V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO INTERNACIONAL I

FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO

ALEJANDRO PASTORI

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito internacional I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Alejandro Pastori, Florisbal de Souza Del Olmo – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-239-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito internacional. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO INTERNACIONAL I

Apresentação

Verifica-se que o Direito Internacional tem vivenciado importantes transformações nas últimas décadas. Ocorre que a globalização e o intenso avanço da tecnologia da informação impõem novos limites para os diversos campos do Direito Internacional e para as Relações Internacionais.

Por outro lado, as sucessivas crises globais, a partir de 2008, e seus impactos trouxeram desafios adicionais para a disciplina e para os seus operadores. Os artigos apresentados no GT Direito Internacional I, neste emblemático V Encontro Internacional do CONPEDI, realizado na hospitaleira e histórica Cidade de Montevidéu, enfrentam significativa parcela desse quadro.

Os trabalhos debatem distintas áreas do Direito Internacional, tais como o petróleo em Angola; o estupro como arma de guerra; a arbitragem ambiental internacional; a integração regional e os projetos de infraestrutura na América Latina; a OMC e o acordo de facilitação do comércio; tutelas de urgência e homologação de decisões estrangeiras no STJ; o comércio internacional como fundamento para a promoção dos Direito Humanos; desafios da América Latina e sua identidade; livre circulação dos trabalhadores no Mercosul; o BRICS e a perspectiva de formação de uma organização internacional e o meio ambienta; e as regras de comércio internacional da Organização Mundial do Comércio.

Completando a riqueza do Grupo de Trabalho foram apresentados, por professores uruguaios, temas específicos de Direito Internacional Público, como a evolução do costume em relação ao uso da força e dois casos de arbitragem internacional: o caso Philip Morris contra o Uruguai e sua relação com os direitos humanos, e arbitragem no mar do Sul da China entre as Filipinas e China.

Podemos afirmar que a variada gama de textos apresentados neste Grupo de Trabalho sintetiza, com a devida profundidade, a essência dos debates acontecidos em Montevidéu.

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del Olmo - URI

Prof. Dr. Alejandro Pastori - UDELAR

¿EXISTE ACTUALMENTE UNA BASE CONSUETUDINARIA QUE JUSTIFIQUE UNA REINTERPRETACIÓN AMPLIATORIA DEL USO DE LA FUERZA O DE SUS EXCEPCIONES?

EXISTE ACTUALMENTE UMA REINTERPRETAÇÃO DO USO DA FORÇA OU SUAS EXCEÇÕES BASEADA NO COSTUME INTERNACIONAL?

Alejandro Pastori

Resumo

En un tema tan sensible como la amenaza o el uso de la fuerza, el advenimiento reciente de situaciones no previstas inicialmente por la Carta, donde nuevos actores no estatales y diversas acciones internacionales no tienen, en principio, una regulación directa, implica la aparición de un margen de discrecionalidad para apreciar la validez o legalidad del uso de la fuerza en ciertas circunstancias, basado en nuevas interpretaciones del texto constitutivo de la Naciones Unidas que tiene por fundamento a la costumbre. Por ende, los aspectos esenciales a considerar en este tema, y que nos proponemos desarrollar son: Primero, la determinación de la existencia de una norma consuetudinaria en este tema, para así saber el bien fundado de su aplicación. En segundo lugar, debemos ver si efectivamente los Estados o las Naciones Unidas han hecho directamente referencia siempre a la existencia de una costumbre que les habilitaba a actuar más allá de las normas existentes, por ejemplo por tratarse de acciones dirigidas contra entidades no estatales. El punto a analizar acá es en qué casos, aunque no se diga, se está indirectamente intentando construir una norma consuetudinaria de forma de darle en el futuro un mayor sustento jurídico universal a las llamadas intervenciones humanitarias, unilaterales o colectivas, basadas hoy únicamente en la Responsabilidad de Proteger o en interpretaciones algunas veces forzadas del concepto de legítima defensa o de las Convenciones de Ginebra. Es necesario precisar y evaluar si existe una costumbre solo en "statu nascendi" y por el momento sólo existe una práctica que busca abrirse un camino de legalidad a través de su repetición y de su aceptación por la comunidad internacional, o si ya estamos frente a una costumbre consolidada, aun no declarada como tal, que se ha introducido por el camino de la consolidación de otros instrumentos que en definitiva interpretan la Carta.

Palavras-chave: Interpretación extensiva, Costumbre internacional, Responsabilidad de proteger, Intervención humanitaria

Abstract/Resumen/Résumé

Em uma questão tão sensível como a ameaça ou uso da força, o advento recente de situações não previstas inicialmente pela Carta, envolve o aparecimento de uma margem de apreciação na avaliação da validade ou legalidade do uso da força em certas circunstâncias, com base em novas interpretações dos textos básicos das Nações Unidas fundada no costume. Os aspeitos

essenciales a considerar são: Em primeiro lugar, a determinação da existência de uma regra costumeira sobre o assunto, para saber os méritos de sua aplicação. Em segundo lugar, temos de ver se ou Estados ou as Nações Unidas sempre se referiu diretamente para a existência de um costume que lhes permitiu agir para além das normas existentes, por exemplo, porque tais ações são dirigidas contra entidades não-estatais. O ponto para discutir aqui é em que casos, apesar de não dizer, é indiretamente tentando dar no futuro uma base jurídica mais universal para a intervençao humanitária, unilateral ou intervenções coletivas baseadas hoje exclusivamente na Responsabilidade de proteger ou alguma interpretações forçadas, por vezes, o conceito de auto-defesa ou as Convenções de Genebra. É necessário clarificar e avaliar se há um costume apenas no "statu nascendi" o para o momento só há uma prática que procura abrir um caminho de legalidade através de sua repetição e sua aceitação pela comunidade internacional, ou se estamos enfrentando um costume estabelecido, embora não seja declarada como tal.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Interpretação extensiva, Costume internacional, Responsabilidade de proteger, Intervenção humanitária

El advenimiento reciente de situaciones no previstas inicialmente por la Carta, donde nuevos actores no estatales y diversas acciones internacionales no tienen, en principio, una regulación directa, implica la aparición de un margen de discrecionalidad para apreciar la validez o legalidad del uso de la fuerza en ciertas circunstancias, basado en nuevas interpretaciones del texto constitutivo de la Naciones Unidas, en especial su Capítulo VII.

En ese contexto, la aparición de conceptos como el de la Responsabilidad de Proteger, y la misma práctica reciente de los Estados, que ha dado lugar a acciones armadas unilaterales de éstos o colectivas de las Naciones Unidas, lleva a pensar que el fundamento o legalidad de las mismas solo podría justificarse –directa o indirectamente- por la existencia de un desarrollo consuetudinario de las disposiciones de la Carta.

En efecto, es fácil constatar en la actualidad que en el templo sagrado de la prohibición del uso de la fuerza han penetrado los defensores de un desarrollo progresivo del concepto que impulsan interpretaciones de esta regla o de sus excepciones de manera tal de poder justificar acciones armadas que en principio deberían ser consideradas contrarias al derecho internacional.

La justificación de las mismas estaría basada en la existencia de una nueva costumbre que avala dicha interpretación. Por ende, los aspectos esenciales a considerar en este tema, y que nos proponemos desarrollar dentro del marco teórico de las Naciones Unidas y de las normas de derecho internacional aplicables, son: Primero, los fundamentos existentes para la ampliación del principio o sus excepciones, para así saber el bien fundado de su utilización, aplicación o existencia en relación con el uso de la fuerza.

Debemos ver aquí si efectivamente los Estados o las Naciones Unidas han hecho directamente referencia a la existencia de una costumbre que les habilitaba, de forma explícita o implícita, a llevar a cabo acciones vinculadas con el uso de la fuerza que no se enmarcaban estrictamente en el marco teórico aportado por la Carta de las Naciones Unidas o resoluciones conexas, por ejemplo por tratarse de acciones dirigidas contra entidades no estatales.

De acuerdo a las últimas acciones conocidas que analizaremos, las referencias a conceptos ampliamente difundidos como la Responsabilidad de Proteger, la legítima defensa o a los Convenios sobre Derecho Internacional Humanitario de Ginebra, son generalmente una base jurídica que se ha utilizado como fundamento de acciones de este tipo.

En segundo lugar veremos si existe una base consuetudinaria que respalde los fundamentos expresados como habilitantes para el uso de la fuerza. El punto a analizar acá es si efectivamente estamos asistiendo a la creación de normas consuetudinarias, basada en alguno de los fundamentos expresados en la primera parte, de forma tal que eso permita darle un mayor sustento jurídico universal a las llamadas intervenciones humanitarias, unilaterales o colectivas, basadas hoy en la Responsabilidad de Proteger, en la protección de los derechos humanos, en interpretaciones algunas veces forzadas del concepto de legítima defensa o en la aplicación de las Convenciones de Ginebra sobre Derecho Humanitario. Si así fuera, habrá que precisar y evaluar en qué situación se encuentra esa costumbre. Si se encuentra solamente en "statu nascendi" y por el momento sólo existe una práctica que busca abrirse un camino de legalidad a través de su repetición y de su aceptación por la comunidad internacional, o si ya estamos frente a una costumbre consolidada, aun no declarada como tal, que se ha introducido en el sistema de seguridad colectiva y que en definitiva desarrolla los conceptos incluidos en la Carta. El carácter consuetudinario de estos desarrollos es punto de controversia en el Derecho Internacional Público actual, motivo por el cual un análisis y conclusiones al respecto son cuestiones de extrema actualidad y relevancia para situarnos frente a tal delicada cuestión.

Primera parte: los fundamentos existentes para la ampliación del principio o sus excepciones.

Los fundamentos y los tipos de injerencias o intervenciones que levantan las inquietudes del internacionalista en este tema son de distinta naturaleza dependiendo de las circunstancias, y agruparemos a las mismas cuatro puntos diferentes.

Por un lado, puede suceder que desde un punto de vista formal la intervención sea multilateral y autorizada por el Consejo de Seguridad, o bien que sea unilateral y llevada a cabo por un solo Estado o grupo de Estados contra otro Estado. (Punto 1)

Por otro lado (Punto 2), sea la intervención unilateral o multilateral, vemos que desde un punto de vista material, la misma puede estar fundamentada en una aplicación amplia del principio de legítima defensa (2.1), en la defensa de los derechos humanos, que se suele generalizar como

intervención humanitaria (2.2), en la llamada Responsabilidad de Proteger (2.3). Algunas intervenciones pueden combinar estos factores, y fundamentarse en más de uno sólo[1].

Otro tipo de intervenciones armadas en el territorio de otro Estado no suelen tener una justificación jurídica única que pueda agruparse en un categoría como las anteriores: son siempre unilaterales, tienen un alcance limitado y específico y responden por lo general a un interés muy particular del Estado que interviene, como la defensa de sus nacionales o motivaciones políticas esenciales del Estado interviniente. Las llamaremos intervenciones unilaterales especiales (Punto 3).

Finalmente (punto 4), la intervención, unilateral o multilateral puede estar dirigida contra una entidad no estatal, – a diferencia del supuesto del punto (1) que es Estado contra Estado-, una situación que se plantea con más frecuencia desde el auge del terrorismo o de la existencia de grupos organizados con capacidad propia de acciones militares, lo que agregará nuevos problemas de fundamentación.

1. Intervención multilateral o unilateral, el aspecto formal de la cuestión

La intervención multilateral ordenada por el Consejo de Seguridad está prevista por la Carta de la ONU como una de las dos excepciones al principio del no uso de la fuerza establecido en el artículo 4.2. En este sentido el jurista internacional debe a priori sentirse confortable cuando estamos antes este tipo de intervenciones pues las mismas se han adoptado dentro del marco legal vigente y son formalmente intachables. Desde este punto de vista no deberían ser objeto de preocupación.

Sin embargo, es bien sabido que el Consejo de Seguridad puede habilitar este tipo de operaciones solamente cuando existe una situación susceptible de "afectar la paz y la seguridad internacionales" de las cuales es el guardián. Aquí empieza el problema, ya que la determinación de este último punto es discrecional del propio Consejo. Con lo cual es posible concebir que exista una decisión de ese órgano que resulte al menos controversial en cuanto a llenar ese requisito de una manera correcta y apropiada. En otras palabras, el Consejo bien podría extralimitarse en la evaluación de la situación y decidir una intervención que luego no resiste el análisis de los hechos que la motivaron.

[1] Lo cual es muy probable que suceda entre los puntos III y IV, o incluso II y III.

La pregunta que se plantea enseguida es si esto realmente importa. Dado que es su facultad discrecional decidir sobre este aspecto, lo que decida el Consejo será lo que debe ser y no puede cuestionarse. La legalidad de la adopción de la decisión, en consonancia con las normas de la Carta, aseguraría en este caso también la legitimidad de la misma. La forma y el fondo confundidos, donde la forma hace al fondo. Un positivismo a ultranza.

No parece ser éste ni el motor que impulsó a los creadores de las Naciones Unidas (basta con leer los propósitos enunciados en el artículo primero de la Carta), ni lo que indica el sentido común sobre el funcionamiento de un sistema universal mínimamente acoplado con valores éticos elementales.

El Consejo no puede hacer cualquier cosa sin tener consecuencias, aunque por coincidencia o conveniencia sus miembros se hayan puesto de acuerdo en que determinada situación es "susceptible de afectar la paz o la seguridad internacionales" y eso sea una burda mentira[2].

Efectivamente, lo que se comprueba es que el Consejo *precisa* tener una fundamentación para justificar una intervención, pese a que formalmente esto no está dicho expresamente, ni están determinados parámetros específicos para hacerlo en el texto de la Carta.

Su discrecionalidad, por algún otro lado está limitada, y más allá de la política y los votos amigos, su decisión de intervenir debe guardar cierta coherencia entre medios, fines y los propósitos de la Organización.

Esto ha llevado a que el Consejo busque fundamentar sus resoluciones en el fondo en alguno de los aspectos incluidos en los puntos siguientes. Lo hará quizás a sabiendas de que los mismos son endebles o forzando una situación, pero teniendo que expresarlos y justificarlos.

Nos debe quedar claro por tanto que la multilateralidad del Consejo, por sí sola, garantiza únicamente una legalidad formal, pero que también por otro lado resulta comprobable que este se preocupa por darle legitimidad (credibilidad) a su decisión de intervenir con una fundamentación

[2] No es el propósito de este trabajo ahondar en la responsabilidad de las organizaciones internacionales, pero consideramos que si pudiera probarse que la decisión del Consejo fue adoptada sin un fundamento mínimamente aceptable para justificar su intervención, la misma equivaldría a una afectación de la integridad territorial del país intervenido que abriría paso a dicha responsabilidad. Aunque como siempre, el problema será la prueba y el foro donde puede debatirse, concluirse y condenarse llegado el caso.

basada en el derecho, con sustento en criterios similares a los que veremos en el punto 2 de este trabajo.

Pero por otro lado, como fue dicho, las intervenciones pueden ser unilaterales. Las mismas no gozan en principio de buena prensa, dado el inevitable carácter interesado que a priori subyace detrás de las mismas. Sin embargo buena parte de la doctrina internacional se ha preocupado por justificarlas en ciertos casos. ¿Será esto posible? ¿Resistirá esta defensa el análisis? ¿Podrá el fondo en este caso superar el vicio de forma? ¿Jusnaturalismo redivivo y "a la carta"?

Sus perpetradores y sus detractores argumentan también, como veremos, motivos que están contenidos en las opciones del punto siguiente. Fundamentos superiores o desarrollos confirmados que en este caso no sólo deben pasar el desafío de probar que la acción unilateral tiene una conexión genuina con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales o con otros propósitos básicos contenidos en la Carta, sino que también debe superar la prohibición genérica de usar la fuerza que ésta prescribe para los Estados individualmente, en sus relaciones internacionales.

2. Los argumentos para fundamentar la intervención.

2.1. Legítima defensa ampliada

El argumento de que una acción armada está basada en la legítima defensa, prevista en el artículo 51 de la Carta como una de las excepciones a la prohibición del uso de la fuerza, es a menudo el fundamento esgrimido para justificarla. Esta es una fundamentación válida para justificar el uso de la fuerza y colocado para evitar una disfunción del sistema de seguridad colectiva frente a la existencia de un peligro inminente y objetivamente demostrable para otro Estado.

El problema se plantea al momento de su aplicación. Esto es así porque la redacción del artículo 51 prevé que la legítima defensa sólo podrá utilizarse frente a una agresión armada de otro Estado, lo cual es hoy en día una disposición aparentemente arcaica e indefendible frente a la existencia de misiles de largo alcance, armas nucleares, drones y ataques terroristas.

En la actualidad no caben dudas de que la legítima defensa ha desplazado el momento de la agresión al terreno de lo razonablemente inminente, sin necesidad de que la misma efectivamente

se produzca[3]. Esto significa en los hechos que la legítima defensa preventiva no está absolutamente excluida. Y que lo que varía es el alcance de esta interpretación del artículo 51 adaptado a los tiempos modernos, ya que el eje se desplaza hacia la cronología de la agresión armada y los debates que se pueden suscitar son sobre su uso y su abuso, no sobre el concepto[4].

¿Qué ha sucedido en la práctica? La nueva interpretación teleológica del artículo 51 ha dado lugar a varias acciones internacionales que nos interrogan sobre su legalidad puesto que ha buscado fundamento en esta disposición ampliando claramente el alcance cronológico de la legítima defensa preventiva. A continuación mencionamos las mismas con sus argumentos:

-El caso de la guerra en Afganistán en 2001.

En este asunto, a posteriori de los atentados del 11 de setiembre de 2001, los Estados Unidos inician la operación "libertad inmutable" contra el régimen talibán en Afganistán bajo el pretexto de que éstos daban protección al terrorismo de Al Qaeda. Lo que debía probarse era la responsabilidad de Afganistán y su conexión genuina con el acto terrorista, de lo contrario, el fundamento de una legítima defensa preventiva (necesariamente aplicable frente al acto de un Estado y no frente a un grupo terrorista) se desvanecía completamente. Por lo demás era necesario justificar la medida como preventiva de otros ataques similares, pese a haber sido lanzada el 6 de octubre, es decir casi un mes luego de perpetrados los primeros atentados.

-El caso de la guerra en el Líbano en 2006. (Hamas en 2011 o 12? Franja de gaza?)

Es estos asuntos, Israel debía probar respectivamente que los grupos Hezbollah y Hamas actuaron cada uno en nombre del Líbano y de Palestina, para poder justificar su reacción armada desproporcionada en contra del territorio de esos Estados, desde donde actuaban esos grupos agrediendo a Israel, además de probar la connivencia del gobierno de los Estados con los mismos. Los actos de agresión de lo contrario eran actos llevados a cabo por entidades no estatales y no

[3] O´Connell, M.E (2002). *"Lawful Self Defense to Terrorism"* University of Pittsburgh Law Review, vol 63, p 893.
[4] Un aspecto conexo con éste es que las definiciones de la agresión (Resolución 3314 de 1974) que califica el concepto de la agresión armada y la opinión de la Corte Internacional de Justicia (Asunto de las Actividades Militares y para militares en Nicaragua de 1986) sobre los sujetos de la legítima defensa, revelan que la comunidad internacional, al menos en esas fechas, estaba convencida de que el acto de agresión debía provenir de un Estado hacia otro Estado, reafirmando su lógica Westfaliana. Malas noticias para la guerra contra el terrorismo y las entidades no estatales si no ampliamos el criterio tradicional también en este campo. Sobre esto se verá más adelante en este trabajo.

podían ser atribuibles a los Estados donde se efectivizó la reacción. De hecho, si no tiene fundamento apropiado, dicha reacción pasa a ser la agresión armada y el derecho de legítima defensa le corresponde al agredido.

-La intervención en Iraq de la fuerza aliada comandada por los Estados Unidos.

En marzo de 2003 una coalición de 49 Estados liderados por los Estados Unidos de América intervino militarmente en Iraq. Lo hizo sin la autorización del Consejo de Seguridad por lo cual la misma no tuvo el aval del sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas.

Tras intentar pobremente justificar la legalidad de la intervención en el terreno de las normas adoptadas por el Consejo de Seguridad[5], los Estados Unidos y sus aliados ante la falta de peso de esta argumentación, pretendieron justificar su acción en una legítima defensa preventiva, en la medida en que se afirmaba que existían armas de destrucción masiva que serían utilizadas en su contra. La falta de conexión del gobierno iraquí con Al Qaeda, la comprobación de la ausencia de dichas armas en Iraq, y en cualquier caso el tiempo transcurrido desde los ataques del 11 de setiembre de 2001 y la acción armada de abril de 2003, no hacen sostenible una fundamentación basada en este argumento.

La legitimación "a posteriori", que los Estados Unidos invocan muchas veces por la adopción de las resoluciones CS/1483 y 1511 del 2003 no es de recibo para justificar las argumentaciones anteriores de la coalición. Estas resoluciones del Consejo solamente reconocen oficialmente la situación de hecho existente calificando a estadounidenses y británicos como "fuerzas de ocupación". Y aunque no tratan el tema de los fundamentos de dicha ocupación se encargan de instaurar una fuerza multinacional que estabilice la situación en Iraq, instando a los EE.UU. a dar cuentas en nombre de ésta, de los progresos al respecto.

En ningún caso por ende se legitiman los fundamentos de la misma. La intervención en Iraq fue un uso de la fuerza ilegal e ilegitimo, sin base por tanto en ningún aspecto mencionado en la Carta como propósito de la existencia de las Naciones Unidas.

[5] El 8 de noviembre de 2002 el Consejo de Seguridad había adoptado la Resolución 1441 instando a Iraq a autorizar la visita de inspectores para verificar la ausencia de armas de destrucción masiva indicando que en caso de rechazo a la inspección el Consejo adoptaría sanciones, pero claramente sin mencionar el uso de la fuerza. También se mencionó el argumento de la continuidad de la aplicabilidad de la Resolución 687 de abril de 1991 posterior a la guerra de Kuwait, pero que en realidad sólo era aplicable para esa situación.

No se mencionó como factor desencadenante de la invasión el tipo de gobierno dictatorial del presidente de Iraq, Saddam Hussein o su violación de los derechos humanos de su pueblo. Esta circunstancia solamente tomó relevancia argumental o como justificación del ataque cuando el mismo ya se había perpetrado y era necesario demonizar la figura del dictador para desviar la atención del hecho central de la invasión ilegal. Es necesario remarcar este hecho, pues de haber sido posible, la figura de la intervención humanitaria hubiera pasado a ser un mejor fundamento que el esgrimido.

2.2. La intervención humanitaria unilateral, en defensa de los derechos humanos

Haremos referencia al caso más emblemático, la intervención en Kosovo

Este caso emblemático marca un punto de inflexión en el sistema internacional de la seguridad colectiva. En efecto, en el año 1999, ante la imposibilidad de obtener una votación positiva en el Consejo de Seguridad para usar la fuerza para que el gobierno de Serbia cumpliera con ciertas obligaciones respecto de Kosovo que le habían sido indicadas por el propio Consejo, la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) decidió golpear militarmente a Serbia sin contar con la autorización del Consejo de Seguridad. Los vuelos aéreos militares sobre ese país se sucedieron por tres meses al cabo de los cuales y como consecuencia de los mismos, se produjo el final de la situación de catástrofe humanitaria que sufrían los albano-kosovares a manos de los serbios.

El fundamento humanitario de la intervención sería el que le da legitimidad a un uso de la fuerza armada no autorizado por el Consejo de Seguridad y por tanto ilegal.

Aquí también, como se haría luego en la guerra del Golfo referida más arriba, se buscó extraer de las resoluciones incumplidas por Serbia una justificación para el uso de la fuerza, aún ejecutado sin autorización del Consejo. Pero las mismas solo mencionaban que el Consejo tomaría medidas en caso de persistir la situación, sin habilitar expresamente el uso de la fuerza. En nada pueden ser el fundamento de la acción de la OTAN.

De allí que el fundamento real debió buscarse por el lado de la intervención con fines humanitarios. La misma habilitaría a saltearse la autorización de un Consejo inoperante y este elemento era (y sigue siendo) el meollo de la cuestión en este tipo de situaciones.

Mucho se ha escrito sobre este tema, más allá de Kosovo: ¿Debe la comunidad internacional mostrarse impotente frente a atrocidades humanitarias provocadas por la acción de un Estado cuando el Consejo no puede actuar? Y por extensión ¿Puede el propio Consejo fundamentar una acción armada en el territorio de un solo país, sin su consentimiento, basada en ese argumento? ¿Y si las atrocidades no son provocadas por el gobierno del Estado sino por un grupo rebelde o por el enfrentamiento entre diferentes etnias, como en Ruanda?

El problema por tanto es múltiple. Y siempre deberá tener una respuesta jurídicamente apropiada. Los defensores a ultranza del humanitarismo justificarán las tres opciones como válidas en tanto considerarán que la protección de los derechos humanos y el respeto por ciertas disposiciones del derecho internacional humanitario debe prevalecer por encima del aspecto formal de la autorización del Consejo de Seguridad. Otros quedarán a mitad camino y entenderán que estas normas deben prevalecer pero siempre que la acción sea autorizada por el Consejo de Seguridad, no justificando la acción unilateral. Se basan en que otras disposiciones de la Carta pueden avalar una ética de los derechos humanos como fundamento para entender que está en peligro la paz y la seguridad internacional cuando se violan estos derechos y por tanto esto habilita al Consejo a actuar con ese argumento. Otros, en cambio, no entenderán legítimas las acciones unilaterales, ni las del Consejo, basadas únicamente en estos en estos argumentos de humanidad por considerarlos peligrosos y manipulables. Pregonan en cambio por una regulación (que hoy no existe) para que el Consejo tenga pautas para poder actuar sin manipulaciones políticas de por medio. Esto genera a su vez críticas, pues regular una casuística casi infinita sería atar de pies y manos al Consejo, que se supone debe tener libertad y discrecionalidad para evaluar. Finalmente, respecto del tema de las atrocidades provocadas por fuera de la acción estatal, también se repiten los mismo argumentos, con el agregado de que en algunos casos se enfatizará que el uso de la fuerza sólo puede ser aplicado contra Estados que violan normas internacionales, no contra entidades no estatales.

En este artículo nosotros no pretendemos adentrarnos en el desarrollo de estos puntos e hipótesis. Era necesario sí, plantearlos con cierto rigor y constatar su existencia para luego realizar un análisis de cuál de ellos tiene reconocimiento consuetudinario y por tanto mayor posibilidad de conformar efectivamente una posible evolución de las excepciones al principio de no uso de la

fuerza. De alguna forma habrá que identificar en qué casos, si acaso en alguno, está permitido (¿u obligado?) usar la fuerza por motivos humanitarios de acuerdo a derecho.

Esto último es el quid del asunto, porque si bien la legitimidad de la intervención en Kosovo puede sostenerse, la misma está basada esencialmente en fundamentos morales o incluso políticos, lo que se comprueba por el hecho de que se verificaron otras situaciones similares que no fueron objeto de intervención, en la misma época, como el caso de Chechenia. Si la obligación de la intervención humanitaria fuera un mandato jurídico derivado de una interpretación amplia de la Carta en relación con la existencia de derechos humanos conculcados, entonces la intervención debería producirse siempre que se verifique esta violación y no ser selectiva. Si en cambio optamos por mantener la discrecionalidad del Consejo en la selección de lo que constituye un desastre humanitario susceptible de intervención, esto equivale a darle un cheque en blanco con un argumento más para habilitar intervenciones armadas legítimas, que se agrega o sustituye según el caso, a la discrecionalidad que ya tiene para comprobar qué situación afecta la paz y la seguridad internacionales[6].

Sin mencionar que para quienes aceptan que el principio supremo es la defensa de los derechos humanos, la intervención unilateral humanitaria sería también perfectamente válida, siendo el cheque en blanco en este caso aún más peligroso.

2.3. Intervención basada en la Responsabilidad de Proteger (RDP)

Este concepto de reciente desarrollo en el marco de las Naciones Unidas[7] no tiene aún consagración convencional. Se centra sobre la responsabilidad de los Estados de proteger a sus ciudadanos y si no pudieran o quisieran hacerlo esta responsabilidad debe ser asumida por la comunidad internacional en sentido amplio.

Como todo desarrollo potencial de normas bien establecidas este concepto ha generado, en lo que se refiere a la posibilidad y/o deber de intervenir, opiniones encontradas. Muchos lo han visto

[6] El Consejo de Seguridad por la Resolución 1244 aprobó un plan de paz y el establecimiento de una misión para ejercer una administración interina en Kósovo. El alcance de la misma no se considera una aceptación ex post facto de lo sucedido, aunque juristas de la talla de Bruno Simma y Antonio Cassese son proclives a esta interpretación. Ver citas 40 a 42 del artículo de Boisson de Chazournes y Condorelli citado en la bibliografía.

[7] http://www.un.org/es/preventgenocide/rwanda/pdf/bgresponsibility,

como un nuevo ropaje de la intervención humanitaria[8] y otros lo han visto como la prolongación de un derecho/deber que ya existía desde hace tiempo en virtud de las Convenciones Humanitarias y que por lo tanto ya tiene por ese lado fundamento convencional y consuetudinario, siendo su única innovación de carácter terminológico[9].

Quienes lo consideran una forma similar de avalar el uso de la fuerza por razones humanitarias, lo consideran carente de fundamentos jurídicos realmente diferentes a los que existían para aquellas. Sólo existe una enumeración de circunstancias bajo las cuales la intervención, obviamente humanitaria, se podría verificar "legítimamente". Por lo que se trata más de una regulación de lo existente, que un concepto realmente novedoso.

La comunidad internacional, en el Consejo de Seguridad, ha votado intervenciones mencionando la RDP en varias situaciones recientes, a saber Libia (2011), Costa de Marfil (2011) Yemen (2011) Sudán del Sur (2011). No pudo lograrse un voto en para el caso de Siria. En el 2013 un proyecto de Resolución al respecto alcanzó 13 de los 15 votos.

3. Las intervenciones unilaterales especiales.

Sólo puede tratarse de intervenciones unilaterales, que directa o indirectamente buscan soluciones a un problema que afecta a los nacionales del Estado que interviene. Si hay derechos humanos violados o afectados, son únicamente los de este grupo de gente, o bien son los intereses más amplios del Estado interventor.

Como ejemplo de esto podemos mencionar la intervención de los EE.UU en Panamá para llevarse al presidente Noriega de ese país, imputado de un delito de narcotráfico en Estados Unidos. La operación Causa Justa costó centenas de vidas y culminó con el jurídicamente vidrioso juzgamiento de Noriega en Miami, en una corte local, y su posterior encarcelamiento. La

[8] Ver Pastori, Alejandro y Rivero Juan Manuel, 2015 "Consideraciones acerca del principio de no intervención y su aplicación en la actualidad" Estudio del CURI 6/15 disponible en http://curi.org.uy/archivos/Estudio%20del%20CURI%206%20del%202015%20Pastori%20y%20Rivero.pdf,

[9] Boisson de Chazournes et Condorelli (2006). "*De la "responsabilité de protéger", ou d'une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie"*. Revue Générale de Droit International, Nº1 pg 11-16.

legitimidad de la causa quedó acá demasiado oculta debajo del interés del Estado interventor y la jerarquía del detenido.

De la misma forma puede valorarse la ejecución de Bin Laden en Paquistán llevada a cabo por militares estadounidenses en territorio de ese país. Ese asesinato sin juicio, se produjo violando la integridad territorial de Paquistán. De nada sirven en derecho otro tipo de argumentos sobre las acciones del líder de Al-Qaeda, la realidad es que se trató de una intervención sin justificación, salvo la que podría derivarse del consentimiento tácito del Estado territorial.

Estas intervenciones unilaterales en general no gozan del beneplácito jurídico internacional, pero muchos Estados las ven como políticamente convenientes dado que se lleva a cabo contra sujetos normalmente acusados de actos de corrupción, narcotráfico o terrorismo. Como el perpetrador normalmente es un Estado poderoso, la comunidad internacional suele tener una reacción tenue y moderada de condena ¿Significa esto una predisposición a avalarlos?

4. Las intervenciones armadas contra entidades no estatales.

La posibilidad de utilizar cualquiera de los justificativos o excepciones del punto 2 para este tipo de intervenciones, choca con el problema de que algunas de esas normas han sido concebidas originariamente para situaciones de conflicto entre Estados solamente[10].

-Legítima defensa.

Este problema se verifica en el caso de utilizar el argumento de la legítima defensa para fundamentar una acción contra una entidad no estatal, por ejemplo una represalia armada luego de un ataque terrorista. ¿Cómo utilizar este argumento si el agresor no es un Estado?

Una forma de hacerlo es independizar el concepto recogido por el artículo 51 de la Carta que establece el derecho de legítima defensa, de la prohibición del artículo 2.4, entendiendo que por su carácter "inmanente" -referido en la Carta-, la misma es anterior a la propia formulación prohibitiva del artículo 2.4, y su carácter es por ende absoluto y general, no debiendo ser limitado

[10] La CIJ tuvo oportunidad de confirmarlo en su Opinión Consultiva referida a la construcción de un Muro en Palestina, donde se buscaba justificar su edificación en la legítima defensa de Israel pero sin que se probara que los ataques que sufría fuera imputables directamente a un Estado, por lo cual la Corte recordó que el instituto de la legítima defensa en derecho internacional está concebido solamente para situaciones de agresión armada de un Estado contra otro Estado.

a las relaciones entre Estados sino referido a la existencia de una agresión que es el elemento desencadenante de la legítima defensa en derecho.

Esta postura se fortalece cuando se comprueba que el derecho "inmanente" a la legítima defensa permitida en el artículo 51 se considera en general por la doctrina como declarativo de una costumbre ya existente al respecto. Por lo demás, es cierto que el artículo condiciona el ejercicio de la legítima defensa a la existencia de una agresión, y que no especifica que la misma deba provenir de un Estado. De esta forma, llegado el caso, esto permitiría a los Estados calificar de manera discrecional y unilateral lo que constituye una agresión y accionar la legítima defensa correspondiente contra entidades no estatales.

El problema que enfrenta la aplicación de esta fundamentación es doble: por un lado sucede que la entidad no estatal, por ejemplo un grupo calificado como terrorista, y contra el que se quiere adoptar una acción armada, se va a encontrar necesariamente en el territorio de un Estado, el que inevitablemente, directa o indirectamente, va a ser receptor del ataque armado lanzado en legítima defensa, lo cual sería violatorio de su soberanía e integridad territorial, además de constituir un uso ilegal de la fuerza contra dicho país.

Por otro lado, un segundo punto es que el artículo 2.4 de la Carta de la ONU menciona que los Estados se abstendrán de usar la fuerza "en sus relaciones internacionales", lo cual engloba casi sin quererlo, ni suponerlo, pero lo hace, cualquier acción militar aunque la misma sea llevada a cabo contra una entidad no estatal, independientemente de dónde se encuentre.

Para procurar argumentar contra estos dos argumentos, los defensores de la acción contra las entidades no estatales basada en la legítima defensa tienen también dos opciones. O bien deben buscar una conexión entre el Estado y la entidad no estatal a la que se quiere castigar, como sucedió con Afganistán y Al Qaeda luego de los ataques del 11 de setiembre de 2001. Y de esta manera pueden golpear a ambos por igual en la medida en que los dos serían responsables, y hacerlo con la "tranquilidad" de que estarían dentro del sistema interestatal para el que fueron concebidas las normas sobre legítima defensa.

O de lo contrario, si esto no es posible, llevar al extremo la posición inicial y pasar por encima del sistema de seguridad colectiva establecida, y los principios de la Carta, ampliando el criterio por otros fundamentos meta-jurídicos. Es conocido el argumento de que si el sistema no funciona

porque no tiene previsto el supuesto, eso permite a los Estados actuar independientemente para que sea eficaz, llenando la laguna creada. Para el caso, si los Estados pueden probar que han sido atacados por una entidad no estatal y la situación no está prevista en la Carta, eso los habilitaría a actuar en legítima defensa como si fueran agredidos por un Estado. Este argumento ha sido utilizado en los ataques de Israel en la franja de Gaza cuando reprimió militarmente la acción del grupo Hamas en una acción calificada como de legítima defensa.

Esta línea de pensamiento está creciendo de manera exponencial en la medida en que se verifican cada vez más situaciones en las que se ven involucradas entidades no estatales, ataques terroristas o Estados fallidos.

-Intervención humanitaria o intervención bajo la responsabilidad de proteger

En la medida en que la legítima defensa tropieza con el problema de la necesidad de inculpar al Estado territorial desde donde actúa el grupo no estatal, y muchas veces eso no es posible, o de superar algunas de las normas establecidas en materia de legítima defensa o de respetar simplemente cierta cronología en la respuesta para que se verifique la excepción, se plantea la posibilidad de recurrir al argumento de la intervención humanitaria para justificar la acción armada contra el grupo no estatal.

En estos casos los argumentos humanitarios vienen a paliar los inconvenientes que presenta la legítima defensa para estos casos. No tiene por ejemplo el problema cronológico, ni aparentemente el inconveniente de una necesaria estatalidad de la entidad atacada por un acto de agresión previo. Además tiene el respaldo de una postura ética que siempre recoge apoyos.

Pero no todo es sencillo, tampoco en este punto. Dos puntos son de difícil resolución.

Primero resulta indudable que el problema territorial y de soberanía no queda resuelto aunque el argumento sea que el grupo terrorista es un violador de los derechos humanos y del derecho humanitario. Si la respuesta armada contra la entidad no estatal debe dirigirse a un tercer país, será una intervención que viola su integridad territorial. En tal caso se precisará de su autorización para actuar y no transgredir la norma internacional.

Al respecto el caso del autoproclamado Estado Islámico (EI) es emblemático: éste actúa dentro de los territorios de Iraq y Siria que tiene bajo su control. Llevar adelante ataques al EI dentro de

Iraq sería válido desde el punto de vista del derecho internacional, dado que el gobierno Iraquí ha solicitado ayuda internacional para combatirlo, y el EI no ha sido reconocido como comunidad beligerante. Sería una intervención solicitada y conforme a derecho.

La situación es diferente en Siria, ya que su gobierno no ha autorizado dichos ataques ya que recela de que los mismos puedan ser utilizados a favor de la Coalición Nacional con la que mantiene un sangriento conflicto interno. Hasta tanto ésta no sea una comunidad beligerante reconocida que autorice el uso de la fuerza en los territorios que controla, tampoco hay legalidad para golpear al EI dentro de las fronteras de Siria. Sin hablar de factores políticos colaterales como el apoyo de Rusia al régimen de de Bagdad.

Segunda circunstancia potencialmente contraria al argumento humanitario: las intervenciones contra entidades no estatales, cuando son respuestas a actos terroristas, son en general unilaterales, promovidas por el Estado que ha resultado golpeado por el atentado. Puede buscar aliados, pero aún así será técnicamente unilateral. Sólo dejará de serlo cuando tiene la autorización del Consejo de Seguridad. La cual no es simple de obtener. No olvidemos que no estamos en el supuesto de la legítima defensa, sino que debemos probar que existe una sistemática violación de los derechos humanos, más allá de un atentado en particular, para que se pueda conformar el supuesto "humanitario" de la intervención. El énfasis por tanto se desplaza hacia las prácticas de esa entidad no estatal sobre la población que pueda estar bajo su control o sobre la que actúa mediante actos violentos.

La situación es más fácil de tipificar como de carácter humanitario cuando se comprueba que la entidad no estatal tiene control territorial dentro de un país, y en el mismo está violando los derechos de ciertas poblaciones, como podría ser el caso del EI. Pero es más complicada de aprehender en los casos de ataques terroristas selectivos en varios países y muchas veces promovidos desde esos mismos países ¿A quién cargarle con el peso humanitario de esa situación? ¿Cómo involucrar al Consejo de Seguridad en las mismas?

Por ello es que dada la complejidad de estas situaciones, casi siempre las intervenciones contra entidades no estatales, cuando son actos terroristas, están fundadas en razones de legítima defensa. El argumento humanitario facilita algunas limitaciones de la aplicación de ésta, pero se vuelve más complejo cuando la respuesta debe ser unilateral y llevarse a cabo en territorios de

terceros Estados no involucrados en las acciones violatorias de los derechos humanos. Por algo en la intervención en Iraq 2003 se prefirió la legítima defensa preventiva como argumento de la coalición y no motivos humanitarios, que podía haberlos, para "justificar" la invasión armada.

En realidad el problema (y en gran medida la solución) en este caso guarda relación con las normas de atribución del derecho internacional público. De acuerdo a éstas, ya mencionadas en el caso Nicaragua c/ Estados Unidos la atribución del hecho terrorista, salvo que se le pueda relacionar con el apoyo de un Estado[11], no es un asunto militar, sino policial, que debe confrontarse con los mecanismos de cooperación existentes en la comunidad internacional en la materia.

Pero no se puede conectar el concepto de guerra ("guerra al terror") con el combate al terrorismo. Esta falsa concepción que propuso en gobierno de George Bush (h.) ha desviado al tema de su ámbito natural insertándolo dentro del campo de la seguridad colectiva para la cual la misma no se encuentra diseñada.

Distinto es el caso de grupos no estatales con dominio territorial, como se dijo. Ya que en estos casos la intervención humanitaria podría sostenerse como argumento para una acción armada en su contra, en ciertos casos. O naturalmente, como se dijo, cuando el Estado territorial está en connivencia con la acción de grupos terroristas.

Segunda parte: la existencia de una base consuetudinaria que respalde los fundamentos expresados como habilitantes para el uso de la fuerza

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) ha desarrollado un trabajo especial a efectos de codificar los elementos tradicionales de la costumbre y así facilitar la tarea de los que pretenden encontrar la existencia de una norma consuetudinaria. Se trata del Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial[12].

[11] Artículo 8 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados que dice: "Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento".

[12] Disponible en internet en http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_672.pdf,

A continuación las principales conclusiones del extenso informe que serán de utilidad para nuestro trabajo:[13]

1. El objetivo del trabajo será en estricto sentido la metodología para la determinación de la existencia y contenido de las reglas internacionales consuetudinarias.

2. El estudio de la costumbre internacional necesariamente debe circunscribirse a la perspectiva de los dos elementos que contiene el Estatuto de la CIJ, a saber: práctica estatal y *opinio juris*.

3. Por lo anterior, el concepto de costumbre será el de una práctica estatal aceptada como derecho.

4. Para determinar tanto la práctica como la *opinio juris* siempre deberán tenerse en consideración el contexto y las circunstancias específicas de cada caso en concreto ya que como tal no existe un procedimiento o fórmula exactos.

5. Como práctica debe tenerse en cuenta la de los Estados principalmente. Se observará la práctica de organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales solo con el objeto de ver el comportamiento de los Estados dentro o a consecuencia de estos.

6. Algunas de las formas de práctica estatal son: la conducta de los Estados en campo, correspondencia diplomática, actos legislativos, sentencias de tribunales domésticos, publicaciones oficiales, declaraciones de los Estados, práctica conectada a la implementación de tratados o el funcionamiento de organizaciones internacionales, inacción o falta de práctica.

7. No existe una jerarquía de las formas de práctica, ellas serán pesadas y balanceadas conforme a las circunstancias específicas.

8. La práctica debe ser general y consistente.

---

[13] Extraídas de "Debate Global" Blog de la Academia Colombiana de Derecho Internacional ACCOLDI, disponible en https://debateglobal.wordpress.com/2014/07/19/el-reporte-2014-sobre-la-costumbre-internacional-ante-la-comision-de-derecho-internacional-de-las-naciones-unidas-y-la-necesidad-de-una-participacion-activa-por-parte-de-colombia/

9. La *opinio juris* se define como el elemento subjetivo que determina que una práctica en particular es aceptada por los Estados como consecuencia del cumplimiento de una obligación legal.

10. Algunas de las formas de evidencia de la opinio juris son: declaraciones de los Estados en donde se indica que una práctica es o no es costumbre internacional, correspondencia diplomática, jurisprudencia de cortes domésticas, las opiniones de los asesores legales de los Gobiernos, las publicaciones oficiales en materia de derecho internacional, la práctica de los Estados frente a la implementación de tratados o el trabajo de organizaciones internacionales, inacción o falta de práctica.

Con esta base teórica, analicemos las diferentes situaciones antes consideradas para concluir acerca de la existencia de una costumbre internacional en cada una de ellas.

1. Respecto de la legítima defensa preventiva contra agresiones de otros Estados

No existe más que una evolución en la inmediatez de la respuesta, como lo demuestra la aceptación de la comunidad internacional de la intervención de EE.UU contra Afganistán, que fue tomada 25 días luego de los ataques del 11 de setiembre, con ese fundamento, e incluso respaldada por una resolución del Consejo de Seguridad[14].

No se puede comprobar en cambio una aceptación de la comunidad internacional de la práctica de la legítima defensa preventiva a posteriori, es decir una *opinio juris* a favor de este tipo de acciones. La acción de la coalición liderada por EE.UU contra Irak en el año 2003, manifiestamente ilegal y fundada en la legítima defensa por supuestas armas de destrucción masiva en poder del presidente iraquí Saddam Hussein, le restó toda posibilidad de aceptación general, o de desarrollo posterior en ese sentido.

Al día de hoy, una acción unilateral basada en dicho fundamento no puede pretender ignorar las limitantes que le impone la Carta a su accionar y que fueron mencionadas en el punto pasado.

2. Respecto de la legítima defensa contra agresiones de Entidades no estatales

[14] Resolución 1368/2001 del Consejo de Seguridad

La Corte Internacional de Justicia en su fallo relativo a las "Actividades armadas en el territorio del Congo" del 19 de diciembre de 2005 confirmó una interpretación restrictiva del artículo 51 de la Carta, al disponer que dicha disposición:

"no puede justificar el uso de la fuerza en legítima defensa más en dentro de los límites que le son estrictamente establecidos. No autoriza, fuera del marco así definido, el uso de la fuerza por un Estado para proteger intereses percibidos como relativos a la seguridad"[15]

Ya vimos las dificultades que implica incluir a los ataques terroristas dentro del marco de la seguridad colectiva de los Estados en vez de ubicarlo dentro del ámbito de la cooperación policial internacional. No existe consenso internacional verificable de que usar la fuerza contra una Entidad considerada como grupo terrorista goce de un *opinio juris* favorable. Los principales argumentos en contra son la potencial violación de la soberanía estatal donde se encuentra el grupo terrorista (caso Siria), la determinación unilateral del carácter de terrorista del la Entidad no estatal (caso de Hamas, por Israel, en los ataques a la franja de Gaza) sobre la que puede no haber consenso.

Donde sí parece existir una aceptación tácita (y a veces expresa) de la comunidad internacional, es en la utilización de la fuerza basada en la legítima defensa cuando el grupo terrorista se cobija bajo el manto protector de algún Estado (Afganistán 2001) o bien de una comunidad que ejerce dominio efectivo sobre un territorio desde el cual promueve ataques terroristas. El caso más aproximado de esta segunda hipótesis es el del autoproclamando Estado islámico (EI), con las limitantes que se plantean aquí sobre la determinación del dominio real del mismo sobre el territorio, ya que de lo contrario, un acción armada contra ellos en legítima defensa implicaría una autorización previa de Siria o de Irak[16].

La hegemonía militar de quien utiliza la legítima defensa en estos casos (generalmente grandes potencias), y la barbarie de las acciones terroristas deben ponderarse no obstante con atención para amparar acciones contra las entidades que las prohíjan. El riesgo acá es que no se regrese por este camino al uso unilateral de la fuerza, justamente prohibido por la Carta.

---

[15] Traducción del autor. Citado por Pizzetta, Caio en "*Les nouveaux defis du jus ad bellum et la pratique contemporaine des États: de la legimitme défense préventive à l''interevention humanitaire*", pág 88.

[16] Ver blog http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/09/140923_estado_islamico_estados_unidos_siria_ataque_egn,

La práctica, para que se configure una costumbre, debe ser general y consistente (ver supra, punto 8 de la enumeración de la CDI). No se consolidará esta tendencia si no se verifican los dos elementos.

2.3. Respecto de las intervenciones unilaterales especiales

Este tipo de intervenciones no tiene por objetivo una represalia armada contra un grupo terrorista. Sin embargo para lograr su propósito se debe usar la fuerza y muchas veces con una cantidad de víctimas inocentes.

Muy habituales durante la guerra fría, o en los casos de tomas de rehenes, las mismas se justifican en la defensa de intereses nacionales, sea de personas o posiciones políticas o estratégicas.

No hay manera de encontrar a priori una práctica constante y una *opinio juris* al respecto que pueda justificarlas por la variedad de las mismas y la falta de denominador común entre ellas.

No puede dejar de reconocerse empero que la tolerancia respecto a ellas, basada generalmente en un cierto sentido medieval de justicia por mano propia que trasciende en la comunidad internacional, hacen que las mismas no tengan mayores repercusiones. Digamos que se prefiere mirar para el costado con una simple declaración de condena sin consecuencias. Esto se verifica cuando la objetivo central de la intervención es una persona o grupo de personas poco simpático, que probablemente está actuando o ha actuado de forma cuestionable éticamente –secuestro, violación de DD.HH, narcotráfico-, o bien cuando el acto de intervención no tiene consecuencias colaterales, ni afecta intereses sustanciales de otros Estados relevantes y por supuesto se lleva a cabo en el tercer mundo. Estos serían los casos ya vistos del asesinato de Bin Laden en Paquistán por fuerzas de los Estados Unidos, el rapto del presidente Noriega en Panamá y su encarcelamiento posterior luego de ser juzgado por sus propios captores[17].

[17] La OEA apenas "deploró" la intervención de los EE.UU y les "exhortó" a retirar las tropas. Incluso esta tibia declaración tuvo el voto en contra de los EE.UU (!). El delegado estadounidense se pudo dar el lujo de expresar que "la OEA ha perdido una oportunidad histórica de ir más allá de su tradicional estrecha preocupación acerca de la no intervención. Desde el punto de vista de EUA la resolución es inaceptable y por ello votamos en contra. Nosotros creemos que la Resolución no es equilibrada. Esta no tiene en cuenta la raíz del problema que es Manuel A. Noriega. La Resolución tampoco reconoce los derechos de EUA derivados del Tratado sobre el Canal de Panamá y nuestro

Distinto es el caso de las intervenciones especiales "con consecuencias". Estas ya no gozan de ninguna tolerancia. Es el caso de la intervención rusa para la secesión de Crimea del territorio de Ucrania y su posterior anexión a la Federación Rusa.

2.4. Respecto de las intervenciones multilaterales contra Estados fundadas en razones humanitarias

La intervención multilateral fundamentada en razones humanitarias ha tenido un desplazamiento cierto en los últimos tiempos. El argumento de que la violación sistemática de los derechos humanos en un solo Estado es susceptible de afectar la paz y la seguridad se ha instalado a través de una práctica constante.

Fue el caso en las operaciones en Yugoslavia 1991, Somalia 1992, Haití 1994, Libia 2011, Mali 2012 y la República Centroafricana en 2013.[18]

La intervención humanitaria como herramienta para la paz muestra la evolución de la sociedad internacional en aceptar que los dos principios esenciales de la Carta, el mantenimiento de la paz y el respeto por los derechos humanos, están estrechamente vinculados.

La pregunta pendiente es si existe una *opinio juris* que convalide esta práctica.

La respuesta a nuestro juicio es afirmativa. La aparición del concepto de la responsabilidad de proteger y el avance del paradigma de la protección de los derechos humanos ha hecho cambiar los criterios por los cuales se mide el equilibrio entre la soberanía estatal y la no intervención. Nadie sostiene la falta de legitimidad de una intervención del Consejo por razones humanitarias. Los debates al respecto se centran sobre la selectividad del Consejo a la hora de determinar las intervenciones (Porqué ésta y no la otra, que parece similar) o sobre el alcance de las mismas (Libia 2011), o sobre la necesidad de establecer criterios objetivos para permitirla sin que la misma esté encubriendo una intervención política.

---

derecho a la defensa propia (self-defense)" Extraído de DALLANEGRA PEDRAZA, Luis (1994). *Relaciones Políticas entre EUA y América Latina: ¿Predominio "monroista" o Unidad Americana?* , Edición del Autor. Buenos Aires.

[18] Resoluciones 713, 794, 940, 1973, 2085 y 2127 del Consejo de Seguridad, respectivamente

Pensamos que son debate estériles y que no afectan el carácter consuetudinario de la intervención colectiva. En efecto, desde el momento en que el Consejo de Seguridad es un órgano político con facultad discrecional para evaluar si las situaciones humanitarias son susceptibles de afectar la paz, y eso es aceptado por la comunidad de los Estados, su actuación será a la vez legal y legítima. Podrá determinar, con todas las limitantes que impone su composición y su forma de votación, lo que corresponde actuar o no actuar según el caso. En muchos casos, además, será solamente lo que "puede" actuar por motivos políticos.

Entendemos que este sesgo positivista de una intervención en esencia jusnaturalista, o basada en la ética universal, pueda rechinar, ya que la limita. Es cierto, y lo admitimos, que si el fundamento del Consejo para actuar es la violación de los derechos humanos de forma flagrante, podría considerarse que entonces debería estar obligado a actuar siempre a favor de los mismos. Sería deseable en un mundo ideal. Pero en el mundo de lo posible es el Consejo quien decidirá qué conflicto afecta la paz mundial, qué violación de los derechos humanos, qué catástrofe humanitaria puede dar lugar a su intervención. Su discrecionalidad es inevitable. Y el intento de regularla con criterios que no sean absolutamente generales nunca va a lograr abarcar todos los supuestos fácticos que se le pueden presentar, siendo al final contraproducente que existan.

En definitiva existe un fundamento consuetudinario en la acción pro paz de carácter humanitario del Consejo y también, creemos, en la selección de qué conflictos tienen dicho carácter.

No nos olvidemos que el Consejo de Seguridad está para mantener la paz y la seguridad colectivas. El respecto de los derechos humanos es un propósito de las Naciones Unidas, pero si el Consejo no considera, porque no quiere o porque no logra acuerdo, en que su violación entraña un peligro real para la paz, no tiene porqué intervenir usando la fuerza. Buscará otras formas de actuación y de sanción.

2.5. Respecto de las intervenciones armadas unilaterales con carácter humanitario contra Estados

Debemos dividir el análisis de este punto que es el más controversial de todos y sujeto a discusión y debate doctrinal.

La intervención armada unilateral contra un Estado, aún con carácter humanitario, es considerada en general ilegal salvo que la situación humanitaria sea de naturaleza extrema.

En tales casos hay sectores de la doctrina que la justifican. Unos los hacen por considerar que si la situación se genera por la inoperancia del Consejo de Seguridad, vale más la pena la intervención unilateral, sea de un país o de una organización, que las consecuencias humanitarias desastrosas de la inacción. Tal fue el razonamiento para justificar la intervención armada de la OTAN en Serbia, ya referida en la primera parte. Varios autores se muestran proclives a aceptar esta postura, y ampliar así por la vía de una ampliación consuetudinaria, un uso de la fuerza unilateral.[19] De lo contrario dicen, las disposiciones de la propia Carta pondrían en peligro el orden que justamente apuntan a proteger[20]. En cualquier caso lo someten a condiciones de utilización que según ellos impedirían el abuso de la excusa humanitaria para disfrazar una injerencia indebida. Señalan además la tolerancia que a veces el propio sistema ha tenido con ciertas intervenciones unilaterales humanitarias no autorizadas, por el "convencimiento" de que eran provechosas para solucionar una situación aún peor, sin tener que pasar por el filtro político del Consejo[21]

Pero no sólo la inacción del Consejo es un argumento que se esgrime en estas situaciones. También existe una corriente de opinión que justifica las acciones unilaterales a favor de una causa humanitaria basados en la aplicación de los Convenios de Derecho Internacional Humanitario de Ginebra 1949, a saber el artículo 1 común de los mismos que establece la obligación para las Partes de "respetar y hacer respetar" los Convenios.

Si bien no se pregona una laxitud exagerada para tolerar una injerencia extranjera para "hacer respetar" los preceptos humanitarios que protegen a las poblaciones civiles (se les somete también a condiciones para prevenir abusos), no es menos cierto que se considera que el

[19] En este sentido ver comentarios de Koskenniemi, Pellet y Franck mencionados por Pizzeta en notas al pie 79, 80 y 81, op cit, pág. 98.
[20] Idem Pellet citado por Pizzeta, op. cit. Pág. 98.
[21] Fue el caso por ejemplo de la intervención de Tanzania en Uganda, reseñado por Pizzeta, op. cit. Pág. 96, donde se contó con una inacción cómplice de la comunidad internacional funcional a su intención de dejar sin apoyo al régimen dictatorial y violento de Idi Amín. Debe hacerse notar también que la Unión Africana ha establecido convencionalmente la intervención humanitaria (Artículo 4 del acta constitutiva de la UA que autoriza: "el derecho de intervenir en un Estado Miembro tras una decisión de la Asamblea, ante situaciones de gravedad, como pueden ser crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad"). Por su parte, los artículos 55 y 56 de la Carta de ONU contienen una obligación de los Estados miembro a actuar conjunta o separadamente para promover el respeto y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos.

artículo 1 común –y por extensión el artículo referido a los conflictos meramente internos- son un fundamento "cuasi constitucional" que tiene además carácter consuetudinario por lo cual se puede y debe aplicar por los Estados vinculados por los Convenios o también por cualquier otro Estado[22]. Una importante licencia a favor de las intervenciones unilaterales humanitarias.

Sin embargo, cuando se analiza más allá de la doctrina –que podría fundamentar esta *opinio juris* favorable a la ampliación del concepto- y se analiza en cambio la opinión de los Estados, vemos que luego de la intervención de la OTAN en Serbia, en el marco de la Asamblea General, la mayoría de los Estados se mostró poco inclinada a aceptar que los países poderosos se pudieran arrogar el derecho de intervenir unilateralmente con un fundamento humanitario[23]. Incluso varios países miembros de la OTAN sostuvieron posiciones similares entendiendo que una acción como la sucedida en Serbia/Kósovo debía ser ocasional y temporal, no pudiendo servir de precedente[24]. La aceptación de una interpretación flexible de la prohibición del uso de la fuerza es un elemento que aparece como peligroso y promueve eventualmente un retorno al unilateralismo, del que hasta las grandes potencias recelan, temerosas de un desbalance de poderes.

La situación ha continuado de evolucionar, pero en este siglo las intervenciones armadas unilaterales humanitarias contra Estados han sido escasas y puntuales[25], siendo la tendencia –tanto en lo unilateral como en lo multilateral- a enmarcarlas en la Responsabilidad de Proteger. Este concepto tiene como principal aporte que procura regular la intervención humanitaria. Esas reglas básicas para que proceda la intervención son las siguientes: la gravedad del daño o amenaza al Estado o a la seguridad humana; la claridad del propósito tendiente a hacer cesar o a evitar la amenaza; el agotamiento de opciones no militares, es decir, la consideración de la opción militar solo como último recurso; la duración, escala e intensidad de la intervención deben ser proporcionales a la amenaza; y por último, que las

[22] Ver Boisson de Chazournes y Condorelli, op cit, pgs 1 a 8
[23] Ver docs A/54/PV.27 hasta PV.33 de la 54va Asamblea General de las Naciones Unidas. 6 al 11 de octubre de 1999 donde se genera el debate sobre este tema.
[24] Ver citas en este sentido de los ministros franceses, alemanes y belga, recogidas en el artículo de Simma, Bruno (1999). *"NATO, the UN and the Use of Force*". EJIL, 1999, vol. 10/1 pág.13.
[25] Más cantidad de intervenciones unilaterales especiales que de carácter humanitario

consecuencias de la acción de intervención no sean más graves que las consecuencias de la inacción.

Del análisis se puede concluir que no hay ni práctica suficiente, ni aceptación general, de que las intervenciones armadas humanitarias unilaterales contra un Estado se encuentren avaladas por una norma consuetudinaria que las legitime. Sin embargo, no tiene el mismo nivel de rechazo que antes, por la revalorización de la protección de los derechos humanos en la comunidad internacional, la acción de la noticia que conmueve y que genera rechazo y exige respuestas a los Estados. Esa presión hacia la acción en ciertas situaciones propicia mayores posibilidades de aceptación de las nociones de soberanía que pueden afectarse. Una costumbre en estado naciente puede estar en marcha, la cual espera apoyarse en la responsabilidad de proteger, en lo jurídico, en la emergencia de nuevos actores peligrosos para la seguridad internacional que actúan bajo la protección de ciertos Estados, y, en lo psicológico, en la necesidad de un "gran hermano" que elimine la "maldad" irracional del mundo, para prosperar como concepto jurídico. En definitiva, es preferible no aceptarla y según el caso condenarla con más o menos énfasis, tal como vimos que sucediera en ciertos casos donde se toleró (Uganda…), justificándola entonces en el derecho de intervención humanitaria del que no se reniega, pero no se quiere aceptar abiertamente. Por otro lado es notorio que esta evolución está en marcha cuando se percibe la condena que levantan los desmanes de quienes violan los derechos humanos.

2.6. Respecto de las intervenciones humanitarias contra Entidades no estatales

Las intervenciones armadas contra estas Entidades, multilaterales o unilaterales, basadas en los mismos fundamentos humanitarios que vimos antes, sólo pueden concebirse cuando se trata de una Entidad que controla un cierto territorio, comete atrocidades contra sectores de la población o mantiene población rehén. De lo contrario, no puede esgrimirse un argumento estrictamente "humanitario" para combatir por ejemplo a un grupo considerado terrorista mediante un ataque armado. Siempre se estaría golpeando en el vacío, dado que muchas veces estos grupos actúan desde el propio territorio del Estado alcanzado por el ataque, o bien cobijados bajo la soberanía de un Estado, en cuyo caso éste sería responsable, hipótesis ya vista para el caso de legítima defensa.

Existe naturalmente el problema de que argumentar que el ataque se funda en que una Entidad no estatal está controlando cierto territorio y se encuentra cometiendo actos aberrantes en materia humanitaria implicaría darle un reconocimiento internacional como Comunidad Beligerante. Esto para no afectar la soberanía del Estado cuyo territorio está siendo controlado por la Entidad. Las situaciones que se pueden plantear aquí son múltiples, dependiendo por supuesto de la actitud del Estado territorial y de ello dependerá el fundamento y la legalidad de una acción armada en contra quienes controlan esa zona.

Resta saber si en este caso la intervención unilateral goza de un respaldo consuetudinario. Creemos que falta suficiente práctica al respecto, pero que los argumentos de una costumbre en estado naciente mencionados en el punto anterior se trasladan con facilidad a esta hipótesis.

Conclusión:

Resulta claro que el derecho internacional es un medio, necesario para determinar la legalidad de las acciones emprendidas por los diferentes sujetos, pero no decisivo para impedirla. La prohibición del uso de la fuerza como principio mantiene todo su vigor como regla jurídica de base para ser aplicada a la conducta de los Estados en sus relaciones internacionales pero sin embargo siguen apareciendo nuevas situaciones en las cuales el principio es puesto en tela de juicio, al menos tal como está formulado en la Carta.

Por cierto, los avances de ciertas formas de perpetrar “agresiones” desacomodan la forma clásica de concebir la aplicación de las excepciones. No hay otra forma de entender este tema si no se tiene suficiente flexibilidad para entender que cada situación es diferente, sin dejar por eso de mantener la legalidad como principio. Es cierto que crecientemente el mundo está percibiendo a la Carta como un instrumento global donde la protección de los derechos humanos juega cada ve un papel más importante. En ese contexto, la seguridad colectiva está sufriendo una evolución hacia la tolerancia de acciones basadas en la aplicación de criterios más amplios acerca de qué sucesos pueden afectar la paz y la seguridad internacionales. De la misma forma, pero con menos vigor, la legítima defensa, en particular contra Entidades no estatales, ha permitido un cierto corrimiento en la necesaria inmediatez requerida para su

aplicación. Y aunque mantiene su carácter interestatal, la Entidad no estatal con control territorial confirmado y aceptado podría ser alcanzada por una respuesta en legítima defensa.

La aceptación de estos corrimientos es la constatación de hechos, prácticas y declaraciones de los Estados, de las organizaciones internacionales y de la Corte Internacional de Justicia. La tolerancia de ciertas acciones –determinadas, enmarcadas- es una tendencia que puede no revestir un carácter consuetudinario que aparezca en los manuales o las sentencias de la Corte, pero en cualquier caso constituyen un claro avance hacia una dirección humanista.

Por el momento la comunidad internacional, frente a estos avances, está expectante. Condena pero tolera, dependiendo de la casuística. Tiene claro que el principio de no uso de la fuerza y sus excepciones existen, pero también sabe que puede hacer la vista gorda en ciertos casos, cuando el costo de la violación del derecho es menor que el bien tutelado que se defiende.

En materia de seguridad colectiva, la soberanía y el positivismo de la Carta están dando un paso atrás, los derechos humanos y el jusnaturalimo, también incluidos en la Carta, pero no en los capítulos sobre seguridad colectiva, un paso adelante, para colocarse directamente en el corazón mismo del sistema.

Bibliografía:

- Boisson de Chazournes, Laurence y Condorelli, Luigi (2006). *De la responsabilité de protéger, ou d'une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie*. Revue Générale de Droit International Nº1 pág. 11-16

-Boisson de Chazournes, Laurence y Condorelli, Luigi (2000). *Nueva interpretación del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra: protección de los intereses colectivos*. "Documentos del CICR" disponible en https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdnw8.htm,

- Cárdenas Castañeda, Fabián (2014). *El Reporte (2014) sobre la Costumbre Internacional ante la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y la Necesidad de una Participación Activa por parte de Colombia* en *Debate Global* disponible en

https://debateglobal.wordpress.com/2014/07/19/el-reporte-2014-sobre-la-costumbre-internacional-ante-la-comision-de-derecho-internacional-de-las-naciones-unidas-y-la-necesidad-de-una-participacion-activa-por-parte-de-colombia/

- Dallnegra Pedraza, Luis (1994). *Relaciones Políticas entre EUA y América Latina: ¿Predominio "monroista" o Unidad Americana?*, Edición del Autor, Buenos Aires, disponible en http://luisdallanegra.bravehost.com/EUA_Amla/capit_25.htm,

- Labartino, Massimo (2011). *El dilema de la intervención humanitaria a la luz del derecho y de la filosofía del derecho internacional. Un excursus histórico de casos y una hipótesis de iure condendi.* Revista OASIS Nº 16. Universidad Externado de Colombia.

-Le Floch, Guillaume (2009). *Le príncipe de l' interdiction du recours à la forcé a-t-il encore valeur positive?* En "Droit et Cultures". Pg 49-76

- O´Connell, M.E (2002). *Lawful Self Defense to Terrorism*.University of Pittsburgh Law Review, Vol. 63, pág. 893.

-Pizzetta, Torres et Caio (2016). *Les nouveaux défis du jus ad bellum et la pratique contemporaine des États: de la legitime défense preventive à l'intervention humanitaire*. X Anuário Brasileiro de Direito Internacional – CEDIN" pág. 75-102.

-Pastori, Alejandro (2016). *Aplicación de la costumbre por la jurisprudencia internacional en relación con el uso de la fuerza.* Estudio 7/16 del Centro Uruguayo para las Relaciones Internacionales CURI disponible en http://curi.org.uy/archivos/Estudio%20CURI%207%20de%20Alejandro%20Pastori.pdf,

- Pastori, Alejandro et Rivero, Juan Manuel (2015). *Consideraciones acerca del principio de no intervención y su aplicación en la actualidad*. Estudio del CURI 6/15 disponible en http://curi.org.uy/archivos/Estudio%20del%20CURI%206%20del%202015%20Pastori%20y%20Rivero.pdf,

-Simma, Bruno (1999). *Nato, the UN and the Use of Force: Legal Aspect*. *European Journal of International Law*, pág. 1-22.

-Weller, Marc. *¿Son legales los bombardeos a los extremistas de Estado Islámico?* , disponible en http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/09/140923_estado_islamico_estados_unidos_siria_ataque_egn,

- Documentos de las Naciones Unidas:

Documentos A/54/PV.27 hasta PV.33 de la 54va Asamblea General, 6 al 11 de octubre de 1999.

Resolución 3314 de la Asamblea General sobre definición de la agresión.

Resoluciones 687, 713, 794, 940, 1244, 1441, 1483, 1511, 1973, 2085 y 2127 del Consejo de Seguridad.

Comisión de Derecho Internacional. Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, de Michael Wood, disponible en http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_672.pdf,

-Jurisprudencia:

Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de la construcción de un muro por Israel en el territorio palestino ocupado, del 7 de julio de 2004.

Asunto relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua del 27 de junio de 1986.