

## LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL

José Alejandro Consigli\* /\*\*

### I. INTRODUCCIÓN

La intervención humanitaria no es un fenómeno nuevo en las relaciones y el derecho internacional. Desde hace siglos, los pueblos -cualquiera que fuese la organización política que hubiesen adoptado- se consideraban en ciertas ocasiones con derecho a actuar en el territorio sometido al dominio de otro pueblo, para proteger a las personas cuando éstas -individual o colectivamente- fuesen objeto de una agresión privada o pública. Los ataques a nacionales o a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas con las que hubiese afinidad, fueron motivos suficientes para la intervención armada en territorio ajeno, las represalias y la guerra. Aun cuando los intereses preponderantes fuesen los políticos, en no pocas oportunidades las razones manifestadas eran humanas, y en consecuencia, la intervención no era considerada política sino humanitaria, al menos por el pueblo que la ejercitaba activamente.

\* Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Rector de la Universidad Austral. Buenos Aires. Prof. de Derecho Internacional Público de la UBA.

\*\* Con la colaboración de la Ab. Paula Vernet.

El concepto de intervención humanitaria termina de forjarse a fines del siglo XIX, por la necesidad de los Estados colonialistas de justificar su actuación en territorios extranjeros, generalmente para amparar la persona o los intereses de sus propios nacionales.

Pero en los últimos años del siglo XX sus fundamentos se vieron sensiblemente alterados al ser impregnados de contenidos de derechos humanos, pasando la intervención humanitaria de ser una cuestión que afecta individualmente a los Estados a otra que atañe a toda la comunidad internacional.

El presente relato tiene como fin poner de relieve algunos aspectos de la problemática actual referida a la intervención humanitaria. El plan de este estudio nos llevará a aclarar primero a qué nos estamos refiriendo con ese término, puesto que a veces se lo utiliza como sinónimo de otros que tienen, a nuestro entender, un significado distinto. Limitaremos también nuestro ámbito temporal, ya que no pretendemos para el mismo un enfoque histórico, sino una profundización de sus alcances dentro de la realidad del derecho internacional de nuestros días. Luego tendremos que fijarnos en las causas y los fundamentos posibles de este requerimiento de intervención que los Estados se han planteado en algunas ocasiones y han preferido omitir en otras, sin lograr que la sensibilidad social internacional dejara de reclamarlo. Pero tropezaremos con dos decididos límites legales: el que proscribe el recurso a la amenaza y el uso de la fuerza (art. 2.4 de la Carta) y el que impide la injerencia en los asuntos internos de los Estados (para la ONU impuesto por el art. 2.7 de la Carta). Debido a ellos nos referiremos desde el principio -al definir el ámbito material- a ambos, sobre todo al primero puesto que los necesitaremos para construir la definición de la intervención humanitaria y otros términos conexos. Luego no nos quedará más remedio que intentar perforar esos límites. Para ello deberemos remitirnos tanto a las fuentes formales como a las materiales del derecho internacional.

## II. LÍMITES DE ESTE ANÁLISIS

### Ámbito Temporal

Es nuestra intención limitar el ámbito temporal de nuestro estudio a lo acaecido después de la entrada en vigor de la Carta de la ONU. Intentar una exploración temporal más amplia, nos llevaría al problema de la guerra justa, de los dominios coloniales, el reconocimiento de nuevos Estados, los insurgentes y beligerantes, etc., que escapan al análisis que pretendemos<sup>1</sup>. En consecuencia, prescindiremos de argumentos y antecedentes de derecho positivo internacional anteriores a 1945, y después de ese año, daremos especial importancia a lo acaecido entre 1989 y el año 2000, puesto que consideramos que es recién a partir de la caída del Muro de Berlín, cuando el sistema de la Carta en lo que hace a paz y seguridad comenzó a funcionar con cierta dinámica y coherencia, pese a los tropiezos y violaciones que posteriormente ha sufrido.

### Ámbito material

Como apuntamos anteriormente, la expresión "intervención humanitaria" fue utilizada durante el siglo XIX y buena parte del XX para describir la acción de un Estado para proteger a sus propios nacionales que se encontraban en peligro en territorio de otro Estado<sup>2</sup>. Hugo Caminos, con buen criterio, ha dado en llamar a estas acciones "operaciones de rescate" en sentido estricto<sup>3</sup>. Ejemplos de las mismas pueden considerarse la acción de fuerzas israelíes en Entebbe, el intento norteamericano de rescatar a los rehenes de su embajada en Teherán, etc.

Para una primera aproximación a lo que realmente nos interesa, podemos recurrir a Bermejo García quien nos dice que actualmente "intervención humanitaria es el derecho de los Estados a recurrir a la fuerza sobre el

<sup>1</sup> Algunos antecedentes interesantes pueden encontrarse en ZORGBIBE, Charles. *Le droit d'ingérence*. Presses universitaires de France. Paris. 1994. Capítulos I, II y III.

<sup>2</sup> Para un amplio estudio en este sentido, nada mejor que recurrir a ROUGIER "La théorie de l'intervention d'humanité". *RGDIP*. Vol. 17 (1910). Págs. 468-526.

<sup>3</sup> CAMINOS, Hugo. *La intervención humanitaria ante el derecho internacional*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. 1996. Pág. 18.

territorio de otro Estado -con o sin el consentimiento del gobierno de ese Estado- con el fin de proteger a las personas que se encuentren en este último de los tratos inhumanos a los que estén sometidas por ese Estado, y que no se pueden evitar más que por un recurso a la fuerza”<sup>4</sup>.

Adheriríamos a esa definición, si no fuese por el hecho de que permitiría también calificar de “intervención” a la acción que es llevada a cabo con el consentimiento del Estado en cuyo territorio se realiza. Nos parece que los casos en que hay consentimiento de quien sufre la intromisión, no pueden ser calificados de intervención, puesto que nos encontraríamos ante un acuerdo de voluntades entre dos sujetos de derecho internacional -el Estado o la organización interviniente y el intervenido- que eliminaría, sino todo, al menos buena parte de los contenidos de intromisión en lo ajeno a los que implícitamente alude con la expresión “intervención humanitaria”.

Incluso queremos ir un paso más allá de la definición dada por el profesor Tom Farer quien entiende la intervención humanitaria como “la amenaza o el uso de la fuerza de un Estado contra otro, con el propósito de poner término al abuso de este último en perjuicio de sus propios nacionales”<sup>5</sup>, puesto que de este modo sólo se contempla a los nacionales del Estado intervenido, cuando en la realidad pueden darse casos donde un Estado esté violando derechos humanos no sólo de sus nacionales sino también de nacionales de otros Estados.

Por ello preferimos entender como intervención humanitaria a toda acción unilateral de uno o varios Estados en territorio de otro Estado, que, haciendo uso de la fuerza armada, intenta proteger derechos esenciales de la persona humana, sin distinción de nacionalidad. Pensamos que de este modo hacemos un pequeño avance en vistas a solucionar el problema al que Sandoz se refería cuando indicaba que “los juristas se han encontrado

<sup>4</sup> BERMEJO GARCÍA, Romualdo. El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límites. Ed. Civitas. Madrid. 1993. Pág. 391.

<sup>5</sup> FARER, T.J. “An inquiry into the legitimacy or humanitarian intervention”, en DAMROSCH, L.F.&SCHEFFER, D.J. (eds) 1991. Law and Force in the New International Order, Westview Press, p. 185. cit. por Caminos Hugo, op.cit. pág. 18.

con un concepto sin definir (...). Ahora bien, no se puede hablar con seriedad de un derecho sin definición”<sup>6</sup>.

Pero hay otras posibilidades en el marco legal internacional, que merecen ser descritas y a las cuales hay que asignar una denominación. Ya dijimos que la amenaza y el uso de la fuerza están prohibidos en el sistema de derecho internacional actual, pero admiten excepciones: la legítima defensa (art. 51 de la Carta) y el proceso del capítulo VII de la Carta que permite que el Consejo de Seguridad autorice el uso de la fuerza. La hipótesis de legítima defensa no es aplicable a nuestra problemática, pero la otra excepción sí. Efectivamente, a tenor del artículo 39, el Consejo de Seguridad podría determinar que ciertas situaciones internas que lesionan masivamente derechos fundamentales de las personas, constituyen una amenaza a la paz y seguridad internacionales, y en consecuencia recomendar o decidir (art. 25) “la acción que sea necesaria” -esta expresión ha sido interpretada como el uso de la fuerza armada- (art. 42) para hacer cesar esa situación y así mantener o restablecer la paz y seguridad. Entendemos que una denominación adecuada para un caso de este tipo sería imposición humanitaria.

Nos quedarían por describir otros dos posibles escenarios. El primero, al que denominaremos injerencia humanitaria, se presenta cuando el Consejo de Seguridad determina que cierta situación de falta de atención a derechos humanos elementales constituye una amenaza a la paz, y autoriza algún tipo de acción sin uso de la fuerza contra ese Estado -por ejemplo algunas de las medidas contempladas en el art. 41 de la Carta- para lograr alivio a esa situación.

Por último, consideramos que la expresión asistencia humanitaria es la que debe utilizarse cuando Estados u Organizaciones -gubernamentales o no- asisten a las víctimas de un conflicto armado o de una catástrofe, mediando consentimiento del Estado en cuyo territorio se encuentran las

<sup>6</sup> SANDOZ, Yves. “Derecho o deber de injerencia, derecho de asistencia ¿de qué hablamos? Revista Internacional de la Cruz Roja. Mayo-Junio de 1992. Pág. 231. En el mismo sentido cfr. BETTATI, Mario, “Un droit d’ingerence”. RGDIP, 1991/3, pág. 641.

personas afectadas. En el caso de conflictos armados, los Convenios de Ginebra de 1949 -que tienen reconocimiento generalizado como norma consuetudinaria- y sus dos Protocolos adicionales, "contienen un conjunto de disposiciones que fundan ampliamente el derecho a la asistencia y a la protección de las víctimas de los conflictos. Estableciendo, además, que las acciones de socorro imparciales no serán consideradas por los beligerantes ni como una injerencia en el conflicto armado, ni como actos hostiles, aún cuando la citada asistencia esté destinada a la población civil de la parte adversa"<sup>7</sup>. La asistencia humanitaria más allá de los conflictos armados - por ejemplo en caso de catástrofes naturales- ha sido contemplada en la Resolución 43/131 de la Asamblea General, del 8 de diciembre de 1988. Sin embargo, del texto de la misma no se deduce que exista un derecho de los Estados a brindarla compulsivamente: sólo establece la obligación del Estado afectado de no rechazar la ayuda ofrecida.

En síntesis:

- Asistencia humanitaria: acción sin uso de la fuerza, con consentimiento del Estado en cuyo territorio se ejecuta.
- Injerencia humanitaria: acción sin uso de la fuerza, sin consentimiento del Estado que soporta las consecuencias, con recomendación o decisión del Consejo de Seguridad.
- Intervención humanitaria: acción con uso de la fuerza, sin consentimiento del Estado que la padece, sin autorización del Consejo de Seguridad.
- Imposición humanitaria: acción con uso de la fuerza, sin consentimiento del Estado contra el cual se verifica, con autorización del Consejo de Seguridad.

Somos conscientes de que existen otros términos, como ayuda humanitaria, protección humanitaria, iniciativa humanitaria, intervención protectora, etc. que también pueden ser objeto de análisis, pero nos parece que

<sup>7</sup> FRAIDENRAIJ, Susana. "El Derecho Internacional Humanitario y el denominado derecho de injerencia humanitaria". Diario El Derecho, 16-8-94. Buenos Aires.

los mencionados describen suficientemente bien los escenarios posibles y nos serán de utilidad a efectos del fin que perseguimos.

Para concluir este apartado sólo nos resta decir que en este relato trataremos de los casos de injerencia, intervención e imposición humanitaria, puesto que consideramos que la asistencia, tal como fue descrita, no plantea interrogantes significativos para nuestra materia. En cambio la injerencia y la imposición humanitarias, podrían ser violatorias del artículo 2.7 de la Carta. Y la intervención, obviamente, contraría al artículo 2.4.

### III. MARCO LEGAL

¿Existe una norma que autorice u ordene la intervención humanitaria?

Antes que las restricciones mencionadas al final del apartado anterior, vamos a examinar si existe algún tipo de obligación incluida en el derecho positivo, asumida por los Estados u otorgada por éstos a otros sujetos de derecho internacional, relativa a la protección de los derechos humanos.

El instrumento más general al respecto, la Declaración Universal de Derechos del Hombre -a la que consideramos norma consuetudinaria en su integridad- contiene un artículo, el 28, que entendemos relacionado con nuestra temática:

“Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

Como se puede apreciar, el derecho reconocido en este artículo a la persona humana concreta, es el establecimiento de un orden internacional que otorgue garantías de que los otros derechos incluidos en la Declaración puedan ser ejercitados. ¿A quién solicitar el cumplimiento del deber resultante de este derecho? Sólo puede requerirse a los Estados, en tanto que miembros primarios de la sociedad internacional, o a quien éstos hayan decidido delegárselo.

Mediante diversos tratados, los Estados han asumido frente a otros Estados, numerosos compromisos de respetar en el orden interno los derechos del hombre. En esas mismas convenciones son menos frecuentes las referencias a la acción externa que pueden realizar los Estados para lograr el respeto de esos mismos derechos en el territorio de las otras Partes. Al hacer un repaso en los tratados universales, encontramos que tanto en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como en el dedicado a los Derechos Civiles y Políticos, no hay referencias a la posibilidad de que un Estado defienda más allá de sus fronteras los derechos fundamentales de la persona humana. La única excepción es la posibilidad de reconocer la competencia del Comité de Derechos Civiles y Políticos para recibir presentaciones de un Estado contra otro<sup>8</sup>. Como es bien sabido, ha sido un mecanismo con escaso uso, y -además- no entra dentro de ninguna de las figuras que hemos determinado al definir el ámbito material de nuestro estudio.

Tampoco los mecanismos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que permiten a un Estado o a un particular realizar denuncias ante la Comisión Interamericana, pueden ser encuadrados como ingerencia, intervención o imposición humanitaria.

Por su parte, la Carta de las Naciones Unidas menciona entre los propósitos de esta organización -y por lo tanto de los Estados que son sus miembros-:

“1.3. Realizar la cooperación internacional en (...) el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

Otra disposición pertinente es el artículo 55, que entre otras cosas prescribe:

“(...) la Organización promoverá: (...) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.

<sup>8</sup> Pacto de Derechos Civiles y Políticos, art. 41.



Y para ello el artículo 56 establece que:

“Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55”.

La lectura conjunta de los tres artículos muestra que la ONU, en lo relativo a derechos humanos, sólo puede cooperar y promover. Es a los Estados Miembros a quienes corresponde tomar medidas, en cooperación con la Organización, para lograr que el respeto universal a los derechos humanos y las libertades fundamentales sea una realidad. No hay, en consecuencia, una delegación expresa de competencias a la ONU para que ejercite “la acción que sea necesaria” tendiente a lograr que los derechos humanos sean efectivamente observados en el territorio de cada Estado. Sólo lo podrá hacer en tanto y en cuanto considere que la situación constituye una amenaza a la paz y seguridad internacionales, en el marco de las situaciones previstas en el capítulo VII de la Carta.

El breve repaso realizado anteriormente, nos permite afirmar que no hay una regla internacional convencional que haya creado la figura de la intervención humanitaria. Pero tampoco hemos encontrado alguna que la prohíba expresamente. En cambio –según ya adelantamos- hay dos normas de gran importancia, cuyo contenido es opuesto a los elementos que caracterizan lo que hemos definido como injerencia y como intervención humanitaria: la norma que prohíbe la amenaza y del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y la que prohíbe la injerencia en los asuntos internos de los demás Estados. Vamos a analizar qué consecuencias tienen respecto la problemática que estamos abordando.

#### La prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza

Como es bien sabido la Carta de la ONU establece en su artículo 2. párrafo 4 que:

“Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”.

La doctrina internacional entiende que esta es una norma imperativa de derecho internacional general, o sea de aquellas que no pueden ser dejadas de lado por los Estados en sus relaciones mutuas, ni aun mediando acuerdo en contrario, y que sólo puede ser modificada por otra del mismo carácter<sup>9</sup>. Esta naturaleza fue reafirmada por la Corte Internacional de Justicia en su fallo sobre las Actividades militares y paramilitares en Nicaragua, al considerar que el derecho de la Carta concerniente a la prohibición del empleo de la fuerza constituye un ejemplo evidente de una norma de derecho internacional de *ius cogens*<sup>10</sup>.

Debemos considerar en primer lugar si la intervención humanitaria tiene cabida en la norma antes citada, como un derecho expreso reservado a la organización o que se hayan reservado los Estados Miembros<sup>11</sup>. La primera alternativa no parece ofrecer demasiadas posibilidades: ya dijimos que cuando el Consejo de Seguridad ha autorizado el uso de la fuerza ante situaciones de emergencia humanitaria, lo ha hecho porque dichas situaciones amenazaban la paz y seguridad internacionales, y no por la situación en sí misma. Y esto pese a que la promoción de los derechos del hombre es uno de los propósitos de la organización, por lo que podría interpretarse que hay una jerarquía entre los propósitos de la Carta, cuyo orden está indicado por los párrafos del artículo 1, y que para llegar a cumplir un propósito no está permitido violar los otros. El primer propósito, al cual deben sujetarse los siguientes, es el señalado por el primer párrafo:

“Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones

<sup>9</sup> Cfr. Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, art. 53.

<sup>10</sup> Cfr. C.I.J. Recueil 1986, #190.

<sup>11</sup> Seguiremos para este análisis el exhaustivo trabajo titulado “Devoir d’ingérence ou droit de reaction collective?” Olivier CORTEN et Pierre KLEIN. *Revue Belge de droit international*. Vol. XXIV. 1991-1. Págs. 46-131.

internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz”.

Por otra parte, no hay una relación directa entre violación de los derechos del hombre y el mantenimiento de la paz internacional. Es debido a ello que el Consejo de Seguridad tiene que determinar en cada ocasión que se da ese supuesto. Regímenes como en su momento fue el de Pinochet, o los actuales de Cuba, Corea o China, no ponen en peligro directa e inmediatamente la paz internacional. En todo caso, mirando al futuro y aprendiendo de la historia, se los podría incluir en la segunda parte del citado primer párrafo: son susceptibles de conducir a un quebrantamiento de la paz y pueden ser considerados internacionales por la interrelación de los Estados. Pero esta perspectiva sólo conduciría a intentar el ajuste o arreglo de la controversia por medios pacíficos, ejerciendo, por ejemplo, buenos oficios para incentivar el diálogo entre las partes, lo que no coincide con lo que hemos denominado intervención humanitaria<sup>12</sup>.

Habiendo quedado centralizada en el Consejo de Seguridad la autorización del uso de la fuerza sólo para mantener la paz y seguridad internacionales, tendríamos que examinar si alguna norma posterior ha modificado esa situación. Las resoluciones de la Asamblea General más directamente ligadas a esta materia, como la 2625 (XXV) Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, la 3314 (XXXIX) Definición de la Agresión y la 37/10 Solución Pacífica de Controversias entre los Estados, en ningún momento autorizan el uso descentralizado de la fuerza. Y la famosa Resolución 377 (V), niega la posibilidad de que un Estado haga caso omiso de las obligaciones asumidas por su ratificación de la Carta, alegando la inoperancia del Consejo de Seguridad.

La doctrina discute si la prohibición del uso de la fuerza es una prohibición amplia o estrictamente limitada a lo que pueda agredir la indepen-

<sup>12</sup> Hay numerosos ejemplos en este sentido, como las diversas intermediaciones que se han realizado entre israelíes y palestinos, o entre las facciones rivales en Irlanda del Norte, etc.

dencia política o la integridad territorial de otro Estado, según reza el artículo 2.4. de la Carta<sup>13</sup>. En lo que hemos definido como intervención humanitaria, ambos elementos del Estado se verían afectados, de modo que - aunque el propósito del Estado que interviene fuese proteger los derechos humanos y por eso compatible con otro de los propósitos de la organización- su intervención iría en contra de la prohibición del uso de la fuerza, según está definida en la Carta.

Veamos si acaso existe alguna excepción a la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza. Es sabido que el que una norma sea de *ius cogens*, no significa que no pueda tener excepciones, sino que una norma contraria es nula. Las excepciones pueden estar dadas por la misma norma imperativa o haber sido desarrolladas por el derecho internacional general.

En el caso que nos interesa, las excepciones a la amenaza y al uso de la fuerza contenidas en la misma Carta son las autorizaciones que puede otorgar el Consejo de Seguridad (artículo 42) y la legítima defensa individual o colectiva (artículo 51). La autorización dada por el artículo 107 contra los Estados enemigos ha caído en desuetudo. El juego combinado de los artículos 24, 25, 39 y 42 nos permiten afirmar que al Consejo de Seguridad se le ha otorgado un derecho y un deber de intervenir limitado a las situaciones que signifiquen una amenaza a la paz y seguridad internacionales; cuando su accionar se ejercite con uso de la fuerza y a través de ella se persiga la protección de derechos humanos esenciales, nos encontraremos ante lo que hemos denominado imposición humanitaria.

Respecto del uso que haga de sus facultades, la Carta no impone reglas al Consejo de Seguridad, y por lo tanto sólo podría ser objetado si se puede demostrar que el órgano hizo abuso de derecho o aplicación arbitraria contraria al espíritu de la Carta. Es interesante preguntarse si es posible interpretar que la falta de determinación (art. 39) o de acción (art. 42) del Consejo de Seguridad frente a violaciones graves y masivas de derechos del hombre, podrían ser entendidos como conductas abusivas de derecho o arbitrariedades flagrantes. Puesto que el Consejo de Seguridad es un órgano

<sup>13</sup> Cfr. BERMEJO GARCÍA, Romualdo, *op. cit.*

netamente político y por ello altamente discrecional, una respuesta positiva haría tambalear al sistema de las Naciones Unidas tal como fue concebido en 1945. Entendemos que al reconocer el derecho de veto a los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, los Estados Partes de la ONU asumen el riesgo de parálisis del Consejo, o, dicho positivamente, otorgan más importancia al acuerdo político entre ellos que a la eficacia del sistema, o bien reconocen que la eficacia del sistema sólo es posible si hay acuerdo entre los miembros permanentes.

Debemos considerar ahora una excepción desarrollada en el marco del proceso de descolonización, como es la aceptada por la Asamblea General en el art. 7 de la Resolución 3314 (XXXIX), que permite a los pueblos que por la fuerza "están bajo un régimen colonialista y racista u otras formas de dominación extranjera" hacer un legítimo uso de la fuerza para lograr su libre determinación. Podemos plantearnos la hipótesis de un pueblo sometido a un gobierno tiránico no extranjero que no respete los derechos fundamentales del hombre. Ese pueblo puede haber sido reconocido por el derecho internacional como un pueblo con derecho usar la fuerza para lograr su libre determinación sólo si fue incluido en la lista de Territorios no Autónomos, que es el objetivo hacia el cual apuntaban la Resolución 1514 (XV) y la 3314 (XXXIX). Pero son precisamente los casos posteriores y no incluidos en aquella lista, los que han conmovido a la comunidad internacional en los últimos años llevando al replanteamiento de la intervención humanitaria. Ciertamente es difícil distinguir -por ejemplo en Kosovo- si se trata de una legítima aspiración a la libre determinación o una guerra civil. Si es libre determinación, estará a su vez restringida por el principio de la integridad territorial, y en consecuencia no habrá un automático derecho a ejercer la fuerza para lograr la secesión. Si es guerra civil, encontraremos que el derecho internacional es neutro respecto de la ayuda que se puede prestar a los contendientes, pero tiene un juicio negativo respecto de la intervención militar extranjera directa. Por lo tanto la intervención humanitaria según la entendemos no sería legítima.

Finalmente, debemos abordar las excepciones que resultan de las circunstancias que excluyen la ilicitud del comportamiento de un Estado. Las trataremos según están desarrolladas en el proyecto de Código de Respon-

sabilidad Internacional de la CDI. De entrada podemos excluir tres de las circunstancias allí contempladas: a) la legítima defensa, ya que no parece posible que la violación de derechos humanos en otro territorio pueda ser considerada como agresión, salvo que se conciba de una manera extremadamente amplia a la discutida legítima defensa preventiva; b) la oposición a contramedidas armadas, puesto que las situaciones de urgencia humanitaria no pueden constituirse en una contramedida armada; c) la fuerza mayor, dado que el uso de la fuerza por razones humanitarias no puede ser incluido dentro de este apartado por su misma naturaleza.

Nos quedan pues tres supuestos por analizar. En caso de consentimiento del Estado víctima de la intervención, ésta dejaría de ser tal para convertirse -según hemos definido- en asistencia humanitaria, o -en todo caso- en ayuda a una de las partes en una guerra civil, o en un proceso de liberación nacional. O sea, se transforma de un acto unilateral en otro bilateral. Pero, el consentimiento del Estado donde se interviene ¿puede hacer lícita la violación de una norma de *ius cogens*, como es la que prohíbe la amenaza y el uso de la fuerza? La CIJ ha dicho en el caso Nicaragua, que el uso de la fuerza "puede estar justificado por pedido del gobierno"<sup>14</sup>, pero -como se puede apreciar- queda un margen de duda, puesto que también podría no estar justificado. En consecuencia no sería correcto afirmar taxativamente que el consentimiento de quien sufre un acto de amenaza o de uso de la fuerza, transforma dicho acto en lícito. Al menos debería exigirse que el consentimiento sea explícito y que el uso de la fuerza tenga una envergadura limitada proporcional al problema que se pretende solucionar.

El estado de necesidad tampoco es invocable como excepción por el Estado interviniendo, puesto que esta salvedad sólo puede utilizarse para salvaguardar un interés esencial del propio Estado contra un peligro grave e inminente y además no debe afectar gravemente un interés esencial del otro Estado, cosa que ocurriría en caso de una intervención, ya que lesionaría su soberanía e independencia política.

<sup>14</sup> C.I.J. Recueil 1986, #216.

Finalmente, la excepción del peligro extremo nos plantea un interrogante. Tal como la concibe la CDI en el artículo 32 de su proyecto sólo puede recurrirse a ella cuando el autor del comportamiento no tenía otro medio en una situación de extremo peligro, para salvar su vida o la de personas confiadas a su cuidado. Está aceptado que un Estado debe velar por la vida, la seguridad y los bienes de sus nacionales aún cuando se encuentren en territorio de otro Estado, a través de normas como las referidas al derecho de asistencia consular<sup>15</sup>, la acción de protección diplomática, etc. La práctica internacional no ha rechazado la acción de un Estado en territorio extranjero para salvaguardar la vida de nacionales propios, cuando esa acción ha sido proporcionada al peligro que sufrían, ha causado daños mínimos en personas y bienes del otro Estado y se ha utilizado como recurso extremo y final. Sin embargo cuando no se han cumplido esas condiciones -por ejemplo en las ocasiones en que Estados Unidos intervino en República Dominicana, en Grenada y en Panamá- la posición del resto de los Estados y de la doctrina ha sido crítica y opuesta<sup>16</sup>.

Por otra parte, es evidente que una acción de intervención humanitaria tal como la hemos descrito, no repara en la nacionalidad de las personas a las que intenta proteger o salvar; es más, está dirigida mayoritariamente a salvaguardar personas que no tienen un vínculo tal con el Estado interviniente, que permita a éste afirmar que están confiadas a su cuidado: por lo tanto no puede ser incluida en la excepción del artículo 32 del proyecto de la CDI, tal como este fue pensado.

Sin embargo es precisamente este argumento el que nos parece que podría dar cierta respuesta a las dudas que se nos plantean alrededor de la intervención humanitaria, siendo que las mismas responden -en el fondo- a cierta percepción y convencimiento de que la protección de la vida y otros derechos humanos fundamentales están confiados al cuidado de la comunidad internacional en su conjunto, y -por lo tanto- de todos los Estados independientemente de los vínculos efectivos que tengan las personas con cada país. Los tribunales penales internacionales ad hoc ya establecidos, la Cor-

<sup>15</sup> cfr. Art. 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

<sup>16</sup> Cfr. CAMINOS, Hugo, op.cit., págs. 25-38.

te Penal Internacional, la posibilidad que tienen los Estados de presentar denuncias o demandas contra otros Estados ante organismos y tribunales de derechos humanos y de derecho humanitario, etc., son muestras claras de ese sentido de responsabilidad, cuando un estado de necesidad ante un peligro extremo afecta a una o a muchas personas, sin importar la jurisdicción territorial a la que se encuentran sometidas esas personas.

La prohibición de injerencia en los asuntos internos de un Estado

El párrafo 7 del artículo 2 de la Carta indica que:

“Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII”.

Este artículo fue luego en cierta medida desarrollado por las Resoluciones 2131 (XX) Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía, y en la ya citada 2625 (XXV). Pero es evidente que desde 1970 –prácticamente finalizado el proceso de descolonización- y nuestros días, el concepto de absoluta soberanía del Estado que en esas resoluciones impera, ha perdido fortaleza al ser horadado por la mundialización económica y la globalización cultural. Pese a ello, y aún cuando a tenor del art. 2.7 de la Carta las medidas tomadas en virtud del capítulo VII no constituyen injerencia, el Consejo de Seguridad reafirma con frecuencia la adhesión de la ONU y de sus Estados miembros al principio de soberanía de los Estados<sup>17</sup>. También lo ha hecho la Asamblea<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Cfr. P.ej. Resoluciones 1244 (1999), 1264 (1999), 1296 (2000),

<sup>18</sup> Cfr. Resolución 37/10, que recoge la Declaración de Manila, donde se reafirma este principio.



Con relación a esta interdicción, el avance más notorio en los últimos años son las diversas afirmaciones de que las expresiones de preocupación o aun de condena por la situación de los derechos humanos en un Estado, no configuran injerencia en sus asuntos internos<sup>19</sup>. Son especialmente de destacar las numerosísimas intervenciones relativas a la situación de los derechos humanos en Estados singulares realizadas tanto por la Asamblea General como por el Consejo Económico y Social: una interpretación restrictiva del art. 2.7 debería considerarlas como intromisiones indebidas en asuntos de exclusiva competencia interna. Pero se puede afirmar sin temor a equivocación que el derecho internacional ya no considera que los asuntos relativos a derechos humanos son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados: su esencia es ahora internacional. El principio de no intervención se elaboró para proteger a los Estados débiles frente a los poderosos. Pero cuando el débil es la persona y el poderoso es el Estado, el principio de no intervención, tal como fue concebido, merece ser revisado.

Por todo ello, estaríamos en condiciones de afirmar que la obligación del Estado de respetar los derechos básicos de la persona humana es una obligación erga omnes: cada uno de los otros Estados tiene derecho a exigir su observancia.

Pero esta retracción de los límites de los asuntos internos -o ampliación de las competencias de la comunidad internacional en su conjunto y aun de las de los Estados entre sí- no autoriza en derecho la intervención humanitaria, ya que ésta requiere cierto grado de coerción, que sigue siendo opuesto al artículo 2.4. de la Carta.

#### IV. ¿SE HA FORMADO UNA COSTUMBRE INTERNACIONAL?

El sistema creado tras la Segunda Guerra Mundial otorga el monopolio del uso de la fuerza al Consejo de Seguridad, así, en virtud de una norma

<sup>19</sup> Cfr. P.ej. Déclaration sur les droits de l'homme. Ministres des Affaires étrangères de la Communauté, del 21 de julio de 1986. Déclaration des Douze a l'occasion du quarantième anniversaire de la DUDH del 10 de diciembre de 1988, etc. Cit. por Corten Oliviere et al, op. cit. Pág. 113 y ss.

convencional por la que se han obligado la mayoría de los Estados que conforman la Comunidad Internacional, el Consejo de Seguridad es el único capaz de determinar si existe una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, y habiéndolo determinado, es el único habilitado a tomar medidas que impliquen el uso de la fuerza armada.

Es cierto que durante el período de la guerra fría adoptar resoluciones de este tipo resultaba una tarea muy ardua a causa del veto. Sin embargo a partir de 1990 se pueden identificar algunas situaciones que encuadran en el concepto de imposición humanitaria: los casos de Haití y Rwanda donde sus respectivos gobiernos no autorizaron ni pidieron las acciones en su territorio, y la operación desarrollada en Somalia, donde el consentimiento del Estado era dudoso<sup>20</sup>. En los tres, el Consejo de Seguridad determinó que la respectiva situación constituía una amenaza para la paz y seguridad en la región. En otras ocasiones -como fue el caso de Timor Oriental<sup>21</sup>- hubo consentimiento del Estado; éstas no entran en ninguna de las denominaciones que mencionamos al comienzo, puesto que al haber acuerdo entre el Estado y la ONU no se puede hablar de imposición. Finalmente, fueron varias las operaciones de mantenimiento de la paz que fueron autorizadas a usar la fuerza por razones humanitarias; el caso más paradigmático fue la UNPROFOR en Bosnia, que pudo comenzar a utilizar sus armas para proteger convoyes humanitarios a partir de la Resolución 836 (1993). Estos casos son complejos, puesto que aunque hubo consentimiento del Estado para el despliegue de la operación, muchas veces no queda claro si lo hubo para que comenzara a utilizar la fuerza.

Si bien algunas de estas operaciones no fueron definidas como "humanitarias" - el término no siempre aparece en las resoluciones del Consejo de Seguridad- todas ellas se apoyaron en razones de violación masiva de derechos humanos, violaciones al derecho internacional humanitario y crímenes contra la humanidad. De cualquier modo, mas allá de las razones que hayan impulsado tales operaciones, no cabe dudas que las mismas son conformes a derecho, se basan en una norma internacional convencional vi-

<sup>20</sup> Resoluciones del Consejo de Seguridad 940 (1994), 929 (1994) y 794 (1992).

<sup>21</sup> Resolución del Consejo de Seguridad 1264 (1999).

gente. Aun más del análisis de las votaciones que llevaron a adoptar las mencionadas resoluciones se desprende que los Estados miembros del Consejo de Seguridad, en su diferente conformación a través de los años, aprobaron por unanimidad o por amplia mayoría la imposición humanitaria o las otras modalidades con uso de la fuerza.

Las resoluciones de la Asamblea General respecto de los mismos conflictos muestran la preocupación de la comunidad internacional en su conjunto y el consenso en la necesidad de adoptar medidas para restablecer la paz y seguridad internacionales.

La situación de intervención humanitaria es claramente diferente, puesto que de acuerdo con lo ya expuesto toda acción unilateral de uno o varios Estados en territorio de otro Estado, que haciendo uso de la fuerza armada intenta proteger derechos esenciales de la persona humana, sin distinción de nacionalidad, constituye una violación al derecho internacional vigente.

Sin embargo la intervención de OTAN en Kosovo, reabrió el debate acerca de la legitimidad de la intervención humanitaria. A las razones éticas y morales aducidas por las potencias intervinientes, se sumó que la necesidad de la acción unilateral de la OTAN fue de algún modo reconocida posteriormente por el Consejo de Seguridad en la Resolución 1244 (1999), ya que "el que calla otorga", y en dicha Resolución el Consejo nada dice sobre los acciones con uso de la fuerza realizadas por la OTAN, cuya efectividad logró que se pudiese establecer la Administración Provisional que dicha Resolución establece.

Frente a la posición adoptada por el Consejo surge la cuestión de si nos encontramos frente a una nueva excepción a la prohibición del uso de la fuerza consagrada en la Carta de Naciones Unidas. Para que la intervención humanitaria configure tal excepción es necesario que exista una nueva norma de derecho internacional que consagre el derecho a intervenir unilateralmente en el territorio de un Estado por razones humanitarias. Ya hemos expuesto que no existe tal norma en el derecho convencional, por lo tanto debemos analizar si existe una nueva norma consuetudinaria, o al menos una norma consuetudinaria en formación que consagre ese derecho.

Para probar la existencia de una norma consuetudinaria debemos recurrir a la práctica de los Estados y a la opinio iuris. Con respecto a la primera podemos decir que existe una abundante práctica de intervenciones armadas unilaterales desde la Segunda Guerra Mundial, sin embargo ello no demuestra una evolución de la regla de no recurso a la fuerza<sup>22</sup>, La C.I.J ha establecido de manera clara en el caso de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua, que si un Estado actúa de un modo prima facie incompatible con una norma reconocida, pero defiende su conducta apelando a excepciones o justificaciones contenidas en la propia norma, tal actitud estaría confirmando la regla y no debilitándola.<sup>23</sup> Debemos tener en cuenta que la práctica de los Estados en esta materia si bien puede considerarse abundante, ha sido llevada a cabo por un número reducido de ellos, por lo que podría no reunir la condición de "generalidad" que necesita una práctica internacional para dar origen a una norma consuetudinaria. A este respecto es interesante señalar que:

"en la evaluación de la 'generalidad' de una práctica se considera principalmente la de ciertos países según el tema de que se trata. Por ejemplo, para demostrar la existencia de una costumbre sobre pesca marítima se recurrirá a la práctica de determinados países, y si el tema en cuestión es la navegación fluvial o la inmunidad de los cónsules, se consultará la de otros Estados. En este sentido, se puede decir que existen algunos Estados que son 'representativos' cuando se trata de una actividad determinada".<sup>24</sup>

En el caso de la intervención humanitaria, es indudable que son pocos los Estados capaces de llevar a cabo una operación de esas características, ya que deben contar con una fuerza bélica de cierta envergadura, recursos económicos y un poder o prestigio político dentro de la comunidad internacional que les permita llevar adelante la intervención en el territorio de un

<sup>22</sup>Cfr. CORTEN, O. y otro, op.cit. pag. 63.

<sup>23</sup> 1986 ICJ Rep. #186.

<sup>24</sup>BARBERIS, Julio A., Formación del derecho internacional, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994, p. 88.

Estado extranjero. Es en la práctica de estos Estados en la que debemos concentrarnos para determinar la existencia de una norma consuetudinaria.

Así, aunque la práctica no sea muy extendida, puede ocurrir que la Comunidad Internacional en general acepte esta práctica determinada *comme étant le droit*. Un buen ejemplo de esto es el lanzamiento del primer Sputnik al espacio y las subsecuentes actividades en el espacio ultraterrestre, que no generaron protestas por parte de ningún Estado por violación a su espacio aéreo, y a partir de las cuales se generaron nuevas normas para el uso del espacio ultraterrestre.

Para intentar identificar la voluntad de los Estados, y establecer así si existe *opinio iuris* que evidencie la existencia de una nueva costumbre internacional que habilite el uso de la fuerza por razones humanitarias, nos referiremos a distintos documentos elaborados en el marco de las Naciones Unidas, donde la representatividad de la comunidad de Estados resulta más completa.

La resolución 688 (1991) del Consejo de Seguridad, llama a todos los Estados miembros y organizaciones humanitarias a participar en los esfuerzos de asistencia humanitaria en el Norte de Irak, habilitándolos a tomar todas las medidas necesarias para ello. Es sabido que la expresión “todas las medidas necesarias” ha sido interpretada como uso de la fuerza armada. Así pareciera que el valor supremo soberanía territorial ha dejado de ser tal, asumiendo relevancia la asistencia humanitaria en ese caso concreto.

Hay quienes han visto en esta resolución evidencia para el nacimiento de una nueva norma consuetudinaria que consagra el derecho de los Estados de intervenir con el fin de prestar asistencia humanitaria. Así el Estado en cuyo territorio ocurre la catástrofe humanitaria estaría obligado a aceptar la asistencia por parte de otros Estados, y en el caso de que no permitiera el acceso a su territorio, otros Estados podrían tomar medidas para obligar al Estado a aceptar la asistencia. Sin embargo creemos que es una interpretación demasiado amplia de la Resolución 688 (1991). En primer lugar porque se trata de una resolución sobre un caso particular, del cual no se pueden sacar conclusiones generalizadoras. En segundo término, porque del análisis de resoluciones posteriores de la Asamblea General –el órgano

representativo por excelencia dentro de la ONU- se desprende que si bien la comunidad internacional se preocupa con frecuencia por que "siguen vulnerándose sistemáticamente el derecho de los refugiados, el derecho humanitario y los instrumentos de derechos humanos, lo que puede conducir en última instancia a situaciones de emergencia"<sup>25</sup> y promueve un nuevo orden humanitario internacional, lo hace exclusivamente en el marco de las Naciones Unidas. Valga como ejemplo el siguiente texto:

"2- The sovereignty, territorial integrity and national unity of States must be fully respected in accordance with the Charter of United Nations. In this context humanitarian assistance should be provided with the consent of the affected country and in principle on the basis of an appeal by the affected country (...).

12- The United Nations has a central and unique role to play in providing leadership and coordinating the efforts of the international community to support the affected countries (...). "<sup>26</sup>

Queda claro que no hay evidencia alguna de una opinio iuris tendiente a consagrar acciones unilaterales por parte de los Estados, más bien todo lo contrario.

Desde otro punto de vista podría identificarse como opinio iuris la falta de reacción por parte de otros Estados ante una acción de intervención humanitaria, como la llevada adelante por la OTAN en Kosovo. En un momento de la crisis, el Consejo de Seguridad rechazó por doce votos en contra y tres a favor (China, Namibia y Rusia) la solicitud de inmediato cese del uso de la fuerza contra la República Federal de Yugoslavia y la urgente vuelta a las negociaciones propuestas en un proyecto por Belarus, Rusia e India<sup>27</sup>. Algunos han interpretado que de esto podría deducirse un apoyo a la acción de la OTAN por parte del CS<sup>28</sup>. Pero si bien es cierto que este caso

<sup>25</sup> A/Res/55/73. Nuevo orden humanitario internacional (2001).

<sup>26</sup> A/Res/46/182. Anexo.

<sup>27</sup> Press Release SC/6659.

<sup>28</sup> HENKIN, Louis, "Kosovo and the Law of Humanitarian Intervention", Editorial Comments. American Journal of International Law, Vol.93, 2000, p.826.

puede configurar un precedente importante para fundamentar la acción unilateral por razones humanitarias, el apoyo de doce Estados -tres de los cuales eran miembros de la OTAN- no sería evidencia suficiente para hablar de una nueva norma consuetudinaria.

Poco después el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 1244 (1999). Como ya dijimos se ha interpretado a esta resolución como aprobatoria del bombardeo llevado a cabo por la OTAN. Por ejemplo, Alain Pellet interpreta incluso que de todo su texto puede inferirse una opinión *iuris* favorable a la intervención humanitaria, puesto que no condena a la OTAN y sí a los actos de violencia contra la población de Kosovo y aprueba el plan del G8 para el territorio. También porque desde el punto de vista procesal, pudo haberse pedido la convocatoria de una reunión extraordinaria de la Asamblea General, cosa que no se hizo<sup>29</sup>.

Sin embargo nos parece que no es eso lo que se infiere de un análisis cuidadoso de su texto. El Consejo de Seguridad no menciona en ningún momento a la Organización del Tratado del Atlántico Norte, ni a su acción en Kosovo. La referencia más cercana está dada por un párrafo no resolutivo:

“Acogiendo con beneplácito los principios generales relativos a una solución política para la crisis de Kosovo aprobados el 6 de mayo de 1999 (S/1999/516, anexo1 a la presente resolución) y acogiendo con beneplácito también el hecho de que la República Federativa de Yugoslavia acepte los principios establecidos en los puntos 1 a 9 del documento presentado en Belgrado el 2 de junio de 1999”.

Es cierto que el Anexo I incorpora a la resolución los principios adoptados por los Ministros de Relaciones exteriores del G-8 relativos a la crisis de Kosovo, pero los mismos se refieren principalmente a poner fin a la violencia y al retiro de todas las fuerzas militares y paramilitares del territorio de Kosovo. La anexión de tales principios sólo indicaría una acogida a la intención de poner fin a la represión en Kosovo, lo que de ninguna mane-

<sup>29</sup> Vid. PELLET, Alain. “La guerre du Kosovo. Le fait rattrapé par le droit. International Law” Forum du droit international. Kluwer Law International. 1999. Pág. 162.

ra significa confirmar las acciones llevadas a cabo por la OTAN, que obligaron a Belgrado a aceptar la presencia de las Naciones Unidas en Kosovo.

La modificación de una norma consuetudinaria anterior, especialmente una norma de *ius cogens*, debe ser analizada con suma precaución. La C.I.J en el caso *Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua*, hace un extenso análisis relevante a nuestro caso:

"The significance for the Court of cases of State conduct prima facie inconsistent with the principle of non-intervention lies in the nature of ground offered as justification. Reliance on a State on a novel right or an unprecedent exception to the principle might, if shared in principle by other States, tend to a modification of customary international law. In fact however the Court finds that States, have not justified their conduct by reference to a new right of intervention or a new exception to the principle of its prohibition. The United States authorities have on some occasions clearly stated their grounds for intervening in the affairs of a foreign State for reasons connected with, for example, the domestic policies of that country, its ideology, the level of its armaments, or the direction of its foreign policy. But this were statements of international policy, and not an assertion of rules of existing international law."<sup>30</sup>

Este pasaje del fallo parece aplicarse exactamente a la situación de Kosovo. El Secretario General de la OTAN, Javier Solana, en su declaración del 23 de marzo de 1999, habla de una obligación moral por parte de la OTAN; no justifica su accionar en excepciones al uso de la fuerza, sino que lamenta que los esfuerzos del Consejo de Seguridad no hayan dado resultado, por lo que buscan apoyar con su acción las metas políticas de la comunidad internacional, con el fin de evitar el sufrimiento humano, prevenir la dispersión de la inestabilidad en la zona, y detener un régimen autoritario represor de sus ciudadanos en el siglo XXI.

<sup>30</sup>1986 ICJ Rep. # 207.



Llama la atención que la OTAN no trate de justificar los ataques aéreos en ninguna norma de Derecho Internacional o excepción a la misma. Podemos deducir de ello que el fundamento de la acción excede el orden jurídico y se apoya exclusivamente en consideraciones de orden moral.

A mayor abundamiento, la Corte enfatiza en el mismo fallo que:

“For a new customary rule to be formed, not only must the acts concerned “amount to a settled practice” but they must be accompanied by the *opinio iuris sive necessitatis*. Either the States taking such action or other States in position to react to it, must have behaved so that their conduct is evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio iuris sive necessitatis*.”<sup>31</sup>

Hemos visto que el elemento subjetivo que subyace a las acciones de la OTAN, es un elemento de carácter ético: no está actuando con la convicción de la existencia de una norma jurídica que así lo ordena, como lo requiere la Corte para determinar la existencia de la *opinio iuris*, sino con la conciencia de que existe un deber moral de detener la violación de derechos humanos esenciales. El estudio de las declaraciones de los jefes de Estado de los miembros de la OTAN, muchos opuestos inicialmente a una acción que implicara uso de la fuerza,<sup>32</sup> nos conducen a la misma conclusión: no existe en este caso el elemento subjetivo necesario que pruebe la formación de una nueva costumbre internacional.

## V. LA NECESIDAD ÉTICA DE LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA

El Secretario General de las Naciones Unidas expresaba en La Haya en mayo de 1999:

<sup>31</sup>1986 ICJ Rep.# 207.

<sup>32</sup> Cfr. GROSSI, Rafael Mariano, Kosovo, Los límites del intervencionismo humanitario. ISEN. Bs. As. 2000. pags. 188 a 191.

“En un mundo en que la globalización ha limitado la capacidad de los Estados para controlar su economía, regular sus políticas financieras y aislarlos del deterioro ambiental y la migración humana, el último derecho de los Estados no puede y no debe ser el derecho a esclavizar, perseguir o torturar a sus propios ciudadanos”<sup>33</sup>.

Podríamos agregar, además, que tampoco puede ser derecho del Estado, negar a quienes viven en su territorio el ejercicio de sus justas facultades y prerrogativas, sobre todo si las mismas han sido reconocidas por ese Estado no sólo en el ordenamiento jurídico interno, sino también en el internacional a través de cualesquiera de sus fuentes.

Koffi Annan pudo hacer esa afirmación a finales del siglo XX, porque para entonces la noción de soberanía estatal ya había evolucionado suficientemente: de aquella idea de soberanía clásica concebida en el siglo XVI, omnímoda, excelsa y todopoderosa, a la cual ningún otro poder alcanzaba a sobrepasar -y que por ello consideraba que el ciudadano era servidor del Estado al que pertenecía- se ha pasado al concepto de una soberanía que tiene sentido en tanto y en cuanto el Estado la utilice en favor de sus habitantes guiado por el interés común<sup>34</sup>. Si el Estado, que debe promover y amparar los derechos humanos fundamentales, se convierte en agresor de los mismos, la legitimidad de su soberanía comienza a erosionarse y debilitarse, haciéndose permeable a la actuación de otros sujetos internacionales. La soberanía implica responsabilidad, no solamente poder<sup>35</sup>.

Quien viola los derechos humanos, ofende la conciencia humana en cuanto tal y ofende a la humanidad misma. El deber de tutelar tales derechos trasciende, pues, los confines geográficos y políticos dentro de los que son conculcados.

<sup>33</sup> ANNAN, Kofi. El problema de la intervención. Publicación DIP/2080.IDM. Diciembre 1999. Pág. 25.

<sup>34</sup> *Ibíd.* Pág. 42.

<sup>35</sup> *Ibíd.* Pág. 5.

Sin embargo los gobiernos son reticentes a legitimar y aun a justificar la necesidad ética de la intervención, teniendo en cuenta los abusos pasados realizados por los Estados poderosos, o las omisiones que esos mismos Estados y otros tuvieron frente a tragedias humanitarias que no afectaban directamente sus intereses o sus estrategias.

Ya lo decía Podestá Costa:

“La intervención no es un instrumento que puedan utilizar los Estados débiles contra los fuertes; es un arma que únicamente pueden esgrimir los poderosos en ciertos casos, cuando así lo aconsejen circunstancias accidentales. Esa arma gravita sobre ciertos Estados; no ampara a todos para asegurar la justicia y no es, por lo tanto, una norma jurídica. No existe, pues, un derecho de intervención”<sup>36</sup>.

Más recientemente algunos autores como Zorgbibe han expresado el temor a la intervención humanitaria en términos claros:

“La invocación del derecho de intervención humanitaria inquieta a los Estados débiles, difumina los objetivos del que interviene y reduce la acción diplomática a un angelismo sin fronteras”<sup>37</sup>.

Pero esa cita es anterior a Kosovo. Ante lo allí ocurrido Pellet realizó esta dramática afirmación:

“L'action de l'OTAN est illicite, mais á considérer que la morale, ici, justifie la mise á l'écart des règles de droit (...). Le droit est un moyen –parmi d'autres- d'assurer la paix sociale, ce n'est pas une valeur en soi, et une violation du droit est certainement préférable a la mort programmée de un peuple.”<sup>38</sup>

<sup>36</sup> PODESTÁ COSTA, L.A. Derecho Internacional Público, I. Buenos Aires (1961), Pág. 972-3. Cit por CAMINOS, Hugo en “La intervención...”. op.cit. Pág. 26.

<sup>37</sup> ZORGBIBE, Charles, op.cit. Pág. 6.

<sup>38</sup> PELLET, Alain. Op.cit. pág. 159.

En el fondo, lo que nos dice Pellet es lo que ya desde hace siglos ha quedado plasmado en el adagio romano: *summum ius, summa iniuria*.

La admisión generalizada ante el caso de Kosovo de que existen imperativos morales anteriores al derecho, no hace sino confirmar lo que expresa tan bien Ollero Tassara:

“Los derechos humanos sin una positivación adecuada son entes celestiales de nula relevancia práctica (y, por tanto, jurídica); pero tampoco cabe llevar a cabo un tratamiento positivo de tales derechos sin apelar a instancias pre-legales, a no ser que se los reduzca a artificios retóricos”<sup>39</sup>.

A partir de entonces ha ido creciendo un cierto estado de estupefacción frente a la antinomia que existe entre el imperativo moral de actuar energicamente ante violaciones manifiestas de derechos del hombre, y la amenaza que significa para el sistema de seguridad colectiva adoptado en la Carta, la adopción de medidas coercitivas sin autorización del Consejo de Seguridad. Entendemos que en estos tiempos, la duda no pasa por si hay que actuar o no, sino por quién determina si se debe intervenir en un caso concreto y cómo tiene que ser esa intervención.

Decía Juan Pablo II en 1990, cuando las primeras atrocidades en los Balcanes comenzaron a ser conocidas:

“Los principios de la soberanía de los Estados y de la no injerencia en sus asuntos internos –que mantienen todo su valor– no han de constituir, sin embargo, una pantalla detrás de la cual se pueda torturar y asesinar”<sup>40</sup>.

Y más recientemente:

“Cuando la población civil corre peligro de sucumbir ante el ataque de un agresor injusto y los esfuerzos políticos y los ins-

<sup>39</sup> OLLERO TASSARA, Andrés. *¿Tiene razón el derecho?* Publicaciones del Congreso de Diputados. Monografías, n. 27. Madrid. 1996. Pág. 392.

<sup>40</sup> Juan Pablo II. Discurso ante el Cuerpo Diplomático. 16 de enero de 1993.

trumentos de defensa no violenta no han valido para nada, es legítimo e incluso obligado emprender iniciativas concretas para desarmar al agresor”<sup>41</sup>.

Tesón dice con lucidez que:

“(…) conventional methods of treaty interpretation, when applied to article 2.4, are incapable of yielding a solution to the hard case of humanitarian intervention. That solution can only be reached by presupposing an ethical theory of international law. Only then shall we be able to dissolve the tension between the two principles that underline the international legal system doctrine: the entitlement to fundamental human rights and the prohibition of war.”<sup>42</sup>

Continúa el mismo autor, planteando un panorama mucho más abarcativo:

“(…)the rights of states are properly understood as derivative from human rights(…) The international legitimacy of governments... depends on the continuing observance by those in power of the rights of everybody(…) Humanitarian intervention protects those same rights against deprivations by their own government(…) A justified intervention must be genuinely aimed at restoring human rights, necessary, proportionate to the evil that it is designed to suppress, and welcomed by the victims of oppression. This last requirement is crucial. It underscores the nature of humanitarian intervention as help to victims of human rights deprivations, rather than as the result of unilateral decisions by foreigners. It also highlights the moral parallelism between justified revolution and justified intervention.”<sup>43</sup>

Por eso coincidimos con Hugo Caminos en que:

<sup>41</sup> Juan Pablo II. Mensaje por la Jornada Mundial de la Paz. 1 de enero de 2000.

<sup>42</sup> TESÓN, Fernando R. Humanitarian Intervention. An Inquiry into Law and Morality. Transnational Publishers.U.S.A. 1988. Págs. 129-130.

<sup>43</sup> Ibid. Págs. 246-247.

“No puede negarse la necesidad de hallar una solución jurídica para enfrentar situaciones de violaciones masivas de los derechos humanos”<sup>44</sup>.

#### VI. ALGUNAS VÍAS PARA ENCONTRAR UNA SOLUCIÓN EN DERECHO.

En el ejercicio de la imposición humanitaria a partir de las facultades que le otorga el capítulo VII de la Carta, el Consejo de Seguridad ha sido muy amplio. Por ejemplo ha determinado que:

- la huida de refugiados kurdos desde Irak a Turquía “amenaza la paz internacional de la región”<sup>45</sup>.
- la magnitud de la tragedia en Somalia “amenaza a la paz”<sup>46</sup>.
- el empeoramiento de la situación humanitaria en Haití “sigue constituyendo una amenaza para la paz y la seguridad en la región”<sup>47</sup>.
- la situación humanitaria creada a partir del golpe militar en Sierra Leona “constituye una amenaza a la paz y seguridad internacionales”<sup>48</sup>.

Y el anterior Secretario General de la ONU –Boutros Ghali- llegó a decir en su “Agenda para la Paz” que la disminución de la capa de ozono podría llegar a constituir una amenaza a la paz más grave que una tensión internacional.

Frente a un marco discrecional tan amplio en la Organización -que detenta el uso centralizado de la fuerza- parece más que necesario -si queremos hallar una solución en derecho- intentar poner unos límites y parámetros,

<sup>44</sup> CAMINOS, Hugo. Op.cit. Pág. 38.

<sup>45</sup> Resolución 668 (1991).

<sup>46</sup> Resolución 794 (1992) .

<sup>47</sup> Resolución 940 (1994)

<sup>48</sup> Resolución 1132 (1997).

que sirvan para determinar cuándo se está dando una situación que puede ser objeto de una intervención humanitaria y por lo tanto de un uso de la fuerza descentralizado.

La doctrina<sup>49</sup> ha desarrollado los siguientes requisitos:

- a) existencia de un nivel de sufrimientos grave, masivo, sistemático y continuo, que afecta derechos esenciales y básicos de la persona humana,
- b) configuración de una situación de urgencia, que ya no admite dilaciones,
- c) intervención previa, en la medida de lo posible, del organismo regional pertinente,
- d) imposibilidad de acuerdo en el Consejo de Seguridad respecto de la acción con uso de la fuerza que debe realizarse,
- e) agotamiento de todos los otros medios diplomáticos y políticos posibles,
- f) proporcionalidad entre el uso de la fuerza y los objetivos perseguidos,
- g) carácter limitado de la operación, en el tiempo y en el espacio,
- h) información inmediata de la intervención al Consejo de Seguridad y, si es el caso, al organismo regional competente,
- i) si el sufrimiento es causado por un conflicto bélico, la intervención también tendrá que servir para forjar acuerdos de paz, ayudar a su implementación y persuadir a las partes a cumplirlos.

Los más exigentes agregan que la falta de consentimiento del Estado intervenido sólo puede admitirse si falta en éste un gobierno, o si habiéndolo carece de autoridad efectiva que le permita poner fin a la situación de de-

<sup>49</sup> Cfr. P.ej. BERMEJO GARCÍA, Romualdo. El marco jurídico... op.cit. Pág. 402.

sastre. Pero es evidente que se trata de una exigencia sólo realista con relación a situaciones más bien raras, pues la necesidad de intervenir para proteger derechos humanos básicos suele deberse más bien a excesos de autoridad estatal que a falta de ella.

El "imperativo moral" al que nos referimos en el párrafo anterior, tiene ya en el derecho interno algunas manifestaciones aplicables por analogía. Una de ellas es la privación de la patria potestad al progenitor que desatiende sus obligaciones o maltrata a sus hijos. La traducción al orden internacional no es directa puesto que, por ejemplo, no se puede sustraer físicamente a la población de un territorio para protegerla, como sí se puede hacer con los hijos respecto de la casa paterna. Tanto la imposición como la intervención humanitaria limitan la autonomía del ofensor –el gobierno de un Estado- mucho más de lo que lo hace la privación de la patria potestad con el padre o a la madre. Sin embargo no es imposible llegar a fórmulas equilibradas, como lo demuestra la Resolución 1244 (1999) que establece una administración internacional provisional en Kosovo, pero sin dejar de reconocer la soberanía y la integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia.

Pese a todos los argumentos y razones, la prohibición al recurso unilateral a la fuerza admitido por los Estados a partir de su ratificación a la Carta y el carácter de norma imperativa sigue siendo un obstáculo insalvable. Justo es reconocer que también constituye una garantía, puesto que el derecho aparece siempre referido a un ajustamiento de las relaciones sociales, que permite coexistir a personas humanas y que desaparece cuando se impone la guerra individualista de todos contra todos o la fuerza opresiva del todo contra todos<sup>50</sup>. Toda tarea jurídica consiste en la búsqueda de la justicia objetiva en un caso concreto, donde se complementen libertad e igualdad. El discernimiento de su punto medio es la justicia; su proyección dinámica en el tiempo exige seguridad<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Cfr. OLLERO TASSARA, Andrés. ¿Tiene...? op.cit. Pág. 405.

<sup>51</sup> Cfr. Ibid. pág. 407.



Esa justicia y su proyección han permitido imaginar algunas vías posibles.

#### La excepción de peligro extremo

Como dijimos más arriba, podría intentarse un desarrollo de la excepción prevista en el artículo 32 del Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos:

“Peligro extremo. 1. La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado, quedará excluida si el autor del comportamiento que constituye el hecho de ese Estado no tenía otro medio, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la de personas confiadas a su cuidado”.

Tal como está expresada, esta excepción sólo puede cuadrar para salvaguardar la vida humana en peligro de perderse. Pero vidas humanas “confiadas a su cuidado”, o sea que existe algún vínculo o relación entre dos personas, por el cual una de ellas tiene esa obligación de protección y salvaguarda. La redacción del artículo hace pensar más bien en una relación de tipo particular e incluso circunstancial, pero no excluye que pueda aplicarse a una relación más extendida y permanente. No se puede negar que el Estado tiene esta obligación con respecto a sus nacionales, pero también con respecto a las personas de otras nacionalidades que se encuentran en su territorio, manifestada principalmente a través del deber de otorgar seguridad interna, pero también a través de ciertas figuras del derecho internacional, como la acción diplomática, la notificación al cónsul, la regla de juzgar o dar a juzgar del derecho internacional humanitario y recogida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, etc. Los titulares del derecho a la vida son personas humanas concretas, que en algunos casos pueden ver afectada esta facultad por actividades del Estado. Los derechos humanos trascienden las fronteras, y por eso hay diversas normas convencionales que ante el incumplimiento del Estado establecen salvaguardas internacionales diversas: procedimientos ante sistemas de protección de derechos humanos, la acción diplomática y política de las organizaciones regionales, la acción con o sin uso de la fuerza del Consejo de Seguridad si la situación amenaza

la paz y seguridad internacionales. Pero si esos recursos fallan y para una gran masa de población existe el peligro inmediato y cierto de perder la vida, otro Estado –que tenga posibilidad y capacidad- podría asumir la obligación de protección, incluso utilizando la fuerza, y entrar así en la excepción que excluye la ilicitud de responsabilidad por hecho ilícito –o incluso por crimen internacional entendido este según el art. 19 del mismo proyecto- debido a peligro extremo de la vida humana. Así como en muchos casos se exige un “agotamiento de recursos internos” antes de intentar la vía internacional, en estas situaciones se exigiría un “agotamiento de los recursos internacionales” antes de que la intervención humanitaria pueda acogerse a esta excepción de ilicitud.

#### La reforma de la Carta

Se trataría de establecer una excepción convencional a la prohibición del uso de la fuerza, por motivos humanitarios. Habría que encontrar una fórmula suficientemente precisa para definir esos motivos humanitarios sin dar lugar a abusos. No debe menospreciarse la posibilidad de lograr esa reforma, puesto que apuntaría directamente a solucionar una falencia bien detectada, y ayudaría a alcanzar los objetivos mencionados en el artículo 1 de la Carta. La dificultad que presenta es de tipo político: ya hay varias razones para modificar la Carta, pero si por alguna de ellas se inicia el procedimiento de reforma, las otras se introducirían detrás. No parece posible aceptar un motivo –por importante que sea- y dejar fuera los otros, que pueden estar muy ligados al primero.

#### El silencio

Algunos preferirían mantener íntegramente el sistema actual y la intervención humanitaria seguiría siendo ilegal. Pero por un acuerdo tácito los Estados se abstendrían de oponerse y protestar frente a actuaciones con uso de la fuerza en situaciones donde la intervención humanitaria fuese claramente necesaria. Nos parece que se trata de una opción poco realista, puesto que llevada a un extremo podría animar a algunos a abusar de la intervención humanitaria, protegiéndose en la discrecionalidad respecto de la valoración de la necesidad de la misma. El otro extremo podría conducir a la creación de una excepción a la prohibición del uso de la fuerza que en

definitiva se traduciría en la sustitución de esta norma de *ius cogens* por otra que diría que los Estados renuncian a la amenaza y al uso de la fuerza en sus relaciones mutuas, salvo cuando medien razones humanitarias.

#### El compromiso de caballeros

Los Estados miembros permanentes del Consejo de Seguridad se comprometerían a no utilizar su poder de veto cuando medien razones humanitarias. Esta sencilla formulación se complica cuando se la confronta con las situaciones reales. Algún caso puede parecer claro y no provocar –o hacerlo sólo mínimamente- el conflicto de intereses o alianzas, como fue el de Somalia y en cierta medida el de Haití. Pero no se puede decir lo mismo de Kosovo, Bosnia o Irak. Bastaría con que un miembro permanente alegue que la mayoría de los intereses en juego son políticos, económicos o estratégicos y no humanitarios, para que en consecuencia considere que el compromiso no es aplicable a esa situación y utilice el veto.

#### El proceso complejo

Es el más imaginativo y completo que hemos encontrado, y en buena medida coincidimos con él, aunque nos damos cuenta de la dificultad de su implementación<sup>52</sup>. Consiste en los siguientes pasos y requisitos:

- Prueba: las noticias disponibles deben establecer que se están cometiendo crímenes internacionales graves y extendidos según están contenidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de Roma. El Estado dentro del cual se realizan apoya esas actividades criminales, o las admite o no puede controlarlas.
- Notificación: una organización regional del área del Estado donde se cometen los crímenes, tiene que intimar al Estado para que los detenga por sí mismo o con la ayuda de otros, sin obtener una respuesta efectiva.
- Agotamiento de otros medios: la organización regional debe haber agotado todos los medios razonables para detener el com-

<sup>52</sup> CHARNEY Jonathan I. "Anticipatory humanitarian intervention in Kosovo". *American Journal of International Law*. Vol. 93 págs. 834-841.

portamiento criminal, incluyendo las negociaciones, las iniciativas políticas, las contramedidas sin uso de la fuerza -como sanciones económicas-, entre otras, sin resultados.

- Papel de la ONU: fracasados los intentos anteriores, el organismo regional llevará formalmente por medio de sus Estados miembros el asunto ante la Asamblea General de la ONU y ante el Consejo de Seguridad sobre la base de que se trata de una situación de emergencia. Intentarán que el Consejo determine que se trata de una de los escenarios previstos en el capítulo VII, y que, en consecuencia otorgue su autorización para ejercer acciones sin o con uso de la fuerza. Si la otorga, la situación quedará bajo control del Consejo. Pero si el Consejo no logra aprobar las medidas y ni él ni la Asamblea adoptan una resolución prohibiendo a la organización regional continuar con su actuación, se considerará agotada la vía ante la ONU.

- Acción regional: la organización regional podrá entonces tomar medidas con uso de la fuerza para impedir la continuación de las graves violaciones a los derechos humanos, pero sujeta a las siguientes limitaciones:

\* El Estado debe ser notificado del inminente uso de la fuerza.

\* Antes de intervenir, los Estados que participarán deben consentir ser llevados a la jurisdicción de la CIJ por cualquier Estado que se sienta dañado por violaciones al derecho internacional cometidas con ocasión de ese accionar. También deberán aceptar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, cuando esté establecida, por los crímenes que podrían estar bajo su competencia cometidos en el curso de la intervención.

\* La fuerza será utilizada sólo para detener masivas violaciones a los derechos fundamentales. Con este fin, los objetivos deben ser limitados, el daño colateral minimizado, también debe evitarse afectar las legítimas funciones del Estado

intervenido, y observar estrictamente el derecho internacional humanitario.

\* Una vez que se han alcanzado los objetivos las fuerzas de la organización regional deben retirarse, salvo que se logre el consentimiento del Estado intervenido o una autorización del Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta.

Este procedimiento tendría las ventajas de estar promoviendo claramente el respeto a los derechos humanos, minimizando los efectos de la intervención sobre la soberanía y la integridad territorial del Estado, impidiendo que la intervención sea unilateral por parte de un Estado, y, finalmente, aclarando de algún modo el papel que la Carta otorga a las organizaciones regionales.

## VII. CONCLUSIÓN

Entendemos que ha quedado demostrado que la intervención humanitaria tal como la definimos no es compatible con el sistema de seguridad aprobado por los Estados en la Carta de las Naciones Unidas, fundamentalmente por ir en contra de la norma imperativa que prohíbe el recurso unilateral a la amenaza y el uso de la fuerza.

También aparece claramente la necesidad ética de lograr una respuesta distinta a la dada hasta ahora frente a violaciones graves, extendidas y continuas a derechos de la persona humana, que podrían ser detenidas de contar con la necesaria voluntad política internacional y una herramienta jurídica adecuada.

El derecho internacional está en un proceso de formación y transformación continua; la figura de la intervención humanitaria está plenamente inmersa en este proceso. Ni la repetición relativamente frecuente de ciertas acciones intervencionistas, ni algunas afirmaciones doctrinales sobre la existencia de *opinio juris* constituyen en legítima la intervención humanitaria.

Sin embargo, la inexistencia de un "derecho a la injerencia" no nos hace titulares de un "derecho a la indiferencia" frente a tantas tragedias

humanas. La intervención humanitaria está esperando que le demos cauces en derecho que garanticen que al ejercitarla, se respeten la justicia y la seguridad de todos los sujetos del derecho internacional.