

La legitimidad humanitaria y la definición de una soberanía ‘humanizada’ frente a las graves crisis humanitarias

Juan Francisco ESCUDERO ESPINOSA

Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de León
juan.escudero@unileon.es

Sumario: INTRODUCCIÓN. 1. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO RESPONSABILIDAD DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL. 1.1. La idea de soberanía como responsabilidad de proteger. 1.2. Las vulneraciones de los derechos humanos como amenaza para la paz y la seguridad internacionales. 1.3. La violación de la obligación de salvaguarda del ser humano como crimen internacional. 2. LA OPCIÓN DEL USO DE LA FUERZA EN DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS. 2.1. Las restricciones de la soberanía previstas en el sistema de seguridad colectiva. 2.2. La legitimidad de la opción del uso de la fuerza unilateral. 3. LA FRAGMENTACIÓN DE LA SOBERANÍA Y LA SECESIÓN HUMANITARIA. CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

El compromiso de la comunidad internacional con la defensa de los derechos humanos ha proporcionado un nuevo escenario en el Derecho internacional de los albores del siglo XXI. A este nuevo horizonte se refirió el Juez Cañado Trindade en su opinión separada con ocasión de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el asunto de Kosovo de 2010¹. Constató que, en la raíz de la acción de las instituciones, se había ido configurando una tardía conciencia del ‘deber de cuidado por la humanidad’². La implicación de los Estados con los derechos humanos y con el Derecho internacional humanitario –el denominado ‘*humanitarian umbrella*’– especialmente a partir de los años 90 del siglo XX, había planteado la revisión y la aparición de varias figuras en el actual orden jurídico internacional. Se podía decir que la propuesta de ‘los derechos humanos por encima de la soberanía’, bajo una incuestionable deslumbrante atracción moral³, ha proporcionado un argumento legitimador de respuestas al margen o enfrentadas con el Derecho internacional.

¹ Cfr. «Separate Opinion of Judge Cañado Trindade», *Accordance with the International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010*, 523-617, pp. 541 y 560, para. 41, 42, 97 y ss.

² *Id.*, p. 560, para. 56.

³ Cfr. TANCREDI, A., «Neither Authorized nor Prohibited? Secession and International Law after Kosovo, South Ossetia and Abkhazia», *Italian YIL* 18, 2008, pp. 37-62, p. 42.

El debate sobre la licitud y la legitimidad de las acciones humanitarias iniciado con la «Carta de la Organización de las Naciones Unidas» (Carta ONU) se dilató a lo largo de las décadas de la Guerra Fría y de la era que le sucedió. Las principales objeciones se mantienen aún en la actualidad a pesar de los nuevos contextos y de los cambios sucedidos en el sistema internacional. El arraigo de una amplia aceptación legitimadora del ‘humanitarismo’ parece que no ha encontrado una respuesta a la tensión entre los principales propósitos del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y de la protección de los derechos humanos. Resistencia que se manifestó vivamente en los debates desarrollados en el seno del Consejo de Seguridad (CS) con ocasión de la Operación ‘Allied Force’ de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) en Kosovo en 1999⁴.

La magnitud de las violaciones de derechos humanos así como el agotamiento de la negociación para conseguir dar una solución a las aspiraciones de una mayor autonomía en Kosovo no encontraron la solución en el uso de la fuerza unilateral. La solución parece que ha venido de la mano de la secesión de este territorio por lo que pueden considerarse motivos humanitarios. El proceso ha terminado en la consumación de la que sería el ejercicio a la autodeterminación externa auspiciado por la comunidad internacional. Se trataba de un último recurso para lograr el respeto del estado de derecho y la efectiva protección de una minoría amenazada en Kosovo. Una solución para un caso *sui generis*, como consideraba el Enviado Especial del Secretario General, Martti Ahtisaari, pero ¿debía también excluirse que pudiese considerarse un ‘precedente’?⁵.

1. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO RESPONSABILIDAD DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

1.1. *La idea de soberanía como responsabilidad de proteger*

El trabajo que Jarat Chopra y Thomas Weiss publicaron en 1992 bajo el título: «Sovereignty Is No Longer Sacrosanct: Codifying Humanitarian Intervention» recogía una nueva concepción por la que la soberanía estatal

⁴ Cfr. RIPOL CARULLA, S., «El Consejo de Seguridad y la defensa de los derechos humanos. Reflexiones a partir del conflicto de Kosovo», *REDI* 51, 1999(1), pp. 59-87, p. 64. WECKEL, Ph., «L'emploi de la force contre la Yougoslavie ou la Charte fissurée», *RGDIP* 104, 2000(1), pp. 19-36, p. 20.

⁵ Cfr. ‘Informe del Enviado Especial del Secretario General sobre el estatuto futuro de Kosovo’, UN Doc. S/2007/168, de 26 de marzo de 2007, 9 pp., p. 2, párr. 5.

había cedido ante otros valores como los derechos humanos⁶. Según estos autores, el término 'soberanía' explicaba por qué la comunidad internacional había tenido problemas para impedir las violaciones de los derechos humanos y el humanitarismo de los fundadores del derecho internacional había quedado relegado⁷. La idea de soberanía constituía una ficción legal en evolución que planteaba abundantes retos para la actual sociedad internacional en la que numerosos ámbitos se desenvuelven al margen del alcance de dicho concepto⁸.

Este punto de vista era también compartido por otros muchos autores de la nueva era que, incluso habían llegado a considerarla como un anacronismo⁹. La inviolabilidad del Estado se había ido diluyendo ante la imperativa aplicación del derecho para la protección de la dignidad humana¹⁰. Los valores del Estado habían dado paso a los valores del hombre de manera que la soberanía no era exclusivamente el fundamento de derechos sino, que implicaba, de manera especial, deberes y responsabilidades¹¹. Se había llegado a reconocer que las violaciones cometidas en el territorio de un Estado constituían una cuestión perteneciente esencialmente a la comunidad internacional, aunque esto no hu-

⁶ Cfr. CHOPRA, J. y WEISS, T.G., «Sovereignty Is No Longer Sacrosanct: Codifying Humanitarian Intervention», *Ethics & Int'l A.* 6, 1992, pp. 95-117, p. 95.

⁷ Cfr. HIMES, K.R., «The Morality of Humanitarian Intervention», *Theological Studies* 55, 1994(1), pp. 82-105, p. 84. LUCA, D., «Intervention humanitaire: questions et réflexions», *IJRL* 5, 1993(3), pp. 424-441, p. 431. PEASE, K.K. y FORSYTHE, D.P., «Human Rights, Humanitarian Intervention and World Politics», *HRQ* 15, 1993(2), pp. 290-314, p. 290. VARGAS CARREÑO, E., «La intervención humanitaria», en *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber. Persona Humana y Derecho Internacional. Peronne humaine et droit international. Human Person and International Law*, Bruxelles, E. Bruylant, 1997, vol. II, pp. 1617-1648, p. 1626.

⁸ Cfr. CHOPRA, J. y WEISS, T.G., «Sovereignty Is No Longer Sacrosanct: Codifying Humanitarian Intervention», *op. cit.*, nota 6, p. 102. DUKE, S., «The State and Human Rights: Sovereignty Versus Humanitarian Intervention», *International Relations* 12, 1994(2), pp. 25-48, p. 35. KWAKWA, E., «Internal Conflicts in Africa: Is there a Right of Humanitarian Action?», *African YIL* 2, 1994, pp. 9-45, pp. 17-22. SCHRIJVER, N., «The Changing Nature of State Sovereignty», *BYIL* 70, 1999, pp. 65-98, pp. 76-78.

⁹ Cfr. SCHRIJVER, N., «The Changing Nature of State Sovereignty», *op. cit.*, nota 8, p. 81.

¹⁰ Cfr. BLEIMAIER, J.K., «The Future of Sovereignty in the 21st Century», *Hague Yearbook of International Law*, 6, 1993, pp. 17-27, pp. 22-23. DELBRÜCK, J., «A Fresh Look at Humanitarian Intervention Under the Authority of the United Nations», *Indiana Law Journal*, 67, 1992(4), pp. 887-901, p. 890. ROBERTS, A., «Humanitarian War: Military Intervention and Human Rights», *International Affairs*, 69, 1993(3), pp. 429-444, p. 445. SCHRIJVER, N., «The Changing Nature of State Sovereignty», *op. cit.*, nota 8, p. 95.

¹¹ Cfr. HENKIN, L., «Human Rights and State 'Sovereignty'», *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 25, 1995(1-2), pp. 31-45, pp. 43-44. LEKA, D., «Challenges of State Sovereignty in the Age of Globalization», *Acta Universitatis Danubius. Juridica*, 13, 2017(2), pp. 61-72, p. 70. SCHRIJVER, N., «The Changing Nature of State Sovereignty», *op. cit.*, nota 8, p. 98.

biese conducido al establecimiento de una acción específica que garantizase los derechos humanos internacionalmente reconocidos¹².

El fracaso de la comunidad internacional para impedir las catástrofes humanitarias que tuvieron lugar en Somalia en 1993, el genocidio de Ruanda en 1994, la matanza de Srebrenica en 1995, así como, por otra parte, la intervención no autorizada en Kosovo en 1999, configuraron el contexto para que surtiese el concepto de ‘responsabilidad de proteger’¹³. El ser humano constituía la fuente y la razón de ser de la soberanía. Y este atributo se configuraba como el fundamento de la responsabilidad de proteger de acuerdo con el enunciado contemplado en el «Informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía Estatal» de 2001¹⁴. Incluso, para algunos, se trataba de una nueva norma emergente respaldada por las Naciones Unidas¹⁵, la CIJ¹⁶, y los Esta-

¹² Cfr. DELBRÜCK, J., «A Fresh Look at Humanitarian Intervention Under the Authority of the United Nations», *op. cit.*, nota 10, p. 897. PEASE, K.K. y FORSYTHE, D.P., «Human Rights, Humanitarian Intervention and World Politics», *op. cit.*, nota 7, p. 312.

¹³ Cfr. PETERS, A., «Humanity as the Λ and Ω of Sovereignty», *EJIL* 20, 2009(3), pp. 513-544, p. 522. Acerca del surgimiento del nuevo concepto, puede verse: BELLAMY, A.J. *Responsibility to Protect: The Global Effort to End Mass Atrocities*, Cambridge, England; Malden, MA, Polity Press, 2009, 249 pp. BÍLKOVÁ, V., «The Responsibility to Protect: New Beginning or End of the Road for Humanitarian Intervention?», *Czech Yearbook of [Public and Private] International Law* 1, 2010, pp. 75-86. EVANS, G.J. *The Responsibility to Protect: Ending Mass Atrocity Crimes Once and for All*, Washington, D.C., Brookings Institute Press, 2008, 349 pp. GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.J., *Nacimiento, auge y decadencia de la responsabilidad de proteger*, Granada, Comares, 2014, 201 pp. HILPOLD, P., «From Humanitarian Intervention to the Responsibility to Protect», en HILPOLD, P. (ed.), *Responsibility to Protect (R2P): A New Paradigm of International Law?*, London-Boston, Brill Nijhoff, 2015, pp. 1-37. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, M.E., «La responsabilidad de proteger: reflexiones sobre su fundamento y articulación», *AEDI* 22, 2006, pp. 285-315. SCHEFFER, D.J., «Atrocity Crimes Framing the Responsibility to Protect», *Case WRes. J. Int'l L.* 40, 2008(1-2), pp. 111-135.

¹⁴ Cfr. International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect. Report of the ICISS*, Ottawa, International Development Research Centre, 2001, 108 pp., p. 13, para. 2.15. <<http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>>.

¹⁵ La ‘responsabilidad de proteger’ a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad fue una de las pocas propuestas ampliamente aceptadas por los Miembros de las Naciones Unidas en la Cumbre Mundial de 2005 enmarcada en el 60º aniversario de la Organización. Cfr. Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de septiembre de 2005, «Documento Final de la Cumbre Mundial 2005», UN Doc. A/RES/60/1, de 24 de octubre de 2005, párr. 138.

¹⁶ Cfr. EVANS, G.J., «The Responsibility to Protect: Rethinking Humanitarian Intervention», *ASIL Proceedings* 98, 2004, pp. 78-89, p. 83. La CIJ explica el alcance de la obligación de prevenir el genocidio como un elemento fundamental de la obligación de proteger en el asunto *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2007*, pp. 43-240, pp. 180-190, para. 425-450.

dos¹⁷. La responsabilidad de proteger se circunscribía a los casos extremos de graves atrocidades masivas que golpean la conciencia de humanidad¹⁸. Gracias a su reiterada y respaldada noción de la responsabilidad de proteger, aunque con una limitada aplicación en la práctica internacional, se fue configurando un proceso de consolidación como norma de derecho internacional, aunque no pueda considerarse como completo en la actualidad¹⁹.

1.2. *Las vulneraciones de los derechos humanos como amenaza para la paz y la seguridad internacionales*

Ante la nueva realidad, en cambio, se presentaba como una consecuencia, para algunos académicos, la estrecha vinculación entre la idea de democracia, de derechos humanos y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. En el nuevo orden mundial era necesario progresar en la idea de la posibilidad de emprender intervenciones humanitarias colectivas para la preservación de la paz y la seguridad internacionales aunque pudiesen ir en detrimento de la concepción tradicional de soberanía y jurisdicción interna²⁰.

La inexistencia de unos mecanismos específicos para llevar a la práctica estas intervenciones humanitarias colectivas condujo al CS a una interpretación extensiva de la noción de 'amenaza a la paz' y a la activación del capítulo VII de la Carta ONU²¹. Una interpretación que ha facilitado al CS la posibilidad

¹⁷ Cfr. HILPOLD, P., «From Humanitarian Intervention to the Responsibility to Protect», *op. cit.*, nota 13, pp. 2-3.

¹⁸ Cfr. DECAUX, E., «La question des seuils de déclenchement de la responsabilité en cas de violations graves des droits de l'homme», en Société Française pour le Droit International, *La responsabilité de protéger: Colloque de Nanterre*, Paris, Pedone, 2008, pp. 333-342.

¹⁹ Cfr. DELCOURT, B., «The Doctrine of 'Responsibility to Protect' and the EU Stance: Critical Appraisal», *Studia diplomatica* 59, 2006(1), pp. 69-93, p. 90.

²⁰ Cfr. TESÓN, F.R., «Collective Humanitarian Intervention», *MJIL* 17, 1996(3), pp. 323-371, p. 371.

²¹ Cfr. CONDORELLI, L., «Intervention humanitaire et/ou assistance humanitaire? Quelques certitudes et beaucoup d'interrogations», en AL-NAUMI, N. y MEESE, R.(eds.), *International Legal Issues Arising Under the United Nations Decade of International Law. Proceedings of the Qatar International Law Conference 1994*, London-Boston, The Hague-Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 999-1012, p. 1010. KOIJMANS, P.H., «The Enlargement of the Concept 'Threat to the Peace'», en *Le développement du rôle du Conseil de sécurité: Colloque, La Haye, 21-23 juillet 1992 = Peace-keeping and Peace-building: The Development of the Role of the Security Council: Workshop The Hague, 21-23 July 1992*, Dordrecht, Netherlands; Boston, Massachusetts, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 111-121, pp. 115-117. KERBRAT, Y., *La référence au Chapitre VII de la Charte des Nations Unies dans les résolutions à caractère humanitaire du Conseil de sécurité*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1995, 120 pp., p. 23.

de utilizar sus poderes coercitivos en materia de seguridad colectiva y autorizar acciones que se pueden encuadrar en la noción de ‘intervención humanitaria’²². El CS, superando la tensión de la Guerra Fría, consideró que la tragedia humana en la crisis de Irak y en Somalia constituía una amenaza para la paz y la seguridad internacionales y, de esta manera, puso de manifiesto el carácter discrecional de los poderes de clara inspiración política que se le habían otorgado²³.

1.3. *La violación de la obligación de salvaguarda del ser humano como crimen internacional*

Con ocasión de la elaboración del «Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados», la Comisión de Derecho Internacional (CDI) tuvo oportunidad de apuntar que las obligaciones cuya violación constituyese un crimen serían, normalmente, obligaciones dimanantes de normas de *jus cogens*²⁴. Entre los ‘crímenes internacionales’ se delimitaron cuatro campos atendiendo al análisis de la jurisprudencia internacional, la práctica de los Estados y la doctrina. Las cuatro categorías agrupaban las normas del derecho internacional que poseían una importancia relevante para la protección de los intereses de la comunidad internacional, a las que se consideraban como normas de *jus cogens*²⁵. Estos campos fueron los relativos a las violaciones graves de obligaciones internacionales esenciales para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, para la salvaguarda del derecho a la libre determinación de los pueblos, para la salvaguarda del ser humano, y para la salvaguarda del medio humano²⁶. El texto del artículo incluía como comportamientos encuadrables en cada uno de los ámbitos: la agresión; el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial; la esclavitud, el

²² Cfr. KERBRAT, Y., *La référence au Chapitre VII de la Charte des Nations Unies dans les résolutions à caractère humanitaire du Conseil de sécurité*, op. cit., nota 21, p. 23.

²³ Cfr. LILLICH, R.B., «Humanitarian Intervention Through the United Nations: Towards the Development of Criteria», *ZaōRV* 53, 1993(3), pp. 558-575, p. 567. TZARTZOURAS, M.E., «The Law of Humanitarian Intervention after Somalia», *RHDI* 46, 1993, pp. 197-223, p. 223.

²⁴ Cfr. «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 28º período de sesiones (3 de mayo-23 de julio de 1976)», UN Doc. A/31/10, *AnCDI 1976*, vol. II, Segunda Parte, pp. 94-121, p. 119.

²⁵ Cfr. *ibid.*

²⁶ Cfr. *idem*, artículo 19(3) del «Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados», p. 94.

genocidio y el *apartheid*; y la contaminación masiva de la atmósfera y los mares²⁷.

La determinación de la existencia de una situación de estas características, de acuerdo con los razonamientos de la CDI, fue asignada a órganos como el CS por la Carta ONU²⁸. Efectivamente, la Carta era la base jurídica en la que se sustentaba la institucionalización de la salvaguarda del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales como un interés fundamental de la comunidad internacional²⁹. Según el mandato del artículo 24, correspondía al CS «la responsabilidad primordial del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales» y, de acuerdo con el artículo 39, la función de determinar la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión³⁰.

Por otra parte, la CIJ constató en la sentencia relativa al asunto de la aplicación del «Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio», que cualquier Estado podía apreciar la violación de una obligación *erga omnes* sin ningún límite territorial³¹. En consecuencia, igualmente podía considerar la vulneración de las obligaciones esenciales para la salvaguarda de intereses fundamentales de la comunidad internacional cuya violación constituyesen un crimen internacional³². La calificación de las mismas como crimen internacio-

²⁷ Cfr. *idem*, artículo 19(3), párr. a), b), c) y d).

Estos comportamientos serían tipificados en el artículo 5(1) del «Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», que restringía la competencia de la misma a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. En el mismo se recogían las figuras que ya contemplaba el «Proyecto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad». *Vid.* «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º período de sesiones (29 de abril-19 de junio de 1991)», UN Doc. A/46/10, *AnCDI 1991*, vol. II, Segunda Parte, pp. 109 y 110.

El «Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional» fue adoptado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, UN Doc. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, 87 pp.

²⁸ Cfr. Comentario al artículo 30 de la Primera Parte del «Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados», *AnCDI 1979*, vol. II, 2ª parte, p. 142.

²⁹ Cfr. CARDONA LLORENS, J., «La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguarda de intereses fundamentales de la comunidad internacional (El 'crimen internacional')», *ADI 8*, 1985, pp. 265-336, p. 287.

³⁰ En este sentido se expresó el Presidente del CS en nombre de todos sus miembros al término de su 3046ª sesión celebrada a nivel de Jefes de Estado y de Gobierno sobre el tema: «La responsabilidad del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales» el 31 de enero de 1992, UN Doc. S/23500, de 31 de enero de 1992, 6 pp.

³¹ Cfr. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996*, pp. 595-624, p. 616.

³² Cfr. PICONE, P., «La 'Guerra del Kosovo' e il diritto internazionale generale», *RDI 83*, 2000(2), pp. 309-360, p. 329.

nal no correspondía a los Estados, de acuerdo con el régimen especial de este tipo de violaciones, y debía llevarse a cabo a través de los mecanismos institucionalizados como expresión de la comunidad internacional en su conjunto³³.

La actuación de los Estados ante este tipo de situaciones se encontraría, más bien, enmarcada en dos aspectos. En primer lugar, la extensión de los sujetos legitimados para exigir responsabilidad al Estado que se estimaba como perpetrador de un crimen internacional³⁴. Esta ampliación de la legitimidad, precisaba la CDI, consistía en la apreciación según la cual el resto de Estados podían considerarse como ‘Estados no directamente lesionados’ sin que surgiesen ‘nuevos derechos’ para cada uno de los Estados³⁵.

Segundamente, la posibilidad de adoptar una serie de medidas sobre el Estado considerado como responsable del crimen internacional³⁶. Acerca de estas medidas, los miembros de la CDI consideraron que debía observarse necesariamente la prohibición del uso de la fuerza de acuerdo con las disposiciones de la Carta ONU relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales³⁷. Se entendía que la Carta ONU era la que justificaba o invalidaba el uso de la fuerza frente a cualquier crimen internacional y no el crimen en sí mismo³⁸. La cuestión de la interpretación de la Carta sobre este extremo resultaba contro-

³³ Cfr. CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Derecho internacional en un mundo en cambio*, Madrid, Tecnos, 1984, 351 pp., p. 162.

³⁴ La violación de una obligación *erga omnes* caracterizada como crimen internacional genera un interés legal a terceros Estados en relación con las violaciones de obligaciones fundamentales. El artículo 5(3) del «Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados» establecía: «Asimismo, se entiende por ‘Estado lesionado’, si el hecho internacionalmente ilícito constituye un crimen internacional [y en el contexto de los derechos y obligaciones de los Estados en virtud de los artículos 14 y 15], todos los demás Estados». «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 38º período de sesiones (5 de mayo-11 de julio de 1986)», UN Doc. A/41/10, *AnCDI 1986*, vol. II, Segunda Parte, p. 41. *Vid.* SIMMA, B., «Bilateralism and Community Interest in the Law of State Responsibility», en DINSTEIN, Y. (ed.), *International Law in a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1989, pp. 821-844, pp. 829-833 y 836-839.

³⁵ Cfr. Comentario al artículo 5 de la Segunda Parte del «Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados», «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 37º período de sesiones (6 de mayo-26 de julio de 1985)», UN Doc. A/40/10, *AnCDI 1985*, vol. II, 2ª parte, p. 29, párr. 27 y 28.

³⁶ Cfr. HOOGH, A.J.J. DE, «The Relationship Between Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective», *Austrian Journal of Public and International Law* 42, 1991, pp. 183-214.

³⁷ Cfr. «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46º período de sesiones (2 de mayo-22 de julio de 1994)», UN Doc. A/49/10, *AnCDI 1994*, vol. II, 2ª parte, p. 152.

³⁸ Cfr. CHERNICHENKO, S.V., «NATO’s Operation in Yugoslavia and International Law», *International Affairs (Moscow)* 46, 2000(1), pp. 168-177, p. 170.

vertida, en especial por lo que se referiría a las intervenciones humanitarias, pero no se había llegado a admitir que la naturaleza de un crimen fuese un elemento decisivo para concluir que las intervenciones de este tipo estuviesen permitidas³⁹. Ante la perpetración de un crimen internacional, únicamente la comunidad internacional podía llevar a cabo una respuesta colectiva⁴⁰.

El problema se planteaba para los supuestos en los que no quedase asegurada una respuesta rápida y eficaz de las Naciones Unidas, como aquellas en las que el CS no desempeñase las funciones atribuidas bien por carecer de los medios previstos en los artículos 43 y 47 de la Carta ONU, o bien por el bloqueo derivado de la actitud de los Miembros Permanentes. En estos supuestos, parece que los Estados Miembros podrían recuperar el desempeño de la función del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales⁴¹. Así, el contenido del artículo 24(1) ponía de relieve el carácter 'primordial' de la responsabilidad de mantener la paz y la seguridad internacionales encomendada al CS pero no exclusivo⁴².

2. LA OPCIÓN DEL USO DE LA FUERZA EN DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La trascendencia para la comunidad internacional y el consecuente carácter imperativo de las normas relativas a los derechos humanos llevó a un numeroso grupo de académicos a admitir que el uso de la fuerza dirigido a la protección urgente de los mismos no resultaba menos autorizado que otras formas de autoprotección⁴³. La importante vinculación entre la paz y la seguridad internacionales con el respeto de los derechos humanos llevó también a

³⁹ Cfr. *ibid.*

⁴⁰ Cfr. Comentario al artículo 30 de la Primera Parte del «Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados», «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 31º período de sesiones (14 de mayo-3 de agosto de 1979)», UN Doc. A/34/10, *AnCDI 1979*, vol. II, 2ª parte, p. 142, párr. 13.

⁴¹ Cfr. WECKEL, Ph., «L'emploi de la force contre la Yougoslavie ou la Charte fisurée», *op. cit.*, nota 4, p. 33.

⁴² Cfr. BERMEJO GARCÍA, R., «Cuestiones actuales referentes al uso de la fuerza en el Derecho internacional», *ADI 15*, 1999, pp. 3-70, p. 65. CHINKIN, C., «The Legality of NATO's Action in the Former Republic of Yugoslavia (FRY) Under International Law», *ICLQ 49*, 2000(4), pp. 910-925, p. 911. SUR, S., «Aspects juridiques de l'intervention de pays membres de l'OTAN au Kosovo», *Déf. Nat.* 55, 1999(12), pp. 44-62, pp. 52 y 53. «Quinto Informe sobre la responsabilidad de los Estados del Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial», UN Doc. A/CN.4/453 y Add. 1, *AnCDI 1993*, vol. II, 1ª parte, pp. 44 y 45.

⁴³ Cfr. LILLICH, R.G. *International Human Rights: Problems of Law, Policy and Practice*, 3ª ed., Boston-Toronto, Little Brown & Co., 1995, 1160 pp., pp. 603-604.

considerar que una interpretación excesivamente literal del artículo 2(4) podría poner en peligro los dos objetivos centrales de la Carta ONU como eran la paz y la protección de los derechos humanos⁴⁴.

2.1. *Las restricciones de la soberanía previstas en el sistema de seguridad colectiva*

En todo caso, el CS se encontraba obligado a actuar de conformidad con los Principios y Propósitos de las Naciones Unidas según el artículo 24(2), entre los que figuraba el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales de conformidad con la justicia y el derecho internacional, artículo 1(1), y el respeto de los derechos humanos, artículo 1(3), «sin que quepa ningún atisbo de arbitrariedad»⁴⁵ como remarcó Romualdo Bermejo García⁴⁵.

Habían surgido varias voces que veían en la práctica internacional un cierto reconocimiento de la doctrina de la intervención humanitaria como excepción a la prohibición del uso de la fuerza. Aunque se reconocía la posibilidad de emprender este tipo de intervenciones de manera mayoritaria, existía un grupo de autores para los que correspondía al CS en exclusividad la autorización de este tipo de acciones en el desempeño de su función primordial del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales de acuerdo con el artículo 24 (1) de la Carta ONU⁴⁶.

⁴⁴ Cfr. CHINKIN, C., «The Legality of NATO's Action in the Former Republic of Yugoslavia (FRY) Under International Law», *op. cit.*, nota 42, p. 917. SUR, S., «Aspects juridiques de l'intervention de pays membres de l'OTAN au Kosovo», *op. cit.*, nota 42, p. 52.

⁴⁵ Cfr. BERMEJO GARCÍA, R., «Cuestiones actuales referentes al uso de la fuerza en el Derecho internacional», *op. cit.*, nota 42, pp. 7 y 26. Cfr. CASADO RAIGÓN, R., «Consideraciones sobre el control de las decisiones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas», *ADI* 10, 1994, pp. 335-341, p. 337. GILL, T.D., «Legal and some Political Limitations on the Power of the UN Security Council to Exercise its Enforcement Powers Under Chapter VII of the Charter», *NYIL* 26, 1995, pp. 33-138, pp. 70 y 71. GOWLLAND-DEBBAS, V., «Security Council Enforcement Action and Issues of State Responsibility», *ICLQ* 43, 1994(1), pp. 55-98, p. 90. Este fue el sentido de la argumentación expuesta por el Juez Sir Gerald Fitzmaurice en su opinión disidente en relación con la Opinión consultiva emitida por la CIJ en el asunto de Namibia. «Dissenting Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice», *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, pp. 208-322, p. 294, párr. 115.

⁴⁶ Cfr. BORGES, C.J., «The Theory and Practice of Regional Organization Intervention in Civil Wars», *NYUJILP* 26, 1994(4), pp. 797-835, pp. 820 y 834. BROWNLIE, I., «Humanitarian Intervention», en MOORE, J.N. (ed.), *Law and Civil War in the Modern World*, Baltimore-London, The Johns Hopkins University Press, 1974, pp. 217-228, p. 219. FALK, R.A., «Introduction»,

Sin embargo, la interpretación extensiva de la idea de paz y seguridad internacionales y la acción positiva por parte del CS en las décadas que siguieron a la Guerra Fría habían rescatado la doctrina de la intervención humanitaria del unilateralismo en favor de la comunidad internacional⁴⁷. Las Naciones Unidas gozaban de la exclusividad para la consideración de una crisis humanitaria como amenaza para la paz y la seguridad internacionales o quebrantamiento de la paz⁴⁸. Aunque la acción colectiva se presentaba como preferible para prevenir o impedir abusos masivos y sistemáticos de los derechos humanos, en determinadas situaciones en las que la comunidad internacional organizada no actuase, por imposibilidad o porque sus mecanismos fallasen, debía admitirse el uso también unilateral de la fuerza⁴⁹. Argumento que fue esgrimido por el

en FALK, R.A. (ed.), *International Law of Civil War*, Baltimore, Maryland, The Johns Hopkins University Press, 1974, pp. 24-26, p. 26. LILLICH, R.B., «Humanitarian Intervention: A Reply to Ian Brownlie and Plea for Constructive Alternative», en MOORE, J.N. (ed.), *Law and Civil War in the Modern World*, Baltimore-London, The Johns Hopkins University Press, 1974, pp. 229-251, p. 244. MOORE, J.N., «The Role of Regional Arrangements in the Maintenance of World Order», en FALK, R.A. y BLACK, C.E.(eds.), *The Future of International Legal Order*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1969-72, 4 vol., vol. 3, p. 122. NOLTE, G., «Restoring Peace by Regional Action: International Legal Aspects of the Liberian Conflict», *ZaöRV* 53, 1993(3), pp. 603-637, pp. 620-621. PATRNOGIC, J., «L'intervention humanitaire, aspects juridiques», *Annales de droit international medical*, 33, 1986, pp. 9-29, p. 16. REISMAN, W.M. y MCDUGAL, M.S., «Humanitarian Intervention to Protect the Ibos», en LILLICH, R.B. (ed.), *Humanitarian Intervention and the United Nations*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1973, pp. 167-195, p. 188.

⁴⁷ Cfr. DONNELLY, J., «Human Rights, Humanitarian Crisis, and Humanitarian Intervention», *Journal of International Affairs* 37, 1984(1), pp. 311-328, pp. 630-631. NAFZIGER, J.A.R., «Humanitarian Intervention in a Community of Power – Part II», *DJILP* 22, 1994(2-3), pp. 219-233, p. 233. SCHEFFER, D.J., «Toward a Modern Doctrine of Humanitarian Intervention», *University of Toledo Law Review* 23, 1992(2), pp. 253-293, pp. 264 y 287.

⁴⁸ Cfr. AL-NAUIMI, N., «Introductory Remarks. The Right of/to Humanitarian Intervention», *op. cit.*, nota 48, p. 931. CORTEN, O. y KLEIN, P., «L'autorisation de recourir à la force à des fins humanitaires: droit d'ingérence ou retour aux sources», *EJIL* 4, 1993(4), pp. 506-533, pp. 521-525. CHOPRA, J. y WEISS, T.G., «Sovereignty Is No Longer Sacrosanct: Codifying Humanitarian Intervention», *op. cit.*, nota 6, p. 114.

⁴⁹ Cfr. ABIEW, F.K., «Assessing Humanitarian Intervention in the Post-Cold War Period: Sources of Consensus», *International Relations* 14, 1998(2), pp. 61-90, pp. 79. BENJAMIN, B.M., «Unilateral Humanitarian Intervention: Legalizing the Use of Force to Prevent Human Rights Atrocities», *Fordham Int'l L.J.* 16, 1992, pp. 120-158, pp. 157. DUKE, S., «The State and Human Rights: Sovereignty Versus Humanitarian Intervention», *op. cit.*, nota 8, p. 47. JONES, B.D., «Intervention without Borders. Humanitarian Intervention in Rwanda, 1990-94», *Millennium* 24, 1995(2), pp. 225-249, p. 226. KRYLOV, N., «Humanitarian Intervention: Pros and Cons», *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Journal* 17, 1995(2), pp. 365-407, pp. 365 y 366. KWAKWA, E., «Internal Conflicts in Africa: Is there a Right of Humanitarian Action?», *op. cit.*, nota 8, p. 11. LILLICH, R.B., «Humanitarian Intervention Through the United Nations: Towards the Development of Criteria», *op. cit.*, nota 23. SIMON, S.G., «The Contemporary Legality of Unilateral Humanitarian Intervention», *CWILJ* 24, 1993(1), pp. 117-153, p. 143.

sector mayoritario de la doctrina para legitimar las intervenciones humanitarias que observasen ciertos requisitos –denominados condicionalistas–⁵⁰. Y que encontró su confirmación en la crisis de Kosovo y la consecuente intervención de la OTAN ante la inacción del CS⁵¹.

Ante la opinión pública internacional, cada vez más, las acciones unilaterales que podían implicar el uso de la fuerza se mostraban en la práctica como un mecanismo, como excepción al artículo 2(4), aceptado para la prevenir los abusos cometidos contra los derechos humanos⁵². A partir de los acontecimientos vividos en el territorio de la antigua Yugoslavia, especialmente en Kosovo, ya no era sostenible afirmar que cuando un Gobierno masacraba a su propio pueblo, o un Estado sucumbía a la anarquía, el Derecho internacional prohibiese completamente la intervención militar⁵³.

2.2. *La legitimidad de la opción del uso de la fuerza unilateral*

Aún para los supuestos de las más flagrantes violaciones de los derechos humanos, la eventualidad de una acción unilateral por parte de un Estado en la que mediase el uso de la fuerza se planteó como una opción muy controvertida⁵⁴. Ante estas situaciones, incluso el que fuera Relator Especial sobre la responsabi-

⁵⁰ Cfr. BURMESTER, B.F., «On Humanitarian Intervention: The New World Order and Wars to Preserve Human Rights», *Utah Law Review* 1, 1994, pp. 269-323, p. 279.

⁵¹ Cfr. BLOCKMANS, S., «Moving Into UNChartered Waters: An Emerging Right of Unilateral Humanitarian Intervention», *LJIL* 12, 1994(4), pp. 759-786, pp. 779-780. GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Uso de la fuerza, intervención humanitaria y libre determinación (La ‘Guerra de Kosovo’)\», *ADI* 16, 2000, pp. 93-132, p. 110. PICONE, P., «La ‘Guerra del Kosovo’ e il diritto internazionale generale», *op. cit.*, nota 32, pp. 329 y 336. REISMAN, W.M., «Kosovo’s Antinomies», *AJIL* 93, 1999(4), pp. 860-862, p. 862. RIPOL CARULLA, S., «El Consejo de Seguridad y la defensa de los derechos humanos. Reflexiones a partir del conflicto de Kosovo», *op. cit.*, nota 4, p. 67. WECKEL, Ph., «L’emploi de la force contre la Yougoslavie ou la Charte fissurée», *op. cit.*, nota 4, p. 32.

⁵² Cfr. KOROMA, A.G., «Humanitarian Intervention and Contemporary International Law», *SZIER* 5, 1995(4), pp. 409-416, p. 416. SCHEWEIGMAN, D., «Humanitarian Intervention under International Law: The Strife for Humanity», *LJIL* 6, 1993(1), pp. 91-110, p. 109. TESÓN, F.R., «Collective Humanitarian Intervention», *op. cit.*, nota 20, p. 324. SUR, S., «Aspects juridiques de l’intervention de pays membres de l’OTAN au Kosovo», *op. cit.*, nota 42, p. 52. ZAPPALÀ, S., «Nuovi sviluppi in tema di uso della forza armata in relazione alle vicende del Kosovo», *RDI* 82, 1999(4), pp. 975-1004, p. 997.

⁵³ Cfr. GREENWOOD, C., «Is There a Right of Humanitarian Intervention?», *The World Today* 49, 1993(2), pp. 34-40, p. 40.

⁵⁴ Cfr. PEASE, K.K. y FORSYTHE, D.P., «Human Rights, Humanitarian Intervention and World Politics», *op. cit.*, nota 7, p. 314.

lidad de los Estados, Gaetano Arangio-Ruiz, mantenía la vigencia del problema de la licitud aún cuando se tratase de un recurso al uso de la fuerza como reacción frente a hechos ilícitos que pudiesen ser calificados como crímenes de Estado⁵⁵. Ha de tenerse en cuenta que la Asamblea General de las Naciones Unidas había condenado con amplias mayorías acciones como la de la India en Pakistán, Vietnam en Camboya, o la de Estados Unidos en Granada⁵⁶.

A pesar de todo, la práctica suscitada en relación con la acción de la OTAN en Kosovo reavivó la cuestión⁵⁷. Aunque la mayoría de las intervenciones emprendidas para la protección de los derechos humanos habían sido emprendidas bajo la autorización de las Naciones Unidas, no se podía afirmar la ausencia de legitimidad para las acciones de carácter unilateral. El papel del CS se manifestaba socabado por las actitudes políticas de los Miembros Permanentes y la posibilidad de aceptación de acciones unilaterales para la garantía de los derechos humanos que implicasen el uso de la fuerza se presentaba como una opción legítima. En palabras de Peter Van Walsum, Representante de los Países Bajos, en su intervención en el CS:

«[...] No obstante, si debido a que uno o dos miembros permanentes del Consejo de Seguridad interpretan rígidamente el concepto de jurisdicción interna no se puede conseguir esa resolución, no podemos permanecer inactivos y dejar simplemente que ocurra una catástrofe humanitaria»⁵⁸.

Consecuentemente, se podía llegar a admitir que la posibilidad de emprender una acción unilateral por parte de un Estado en auxilio de un población sometida a violaciones sistemáticas y masivas de los derechos humanos constituía una acción legítima. Esta posibilidad llegó a ser considerada como una auténtica excepción a la prohibición general del recurso al uso de la fuerza. El reconocimiento de esta excepción, sin embargo, no se encontraba expresa-

⁵⁵ Cfr. «Tercer Informe sobre la Responsabilidad de los Estados, del Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial». UN Doc. A/CN.4/440 y Add.1, *AnCDI 1991*, vol. II, Primera Parte, pp. 2-38, p. 33, párr. 100.

⁵⁶ En el supuesto de Camboya, la Asamblea General solicitó la salida de las tropas mediante la resolución UN Doc. A/RES/34/22, de 14 de noviembre de 1979, que fue aprobada por 91 votos a favor, 21 en contra, y 29 abstenciones. La reacción fue más respaldada en relación con la acción norteamericana mediante la resolución UN Doc. A/RES/38/7, de 2 de noviembre de 1983, que fue adoptada por 108 votos a favor, 9 en contra, y 27 abstenciones.

⁵⁷ Cfr. NAFZIGER, J.A.R., «Humanitarian Intervention in a Community of Power – Part II», *op. cit.*, nota 47, p. 233.

⁵⁸ Intervención del Representante de los Países Bajos, Peter Van Walsum, UN Doc. S/PV.3988, de 24 de marzo de 1999, 21 pp., p. 8.

mente contemplado en una norma positiva del Derecho internacional y sería la práctica la que llevó a numerosos académicos a considerar que nos encontrábamos ante una, más que probable, norma consuetudinaria⁵⁹.

Se abría camino una interpretación del artículo 2(4) en consonancia con la tendencia manifestada por los Estados en la actual comunidad internacional.⁶⁰ La crisis de Kosovo de 1999 constituyó un verdadero precedente en la cristalización de la norma consuetudinaria que permitía la intervención mediante el uso de la fuerza de carácter unilateral frente a un Estado por motivos humanitarios, sin la previa autorización del CS⁶¹. Aunque, en opinión de otros autores, este tipo de acciones no poseían una justificación jurídica formal pero sí podían encontrar una justificación moral, en palabras de Cesáreo Gutiérrez Espada⁶². La principal cuestión que se planteó fue si el respeto por la legalidad debía ser sacrificado en favor de la compasión humanitaria⁶³. Aunque se podía admitir que había surgido la confirmación de una norma consuetudinaria en la

⁵⁹ Cfr. CASSESE, A., «*Ex injuria jus oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*», *EJIL* 10, 1991(1), pp. 23-30. CHINKIN, C., «The Legality of NATO's Action in the Former Republic of Yugoslavia (FRY) Under International Law», *op. cit.*, nota 42, p. 920. GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Uso de la fuerza, intervención humanitaria y libre determinación (La 'Guerra de Kosovo')», *op. cit.*, nota 51, p. 128. KOHEN, M.G., «L'emploi de la force et la crise du Kosovo: vers un nouveau désordre juridique international», *RBDI* 32, 1991(1), pp. 122-148, p. 124. LOWE, V., «International Legal Issues Arising in the Kosovo Crisis», *ICLQ* 49, 2000(4), pp. 934-943, p. 936. MOMTAZ, D., «L'intervention de l'OTAN au Kosovo et la règle du non-recours à la force», *IRRC* 82, 2000(1), pp. 89-101, p. 100. PICONE, P., «La 'Guerra del Kosovo' e il diritto internazionale generale», *op. cit.*, nota 32, p. 343. ROBERTS, A., «NATO's 'Humanitarian War' over Kosovo», *Survival* 41, 1999(3), pp. 102-123, pp. 108 y 109. SUR, S., «Aspects juridiques de l'intervention de pays membres de l'OTAN au Kosovo», *op. cit.*, nota 42, p. 51. TSAGOURIAS, N., «Humanitarian Intervention after Kosovo and Legal Discourse: Self-Determination or Self-Consciousness?», *LJIL* 13, 2000(1), pp. 11-32, p. 27. ZAPPALÀ, S., «Nuovi sviluppi in tema di uso della forza armata in relazione alle vicende del Kosovo», *op. cit.*, nota 52, pp. 996 y 997.

⁶⁰ Cfr. BLOCKMANS, S., «Moving Into UNChartered Waters: An Emerging Right of Unilateral Humanitarian Intervention», *op. cit.*, nota 51, p. 776.

⁶¹ Cfr. CASSESE, A., «*Ex injuria jus oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*», *op. cit.*, nota 59, p. 32. GREENWOOD, C., «International Law and the NATO Intervention in Kosovo», *ICLQ* 49, 2000(4), pp. 926-934, p. 930.

⁶² Cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Uso de la fuerza, intervención humanitaria y libre determinación (La 'Guerra de Kosovo')», *op. cit.*, nota 51, p. 107. VALTICOS, N., «Les droits de l'homme, le droit international et l'intervention militaire en Yougoslavie. Où va-t-on ? Éclipse du Conseil de Sécurité ou réforme du droit de veto?», *GDIP* 104, 2000(1), pp. 5-18, p. 8. WECKEL, PH., «L'emploi de la force contre la Yougoslavie ou la Charte fissurée», *op. cit.*, nota 4, pp. 19, 20 y 29.

⁶³ Cfr. CASSESE, A., «*Ex injuria jus oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*», *op. cit.*, nota 59, p. 25.

práctica internacional en consonancia con una interpretación restrictiva de la prohibición del artículo 2(4) de manera que se pudiese entender que no existía una base para considerar la intervención humanitaria no estaba permitida⁶⁴.

Este fue el sentido de la resolución adoptada por la Asamblea Parlamentaria de la OTAN el 15 de noviembre de 1999 bajo el título «La OTAN y la intervención humanitaria» en la que urgía a los Estados Miembros a esforzarse «para legitimar una nueva interpretación del artículo 2(4) de la Carta ONU de acuerdo con la cual la intervención humanitaria no sea considerada como 'incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas' sin más bien como una contribución para la realización de esos propósitos»⁶⁵.

La legitimación de las acciones unilaterales en defensa de los derechos humanos había encontrado una base argumental en la relación existente entre las normas de *jus cogens* internacional y el concepto de crimen internacional. La conexión radicaba en la existencia de un ámbito de superposición entre la transgresión de una disposición de carácter imperativo y la idea de crimen internacional. Situación que surgía en los supuestos de protección de intereses de carácter colectivo y fundamental para la comunidad internacional⁶⁶.

3. LA FRAGMENTACIÓN DE LA SOBERANÍA Y LA SECESIÓN HUMANITARIA

Pero el caso de Kosovo ha puesto de manifiesto, además, que una parte importante de la comunidad internacional ha reconocido la legitimidad de la promoción de una secesión en situaciones de graves violaciones de los derechos humanos en relación con un grupo⁶⁷. Ciertamente, la secesión unilateral no es la solución ideal, pero en determinadas circunstancias puede llegar a ser la

⁶⁴ Cfr. BLOCKMANS, S., «Moving Into UNChartered Waters: An Emerging Right of Unilateral Humanitarian Intervention», *op. cit.*, nota 51, pp. 771-772.

⁶⁵ Cfr. «Resolution 286: NATO and Humanitarian Intervention», adoptada por la Asamblea Parlamentaria de la OTAN en Amsterdam el 15 de noviembre de 1999, para. 16.f). <www.nato-pa.int/document/1999-325-sa-e-policy-recommendations>.

⁶⁶ Cfr. BROWNIE, I. *Principles of Public International Law*, 4th ed., Oxford, Clarendon Press, 1990, 748 pp., pp. 510 y 511. Según este autor, la categoría de los crímenes internacionales se encuentra integrada por comportamientos que constituyan una violación de toda obligación surgida de una norma de *jus cogens*. Se podrían considerar en esta categoría las normas que prohíben la guerra de agresión, la trata de esclavos, la piratería, los crímenes de lesa humanidad, y las normas que garantizan la libre determinación de los pueblos.

⁶⁷ Cfr. SHANY, Y., «Does International Law Grant the People of Crimea and Donetsk a Right to Secede? Revisiting Self-Determination in Light of the 2014 Events in Ukraine», *Brown Journal of World Affairs* 21, 2014(2), pp. 233-244, p. 238.

única solución posible para una situación de continua fuente de conflicto. Esta ha sido la opinión de ciertos Estados que consideran la secesión como admisible en los supuestos excepcionales en los que todos los medios han fracasado como expresaron a lo largo del proceso en el asunto de Kosovo ante la CIJ⁶⁸. Igualmente, la doctrina se ha manifestado igualmente para reconocer la opción de la secesión como solución⁶⁹.

La nueva posibilidad de secesión se encuentra vinculada a situaciones de ‘catástrofe humanitaria’, ‘grave crisis humanitaria’, o ‘tragedias humanitarias’, como destacó el Juez Antonio Cançado Trindade en su opinión separada⁷⁰. En síntesis, parece admitirse la opción de la secesión para situaciones extremas, como expuso la Comisión de Venecia recogiendo las conclusiones de la Corte Suprema de Canadá en el asunto de Québec y de la CIJ en el mencionado caso de Kosovo⁷¹.

Se puede constatar, por tanto, la emergencia de una idea de secesión respaldada por una extendida *opinio* que legitima su ejercicio en situaciones en las que se precisa una respuesta humanitaria de la comunidad internacional. La consolidación de la nueva *opinio* se ha llevado a cabo a lo largo de un proceso en

⁶⁸ ‘Written Statement by the Swiss Confederation’, *Accordance with the International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo (Request for an Advisory Opinion)*, of 17 October 2008, 27, at 17, para. 67. <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/141/15614.pdf>>. ‘Written Statement by the Federal Republic of Germany’, *Accordance with the International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo (Request for an Advisory Opinion)*, of April 2009, 43, at 35. <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/141/15624.pdf>>. ‘Written Statement by the Kingdom of the Netherlands’, *Accordance with the International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo (Request for an Advisory Opinion)*, of 17 April 2009, 14, at 13, para. 3.20. <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/141/15652.pdf>>.

⁶⁹ Entre todos, se pueden destacar: CRAWFORD, J. *The Creation of States in International Law*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, 2007, 870 pp.; p. 119. DOEHRING, K., «Self-Determination», en SIMMA, B. (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 58. THÜRER, D., «Self-Determination», en BERNHARDT, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, North Holland Publishing, 2000, vol. IV, pp. 364-374, p. 371.

⁷⁰ Cfr. ‘Separate Opinion of Judge Cançado Trindade’, *Accordance with the International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010*, pp. 523-617, pp. 541 y 560, párr. 41, 42, 97 y ss.

⁷¹ Cfr. ‘Opinion on ‘Whether Draft Federal Constitutional Law No. 462741-6 on Amending the Federal Constitutional Law of the Russian Federation on the Procedure of Admission to the Russian Federation and Creation of a New Subject within the Russian Federation is Compatible with International Law’, adopted by the Venice Commission at its 98th Plenary Session (Venice, 21-22 March 2014), CDL-AD(2014)004, 12 pp., p. 9, para. 29. <[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2014\)004-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2014)004-e)>.

Sobre el asunto de Québec: Supreme Court of Canada, *Reference re Secession of Quebec* [1998] 2 SCR 217. 115 *International Law Reports*, 1999, 536 pp., p. 278, para. 114. <[http://scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do](http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do)>. *ILM*, 37, 1998(6), pp. 1342-1377.

el que se han adoptado diversos textos, resoluciones de instituciones internacionales y, de manera especial, en relación con Kosovo⁷². El amplio reconocimiento de Kosovo por una importante cifra de Estados supuso la confirmación de esta convicción internacional⁷³. De manera que, si la cuestión de Kosovo podía ser considerada como un 'caso único', se debió precisamente a la respuesta mayoritaria que obtuvo en el seno de las Naciones Unidas.

Partiendo de estos postulados se puede llegar a la elaboración de una noción que integre la idea de secesión y la emergente *opinio* en la actual realidad internacional. Alcanzaría la aceptación de la prevalencia de la protección de los derechos humanos sobre la idea de soberanía de los Estados tan reivindicada por la 'tesis de los derechos humanos sobre la soberanía'⁷⁴. La protección de los derechos humanos se configura como un límite a la soberanía de los Estados por causa de humanidad. Según esta nueva *opinio*, en los supuestos de privación de la participación en el Gobierno y de graves violaciones de los derechos humanos, puede considerarse como legitimada una acción en favor de la secesión⁷⁵. Se trataría de situaciones en las que se propugnase la secesión como un último recuso encaminado a proteger los derechos humanos más fundamentales en el seno de un determinado grupo. La realización de la autodeterminación externa supondría el 'presupuesto para el goce del resto de los derechos humanos'⁷⁶. Este

⁷² En la sesión del CS en la que se adoptó la resolución 1244 (1999), varios representantes manifestaron que se trataba de una resolución histórica porque proporcionaba la base para el futuro compromiso de la totalidad de la comunidad internacional en el esfuerzo para resolver la crisis de Kosovo. Aunque, como puso de relieve el representante de los Estados Unidos, Peter Burleigh, era su voluntad de compromiso con un proceso político encaminado al establecimiento de un acuerdo de estructura política provisional para proporcionar un autogobierno a Kosovo. Cfr. «Intervención de Mr. Burleigh (Estados Unidos de América)», UN Doc. S/PV.4011, de 10 junio de 1999, 21 pp., p. 14.

⁷³ Cfr. JACOBS, D. y RADI, Y., «Waiting for Godot: An Analysis of the Advisory Opinion on Kosovo», *LJIL* 24, 2011(2), pp. 331-353, p. 348.

⁷⁴ Cfr. International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect. Report of the ICISS*, *op. cit.*, nota 14, p. 8, para. 1.35. TANCREDI, A., «Neither Authorized nor Prohibited? Secession and International Law after Kosovo, South Ossetia and Abkhazia», *op. cit.*, nota 3, p. 42.

⁷⁵ Cfr. HANNUM, H., «Rethinking Self-Determination», *VJIL* 34, 1993(1), pp. 1-69, p. 44. LAUWERS, G. y SMIS, S., «New Dimensions of the Right to Self-determination: A Study of the International Response to the Kosovo Crisis», *N & EP* 6, 2000(2), pp. 43-70, p. 64. STROMSETH, J.E., «Self-Determination, Secession and Humanitarian Intervention by the United Nations», *ASIL Proceedings* 86, 1992, pp. 370-374, p. 371.

⁷⁶ Cfr. CASSESE, A., «The Self-Determination of Peoples», en HENKIN, L. (ed.), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, New York, Columbia University Press, 1981, pp. 95-113, p. 101.

tipo de secesión promovida por la comunidad internacional hemos propuesto su denominación como ‘secesión humanitaria’⁷⁷.

El fundamento de la idea de ‘secesión humanitaria’ radica en el carácter de *jus cogens* atribuido a las normas reguladoras de los derechos humanos. La vulneración de este tipo de normas en relación con un grupo de la población de un Estado legitimaría la limitación del ejercicio de la soberanía del Estado. Se trataría de situaciones que podían caracterizarse como de genocidio, entre las que se encontraría la limpieza étnica masiva, que podrían dar lugar a la destrucción del grupo⁷⁸. En estos casos extremos, cuando el Estado vulnera los derechos humanos fundamentales de su población, pueden limitarse los principios que garantizan el desempeño de su función de velar por los intereses generales tanto de sus ciudadanos como de la comunidad internacional⁷⁹. La idea de soberanía deja de ser una únicamente un atributo del Estado del que dimanar prerrogativas y derechos, e implicaría, principalmente, el ejercicio de responsabilidades y deberes⁸⁰.

La secesión humanitaria, de manera análoga a la intervención humanitaria, constituía una limitación de la soberanía para los supuestos en los que las graves violaciones de los derechos humanos son perpetradas contra un grupo identificable como pueblo. En la intervención humanitaria resulta legítimo el uso de la fuerza como excepción al principio de no intervención y a la prohibición de la amenaza y uso de la fuerza, mientras que en la secesión humanitaria, la acción para la secesión se configura como una excepción al principio de no intervención y de la integridad territorial. En ambos supuestos, el fundamento se encuentra en la salvaguarda y protección de los derechos humanos más fundamentales cuyas violaciones cometidas en el seno de un Estado constituyen los ‘crímenes más grave de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto’⁸¹.

⁷⁷ Cfr. ESCUDERO ESPINOSA, J.F. *Self-Determination and Humanitarian Secession in International Law of a Globalized World: Kosovo v. Crimea*, Cham, Suiza, Springer International Publishing, 2017, 209 pp., pp. 170 y 171.

⁷⁸ Cfr. OETER, S., «The Role of Recognition and Non-Recognition with Regard to Secession», en WALTER, C. *et al. Self-Determination and Secession in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 45-67, p. 57.

⁷⁹ Cfr. TANCREDI, A., «Secession and the Use of Force», en WALTER, C. *et al., Self-Determination and Secession in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 68-94, p. 94.

⁸⁰ Cfr. ‘Separate Opinion of Judge Caňado Trindade’, *Accordance with the International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010*, pp. 523-617, p. 593, para. 176. SCHRIJVER, N., «The Changing Nature of State Sovereignty», *op. cit.*, nota 8, p. 98.

⁸¹ Artículo 5(1) del «Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional».

CONCLUSIÓN

Al margen de las argumentaciones que pretendan justificar las cuestiones más formales en torno al uso de la fuerza frente a su prohibición general o al principio de no intervención, ha de prevalecer la norma imperativa de la preservación de los derechos humanos más fundamentales frente a las violaciones masivas y sistemáticas. La legitimidad de la acción humanitaria encuentra su fundamento precisamente en este imperativo de preservar la vida humana con independencia del lugar u otras circunstancias coyunturales que impidan a los pueblos ser capaces de tener una visión de unidad de la Humanidad⁸².

Como pusieron de relieve los acontecimientos que sucedieron a la caída de Srebrenica, la ayuda humanitaria no era la respuesta proporcionada para hacer frente a la limpieza étnica y al genocidio⁸³. Era necesario emprender acciones decididas a favor de las víctimas en las que estuviese garantizada la protección de los derechos humanos fundamentales y la persecución de los criminales⁸⁴.

Si en el contexto de finales del siglo XX, la vida humana era el principio de toda acción humanitaria por encima de cualquier otra consideración de manera que la «soberanía había dejado de ser sacrosanta»⁸⁵, ahora, en los albores del siglo XXI, la soberanía en su aspecto interno también ha dejado de ser sacrosanta frente a la opción de la secesión para salvaguarda de los derechos humanos más fundamentales.

El que fuera Secretario General de la ONU, Kofi Annan, quiso destacar que la lección más importante de los acontecimientos para aterrorizar, expulsar o asesinar de manera deliberada y sistemática a un pueblo entero debían ser abordados con todos los medios necesarios y con la voluntad para concluir dicha política hacía su conclusión⁸⁶. La crisis de Kosovo puso en marcha el uso

⁸² Cfr. REISMAN, W.M. y MCDUGAL, M.S., «Humanitarian Intervention to Protect the Ibos», *op. cit.*, nota 46, pp. 168 y 195.

⁸³ Cfr. «Informe del Secretario General en cumplimiento de la resolución 53/35 de la Asamblea General. La caída de Srebrenica», UN Doc. A/54/549, de 15 de noviembre de 1999, párr. 491.

⁸⁴ Cfr. BETTS, R.K., «The Delusion of Impartial Intervention», *Foreign Affairs* 73, 1994(6), pp. 20-33, p. 20.

⁸⁵ Cfr. WEISS, T.G., «Principles, Politics, and Humanitarian Action», *Ethics & Int'l A.* 13, 1999, pp. 1-22, p. 12. *Vid.* CHOPRA, J. y WEISS, T.G., «Sovereignty Is No Longer Sacrosanct: Codifying Humanitarian Intervention», *op. cit.*, nota 6.

⁸⁶ «Informe del Secretario General en cumplimiento de la resolución 53/35 de la Asamblea General. La caída de Srebrenica», UN Doc. A/54/549, de 15 de noviembre de 1999, para. 502.

de la fuerza para detener la matanza y la expulsión planificada y sistemática de civiles que una década más tarde se manifestó como ineficaz, y únicamente la secesión pudo comprobarse como el ulterior recurso. El precedente de Kosovo pone de manifiesto que la soberanía puede limitarse e incluso fragmentarse en una progresiva adopción de medidas para la salvaguarda de los derechos más fundamentales de un grupo humano configurado como pueblo en un determinado territorio.

II. Parte

ESTUDIOS SOBRE
LA UNIÓN EUROPA

1. ¿Una Unión Europea unida...?

