



Título del Trabajo:

EL DERECHO INTERNACIONAL
Y LAS NUEVAS CORRIENTES JURÍDICAS Y DOCTRINARIAS

Autor:

Mariano Guida

Ponencia presentada en el

II Congreso en Relaciones Internacionales del IRI

La Plata, Provincia de Buenos Aires, Argentina

11 y 12 de noviembre de 2004

Innovaciones de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional

La erosión que los derechos humanos han llevado a cabo en la concepción de soberanía estatal, la existencia de una jerarquía normativa con la consolidación de reglas *ius cogens*, la afirmación de las obligaciones *erga omnes*, los procedimientos de elaboración del Derecho Internacional con prescindencia de la voluntad estatal, y finalmente la reacción de la comunidad internacional ante las graves violaciones de los derechos fundamentales del hombre, constituyen una temática, que en su estudio conjunto, nos permitirá observar como el Derecho Internacional, con una marcada evolución hacia el *neo-formalismo*, fortalece los lazos de cooperación y solidaridad, y como esto a su vez, puede implicar un retroceso en el camino de la consolidación y fortalecimiento del mismo.

El presente análisis nos permitirá comprobar en primer lugar que es efectivamente en lo que se ha innovado en la naturaleza y funcionamiento del Derecho Internacional¹.

La dignidad de la persona humana ya proclamada en la *Carta de Naciones Unidas* atenúa la dimensión contractualista del Derecho Internacional. Los Derechos Humanos no se encuentran limitados por la voluntad de los Estados, *desbordan la reciprocidad de derechos y deberes entre los Estados partes*².

Las obligaciones de los Estados, en conclusión, no surgen de un marco jurídico determinado sólo por la voluntad estatal, representada por los tratados o convenios internacional, sino que también emergen de los principios de Derecho Internacional general.

La Corte Internacional de Justicia ha reconocido la vigencia de estos Principios Generales del Derecho Internacional, contribuyendo así al desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos³.

Sobre este criterio coincide Pierre-Marie Dupuy⁴, para quien estos principios generales del Derecho internacional, son una categoría normativa distinta de los "*Principios Generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas*" a los que se refiere el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, teniendo vida propia y siendo oponibles a los sujetos del Derecho internacional sin depender de su efectivo respeto en la práctica. Quitándole todo rasgo posible de voluntarismo estatal.

¹ Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2001, p.141.

² Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2001, p.142

³ Carlos de Ory Arriaga, *La contribución de la Corte Internacional de Justicia al desarrollo progresivo de los derechos humanos*, Tesis doctoral (inédita), Sevilla, 2000

⁴ Pierre-Marie Dupuy, *Droit International Public*, 4 ed., Dalloz, París, 1998, pp. 304 ss

El órgano judicial principal de las Naciones Unidas nos ha ido marcando a través de diversos decisorios, referencias directas en lo que hace a la aplicación de los citados Principios Generales del Derecho Internacional.

En su sentencia del 9 de abril de 1949 relativa al "*asunto del Estrecho de Corfú*", la CIJ sostuvo, ante la existencia de minas en aguas territoriales albanesas que habían producido daños en dos buques de guerra británico, que la obligación de las autoridades albanesas en dar a conocer, en interés de la navegación general, la existencia de un campo de minas en sus aguas territoriales, no se fundamentaban sobre la base de la Convención VII de la Haya de 1907, aplicable en tiempos de guerra, sino "*sobre ciertos principios generales bien reconocidos, tales como elementales consideraciones de humanidad, más absolutas en tiempo de paz que en tiempos de guerra, en el principio de la libertad de las comunicaciones marítimas y en la obligación de todo Estado, de no permitir la utilización de su territorio para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados*"⁵.

En el año 1951, la CIJ, en la Opinión Consultiva Relativa a las Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio, manifestó, en lo concerniente a las reservas y objeciones que podían ser formuladas al cuerpo legal citado, que la Convención contenía "*principios reconocidos por las naciones civilizadas que obligan a todos los Estados incluso fuera de todo vínculo convencional*"⁶.

Como vemos la CIJ se abstrae del voluntad estatal y observa la vigencia de principios que afirman la obligación de los Estados de condenar actos de genocidio y de cooperar en la lucha contra tal crimen.

El 5 de febrero de 1970 la CIJ pronunció la sentencia en el "*Asunto de la Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd.*", afirmando la distinción existente entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional, esto es obligaciones *erga omnes*, y las que nacen *vis a vis*:

*... "Estas obligaciones resultan, por ejemplo, de la prohibición de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y de la discriminación racial"*⁷.

Las obligaciones *erga omnes* corrigen el relativismo inherente a un sistema jurídico descentralizado como es el Derecho Internacional, confirmándose la existencia de intereses que engloban a todos los Estados. Existe entonces un interés colectivo, el de la comunidad internacional, que se encuentra más allá de ser entendido bajo la concepción de la reciprocidad de derechos y deberes, propio del derecho internacional tradicional.⁸

⁵ CIJ, Recueil, 1949, p.29.

⁶ CIJ, Recueil, 1951, pp. 23-24.

⁷ CIJ, Recueil, 1970, párrafos 33 y 34 de la sentencia de 5 de febrero de 1970.

⁸ Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2001. , p.154

Tal noción, implica que los Estados, en tanto miembros de la comunidad internacional, pueden tener intereses jurídicos en materia que no los afecte ni directa ni individualmente.

Entre otras manifestaciones jurisprudenciales de la existencia de obligaciones *erga omnes*, podemos mencionar la Opinión individual del Juez Jessup en el decisorio de la Corte Internacional de Justicia del 21 de diciembre de 1962, relativo a las excepciones preliminares de legitimidad activa planteadas por África del Sur, frente a las demandas de Etiopía y Liberia en los *asuntos del Sudoeste africano*, donde el citado jurista reconociendo el interés de los Estados en atender a las violaciones masivas de Derechos Humanos, sostiene que el mismo puede fundarse en un tratado o bien en Principios Generales del Derecho Internacional.

Asimismo y más cercano en el tiempo, en la sentencia del 11 de julio de 1996 relativa a la demanda de Bosnia Herzegovina contra Yugoslavia, la CIJ sostuvo que la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio no reconocía límites territoriales porque: "*los derechos y obligaciones consagrados en la Convención son derechos y obligaciones erga omnes*"⁹.

Con el fin de ilustrar los cambios que introdujo la Jurisprudencia de la Corte en la interpretación de las normas fundamentales del Derecho Internacional, es necesario rescatar los fundamentos que la CIJ expuso en su decisorio relativo al *asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)*.

Los Estados Unidos en el año 1946 habían aceptado la competencia de la CIJ, excluyendo de su aplicación las controversias concernientes a un tratado multilateral.

Tal reserva no fue óbice para que la CIJ sostenga que los Estados Unidos estaban obligados a respetar las Convenciones de Ginebra de 1949, pues la obligación "*no resulta sólo de las Convenios en sí, sino también de los principios generales del derecho humanitario de los que la Convención en cuestión no son más que la expresión concreta*"¹⁰.

Una concepción voluntarista del Derecho, como es el caso de Michel Villary, nos diría que los principios no integran el orden jurídico más que después de haber sido consagrados por medio de los tratados o de la costumbre¹¹.

Para concluir con la cita de los fallos de la CIJ, es menester relatar lo sostenido en la Opinión Consultiva sobre *La licitud de la amenaza o empleo de las armas nucleares*, en relación con los principios básicos del Derecho Internacional Humanitario, distinción

⁹ CIJ, Recueil, 1996, parágrafo 31 de la sentencia de 11 de julio de 1996.

¹⁰ ICJ, Reports, 1986, parágrafo 220 de la sentencia.

¹¹ Véase "El Devenir del Derecho Internacional" Michel Virally. F.C.E. México 1997.

y la prohibición de causar daños superfluos: *“Es indudable que el hecho de que un gran número de normas del derecho humanitario aplicable en caso de conflicto armado sean tan fundamentales para el respeto de la persona y constituyan “principios elementales de la humanidad”, como señaló la Corte en su sentencia de 9 de abril de 1949 en el asunto del canal de Corfú, ha sido la causa de que los Convenios de la Haya y Ginebra hayan sido ratificados de forma amplia. Además, todos los Estados han de cumplir esas normas fundamentales, hayan o no ratificado los convenios que las establecen porque constituyen principios intransigibles del Derecho internacional consuetudinario”*¹².

Los desarrollos experimentados en el Derecho internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho Internacional Humanitario confirman que el Derecho Internacional no se reduce a ser un producto de la voluntad de los Estados soberanos, por la sencilla razón de que la dignidad de la persona humana implica una concepción del Derecho Internacional menos neutra, menos formalista y menos voluntarista¹³.

Como sostiene Carrillo Salcedo menos neutra en virtud de que el orden internacional responde a intereses colectivos cuyo titular es la comunidad internacional; menos formalista porque esta enmarcada dentro de una visión finalista del derecho; menos voluntarista, por último, como consecuencia de la admisión de la existencia de reglas imperativas que prevalecen sobre la voluntad estatal y vician los actos unilaterales contrarios a las mismas.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario han hecho surgir la convicción de que estamos ante normas de carácter imperativo, por encima del derecho dispositivo, denominadas *“ius cogens”*.

Así lo ha ratificado en sus artículos 53 y 64 el texto definitivo de la Convención de Viena, suscrito el 23 de Mayo de 1969:

Art.53: “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esta en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Art.64: “Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

¹² Parágrafo 79 de la Opinión Consultiva de 8 de Julio de 1996.

¹³ Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2001. , p.149

El art 1 de la Resolución adoptada el 13 de septiembre de 1989 por el Instituto de Derecho Internacional, sobre *La protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados*, resume la dimensión que ha cobrado la protección de la persona en el Derecho Internacional contemporáneo:

“Los derechos humanos son la expresión directa de la persona humana. La obligación de los Estados de asegurar su respeto se desprende del propio reconocimiento de esta dignidad que ya proclaman la Carta de las Naciones Unidas y Declaración Universal de Derechos Humanos.

Esta obligación internacionales, según una fórmula utilizada por la Corte Internacional de Justicia, una obligación erga omnes: incumbe a todos los Estados con respecto a la comunidad internacional en su conjunto y todo estado tiene un interés jurídico en la protección de los derechos humanos. Esta obligación implica, además, un deber de solidaridad entre todos los Estados, con el fin de garantizar lo más rápidamente posible una protección universal y efectiva de los derechos humanos”¹⁴.

Tal concepción, acorde a lo expresado anteriormente implica también un desafío, no sólo en lo que hace al respeto sino también en cuanto al manejo político, militar que pueden hacerse de los enunciados previos. .

En el Capítulo siguiente examinaremos como un manejo ético y pragmático de la defensa de los derechos humanos, contrario al orden legal imperante, ha producido la necesaria revalorización de las normas dispositivas como modo de evitar que la producción doctrinaria, consecuente con una política exterior de expansión que sobre la base de proteger los derechos fundamentales, más que responder a fines humanitarios lo hace a fines políticos, basándose en *“principios”* y *“normas”* de un *“nuevo orden internacional”*.

El derecho frente a los atropellos de la moral

Un derecho internacional menos formalista, abierto a exigencias morales y a su dimensión teleológica no nos debe llevar a caer en el error de admitir el relativismo moral en el campo de la relaciones internacionales.

El uniteralismo ético, presente por ejemplo en las intervenciones de la OTAN en Kosovo o de la ex URSS en Checoeslovaquia, sobre la base de la *“injerencia humanitaria”*, y con el fin de proteger los derechos humanos de las poblaciones afectadas, en lugar de buscar el desarrollo progresivo del Derecho internacional, de conferirnos una concepción dinámica de los derechos humanos, reafirma una política, que aún cuando esgrime juzgamientos desligados de inspiración ideológica alguna, no se halla de ninguna manera comprometido axiológicamente con la progresiva

¹⁴ Institut de Droit International, Annuaire, 1989, vol.63-II, pp.338-344

institucionalización que la comunidad internacional viene viviendo desde el final de la 2° Guerra Mundial.

Se crea un imperativo categórico, un orden pseudo-legal, basado en la moral, en la voluntad estatal de determinar cuando nace y fenece la obligación de proteger a la humanidad. Advirtiéndose con ello un claro desplazamiento del derecho.

Es la posición sostenida por autores como: Hoffman, Bitteti, Damrosh, Kouschner . Asimismo, Rosenthal nos dice, como explica Hugo Gobbi, que la injerencia unilateral es una consecuencia de que la "ética" ha madurado en el mundo internacional¹⁵.

En este orden de ideas Smith expresa: *"la moral es un imperativo para prevenir o aliviar el mal cuando se tiene capacidad para hacerlo. En consecuencia, como un imperativo moral, el asunto de la intervención humanitaria solicita nuestra atención más profunda y una respuesta"*¹⁶.

Desde el punto de vista político, la injerencia humanitaria unilateral, redimensiona las asimetrías de poder existentes.

El orden internacional es señalado como inestable, anárquico, no propicio para establecer un marco de "legalidad". Sólo es posible encontrarlo entonces en la dimensión moral y protagórica de los Estados poderosos, quienes traducen los pretextos para legitimar la acción individual por fuera del marco legal internacional.

El orden jurídico institucional es concebido como una resultante del orden de hecho y no generador de un orden¹⁷. Por lo tanto, al cambiar el orden de hecho, por ejemplo la consolidación de una super-potencia y el fin del equilibrio de la Guerra Fría, el marco jurídico institucional pierde vigencia y sólo puede modificarse adaptándolo o creando otro que responda al *"nuevo orden fáctico"*. El determinado por la moral de quien tiene la capacidad para actuar.

El orden a crear es un subjetivo mundo de prioridades, que sobre la base de consideraciones éticas critica a un orden al que considera basado en la soberanía y en el positivismo jurídico, precisamente hipertrofiando la soberanía de los Estados poderosos con capacidad militar, estableciendo *"reglas"* que responden a la validación jurídica de las asimetrías existentes.

Quien tiene el poder decide, reavivándose de este modo los más retrógrados conceptos del colonialismo.

La soberanía es sólo un atributo los poderosos.

¹⁵ Rosenthal, J., *Ethics and International Affairs*, "A Reader", Georgetown, 1995.

¹⁶ Smith, M., " Humanitarian intervention: An overview of the Ethical Issues", *Ethics and International Affairs*, 1988, vol 12.

¹⁷ Pedraza Dallanegra, Luis ., "Visiones del Orden Mundial". Revista de Relaciones Internacionales del Instituto de Relaciones Internacionales. U.N.L.P. Año 13. N° 13

Hoffman, realizando una efusiva defensa de la ética de la intervención, señala: *"Lo que se necesitaría ahora es, en primer lugar, proveer una base normativa para la acción colectiva, a jus ad interventionem"*¹⁸. Agrega luego, que *"la soberanía puede ser superada cuando el comportamiento del estado, aun dentro de su territorio, amenaza elementales derechos humanos y cuando la protección puede ser asegurada desde fuera"*¹⁹. Coincide sobre este criterio Damrosch²⁰, quien considera que la soberanía pierde su plenitud cuando existen violaciones de los derechos humanos.

Dentro de esta corriente se ubican Helman y Ratner²¹, citados por Hugo Gobbi²², quienes sostienen por ejemplo que algunos Estados de África son demasiado pequeños para mantener el orden y proteger los derechos humanos.

Como consecuencia de ello la primera conclusión que se puede elaborar es el regreso a la fuerza como derecho; quien tiene *"capacidad fáctica"* posee *"capacidad normativa"*.

La ilusión de un orden internacional, determinado por los designios morales, no es patrimonio único de los peregrinos pensamientos doctrinarios. Por el contrario, posee una marcada presencia en los discursos provenientes de autoridades estatales.

Es el caso del discurso pronunciado por el premier inglés Anthony Blair en conmemoración del 50° aniversario de la OTAN: *"El problema de la política exterior más apremiante es identificar las circunstancias en las cuales debemos intervenir activamente en conflictos internos"*²³.

Esta manifestación de mesianismo estatal la hallamos también en la propaganda electoral del candidato demócrata John Kerry: *".....jamás dudaré en usar la fuerza cuando sea necesario".... "Estados Unidos nunca va a la guerra porque quiere, nosotros vamos a la guerra porque debemos"...."El futuro no pertenece al miedo, pertenece a la libertad"; "necesitamos nuevamente que los estados unidos sea el faro del mundo"; "necesitamos que nos admiren y que no sólo nos teman".*²⁴

Como hemos de ver no se habla de estar en presencia de una inacción o parálisis del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, por el contrario, se pregona la puesta en práctica de un activo subjetivismo estatal, reavivando las guerras justas por los "valores universales" de las viejas potencias imperiales.

¹⁸ Hoffman, op. cit., p.12.

¹⁹ Hoffman, op. cit., p.23.

²⁰ Damrosch, L., " Changing Conceptions on Intervention in International Law". Paper, Academy of Arts and Sciences, January 1993.

²¹ Helmar y Ratner, "Saving Failed States", *Foreign Affairs*, 1992-1993.

²² Gobbi, Hugo, op. cit., p. 326.

²³ Discurso de Anthony Blair en el 50° aniversario de la OTAN, 4 - 4 -1999

²⁴ Diario Clarín, Argentina, 30 de julio de 2004, p.28.

Esto nos hace ver como, por contrario a una visión ética del mundo que pretende legitimar un nuevo orden, estamos frente a poderes unitarios que hacen funcionar categoría jurídicas y valores morales con una lógica imperial, dominante.

La acción unilateral "humanitaria" se encuentra más cerca de fines políticos imperiales que de construir incluso un nuevo orden.

La política exterior de los Estados, siguiendo estos lineamientos, lejos de tener un curso racional, objetivo, se vuelve emocional, personalizando moralmente al Estado o grupo de Estados intervinientes (fundamento de los totalitarismos) y desenvolviéndose sobre la base de una continua dialéctica: "civilización-barbarie", "justicia-injusticia"...etc, que recrea un modelo de pensamiento demonológico, reduccionista de la realidad y la historia.

Desde el punto de vista jurídico, sobre la base de manifestaciones morales se pretende justificar la violación de las normas y principios legalmente aceptados. Los que no pueden ser negados por sus eventuales violaciones.

La intervención armada es justificada en consideraciones morales, desconociendo con ello el derecho internacional vigente, y señalándolo además como estéril para evitar los acontecimientos que motivan la acción estatal.

El orden es entonces impuesto por "esquemas valorativos universales", caracterizados evidentemente por la dimensión de quien los pondera.

El incumplimiento de una obligación "*erga omnes*", por parte de un Estado, nacida como hemos visto sin el respectivo acto voluntario soberano de autolimitarse, provocaría una acción unilateral, que a su vez tendría como consecuencia la violación de otra norma imperativa "*ius cogens*" del Derecho Internacional.

Esta norma es la obligación de todo Estado de abstenerse a hacer uso de la fuerza o amenazar con su uso²⁵.

Ha sido al Consejo de Seguridad a quien los estados le han reconocido la responsabilidad primordial en orden al mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, monopolizando el citado organismo el ejercicio institucional de la fuerza, por medio de diversas modalidades, y con expresas excepciones.

Por medio de la acción humanitaria unilateral, creyendo que podemos evitar la violación de los derechos humanos fundamentales, en verdad,

²⁵ Carrillo Salcedo ha caracterizado ha ciertos principios como de carácter "*ius cogens*", por responder al mínimo jurídico esencial que la comunidad internacional precisa: 1) la igualdad soberana de los Estados y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados; 2) la prohibición del recurso a la fuerza en las relaciones internacionales; 3) el principio de la libre determinación de los pueblos sujetos a dominación colonial; 4) los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona, que todo estado tiene el deber de proteger y respetar. Véase: Carrillo Salcedo, Soberanía de los estados y Derecho Internacional, 1ª Edición. 1969.

experimentamos como comunidad organizada, *un regreso al pasado, una vuelta a una sociedad internacional decimonónica, no universal, en la que los Estados eran clasificados como civilizados, semicivilizados y bárbaros, y sólo a los primeros les estaba conferida la sagrada misión de civilización sobre pautas que sólo ellos están en disposición de sugerir*²⁶.

En lugar de estar frente a un derecho internacional que progresivamente institucionalice la solidaridad y la protección de la persona humana quizá estemos viviendo, como acertadamente describe Pierre-Marie Dupuy, que la base misma del concepto de ilícito contra la comunidad internacional, cuyo objeto es sobre todo asegurar el respeto de las obligaciones esenciales para la comunidad internacional en su conjunto, entraña paradójicamente el riesgo de convertirse en una excusa adecuada para las iniciativas de estados poderosos que busquen en el pretexto de "carta blanca para el orden público" una justificación de las medidas tomadas para fomentar sus propios fines de política exterior²⁷.

Las acciones humanitarias encauzadas dentro de la *Carta de Naciones Unidas* son las únicas admitidas por el Derecho Internacional.

Por consiguiente los fundamentos jurídicos éticos que han sido esbozados e incluso la introducción de explicaciones más analíticas, como la "Grundnormen" esbozada por Stanley Hoffman, carecen de validez jurídica.

Según este autor, en el marco del derecho internacional se habría producido el reconocimiento de una norma fundamental que prevalece sobre el orden jurídico positivo e incluye a la humanidad en su totalidad.

Hugo Gobbi señala dos "pecados" en la exposición jurídica de Hoffman: 1) la intervención unilateral sobre bases éticas es un instrumento ideológico que sirve a los países dominantes; 2) concibe reglas para un mundo en el que la capacidad normativa es sinónimo de capacidad fáctica.

Coincido con Gobbi, en que aún cuando los "*fundamentos morales*" no dejan de representar un ius naturalismo tardío, en lo estrictamente normativo no pueden ser considerados un "principio general de derecho internacional".

No es posible extraer de ellos un contenido normativo, no se presenta como tal, sea sobre la base de la proscripción o la regulación. Por ende, la "*Grundnormen*" y los "*principios éticos universales*" constituyen nada más que un concepto.

La visión ética del derecho internacional introduce modificaciones en lo que hace a la valoración de la prevalencia jurídica, considera que un "*principio ético*" se encuentra por encima de todo orden normativo, sea este convencional o surgido de la costumbre.

²⁶ Alejandro Rodríguez Carrión, *El Derecho internacional en el umbral del siglo XXI*, Universidad de Málaga, 1999, p.74.

²⁷ Pierre-Marie Dupuy, *Droit International Public*, 4^oed., París, 1998, pp.499 ss.

El esbozo de tales argumentaciones se ha vuelto posible precisamente en un sistema internacional que tiende hacia un neo formalismo, que resalta la función teleológica del derecho.

La posibilidad de esgrimir reglas de derecho abstractas, generales, se vería relegada e incluso difícil de ser sometidas a discusión, en un sistema internacional que solo admitiera la voluntad estatal como fuente de las obligaciones.

Serían negados bajo esta forma de pensamiento no sólo las valoraciones subjetivas de los Estados, que carecen de valor jurídico, sino también los Principios Generales del Derecho Internacional como fuente autónoma del derecho internacional, sólo accediendo éstos a una categoría jurídica particular por medio de la costumbre o un tratado.

El neo formalismo del derecho internacional posee axiológicamente un objetivo que es la solidaridad, la protección de la persona humana, repulsando en su más visceral sentido toda arbitrariedad, cualquiera sean sus argumentos.

Desde la ética de la intervención el no cumplimiento de las obligaciones implica un acto moral- aun cuando suene paradójico y pensemos en el respeto de la palabra empeñada- en cuanto considera que las normas imperativas del Derecho Internacional se someten al manejo relativo y oportunista.

La acción arbitraria, en su axiología, rechaza los Principios Generales del Derecho Internacional, las normas "ius cogens", entre las que se halla la prohibición al uso de la fuerza, su concreción institucional, y por consecuencia todo reconocimiento que el mismo haya tenido por parte de los órganos que responden al orden institucional de la comunidad internacional.

Este es el caso de las resoluciones de la Asamblea General de la ONU entre las que podemos citar la Resolución 1815, que enumera y recepta siete principios basales del Derecho Internacional²⁸. No debemos olvidar que la C.I.J en el párrafo 70 de su Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996 sostuvo que, aunque las resoluciones de la Asamblea General no sean vinculantes *per se*, pueden a veces tener valor normativo y, en ciertas

²⁸ Los siete principios enumerados por la Resolución 1815 son: a) que los estados se abstengan, en sus relaciones internacionales, de recurrir a la amenaza o al empleo de la fuerza, sea contra la integridad territorial o la independencia política de todo Estado, sea de cualquier otra norma incompatible con los fines de las Naciones Unidas; b) que los estados arreglen sus diferencias internacionales por medios pacíficos, de tal manera que la paz y la seguridad internacional, así como la justicia, no se pongan en peligro; c) el deber de los estados de cooperar unos con otros conforme a la carta; e) la igualdad soberana de los estados; f) que los estados cumplan de buena fe las obligaciones que han asumido de conformidad con la Carta.

circunstancias, "pueden proporcionar pruebas importantes para determinar la existencia de una norma o la aparición de una *opinio iuris*"²⁹.

Asimismo las recomendaciones que pueden ser hechas por parte de los organismos integrantes de las ONU respecto de un Estado miembro, constituye un instrumento de colaboración entre la organización y sus miembros con vistas a la realización de los fines sociales, obligaciones que los estados han adquirido por la vía contractual.

Para concluir debo manifestar que la búsqueda de un "principio ético" sólo responde al objetivo de encubrir la arbitrariedad, disimular la violación del Derecho Internacional, ponerse por encima de lo normado y considerar que las valoraciones e intereses de un Estado o grupo de Estados son la "*norma*" que rige a la comunidad internacional.

La reacción frente a la barbarie

El derecho internacional pone de manifiesto que las violaciones graves de los derechos humanos constituyen un acto ilícito contra la comunidad internacional.

Es lógico, que no siendo tal cuestión privativa de la jurisdicción interna de los Estados, se generen como consecuencia la toma de medidas y acciones por parte de terceros Estados y de las Organizaciones Internacionales tanto regionales como universales.

De acuerdo a la sistemática elaborada por el *Comité de redacción de la Comisión de Derecho Internacional* la reacción frente a la violación de los derechos fundamentales debe ser considerada en un triple plano:

Las medidas que pueden ser adoptadas por los Estados lesionados a causa de la violación de los derechos humanos;

Los terceros Estados, no lesionados pero si afectados por el carácter ilícito del acto frente a la comunidad internacional;

Las medidas que la Comunidad Internacional tiene capacidad de adoptar frente a las violaciones graves de los derechos humanos.

a) Reacciones de los Estados lesionados

La discusión respecto a este tipo de reacción no solo se ha centrado en lo que concierne a la formas de reparación, sino también respecto de la adopción de contramedidas que podría adoptar el Estado, cuyos súbditos sean víctimas directas de violaciones graves de derechos humanos atribuibles a un tercer Estado.

²⁹ Véase respecto al tratamiento de la "*opinio iuris*" como fuente del derecho internacional, Julio A. Barberis, Fuentes del Derecho Internacional. Cap. II, pag. 57. Ed. Platense. La Plata. 1973.

Evidentemente, las contramedidas deben ser razonables, proporcionales y no contrarias a "*normas imperativas*" del derecho internacional.

El *Comité de redacción de la Comisión de Derecho Internacional* aborda esta problemática regulando en primer término, por medio del art.42 del Proyecto redactado, que tal tipo de violación "*podrá entrañar para el estado responsable la obligación de pagar los daños y perjuicios que reflejen la gravedad de la violación*".

En lo que concierne a las contramedidas contra el Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito, si bien fueron admitidas, el citado Comité reguló las atribuciones del Estado lesionado, disponiendo diversos deberes, como por ejemplo: no reconocer como lícita la situación creada por la violación, no prestar ayuda o asistencia al Estado responsable para mantener la situación creada.

El art. 51 del citado Proyecto establece cuales son las obligaciones, cuyo cumplimiento no puede dejar de ser observado por el Estado lesionado en la adopción de contramedidas:

- a) *La obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, establecida en la Carta de Naciones Unidas;*
- b) *Las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales;*
- c) *Otras obligaciones que emanen de normas imperativas del Derecho Internacional general*³⁰.

b) Reacciones de los Estados no directamente lesionados

La posibilidad de plantearnos la acción de un tercer Estado, surge como consecuencia de la relación jurídica que las violaciones graves de derechos humanos fundamentales hacen surgir entre el Estado autor del ilícito y los Estados no directamente lesionados.

La cuestión aquí que debemos preguntarnos es, como observa Carrillo Salcedo, si los Estados no directamente lesionados pueden adoptar contramedidas y que margen legal las mismas poseen.

En 1989 el *Instituto de Derecho Internacional*, abordando esta problemática, emitió una resolución sobre *La protección de los derechos humanos y el principio de no intervención*, donde se inclina a favor de la admisión de contramedidas.

El art. 2 de la citada, en sus párrafos segundo y tercero dispone:

"Sin perjuicio de las funciones y poderes que la Carta atribuye a los órganos de las Naciones Unidas en caso de violación de las obligaciones asumidas por

³⁰ Texto adoptado por el Comité de Redacción de la CDI en agosto de 2000.

los miembros de la organización, los Estados, tanto si actúan individualmente como colectivamente, tiene el derecho de adoptar, respecto de cualquier otro Estado que haya infringido la obligación a que se refiere el artículo primero (la de asegurar el respeto de los derechos humanos), medidas diplomáticas, económicas o de otra índole, admitidas por el Derecho Internacional y que no implique el uso de la fuerza armada en violación de la carta de las Naciones Unidas. Estas medidas no pueden ser consideradas como una intervención ilícita en los asuntos internos de los Estados.

Las violaciones que justifiquen el recurso a las medidas anteriormente mencionadas deben valorarse teniendo en cuenta la gravedad de las violaciones denunciadas, así como todas las circunstancias pertinentes. Entre las medidas tendientes a asegurar la protección colectiva de los derechos humanos están especialmente justificadas aquellas que respondan a violaciones particularmente graves de estos derechos, sobre todo las violaciones masivas o sistemáticas, así como aquellas que atenten a los derechos que no pueden ser derogados en ninguna circunstancia³¹.

El Estado que reacciona frente a un ilícito, que consiste en la violación de los derechos humanos, esta autorizado a la luz del Derecho Internacional a adoptar cualquier tipo de reacción, mientras ésta sea proporcional y razonable, y en cuanto *no implique el uso de la fuerza armada*.

Como lo expone María del Carmen Márquez Carrasco, el recurso a la fuerza armada únicamente será admisible en Derecho cuando haya sido decidido, recomendado o autorizado por el Consejo de Seguridad. Órgano al que se le ha conferido la responsabilidad de mantener la paz y la seguridad internacional³².

Asimismo el *Comité de Redacción de la Comisión de Derecho Internacional* ha precisado aún más las condiciones, según las cuales, un tercer Estado no directamente lesionado puede ante la violación grave de derechos humanos proceder a la adopción de contramedidas.

El art.54 del texto del *Comité de Redacción* sostiene:

1. *Todo Estado que esté habilitado en virtud el párrafo 1 del artículo 49 (invocación de la responsabilidad internacional por Estados que no sean lesionados) para invocar la responsabilidad de otro Estado podrá tomar contramedidas a petición y por cuenta de cualquier Estado que haya sido lesionado por la violación, en la medida en que este último Estado esté a su vez habilitado para tomar contramedidas en virtud del presente capítulo.*

2. *En los casos a que se hace referencia en el artículo 41 (relativo a las violaciones graves de obligaciones para con la comunidad internacional) cualquier Estado estará habilitado para tomar contramedidas, de*

³¹ Institut de Droit International, *Annuaire*, 1989, vol. 63-II, pp.338-344.

³² María del Carmen Márquez Carrasco, *Problemas actuales de la prohibición del recurso a la fuerza en Derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1998.

conformidad con lo dispuesto en el presente capítulo en interés de los beneficiarios de la obligación violada.

3. *Cuando más de un Estado tome contramedidas, los Estados involucrados cooperarán a fin de que se cumplan las condiciones establecidas por el presente capítulo para la adopción de contramedidas*³³.

Este texto, evidentemente, responde a una inquietud, a la problemática de producirse la admisión generalizada de recurrir a la fuerza.

Caeríamos en un grave error si permitimos que un acto ilícito que afecta a la comunidad internacional, se convierta en una excusa adecuada para los Estados con capacidad bélica, quienes por detrás del velo que anuncia la defensa de los derechos humanos, buscan el cumplimiento de fines políticos, distantes de un objetivo altruista.

c) La reacción institucional

Este tipo de reacción es la principal y esperada por todos aquellos quienes apuestan a una progresiva institucionalización del Derecho Internacional.

El derecho de los Estados a reaccionar frente a las violaciones masivas de los derechos humanos no es automático sino subsidiario y con las limitaciones antecedentemente marcadas.

El Consejo de Seguridad es el órgano, así lo ha demostrado, encargado de organizar la intervención humanitaria armada; habilitando a los Estados para intervenir.

Las acciones de los Estados frente a violaciones masivas de derechos humanos pueden consistir en medidas económicas, diplomáticas, comerciales, etc, pero en modo alguno podrán incluir el uso de la fuerza armada o la amenaza del uso de la misma.

En caso de extrema urgencia, sin embargo, destacada doctrina sostiene que las medidas de fuerza estrictamente limitadas y dirigidas a salvar vidas humanas o la integridad de las víctimas de violaciones masivas de derechos humanos, o al suministro de socorros, no son contrarias a la prohibición enunciada en el artículo 2.4 de la Carta, *a condición de que, antes de proceder a las mismas, los estados que decidan adoptarlas las pongan en conocimiento del Consejo de Seguridad*³⁴.

Las violaciones masivas, sistemáticas y graves de los derechos humanos, habilitan al Consejo de Seguridad a considerar que tales actos de barbarie constituyen una amenaza a la paz y a la seguridad internacional, procediendo en el marco del Capítulo VII a decidir o recomendar la acción

³³ Véase texto en *Legislación básica de Derecho Internacional público* (editada por los profesores Paz Andrés de Santa María y Julio D. González Campos), Tecnos, Madrid, 2000, pp. 137 ss.

³⁴ Véase: Carrillo Salcedo, " Soberanía de los Estados y Derechos Humanos". Tecnos. Madrid.

colectiva institucionalizada, o autorizar a los Estados a adoptar todas las medidas necesarias.

Supuestos en los cuales la acción armada de intervención no es contraria al Derecho Internacional, por el contrario se actúa de acuerdo al canal institucional previsto.

Pese a que la actuación del Consejo de Seguridad no siempre pueda estar acorde a las necesidades de la protección de los Derechos Humanos, ni siempre utilice, como órgano político que es, los mismos criterios para calificar, en cuanto a la premura y la magnitud de las violaciones, los Estados le han reconocido el deber y la atribución de evitar toda amenaza a la paz y a la seguridad internacional, como lo es el incumplimiento de una norma imperativa del derecho internacional. El Consejo de Seguridad debe ser el valuarte de la reacción institucional; el camino que nos evita un derecho internacional sometido al subjetivismo estatal.

Operando en contrario, no sólo no se profundizarían los necesarios lazos de solidaridad en la comunidad internacional, sino que además se estaría permitiendo la consolidación de una política estatal expansiva en desmedro de quienes se vieron genuinamente afectados.

Conclusión

En diversos pasajes del texto antecedente, refiriéndome a la acción unilateral con el fin de proteger a las personas, me he referido a los conceptos tanto de "Orden Internacional" como "Desorden Internacional" sobre la base de un razonamiento causal, en cuanto que la violación del orden implica o puede inducir el inicio del desorden.

Creo ante ello que debo preguntarme: ¿una acción humanitaria unilateral, que no observa el "orden legal internacional", es a su vez provocadora de un "desorden"?

Ilya Prigogine, científico ruso, premio Nobel, señalaba que cuando el agua es calentada hasta su punto de ebullición, contrario a lo sostenido por la teoría molecular del desorden, no se produce solamente un desorden por la modificación de la temperatura, sino que también surgen una serie de estructuras moleculares, a las que denominó "estructuras disipativas". Un orden surgido del caos pretérito.

Una acción ilegítima, que por el peso de quien la ejerce, la creemos provocadora de un "desorden mundial", quizá en su seno posee la estructura mínima de orden, la "estructura disipativa" sin la cual no habría garantías de la existencia del derecho internacional. Como escribió Tzvetan Todorov: "un núcleo irrenunciable de universalismo ético, sin el cual no se podría condenar Auschwitz"³⁵.

³⁵ Diario La Nación . Argentina. 15/08/04

No obstante, en pos de resguardar la institucionalidad, nunca nuestro juicio deberá ser presuroso cuando se refiera a la admisión de las acciones unilaterales, porque aún cuando dentro de sus fines se encuentre la protección de las personas, tal acción podrá también hallarse enmarcada en una política exterior distante axiológicamente de la solidaridad, del resguardo de los derechos humanos fundamentales, y de la dialéctica ley-justicia propia de la axiología no positivista de Gustav Radbruch

Bibliografía utilizada:

Barberis Julio A., Fuentes del Derecho Internacional. Ed. Platense. La Plata. 1973.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio, Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho internacional contemporáneo. 2°. Edición. Ed. Tecnos. 2001.

Alejandro Rodríguez Carrión, El Derecho internacional en el umbral del siglo XXI, Universidad de Málaga, 1999, p.74.

Gobbi Hugo, Orden y Desorden Internacional, Ed. Nuevohacer. G.E.L. 2002

Dallanegra Pedraza, Luis, Visiones del orden mundial. Revista del IRI, N° 26 Año 13.

Tempesta, Guillermo, Nuevas avenidas al principio de no intervención: la injerencia humanitaria y la intervención democrática. Revista del IRI, N° 16 Año 9.

Virally, Michel, El devenir del Derecho internacional. Ed. F.C.E. 1997.