elementos de una visión que afirma, contra el universalismo humanista, un relativismo absoluto de los valores. (Bataillon, et.al: 2008, p. 201-202)

Ante estas tesis encontradas, ambos pensadores son llamados a exponer sus puntos de vista en la Junta de Valladolid, desarrollada durante los años 1550-1551. La importancia de esta controversia radica en que fue el espacio donde se planteó por primera vez los dos polos extremos entre los cuales oscilaba el pensamiento occidental sobre la intervención militar por causas ‘humanas’. (Bataillon, et.al: 2008, p. 232) Es decir, el debate giraba en torno a reconocer a las naciones no cristianas un estatus de igualdad y de respeto a su soberanía o permitir la intervención por razones de defensa de la noción de humanidad.¹⁰⁶

Con este diálogo, en cuyo centro estaban teólogos y juristas al servicio de la monarquía hispánica, se desplegaron diversas ideas sobre la fundamentación axiológica para la ‘conversión y/o conquista’. Estas ideas actúan como compañera de la expansión europea que alcanzará su apogeo en el siglo XIX. (Ruíz-Giménez: 2005, p.40)

Tenemos entonces que hasta este momento, aunque existe un primer acercamiento a la noción de la justificación humanitaria para hacer la guerra -defender en contra de la injuria y la protección contra infieles-, no ha sido resuelto el problema del contenido preciso que se argumenta como justo; y al carecer de una noción concreta e inequívoca sobre el valor que se pretende proteger, se corre el riesgo de hacer la guerra por razones discrecionales para aquél que reclama su justicia, tal como en el caso de la conquista.

En conclusión, aunque es razonable que algunos doctrinarios no compartan la idea de que la noción de humanidad se encontrase en la época de la conquista, por considerar que está más vinculado a la defensa de los ideales religiosos, no se podrá negar que ésta idea podrá establecerse como la base para una concepción de defensa de un valor universal, la humanidad, tal como lo entendió Grocio.

¹⁰⁴ El pensamiento de Sepúlveda se resume: 1) El derecho natural de origen divino, lo imprime Dios en la razón de todas las criaturas humana. 2) Los cristianos no tienen el monopolio del conocimiento del derecho natural. 3) Las leyes humanas e instituciones humanas serán cada vez mejores si están en concordancia con la naturaleza, con Dios y con la opinión de los grandes autores. 4) Todos los seres de razón han condenado y sancionado siempre las prácticas de sacrificios humanos como bárbaras e inhumanas. 5) Las instituciones que autoricen o que no repriman estas prácticas, son ellas mismas contrarias al derecho natural. 6) Es deber de todo príncipe respetuoso del derecho natural y divino hacer todo lo que esté a su alcance para destruir instituciones bárbaras e inhumanas. 7) Toda guerra emprendida con este fin será declarada justa. (Bataillon, et.al.: 2008, p. 217-218)

¹⁰⁵ La posición de Las Casas se resume de la siguiente forma: 1) No existe instancia humana para juzgar la conformidad de una costumbre de una ley natural, 2) Sólo las autoridades de la nación bárbara en donde estas costumbres se llevan a cabo pueden castigarlas o corregirlas. 3) Si bien existe una ley natural universal... el hombre no tiene derecho para aventurarse más allá de un relativismo absoluto de los valores. Debe caracterizarse por la tolerancia en sus relaciones con las otras naciones y la sumisión a las autoridades en el seno de la nación a la cual pertenece. (Bataillon, et.al.: 2008, p. 230-231)

¹⁰⁶ Al respecto, al tratar de ubicar ambas posturas en una visión desde el derecho internacional, y retomando la clasificación efectuada por el profesor Ruíz Miguel (ver capítulo I) la postura de Sepúlveda se puede ubicar en el *iusnaturalismo moralista* y de Las Casas, en el *iusnaturalismo ontológico*

3.2.2 El aporte de Grocio: El humanitarismo como la defensa de los inocentes

Las ideas suscitadas por la doble visión del mundo sobre la intervención justa en el marco de la conquista, promulgadas entre Vitoria (1486-1546), Suárez (1548-1617), De las Casas (1474-1566), Tomás Moro (1478-1535), y en general, entre la Escuela de Salamanca¹⁰⁷, influyó también el pensamiento de los grandes clásicos como Hugo Grocio (1583-1645) y Alberico Gentili (1552-1608), cuyos mayores aportes fue la culminación del proceso de secularización de la doctrina de la guerra justa iniciado por Vitoria y Suárez.

Aunque Hugo Grocio rechazaba la idea de la soberanía popular y consideraba injusta la guerra emprendida por un pueblo para conquistar su libertad, admite que si el rey vulnerase la ley natural cometiendo crímenes horrendos, sería lícito que otro soberano interviniese (en contra de la injuria). (Grocio: 1925, p.625) Aunado a lo anterior, aceptaba además la intervención en razón de la protección ‘de los impíos’ – los no cristianos-. Grocio, entonces, hereda también la doble concepción de la intervención humanitaria.

Las aseveraciones efectuadas por Grocio son particularmente importantes porque por primera vez se enuncia formalmente la justicia de la guerra vinculada a la humanidad¹⁰⁸, principio según el cual la jurisdicción doméstica estatal deja de ser exclusiva cuando la humanidad se ve abiertamente ultrajada. (Gómez Robledo: 1989, p.175). Grocio sostenía que los soberanos poseían obligaciones más allá de sus fronteras y súbditos, debido a su ‘responsabilidad residual con la humanidad como un todo’, aunque advertía el peligro de que este tipo de intervención sirva como un pretexto para ocultar la codicia de los designios ambiciosos del soberano, aunque no dejaba por ello el derecho de proteger inocentes. (Ruíz-Giménez: 2005, p. 41-42)

Con Grocio, se retoman los dos significados otorgados desde el derecho natural a la intervención humanitaria: el relativo a la *protección de los cristianos* (conquista) y el de la intervención en la *defensa del bien común* (protección ante la injuria). Esto debido a su influencia eurocentrista que lo inclinaba paradójicamente a considerar, en primer lugar, como ‘justas’ las intervenciones efectuadas para la protección de los derechos universales del *ius gentium*, y para eliminar prácticas ‘inmorales’ o divulgar el cristianismo (legitimando así la expansión europea en América), pero, aunado a lo anterior, en segundo lugar, también lo llevaba a reconocer, para el plano histórico europeo, la soberanía absoluta de los príncipes para limitar la guerra entre ellos. Se trata del manejo de un doble discurso que, como se verá infra, se mantendrá por muchos años. (Ver gráfico 3.1)

¹⁰⁷ Término generalmente utilizado para designar el pensamiento suscitado de los grandes autores del Siglo de Oro español influenciados por un modo e hacer y de pensar donde la Teología es el motor propio y singular que dota sentido a sus escritos. Para profundizar al respecto ver Pena González, M.A. (2006) El concepto “Escuela de Salamanca”, siglos XVI –XX en *Historia de la Universidad de Salamanca. Volumen III. Saberes y Confluencias*”, España: Ediciones Universidad de Salamanca, p. 251-300.

¹⁰⁸ En la obra *De jure bello ac pacis* (1925), Grocio incluía entre las violaciones más graves, las injurias que cometían quienes son “impíos hacia los parientes de uno... comen carne humana, ejercen la piratería... o ejercen violencia contra la cristiandad, o contra inocentes”. La noción de intervención humanitaria en Grocio, se fundamenta en la concepción solidaria de la emergente sociedad de Estados europea, en la que los príncipes tenían derecho de proteger a sus súbditos de otros soberanos cuando se hubiese violado el derecho natural.

Con lo anterior, se ha determinado cómo el contexto histórico-social incide en la configuración del orden internacional, en razón de dos eventos suscitados paralelamente: 1) el respeto entre los Estados soberanos y, 2) la conquista del continente americano. Para el primer evento, las ideas suscitadas que inciden en la construcción de un sistema normativo, prohíbe - en teoría- la intromisión de otro Estado soberano y por lo tanto, implica la limitación a la guerra entre los Estados ‘civilizados’- entiéndase cristianos.



Gráfico 3.1. Surgimiento de la noción humanitaria desde la influencia del derecho natural. Fuente: Elaboración propia.

Para el segundo evento, la construcción normativa toma otro sentido, la intervención era permitida en nombre de la expansión del cristianismo- conquista- o protección de los inocentes en contra de los bárbaros-, como una causa justa en nombre de la humanidad. En este momento la relación intersubjetiva genera un consenso entre los Estados europeos sobre su identidad lo cual incide en la configuración de un sistema normativo que legitimaba la colonización en nombre de la humanidad, la cual perduró durante varios años. Sin embargo, lo anterior es un ejemplo histórico sobre las consecuencias que la indeterminación material del ámbito axiológico puede generar en la toma de decisiones políticas-jurídicas, pues, con la aceptación de la colonización se deslegitimó *ipso facto*, la visión de los indios de las Américas sobre ‘lo justo’ para imponer la visión eurocentrista.

3.3 Los debates en Europa: entre los argumentos morales de la guerra y el derecho

Dos aportes importantes se pueden rescatar de la Teoría de la Guerra Justa, el primero la noción de límites en torno a hacer la guerra, pues éstas se circunscribían a causas ‘justas’ y el segundo, la consolidación de esas causas en elementos indeterminados como la defensa de la fe, de los inocentes, en fin, de la humanidad, que paradójicamente permitían a los gobernantes legitimar sus guerras según sus intereses, invocando el nombre de la ‘justicia’.

No obstante lo anterior, y retomando el primer aporte, no es posible descartar que, en cierta forma, para el siglo XVI la doctrina de la guerra justa había impuesto importantes restricciones a la esencia y los procedimientos de la guerra, por lo menos en y para Europa. Sin embargo, ésta sufre un debilitamiento durante el Renacimiento debido a la eliminación del componente teológico, en contraposición resurge la idea –previamente aceptada en la Antigua Grecia- de la justicia vinculada únicamente al poder del soberano, una legitimación formal.

Esta concepción apoyó la constitución de la doctrina de la *Raison d'État*, fundamental en el pensamiento político del siglo XIX y principios del XX. Nicolás Maquiavelo (1469-1527), uno de los principales exponentes de esta escuela, en su obra *El Príncipe* determinaba que todo acto que fuera bueno para el príncipe era bueno en sí mismo. En consecuencia, la guerra era justa en la medida que fuese necesaria para conservar al Estado, por lo tanto, la guerra no era algo que debía restringirse o limitarse y mucho menos prohibirse pues servía para los fines del Estado. Por ejemplo, en el Capítulo XVIII de *El Príncipe* manifiesta:

Digamos primero que hay dos maneras de combatir: una, con las leyes; otra, con la fuerza. La primera es distintiva del hombre; la segunda, de la bestia. Pero como a menudo la primera no basta, es forzoso recurrir a la segunda. Un príncipe debe saber entonces comportarse como bestia y como hombre. (...) Lo cual significa que, como el preceptor es mitad bestia y mitad hombre, un príncipe debe saber emplear las cualidades de ambas naturalezas, ya que una no puede durar mucho tiempo sin la otra. (Maquiavelo: 1842, p.105-106)

En su obra Maquiavelo afirmó que en caso que fuese necesario para lograr los intereses del Estado, éste no debía estar atado ni a las leyes, ni a la moral, ni a la religión. Lo anterior implicaba que no existían limitaciones de ninguna índole a la decisión del príncipe de iniciar la guerra ni a su conducción, y cualquier acto violento o de crueldad necesarios para el Estado, no eran censurables. Este autor resumía los requisitos de la causa justa e intención correcta en el simple interés estatal, equivalente al interés del príncipe. (Maquiavelo: 1842, p.107)

En contraposición a Maquiavelo, emerge el legalismo, cuyo principal exponente de la época, Alberico Gentili (1552-1608) establecía que los soberanos únicamente podían iniciar una guerra de forma justificada después de pasar por el escrutinio del derecho de gentes - derecho internacional-, al cual lo consideraba deontológicamente vinculado con el derecho natural, y rescata de Vitoria y Aquino la ‘defensa necesaria’ como causa justa para iniciar una guerra.

Por su parte, en Inglaterra se generaba una escuela con ideas para prohibir el uso de la fuerza. Por ejemplo, Erasmo de Rotterdam (1466-1536) pensaba que era preferible una paz injusta a una guerra justa. Es importante destacar que estas ideas eran, en gran medida, de dominio público. Pero rápidamente sus obras fueron reprimidas en Europa por considerarse en contra de los intereses estatales. (Bellamy: 2009, p. 112-113)

Nuevamente, durante este siglo se puede observar el debate académico sobre la restricción del recurso a la guerra, el cual a pesar de poseer intentos concretos como el de Gentili que afirmaba que antes de pasar la guerra se deben agotar los recursos de mediación o arbitraje, en el mundo real no había nada consolidado. La guerra seguía siendo un método válido de resolución de conflictos entre naciones.

En el siglo XVII, la ascendencia del realismo maquiavélico fue cortada por el estallido de la Guerra de los Treinta Años¹⁰⁹ (1618-1648) y la Guerra Civil Inglesa¹¹⁰ (1642-1651). El retorno de las guerras con motivos religiosos reforzó nuevamente la tradición de la guerra justa surgida en la Edad Media, pero el mayor problema que presentaba esta reestructuración teórica del siglo XVII, era la imposibilidad de comprobar las ‘causas divinas’ para hacer la guerra. Se invocaban conceptos ambiguos, discrecionales como ‘corregir el error religioso’, ‘castigar a los condenados por Dios’ y la ‘protección de la fe’. Esta indeterminación del contenido de lo justo, aunado a los cambios políticos de la paz de Westfalia en 1648¹¹¹, la creación de los Estados-soberanos (objeto del siguiente apartado) y los efectos devastadores ocasionados por las guerras, provocó una reacción por los filósofos de la época que dio nueva forma a la regulación sobre el recurso a la guerra (Bellamy: 2009, p. 117) Lo anterior da inicio a una nueva etapa de debates académicos en torno a la guerra sostenidos principalmente por Thomas Hobbes (1588-1679) y Hugo Grocio (1583-1645).

Hobbes, influenciado por la guerra civil inglesa, establecía que era inútil tratar de limitar la guerra porque esto suponía la existencia de lazos legales entre unidades que carecían de ellos. Al no haber una autoridad de imponer reglas legales o morales, esas reglas carecían de fuerza. Las guerras entre soberanos eran un rasgo perdurable de un mundo anárquico. Tres consecuencias: no hay ley entre las relaciones interestatales, la soberanía es absoluta y la justificación de la guerra se reducía al formalismo sobre quién era la autoridad correcta. Para Hobbes el hombre está natural y biológicamente preparado para la guerra.

Grocio, a diferencia de Hobbes, indicaba que el *ius gentium* vinculaba únicamente a los Estados –no a los individuos-, y les imponía límites. Influenciado por el derecho natural, establecía que estaban prohibidos los actos que fuesen claramente repugnantes y destructivos para la sociedad, por lo que, en esa línea, indicó tres causas justas específicas para la guerra: la primera, la autodefensa y el derecho a castigar a quienes hubiesen cometido injuria destructiva, la segunda, reivindicación de derechos legales y, tercera, reparación de los daños sufridos. Grocio estaba consciente del problema de la indeterminación de lo justo, pero a diferencia de la corriente de esta época, se enfocó en tratar de limitar esta discrecionalidad del soberano resaltando el hecho del procedimiento correcto y la conducción justa de la guerra

Este debate entre la regulación sobre el uso de la fuerza o la guerra, contribuye a la consolidación de tres consecuencias importantes:

¹⁰⁹ La Guerra de los Treinta Años fue una serie de guerras separadas entre los reinos y principados de Europa Central y Escandinavia, iniciadas en su mayor parte para adquirir más territorios o reivindicar derechos de sucesión. Paradójicamente, la dimensión religiosa fue lo que contribuyó a su brutalidad. Aproximadamente un tercio de la población del Sacro Imperio Romano murió en la guerra. (Bellamy: 2009, p.116)

¹¹⁰ La Guerra Civil Inglesa consiste en una serie de tres guerras llevadas a cabo en los períodos de 1642-1646, 1648-1649 y 1649-1651. En ellas lucharon realistas (conocidos como los Cavaliers) y parlamentarios (los Cabeza Redonda), fue el resultado de muchos años de conflicto entre la monarquía y el parlamento acerca de quién debía gobernar. (Guy: 1998, p. 14)

¹¹¹ La paz de Westfalia de 1648 consagró la hegemonía francesa en el continente europeo, selló la decadencia del imperio español con la independencia de los Países Bajos, reforzó los principados alemanes y configuró el orden político europeo bajo el criterio de la soberanía estatal, con sus dos manifestaciones básicas: en el plano exterior, la igualdad y en el plano interior, la soberanía territorial. (Ruíz Miguel: 2009, p.178)

a) *El surgimiento del subjetivismo*. Hubo rechazo a los argumentos objetivistas para declarar la guerra, por el contrario, predominó la teoría que las causas justas las decretaban por voluntad de los Estados, b) *Modificación de los criterios del ius ad bellum*. Ante la imposibilidad de precisar el contenido de “lo justo” (causa e intención justa de los soberanos), ésta se redujo a una posición positivista que se reducía a observar una autoridad legítima y la declaración apropiada, requisitos meramente formales y no materiales. c) *La bifurcación del derecho natural y el derecho positivo*, es decir, la división de la moralidad y la legalidad. (Bellamy: 2009, p.113-114; 141-143)

Ya para el siglo XVIII y XIX, el mundo experimentó nuevos cambios relacionados con los avances tecnológicos que incidieron en la forma de hacer la guerra. En palabras de Farrill: ‘*Between Alexander and Napoleon, a period of more than 2000 years, there is an amazing continuity of military technology, ruptured at the end only by the Industrial Revolution of the nineteenth and twentieth centuries.*’ (Farrill: 1985, p.10)

Aparecen pensadores como el jurista y filósofo alemán Christian Wolff (1679-1758), y del jurista y diplomático suizo Emmerich de Vattel (1714-1767), este último pensador influyente para la construcción del derecho internacional. Ambos se oponían a la noción de la guerra por causas imprecisas. Wolff rechazaba expresamente muchas de las causas justas de la guerra basadas en valores indeterminados, incluida la protección de los súbditos de otro soberano por razones humanitarias, por entender que sólo esconden la ambición del poderoso. En la misma línea, Vattel, que se aleja de las doctrinas *iusnaturalistas*¹¹², consideraba que la intervención humanitaria era un concepto erróneo, basado en tesis obsoletas del derecho natural que habilitaban el abuso de los Estados poderosos¹¹³. (Bellamy: 2009, p.310)

Tanto para Wolff como para Vattel, hacer la guerra por razones morales, como la defensa de la humanidad, era ilegítima. Tal ilegitimidad radicaba en la imposibilidad de constatación del verdadero motivo del que la alegaba. Pues bien, aunque existiesen en sentido abstracto causas ‘justas’ para efectuar tal actuación, estas causas incorporaban un elemento no cognitivo, el del valor perseguido, que imposibilitaba una apreciación científica y certera de la ‘justicia’, otorgando así un amplio margen de discrecionalidad a quien la aplica para decidir en qué circunstancias debe o no intervenir.

En esta línea, se encontraba Kant (1724-1804), afirmaba que el tema de la guerra no era una cuestión del derecho natural, sino eran parte del derecho consuetudinario, y sostenía la necesidad de que los Estados aceptaran voluntariamente la creación de un orden normativo que los limitara en las cuestiones de guerra. La postura establecida por Kant representa un quiebre en las concepciones tradicionales sobre la guerra. Para este autor, la doctrina sobre la guerra formaba parte del denominado *ius gentium* –ahora convertido en derecho internacional

¹¹² Se debe recordar que en esta época comienzan a emerger las posturas *iuspositivistas* como concepción doctrinal imperante a nivel internacional.

¹¹³ Tal inconformidad puede apreciarse en la crítica que realiza a las afirmaciones de Hugo Grocio en la cual expone que Grocio no se da cuenta de que, pese a todas las precauciones que añade al derecho que otorga al soberano para castigar a naciones que se han hecho culpables de faltas enormes contra la ley natural, ese sentimiento abre las puertas a todos los furiosos del entusiasmo y el fanatismo y proporciona a los ambiciosos pretextos sin fin. (Ruíz Giménez: 2005, p.45)

público- y como tal debería enfrentarse a la discusión de la época sobre su naturaleza en el derecho natural o positivo. (Ver apartado 1.3.2).

Kant afirmaba que era un contrasentido indicar que una guerra pudiese ser justa y establecía que los Estados como tales no están sujetos a limitación objetivista, con lo que se oponía a los argumentos *iusnaturalistas* que justificaban la guerra. Para Kant el derecho internacional, y, por lo tanto, las normas sobre la guerra, deberían someterse al acuerdo voluntario de los Estados, y su principal tarea era persuadirlos de someterse a un orden normativo –es decir, imperativo- que los limitara en las cuestiones de guerra, lo que se traduciría en una sociedad internacional más pacífica en beneficio de todos. (Santiago: 2004, p. 33)

El proyecto de ‘paz perpetua’ de Kant incluía una serie de reglas a la que los Estados deberían someterse, tal como que “ningún Estado debería inmiscuirse por la fuerza en la Constitución y gobierno de otro” (Kant: 2011, p. 134; Garzón Estrada: 2004, p. 91). El aporte de Kant, al igual que el de Wolff y Vattel, fue de suma importancia para la construcción normativa de la prohibición de la intervención militar en los asuntos internos de otro Estado. (Ver capítulo II)

A pesar de estas contribuciones que buscaban regular la actuación de los Estados en torno a la guerra, surge una nueva etapa muy contraria. Después de la Revolución francesa de 1789, se dio otro cambio importante: la participación del ciudadano en la guerra, que fue punto de inflexión. Implicó la participación en las guerras napoleónicas de no sólo los militares o mercenarios, sino naciones enteras las que se enfrentaban entre sí. Y más importante fue el cambio de concepción de las razones justas para hacer la guerra. En la modernidad se abandonaron las justificaciones que reinaron durante la Edad Media, ahora el objetivo era la defensa de la noción de ‘democracia’. Esto influenciado por los ideales liberales de la época. (Bellamy: 2009, p. 145-153).

En el siglo XIX, la *Raison d’Etat* que tuvo sus orígenes con Maquiavelo, resurge con mucha más fuerza gracias al concepto de Estado proporcionado por Hegel (1770-1831). Este autor rechazó los principios de la tradición de la guerra justa, pues no concebía límites morales ni legales que regulasen el uso de la fuerza. La guerra era entonces una habilidad de la nación para su autogobierno. (Garrán Martínez: 2014, p.23)

A partir de la concepción de Hegel, la limitación que una vez trató de instaurarse por medio de la guerra justa, al uso de la fuerza, desapareció. En el mundo del siglo XIX y XX predominó una falta de respeto total por el derecho moral y positivo. En consecuencia, dejó de tener importancia las causas de ‘justicia’ para hacer la guerra, y predominaron en su lugar, los intereses particulares y consideraciones estratégicas de los Estados.

Por su lado los positivistas, en respuesta de esta concepción de mundo, se dedican a elaborar normas internacionales, producto de lo cual surge la famosa ‘*Clausula Martens*’ que buscaba limitar la guerra al derecho de gentes preconizado por los usos entre las naciones, las leyes de humanidad y las exigencias de la conciencia pública. (Bellamy: 2009, p.154) No obstante, este esfuerzo tuvo más éxito en la noción del *ius in bello* que en el de *ius ad bellum*. Independientemente de ello, se observa nuevamente como aparece en la escena de las

justificaciones el término 'humanidad', aunque siempre con el problema de su indeterminación, heredado del derecho natural.

En el siglo XX, la noción de la guerra es influenciada por los dos grandes hitos de las guerras mundiales. Se comienza a trabajar la noción de la prohibición de la guerra y se vincula a la justicia y la determinación de su contenido con una perspectiva intersubjetiva. Lo anterior implicaba que una guerra podría tener argumentos de justicia, siempre y cuando se lograra el consenso general de las naciones (*consensus omnium gentium*), que podía ocurrir mediante tratados internacionales, tal como el Pacto *Briand-Kellog* que no prohibía en su totalidad a la guerra, pero sí la restringía. Después de la Segunda Guerra Mundial se impuso más normativa jurídica en torno a la guerra, actualmente manifestada por medio de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas. La justicia, pues, se incorpora a la norma mediante el proceso intersubjetivo (ver apartado 1.4.2, p.27 y 2.4.1) que preconizaba Habermas y es producto de los valores acordados por la historia, tal como indicó Ferrajoli. Para este caso, estos valores se incluyen en la norma de no uso de la fuerza.

Con explicación histórica sobre los argumentos morales y legales otorgados para hacer la guerra o intervenir militarmente, es importante destacar que no es posible desvincular totalmente a la normas sobre las guerras de su fundamento axiológico, pero también se observó uno de los mayores conflictos que representaba esta 'lison' es el contenido sobre lo que debe entenderse sobre lo justo. La solución otorgada por el derecho contemporáneo a tal dilema, después de muchos siglos de experiencia negativos al no limitar al soberano para el ejercicio de la guerra, implicó la incorporación del valor a la norma, por medio del elemento proveniente de la concepción estoica de justicia (*consensus omnium gentium*) y el intersubjetivismo.

El valor incorporado al no uso de la fuerza en las relaciones internacionales, tiene como seña en cada una de sus letras, la lucha doctrinaria de siglos en la historia vinculada al consenso de las naciones sobre la justicia: la paz como medio para alcanzar el ideal de humanidad, es decir, como garantía de los derechos inherentes a la persona. Sin embargo, tal como se mencionaba en líneas previas, desde finales del siglo XX la doctrina de la guerra justa (con todo lo que su problema sobre la indeterminación de lo justo conlleva) ha tratado de hacer una nueva aparición mediante la invocación de causas humanitarias para intervenir. Estas causas humanitarias poseen su fundamento en los derechos humanos, cuya lucha aún no se encuentra totalmente ganada.

Lo previamente indicado, hace imprescindible efectuar un acercamiento desde el derecho a la fundamentación de la justicia, enfocado en la noción de humanidad. El siguiente apartado pretenderá analizar desde el derecho natural y positivo actual la ubicación de los derechos humanos como parte de la fundamentación de la norma internacional. Esta determinación servirá de referencia, una vez hecho el análisis, establecer en el capítulo VI, si después de incorporada la noción de justicia en la norma internacional de no uso de la fuerza, el pretexto moral sobre humanidad se mantiene válido para iniciar una intervención o hacer uso de la fuerza militar.

3.4 La humanidad como fundamentación axiológica de la norma internacional contemporánea

En el capítulo I se demostró que en el período del *iusnaturalismo* racionalista, los derechos individuales (derivados del liberalismo después de la Revolución francesa) pasan a formar parte de las normas naturales. La importancia de dicha incorporación radica en la construcción de la categoría de los derechos humanos, base de la más poderosa forma de limitación del poder político y de garantía de los individuos. (Ruiz Miguel: 2009, p. 239)

En este apartado se aborda la noción de los derechos humanos con miras a su contraposición con las normas del *ius ad bellum* (objeto del siguiente capítulo) y de esa forma determinar hasta dónde se puede invocar la protección de estos derechos como parte de la legitimación material de la normativa internacional que podría modificar –o no– el alcance de otra norma universalmente aceptada.¹¹⁴

Con tal objeto, se abordará en primer lugar la fundamentación de los derechos humanos que deviene en nuestra opinión del *iusnaturalismo* y luego se estudiará la relación de los derechos humanos con el derecho internacional de la guerra, en el marco de la noción de *ius cogens*, para luego en el capítulo IV, contraponer ambas posturas representadas en el dilema de la ‘Responsabilidad de Proteger’. Se estudia a la humanidad, en razón de ser éste el argumento moral o axiológico desde donde se plantea la posibilidad de legitimar una intervención militar, aún después de consolidado el orden jurídico internacional de no intervención.

3.4.1 El consenso sobre la dignidad esencial como fundamentación de los derechos humanos

La noción de los derechos humanos se encuentra presente desde hace varios siglos atrás, por ejemplo, con Cicerón que planteaba el elemento de la dignidad esencial de la persona como componente de la justicia, también en la época medieval, Tomas de Aquino con su noción de universalidad de ciertos derechos naturales. Se observa entonces que derecho natural se ha considerado vital para entender el derecho internacional, así como ha sido un precursor vital en la preocupación contemporánea sobre el tema de derechos humanos. (Shaw: 1997, p.15)

Para establecer la fundamentación que poseen los derechos humanos, necesariamente se recurrirá a la teoría del *iusnaturalismo* por ser la única que explica adecuadamente la razón de ser de estos derechos. Al respecto, el jurista Pérez Luño (2005) expresa que:

Las posturas realistas, al dar por supuesto un fundamento para los derechos humanos, cifran su problemática en la obtención de los cauces más adecuados para realizarlos. Mientras para el positivismo jurídico, que descarta la posibilidad de establecer premisas racionales para justificar los derechos humanos la tarea se circunscribe al análisis de las técnicas formales de positivación, a través de los cuales estos derechos alcanzan rango normativo en los ordenamientos jurídicos... De

¹¹⁴ O incluso hasta donde pueden ser alegados como una ‘causa justa’ para actuar fuera de la norma internacional. Por ejemplo, en el caso de las intervenciones con fines humanitarios.

ahí que sólo desde un enfoque *iusnaturalista* tenga sentido el plantear el problema de la fundamentación de los derechos humanos. (p. 138)

En la Edad Moderna, con el dominio de la doctrina *iusnaturalista* suscitada en los siglos XVII y XVIII, se afirmó la existencia de ciertos derechos innatos al hombre cuya validez era independiente de lo dispuesto por los sistemas positivos. La máxima expresión de esta noción fue la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que tenía la función única de reconocer los derechos ya existentes, generados por la misma naturaleza del ser humano. (Orozco Henríquez: 1987, p. 23-24)

Posteriormente, la visión *iusnaturalista* comienza a declinar, tal como se exponía previamente, en razón del inicio de la época de oro del positivismo jurídico y la *Raison d'Etat*, que pone en duda la visión moral del derecho y por lo tanto, la pretensión doctrinal de que hubiera ciertos derechos naturales vinculados a los derechos positivos. Esta visión perduró hasta buena parte del siglo XX, con la influencia de Hans Kelsen, que objetaba el carácter científico del derecho natural. El *iuspositivismo* sufre su caída después de finalizada la Segunda Guerra Mundial. (Orozco Henríquez: 1987, p. 25)

En este contexto se genera el resurgimiento de las teorías *iusnaturalistas* aplicadas a los derechos humanos como evolución de la concepción de los derechos naturales relacionados a la dignidad misma del ser humano –aunque no se debe dejar de advertir que también han emanado nuevas aproximaciones *iuspositivistas* que no son tan radicales y que intentan explicar el fundamento de estos derechos-.

De esta forma se tiene que, empleando la teoría *iusnaturalista*, existen diferentes enfoques sobre fundamento de los derechos humanos que poseen cierta incidencia actual en la estructura normativa de la comunidad internacional (derecho internacional) y que determinan los matices del carácter de universalidad y superioridad con relación a este último.

Así, por ejemplo, se tiene la perspectiva objetivista que concibe a los derechos humanos como un sistema de valores objetivos dotados de una unidad material y que son la suprema expresión del orden axiológico de la comunidad (que es parte de la influencia estoica y medieval). Esta visión objetiva se traduce en la interpretación de las normas efectuadas desde la supremacía de estos valores objetivos. En esta línea de pensamiento se encuentra el juez Cançado Trinidad, que es de la opinión que los derechos humanos responden a una ubicación jerárquica superior a cualquier acuerdo estatal.¹¹⁵ En este sentido, indica que el derecho existe para el ser humano y el *droit des gens* no es la excepción, garantizando sus derechos. Todo el nuevo corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos ha sido construido sobre la base de la imperatividad de protección y el interés superior del ser humano. (Cançado Trinidad: 2011, p. 6, 13)

Otros autores que también se inclinan por esta postura son Enrique Luño Peña y Antonio Fernández-Galiano para quien todo *iusnaturalismo* es una forma de objetivismo jurídico, ya

¹¹⁵ Sin embargo, se debe aclarar que el alcance que le otorga este juez de la Corte Internacional de Justicia no llega, a nuestro parecer, a la aceptación del uso de la fuerza para su protección.

que, según él, todo fundamento de los derechos humanos debe asentarse ‘en un orden superior, objetivo, que pueda ofrecer un fundamento de carácter universal y al que, por consiguiente, pueda apelarse en todo tiempo y lugar’ (Fernández-Galiano: 1990, p. 166)

Sin embargo, según Pérez Luño, el mayor problema con esta tesis es su limitación en torno a la imposibilidad de su concreción, que pueden convertirse, siguiendo las palabras de Habermas, en objetivismos irracionales. Esto es porque es difícil universalizar esta fundamentación respecto a quienes no creen en la trascendencia. (Pérez Luño : 1983, p. 22 ; Wanderley: 2009, p.139)

En segundo lugar, se observa la perspectiva subjetivista (influencia racionalista de la edad moderna) cuyo mérito consiste en haber configurado un sistema de derechos de defensa de la autonomía personal frente a las injerencias del poder. Esta perspectiva proviene del liberalismo. Entre los pensadores a favor de esta postura se encuentran John Rawls, Robert Nozick y Ronald Dworkin, los cuales dan una justificación constructivista apoyada en una sólida argumentación racional, se trata, según Dworkin, de un modelo constructivo, en el que la concepción de los derechos y libertades básicos como derechos naturales, se halla en función de su idoneidad para unificar y explicar sus propias convicciones políticas. (Pérez Luño: 1983, p.38-39)

La crítica que recibe este tipo de doctrinas, continúa diciendo Pérez Luño, al concebir los derechos humanos como categorías al servicio de la individualidad, terminan por ignorar las exigencias concretas de los individuos por carecer de una adecuada justificación antropológica de sus presupuestos, o como diría Habermas, acaban convirtiéndose en subjetivismos mitológicos. (Pérez Luño: 1983, p. 43-44; Wanderley: 2009, p.139)

Por último, la perspectiva intersubjetiva que ha contribuido a potenciar la orientación teórica y jurisprudencial tendente a afirmar la multifuncionalidad de los derechos atendiendo la diversidad de objetivos perseguidos en un sistema axiológico pluralista. (Pérez Luño: 2005, p. 178)

La perspectiva intersubjetiva concibe a los valores como categorías que, por expresar necesidades social e históricamente compartidas, permiten suscitar un consenso generalizado sobre su justificación (esta noción comparte el elemento de justicia alegado por los estoicos, el *consensus omnium gentium*). El exponente de este enfoque es el citado Jürgen Habermas que propone un tipo de intersubjetivismo destinado a explicar y fundamentar consensualmente la verdad de los argumentos y corrección de las normas que regulan la actividad social. Para Habermas la fundamentación de los derechos humanos debe orientar a la praxis política en cuanto normas básicas del sistema y por lo tanto entrañan máximas-guías-directrices del proceso de transformación de la sociedad. (Pérez Luño 2005: 164-167)

Se debe destacar que el enfoque *intersubjetivo* es el que parece más acertado para los fines de esta investigación, dada su concordancia con el constructivismo y el *iusnaturalismo* deontológico, que conlleva a otorgarle al contenido de justicia la acepción de los derechos naturales entendidos como aquellos que engloban, según el contexto y la época, las necesidades esenciales del hombre inherentes a su dignidad, las cuales son parte de una construcción social generada por el consenso general de la humanidad.

3.4.2 Los derechos humanos como normas internacionales generalmente aceptadas

Partiendo de la fundamentación intersubjetiva que posee como punto de referencia un consenso generalizado sobre la justificación de los derechos humanos, se hace posible la remisión al plano internacional y especialmente al concepto de normas de *ius cogens*. Esto es así dado que –de conformidad con la perspectiva estoica y medieval- un consenso generalizado implica un acuerdo que involucre no solo a una nación sino a toda la sociedad internacional¹¹⁶.

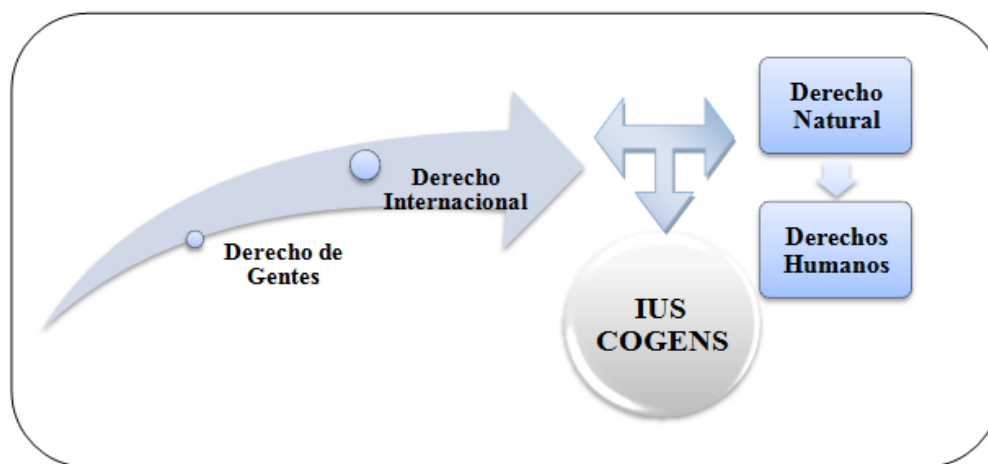


Gráfico 3.2. *Relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Natural.*

Fuente: Elaboración propia.

Como se recordará, desde la época clásica en Roma, existe una relación confusa entre el denominado derecho de gentes y el derecho natural; la confusión persiste hasta la edad moderna en donde se concluyó que tanto el derecho de gentes (ya concebido como derecho internacional) como el derecho natural se encuentran relacionados de una forma no absoluta. Así tenemos que, en el marco del derecho natural se retoma uno de los elementos de la justicia según el estoicismo que es el consenso general de todos los pueblos y además se retoma el elemento de dignidad esencial de la persona que posteriormente se transformó en la noción de derechos humanos. Por el lado del derecho de gentes, *ius gentium* o derecho internacional que consagra los principios racionales comunes a todas las naciones.

Al hacer un intento de unir todos los elementos tanto del derecho de gentes como del derecho natural, se obtiene que en el derecho internacional actual existen elementos incorporados del derecho natural que poseen carácter *erga omnes*, es decir, abona al surgimiento de, entre otros¹¹⁷, la noción del *ius cogens*, que posee una aplicación general y obligatoria consensuada por los Estados. (Ver gráfico 3.2)

¹¹⁶ Aunque se emplea el término *sociedad internacional*, se debe indicar que algunos autores consideran inadecuado y hasta imposible dar una definición académica precisa a dicho término. El uso del término *sociedad internacional* tiene su origen en el aporte de Hedley Bull (1932-1985), fundador principal de la escuela inglesa de Relaciones Internacionales, quien hace referencia a este término en su libro *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*. London: Macmillan, 1977.

¹¹⁷ También ha abonado a la conformación de los principios generales del derecho internacional, que se aplican en el ámbito de la interpretación del derecho. No es sino hasta finales del siglo XVIII, con la aplicación del

Las normas de *ius cogens* se definen como aquellas disposiciones imperativas que los Estados no pueden violentar y por ende ven limitada su libertad. Con la adopción de estas reglas los Estados han tomado una posición sobre el tema de la fundamentación del derecho internacional vinculado al derecho natural. (Pastor Ridruejo: 2011, p.43). Expresada en los términos del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969):

...para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario, y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter.

De la definición de la Convención de Viena de 1969 se derivan dos elementos que se deben destacar, el primero es el de la jerarquía o superioridad del *ius cogens* con respecto a las demás normas de derecho internacional contemporáneo, y, el segundo, el contenido de dichas normas.

Con relación al primero de los elementos se debe mencionar que el concepto de *ius cogens* está basado en la aceptación de valores fundamentales y superiores dentro del sistema de normas internacionales, reflejo de la influencia del pensamiento *iusnaturalista*. (Shaw: 1997, p.98) Esta superioridad, no obstante, no es derivada de una fundamentación objetivista de la ley natural, sino intersubjetivista, en el sentido que tales normas deben cumplir con el requisito de ser consensuadas de forma general en la comunidad internacional, lo que implica que para su modificación o incluso construcción este requisito debe ser llenado. (Malanczuk: 1997, pp. 57-58; Pérez Luño: 2005, p.167) En consecuencia, aunque de cierta forma sí se admita la superioridad de las normas de *ius cogens*, para poder hacer efectiva dicha superioridad debe existir certeza de cuáles normas las componen, lo que nos lleva al segundo elemento, el de su contenido.

La determinación de cuáles sean en concreto las normas de *ius cogens* es un problema de alto valor al que se dedicó la Comisión de Derecho Internacional (ILC) al redactar el artículo 53 previamente citado, sin embargo, ante la diversidad de opiniones y posiciones entre los Estados no se logró llegar a una lista ni siquiera ejemplificativa de tales normas¹¹⁸. Para solucionar esta indeterminación sustantiva, el artículo 66 de la Convención de Viena de 1969 estableció la jurisdicción obligatoria para las controversias relacionadas con el *ius cogens*, para que de esa forma se llegue a una consolidación jurisdiccional de su contenido¹¹⁹. (Malanczuk: 1997, p.59; Pastor Ridruejo: 2011, p. 44-45)

arbitraje, que se le otorgan a estos principios una conciencia plena de la operatividad para la solución de problemas internacionales, ya que las jurisdicciones arbitrales tomaron los principios de los ordenamientos jurídicos internos y los aplicaron a las relaciones internacionales (Pastor Ridruejo: 2011, p. 39).

¹¹⁸ Con relación a ello, conviene citar al español Espaliú Berdud, quien determina que la ausencia de positivación anterior y posterior a la Convención de Viena de 1969 no es completamente estéril en cuanto a su significado, pues el que se haya consolidado la noción del *ius cogens* sin que se haya nunca positivado ninguna norma imperativa demuestra que el elemento espiritual o valorativo es más importante que el técnico jurídico, con lo que se comprueba la incidencia indubitable del derecho natural (universalidad y superioridad) en su establecimiento. (Espaliú Berdud: 2015, p.118)

¹¹⁹ Al respecto, el juez Lauterpacht deseaba establecer un órgano responsable de establecer la moralidad sobre el objeto de los tratados. (Nieto Navia: 2003, p. 595)

En seguimiento de lo anterior, un excelente referente para precisar cuáles pueden ser las normas del *ius cogens* internacional la suministra la Corte Internacional de Justicia¹²⁰ en sus diversas sentencias, por ejemplo la del 5 de febrero de 1970 en el caso *Barcelona Traction*, en donde se menciona la responsabilidad de la comunidad internacional en su conjunto, para caracterizar el tipo de obligación *erga omnes*, “estas obligaciones –según el Tribunal- resultan, por ejemplo, en el Derecho Internacional Contemporáneo de la puesta fuera de la ley de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona, comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial.” (CIJ: 1970, p.31; Malanczuk: 1997, p.59)

Otra sentencia que conviene citar, como parte del reconocimiento de la práctica estatal, es la del 3 de febrero de 2012 en el caso de Alemania contra Italia sobre las *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado*, en ella se determinó que las normas imperativas de derecho internacional son prioritarias a aquellas que otorgan inmunidades, pues el valor que reportan las primeras, vinculadas a la naturaleza del ser humano y la fundamentación axiológica de toda norma internacional, deben ser aplicadas por sobre toda otra norma jurídica internacional. (Espaliú Berdud: 2015, p. 115)¹²¹

En estas apreciaciones de la Corte Internacional de Justicia se puede observar la inclusión de los derechos humanos como parte del contenido reconocido del *ius cogens*. Y es que el concepto de *ius cogens* constituye un tema crucial desde que las jurisdicciones internacionales comenzaron a utilizarlo para la fundamentación de sus decisiones (Garibian, *et.al.*:2012, p.8) Otro ejemplo de jurisprudencia internacional que reconoce la supremacía del *ius cogens*, es el fallo del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia en el caso de *Furundžija*, donde se consideró que una prohibición con la categoría de *ius cogens* servía para deslegitimar cualquier medida interna de naturaleza legislativa, administrativa o judicial que la desconozca (Carrillo Santarelli: 2008, p. 70)

Adicionalmente, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Roach y Pinkerton contra Estados Unidos* se refirió a las normas de *ius cogens*. Los demandantes alegaban el derecho a la vida consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos. En este caso la Comisión, por primera vez, establece que el concepto de *ius cogens* se deriva de un *orden superior* de normas legales establecidas en tiempos antiguos y que no pueden ser contravenidas por las leyes del hombre o de las naciones, pues son necesarias para proteger el interés público de la sociedad de las naciones. Finalmente, la Comisión, afirma que los Estados miembros de la OEA reconocen

¹²⁰ La Corte Internacional de Justicia, también llamada Tribunal Internacional de Justicia, es el principal órgano de las Naciones Unidas. Fue establecida en 1945, en La Haya, Reino de los Países Bajos, siendo la continuadora, a partir de 1946, de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Está encargada de decidir conforme al Derecho Internacional las controversias de orden jurídico entre Estados y de emitir opiniones consultivas respecto a cuestiones jurídicas que pueden serle sometidas por órganos o instituciones especializadas de la ONU. (Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: 1946, artículo 1-2)

¹²¹ Existen otras sentencias que también han colaborado con la conformación actual del *ius cogens* internacional, por ejemplo, la sentencia del 3 de febrero de 2006 de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Asunto de las Actividades Armadas sobre el territorio del Congo, Congo v. Uganda*, en el cual se hace referencia a la prohibición de genocidio como una norma de derecho internacional general. (CIJ: 2006, párr.15, 56)

una norma de *ius cogens* que prohíbe la ejecución de niños y de menores de edad. (Quispe Remón: 2010, p. 53-54) Nuevamente, se destaca la universalidad y superioridad de estas normas.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) hace referencia por primera vez al *ius cogens* en el caso de *Aloeboetoe*, donde declara la nulidad de un tratado por ser contrario a las normas imperativas de derecho internacional general. Más concretamente, en el año 2003, la CIDH desarrolla, en su opinión consultiva OC-18/03, el alcance e importancia del *ius cogens* y determina que la naturaleza de estas normas son aplicables a todo Estado, independientemente de que se trate o no de un determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Con lo cual la Corte rescata el elemento de la universalidad heredada del componente axiológico del *ius cogens*. (Quispe Remón: 2010, p. 64)

En la misma línea de la jurisprudencia internacional, doctrinariamente, el profesor Carrillo Salcedo establece que dentro las normas de *ius cogens* se encuentran ‘unos derechos fundamentales de la persona humana que todo Estado tiene el deber de respetar y proteger’ lo cual responde al mínimo jurídico esencial que la comunidad internacional precisa para su supervivencia (Ruíz Miguel: 2009, p.284-285).

Siguiendo al profesor Carrillo Salcedo, debería entenderse entonces que los derechos humanos forman parte de una normativa superior por decisión de los mismos Estados, lo cual es compatible con la perspectiva intersubjetiva de Habermas, al introducir el elemento del consenso general de los Estados, que consideran la esencial dignidad humana como el valor que debe guiar la práctica política y la normativa internacional. *Contrario sensu*, lo anterior implica que los Estados no pueden regir sus actuaciones ni tomar decisiones que violenten esas normas generalmente aceptadas. Claro está que se trata de una visión deontológica del derecho que deberá ser siempre confrontada con la historia y la experiencia actual.

Sin embargo, el acordar introducir los derechos humanos en las normas de *ius cogens* y por lo tanto, aceptar su superioridad no es el final de historia. Para efectuar una correcta protección de tales derechos, retomando el enfoque racionalista de la maximización de los valores, se debe introducir ya sea en forma jurisdiccional o en la codificación, la composición y los deberes que traen aparejados, sobre todo en los casos donde existe conflicto entre actuar para proteger u omitir porque la consecuencia de la actuación puede ser más gravosa para el bien jurídico tutelado (los derechos).

Consciente de lo anterior, la sociedad internacional ha efectuado esfuerzos de codificación de los derechos humanos para su protección, este resguardo se ha realizado tanto a nivel de las constituciones (ámbito doméstico), nivel regional (con las organizaciones internacionales de carácter regional, por ejemplo, la Unión Europea, entre otras) y a nivel universal con la suscripción de tratados internacionales y la creación de organismos dedicados a la protección de los derechos humanos (se tienen varios ejemplos en el marco de Naciones Unidas, tal como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes). También los individuos han tomado consciencia de la importancia de los derechos lo que ha generado el surgimiento de diversas organizaciones no gubernamentales aliadas con ese propósito.

Rescatar el enfoque intersubjetivo de los derechos humanos y su vinculación con *el ius cogens* es fundamental de cara a verificar su aplicación en el marco de las normas de *ius ad bellum* consagrado en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, régimen internacional vigente y aprobado por casi la unanimidad de los Estados soberanos de la actualidad. En ese sentido, ahora pasamos a estudiar a estos derechos desde la perspectiva de la norma internacional y su alcance sobre la norma previamente construida: la prohibición de la intervención militar.

**CAPÍTULO IV. LA INTERVENCIÓN MILITAR EN EL ORDEN JURÍDICO
INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO: EL DILEMA NO CONCLUIDO DEL
SIGLO XXI**

“Uno llama crueldad a lo que otro cree justicia”¹²²

Thomas Hobbes

En los capítulos anteriores se ha analizado, desde una perspectiva histórica, la construcción de dos procesos contrapuestos en torno a un mismo tema; el primero de ellos, referente a la consolidación de la norma jurídica que proscribe la intervención militar y el segundo, relativo a la edificación de un argumento moral que legitima su utilización. Este último capítulo está dedicado al estudio del dilema actual que representa en el orden jurídico internacional la invocación de razones humanitarias para legitimar una intervención militar. De forma concreta, se examinará la figura de la ‘Responsabilidad de Proteger’ (R2P) en su tercer pilar – respuesta oportuna y decisiva-, cuya pretensión es la de ser aceptada como una excepción axiológica-moral legítima y suficiente a la norma.

Para el cumplimiento de los propósitos indicados, este capítulo se desarrollará en tres partes, primero, será necesario efectuar una breve referencia al marco jurídico internacional en cuyo contexto se desarrolla el debate, segundo, las posturas doctrinales actuales sobre la teoría de la guerra justa por razones humanitarias, o dicho en otras palabras, sobre la ‘intervención humanitaria’, y tercero, la figura de la ‘Responsabilidad de Proteger’ la cual se presenta como la manifestación concreta del dilema de la incorporación normativa, presente en el siglo XXI.

Adicionalmente, se estima necesario mencionar que en este último capítulo, específicamente en el último apartado, se hace un análisis jurídico normativo en aplicación de ciertos elementos teóricos establecidos lo largo del estudio –sin dejar de lado el debate doctrinario-, con lo anterior se permite dar una respuesta novedosa desde el ámbito de los valores al paradigma legalista tan altamente criticado por los filósofos moralistas.

4.1 El problema del orden jurídico internacional para la consecución de la paz como justicia

A diferencia de la época medieval o moderna¹²³, el mundo actual se encuentra regido por un marco jurídico internacional que establece restricciones a los Estados para hacer la guerra - ‘*ius ad bellum*’-. En el capítulo II se demostró que esta concreción jurídica, relativa a la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, no fue positivada por la voluntad antojadiza de ciertos doctrinarios o líderes políticos, sino más bien responde a un proceso social-histórico complejo que interrelaciona diversos aspectos como la soberanía, el poder y el monopolio de la violencia (ver apartado 2.2).

La creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) anunciaba, tal como lo establece el filósofo colombiano Hoyos Vásquez, el triunfo de la doctrina kantiana, y parecía que se había puesto en marcha un proceso para erradicar la guerra mediante el respeto del derecho internacional, la utilización de medios pacíficos de controversias y el traslado del monopolio de la violencia a un tercero independiente –para el caso, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas- que garantizare la paz y la seguridad internacional. (Truyol: 1979, p. 58;

¹²² Frase retomada del capítulo IV, de *El Leviatán*. Ver Hobbes, T. (1996), *Del ciudadano y Leviatán*, Estudio preliminar y antología de Enrique Tierno Galván, (Traducción Enrique Tierno Galván y M. Sánchez Sarto), Madrid: Editorial Tecnos, p.16.

¹²³ Períodos donde primaba la voluntad estatal y no existía ningún límite jurídico vinculante en cuanto a la potestad de hacer la guerra.

Hoyos Vásquez: 2004, p.18) Así, el centro de gravedad de las Naciones Unidas se constituyó en el Consejo de Seguridad, órgano encargado del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, y al cual se le dio la potestad de autorizar, en casos excepcionales, el uso de la fuerza, de conformidad con lo establecido en el capítulo VII de la Carta (Ver apartado 2.3).

Este supuesto ‘traslado’ del monopolio de la violencia al Consejo de Seguridad implicaba, sin lugar a dudas, un cambio en la concepción de la soberanía estatal al reconocer a un tercero –diferente de los Estados- como la autoridad que tuviese la decisión última sobre el empleo de la fuerza a nivel internacional. (Pastor Ridruejo: 2011, p. 704) Idealmente, y siguiendo a Sorensen, la ONU fue concebida como un sistema de policía; en cuyo esquema original la paz era colocada por encima de todos los demás objetivos, proponiéndose la imposición de este valor por medio de un Consejo de Seguridad, lo cual, en teoría, garantizaba el fin buscado. (Sorensen: 1973, p. 81)

Sin embargo, al momento de concretar las atribuciones y responsabilidades del citado órgano en la Carta de las Naciones Unidas (CNU), este se concibió influenciado por, lo que denominados, un rezago de corriente hegeliana en la persecución del interés estatal (Ver apartado 2.2, p. 52). El sistema de policía nunca se creó y las decisiones del Consejo de Seguridad se encontraron dominadas, mediante el poder de veto, por los cinco Estados que todavía entonces se consideraban como las grandes potencias a nivel internacional. Esto, a nivel práctico, genera aún hoy serios problemas en la consecución de los objetivos de la ONU, es decir, en búsqueda de la paz.

Sobre lo anterior, a pesar de que existen varios doctrinarios que apuestan por un pacifismo jurídico basado en el derecho y la proscripción del uso de la fuerza, tal como Hans Kelsen, Norberto Bobbio¹²⁴, Luigi Ferrajoli y Jürgen Habermas, el diseño deficiente de las Naciones Unidas ha hecho que el orden jurídico internacional previamente instaurado sea tambaleante, lo cual se evidencia en recientes casos donde se ha invocado la necesidad de decisiones objetivas del Consejo de Seguridad, pero tales decisiones se ve imposibilitadas en razón de los intereses estatales de alguno de los cinco miembros permanentes de dicho órgano. Basta recordar los casos de Corea (1950), Ruanda (1994), Kosovo (1999). (Sorensen: 1973, p. 713; Iglesias: 2000, p. 396, Wheeler: 2003, p. 215; Pastor Ridruejo: 2011, p. 627-628)

Al respecto, señala Habermas en su artículo *La idea kantiana de la paz perpetua*, que si bien las Naciones Unidas pudo tener influencia kantiana esta noción necesita una revisión, que se podría traducir en una reforma al sistema para lograr su mayor eficacia. (Habermas: 1997, p. 62)

Esta reducida eficacia del derecho internacional contemporáneo, específicamente en el tema del uso de la fuerza, ha hecho que surjan nuevas teorías que ponen en tela de juicio o que pretenden ampliar el significado de las normas contenidas en la Carta de Naciones Unidas. Por ejemplo, la creación de nuevos términos como el de ‘soberanía compartida’ o ‘seguridad

¹²⁴ Quienes argumentaban que de modo análogo a cómo los individuos solo pueden garantizar su seguridad renunciando a su capacidad de usar la violencia en beneficio de un poder común, los Estados sólo podrán conseguir establecer entre ellos relaciones pacíficas si renuncian a su capacidad de hacer la guerra entregando el monopolio de la violencia a un tercero superior. (Ruiz Miguel: 2000, p. 203-206)

humana¹²⁵, asimismo, el surgimiento de interpretaciones sobre la soberanía estatal como una ‘hipocresía organizada’¹²⁶ que preconiza Krasner, doctrinas que, en última instancia, permiten la invocación de razones morales –entiéndase humanitarias- como excepción legítima no legal al uso de la fuerza en las relaciones internacionales, tema objeto del presente estudio.

Previo a exponer las principales teorías en torno a la intervención con fines humanitarios, se considera necesario efectuar tres precisiones breves de suma importancia que deberán tomarse en cuenta al momento de efectuar el análisis entre la norma jurídica y la moral invocada: la fundamentación axiológica de la prohibición de la intervención militar, el carácter de *ius cogens* de la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y el tema de la eficacia del derecho.

a) Fundamentación axiológica de la norma que prohíbe la intervención militar.

Desde el plano jurídico de la validez de la norma, se debe mencionar que la entrada en vigor de la Carta de Naciones Unidas implicó un giro importante del derecho internacional hacia el *iuspositivismo*, por influencia kelseniana (ver apartado 1.4.2). Esta modificación se debió, en parte, al cambio de la función del derecho internacional, que pasó de ser competencial y relacional – es decir, de distribución de competencias estatales- a una función enfocada en la creación de condiciones de paz mediante la cooperación institucionalizada, lo cual exigía – y aún hoy lo exige- una regulación positiva específica en diversas materias. (Pastor Ridruejo: 2011, p. 66)

Sin embargo, a pesar de la tendencia *iuspositivista* del derecho internacional contemporáneo, se debe rescatar, como ya hemos sostenido *supra*, la necesidad de que, por razones históricas y de practicidad, estas normas se encuentren vinculadas a los valores, pues éstos actúan de forma referencial o deontológica dotándole de contenido a la acción humana históricamente construida. (Ferrajoli: 2011, p. 339-340)

En el plano jurídico, con la aprobación de la Carta de Naciones Unidas y la supresión del *ius ad bellum*,¹²⁷ se somete por primera vez a los Estados al valor de la paz y los derechos humanos. El argumento se remite a la naturaleza propia del derecho, pues las normas jurídicas internacionales tienen como fin exclusivo la paz, estado idóneo para garantizar los derechos humanos (vida, libertades fundamentales, derechos sociales a la supervivencia). Dicho en otras palabras, la norma prohibitiva del uso de la fuerza en las relaciones internacionales responde a la búsqueda de condiciones de paz y seguridad como garantía secundaria para el goce de los derechos humanos, lo cual se configura en su fundamentación axiológica normativa (ver apartado 3.4; Ferrajoli: 2005, p. 33; Ruíz Miguel: 2009, p. 239)

¹²⁵ La seguridad humana es entonces definida como “la protección de los individuos contra las amenazas, estén acompañadas o no de violencia; una empresa destinada a construir una sociedad mundial, una sociedad donde la seguridad del individuo está en el centro de las prioridades internacionales y se convierte en la motivación de la acción internacional, una sociedad donde las normas humanitarias internacionales y las reglas del derecho progresan y constituyen una red sólidamente tejida que protege a los individuos.” (David: 2008, p.130)

¹²⁶ Al respecto, Krasner dedica todo un estudio por medio del cual llega a la conclusión que ‘los principios asociados con la soberanía siempre han sido violados, ésta es más bien entendida como una hipocresía organizada’. (Krasner: 2009, p. 197)

¹²⁷ Hecho también reconocido en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, concretamente en sus artículo 19 y 21.

- b) El carácter de *ius cogens* de la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

Los valores esenciales que incorpora la norma de la prohibición del uso de la fuerza tienen tal importancia para la convivencia en las relaciones internacionales que habilitan su categorización como una norma de derecho internacional general o de *ius cogens*. (Ver apartados 1.2.2; 1.4.1; 1.4.2; 2.3 y 3.4.2) En última instancia, tal como se ha señalado en líneas previas, estos valores son el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales como garantía del goce de los derechos humanos.

Las normas de *ius cogens* son aquellas normas imperativas que los Estados no pueden violentar en razón de su jerarquía y contenido, derivado del *iusnaturalismo*. Su determinación como tal deviene, a nuestro criterio, del cumplimiento de dos elementos resultantes de la influencia estoica. El primero de ellos, el de la *recta razón* que implica la posesión de valores aceptados como fundamento axiológico del derecho, y el segundo, *consensus ómnium gentium* o consenso general de la humanidad.

Con relación al primer elemento, la *recta razón* implica la búsqueda de la justicia en los valores que poseen cierta pretensión de validez y normatividad, y que son de carácter universal. Aplicado al caso concreto, la paz representa un valor objetivo que se configura como elemento esencial del orden axiológico de la comunidad (Perez Luño: 2005, p. 178) Y esto es así, porque son parte, en palabras de Ferrajoli, de las garantías primarias del derecho internacional, esto es como medio para salvaguardar los derechos humanos. (Ferrajoli: 2004, p.116-117, 143)

El segundo elemento, se trata del *consensus ómnium gentium* exigido en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, es aquí donde entra el carácter intersubjetivo del derecho natural, aceptado por Habermas, y que se relaciona con su contenido. (Perez Luño: 2005, p. 164-167) Este requisito implica el convencimiento de una mayoría que se aproxime bastante a la universalidad, sobre la obligatoriedad de la proscripción de la amenaza y uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Este consenso general puede ser constatado, a nuestro parecer, en dos fuentes inequívocas debido su carácter *universal*, la primera, en la Carta de Naciones Unidas, en su preámbulo y su artículo 2.4, en donde se establece expresamente la norma en referencia; y la segunda, derivada de la jurisprudencia internacional de la Corte Internacional de Justicia. (Simma: 1995, p.52-53; Gómez Robledo: 2003, p. 77-78, 83-85, 90-91)

La Corte Internacional de Justicia, en el párrafo 190 de la sentencia del 27 de junio de 1986, del *Caso concerniente a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, de Nicaragua contra Estados Unidos de América reconoció al principio de la prohibición del uso de la fuerza como una regla de derecho internacional con carácter de *ius cogens*¹²⁸:

¹²⁸ El carácter de *ius cogens* de la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, también es reiterado en la Opinión Consultiva del 22 de julio de 2010 de la Corte Internacional de Justicia, en el caso de la *Conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo* (CIJ: 2010, párr. 81)

“190. La validité en droit coutumier du principe de la prohibition de l'emploi de la force exprimé à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies trouve une autre confirmation dans le fait que les représentants des Etats le mentionnent souvent comme étant non seulement un principe de droit international coutumier, mais encore un principe fondamental ou essentiel de ce droit. Dans ses travaux de codification du droit des traités la Commission du droit international a exprimé l'opinion que le droit de la Charte concernant l'interdiction de l'emploi de la force constitue en soi un exemple frappant d'une règle de droit international qui relève du *jus cogens* (paragraphe 1 du commentaire de la Commission sur l'article 50 de ses projets d'articles sur le droit des traités, Annuaire de la Commission, 1966-11, p. 270).”

Luego, ante la pregunta sobre la modificación fundamental del principio de no intervención relativo a que todo Estado tendría el derecho de intervenir con o sin empleo de la fuerza armada para apoyar a la oposición interna de otro Estado, cuya causa parecería particularmente digna en razón a los valores políticos o morales, la Corte Internacional de Justicia fue contundente al afirmar que ni la práctica, ni la *opinio juris* derivada de la tesis de Bentham, permiten sostener la existencia de esa regla en cuestión.

En conclusión, la incorporación de la prohibición del uso de la fuerza como norma de *ius cogens*, y por ende, de derecho internacional general, tiene como consecuencia principal que su contenido no puede ser modificado a menos por otra norma de igual carácter. Esta última apreciación se debe tener presente al momento de efectuar un análisis axiológico de esta norma y la consagración de sus posibles excepciones.

c) La reducida eficacia de la norma internacional.

Por último, dado que una de las razones principales invocadas para en el tema de la intervención humanitaria es la reducida eficacia del derecho internacional, es menester efectuar la diferenciación de validez y eficacia de la norma, las cuales forman parte de dos categorías distintas. Según Norberto Bobbio, una norma será válida siempre que exista como tal, independientemente del juicio de valor sobre su contenido de justicia. La validez jurídica de una norma equivale a la existencia de esa norma como norma jurídica, lo cual se comprueba mediante tres operaciones: a) Expedición por autoridad competente, b) Comprobar que no ha sido derogada y c) Comprobar que no sea incompatible con otras normas del sistema de mayor jerarquía. Por su parte, la eficacia del derecho se refiere al cumplimiento de la norma por sus destinatarios. (Ver apartado 1.4.2; Prieto Sanchís: 1996, p. 16-17; Bobbio: 1998, p.36)

Lo anterior significa que el incumplimiento de una norma jurídica no afecta su validez, ni su justicia, siempre y cuando cumpla con los requisitos formales establecidos y persiga los fines deontológicos de la norma. (Bobbio: 1998, p. 37-38) En tal sentido, el problema del diseño de la norma que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, se perfila de carácter histórico-social y no de naturaleza normativa, esto implica que la eficacia reducida de la disposición no es un argumento jurídico adecuado para justificar su inaplicabilidad, en tanto sigue siendo una norma válida y justa, según los parámetros indicados al abordar los valores perseguidos por la norma, llegando inclusive a la categoría de *ius cogens* internacional.

Una vez expuestas estas tres precisiones en torno al carácter de la norma jurídica que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, se procede a continuación a

analizar el debate doctrinario actual sobre la invocación de razones ‘humanitarias’ para intervenir militarmente en el marco del orden jurídico internacional previamente descrito.

4.2 La intervención militar humanitaria. Un debate no concluido.

En líneas previas se ha hecho referencia a la importancia que posee la proscripción del uso de la fuerza en el derecho internacional contemporáneo, sin embargo, a pesar de lo anterior, actualmente está siendo cuestionada por la aparición de justificaciones de carácter moral que invocan razones humanitarias sobre la norma jurídicamente instaurada.

En este momento es importante realizar una precisión de tipo técnico, y es que no se trata de confrontar el principio de no intervención simple y llano, pues aunque éste es fundamental en las relaciones internacionales, resulta indudable que los asuntos relativos a los derechos humanos no pertenecen al dominio reservado de los Estados, y si bien la Comisión de Derecho Internacional (CDI) ha reiterado la importancia que tiene el principio de no intervención en el derecho internacional contemporáneo, también ha expresado que hoy tiene un alcance más limitado, en particular debido a las ‘disminuciones del número de situaciones que podrían ser consideradas como asuntos internos y al planteamiento de situaciones, sobre todo relacionadas con los derechos humanos’ (CDI: 1995, p.47-48)

En este sentido, el problema no se perfila con relación específica y exclusiva a la no intervención en los asuntos internos, también está relacionado con el uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Al respecto, como lo señala Garzón Valdés: ‘lo grave de la intervención militar no es que sea intervención, sino que sea militar’ pues se trata un tipo de acción que, a su vez, puede afectar de modo grave a los derechos humanos. (Garzón Valdés: 1990, p. 8)

Sobre lo anterior, el jurista Vargas Carreño ha expuesto que la armonización del principio del no uso de la fuerza con la necesidad de preservar los derechos humanos no siempre resulta fácil, su debate tiene sus orígenes en la teoría medieval de la guerra justa, y actualmente implica un estudio entre el contenido de la moral y el derecho. (Vargas Carreño: 2005, p.22)

En seguimiento a tal afirmación, en el capítulo III se ha constatando que la intervención por razones humanitarias no es un tema nuevo. La invocación de los pretextos humanitarios para hacer la guerra en el marco de la teoría de la guerra justa se consolidan con Aquino y Vitoria (ver apartado 3.2). Sin embargo, en el siglo XX, con la instauración de la Carta de Naciones Unidas, tales justificaciones dejaron de ser causales legítimos para intervenir militarmente. La invocación de estas razones en el marco jurídico internacional, representan un fuerte reto tanto para los estudiosos de la norma jurídica internacional como para los filósofos y politólogos.

El tema ha resurgido en razón de las acciones realizadas durante los últimos años, específicamente, después de finalizada la Guerra Fría, las cuales han abierto la puerta para que la comunidad internacional, ante situaciones que afectan gravemente a los nacionales de otros Estado, pueda acudir a protegerlo, rescatarlo o socorrerlo, inclusive mediante el uso de la fuerza (Vargas Carreño: 2005, p. 22) Sin embargo, para poder analizar el objeto en cuestión, se imprescindible dotarlo de contenido, en consecuencia, se requiere establecer una definición.

Entre una de las concepciones más completas, se encuentra la de Holzgrefe, quien indica que una intervención humanitaria se define como ‘la amenaza o el uso de la fuerza en las fronteras de un Estado, efectuado por otro y otros Estados dirigidos a prevenir o finalizar graves violaciones de derechos humanos de individuos distintos a sus ciudadanos, sin el permiso del Estado en cuyo territorio la fuerza se aplica’. (Holzgrefe, et. al.: 2003, p. 18)

El tema de la intervención humanitaria confronta dos núcleos esenciales normativos que poseen una fundamentación importante en el derecho internacional: el no uso de la fuerza y la observancia de los derechos humanos. Al respecto, han surgido diferentes doctrinarios contemporáneos que poseen posturas encontradas y que merece la pena estudiar en este apartado con el fin de retomar aquellos argumentos que se consideren válidos en torno a la fundamentación axiológica que pudiese sostenerse en torno a una posible excepción a la norma.

Uno de los pensadores principales obligatorios de citar es el filósofo Michael Walzer (1935 –?), autor de la obra *Guerras Justas e Injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*. Este autor afirma que las intervenciones militares por razones humanitarias están habilitadas desde la moral. Para sostener dicha postura toma en cuenta el argumento comunitarista, que se constituye en la columna vertebral de sus seguidores.

Para Walzer los derechos de la comunidad priman por sobre los individuales. El comunitarismo, por ende, consiste en la doctrina particular donde las normas son moralmente vinculantes siempre y cuando encajen en las creencias y prácticas específicas de la comunidad. En consecuencia, se impone un deber ‘justo’ de intervenir por razones humanitarias, siempre que encaje en culturas heredadas de las comunidades políticas. (Holzgrefe et. al.: 2003, p. 33)
En palabras del autor:

‘... la intervención humanitaria se justifica cuando representa una respuesta respecto a actos que conmueven la conciencia moral de la humanidad... a lo que nos referimos es al conjunto de convicciones morales de los hombres y mujeres corrientes, convicciones adquiridas en el trascurso de sus actividades cotidianas. Y dado que es posible plantear un argumento persuasivo en los términos que estipulan dichas convicciones, no creo que exista ninguna razón moral para adoptar esa actitud pasiva que se concreta en esperar la intervención de la ONU [como se espera... el advenimiento del Mesías]...’Cualquier Estado capaz de detener la matanza tiene, cuando menos, derecho a intentar hacerlo. En realidad el paradigma legalista excluye este tipo de esfuerzos, pero esto solo sugiere que en caso de no sufrir revisión alguna, el paradigma no puede explicar las realidades morales de la intervención militar.’ (Walzer: 2001, p. 157)

Michael Walzer se instaura como uno de los doctrinarios defensores de la intervención humanitaria, sin embargo, su postura presenta ciertos problemas que a continuación se expondrán:

El autor parte de la premisa que existen ciertos valores morales que son superiores a la norma jurídica instaurada (lo que él denomina como paradigma legalista), lo anterior permite ubicar su pensamiento en el marco del *iusnaturalismo objetivista*, desde la fundamentación axiológica de la norma internacional. Lo anterior se evidencia cuando manifiesta que ‘dado que en ocasiones la ONU pretende que ya es lo que apenas ha comenzado a ser, sus disposiciones no invitan a una actitud de respeto intelectual o moral, excepto, claro está, entre

los positivistas jurídicos... Los juristas han construido un mundo de papel que no se corresponde, en los puntos cruciales, con el mundo en el que aún vivimos el resto de los mortales'. No obstante, retomando lo expuesto por Bobbio, la aceptación de tal postura –que podría caer en el extremismo- acarrea una grave consecuencia, el sacrificio de la validez de la norma y su certeza (Bobbio: 1998, p. 36-42)

Walzer se olvida que el derecho internacional, específicamente la prohibición del uso de la fuerza, también posee una fundamentación axiológica basada en valores esenciales que fueron el resultado siglos de historia, que culminó en el consenso de la humanidad y que tienen una gran importancia jurídica, en torno a su superioridad y universalidad, por ser considerado como una norma de *ius cogens*.

Un tercer aspecto, consiste en que la postura de Walzer cae en el extremo moralista (ver apartado 1.3.2) que incita a los Estados a actuar según sus criterios morales –indeterminado- considerando, según su concepción que el único recurso que posee es el de hacer justicia mediante la guerra, con ello el derecho internacional se reduce a un conjunto de criterios morales que pueden o no ser observados, limitando así su validez. (Ruiz Miguel: 2009, p.255-258; Shaw: 1997, p. 21-22) Con ello, Walzer corre el peligro de encontrarse, tal como señala Ferrajoli, con el puro emotivismo. (Ferrajoli: 2011, p.339)

Sobre la postura de Walzer, también se pronuncia el profesor Ruiz Miguel, indicando que ni las importantes precisiones comunitaristas, ni los resultados a los que llega son coherentes con una justificación de las limitaciones a la autonomía estatal y, correlativamente, de las posibilidades de intervención armada basada en los derechos individuales. (Ruiz Miguel: 1996, p.63) La principal objeción que encuentra es que Walzer regresa a la teoría medieval de la guerra justa, fundamentando la intervención militar no sólo en la legítima defensa, como lo impone la Carta de las Naciones Unidas, sino por cualquier reivindicación de derechos y reparación de injusticias.

De forma transversal a lo previamente expuesto, nuevamente percibe una indeterminación de lo justo, lo cual otorga un amplio grado de discrecionalidad en torno a qué puede o no puede ser objeto de intervención humanitaria. Las '*graves violaciones a los derechos humanos*' también se configuran como una categoría jurídica vaga.

Por su parte, el profesor de la Universidad de Yale, Michael Reisman (1939-?), citado por Vargas Carreño, posee una opinión afín a Walzer, quien explica que el artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas, nunca fue concebido como un 'imperativo ético de pacifismo' sino que debe ser interpretado como inserto dentro del sistema de seguridad colectiva¹²⁹ organizado por la Carta. Este sistema, a juicio de Reisman, ha fracasado por la paralización del Consejo de Seguridad, por lo que la prohibición del uso de la fuerza debe ser interpretada dentro de los límites del postulado de legitimidad política. Esta postura permitiría entonces las intervenciones unilaterales legítimas. Sin embargo, aceptar tal postura representa un inconveniente en torno a la norma de *ius cogens* internacional, pues los postulados de legitimidad política en definitiva no pueden constituirse como una norma de derecho

¹²⁹ Seguridad colectiva que no solo existe en la Carta de las Naciones Unidas, sino en el Sistema Interamericano. Artículos 28 y 29 de la Carta de la OEA.

internacional general, además del amplio contenido que puede otorgársele en su interpretación. (Vargas Carreño: 2005, p. 26)

En seguimiento al profesor Reisman y a Walzer, aunque con menor desarrollo, se encuentran los argumentos de John Rawls (1921-2002) sobre la intervención por razones humanitarias. Según este pensador, un régimen político cualquiera no puede pedirle a sus ciudadanos que sacrifiquen sus vidas por cualquier motivo, al contrario, deja establecido que es la vida de los ciudadanos, sus libertades y sus instituciones, aquello que debe protegerse y respecto de lo cual debe evaluarse la agresión. Y aunque Rawls reconocía el deber de no intervención como uno de los principios de las sociedades liberales, la situación de pueblos sometidos a graves violaciones de los derechos humanos, por parte de sus Estados puede constituir una excepción, siempre que tenga ciertos grados de atrocidad, inmunidad a las sanciones y persistencia en la conducta. (Giraldo Ramírez: 2008, p. 51-53)

A diferencia de Walzer, con Rawls se da un intento por delimitar el contenido de las causas que pueden invocarse para recurrir a la intervención militar; y se observa la concurrencia de tres requisitos: primero, la gravedad de las violaciones a los derechos humanos, segundo, que se hayan agotado las demás sanciones posibles, y tercero, la reiteración de la conducta por parte del infractor. Con estos tres criterios, afirmaba Rawls podría constituirse una excepción a la norma que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales. (Giraldo Ramírez: 2008, p. 51-53) Y es que aquí, aunque sigue teniendo cierto contenido indeterminado, Rawls retoma la influencia del *iusnaturalismo racionalista*, al tratar de maximizar los elementos morales que serán objeto de regulación. No obstante, aún es debatible y no se puede considerar como una excepción general.

Por su parte, el profesor de política internacional de la Universidad de Birmingham, Nicholas Wheeler (1962-?), es un poco más reservado en su postura. Después de efectuar un análisis desde el derecho internacional sobre la intervención de la OTAN en Kosovo en 1999, se inclina por determinar que en ocasiones, la intervención militar para terminar graves violaciones de derechos tendrá que ser descartada por consideraciones de orden legal, pero es usual el caso cuando la justicia puede ser promovida sin violentar la normativa. En la opinión de Wheeler, el caso de Kosovo fue en observancia del orden jurídico establecido, al encontrarse basado en resoluciones previas del Consejo de Seguridad. (Wheeler: 2003, p. 216) No obstante, la interpretación que realiza este autor sobre el caso se estima muy extensiva, aunque se rescata que busca velar por el cumplimiento del orden internacional.

El profesor estadounidense Alex Bellamy, director del Centro de Asia y Pacífico de Responsabilidad de Proteger de la Universidad de Queensland, en su obra *Guerras Justas, de Cicerón a Iraq* (2009), sorprende, al inicio de su obra, con una postura moderada, reconociendo que el orden internacional se basa en la soberanía. Bellamy explica que las concepciones del bien tienden a ser construidas dentro de las comunidades políticas y tal indeterminación hace que el peligro de abuso de intervención militar por razones diversas sea real. No obstante, su postura termina inclinándose por una aceptación de la intervención humanitaria un tanto general, al argumentar que cuando cumple con las condiciones morales derivadas de la doctrina de guerra justa –tal como la autoridad correcta y causa justa-, la intervención no sólo es permisible, sino moralmente exigida, sujeta los cálculos de prudencia y proporcionalidad. (Bellamy: 2009, p. 342-343)

En este momento, se considera importante hacer notar que todos los autores previamente mencionados, con excepción de Ferrajoli y Vargas Careño, consideran posible efectuar una intervención militar con base en razones valorativas y no jurídicas, con ello se olvidan las tres precisiones fundamentales efectuadas al inicio de este capítulo, a saber la fundamentación axiológica de la norma del no uso de la fuerza, su naturaleza de *ius cogens* y la imposibilidad de alegar razones fácticas para rebatir la validez de una norma.

A nivel de Latinoamérica, el tema de la intervención humanitaria ha tenido cierto escepticismo. Durante más de un siglo, los países latinoamericanos mantuvieron la defensa absoluta del principio de no intervención, sin embargo, hoy se ven involucrados en el dilema de tomar en cuenta elementos humanitaristas en contra de una concepción inamovible de la soberanía. Al respecto, el ex juez del Tribunal Internacional de Justicia, citado por Vales, el argentino Hugo Caminos ha señalado que los tradicionales principios de soberanía y no intervención núcleo duro del Sistema Interamericano, están siendo relativizados en razón del apoyo mayoritario a la democracia y a los derechos humanos. Históricamente, Latinoamérica se ha encontrado renuente a aceptar la intervención humanitaria, por el temor que se convierta en una nueva forma de imperialismo, o pueda dar lugar al abuso del poder político. En tal sentido, amparados en la Carta de la OEA y en la corriente *iuspositivista*, la posición de los países latinoamericanos es que la intervención sólo puede tener lugar con base en una norma jurídica previa y con la autorización del Consejo de Seguridad. (Vales: 2001, p.1)

Respaldando lo anterior, el politólogo Ian Hurd indica que los instrumentos jurídicos de la Organización de los Estados Americanos que hacen posible el uso de la fuerza, en ocasiones son mal interpretados en el sentido de permitir la intervención humanitaria. Sin embargo, la Carta de la OEA no va tan lejos, pues, aunque está comprometida con la democracia y los derechos humanos, la intervención militar se encuentra expresamente prohibida. Según este autor, la OEA tiene no la autoridad para invadir, pues su capacidad únicamente se limita a suspender a un Estado de la Organización por un comportamiento fuera del derecho. (Hurd: 2011, p.300) En otras palabras, en el marco del Sistema Interamericano, aún no ha sido aceptada la intervención humanitaria.

Al respecto, Pastor Ridruejo hace una consideración de tipo histórico, al afirmar que si bien es cierto que en el derecho internacional clásico la tendencia era a admitir la licitud de las intervenciones por causa de humanidad, actualmente no es acertado sostener que la obligación o posibilidad de intervenir cuente con el asentimiento general, ni siquiera mayoritario de la comunidad internacional. La razón, según este autor, es que los Estados tienen temor que la aceptación de tal principio de lugar a comportamientos impregnados de doble moral o doble estándar, que es muy probable en cuanto a su indeterminación de justicia. (Pastor Ridruejo: 2011, p. 290)

A pesar de tal aseveración, Pastor Ridruejo sí prevé un único caso donde sería factible intervenir por causas humanitarias. De acuerdo a este autor, sería admisible la legitimidad de una intervención humanitaria, realizada unilateral o colectivamente, en los casos de los *failing states*, o Estados en descomposición o desfallecimiento. Si un Estado en descomposición es incapaz de prevenir o evitar la perpetración de un crimen tan grave como el genocidio, es decir es incompetente para desempeñar la función básica del mantenimiento el orden público a niveles mínimamente razonables, éste ya no es un Estado, perdiendo con ello su derecho de invocar el principio de no intervención. (Pastor Ridruejo: 2011; p. 291). Esta explicación

parece lógica, pero sigue manteniendo el problema sobre qué y quién determina un Estado en descomposición.

Finalmente, conviene citar al prominente jurista Ferrajoli, cuya postura, a nuestro parecer, es la más adecuada de cara a la fundamentación axiológica de la norma internacional, quien indica:

‘... la calificación de la guerra como ‘inevitable’ instrumento de garantía de los derechos expresa una absurda contraposición entre derechos y derecho, entre la sustancia y la forma de la tutela de los derechos humanos. Como si las formas fuesen procedimientos vacíos, y no técnicas de garantía de los derechos, y el derecho fuese un fetiche antes que un sistema de reglas capaz de impedir o al menos minimizar la violencia y la arbitrariedad [...] Pues es precisamente la ruptura de las reglas lo que explica no sólo el fracaso de los fines humanitarios, sino también las enormes responsabilidades de la guerra, directas e indirectas, en la violación de los derechos [...] La guerra, en efecto, comporta la regresión al estado salvaje, no solo en las relaciones internacionales sino también en las internas ...’ (Ferrajoli: 2004, p.45)

Una vez expuesta de forma general las posturas doctrinarias actuales sobre la intervención humanitaria, conviene remitirse a un caso de aplicación concreta, en donde se intentará observar todas las deficiencias expuestas, desde la fundamentación axiológica de la norma internacional en una figura que, invocando los valores, pretende configurarse como válida. Se procede entonces, estudiar la figura de la ‘Responsabilidad de Proteger’, específicamente en su tercer pilar, que involucra el uso de la fuerza militar.

4.3 La Responsabilidad de Proteger: la evolución de un dilema

La noción de intervención humanitaria, analizada a finales del siglo XX, ahora es desarrollada bajo la figura de la ‘Responsabilidad de Proteger’. Previo a plantear los problemas que se derivan de dicha herencia, se estima necesario efectuar una breve reseña histórica de su instauración como figura y pretensión normativa, para luego estudiar los dilemas concretos que representa su establecimiento como norma jurídica.

4.3.1 El surgimiento de la Responsabilidad de Proteger

En el año 2000, el Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, otorgó su informe del Milenio a la Asamblea General, en el que manifestó su preocupación por una década de catástrofes humanitarias que incluyen los abusos en Kosovo, Bosnia, Somalia y el genocidio de Ruanda, por lo tanto, Annan dedicó una gran parte de su informe a los temas de la intervención humanitaria y las operaciones del mantenimiento de paz. (Small: 2014, p. 179-180)

Motivados por la iniciativa del Secretario General, el gobierno canadiense creó en el año 2001, en respuesta, la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía Estatal (ICISS) a quien le otorgó la tarea de superar los debates doctrinarios sobre la guerra justa en el marco de la Carta de Naciones Unidas. El Comité redactó un informe titulado ‘Responsabilidad de Proteger’ (R2P), que regulaba aspectos relativos al dilema entre la soberanía y la protección de

los derechos humanos. La Comisión se encontraba compuesta¹³⁰ Gareth Evans, Presidente del *International Crisis Group* y ex Ministro de Relaciones Exteriores de Australia, y Mohamed Sahnoun, de Argelia, Asesor Especial del Secretario General de las Naciones Unidas y ex Representante Especial para Somalia y la Región de los Grandes Lagos, Lee Hamilton, Director del *Woodrow Wilson International Center for Scholars* (Washington D.C.) y del *Center on Congress* de la Universidad de Indiana. Fue miembro del Congreso de los Estados Unidos entre 1965 y 1999, Fidel Ramos, Presidente de la República de Filipinas de 1992 a 1998 y, desde 1999, preside la Fundación Ramos para la Paz y el Desarrollo, que se ocupa de la seguridad, el desarrollo sostenible, la gobernanza democrática y la diplomacia económica en Asia y el Pacífico, entre otros.¹³¹ (ICISS: 2001, p. vii; Small: 2014, p. 179-180)

El principal propósito de la Comisión era realizar una aproximación completa sobre el tema de la intervención militar por razones humanitarias pero con un enfoque novedoso. En ese sentido el informe contenía el desarrollo de nuevos conceptos como el de ‘soberanía como responsabilidad’ y ‘seguridad humana’. Asimismo, se eliminó el termino intervención humanitaria y prefirió la denominación ‘Responsabilidad de Proteger’ con la finalidad de cambiar las perspectivas inherentes al lenguaje tradicional, ya que éste tiene implicaciones más amplias que la intervención humanitaria, tal como la responsabilidad de prevenir y reconstruir. Otro cambio importante en la perspectiva lo constituye la determinar que el Estado es quien posee la obligación principal de proteger a sus ciudadanos, y que, sólo subsidiariamente, cuando éstos fallan, la responsabilidad recae en la comunidad internacional actuando por medio de Naciones Unidas. (ICISS: 2001, p.8-9, 16-17; Mazzanti: 2013, p. 89-90)

El informe de la Comisión no concibe a la ‘Responsabilidad de Proteger’ únicamente como intervención militar; el R2P está compuesto por tres etapas distintas y sucedáneas: prevenir, reaccionar y reconstruir, pero de estas etapas, interesa abordar, para objeto de la investigación, la de responsabilidad de reaccionar la cual incorpora el empleo de la fuerza por razones humanitarias. Es importante rescatar que la reacción militar planteada en el marco del R2P aplicará únicamente en aquellos casos donde la prevención ha fallado y después de revisar que no existe un recurso menos gravoso a implementar. (Evans: 2010, p.73)

Otro aspecto que se debe rescatar del informe, se refiere al establecimiento de criterios específicos, tomados de la escolástica española sobre la guerra justa, que actúan como el parámetro para establecer el derecho del *ius ad bellum*. Entre estos apartados se encuentran: la autoridad legítima, causa justa, último recurso, buenas intenciones y medios proporcionales,

¹³⁰ Llama la atención que quienes conformaron la Comisión, todos ellos tenían una postura a favor de la intervención humanitaria, y por sus cargos, parecería que tal posición conviene ser reforzada. Es criticable, que quienes conformaran la comisión fuesen únicamente políticos; pues otorga, tal como lo refleja el informe, una postura algo simplista. A nuestro parecer, se debió incluir comisionados con formación jurídica con el fin de dar una postura más integral en la materia.

¹³¹ De forma paralela, se considera importante hacer notar que, en el marco de una organización regional como la Unión Africana, decidió en el año 2000 bajo su nueva Acta Constitutiva consagrar: “el derecho a intervenir en un Estado miembro... en respeto de graves circunstancias como crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad”. Tanto fue así que en el marco de las Naciones Unidas, la Unión Africana adoptó una posición compartida sobre el R2P, aceptándola. El Acta Constitutiva entró en vigor en el año 2001. (Artículo 4 letra “h” del Acta Constitutiva de la Unión Africana).

las cuales se estudiarán con mayor detenimiento en el apartado siguiente. (Ver apartado 3.1.2; ICISS: 2001, p.29-33)

Consecuente a la presentación del informe de la Comisión, el debate sobre el tema se traslada a la Reunión de Alto Nivel sobre Amenazas, Retos y Cambios, en el año 2004; que dio como resultado un informe presentado por el Secretario General de las Naciones Unidas, denominado '*Un mundo más seguro: Nuestra responsabilidad compartida*', donde se concibió a la R2P como una norma emergente. Al respecto, es importante resaltar el párrafo 29 de dicho informe que establece:

[...] la historia también no enseña que no puede asumirse que cada Estado será capaz o tendrá la voluntad de adoptar como propia la Responsabilidad de Proteger a su propia población, evitando el daño para con sus vecinos. En esas circunstancias el principio de seguridad colectiva, implica que alguna porción de esa responsabilidad debe ser asumida por la comunidad internacional. (AGUN: 2004, A/59/565, párr.29)

El panel de Alto Nivel, sugirió, además, el establecimiento de una guía que maximizara la posibilidad de lograr el consenso en el Consejo de Seguridad sobre cuando es apropiado o no autorizar el uso de la fuerza militar. Con este propósito, el grupo de Alto Nivel se remitió a cinco criterios básicos derivados de la doctrina de la guerra justa. (AGUN: 2004, A/59/565, párr.204-209; Mazzanti: 2013, p. 93-94)

Finalmente, el informe de la ICISS llegó a discusión del seno de la Asamblea General de Naciones Unidas en la '*World Summit 2005*'. Después de la deliberación, en esa ocasión los Estados afirmaron por primera vez la responsabilidad que tienen de proteger a sus ciudadanos y reconocieron la responsabilidad de la comunidad internacional, a través de Naciones Unidas, de actuar cuando los gobiernos fallan al proteger a los más vulnerables. El documento resultante, una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, fue unánimemente adoptado por todos los Estados miembros, con la única limitante que tal documento no generaba obligaciones legales o vinculantes. Se debe destacar que el documento emanado de la AGUN en el año 2005 sobre la Responsabilidad de Proteger es más limitado de lo que sugería la ICISS. (AGUN: 2005, A/RES/60/1; Small: 2014, p. 180-181)

Al respecto, resulta especialmente relevante el párrafo 139 del documento, en el cual se reconoció que la comunidad internacional, tiene la responsabilidad de utilizar medios pacíficos, diplomáticos y humanitarios, de conformidad con el capítulo VI y VIII de la Carta de Naciones Unidas. Dos cosas son importantes destacar de esta declaración, primero, el documento sólo reconoce medios pacíficos para hacer valer por la responsabilidad, segundo, independientemente de la interpretación de la intervención militar unilateral, el documento eliminó cualquier referencia a la noción absoluta de la soberanía. (AGUN: 2005, A/RES/60/1, párr. 139; Small: 2014, p. 181)

En el año 2007, con la llegada del nuevo Secretario General de Naciones Unidas, con el fin de reforzar la eficiencia de sus operaciones y de tener en cuenta el vínculo que existe entre las atrocidades en gran escala y las amenazas a la paz y la seguridad, y sobre la base del acuerdo que figura en los párrafos 138 y 139 del documento final de la Cumbre Mundial de 2005, se propuso nombrar un Asesor Especial encargado de la Responsabilidad de Proteger, que tendrá categoría de Subsecretario General y desempeñará sus funciones a tiempo parcial. El Secretario General señaló que dado el carácter no consolidado del concepto, la función

primordial del Asesor es desarrollar el concepto y crear consenso al respecto. (CSUN: 2007 S/2007/721)

A pesar de los avances que dicho documento pudo haber representado para la figura de Responsabilidad de Proteger, esta fue objeto de mucho criticismo y escepticismo, por lo que en el año 2009, el Secretario General de Naciones Unidas, Ban Ki Moon elaboró el informe *'Implementando la Responsabilidad de Proteger'* que presentó a la Asamblea General (A/63/677). En el contenido del informe el Secretario General modifica los tres pilares originales contenidos en el documento de la ICISS, cambiando su carácter secuencial y su contenido por los siguientes pilares: a) responsabilidad de protección de los Estados, b) asistencia internacional y capacidad de construcción, y c) una respuesta decisiva y a tiempo. El cambio más representativo consiste en una atenuación del uso de la fuerza militar, correspondiente al tercer pilar, remitiéndose en su mayoría a las respuestas no coercitivas amparadas bajo los capítulos VI y VIII de la Carta de Naciones Unidas.

Después de avances en el tema, y la presentación de otros informes, para el año 2012, el Secretario General elaboró su cuarto informe sobre R2P, denominado *'La Responsabilidad de Proteger: respuesta oportuna y decisiva'* (A/66/874-S/2012/578). El informe incorpora las medidas disponibles a nivel internacional, regional y nacional, bajo el tercer pilar de R2P, y subraya que el uso de la fuerza es posible, pero es preferente solucionar los conflictos por vías pacíficas. Este informe también posee ciertos aspectos que merecen ser discutidos en el ámbito de la problemática concreta sobre R2P, lo cual se efectuará en el siguiente apartado.

Pero previo a pasar a ello, es importante detenernos un momento en un caso concreto que abonó al desarrollo y evolución de la R2P. Se trata del caso de Libia y el surgimiento del concepto de *'Responsibility while Protecting'* (RWP), ambos eventos íntimamente ligados.

En noviembre de 2011, y en contra de todos los pronósticos, Brasil, defensor acérrimo del principio de no intervención, presentó ante el Consejo de Seguridad el concepto *'Responsibility while Protecting'* (RWP) apoyando de esta forma la figura de R2P, pero con importantes cambios a la postura establecida por el Secretario General en sus informes. (Benner: 2013, p. 1; Herz: 2014, p.112-113) El contexto de la presentación de esta propuesta por parte de Brasil¹³², se da en el marco de la Resolución del CSNU 1973 sobre Libia, que desembocó en una controvertida operación militar, tal como se expondrá a continuación.

El año 2011, fue un año decisivo para el desarrollo de la Responsabilidad de Proteger (R2P) en el escenario mundial. La crisis en Libia pronto fue el caso perfecto para la aplicación de la doctrina en auge. En febrero de 2011, el Consejo de Seguridad, el Consejo de Derechos Humanos y el Secretario General de las Naciones Unidas, así como la Liga Árabe hizo un llamado de atención al gobierno de Libia para que respetara su Responsabilidad de Proteger los derechos humanos y las obligaciones del derecho internacional humanitario. Cuando estos

¹³² Algunos académicos, como Benner, Saliba y Kolb, señalan que la iniciativa de Brasil obedece al nuevo rol de potencia emergente que pretende desempeñar como garante de los derechos humanos, bajo una actitud de 'no indiferencia'. (Kolb:2012, p.7; Benner: 2013, p. 3; Saliba *et.al.*: 2015, p. 39-44) Al respecto, Andrés Serbin menciona que es clave entender que la propuesta de Brasil de 2011 sobre *Responsibility While Protecting* no es meramente una respuesta a la R2P, o sobre el uso de la norma a la crisis de Libia, sino representa la culminación del compromiso de Brasil en cuestiones sobre la intervención internacional y es parte de su esfuerzo por posicionarse globalmente. (Serbin: 2015, p.24)

llamados fueron ignorados, el Consejo de Seguridad procedió a imponer sanciones financieras, militares y aéreas y refirió a Gadafi a la Corte Penal Internacional (CPI) para ser investigado por crímenes de lesa humanidad. (Ver Resolución 1970 del CSNU del 26 de febrero de 2011). Sin embargo, ante la falta de eficacia de las medidas tomadas, un mes después, en marzo de 2011, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas decide adoptar la Resolución 1973, la cual autorizaba la intervención en Libia con base explícita en la Responsabilidad de Proteger, previamente aceptada en el año 2005 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. (Benner: 2013, p. 3; Mazzanti: 2013, p.158)

El contexto político para la toma de esa decisión fue único. En el año 2011, todos los miembros de los BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica) estaban representados en el Consejo de Seguridad; y a pesar de su tradicional postura de defensa al principio de no intervención, para el caso de Libia, ninguno de estos países votaron en contra. En especial, la abstención de Brasil, (inclusive después de expresar sus dudas en el debate sostenido en las reuniones del Consejo de Seguridad), significó un apoyo moderado a la decisión. La referida Resolución, tras determinar que la situación de Libia constituía una amenaza para la paz y seguridad internacionales, autorizó a los Estados miembros de Naciones Unidas y a las organizaciones regionales, de conformidad con el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, a ‘tomar *todas* las medidas necesarias para *proteger a los civiles*’; estableciendo, además, una zona de exclusión en el espacio aéreo libio (Pastor Ridruejo: 2011, p. 748; Benner: 2013, p.3) La actuaciones fueron efectuadas por medio de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN).¹³³

En los siguientes meses, las actuaciones de la OTAN en Libia, generaron que la actitud de Brasil se tornara en descontento por la forma en que Francia y el Reino Unido estaban interpretando la Resolución 1973, pues en lugar de evitar que las tropas de Gadafi atacaran a los civiles de Benghazi, la OTAN dedicó todos sus esfuerzos al apoyo en el cambio de régimen, en nombre de ‘*la protección de los civiles*’. (Benner: 2013, p. 4) Con ello se evidencia concretamente, el problema de la indeterminación de la justicia proveniente de la teoría de la guerra justa, y que la R2P hereda, lo que se abordará en siguiente apartado. Sin embargo, en este momento podemos precisar que estas evocaciones son muy similares a las de la época de la conquista. Y es que, con la Resolución 1973 se evidencia el problema que se ha discutido a lo largo de este trabajo de investigación, en torno a la debilidad en la fundamentación axiológica de la intervención militar humanitaria.

Para que una actuación sea generalmente aceptada, tal como se establecía en la época medieval, se requiere que los enunciativos normativos contengan el menor grado de detalle posible. La resolución 1793 está redactada con la influencia del minimalismo ético medieval, con lo cual encontró aceptación de los miembros del Consejo de Seguridad, pues era ‘justo’ proteger a los civiles. El problema entonces pasó a la interpretación sobre qué significa tal

¹³³ La intervención militar, aunque fue autorizada por el Consejo de Seguridad, provocó un debate extensivo sobre dos cuestiones fundamentales, la primera, sobre si la resolución creaba un precedente que permitiera avanzar a la doctrina de R2P hacia el grado de una norma internacional y si este precedente podría ser usado en otros países del Medio Oriente, como Siria, la segunda, sobre si la verdadera intención de la intervención era humanitaria o poseía otros fines. (Mazzanti: 2013, p. 158) Este debate aún no ha concluido, pero es posible afirmar, que dada la inexistencia de una postura consensuada sobre el tema, es fáctica y jurídicamente imposible aceptar que la doctrina R2P se haya convertido en una norma de derecho internacional.

protección y que se traduce en la selectividad de las operaciones basadas en la R2P (Saliba *et.al.*: 2015, p. 43)

Consciente de este grave problema y preocupado por la profunda grieta que emergió en la interpretación e implementación de la R2P en la Resolución 1973, en noviembre de 2011, la Embajadora de Brasil ante la Organización de las Naciones Unidas, Maria Luiza Ribeiro Viotti presentó el concepto de ‘*Responsibility while Protecting*’ al Consejo de Seguridad. Según Benner, Brasil sugiere una complementación de la R2P por medio de los principios propuestos en la RWP, el primero, consiste en la necesidad que los pilares sigan un línea de subordinación política y secuencia lógica, segundo, previo al empleo del uso de la fuerza, se debe realizar un análisis juicioso y comprensivo sobre las posibles consecuencias de llevar una acción militar y todos los medios pacíficos deben ser agotados, tercero, el uso de la fuerza únicamente puede ser autorizado por el Consejo de Seguridad, de acuerdo al capítulo VII de la Carta, o por la Asamblea General en circunstancias excepcionales y cuarto, la autorización del uso de la fuerza debe ser limitada en sus elementos legales, operacionales y temporales (Kolb: 2012, p. 7; Benner: 2013, p.1)

La postura de Brasil es mucho más delimitada y tiene elementos que dotan de alguna certeza sobre la posibilidad de efectuar una intervención militar. Dicho de otra forma, aunque no desarrolla las causas exactas de intervención, sí detalla las garantías que deberían seguirse para que el uso de la fuerza -autorizado bajo los principios de RWP- sea proporcionado y se efectúe como *ultima ratio*.

Entonces, se tiene que la RWP introduce, además de la parte de la fundamentación axiológica sobre cuándo intervenir, una alusión al respecto irrestricto del derecho internacional humanitario durante la intervención, así como el tiempo y la proporcionalidad de los medios implementados, esta precisión fue producto de la experiencia que se tuvo con la crisis en Libia (Pattison: 2013, p. 13)

Las reacciones a la propuesta de RWP no se hicieron esperar, y generaron un denso debate político e intelectual entre los años 2011 y 2012. Por un lado, la iniciativa de Brasil fue vista como un aporte fundamental para el fortalecimiento de la R2P, por el otro, fue criticado duramente –principalmente por el bloque de occidente- por ser moralmente problemático pues establece requisitos que pueden representar obstáculos importantes para dar una respuesta rápida y oportuna. (Pattison: 2013, p. 2) Una de las cuestiones ampliamente criticadas fue el requisito de una secuencia cronológica en la original nota conceptual de RWP por ser muy restrictiva y potencialmente llevar a la no intervención. (Benner: 2013, p.4; Pattison: 2013, p. 2) Sin embargo, se debe mencionar que mantener una postura totalmente contraria a la propuesta brasileña podría dejar ir la oportunidad de llegar a un consenso general sobre la Responsabilidad de Proteger; esto deben tomarlo en cuenta los países de occidente si desean avanzar en la concreción normativa de la figura.¹³⁴

Al respecto, es importante resaltar que la propuesta de Brasil, si bien aún no posee un consenso general, ha incidido notablemente en el proceso de diálogo sobre el tema. Por ejemplo, el Secretario General de las Naciones Unidas, en su séptimo informe sobre R2P ‘A

¹³⁴ No obstante lo anterior, Andrés Serbin, siguiendo a Stuenkel, menciona que las aspiraciones de Brasil de convertirse en un ‘*norm entrepreneur*’ a nivel global no construyó un consenso regional, por el contrario, evadió cualquier consulta regional, y no logró el apoyo completo de otros países del Sur. (Serbin: 2015, p.24-25)

vital and enduring commitment: Implementing the Responsibility to Protect’ de julio de 2015 (A/69/981–S/2015/500), en su párrafo 43, cita el documento presentado por Brasil en el año 2011, resaltando la importancia de que el uso de la fuerza se efectúe bajo un mandato del Consejo de Seguridad que sea claro en sus objetivos, con un plazo específico, con garantías en el proceso y proporcionado¹³⁵: Sin embargo, aunque se siguen dando esfuerzos para concretar el principio en una norma jurídica, en el informe el Secretario General de la Naciones Unidas, también se manifiesta la actual falta de consenso en el tema.

Como se ha podido observar, con todo lo antes expuesto en esta breve reseña sobre el surgimiento de la figura de la ‘Responsabilidad de Proteger’ se ha logrado evidenciar un elemento: la inexistencia de un contenido concreto de R2P, lo cual representa un grave problema y un riesgo, tal como se pudo comprobar con la experiencia en Libia. Se trata de concepto que se encuentra aún en desarrollo, y que, como se podrá observar a continuación en el análisis de su fundamentación axiológica, aún no se encuentra consensuado.

4.3.2 Problemas específicos en la Responsabilidad de Proteger para su concreción como norma jurídica

En primer lugar, se debe precisar, como ya se ha establecido anteriormente que el objeto de análisis de este apartado no incluye todos los aspectos de la figura de ‘Responsabilidad de Proteger’, sino únicamente aquel relacionado con el uso de la fuerza ante casos graves de violación a los derechos humanos. Adicionalmente, dado que la R2P (de respuesta decisiva y a tiempo) aún no posee un contenido definitivo, se recurrirá al análisis tradicional de los criterios tomados de la teoría escolástica de la guerra justa, tales como autoridad legítima, causa justa, último recurso, buenas intenciones y medios proporcionales, las cuales ya fueron descritas en el apartado 3.1.2. Por último, para efectuar el análisis de este apartado, se tomará de base los dos documentos principales que contiene la faceta de la Responsabilidad de Proteger escogida (que incluye la intervención militar), esto son el informe de la ICISS de 2001, y el informe del Secretario General de las Naciones Unidas del año de 2012 en donde amplía el aspecto de la respuesta oportuna y decisiva.

El uso de la fuerza por razones humanitarias representa un problema en el orden jurídico internacional contemporáneo, tal como se observó en el análisis general efectuado en el apartado 4.2. La Responsabilidad de Proteger, en su pilar de reacción, posee algunos elementos más concretos que no incorporaba la definición de intervención humanitaria; no obstante, la forma como se encuentra ideada posee ciertos problemas de armonización en el derecho internacional contemporáneo. A continuación pasaremos a desglosar cada uno de ellos:

¹³⁵ “[...] when the Security Council concludes that military means are necessary, mandates must be clear in their goals, expected duration, and procedures for reviewing progress. Collective military action must also be calibrated and proportionate, with rules of engagement that are both consistent with the protective aim of the operation and fully compliant with international law. Consideration must also be given at the earliest possible stage to the support required for post-crisis peacebuilding. These efforts to improve decision-making, monitor implementation and honour civilian protection standards will all contribute to achieving the goal of responsible protection.” (CSUN:2015, párr. 43)

a) La indeterminación de la ‘justicia’

De acuerdo con Mónica Serrano, la determinación se refiere a la claridad textual y procedimental por la cual los actores relevantes son capaces de interpretar qué se espera exactamente de ellos. (Serrano: 2014, p. 243) Este es un elemento del que carece la responsabilidad de reaccionar.

El informe de la ICISS retoma los criterios medievales adoptados por Tomas de Aquino, las cuales comprobamos en el capítulo III poseían insuficiencias marcadas en su contenido y al ser utilizados en la nueva doctrina de R2P esas carencias son trasladadas, específicamente el de su indeterminación y la visión *iusnaturalista* objetivista.

Para poder fundamentar tal aseveración, resulta necesario remitirnos al análisis de un criterio mínimo que habilita la intervención militar. Se trata de la *causa justa*: En opinión de la Comisión, la intervención militar con fines de protección humana está justificada cuando se dan dos ‘amplios’ conjuntos de circunstancias, es decir, cuando se trata de atajar o evitar: a) grandes pérdidas de vidas humanas, reales o previsibles, con o sin intención genocida, que sean consecuencia de la acción deliberada de un Estado, o de su negligencia o incapacidad de actuar o del colapso de un Estado; o, b) una ‘depuración étnica’ en gran escala, real o previsible, llevada a cabo mediante el asesinato, la expulsión forzosa, el terror o la violación. Si se cumple al menos una de estas dos condiciones, la Comisión considera que se ha satisfecho ‘ampliamente’ el componente ‘causa justa’ de la decisión de intervenir.

En primer lugar, llama la atención la utilización del término ‘amplio’, con lo que da la impresión que la enunciación contenida en los dos preceptos mencionados tiene un margen de discrecionalidad para quien determina esa amplitud. En segundo lugar, el término ‘grandes pérdidas’ o ‘gran escala’, el mismo informe establece que no se define por la existencia de posturas encontradas en algunos casos específicos. Nuevamente, se está tomando un lenguaje vago y minimalista, propio del *iusnaturalismo* medieval, con lo que se comprueba una de las carencias trasladadas o heredadas de la teoría de la guerra justa. (Ver apartado 1.2.1)

Con respecto a la definición de los crímenes ahí consagrados, también presentan algunos problemas técnicos al confrontarlos con las definiciones contenidas en los instrumentos normativos. Por ejemplo, en el caso de genocidio, el artículo 2 de de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio de 1948 lo define como:

“...cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Sin embargo el informe no se remite a la norma previamente delimitada¹³⁶, en sustitución, establece como causa justa ‘las grandes pérdidas de vidas humanas, reales o previsibles, con o sin intención genocida, que sean consecuencia de la acción deliberada de un Estado, o de su negligencia o incapacidad de actuar o del colapso de un Estado’. De esa última definición, se deriva, primero, que no es necesario que sea un genocidio para que se proceda a la intervención militar, pues el texto establece ‘con o sin intención genocida’. Segundo, es posible intervenir militarmente cuando por negligencia, o más grave, por incapacidad de actuar, se den esas ‘grandes pérdidas’ de vidas humanas. (ICISS: 2001, p.36-37)

Con lo anterior, si queremos evidenciar la indeterminación de contenido de la norma, en su enunciación cabría, por ejemplo, las grandes pérdidas de vidas humanas por una epidemia mortal donde, por falta de recursos, el Estado se encuentre incapacitado para actuar. Es cierto que el ejemplo podrá parecer un poco irreal, sin embargo, con ello se demuestra el alto grado de indeterminación de la norma, y con ello su grieta en torno a la certeza.

Por su lado, el informe del Secretario General de 2012, influenciado por el concepto brasileño de RWP, elimina esa referencia tan general que habilita la intervención militar. En sustitución, afirma que las decisiones de uso de la fuerza nunca se deben efectuar a la ligera sino existe un examen detenido de la situación. Sin embargo, a continuación indica que no es posible encontrar un patrón para adoptar decisiones, ni es conveniente que haya uno, puesto que cada situación es diferente. (A/66/874-S/2012/578, párr. 57) De la misma forma, indica que la acción coercitiva en virtud del capítulo VII de la Carta será posible cuando se ‘considere improbable’ que otras medidas logren los objetivos. Nuevamente estamos frente a un caso de indeterminación de la injusticia, lo cual al momento de trasladarlo a una norma jurídica genera un amplio margen de discrecionalidad, y un riesgo para la paz y la seguridad internacionales, valores altamente estimados en el orden jurídico internacional actual. (Ver apartado 4.1, letra a).

Con lo anterior, es posible concluir que uno de los principales problemas para la aceptación del principio de R2P en su faceta de intervención militar, consiste en la opción por dar un contenido minimalista propio del *iusnaturalismo* medieval y que trae consigo el problema de la indeterminación de la justicia, lo cual aleja de la certeza y seguridad a cualquier norma con pretensión de validez.

b) La necesidad absoluta de remitirse al orden jurídico pre-establecido.

En el apartado 4.1 se explicaba el carácter de norma de *ius cogens* que posee la proscripción del uso de la fuerza, tal circunstancia se traduce en que dicha norma únicamente puede ser modificada por otra norma de igual carácter, es decir que cumpla con los dos requisitos de influencia estoica de la recta razón y el *consensus omnium gentium*.

En este sentido, en el informe de la ICISS, expone que será posible efectuar intervención militar (violentando la norma de *ius cogens* internacional) en los casos especificados en la

¹³⁶ El Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) del 17 de julio de 1998, retoma en su artículo 6 la definición del artículo 2 de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio del 9 de diciembre de 1948. De igual suerte, y también en forma idéntica, es retomada dicha definición en el Estatuto de 1993 del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en su artículo 4, así como en el Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda de 1995 en su artículo 2. (Gómez-Robledo : 2002, p. 925-926)

letra “a” de este apartado. Y si bien es cierto, según lo indicado en el apartado 3.4.2, los derechos humanos son normas internacionales generalmente aceptadas con carácter de *ius cogens*, esto no significa que con ello se habilite el empleo del uso de la fuerza para su protección.

El goce derechos humanos, en la medida de lo posible, están dotados de garantías primarias y secundarias que habilitan sus derechos, y una de esas garantías es la proscripción del uso de la fuerza con las excepciones conferidas en el capítulo VII de la Carta. La invocación de razones morales humanitarias –no concretas e indeterminadas- no son suficientes para considerar una modificación a una norma (validez) de tal naturaleza. Primero, porque su indeterminación impide el cumplimiento del requisito de la recta razón, pues no es posible colocar como parámetro de comparación un precepto indeterminado, y segundo, porque no cumple con el requisito del *consensus omnium gentium*¹³⁷, ejemplo de ello, es que después de la aceptación del documento de 2005, los debates en los distintos foros de Naciones Unidas han continuado sin un consenso generalizado, lo cual se evidencia concretamente en el caso de la propuesta brasileña de *RwP*.

Contrario sensu, para habilitar el uso de la fuerza fuera de lo estipulado por la Carta de las Naciones Unidas se debería invocar una norma que posea el carácter de *ius cogens*, cuestión que al no efectuarse, se configura jurídicamente imposible desde el ámbito de la fundamentación axiológica del derecho.

c) No necesidad de una regulación específica para los fines pretendidos.

Generalmente se indica que la pretensión normativa de la ‘Responsabilidad de Proteger’ es regular un aspecto que no se encuentra estipulado en el marco jurídico internacional. Su finalidad es hacer que los Estados actúen en caso de violaciones graves a los derechos humanos. Al respecto, el abogado Thomas Ramopolus (2015) ha indicado que el hecho que el ejercicio del tercer pilar se confine al sistema de seguridad colectivo lleva a la conclusión de que no se trata de una ‘nueva norma legal’ sino un concepto político. (Ramopoulus: 2015, p. 10)

En efecto, continúa aseverando este autor, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio y la responsabilidad del Consejo de Seguridad –al menos en el ámbito legal- de garantizar la paz y la seguridad internacional inclusive por medio del uso de la fuerza militar, constituye, junto con otros mecanismos, un amplio marco que protege los derechos humanos y equipa a la comunidad internacional con la herramientas para prevenir atrocidades a gran escala. Por lo tanto, legalmente hablando, la figura de R2P parece aumentar, si acaso, marginalmente las obligaciones internacionales de los Estados en esta materia. (Ramopoulus: 2015, p.11)

Por ejemplo, según la opinión individual emitida por el eminente juez de la Corte Internacional de Justicia, Eliu Lauterpacht, en el *Caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y Reprensión del Crimen de Genocidio*, fallado el 13 de

¹³⁷ Por lo tanto tampoco podría ser concebida como una norma consuetudinaria, porque no cumple con el requisito subjetivo de ‘*opinio juris*’, el cual se logra por medio del consentimiento generalizado que la práctica es obligatoria.

septiembre de 1993, se establece que la Convención crea dos obligaciones distintas que consisten en la ‘obligación de prevenir’ y la ‘obligación de sancionar’. (Gómez-Robledo: 2002, p. 927) Obligaciones que también se tratan de instaurar dentro de la figura de la R2P.

Con ello se concluye que, dada la vastedad de normativa vinculante existente que regula el aspecto de protección de derechos humanos, la regulación de la Responsabilidad de Proteger no aporta mayor novedad, y por ello, no hay necesidad de una regulación específica para los fines pretendidos, pues éstos ya están delimitados en otros instrumentos internacionales.

- d) Fundamentación axiológica insuficiente para ser considerada como una norma de derecho internacional.

Consecuencia de los tres problemas jurídicos previos, derivados de una invocación inadecuada de la moral para la inobservancia de una norma válida, se concluye que la Responsabilidad de Proteger, en su faceta de respuesta militar, -y en general, la intervención humanitaria- posee una fundamentación axiológica insuficiente para ser considerada como excepción moral legítima a la prohibición del uso de la fuerza.

Lo anterior no significa que posteriormente esta figura pueda ser implementada mediante la aceptación de todos los Estados como una excepción, para lo cual será necesario efectuar o bien una maximización normativa (detallada), con una reforma a la Carta de las Naciones Unidas, o bien su instauración como norma de *ius cogens* internacional. Esta última opción parece la más lejana, en aras de la divergencia de opiniones que existen sobre el tema en la comunidad internacional.

Después de haber confrontado la aplicación de la norma –no intervención militar- y la moral –justificaciones humanitarias- es posible concluir que tales justificaciones humanitarias dejan de lado uno de los aspectos esenciales del derecho, su fundamentación en la garantía de los derechos humanos, que tiene tal jerarquía, desde el ámbito axiológico que no permite norma en contrario. En otras palabras, aceptar tales posturas implica olvidar la certeza de la norma jurídica y los valores que esta persigue.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

La presente investigación ha tenido como objetivo general analizar, por medio del pensamiento histórico-doctrinario, las causas de la fundamentación axiológica reducida de la intervención militar por razones humanitarias, en el marco del derecho internacional. Después de haber efectuado tal estudio es posible efectuar las siguientes conclusiones.

Antes, se debe aclarar que se parte de la indubitable relación existente entre la norma y la moral, la cual se configura en la fundamentación axiológica de toda norma internacional. Dicho de otra forma, el establecimiento de la influencia de los valores para la construcción de una norma puede ser abordada desde dos perspectivas, el de su vinculación y el de su contenido. Con relación a su vinculación, la relación entre derecho y moral se ha probado ser necesaria, y afirmar su inexistencia sería aceptar un reduccionismo en torno a la validez formal de la norma jurídica internacional. El tipo de relación que ostenta es, en su mayoría deontológica u orientativa, no siendo posible invocar un valor para el incumplimiento de una norma jurídica válida. En algunos casos, la relación es mixta, por ejemplo para las normas de *ius cogens* en donde se reconoce la superioridad del contenido de la norma- en su jerarquía-, pudiendo sólo para este tipo de normas, el cumplimiento de la ley positiva. Con este punto de partida sobre la fundamentación axiológica de la norma internacional se han constatado diferentes aspectos que se resaltan a lo largo de este estudio, y que se expondrán a continuación.

La intervención militar humanitaria tiene sus orígenes concretos en la Edad Media, y sus derivaciones actuales tienen raíces escolásticas, puesto que parten de las teorías preconizadas por Tomás de Aquino, Agustín de Hipona, Vitoria, entre otros. Con lo que se puede afirmar que dicha figura no es novedosa. Sin embargo cabe destacar que la instauración de la Teoría de Guerra Justa tuvo como fundamento último –o por lo menos eso manifestaron sus creadores- la limitación de la guerra, en razón de los abusos cometidos por los gobernantes de esa época. La teoría, por lo tanto, fue aceptable en su época, en razón de la inexistencia de un orden jurídico normativo internacional que estableciese alguna restricción.

El mundo en el que se instauró la Teoría de la Guerra Justa ha cambiado. El nuevo orden jurídico normativo internacional surgido en la segunda mitad del siglo XX, ha establecido mediante la ratificación de tratados internacionales, la consolidación de la costumbre internacional y normas de *ius cogens*, la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, salvo excepciones muy concretas determinadas por el mismo derecho internacional. Es indispensable mencionar que la construcción de esta prohibición no ha sido al azar, al contrario, posee su base en la evolución de diferentes nociones conceptuales y del mundo contemporáneo en sí.

Entre los factores que abonaron a su establecimiento se pueden mencionar a la soberanía como el monopolio de la violencia, los cuales son unos conceptos histórica y socialmente

construidos que responden a realidades específicas, y que por lo tanto, pueden evolucionar según el contexto lo exija. Pero la más importante causa de su prohibición radica en considerar a la paz como garantía para el uso de los derechos del individuo (derechos humanos), fundamentación axiológica de toda norma internacional. Esta última causa ha ocasionado que la prohibición del uso de la fuerza sea considerada como una norma de *ius cogens internacional*. En tal sentido, la utilización de la teoría de la guerra justa se perfila incongruente con la aplicación del derecho internacional contemporáneo.

No obstante lo anterior, se ha observado que los Estados, a finales del siglo XX han intentado restablecer su utilización con base en criterios o argumentaciones como ‘la defensa de violaciones graves a los derechos humanos’. Si bien, los derechos humanos son parte de la derivación *iusnaturalista* de la historia, y por lo tanto, están dotados de un criterio de universalidad y superioridad por sobre las normas jurídicas – pues forman parte del *ius cogens internacional*-, la alegación de su protección no es una causa suficiente para violentar las garantías establecidas para su mismo goce, pues tal afirmación representaría en sí misma una negación a su existencia.

En tal sentido, es irremediable establecer que la figura de la intervención militar humanitaria en el mundo contemporáneo posee una fundamentación axiológica insuficiente debido a su *indeterminación sobre el contenido del valor justicia*, lo cual deriva, en el momento de su aplicación, en incerteza e inseguridad jurídica para garantizar los derechos humanos, generando un espacio latente para una violación al derecho internacional. Lo anterior se constata por las razones que a continuación se exponen.

En primer lugar, por su el contenido del valor, se observó que uno de sus mayores problemas radica en su carácter indeterminado, específicamente se ha comprobado que tal ha estado presente en todas las etapas de la historia de su consolidación, en tanto a la invocación de la justicia para legitimar cualquier actuación.

En segundo lugar, tal como se ha dicho previamente, por el valor incorporado a la prohibición de la intervención militar en las relaciones internacionales consistente en la paz como medio para alcanzar el ideal de humanidad, es decir, como garantía de los derechos humanos, lo cual consiste en su fundamentación axiológica.

En tercer lugar, porque a lo largo de la historia se comprobó cómo la utilización del término ‘justicia’ servía para generar aceptación de las guerras, ya sea que su connotación implicase la defensa de la paz, del imperio o de la fe, lo anterior denota la presencia de la indeterminación de lo justo, y la minimización de los valores. Lo anterior se evidenció en la época de la conquista, en donde fue posible observar cómo se creó el *pretexto humanitario* como parte de las argumentaciones imprecisas e indeterminadas para realizar la guerra.

En cuarto lugar, con relación a los derechos humanos, su fundamentación, y su vinculación con las normas de *ius ad bellum* consagrado en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, su acercamiento se deberá efectuar desde un enfoque *intersubjetivo*. Estos derechos humanos, aunque también poseen el carácter de norma de *ius cogens*, no es posible invocarlos para hacer uso de la fuerza en las relaciones internacionales, pues, tal como se ha indicado previamente, tal pretensión implicaría poner en riesgo los mismos principios que persigue. Es aquí donde se encuentra el problema principal para alegar la intervención humanitaria como norma con pretensión normativa.

En conclusión, tomando en cuenta los cuatro factores anteriores, se puede determinar, que al analizar concretamente la intervención militar por razones humanitarias de cara al orden jurídico internacional, aquéllos que la apoyan se basan meramente en razones morales –de visión *iusnaturalista* objetivista-, pero aceptar tal postura implica dejar de lado la certeza de la norma jurídica y los valores que esta persigue.

Un ejemplo que evidencia lo previamente expuesto es la figura de la ‘Responsabilidad de Proteger’ en su pilar de reacción, -evolución de la intervención humanitaria- que presenta los mismos problemas concretos.

Primero, la indeterminación de la justicia, al optar dar un contenido minimalista propio del *iusnaturalismo* medieval, lo cual aleja de la certeza y seguridad a cualquier norma con pretensión de validez. El grave inconveniente que representa la indeterminación de la justicia se concretó con la Resolución 1973 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, adoptada para la crisis en Libia en el año 2011. La indeterminación de qué representaba la ‘protección de los civiles’ dio lugar a diversas interpretaciones por parte de algunos países que parecían estar más interesados en apoyar un cambio de régimen político que la verdadera defensa de los inocentes.

Segundo, dado el carácter de *ius cogens* de la prohibición del uso de la fuerza, para habilitar una excepción será necesario invocar otra norma de igual carácter, elemento que no cumple la R2P, lo cual hace imposible su aplicación desde el ámbito de la fundamentación axiológica del derecho. Tercero, dada la vastedad de normativa vinculante existente que regula los aspectos de protección de derechos humanos y del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, habrá que cuestionarse la necesidad de establecer una regulación específica sobre la Responsabilidad de Proteger.

Con todo lo antes expuesto, es posible afirmar, desde el ámbito jurídico, que la intervención militar con propósitos humanitarios, y en concreto, la Responsabilidad de Proteger, no poseen una fundamentación axiológica suficiente para ser considerada como norma de derecho internacional. Sin embargo, se debe precisar que la anterior aseveración no significa que los derechos humanos no sean defendibles. Claro que existirán casos en los que será necesario

implementar el uso de la fuerza, sin embargo, no es posible dar una total libertad a los Estados para que lo tal uso lo efectúen de forma discrecional y cuando ellos consideren que es justo. La intervención militar debe efectuarse siempre dentro del marco de la norma jurídica, pues con ello se evitan abusos e intereses políticos escondidos.

RECOMENDACIONES

Este estudio ha tratado de analizar la construcción socio-histórica sobre la intervención militar, y en específico, sobre la intervención militar humanitaria. Una vez concluida la fase de investigación, y de conformidad con los hallazgos encontrados, se efectúan las siguientes recomendaciones:

En primer lugar, se considera indispensable que, si en un futuro los Estados aceptan incorporar normativamente una regulación sobre la intervención militar humanitaria o su figura actual de Responsabilidad de Proteger, dicha regulación sea lo más detallada posible, aplicando el principio de maximización valorativa herencia del *iusnaturalismo* racionalista. Lo anterior, en razón de que ha quedado evidenciado que el minimalismo derivado de la Teoría de la Guerra Justa, aún mantiene los vicios generados desde su creación, entiéndase la indeterminación de los elementos valorativos. El caso concreto que permite observar lo anterior, se dio con la Resolución 1973, en la cual se hizo uso de un criterio minimalista en torno a la causa justa y los medios empleados, lo cual derivó en una interpretación antojadiza por parte de algunos Estados para actuar según su conveniencia. El caso de Libia, es un ejemplo perfecto que evidencia la debilidad axiológica en la construcción de la figura R2P, puesto que, inclusive sus fines sean justos y adecuados, su indeterminación hace que los valores por los que se instauran se pongan en riesgo con su misma aplicación, destruyendo lo que pretende proteger.

Los países latinoamericanos podrían tomar de punto de partida para el análisis sobre Responsabilidad de Proteger, la postura de Brasil, la cual es respetuosa del derecho internacional y hace un esfuerzo para subsanar las cuestiones sueltas e indeterminadas de la propuesta original.

Por otro lado, se observa que uno de los mayores problemas en torno a la función del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas como ente encargado del monopolio del uso de la fuerza en la comunidad internacional, es la forma de adopción de decisiones del órgano principal de Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. En este sentido, podría ser necesario que dicho órgano analice el derecho a veto en circunstancias de graves violaciones a derechos humanos. Para abonar a la tan urgente reforma de Naciones Unidas, se recomienda efectuar un estudio doctrinario académico sobre las decisiones de los cinco miembros permanentes para determinar su incidencia en la eficacia de su función de garantizar la paz y seguridad internacionales. Claro está que tal decisión será tomada por los actores políticos que involucra.

Dado que la presente investigación se ha enfocado en un análisis entre la validez y la justicia, se sugiere efectuar un estudio que aborde la eficacia de la norma internacional, con lo que se podría complementar la investigación. Al examinar el eficacia de la norma

internacional se podrían identificar aquellos elementos que inciden para el incumplimiento de la norma y de esa forma generar propuestas de reforma acertadas.

Adicionalmente, dado que este estudio se enfocó en la intervención militar desde el *ius ad bellum*, también podría ser interesante llevar a cabo una investigación en torno a *ius in bello* y el *ius post bellum* en el marco de la intervención humanitaria.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Alvares, C. (2005) *Humanism after Colonialism*, Germany, Bern: Peter Lang AG-International Academic Publishers.
- André, A.M., (1847) *Diccionario de Derecho Canónico*, Tomo I, (Ed. José G. de la Peña) Madrid: Imprenta de D. José G. de la Peña.
- Aparicio, C. (2002) *Introducción al Derecho del Siglo XXI*, Montevideo, Uruguay: Universidad Nacional.
- Aristóteles, (1910) *Política* (traducción de Pedro Simón Abril), Madrid: Nuestra Raza.
- Azcárate, P. de (Ed.) (1872) *Obras completas de Platón puestas en lengua castellana por primera vez*, Tomo VII, Madrid: Medina y Navarro Editores.
- Badie, B. (2000) *Un mundo sin soberanía. Estados entre artificio y responsabilidad* (Trad. Judit García) Bogotá: Universidad Externado de Colombia- TM Editores.
- Bataillon, G., Bienvenu, G, Velazco Gómez, A. (Eds.) (2008) *Las Teorías de la Guerra Justa en el Siglo XVI y sus expresiones contemporáneas*, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Filosofía y Letras; Centro de Investigación y Docencia Económicas; Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos.
- Bederman, D.J. (2004) *International law in Antiquity*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Bellamy, A. (2009) *Guerras Justas, de Cicerón a Iraq*, Buenos Aires-Madrid: Editorial Efe.
- Betancourt, F. (2007) *Derecho románico clásico* (Tercera edición revisada y aumentada), España: Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones.
- Bobbio, N. (1998) *Teoría General del Derecho*, Serie de Derecho dirigida por Gregorio Peces-Barba (Quinta reimpresión, edición castellana), Madrid: Editorial Debate.
- Bouza-Brey, L. (1996) El poder y los sistemas políticos, en *Manual de Ciencia Política*. (Coord. Miguel Caminal Badía), Madrid: Editorial Tecnos.
- Bravo Gala, P. (1985) *Estudio preliminar de 'Los Seis Libros de la República' de Jean Bodin*, Madrid: Editorial Tecnos.
- Brière S.J., de la Ives (1944) *El Derecho de la Guerra Justa. Tradición teológica y adaptaciones contemporáneas*, México: Editorial JUS, Colección Estudios Jurídicos.
- Cicerón, M.T. (1884) *Pro Tito Annio Milone ad iudicem oratio*, (Traducción Asconius) London: Cambridge University Press. Disponible en: <https://archive.org/details/oratioprofitoann00ciceuoft>

- Chaliand, C. (1994) *The art of war in the world history: From antiquity to the nuclear age*, Los Angeles, California: University of California Press.
- Chesterman, S. (2001) *Just War or Just Peace?: Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- David, C.P. (2008) *La guerra y la paz: Enfoque contemporáneo sobre la seguridad y estrategia* (segunda edición revisada y aumentada) (versión traducida del francés), Barcelona, España: Editorial Icaria.
- Delgado de Cantú, G.M. (2005) *El mundo moderno y contemporáneo. De la era moderna al siglo imperialista*, (Quinta Ed.) México: Pearson Educación.
- Emmerich, G.E., Alarcón, V. (2007) *Teoría de Ciencia Política*, México: Anthropos Editoriales, Universidad Autónoma Metropolitana, División de Ciencias Sociales y Humanidades.
- Fernández-Galiano, A. (1990) *Derecho natural. Introducción filosófica al derecho* (quinta edición corregida y aumentada), Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
- Ferrajoli, L. (2004) *Razones Jurídicas del Pacifismo*, (Edición de Gerardo Pisarello), Madrid: Editorial Trotta.
- Ferril, A. (1985) *The origins of War. From the Stone age to Alexander the great*, London, Great Britain: Thames and Hudson Ltd.
- Finnemore, M. (1996) Constructing norms of humanitarian intervention en *The Culture of National Security. Norms and identity in Worlds Politics* (Ed. Peter J. Katzenstein), p. 153- 185, Columbia: Columbia University Press.
- García Caneiro, J. (2000) *La racionalidad de la guerra. Borrador para una crítica de la razón bélica*, Madrid: Editorial Biblioteca Nueva.
- Garrán Martínez, J.M. (2014) *La doctrina de la Guerra Justa en el pensamiento de John Rawls*, Madrid: Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”-Universidad Carlos III de Madrid.
- Gacto Fernández, E.; Alejandro García, J. A. y García Marín, J. M. (2006) *Manual Básico del Historia del Derecho – Temas y antologías de textos*. Lugar: Editorial Lasex S.L.
- Garzón- Estrada, J. (2004) Kant y Hegel: ética y política en la esfera interna y las relaciones internacionales (el problema de la guerra), en *Moralidad y Eticidad. Estudios sobre Kant y Hegel* (Ed. Victoria Eugenia Herrera, Jairo Garzón y León Gómez), Santiago de Cali: Facultad de Humanidades de la Universidad del Valle.
- Gómez Robledo, A. (1989) *Fundadores del Derecho Internacional*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.
- Gómez Robledo, A. (2003) *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México.

- González-Carvajal, L. (1998) *Entre la utopía y la realidad: curso de moral social*, España: Editorial Sal Terrae.
- González Díaz Lombardo, F. X. (2004) *Compendio de historia del derecho y del Estado*, México: Editorial Limuza.
- González M.de L. (2005) *Teorías acerca de la soberanía y la globalización*, México: Editorial Porrúa – UNAM, Facultad de Derecho.
- Grocio, H. (1925) *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*, (Traducción de Jaime Toburriano Ripoll) Tomo I, Madrid: Editorial Reus
- Guy, J. (1998) *Historia de las armas y guerras*, Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello.
- Haakonssen, K. (1996) *Natural Law and Moral Philosophy*, Australia: Cambridge University Press.
- Haba Müller, E.P. (2010) *Axiología Jurídica Fundamental. Bases de valoración en el discurso jurídico* (Segunda edición, 1ra. reimpresión corregida y ampliada), San José, Costa Rica: Editorial UCR.
- Herdegen, M. (2005) *Derecho Internacional Público*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México.
- Hervada, J. (1990) *Introducción crítica al Derecho Natural* (Sexta edición), Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
- Hidalgo de la Vega, M.J. et. al. (1998) *Historia de la Grecia Antigua*, Salamanca, España: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Herz, M. (2014) Brazil and R2P, Responsibility while Protecting, en *The International Politics of Human Rights. Rallying to the R2P cause?* (Ed. Mónica Serrano y Thomas Weiss) p. 107-128, London: Routledge.
- Hinsley, F.H (1972) *El concepto de soberanía*, Barcelona: Editorial Labor, S.A.
- Hobbes, T. (1996), *Del ciudadano y Leviatán*, Estudio preliminar y antología de Enrique Tierno Galván, (Traducción Enrique Tierno Galván y M. Sánchez Sarto), Madrid: Editorial Tecnos.
- Holzgrefe, J. L., Kehoane, R. (2003), *Humanitarian Intervention. Ethical, Legal and Political Dilemmas*, Cambridge: Cambridge University Press.
- International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS) (2001), *The Responsibility to Protect*, Ottawa: ICISS.
- Iglesias, F.A. (2000) *Republica de la Tierra. Globalización: el fin de las modernidades nacionales*, Buenos Aires: Ediciones Coliuhé S.R.L.
- Jackson, R. (2007) *Sovereignty: The evolution of an idea*, Cambridge: Polity Press.

- Kant, I. (1873) *Los principios metafísicos del derecho por Kant*, Traducción G. Lizarraga, Madrid: Librería de Victoriano Suárez, Jacometrezo.
- Kant, I. (1999) *Hacia la paz perpetua. Un esbozo filosófico*. Edición de Jacobo Muñoz, Colección Clásicos del Pensamiento, Madrid: Editorial Biblioteca Nueva.
- Kant, I. (2011) *Sobre la paz perpetua* (Edición Kimana Zulueta Fülischer), Madrid: Ediciones Akal.
- Kelsen, H. (1982) *Teoría Pura del Derecho*. Roberto Vernengo (trad.) (Segunda edición en castellano.), México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1039/7.pdf>
- Kleingled, P. (2006) Kant's theory of peace in *The Cambridge Companion to Kant and Modern Philosophy*, Paul Guyer (Ed.), Cambridge: Cambridge University Press.
- Krasner, S.D. (2001) *Soberanía, hipocresía organizada*, Barcelona-Buenos Aires: Editorial Paidós.
- Krasner, S.D. (2009) *Power, the State, and Sovereignty. Essays on international relations*, London-New York: Routledge.
- Malanczuk, P. (1997) *Akehurst's modern introduction to international law* (Séptima edición revisada), London y Nueva York: Routledge.
- Martí Borbolla, L.P. (2007) *La reinención de la soberanía en la globalización: Perspectivas y alcances de la soberanía del Estado democrático constitucional en un mundo interdependiente*, México D.F.: Universidad Panamericana-Editorial Porrúa.
- Martínez Pineda, A. (2000) *El Derecho, los valores éticos y la dignidad humana*, México: Editorial Porrúa.
- Maquiavelo, N. (1842) *El Príncipe*, Barcelona: Imprenta de Thomas Gorchs.
- Moreno Villa, M. (2003) *Filosofía, Vol.III: Ética, política e historia de la filosofía* (Primera edición revisada), Madrid: Editorial Mad S.L.
- Morgenthau, H.J. (1986) *Política entre las naciones: La lucha por el poder y la paz* (sexta edición revisada por Kenneth W. Thompson) (traducción de Heber W. Olivera), Buenos Aires, Argentina: Grupo Editor Latinoamericano.
- Naciones Unidas, (2010) *La Comisión del Derecho Internacional y su obra*, Volumen I, Séptima Edición, Nueva York: Publicación de las Naciones Unidas.
- Nieto-Navia, R. (2003) International Peremptory Norms (Ius Cogens) and International Humanitarian Law, en *Man's Inhumanity to Man. Essays of International Law in Honour of Antonio Cassese* (Ed. Lal Chand Vohrah, Fausto Pocar, Yvonne Feathearstone, Olivier Fourmy, Christine Graham, John Hocking y Nicholas Robson), International Humanitarian Law Series, p. 595-640 La Haya: Kluwer Law International.

- Neff, S.C. (2010) A short history of international law, en *International Law* (Ed. Malcolm D. Evans,) (Tercera Edición) Oxford: Oxford University Press.
- Neiberg, M.S. (2001) *Warfare in World History*, London, Great Britain: Routledge.
- Orozco Henríquez, J.J. (1987), Los “derechos humanos” y la polémica entre el *iuspositivismo* y el *iusnaturalismo*, en *Teoría del Derecho y Conceptos Dogmáticos*, Tamayo y Salmoran, R y Cáceres Nieto, E. (Coord.), México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), p. 23-39. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/399/3.pdf>
- Pastor Ridruejo, J.A. (2011) *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (Décimo quinta edición), Madrid: Editorial Tecnos.
- Pérez Luño, A.E. (2005) *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (Novena edición), Madrid: Editorial Tecnos.
- Pezoa Bissieres, A. (1997) *Política y Economía en el pensamiento de John Locke*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A.
- Pippin, R. (2006) Mine and thine? The Kantian state in *The Cambridge Companion to Kant and Modern Philosophy*, Paul Guyer (Ed.), Cambridge: Cambridge University Press.
- Prieto Sanchís, L., et. al. (1996) *Introducción al derecho*, Cuenca: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla- La Mancha.
- Ramopoulos, T. (2015), International Law and the application of the Third Pillar Approach, en, *The Responsibility to Protect and the Third Pillar. Legitimacy and Operationalization*, (Editores Daniel Fiott y Joachim Koops) p. 4-20, Reino Unido: Palgrave Macmillan Publishers.
- Rovetta Klyver, F. (2008) *El Descubrimiento de los Derechos Humanos*. Madrid: IEPALA.
- Ruiz-Giménez Arrieta, I. (2005) *La historia de la intervención humanitaria: el imperialismo altruista*, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid-Editorial Libros de la Catarata.
- Ruíz Miguel, A. (1996) Soberanía e Intervención Bélica Humanitaria, en *Soberanía: un principio que se derrumba* (Compiladores Roberto Bergalli y Eligio Resta), p. 57-71 Barcelona-Buenos Aires: Editorial Paidós.
- Ruíz Miguel, A. (2009) *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo* (Segunda edición revisada), Madrid: Editorial Trotta.
- Russell, F.H. (1975) *The Just War in the Middle Ages*, London-New York-Melbourne: Cambridge University Press.
- Santiago, T. (2004) *Función y crítica de la Guerra en la filosofía de Immanuel Kant*, México: Universidad Autónoma Metropolitana.
- Sauvigny, G. de B. (2009) *Historia de Francia*, Madrid: Ediciones Rialp S.A.

- Serrano, M., Weiss, T. (2014) *The International Politics of Human Rights. Rallying to the R2P cause?*, London: Routledge.
- Shaw, M.N. (1997) *International Law* (Cuarta edición), Cambridge: Cambridge University Press.
- Sorensen, M. (1973) *Manual de Derecho Internacional Público* (Edición en Español), México: Editorial Efe.
- Thomson, J. E. (1994) *Mercenaries, pirates and sovereigns: state-building and extraterritorial violence in early modern Europe*, Princeton: N.J, Princeton University Press.
- Toledo, V. (2007) *Introducción al Estudio de las Relaciones Internacionales*, Salta: Universidad Católica de Salta-Eucasa.
- Vargas Carreño, E. (2005). El principio de no intervención y su vigencia en el Derecho Internacional del Siglo XXI, en R. M. Silva, *Derecho y Seguridad Internacional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México.
- Vela, L. (1965) *El derecho natural en Giorgio Del Vecchio*, Roma: Librería Editrice Dell'Universita' Gregoriana.
- Walzer, M. (2001) *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*, (Tercera edición en español), Barcelona-Buenos Aires- México: Editorial Paidós.
- Welzel, H. (1971) *Filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, Madrid: Aguilar.
- Xirau, R. (2000) *Introducción a la historia de la filosofía* (Decimotercera edición corregida), México: Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, p. 102-105
- Yoris-Villasana, C. (2006) Soberanía: Aproximación histórica a un concepto medieval en *El Problema de la Soberanía: su historia ante el siglo XXI. II Coloquio de Historia y Sociedad*, (Claudio Alberto Briceño Monzón, et. al), Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Documentos de Trabajo

- Benner, T. (2013), *Brazil as a norm entrepreneur: the "Responsibility While Protecting" initiative*, Berlin: Global Public Policy Institute. Recuperado de: http://old.gppi.net/fileadmin/media/pub/2013/Benner_2013_Working-Paper_Brazil-RWP.pdf
- Evans, G. (2010), The responsibility to protect: consolidating the norm, en *Da Favorita Papers 01/2010: The UN Security Council and The Responsibility to protect: Policy, Process and Practice, 39th IPI Vienna Seminar*, Viena: Diplomatic Academy of Vienna, p. 71-77. Recuperado de: http://scholar.princeton.edu/sites/default/files/Favorita%20Papers%201-2010%20UN%20Security%20Council%20and%20Responsibility%20to%20Protect_0.pdf

- Kolb, A.S. (2012), The Responsibility to Protect (R2P) and the Responsibility while Protecting (RwP): Friends or Foes? En *GGI Analysis Paper/2012*, Bruselas: Global Governance Institute. Recuperado de: www.globalgovernance.eu
- Pattison, J. (2013), The Ethics Of ‘Responsibility While Protecting’: BRAZIL, The Responsibility To Protect, And Guidelines For Humanitarian Intervention, en *Human Rights and Human Welfare Working Papers, WP No.71*. Recuperado de: <http://www.du.edu/korbel/hrhw/working/2013/71-pattison-2013.pdf>
- Vales, H. (2001), The Latin American View on the Doctrine of Humanitarian Intervention, en *The Journal of Humanitarian Assistance*. Recuperado de: <https://sites.tufts.edu/jha/archives/1491>

Artículos de revista

- Arias Ospina, F. (2013), Dinámica del derecho a la no-intervención en América del siglo XIX, en *Pensamiento Jurídico, No. 36*, Bogotá, p. 189 - 204
- Baudón, H. (1915) Origen y evolución del *Ius gentium* en Roma en *Revista Jurídica de la Universidad Nacional de Córdoba*. Año 2, No. 7 Instituto de Estudios Americanistas, p. 21-54. Recuperado de: <http://revistas.unc.edu.ar/index.php/REUNC/article/download/3377/6196>
- Carrillo Santarelli, N. (2008) La inevitable supremacía del *Ius Cogens* frente a la Inmunidad Jurisdiccional de los Estados, en *RJUAM, No. 18, Vol. II*, p. 55-82. Recuperado de: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/8937/47311_3.pdf?sequence=1
- Espaliú Berdud, C. (2015) El *jus cogens* ¿salió del garaje? en *Revista Española de Derecho Internacional*, Sección ESTUDIOS, Vol. 67/1, Madrid, p. 93-121.
- Ferrajoli, L. (2011). El constitucionalismo garantista: Entre el paleo-juspositivismo y el Neo-jusnaturalismo en *Revista DOXA, No. 34*, p. 311-361. Recuperado de: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32778/1/Doxa_34_19.pdf
- Garibian S.; Puppo, A. (2012) Acerca de la existencia del *ius cogens* internacional: una perspectiva analítica y positivista, en *Isonomía, No. 36*, p. 7-47. Recuperado de: http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia36/Isono_36.pdf
- Garzón Valdez, E. (1990) Intervencionismo y Paternalismo en *Revista Latinoamericana de Filosofía, XVI, No.1*, p. 3-24
- Giraldo Ramírez, J. (2008) Rawls, la validación de la guerra justa, en *Co-herencia No. 8, Volumen 5*, p. 39-64. Recuperado de: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/co-herencia/article/view/139/133>
- Goldman, R.K. (2009), History and Action: the Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights, en *Human Rights Quarterly, No. 31*, p. 856-887.

- Gómez-Robledo Verduzco (2002), El crimen de genocidio en derecho internacional, en *Boletín Comparado de Derecho Mexicano*, No. 105, p. 917-946. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/105/art/art6.pdf>
- Habermas, J. (1997) La idea kantiana de paz perpetua. Desde la distancia histórica de doscientos años en *Isegoria* No. 16, p. 61-90. Recuperado de: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/viewFile/184/184>
- Hershey, A.S. (1907) The Calvo and Drago Doctrines en *The American Journal of International Law*, Vol. 1, No. 1, pp. 26-45
- Hobbus, J. (2009) Derecho natural y derecho legal en Aristóteles en *Diánoia*, Volumen LIV, Número 63, p. 133-155. Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/dianoia/v54n63/v54n63a6.pdf>
- Hoyos Vásquez, G. (2004) Las Naciones Unidas a la luz del pensamiento de Kant en *Revista Javeriana*, No. 704, p. 18-27. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=866335>
- Hurd, I. (2011), Is Humanitarian Intervention Legal? The Rule of Law in an Incoherent World, en *Ethics & International Affairs*, 25, No. 3, Carnegie Council for Ethics in International Affairs p. 293-313
- Kelsen, H. (2008) La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico (Eugenio Bulygin Trad.) en *Academia, Revista sobre la enseñanza del derecho*, Año 6, No.12, p.183-198. Publicación original en Revista Jurídica de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1961, pp. 9-45. Recuperado de: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/12/la-doctrina-del-derecho-natural-y-el-positivismo-juridico.pdf
- Knüfer, A. (2014) “Droit international” et opinion publique de Jeremy Bentham à John Stuart Mill, *Revue d'études benthamiennes* [En ligne]. Recuperado de: <http://etudes-benthamiennes.revues.org/726>
- Kunz, J. L.(1962) Filosofía del derecho de Alfred Verdross en *Diánoia*, Vol. 8, No. 8. Recuperado de: http://dianoia.filosoficas.unam.mx/files/9113/7021/0434/DIA62_Kunz.pdf
- Pascucci de Ponte, E. (2003) La Escuela Europea del Derecho Natural en *Saberes*, Vol.1 Universidad Alfonso X El Sabio, p. 1-26
- Pérez Luño, A.E. (1983), La fundamentación de los derechos humanos en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* No. 35, p. 7-71
- Quispe Remón, F. (2010) *Ius Cogens* en el Sistema Interamericano: Su relación con el debido proceso, en *Revista de Derecho*, No. 34, p. 43-78, Barranquilla: Universidad del Norte. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n34/n34a04.pdf>

- Saliba, A.T; Bélem Lopes, D.; Viera, P.G. (2015) Brazil's rendition of the 'Responsibility to Protect' doctrine: promising or stillborn diplomatic proposal? en *Brasiliiana*, Vo. 3, p. 32-55
- Serbin, A.; Serbin Pont, A., et. al (2015) Latin America and the Responsibility to Protect: Divergent Views from the South, (Ed. Andrés Serbin y Andrei Serbin Pont) en *Pensamiento Propio 41- Special Issue- 10 Years of the Responsibility to Protect*, Vol. 20, Publicación Trilingüe de Ciencias Sociales de América Latina y el Caribe Coordinadora Regional de Investigaciones Económicas y Sociales (CRIES). Recuperado de: <http://www.cries.org/wp-content/uploads/2015/09/pp41-web-FINAL-Corr.pdf>
- Salomón, M. (2002) La teoría de las Relaciones Internacionales en los albores del Siglo XXI: Diálogo, Disidencia, Aproximaciones en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 4, p. 37-49
- Simma, B. (1995) The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law en *European Journal of International Law (EJIL)* Vol.6 No.1, p. 33-54. Recuperado de: <http://www.ejil.org/issue.php?issue=59>
- Small, M. (2014) An analysis of the Responsibility to Protect Program in Light of the Conflict in Syria en *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 13, Issue 1, p. 179-200
- Tomás y Valiente, Francisco, et al. (1996), *Autonomía y soberanía. Una consideración histórica*, Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Truyol y Serra, A. (1979) La Guerra y Paz en Rousseau y Kant en *Revista de Estudios Políticos* No. 8, *Dedicado a Rousseau*, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- Villar Borda, L. (2006) Hans Kelsen y el derecho internacional en *Derechos y Libertades*, No. 14, *Época II*, p. 221-234. Recuperado de: <http://orff.uc3m.es/bitstream/handle/10016/3782/DyL-2006-14-Villar.pdf?sequence=1>
- Viola, F. (2004) Derecho de gentes antiguo y contemporáneo en *Persona y Derecho, Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, No. 51, p. 165-190. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1089610>
- Vernengo, J. (1992), Legalidad y legitimidad. Los fundamentos morales del Derecho en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, No. 77, p. 267-284
- Wheeler N.J. (2003) Unilateral Humanitarian Intervention and International Law en *Revista Nação e Defesa*, N.105 - 2.^a Série, p.198-218. Recuperado de: http://comum.rcaap.pt/bitstream/123456789/1396/1/NeD105_NicholasJWheeler.pdf

Documentos legales

Jefes de Estado y de Gobiernos de los Estados miembros de la Organización para la Unidad Africana (OUA) (2001), *Acta Constitutiva de la Unión Africana*. Recuperado de: http://www.wipo.int/wipolex/es/regeco_treaties/text.jsp?file_id=201229

Naciones Unidas, (1946) *Carta de las Naciones Unidas*, 1 UNTS XVI. Recuperado de: <http://www.unwebsite.com/charter>

Naciones Unidas, (1948) *Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio*, A/Res/260. Recuperado de: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=a/res/260> (III)

Naciones Unidas, (1969) *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*. *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331. Recuperado de: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/v1155.pdf>

Naciones Unidas, (1945) *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. Recuperado de: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>

Organización de los Estados Americanos (1948) *Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus Protocolos de reforma*. Recuperado de: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm

Documentos de Naciones Unidas

Naciones Unidas, Asamblea General (AGUN) (2004) *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos. Informe del Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio*, A/59/565. Recuperado de: http://www.world-governance.org/IMG/pdf_complet_ES.pdf

Naciones Unidas, Asamblea General (AGUN) (2005) *Resolución 60/1. 2005 World Summit Outcome*, A/RES/60/1. Recuperado de: <http://www.un.org/womenwatch/ods/A-RES-60-1-E.pdf>

Naciones Unidas, Asamblea General (AGUN) (2009) *Hacer efectiva la Responsabilidad de Proteger. Informe del Secretario General*, A/63/677. Recuperado de: http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/special/docs/17thsession/SG_reportA_63_677_sp.pdf

Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional (CDI) (1995) *Informe sobre la labor realizada en su 47° período de sesiones*, Docto, A150/10.

Naciones Unidas, Consejo de Seguridad (CSUN) (2007) *Carta dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General*, S/2007/721. Recuperado de: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2007/721>

Naciones Unidas, Consejo de Seguridad (CSUN) (2012) *La Responsabilidad de Proteger: respuesta oportuna y decisiva. Informe del Secretario General*, A/66/874-S/2012/578. Recuperado de: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/66/874&referer=http://www.bing.com/search?q=A/66/874-S/2012/578&Lang=S

Naciones Unidas, Consejo de Seguridad (CSUN) (2015) *A vital and enduring commitment: Implementing the Responsibility to Protect. Informe del Secretario General*, A/69/981-S/2015/500. Recuperado de: <http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/pdf/N1521764%202015%20SG%20Report%20R2P%20English.pdf>

Naciones Unidas, Centro de Información para México, Cuba y República Dominicana (CINU) (2007) *Comisión de Derecho Internacional*. Recuperado de: <http://www.cinu.org.mx/temas/Derint/comderint.htm>

Jurisprudencia

Corte Internacional de Justicia (CIJ) (1970), *Barcelona Traction*, La Haya: CIJ Reports.

Corte Internacional de Justicia (CIJ) (1986), *Nicaragua v. Estados Unidos en Caso concerniente a las actividades militares y paramilitares en y en contra de Nicaragua*, sentencia del 27 de junio de 1986, La Haya: CIJ Reports.

Corte Internacional de Justicia (CIJ) (1993), Opinión individual de juez Eliu Lauterpacht, en el *Caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y Reprensión del Crimen de Genocidio*, Reports, numero 108-115, p.121-124, La Haya: CIJ Reports.

Corte Internacional de Justicia (CIJ) (2006), *Congo v. Uganda, Asunto de las Actividades Armadas sobre el territorio del Congo*, sentencia del 3 de febrero de 2006, La Haya: CIJ Reports.

Corte Internacional de Justicia (CIJ) (2010), *Caso de la Conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo*, Opinión Consultiva del 22 de julio de 2010, La Haya: CIJ Reports.

Corte Internacional de Justicia (CIJ) (2012), *Alemania v. Italia, Grecia como Interviniente, en caso sobre Inmunidades Jurisdiccionales del Estado*, sentencia del 3 de febrero de 2012, La Haya: CIJ Reports.

Tesis

Gómez Asturias, V.E. (2013) *Delitos contra la humanidad: análisis crítico de los delitos de genocidio y violación de las leyes o costumbres de guerra en la legislación penal salvadoreña. Cuestiones problemáticas*. (Tesis inédita de maestría en derecho penal constitucional), Antiguo Cuscatlán: Universidad Centroamericana José Simeón Cañas.

Mazzanti, M.R. (2013) *From State Sovereignty to Responsibility to Protect* (Tesis inédita de doctorado), París: Intitut d'Etudes Politiques de Paris/Ecole Doctorale de Sciences Po/CERI-Centre d'Etudes et de Recherches Internationales.

Parra Landa, L. de la (2008) *El concepto de soberanía como limitante para las intervenciones humanitarias: el caso de Darfur*. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Relaciones Internacionales, México: Universidad de Las Américas Puebla.

Wanderley, R. (2009) *El PP y la Guerra de Irak: Discurso bélico y derechos humanos en la prensa española*. Tesis doctoral, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ABREVIATURAS

| | |
|----------------|-------------------|
| a.C. | Antes de Cristo |
| d.C. | Después de Cristo |
| Ed. | Editor |
| <i>Et. al.</i> | Y otros |
| Trad. | Traducción |
| No. | Número |
| p. | Página |
| párr. | Párrafo |

SIGLAS

| | |
|-------|---|
| AGUN | Asamblea General de las Naciones Unidas |
| CDI | Comisión de Derecho Internacional |
| CIJ | Corte Internacional de Justicia |
| CINU | Centro de Información de las Naciones Unidas para México, Cuba y República Dominicana |
| CPI | Corte Penal Internacional |
| CNU | Carta de las Naciones Unidas |
| CSUN | Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas |
| ICISS | Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía Estatal |
| OEA | Organización de los Estados Americanos |
| OTAN | Organización del Tratado del Atlántico Norte |
| ONU | Organización de las Naciones Unidas |
| R2P | Responsabilidad de Proteger |
| RWP | Responsibility while Protecting |

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| AGRADECIMIENTOS | 4 |
| DEDIDACTORIA..... | 5 |
| RESUMEN..... | 6 |
| INTRODUCCIÓN | 8 |
| CAPÍTULO I. LA FUNDAMENTACIÓN AXIOLÓGICA DE LA NORMA INTERNACIONAL: LA JUSTICIA, UN DEBATE FILOSÓFICO | 14 |
| 1.1 Las primeras nociones de justicia: el <i>iusnaturalismo</i> cósmico de la Época Antigua | 16 |
| 1.1.1 <i>La visión griega y cristiana de la justicia y su incidencia en la construcción del derecho natural</i> | 16 |
| 1.1.2 <i>La visión romana del derecho natural y su relación confusa con el <i>ius gentium</i></i> | 19 |
| 1.2 La justicia desde el <i>iusnaturalismo</i> teológico de la Edad Media y su influencia en la norma internacional..... | 22 |
| 1.2.1 <i>La justicia Medieval: una concepción finalista del derecho.</i> | 23 |
| 1.2.2 <i>Evolución del <i>ius gentium</i> como antecedente del derecho internacional</i> | 25 |
| 1.2.3 <i>La superioridad y universalidad de la justicia sobre la norma: la construcción ontológica del derecho</i> | 25 |
| 1.3 La Edad Moderna: De la justicia divina a la racional | 27 |
| 1.3.1 <i>La rebelión contra la religión: el <i>iusnaturalismo</i> racionalista</i> | 27 |
| 1.3.2 <i>La naturaleza del derecho internacional moderno, un problema heredado</i> | 29 |
| 1.4 La justicia desde el derecho internacional contemporáneo: el equilibrio entre el derecho y la norma | 32 |
| 1.4.1 <i>El derecho internacional contemporáneo y su relación con lo justo: una perspectiva desde el derecho natural</i> | 32 |
| 1.4.2 <i>El debate contemporáneo entre la moral y la norma: el <i>iuspositivismo</i> y la visión formal de lo justo</i> | 33 |
| CAPÍTULO II. UNA PROHIBICIÓN PROGRESIVA DE LA INTERVENCIÓN MILITAR: SU CONSTRUCCIÓN SOCIO-HISTÓRICA COMO NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL ³⁹ | |
| 2.1 Los antecedentes de la soberanía y su vinculación con el uso de la fuerza: Entre el segmentarismo y el absolutismo | 41 |
| 2.2 De la soberanía a la no intervención militar: el camino hacia la norma internacional..... | 48 |
| 2.3 Implicaciones jurídicas de la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales | 60 |

| | |
|---|-----|
| CAPÍTULO III. LA TEORÍA DE LA GUERRA JUSTA: ENTRE LA INTERVENCIÓN LIMITADA Y EL HUMANITARISMO..... | 63 |
| 3.1 Construcción histórica de los argumentos ‘axiológicos’ para la intervención militar: la justicia, entre límites y pretextos | 64 |
| 3.1.1 <i>La guerra en la Antigua Grecia: entre la cotidianidad y la indeterminación de lo justo</i> | 65 |
| 3.1.2 <i>La construcción de la Teoría de la Guerra Justa, sus debilidades y contradicciones</i> | 66 |
| 3.2 El pretexto humanitario en la doctrina de la guerra justa | 70 |
| 3.2.1 <i>Antecedente del pretexto humanitario para hacer la guerra</i> | 70 |
| 3.2.2 <i>El aporte de Grocio: El humanitarismo como la defensa de los inocentes</i> | 74 |
| 3.3 Los debates en Europa: entre los argumentos morales de la guerra y el derecho | 75 |
| 3.4 La humanidad como fundamentación axiológica de la norma internacional contemporánea..... | 81 |
| 3.4.1 <i>El consenso sobre la dignidad esencial como fundamentación de los derechos humanos</i> ... | 81 |
| 3.4.2 <i>Los derechos humanos como normas internacionales generalmente aceptadas</i> | 84 |
| CAPÍTULO IV. LA INTERVENCIÓN MILITAR EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO: EL DILEMA NO CONCLUIDO DEL SIGLO XXI..... | 89 |
| 4.1 El problema del orden jurídico internacional para la consecución de la paz como justicia | 90 |
| 4.2 La intervención militar humanitaria. Un debate no concluido. | 95 |
| 4.3 La Responsabilidad de Proteger: la evolución de un dilema..... | 100 |
| 4.3.1 <i>El surgimiento de la Responsabilidad de Proteger</i> | 100 |
| 4.3.2 <i>Problemas específicos en la Responsabilidad de Proteger para su concreción como norma jurídica</i> | 106 |
| CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES | 111 |
| CONCLUSIONES | 112 |
| RECOMENDACIONES | 116 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 118 |
| ABREVIATURAS Y SIGLAS | 130 |