



CUESTIONES ACTUALES REFERENTES AL USO DE LA FUERZA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Romualdo BERMEJO GARCÍA

I. INTRODUCCIÓN.— II. LA ACTUACIÓN DEL CONSEJO DE SEGURIDAD EN LOS ÚLTIMOS CONFLICTOS ARMADOS Y EL CAPÍTULO VII DE LA CARTA DE LA ONU: 1. ¿Discrecionalidad o arbitrariedad del Consejo de Seguridad en el ámbito del artículo 39 de la Carta? 2. La ampliación del concepto de "amenaza a la paz" ¿ficción o realidad? 3. Las acciones armadas por razones humanitarias y la cuestión del doble rasero. 4. El terrorismo internacional. 5. El Consejo de Seguridad y el Capítulo VII de la Carta. ¿Aplicación efectiva o violación despiadada? 6. ¿Es posible un control de la legalidad de los actos del Consejo de Seguridad?— III. EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA AMENAZA O EL USO DEL ARMA NUCLEAR: 1. El Derecho internacional en materia de uso de la fuerza y el arma nuclear. 2. La amenaza o el uso del arma nuclear en caso de legítima defensa.— IV. LA GUERRA DE KOSOVO Y EL DERECHO INTERNACIONAL: LA ONU EN UN ATOLLADERO: 1. Causas y orígenes del conflicto. 2. La respuesta de la comunidad internacional hasta el inicio de los bombardeos. 3. La acción armada de la OTAN contra Yugoslavia: ¿legal, ilegal, justa y legal o justa pero ilegal?— V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el desarrollo de numerosos y complejos conflictos armados han despertado entre los internacionalistas un gran interés por este sector del Derecho internacional que se encontraba un poco aletargado en las preocupaciones científicas de nuestra doctrina. Baste con señalar que algunos de los Manuales utilizados en las universidades españolas no llevaban a cabo un estudio de esta materia e incluso, en alguno de ellos, este sector continúa brillando en la actualidad por su ausencia. Se sigue, pues, pensando por algunos que el "*ius ad bellum*" no constituye un elemento esencial en la



enseñanza de nuestra disciplina. Dicho esto, creo que hay que reconocer que los numerosos conflictos, internos e internacionales, que ha conocido la sociedad internacional en los últimos tiempos presentan unas características muy particulares ya que el sistema de valores, los conceptos y algunas normas se han tambaleado. Desde esta perspectiva, no pretendemos llevar a cabo un estudio exhaustivo de todos los problemas que han planteado los últimos conflictos en el ámbito del Derecho internacional¹, sino de tratar las cuestiones más importantes y las que se podrían denominar cuestiones pendientes que podrían ser: a) la actuación del consejo de Seguridad y el Capítulo VII de la Carta de la ONU, b) la licitud o ilicitud de la amenaza o del uso del arma nuclear; y c) la Guerra de Kosovo que pone a la ONU en un atolladero.

II. LA ACTUACIÓN DEL CONSEJO DE SEGURIDAD EN LOS ÚLTIMOS CONFLICTOS ARMADOS Y EL CAPÍTULO VII DE LA CARTA DE LA ONU

El fin de la guerra fría y del mundo bipolar han permitido al Consejo de Seguridad cumplir con las funciones que le habían sido otorgadas por la Carta, creando así un nuevo marco de actuación de las Naciones Unidas que contrastaba con su sabida y consagrada ineficacia anterior². La bipolaridad anquilosó la Organización, impidiendo así un mínimo de credibilidad al sistema de seguridad colectiva previsto por la Carta. No obstante, no hay que olvidar que el nuevo impulso que ha recibido el Consejo de Seguridad, aunque ha sido marginado por la OTAN en la crisis de Kosovo y cuyas consecuencias el tiempo nos las dirá, ha suscitado una serie de cuestiones jurídicas, debatidas por la doctrina, como son las siguientes: ¿Otorga el Capítulo VII de la Carta poderes ilimitados al Consejo de Seguridad?; ¿Es él el dueño y señor para

1. Cuando hablamos de "últimos conflictos" en este trabajo nos estamos refiriendo a aquéllos que se han desarrollado a partir de la Guerra del Golfo. Sobre estos últimos conflictos, ver MÁRQUEZ CARRASCO, C.: *Problemas actuales sobre la prohibición del recurso a la fuerza en Derecho Internacional*. Prólogo del Prof. Juan A. Carrillo Salcedo, Madrid, Tecnos, 1998, 285 pp.

2. Cfr. El estudio de PECK, C.: *The United Nations as a Dispute Settlement System: Improving Mechanisms for the Prevention and Resolution of Conflict*, La Haya, Kluwer Law International, 1996, 301 pp.



interpretar como él quiera sus poderes o competencias?; ¿Pueden o deben ser controlados sus actos?

1. *¿Discrecionalidad o arbitrariedad del Consejo de Seguridad en el ámbito del artículo 39 de la Carta?*

Nunca ha sido tan grande la actividad del Consejo de Seguridad como en los últimos años. Basta con señalar que desde agosto de 1990, momento en que el Consejo empieza a ocuparse del conflicto Irak-Kuwait, se han adoptado tantas resoluciones como en los 45 años anteriores³. La vida plácida se apoderó del Consejo y éste sólo intervenía cuando estaban en juego los intereses de alguna de las grandes potencias. Incluso en estas circunstancias, no siempre pudo adoptar resoluciones, por el abuso constante que esas mismas potencias hicieron del derecho de veto. La *perestroika* y la *glasnost* consiguieron abrir brechas en el muro blindado del mundo bipolar y el Consejo de Seguridad empezó a ocuparse de los conflictos armados a la luz del artículo 39 de la Carta. En este ámbito, sus decisiones toman unos derroteros más intervencionistas y su alcance es examinado con lupa tanto por los Estados como por la doctrina internacionalista⁴. En este contexto, una cosa es evidente: nada ha cambiado en el texto de la Carta y por lo tanto esta reactivación del Consejo sólo se ha podido llevar a cabo por la vía de las diferentes posibilidades de interpretación de las disposiciones de la Carta, entre las que cabe mencionar el Capítulo VII, aunque no exclusivamente, ya que la expresión "*paz y seguridad internacionales*" se encuentra también en otras disposiciones. Igualmente conviene resaltar que el Capítulo VII no constituye un ejemplo de claridad ni de precisión terminológica⁵, ambigüedad que está

3. No es extraño pues que algunos se hayan referido a esta cuestión con expresiones como "*el apogeo del Capítulo VII*" o refiriéndose al año 1993 como "*el año del Capítulo VII*". A este respecto, cf. CHRISPAKIS, Ph.: *L'ONU, le chapitre VII et la crise yougoslave*, Préface de Mohammed Bedjaoui, Paris, Montchrestien, 1996, p. VII.

4. Una buena parte de esta doctrina es citada por GUTIÉRREZ ESPADA, C.: "El sistema de seguridad colectiva en los albores del siglo XXI (o el cuento de la bella durmiente)", en: MARIÑO MENÉNDEZ, F. (ed.): *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, Madrid, Instituto "Francisco de Vitoria", 1996, pp. 165-185.

5. No es mi intención querer relativizar el sistema onusiano de seguridad colectiva, sino sólo deseo resaltar algo que parece claro, incluso para el anterior



siempre presente cuando el jurista se centra en cuestiones cuya respuesta no depende exclusivamente de un estricto análisis jurídico, al estar dichas cuestiones influenciadas o supeditadas a aspectos políticos. Es obvio que esto ocurre cuando el Consejo de Seguridad trata de interpretar el concepto de "amenaza a la paz" del artículo 39.

Pero si una cierta dosis de ambigüedad reina en el Capítulo VII, e incluso se podría decir que es algo inevitable, no conviene pasar por alto alguna que otra incongruencia. En efecto, un hecho que ha pasado desapercibido, y que tiene su importancia, está relacionado con el origen del artículo 39, ya que según el relato que nos proporcionan Goodrich y Hambro⁶, el artículo 39 comprendía originariamente dos párrafos: el primero correspondía al artículo 40 actual y el segundo al artículo 39. No obstante, en el proyecto definitivo el artículo 39 se dividió en dos, y lo que era el párrafo primero pasó a ser el artículo 40 y el segundo el artículo 39, con lo que se alteraba la lógica cronológica del sistema del proyecto original. Si se examina el artículo 40 está claro que esta disposición se está centrando en los casos de amenaza a la paz, y en estas circunstancias se podrá instar a las partes "a que cumplan con las medidas provisionales que (el Consejo de Seguridad) juzgue necesarias o aconsejables". Por el contrario, si se tratara de un quebrantamiento de la paz o acto de agresión habría que recurrir inmediatamente a los artículos 41 y 42. Desde esta perspectiva, es evidente que los artículos 39 y 40, o viceversa, constituyen una etapa importante ya que representan una auténtica encrucijada en cualquier proceso de paz. La tesis según la cual estas dos disposiciones constituirían una especie de Capítulo "VI bis" nos parece correcta ya que se encuentran a caballo entre los Capítulos VI y VII. Otras incoherencias,

Secretario General de las Naciones Unidas, Boutros Ghali, quien, en su discurso con motivo de la entrega del diploma de Doctor *Honoris Causa* de la Universidad Carlos III de Madrid, señaló de forma contundente: "...esta efervescencia de la Organización de las Naciones Unidas al servicio de la paz necesita, además, el desarrollo de reglas de Derecho adoptadas a esta nueva coyuntura. Hay muchos capítulos en la Carta, entre los más esenciales —el capítulo VI, el capítulo VII, el Capítulo VIII— que piden muchas clarificaciones y precisiones. Y la práctica, aquí o allá, se encarga constantemente de inventar nuevas situaciones". Cfr. el texto en Boutros Ghali, Acto de investidura, Instituto de Estudios "Francisco de Vitoria", Madrid, 1994, p. 22.

6. Cfr. de estos autores: *Commentaire de la Charte des Nations Unies*. Ed. de la Baconnière, Neuchâtel, 1946, p. 239 y ss.



lagunas y "bizarreries", por utilizar la expresión del Profesor Jean Combacau, encierra el Capítulo VII⁷.

En todo este contexto, es fácil comprender las dificultades que puede tener el Consejo de Seguridad en limar y precisar un concepto como es el de la amenaza a la paz⁸, aunque esto no quiere decir que no tenga que ir delimitándolo⁹. El poder discrecional del que dispone el Consejo de Seguridad debe ejercerse dentro del marco previsto por la Carta¹⁰, sin que quepa ningún atisbo de arbitrariedad. No obstante, pensamos que el concepto de "amenaza a la paz" no es un concepto inamovible e irá evolucionando con más o menos eficacia según los conflictos y según el interés y los medios de los que dispongan las Naciones Unidas.

2. *La ampliación del concepto de "amenaza a la paz", ¿ficción o realidad?*

Dentro del margen de discreción que posee el Consejo de Seguridad para decidir si hay o no una amenaza a la paz, se ha ido forjando una evolución que correspondía a una realidad internacional basada en una mayor dosis de humanización. Esta evolución era inevitable, sobre todo a raíz del momento en que el sistema jurídico internacional ha ido elaborando conceptos como el de "ius cogens" o el de normas fundamentales de la comunidad internacional. En

7. De este autor, cfr. el interesante trabajo "Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies: résurrection ou métamorphose?", en *Les nouveaux aspects du droit international*, Colloque des 14-16 avril 1994, dirigido por Rafâa Ben Achour y Slim Laghmani, París, Pedone, 1994, pp. 139-158, particularmente p. 148.

8. Una buena prueba de ello es la existencia de toda una serie de etapas en los procesos de paz que han sido definidas según una nomenclatura establecida en el Programa Agenda para la Paz de Boutros Ghali: así se habla de restablecimiento de la paz (*Peace Making*) no previsto por la Carta y que sería una especie de Capítulo VI bis, la consolidación de la paz (*Peace Building*) y la imposición de la paz (*Peace Enforcement*). Cfr. *Agenda para la Paz*, Naciones Unidas, Nueva York, 1992, p. 2 y ss.

9. Cfr. SOREL, J.M.: "L'élargissement de la notion de menace contre la paix", en: *Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies*. Colloque de Rennes, S.F.D.I., París, Pedone, 1995, pp. 10 y ss.

10. A este respecto, cfr. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C.: "El poder y el Derecho en las Naciones Unidas: la discrecionalidad del Consejo de Seguridad", en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C. y QUEL, F.J. (ed.): *Las Naciones Unidas y el Derecho internacional*, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 40-68, particularmente 48 y ss.



este marco, el sistema internacional de protección de los derechos humanos constituye, sin lugar a dudas, una de las conquistas más nobles del Derecho internacional contemporáneo. Pero al mismo tiempo que se desarrollaba el sistema internacional de protección de estos derechos, considerándose incluso algunos de ellos como auténticas normas imperativas, la comunidad internacional se ha visto enfrentada a graves y sistemáticas violaciones. En este contexto, el Consejo de Seguridad ha tenido que enfrentarse a situaciones que planteaban una serie de varias y complejas cuestiones entre las que cabría citar las siguientes: ¿puede considerarse como "*amenaza a la paz*" una situación en la que se viola flagrante y sistemáticamente los derechos humanos?, ¿qué ocurre cuando el caos se apodera de un pueblo sin que el Estado o lo que queda de él pueda controlar la situación?

En la actualidad es unánimemente aceptado que la estabilidad y la seguridad comprenden algo más que la simple amenaza militar. Baste con citar la Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad de 31 de enero de 1992, adoptada en nombre de los miembros de este órgano, que a este respecto decía:

"La paz y la seguridad internacionales no se desprenden solamente de la ausencia de guerra y de conflictos armados. Otras amenazas de naturaleza no militar a la paz y a la seguridad proceden de la inestabilidad que existe en los ámbitos económico, social, humanitario y ecológico..."¹¹.

La amenaza a la paz puede pues proceder de múltiples factores, difíciles de concretar, a no ser que se haga caso por caso. En este contexto, se ha señalado que la paz, el desarrollo y la democracia constituyen un tríptico interdependiente¹² en el que no se puede hacer abstracción de uno de sus elementos. En estas circunstancias, el Consejo de Seguridad no tenía una tarea fácil y, a nuestro entender, la ha llevado a cabo con equilibrio y responsabilidad al considerar que ciertas situaciones, como las que hemos señalado anteriormente, constituían realmente una amenaza a la paz.

Desde esta perspectiva, la identificación del conflicto que va a generar la intervención del Consejo de Seguridad no va a depender exclusivamente de una interpretación del concepto de "*amenaza a la paz y a la seguridad internacionales*", sino del "riesgo" que una determinada situación puede conllevar. La sustitución a la amenaza complica, mucho más que simplifica, los problemas

11. Cfr. el texto, en: *R.G.D.I.P.*, 1992, pp. 256-262 (p. 258).

12. Cfr. *Agenda para la paz*, op. cit., p. 7.



de seguridad"¹³. En este contexto, situaciones como la de Somalia, Haití o Albania nos demuestran que resulta difícil limitar exclusivamente el concepto de amenaza a un peligro de guerra, lo que ha traído consigo que el Consejo de Seguridad se haya tenido que ocupar de situaciones en las que había "riesgo", ampliando así el concepto estricto y limitado de amenaza a la paz. En otras, como en Kosovo, el Consejo no ha podido establecer un consenso, sobre todo en torno a algunas cuestiones.

3. *Las acciones armadas por razones humanitarias y la cuestión del doble rasero*

La cuestión de las acciones o intervenciones armadas por razones humanitarias plantea al internacionalista un agudo problema, al tratar de compaginar el respeto de las normas imperativas en materia de protección de derechos humanos con el tan cacareado principio de no intervención¹⁴. No obstante, como han señalado varios autores españoles "nadie puede hoy justificar con la soberanía abstracta del Estado y el principio de *no intervención* la pasividad ante violaciones sistemáticas y masivas de derechos humanos fundamentales"¹⁵. No es éste el lugar donde se puedan analizar las diferentes tesis al respecto, cuestiones ya estudiadas en otros momentos por el autor de este trabajo¹⁶. Desde esta perspectiva, sólo queremos resaltar lo siguiente. El

13. Cfr. SUR, S.: "La sécurité internationale et l'évolution de la sécurité collective", *Le Trimestre du Monde*, 1992, n° 4, p. 123.

14. Para un estudio pormenorizado sobre esta cuestión, cfr. RAMÓN CHORNET, C., *¿Violencia necesaria? La intervención humanitaria en Derecho internacional*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, particularmente, pp. 53 y ss.

15. Cfr. REMIRO BROTONS, A.; RIQUELME CORTADO, R.; ORIHUELA CALATAYUD, E.; DíEZ HOCHLEITNER Y PÉREZ-PRAT DURBAN, L.: *Derecho internacional*, 1997, McGraw-Hill, p. 1063.

16. Cfr. *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límites*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 390 y ss.; "¿Del principio de no intervención al derecho/deber de injerencia?", *Tiempo de Paz*, 1992-93, n° 26, pp. 2944; "El derecho/deber de injerencia humanitaria en el Derecho Internacional actual", en *El Derecho de Injerencia por Razones Humanitarias*, III Jornadas de Derecho Internacional Humanitario, Universidad de Sevilla, 1995, pp. 49-74; "La acción de las Naciones Unidas ante los recientes conflictos internacionales: crisis y perspectivas", en HERRERO DE LA FUENTE, A. (Ed.): *Reflexiones tras un año de crisis*. Consejo Social de la Universidad de Valladolid, 1996, pp. 107-157. A este respecto es interesante el trabajo de RAMSBOTHAM, O. y WOODHOUSE, T.: *Humanitarian Intervention in Contemporary Conflict*, 1996, Polity press, 263 pp.



principio fundamental de la intervención humanitaria lo constituye la protección de la persona humana y es obvio que esta protección debe llevarse a cabo en el ámbito del marco jurídico internacional, aunque con esto no queremos sin más excluir el debate ético que, por supuesto, debe tener también su cabida. El marco jurídico internacional prevé un sistema de seguridad colectiva cuya "responsabilidad primordial", que no "exclusiva", corresponde al Consejo de Seguridad¹⁷. Compartimos plenamente la opinión expresada por algunos internacionalistas españoles, según la cual "la intervención armada al servicio de la asistencia humanitaria y para la represión de violaciones masivas de derechos humanos esenciales, con autorización y bajo el control del Consejo de Seguridad, no sólo es legal, sino que ha de ser urgente, especialmente cuando –como acontecía en Somalia– el Estado es una ficción sobre la que campan clanes y tribus"¹⁸. Nada que objetar a esta opinión tan contundente de estos autores. Sólo señalar que la operación de Somalia se hizo bajo la *autorización* del Consejo de Seguridad, pero no bajo su *control*, cosa que hubiera sido la apropiada según la Carta¹⁹. ¿Quiere esto decir que las acciones o intervenciones armadas humanitarias deben siempre llevarse a cabo bajo el control y autorización del Consejo de Seguridad?

Una respuesta afirmativa parecería ser la deseada, aunque quizá esto sea un poco simplista. En efecto, cuando uno se está refiriendo a esta clase de acciones armadas, debe siempre tener presente que se trata de acciones o intervenciones realmente excepcionales²⁰, porque sólo pueden escudarse en violaciones de normas imperativas en materia de protección de derechos humanos. Pero la cuestión surge de forma inmediata: ¿qué normas en materia de protección de derechos humanos son imperativas?. Con todas las limitaciones que ello en-

Estos autores establecen (ver p. 61) una lista de aquellos autores que son denominados como "restrictionists" y "counter restrictionists". Entre nosotros, ver también el estudio pormenorizado y bien documentado que sobre esta materia lleva a cabo REMIRO BROTONS, A. y otros: *Derecho internacional, op. cit.*, particularmente, pp. 1057-1077.

17. Cfr. Art. 24, par. 1 de la Carta de la ONU.

18. Cfr. REMIRO BROTONS, A. y otros: *Derecho internacional, op. cit.*, p. 1065.

19. Ya se sabe que la operación "Devolver la Esperanza" basada en la Resolución del consejo 794 del 3 de diciembre de 1992, se llevó a cabo bajo la dirección de un Comité de Estado Mayor dirigido por un estadounidense, sin ningún control por parte del propio Consejo de Seguridad.

20. Para un estudio de los diferentes supuestos o manifestaciones de la intervención humanitaria, cfr. RAMÓN CHORNET, C.: *¿Violencia necesaria?*, *op. cit.*, pp. 77-80.



cierra, parece que existe unanimidad en que la prohibición de cometer actos de genocidio constituye una norma imperativa²¹. Lo mismo cabe decir del artículo 1 común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949 o de una guerra de agresión. Si se dan esta clase de violaciones, ¿qué ocurre si el Consejo de Seguridad no adopta ninguna acción al respecto? Como señala el Profesor Carrillo Salcedo,

"He aquí una de las más espinosas cuestiones del Derecho internacional contemporáneo, *consecuencia innegable de las deficiencias del sistema de seguridad colectiva instituido en la Carta de las Naciones Unidas y de la inexistencia de mecanismos eficaces de uso institucionalizado de la coerción en el Derecho internacional*"²².

En nuestra opinión, esta cuestión se puede abordar de la forma siguiente. Como veremos más tarde, el Consejo de Seguridad está obligado a cumplir con el Derecho internacional y, por supuesto, a respetar las normas de *ius cogens*. Si se está cometiendo realmente un genocidio, el Consejo de Seguridad debe intervenir y si no lo hace es obvio que en estas circunstancias ni debe ni puede impedir que uno o varios Estados intervengan para evitar ese genocidio, porque no sólo están obligados a cumplir con la obligación que prohíbe el genocidio²³, sino también a hacer respetar, es decir obligar a los demás Estados a que cumplan con esa obligación. En este contexto, no conviene ignorar que cabe la posibilidad de que por inadvertencia o de una manera imprevisible, el Consejo de Seguridad adopte una resolución que viole una norma de *ius cogens*. Inútil de señalar que tal resolución sería necesariamente nula y jurídicamente no produciría ningún efecto²⁴. No conviene

21. A este respecto, cfr. *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie- Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, C.I.J. Recueil 1993, opinión separada de Lauterpacht, p. 440, par. 100 y 104.

22. Cfr. de este autor, *Curso de Derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 328.

23. Sobre estas cuestiones, cfr. el interesante estudio de HOOGH (de), A.: *Obligations Erga Omnes and International Crimes. A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*. La Haya, Kluwer, 1996, pp. 318 y sgs., particularmente pp. 324-325.

24. Cfr. *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, C.I.J. Recueil 1993, Opinión separada de Lauterpacht, *op. cit.*, pp. 440-441, par. 102 y 104.



confiar de forma ciega en las actuaciones del Consejo de Seguridad que deben ser controladas por los Estados. No se trata de defender tesis heterodoxas, por utilizar la expresión de la Profesora Andrés. ¿Acaso no hemos visto en algunos casos recientes al representante estadounidense en el Consejo de Seguridad granjearse la abstención de la República Popular China y el voto de Rusia como por arte de magia? En cuanto a los otros dos Miembros permanentes, ya sabemos que los tiene en el bote. ¡Ah!, pero lo ha dicho el Consejo de Seguridad, dirán algunos, como si de algo infalible se tratara. No se trata de destruir de forma gratuita todas las actuaciones o las abstenciones del Consejo de Seguridad, sino de analizarlas de forma crítica, porque no todas han tenido el alcance que muchos esperábamos. Esto nos lleva a la cuestión del doble rasero.

El Profesor Pastor Ridruejo pone el dedo en la llaga al referirse en esta materia a las actuaciones llevadas a cabo por un Estado o por un grupo de países al señalar:

"Muchos Estados temen con razón que una intervención pretendidamente encaminada al respeto de los derechos humanos más elementales, decidida unilateralmente por un Estado o por un grupo de países, pueda convertirse fácilmente en instrumento de cobertura del despliegue de la política de poder de la superpotencia y las grandes potencias, y dar lugar en este contexto a comportamientos impregnados de ese estigma tan usual en las relaciones internacionales como es la doble moral o el doble estándar; es decir, a intervenciones en unos casos y pasividad en otros, según convenga a los intereses de los grandes"²⁵.

Compartimos esta preocupación del Profesor Pastor como algo real en el campo de las relaciones internacionales, así como la denuncia más general que realiza la Profesora Ramón Chornet²⁶. No obstante, esta cuestión no debe limitarse exclusivamente al ámbito de las acciones estatales porque la cuestión del doble rasero hay que aplicarla también al Consejo de Seguridad. ¿Por qué se intervino en Somalia o Haití y no en Bosnia-Herzegovina, Burundi, Liberia, Angola o Argelia, donde se han producido matanzas espeluznantes que todos conocemos? ¿Por qué no en las Repúblicas Cáucásicas? Sabemos que hoy día ninguna actuación unilateral de una determinada dimensión puede llevarse a

25. Cfr. PASTOR RIDRUEJO, J.A.: *Curso de Derecho internacional público y Organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, Sexta edición, 1996, p. 306.

26. De esta última, cfr. *¿Violencia necesaria?...* Op. cit., pp. 98-101.



cabo en una buena parte del planeta sin una autorización expresa o tácita de los Estados Unidos y algo similar ocurre en el seno del Consejo de Seguridad. Una prueba contundente del doble rasero en el seno del Consejo de Seguridad la tenemos recientemente en el asunto de Kosovo, esta vez a causa del veto ruso y chino²⁷.

En cuanto a los abusos y a los riesgos de escalada en el conflicto que pueda haber en esta clase de actuaciones²⁸, conviene ser claro: si una acción armada por razones humanitarias se desvía de sus objetivos no es una intervención humanitaria, sino una *agresión*, y por lo tanto se estaría violando el artículo 2, párrafo 4 de la Carta. En estos casos, el Consejo de Seguridad debería condenar como *agresor* al Estado o a los Estados que llevaran a cabo esas acciones armadas. En lo referente al riesgo de escalada en el conflicto, no nos parece una razón irrefutable. Toda intervención armada trae consigo un riesgo, la haga quien la haga, y la comunidad internacional debe abordar la protección de los derechos humanos fundamentales con generosidad y responsabilidad. Invocar el riesgo de escalada para no intervenir puede ser una actitud un poco egoísta frente a las víctimas del conflicto. Como ha señalado el Secretario General de la OTAN, Javier Solana, "en todas las operaciones hay siempre peligros. Lo que hay que pedir es que los riesgos sean menores que las posibilidades de éxito. Pero pensar que las decisiones no implican riesgos no es de este mundo. ¿De qué cree usted que tengo la barba tan blanca en estos últimos días?"²⁹.

Todo esto no quiere decir que no convenga ser cautos a la hora de examinar las intervenciones humanitarias. Hay que hacerlo caso por caso y ver si las condiciones que requiere toda intervención humanitaria³⁰ se cumplen o no. Si se cumplieran, la estructura actual del Derecho internacional no podría condenarlas³¹. Si la "denominada" intervención humanitaria se desvía por otros

27. Sobre este conflicto, cfr. *Infra*.

28. A este respecto, ver la crítica del concepto de intervención humanitaria realizada por RAMÓN CHORNET, C.: *¿Violencia necesaria?*, *op. cit.*, pp. 80 y ss.

29. Cfr. ABC de 25 de octubre de 1998, p. 14.

30. Cfr. nuestro trabajo *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza*, *op. cit.*, pp. 401-402.

31. A este respecto, el Profesor P.M. MARTIN, de la Universidad de Toulouse, es bastante explícito, al señalar lo siguiente: "D'ailleurs, même lorsqu'elle est effectuée par des Etats, l'action humanitaire, pour autant qu'elle ne soit pas une façade et demeure strictement humanitaire, n'est pas considérée comme une intervention illicite et donc comme une atteinte à la souveraineté de l'Etat". Cfr. *Les échecs du droit international*. París, PUF, que sais-je? 1996, p. 56.



derroteros, no es tal, y por lo tanto se trataría de una agresión. Pero si se dan las condiciones objetivas de la intervención, ésta sería el único medio que tiene la comunidad internacional para defenderse frente a la barbarie. Rechazar *prima facie* la figura de la intervención humanitaria sin llevar a cabo un análisis previo de la situación, implica esclavizar el Derecho internacional y evitar su progreso.

4. *El terrorismo internacional*

La sociedad internacional actual tiene que hacer frente a una actividad, como los actos terroristas, que ha dejado de ser esencialmente interna para ser utilizada, y sobre todo apoyada, por algunos Estados en el ámbito internacional. No se trata aquí de analizar el concepto de terrorismo, ni la naturaleza internacional del terrorismo³², sino de examinar qué clase de medidas en materia de uso de la fuerza se pueden adoptar en conformidad con el Derecho internacional para hacer frente a los actos terroristas.

Es obvio que los actos terroristas constituyen la negación más absoluta de las reglas humanitarias y por lo tanto afectan a la Comunidad internacional en su conjunto. Esto es así sólo en la medida en que esos actos terroristas rompan el equilibrio de las relaciones internacionales al implicar agresiones o intervenciones en el territorio de terceros Estados que puedan constituir una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales. Partiendo de estas premisas, los Estados van a estar obligados a cooperar, tanto positiva como negativamente en la prevención y eventual represión de los actos terroristas³³. Sobre la base de esta obligación de cooperación se han elaborado una amplia red de convenios internacionales en esta materia basados en general en el principio

32. Estas cuestiones han sido tratadas exhaustivamente por ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.: *Las actividades terroristas ante el Derecho internacional contemporáneo*. Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 1995; RAMÓN CHORNET, C.: *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho internacional*, Prólogo de Juan A. Carrillo Salcedo, Valencia, Tiranch lo Blanc, 1992, pp. 27-161. Ver también JENKINS, B.M.: "International Terrorism: A New Challenge for the United Nations", en *The United Nations and the Maintenance of International Peace and Security*. Nijhoff, UNITAR, 1987, pp. 407-421.

33. Sobre esta cuestión, cfr. CARRILLO SALCEDO, J.A. y FROWEIN, E.: *Les aspects juridiques du terrorisme international*. Académie de Droit International de La Haye. Centre d'études et de recherches de droit international et des relations internationales. La Haya, 1988, Nijhoff, p. 25 y ss.



aut dedere aut punire. Pero ¿qué puede hacer un Estado que es objeto de ataques terroristas provenientes del territorio de un tercer Estado? ¿qué medidas se pueden adoptar contra un Estado que apoya o instiga el terrorismo internacional?

Hoy día parece razonable pensar que los grupos terroristas que operan a nivel internacional cuentan con el apoyo o la tolerancia de algunas autoridades estatales. Sin embargo, nos parece que la terminología utilizada es bastante confusa, sobre todo cuando se trata de determinar o calificar a los grupos terroristas. En efecto, en algunos casos no se sabe si se trata sólo de un grupo terrorista, de una "banda armada", de un "grupo irregular" que lleva a cabo en algunas circunstancias actos de fuerza armada contra otro Estado, mientras, que en otras se limitan exclusivamente a realizar actos terroristas. Las actuaciones del denominado Grupo Hizbolá en Israel nos parece confirmar esta tesis. Para hacer frente a estos actos terroristas, el Derecho internacional parece dar una primera respuesta que se deduce precisamente de la obligación de cooperar anteriormente señalada. En efecto, como lo han indicado los Profesores Carrillo Salcedo y Frowein, refiriéndose a los actos terroristas con toma de rehenes, y tomando como base el párrafo 249 de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el Asunto de Nicaragua:

"El Estado en cuyo territorio se desarrolle un acto terrorista tiene la obligación de considerar la eventual intervención del Estado del que los rehenes o las personas que se encuentren inminentemente amenazadas sean nacionales, a fin de eliminar dicha amenaza, siempre que la posible intervención no ponga en peligro la seguridad del Estado en cuyo territorio tiene lugar la acción terrorista".

Así pues,

"si este último Estado incumpliera su obligación de cooperar, no ejercitando sus poderes públicos para hacer frente a la amenaza y rechazando arbitrariamente la petición de intervenir formulada por el Estado del que las víctimas fuesen nacionales, este último Estado podría recurrir a medidas limitadas de fuerza en orden a la liberación de los rehenes"³⁴.

34. Citado por CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Curso de Derecho Internacional Público*, op. cit., p. 218. Para una opinión contraria, cfr. ABAD CASTELOS, M.: *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho internacional*,



Estas acciones son consideradas por estos autores como medidas de menor gravedad, siendo calificadas jurídicamente como contramedidas. Además, para evitar que los Estados que recurren a estas medidas se conviertan en una especie de policías del orden internacional, el Profesor Carrillo sostiene que el estado que vaya a recurrir a una acción armada de estas características

"tiene antes que suscitar la cuestión ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, a fin de que sea una instancia internacional, y no un Estado, la que pueda actuar en defensa del orden internacional y de derechos humanos fundamentales inminentemente amenazados"³⁵.

En nuestra opinión, este último requisito parece plantear algún problema, ya que no siempre será posible o conveniente para la operación de rescate el aplazar el ataque hasta que el Consejo de Seguridad decida. Por nuestra parte, creemos que habría que utilizar en esta situación lo previsto en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, es decir que el Estado comunique al Consejo de Seguridad las medidas adoptadas, sin que la cuestión tenga que suscitarse previamente ante el Consejo. La tesis del Profesor Carrillo Salcedo choca además con otro inconveniente. ¿Qué ocurre si el Consejo de Seguridad no adopta ninguna decisión al respecto?

En efecto, resulta difícil dar una respuesta contundente a la cuestión de saber qué medidas de fuerza se pueden utilizar contra acciones terroristas. Una cosa es una acción aislada o esporádica y de poca gravedad y otra, acciones repetitivas que tendrán en general como objetivo infundir el terror en la población y desestabilizar un país. La Corte, al señalar en el Asunto de Nicaragua que "...it will be necessary to distinguish the most grave forms of the use of force (those constituting an armed attack) for other less grave forms"³⁶, abre una brecha peligrosa ya que se puede generalizar la idea de que acciones de este tipo no traen consigo serios riesgos³⁷. En nuestra opinión, los actos terroristas de una determinada dimensión, cometidos por grupos

Ministerio del Interior, 1997, pp. 438 y ss., aunque los argumentos utilizados son bastante ambiguos y confusos y no parecen responder a las exigencias del ya casi tercer milenio.

35. *Ibid.*

36. Cfr. *C.I.J. Recueil*, p. 101, par. 191.

37. A este respecto, ver nuestra crítica en *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza*, op. cit., pp. 289-292.



armados que actúan en tanto que órganos estatales, de hecho o de derecho, o son controlados o tolerados por un Estado, da lugar al derecho de legítima defensa individual y colectiva. Lo mismo cabe decir cuando un Estado apoya logística o financieramente a ese grupo terrorista. Más difícil es dar una respuesta a aquellos supuestos en que un Estado no sostiene activamente a los terroristas sino que sólo sirve de lo que se llama "santuario"³⁸. A este respecto para saber en qué condiciones un Estado podría atacar estos "santuarios", habrá que determinar si estos territorios-refugios sirven deliberadamente o no para dar protección a los terroristas con el fin de que puedan después continuar los ataques armados desde otras bases. En este caso, obviamente, el problema se complica y habría que admitir también en este caso, siempre que se dieran esas circunstancias, el derecho del Estado lesionado por los actos terroristas a atacar estos territorios. Es obvio que el Estado que recurra a acciones armadas contra los actos terroristas deberá respetar el principio de proporcionalidad.

La práctica internacional nos demuestra que tanto Israel como la República Surafricana ha invocado la legítima defensa como base jurídica para atacar las bases palestinas, en el caso del primero, o las de la SWAPO en el segundo. Las bases palestinas fueron sistemáticamente atacadas en el Líbano y el cuartel General de la OLP, que se trasladó a Túnez después de la operación "Paz en Galilea" de 1982, fue bombardeado y destruido el 1 de octubre de 1985 en una incursión de las fuerzas aéreas israelíes. Por su parte, Sudáfrica atacó en repetidas ocasiones las bases de la SWAPO en Angola, Mozambique, Zambia, Botswana y Lesotho. Acciones armadas contra grupos que llevaban a cabo actos terroristas se han desarrollado igualmente en América Central. Pero el caso más polémico fue el bombardeo sobre Libia el 15 de abril de 1986 por parte de la aviación estadounidense a raíz de varios atentados en Roma, Viena y en una discoteca berlinesa. Mientras que los Estados Unidos invocaron la legítima defensa, muchos otros Estados condenaron la acción estadounidense³⁹. Este puede ser un ejemplo de una respuesta armada *desproporcionada*. Otro caso polémico y reciente ha sido el bombardeo por parte también de la

38. Sobre estos aspectos, véase el comentario realizado por RAMÓN CHORNET, C.: *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*, op. cit., pp. 279 y ss.

39. A este respecto, ver nuestros comentarios en: *El marco internacional en materia de uso de la fuerza*, op. cit., pp.280-292.



aviación estadounidense de Sudán y Afganistán a raíz del atentado contra las Embajadas de los Estados Unidos en Kenia y Somalia en 1998⁴⁰.

Cabe resaltar que las acciones armadas contra los grupos armados que llevan a cabo actos terroristas han ido adquiriendo, si no una aceptación expresa, sí al menos una tolerancia tácita. Nunca el Consejo de Seguridad ha condenado tales intervenciones, aunque, todo hay que decirlo, a causa del derecho de veto. En cuanto a la Corte Internacional de Justicia, aunque calificó, en el asunto de los rehenes estadounidenses en Teherán, el fiasco de la operación militar intentada por el ex-Presidente Carter durante la noche del 24-25 de abril de 1980 para liberar a los rehenes como inoportuna, tampoco la condenó⁴¹.

Un paso importante, no se sabe si hacia adelante o hacia atrás (todo dependerá del punto de vista desde el que se mire), en el análisis de esta cuestión a nivel jurídico internacional ha sido dado en el denominado caso "Lockerbie" en el que tanto el Consejo de Seguridad como la Corte Internacional de Justicia se han visto implicados⁴². En realidad, el Consejo de Seguridad, ya se ocupó también en el caso de Irak de la cuestión del terrorismo en la Resolución 687 del 3 de abril de 1991, en cuyo apartado G, párrafo 32 se exige que Irak informe al Consejo que no cometerá ni apoyará ningún acto de terrorismo internacional ni permitirá que funcione en su territorio ninguna organización orientada hacia la realización de tales actos, y que condene inequívocamente y renuncie a todos los actos, métodos y prácticas propios del

40. Conviene resaltar que Sudán ya había sido objeto de sanciones por parte del Consejo de Seguridad por su apoyo al terrorismo sobre la base de las resoluciones 1044, 1094 y 1070 de 1996. Esta última impone el embargo de armas.

41. Cfr. *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats Unis à Téhéran*, C.I.J. *Recueil*, 1980, p. 17, par. 32 y pp. 43-44, par. 93-94. Ver también NGUGEN QUOC DINH, DAILLIER, P. y PELLET, A.: *Droit international public*. París, L.G.D.J., 6ª ed., 1999, p. 909.

42. La abundante literatura existente sobre este asunto demuestra su enorme interés y refleja la existencia de pareceres encontrados sobre las numerosas y complejas cuestiones que en él se suscitan. Cfr. para las órdenes sobre medidas provisionales, FRANCK, T.M.: "The 'Powers of Appreciation'. Who Is the Ultimate Guardian of the United Nations Legality", *A.J.I.L.*, 1993, pp. 519-523; GOWLAND-DEBBAS, "The Relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the Lockerbie Case", *A.J.I.L.*, 1994, pp. 643-677; TOMUSCHAT, C.: "The Lockerbie Case before the International Court of Justice", 48 *The Review (International Commission of Jurists)*, 1992, pp. 38-48. En cuanto a la sentencia sobre la competencia, cfr. SOREL, J.M.: "Les arrêts de la C.I.J. du février 1998 sur les exceptions préliminaires dans les affaires dites de Lockerbie: et le suspense demeure...", *R.G.D.I.P.*, 1998, pp. 685-722.



terrorismo. Conviene resaltar, sin embargo, que en este caso el Consejo de Seguridad no fundamentó su acción en el Capítulo VII.

Pero las cosas van efectivamente a cambiar en el caso Lockerbie en donde el Consejo de Seguridad va a vincular el terrorismo internacional con la seguridad colectiva prevista por la Carta en las resoluciones 748, de 31 de marzo de 1992, y 883, de 11 de noviembre de 1993. Conviene señalar sin embargo que, con anterioridad a estas resoluciones, el Consejo de Seguridad había adoptado la resolución 731, de 21 de enero de 1992, en la que se muestra profundamente preocupado por los actos de terrorismo internacional, pidiendo al mismo tiempo al Gobierno libio que coopere plenamente en la determinación de las responsabilidades en los actos terroristas cometidos contra los vuelos 103 de la PANAM y 772 de la UTA⁴³. Después de esta resolución, el asunto va a adoptar nuevos derroteros a partir del momento en que Libia presenta, el 3 de marzo de 1992, sendas demandas ante la Corte Internacional de Justicia contra los Estados Unidos y el Reino Unido referentes a la interpretación y aplicación del Convenio de Montreal de 23 de septiembre de 1971 sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación, en las que se solicitaba la adopción de medidas cautelares según lo previsto en el artículo 41 de su Estatuto. Las audiencias ante la Corte finalizaron el 2 de marzo y, tres días después, el Consejo de Seguridad adoptó, como ha yemos indicado, la resolución 748 en la que declara:

... Reafirmando que, de conformidad con el principio enunciado en el párrafo 4 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar o instigar actos de terrorismo en otro Estado, ayudar a tales actos, participar en ellos o consentir actividades organizadas en su territorio para la comisión de tales actos, cuando impliquen la amenaza o el uso de la fuerza... Declarando en este contexto que el hecho de que el Gobierno de Libia no demuestre mediante acciones concretas su renuncia al terrorismo y, en particular el hecho de que continúe sin responder completa y efectivamente a las peticiones formuladas en la resolución 731 (1992) constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales... Actuando con arreglo al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, 1. Decide que el Gobierno de Libia debe cumplir ahora, sin ninguna nueva demora, el párrafo 3 de la Resolución 731 (1992)...

43. Ya se sabe que en este asunto, tanto los Estados Unidos como el Reino Unido requerían la entrega de dos presuntos terroristas libios.



2. Decide también que el Gobierno de Libia debe comprometerse definitivamente a poner fin a todas las formas de acción terrorista y a toda asistencia a grupos terroristas y ha de demostrar prontamente, mediante actos concretos, su renuncia al terrorismo. 3. Decide que el 15 de abril de 1992 todos los Estados adoptarán las medidas que se indican a continuación...

Esta resolución, dejando aparte las condiciones de su adopción, es importante por los cuatro elementos siguientes. En primer lugar, el Consejo de Seguridad vincula los actos de terrorismo al artículo 2, párrafo 4 de la Carta. Segundo, la falta de cooperación de Libia para responder a las peticiones formuladas en la resolución 731 es considerada por el Consejo como una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. Tercero, el Consejo actúa con arreglo al Capítulo VII de la Carta. Por último, se adoptan sanciones rigurosas que serían incluso ampliadas después en la Resolución 883 al congelar los fondos libios, junto con otras medidas. Esta resolución produjo una parálisis física y cerebral de la Corte Internacional de Justicia, quien en su decisión de 14 de abril de 1992 se limitó a decir, por once votos contra cinco, lo siguiente:

"Whereas both Libya and the United Kingdom, as Members of the United Nations, are obliged to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with Article 25 of the Charter; whereas the Court, which is at the stage of proceedings on provisional measures, considers that prima facie this obligation extends to the decision contained in resolution 748 (1992); and whereas, in accordance with Article 103 of the Charter, the obligations of the Parties in that respect prevail over their obligations under any other international agreement, including the Montreal Convention"⁴⁴.

La citada resolución ha sido objeto de una gran polémica. Para el Profesor Remiro, el Consejo de Seguridad ha actuado probablemente "*ultra vires*"⁴⁵, mientras que la Profesora Orihuela habla de "paradigma de 'incon-

44. Cfr. *C.I.J. Recueil*, 1992, p. 16, par. 39.

45. Cfr. REMIRO BROTONS, A.: *Civilizados, bárbaros y salvajes en el nuevo orden internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, p. 176 y bibliografía allí citada. Del mismo autor, *Derecho Internacional, op. cit.*, pp. 953-954.



trolable' abuso de poder"⁴⁶. Puedo compartir estas opiniones ya que no seré yo el adalid defensor del Consejo de Seguridad. No es la primera vez que el Consejo adopta decisiones criticables o, lo que puede ser peor, ni se ocupa del caso. Sin embargo, ¿por qué algunos se aferran a defender en otros casos similares las acciones o abstenciones del mismo Consejo? Es obvio que el Consejo de Seguridad casi no ha funcionado hasta 1990 y después en general lo ha hecho bajo el peso específico o la hegemonía de los Estados Unidos. Pero esto en unos casos y en otros, y por lo tanto no sirve escudarse en el Consejo sólo cuando a uno le conviene.

Dicho esto, no quisiéramos terminar este apartado sin resaltar que, a pesar de lo criticable que pueda ser la actuación del Consejo de Seguridad en este caso, una cosa está clara: la comunidad internacional ni puede ni debe dejar sin respuesta los actos terroristas. En el caso libio, conviene resaltar que el Gobierno de este país no hizo nada por amainar la tormenta que se leavecina al calificar al Coronel Gadafi a los autores de los ataques llevados a cabo el 27 de diciembre de 1985 en Roma y Viena contra las líneas aéreas israelíes de "heroicos", al mismo tiempo que afirmaba en declaraciones públicas: *"We have the right to fight America, and we have the right to export terrorism to them"*⁴⁷. Se puede pensar lo que se quiera. Que la respuesta estadounidense fue desproporcionada, sí. Pero no conviene ignorar que a pesar de que los Estados se negaron a difundir las eventuales pruebas de la participación "directa y precisa" de Libia en los actos terroristas, Libia tampoco aportó pruebas de que tuviera las manos limpias. En nuestra opinión, siempre que no se trate de acciones esporádicas, los actos terroristas de una determinada dimensión constituyen una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales y constituyen además una violación del artículo 2, párrafo 4 de la Carta, siempre que se den las condiciones anteriormente señaladas. Desde esta perspectiva, las acciones que se han tomado contra Sudán por el propio Consejo de Seguridad sobre la base de las resoluciones 1044, 1054 y 1070 de 1996 por su apoyo al terrorismo nos parecen adecuadas. Por último, quisiéramos destacar que el asunto Lockerbie parece entrar en vías de solución una vez que Libia ha aceptado entregar a los dos ciudadanos libios sospechosos para que sean juz-

46. Cfr. ORIHUELA CALATAYUD, E.: "La actuación del Consejo de Seguridad de la ONU en el asunto Lockerbie: paradigma de 'incontrolable' abuso de poder", *R.E.D.I.*, 1992, pp. 395-415.

47. Cfr. INTOCCIA, G.F.: "American Bombing of Libya: an International Legal Analysis", *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1987, pp. 182 y 190.



gados en los Países Bajos, aunque bajo jurisdicción escocesa. Así, la exigencia libia para la entrega de los sospechosos de que fueran juzgados en un país neutral ha sido pues aceptada. En cuanto a las sanciones, quedan primero suspendidas y después de un plazo de seis meses serán anuladas. En este acuerdo, han tenido un papel importante Arabia Saudí y Sudáfrica⁴⁸.

5. *El Consejo de Seguridad y el capítulo VII de la Carta.*
¿Aplicación efectiva o violación despiadada?

La práctica del Consejo de Seguridad en los conflictos recientes ha suscitado una serie de cuestiones cuyo análisis no está exento de una cierta dosis de subjetividad. Como ya hemos señalado, la práctica del Consejo no ha sido ni homogénea ni coherente y el problema es encontrar los límites que le impone la Carta para que de la discrecionalidad no se pase a la arbitrariedad⁴⁹. Todos los internacionalistas, de una forma o de otra, habíamos criticado, antes de la Guerra del Golfo, la inactividad o pasividad del Consejo como gerente del sistema de seguridad colectiva establecido en la Carta. Después, algunos seguimos también criticándolo porque sus actuaciones parecen plantear serias dudas en torno a su legalidad, por lo menos en algunos casos. En efecto, en todas aquellas resoluciones en las que el Consejo "autoriza" el uso de la fuerza y ésta no se lleva a cabo *bajo los planes hechos por el propio Consejo con la ayuda del comité de Estado Mayor* no se está cumpliendo con lo previsto por los artículos 43, 44, 46 y 47 y, por lo tanto, se está violando tanto el tenor literal como el espíritu de la Carta⁵⁰. Esto ha ocurrido no sólo en la Guerra de

48. Cfr. *ABC*, de 6 de abril de 1999, p. 37. Sobre esta cuestión, cfr. también *infra*.

49. Esta cuestión ha sido abundantemente tratada en el Coloquio de la Academia de Derecho Internacional celebrado en La Haya, del 21 al 23 de julio de 1992. Entre las aportaciones al mismo, destacamos la de CONFORTI, B.: "Le pouvoir discrétionnaire du Conseil de Sécurité en matière de constatation d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'aggression", en: *Le développement du rôle du conseil de Sécurité (Peace-Keeping and Peace-Building) Colloque* (La Haye, 21-23 juillet 1992), Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 51-60.

50. A este respecto, cfr. HOUCK, J.W.: "The Command and Control of United Nations Forces in the Era of 'Peace enforcement'", *Duke Journal of International Law*, 1993, pp. 1-69; MARTIN, P.M.: *Les échecs du droit international*. Op. Cit., pp. 67-68; y, entre nosotros, ANDRÉS DE SANTA MARÍA, M.P.: "Réplica: cuestiones de legalidad en las acciones armadas contra Irak", *R.E.D.I.*, 1991, p. 119.



Irak-Kuwait que, como ya se sabe, tuvo una gran dimensión, sino también en el caso de Somalia, Ruanda, Haití y Albania. No sirve hacer interpretaciones maniqueas ni tergiversar la evidencia: el Consejo de Seguridad no siguió el camino previsto por el Capítulo VII para llevar a cabo estas operaciones armadas. Si el Consejo de Seguridad no cumple con los requisitos de fondo y de procedimiento que condicionan y limitan su poder, ¿qué legitimidad va a tener para condenar a los Estados que no cumplen con las decisiones por él mismo adoptadas? Si el Consejo está adoptando actos *ultra vires*, ¿están obligados los Estados por esos actos? El párrafo 2 del artículo 24 señala a este respecto que "el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas". Los poderes otorgados al Consejo de Seguridad para el desempeño de dichas funciones quedan definidos en los Capítulos VI, VII, VIII y XII". Por otro lado, según el artículo 25, "los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta". En consecuencia, si las decisiones del Consejo no se adoptan en conformidad con la Carta, los Estados no estarían obligados por ellas⁵¹.

Dicho esto, no se puede ocultar que los Estados miembros de la ONU han aceptado y cumplido en general con estas decisiones del Consejo. En esta tesitura, la cuestión que uno se puede plantear es la siguiente. Esta práctica reiterada del Consejo y aceptada por los Estados ¿podría considerarse como el origen de una norma consuetudinaria *in statu nascendi*?⁵². La cuestión tiene su enjundia. No hay que olvidar que en el seno del Consejo de Seguridad ya existen precedentes, como el de la abstención de uno de los Miembros permanentes que no equivale al veto y que no impide por tanto la adopción de la resolución. Nos enfrentamos una vez más al problema de "... *l'écart, entre les mots et les conduites*" en el ámbito de las reglas relativas al uso de la fuerza, como señaló Guy de Lacharrière⁵³. En nuestra opinión, en estos

51. Esta reflexión sobre el artículo 25 es válida no sólo para las decisiones del Consejo relativas a las acciones coercitivas del Capítulo VII, sino a todas aquellas adoptadas de acuerdo con la Carta, como señaló la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de Africa del Sur en Namibia (Sudoeste africano) a pesar de la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad. Cfr. *C.I.J., Recueil*, 1971, pp. 52-53, par. 113.

52. Sobre este particular, ver las consideraciones de ACOSTA ESTÉVEZ, J.B.-PIÑOLI y RULL, J.L., "Legitimidad, legalidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza armada contra Irak", *Anuario de Derecho Internacional*, 1994, pp. 15-46.

53. Cfr. LACHARRIERE (DE) G.: "La réglementation du recours à la force: les mots et les conduites", en: *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Méthodes*



momentos en los que tanto se habla de la Carta de la ONU hubiera sido mejor que el Consejo de Seguridad ejecutara y controlara directamente estas acciones armadas, tal y como lo prevé el Capítulo VII, porque si no nada nos indica que la proyectada reforma de la Carta se aplique mejor. El ejemplo se da con los hechos, no con las palabras. Todo esto nos lleva a otra cuestión, polémica y controvertida, que es el control de los actos del Consejo de Seguridad.

6. *¿Es posible un control de la legalidad de los actos del Consejo de Seguridad?*

La cuestión del control de la legalidad de los actos del Consejo de Seguridad no es nueva. Este tema ya se planteó en la Conferencia de San Francisco por los Estados iberoamericanos y otros países pequeños o medianos, como Bélgica y los Países Bajos, que se preocupaban por el inmenso poder que se otorgaba al Consejo e insistían en el riesgo que todo esto traía consigo en el caso en que el Consejo aplicara este poder de forma abusiva⁵⁴. El tema se dulcificó a partir del momento en que la delegación estadounidense prometió una revisión de la Carta a más tardar diez años después de su adopción, mientras que la delegación mejicana realizaba otra propuesta más concreta y más realista que consistía en que esos poderes del Consejo se le otorgaran sólo por un período probatorio de ocho años. La guerra fría se encargó después de enterrar estas preocupaciones y propuestas⁵⁵, salvo las escaramuzas que a este respecto surgieron durante la Guerra de Corea a raíz de la intervención norteamericana⁵⁶. Hoy, en el marco de lo que se ha denominado, no se sabe si bien o mal, un "nuevo orden mundial", este problema ha vuelto a surgir sobre la base de la nueva "entente" cordial entre el Este y el

d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont, París, Pedone, 1984, pp. 350-351.

54. Cfr. U.N.C.I.O., Vol. 11. Commission III, SC, doc 597, III/30 de 26 de mayo de 1945, pp. 1 y ss.

55. A este respecto, cf. BEDJAOU, M.: "Du contrôle des actes du Conseil de sécurité", en: *Nouveaux itinéraires en droit*. Hommage à François Rigaux, Bruselas, Bruylant, 1993, pp. 73 y ss.

56. Esta intervención fue aprobada *a posteriori* por las resoluciones 82-85 del 25 de junio, 27 de junio, 7 de julio y 31 de julio respectivamente del Consejo de Seguridad, en ausencia del representante soviético.



Oeste⁵⁷ en un momento álgido de reactivación del Consejo de Seguridad a causa de ciertas resoluciones adoptadas por este órgano, entre las que cabe citar las siguientes: la resolución 687 de 2 de abril de 1991 relativa a la demarcación de la frontera internacional entre Irak y Kuwait; la resolución 713 del 25 de septiembre de 1991 sobre el embargo de armas a Yugoslavia; las resoluciones 731 y 748 relativas a Libia, ya citadas; las resoluciones 808 y 827 de 22 de febrero y 25 de mayo de 1993 respectivamente relativas a la creación de un Tribunal internacional para enjuiciar los presuntos responsables de graves violaciones del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia⁵⁸; y la resolución 837 de 6 de junio de 1993 sobre Somalia.

La primera cuestión que hay que resolver cuando se trata de analizar el control de los actos del Consejo de Seguridad es saber si el Consejo está o no obligado por la Carta. Esta cuestión, a la que ya hemos respondido parcialmente con anterioridad, no plantea dudas a pesar de que los padres fundadores de la Carta renunciaron a introducir una disposición expresa que otorgara a la Corte Internacional de Justicia la autoridad suprema de interpretarla⁵⁹, impidiendo así el control de la legalidad de los actos de sus órganos. Como señaló la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva relativa a las condiciones de admisión de un Estado como miembro de las Naciones Unidas”,

57. A este respecto, cfr. BEDJAOU, M.: “Un contrôle de la légalité des actes du Conseil de Sécurité est-il possible?”, en: *Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Colloque de Rennes, op. cit.*, pp. 260-261; *Nouvel ordre mondial et contrôle de la légalité des actes du Conseil de Sécurité*, Bruylant, Bruselas, 1994; CAFLISCH, L.: “Is the International Court Entitled to Review Security Council Resolutions Adopted under Chapter VII of the United Nations Charter?”, en: *Legal Questions Arising under United Nations Decade of International Law*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1995, pp. 652 y ss.; POZO SERRANO, P., “La Corte Internacional de Justicia y las competencias del Consejo de Seguridad en el ámbito del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales”, *Anuario de Derecho Internacional*, 1998, pp. 417-542.

58. Sobre este Tribunal, cfr. DELGADO CÁNOVAS, J.B.: *Algunas cuestiones jurídicas que plantea la creación por el Consejo de Seguridad de la ONU de un Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia*, tesis de Doctorado, Universidad de Murcia, 1997.

59. A este respecto, cfr. la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia del 20 de julio de 1962 sobre “ciertos gastos de las Naciones Unidas”, en. *Recueil*, 1962, p. 68. Ver también, FERNÁNDEZ LIESA, C.: “El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho Internacional (Decisión de la Sala de Apelación, de 2 de octubre de 1995, en el Asunto Tadic-competencia”, *R.E.D.I.*, 1996, pp. 14 y ss..



“le caractère d'un organe ne peut le soustraire à l'observation des dispositions conventionnelles qui le régissent, lorsque celles-ci constituent des limites à son pouvoir ou des critères à son jugement. Pour savoir si un organe a la liberté de choisir les motifs de ses décisions, il faut se référer aux termes de sa constitution. En l'espèce, l'article 4 fixe le cadre dans lequel s'exerce cette liberté, cadre qui comporte une large liberté d'appréciation. Il n'y a donc aucune contradiction entre, d'une part, les fonctions des organes politiques et, d'autre part, le caractère limitatif des conditions prescrites”⁶⁰.

El hecho de que el Consejo esté sometido a la Carta, no quiere decir que no tenga el derecho a interpretarla. En realidad, cada órgano de la ONU dispone de este derecho, rigiendo aquí el principio de igualdad según el cual ningún órgano está sometido a otro, dejando la suficiente autonomía a cada uno de ellos para que puedan actuar en el ámbito de sus competencias. Esto no quiere decir, sin embargo, libertad absoluta o arbitrariedad, porque la propia Carta pone límites a su acción: a) determinando sus competencias; b) estableciendo los procedimientos que debe seguir para ejercerlas; c) fijando los fines y objetivos que se deben alcanzar y los principios que se tienen que respetar⁶¹.

Por otro lado, hay que resaltar que el Consejo de Seguridad también tiene que respetar el Derecho internacional general y, por supuesto, las normas de *ius cogens*. Si los Estados están obligados a respetar estas normas, no se puede entender cómo el Consejo podría estar liberado de ellas. A este respeto, no conviene ignorar que las normas de Derecho internacional general sólo pueden ser creadas por los Estados. Es cierto que el Consejo de Seguridad al adoptar actos también puede crear derecho, pero éste sólo será, ni más ni menos, un derecho de la Organización de las Naciones Unidas. Los fundadores de la Organización no invistieron a sus órganos con la función de desempeñar el papel de legisladores internacionales ni la ONU es un gobierno mundial⁶².

60. Cfr. CIJ *Recueil*, 1947-1948, p. 64.

61. *Ibid.*, p. 167-168.

62. A este respecto, es interesante la opinión del Profesor ABI-SAAB, quien señala: “Or, si le Conseil a été conçu comme un organe exécutif limité et doté de pouvoirs exceptionnels c'est pour pouvoir agir de manière expéditive et efficace dans des crises et des situations particulières. Et c'est précisément ces mêmes caractéristiques qui le rendent totalement inadapté à remplir la tâche d'articuler des normes générales pour la communauté internationale; une tâche qui demande une



En este contexto, se ha visto con buenos ojos que fuera la Corte Internacional de Justicia quien controlara los actos del Consejo. *Prima facie*, parece que nada debería impedir que el órgano judicial de las Naciones Unidas pudiera controlar la legalidad de los actos de los otros órganos de la Organización, pero el problema es en realidad más espinoso. En efecto, la Carta no ha previsto un mecanismo de control de los actos del Consejo por parte de la Corte y esto se debe a la predominancia de los elementos políticos sobre lo jurídico. Guste o no, esto es así, y sobre esta premisa se basó la Corte al señalar, en la Opinión Consultiva sobre el asunto del Sudoeste africano, que:

“Il est évident que la Cour n'a pas de pouvoirs de contrôle judiciaire ni d'appel en ce qui concerne les décisions prises par les organes des Nations Unies dont il s'agit”⁶³.

No obstante, la Corte no se privó de su libertad de apreciar la validez de la resolución 2145 (XXI) de la Asamblea General ni de las resoluciones conexas del Consejo de Seguridad. En la función no contenciosa, el problema grave que tiene la Corte es que los únicos órganos capacitados para solicitar una opinión consultiva son, según el párrafo 1 del artículo 96 del Estatuto, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad⁶⁴, y no va a ser precisamente el Consejo el que inste a la Corte para que ésta controle sus actos. Esta situación podría superarse si el Secretario General pudiera solicitar una opinión consultiva, pero esto no está recogido en la Carta, a pesar de que es uno de los órganos principales de la ONU⁶⁵, generando así uno de los ejemplos tangibles de desequilibrio entre los órganos principales. En esta situación sólo queda

longue réflexion et préparation et la plus grande participation et adhésion...”. Cfr. *le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies*. Colloque de Rennes, S.F.D.I., Paris, Pedone, 1995, p. 305. En el mismo sentido se expresa el Profesor Luigi Condorelli, *ibidem*, pp. 299-300.

63. Es decir la Asamblea General y el Consejo de Seguridad. Cfr. *Recueil*, 1971, p. 45, par. 89.

64. Sobre esta cuestión, cfr. ESPOSITO, C.D., *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 62 y ss. Ver también el desarrollo que hace la Corte en su opinión consultiva del 8 de julio de 1996 sobre “la licitud de la amenaza o del uso de armas nucleares”. C.I.J. *Recueil*, 1996, pp. 232-233, par. 10 y ss.

65. Salvo que sea autorizado para ello por la Asamblea General (art. 96 par. 2) y siempre que se trate de “opiniones consultivas que surjan dentro de la esfera de sus actividades”.



esperar que el Secretario General inste a los órganos principales a que soliciten opiniones consultivas siempre que surja alguna cuestión polémica en su ámbito de competencias. Hay que tener presente que la solicitud de una opinión consultiva tiene por objeto aclarar una cuestión sobre la que el órgano que desea adoptar una decisión tiene dudas fundadas. La opinión consultiva es pues una especie de medicina preventiva.

En la competencia contenciosa, el control de la validez de los actos de un órgano internacional puede iniciarse a partir del momento en que un Estado invoque uno de esos actos, cuya validez es puesta en duda por otro Estado. En este caso, nada se opone en teoría a que la Corte pueda pronunciarse sobre la legalidad del acto. Esta afirmación, jurídicamente válida, no ha sido la que ha seguido la Corte en el asunto del incidente aéreo de Lockerbie por las razones siguientes. En opinión de la Corte, tanto Libia como el Reino Unido “están obligados de aceptar y aplicar las decisiones del Consejo de Seguridad según el artículo 25 de la Carta”. Además, la Corte consideró que “según lo previsto en el artículo 103 de la Carta, las obligaciones de las partes a este respecto prevalecen sobre sus obligaciones en virtud de cualquier otro acuerdo internacional, incluyendo el convenio de Montreal”⁶⁶. La Corte iba a seguir con sus argumentos, señalando que si en este momento del procedimiento “no tiene, pues, que pronunciarse definitivamente sobre el efecto jurídico de la Resolución 748 ...” sin embargo “cualquiera que haya sido la situación ante la adopción de esta Resolución, los derechos que Libia dice tener del Convenio de Montreal no pueden ahora ser considerados como derechos que convendría proteger adoptando medidas cautelares”⁶⁷. La Corte pues, a pesar del perjuicio resultante para Libia de la aplicación de la resolución 748⁶⁸, no ejerció su poder de control sobre la legalidad de la adopción de la resolución precitada, remitiendo esa posibilidad de “pronunciarse definitivamente sobre los efectos jurídicos” de la resolución 748 a la fase sobre el fondo del asunto. El 27 de febrero de 1998 la Corte se pronunció, rechazándolas, sobre las excepciones

66. Cfr. C.I.J. *Recueil*, 1992, p. 15, par. 39. Hay que resaltar que la invocación del artículo 103 fue considerado como superfluo por los jueces que se sumaron a la Declaración común (ibid., pp. 24-25) y que votaron con la mayoría al señalar: “Ainsi, la Convention de Montréal qui, à notre avis, était applicable en l’espèce, n’interdisait pas à la Libye de refuser aux Etats-Unis et au Royaume-Uni l’extradition des accusés”.

67. *Ibidem*, p. 15, par. 40.

68. *Ibidem*, p. 14, par. 35.

preliminares presentadas por Estados Unidos y el Reino Unido⁶⁹ y se remitió nuevamente al análisis sobre el fondo del asunto. En realidad, las sentencias sobre las excepciones preliminares, no sólo no aportan nuevos elementos de juicio sobre la cuestión sino que parecen mostrar un retroceso de la Corte frente a sus afirmaciones en las ordenanzas sobre medidas provisionales. En efecto, la Corte parece reprocharse haber recurrido a la interpretación conjunta de los artículos 25 y 103 en fase de medidas provisionales, porque se trata de un razonamiento más propio de un pronunciamiento sobre el fondo, y evitó cuidadosamente toda incursión en lo que pudiera guardar una conexión con la sustancia del caso⁷⁰. Habrá que esperar, por lo tanto, a la sentencia sobre los méritos del caso para comprobar si la Corte entra o no en el análisis de la legalidad de la resolución concernida. El enfoque recibido por la cuestión permitiría augurar que probablemente no lo hiciera. Además, el reciente acuerdo por el que Libia ha accedido a entregar –y ha entregado ya– a los sospechosos libios para que sean juzgados por un tribunal escocés en territorio de los Países Bajos, aporta un elemento de incertidumbre sobre el desarrollo ulterior del procedimiento: el levantamiento del embargo⁷¹ tal vez decida a Libia a desistir de la instancia.

Otro caso en el que se ha planteado esta cuestión ha sido en el de *la aplicación de la convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio*⁷². En efecto, en su segunda demanda de medidas cautelares Bosnia-Herzegovina solicitó a la Corte que declarara la Resolución 713, que imponía el embargo de armas sobre todo el territorio de la antigua Yugoslavia, no aplicable al Gobierno bosnio porque iba en contra del derecho de legítima defensa previsto en el artículo 51 de la Carta e imposibilitaba al mismo tiempo a Bosnia-Herzegovina a prevenir el genocidio y defender su pueblo

69. *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie, exceptions préliminaires, arrêt du 27 février 1998*, par. 51 y 53.3 en la sentencia relativa al Reino Unido y par.50 y 53.3 en la sentencia referente a Estados Unidos.

70. *C.I.R. Recueil 1998, arrêt du 27 février 1998 (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, par. 50. Cfr. en este sentido, POZO SERRANO, P., en "La Corte Internacional de Justicia y las competencias del Consejo de Seguridad en el ámbito del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales", *op. cit.* pp. 514-521.

71. Cfr. la Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad 8 de abril de 1999 (S/PRST/1999/10) en relación con la Resolución 1192 (1998) 27 de agosto de 1998, del Consejo.

72. *C.I.J. Recueil, 1993, op. cit.*, pp. 3 y ss. y 325 y ss.



contra los actos genocidas serbios⁷³. La Corte no siguió sin embargo el razonamiento bosnio, destacando que si bien es cierto que tiene, en virtud del artículo 41 de su Estatuto, la facultad para indicar las medidas cautelares que deben tomarse para proteger los derechos de cada una de las partes, la solicitud bosnia no entra en el ámbito de aplicación de la precitada disposición⁷⁴. Esta cuestión perdería su importancia a raíz del Acuerdo de paz de Dayton de 21 de noviembre de 1995 y a causa de la resolución 1021 de 22 de noviembre del mismo año del Consejo de Seguridad que levanta el embargo, por lo que iba a desaparecer en las posteriores fases judiciales.

Las ordenanzas de la Corte en el caso Lockerbie han recibido críticas acerbas por parte de un importante sector doctrinal. Sin embargo, este mismo sector doctrinal, que pone en duda la legalidad de la Resolución 748, es el que se escuda en el mismo Consejo de Seguridad para quitar cualquier posibilidad de maniobra a los Estados cuando son éstos los que tienen, en último término, más capacidad para controlar la legalidad de los actos del Consejo. En el estado actual del Derecho internacional, pertenece al Consejo de Seguridad determinar la existencia de una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales y la Corte no puede sustituirse al Consejo. Además, ¿quién puede afirmar que la Corte puede evaluar mejor esas situaciones que el Consejo?⁷⁵. En las ordenanzas del 14 de abril de 1992, la Corte estimó que, en esa situación, el Consejo de Seguridad estaba más capacitado que ella para decidir si era oportuno o no adoptar esa resolución y nada más. ¿Qué hay de malo en ello? No se trata de que la Corte abdique en favor del Consejo o que aquélla sustituya a éste, sino que lo importante es desarrollar una estructura integrada que habrá que examinar caso por caso. Sólo de esta forma se podrá llegar a reforzar la cooperación entre estos dos órganos sin que ninguno de ellos tenga que verse influido en el ámbito propio de sus competencias.

73. Cfr. *Ibidem*, pp. 344-345, par. 41.

74. *Ibidem*.

75. En efecto, como destacan algunos autores, admitir la existencia de límites al poder de apreciación del Consejo de Seguridad no significa necesariamente que la Corte sea competente para entrar en ese terreno. Cfr. POZO SERRANO, P., "La Corte Internacional de Justicia y el Consejo de Seguridad en el ámbito del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales", *op. cit.*, pp. 518-519, n. 303). Esta es la postura que adopta el juez Schwebel en su opinión disidente a las sentencias sobre las excepciones preliminares en el asunto Lockerbie y que también se apunta en la opinión individual de Schahabuddeen a las órdenes sobre medidas provisionales (C.I.J. *Recueil* 1992, p. 32).



III. EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA AMENAZA O EL USO DEL ARMA NUCLEAR

Parece extraño que después de más de cincuenta años que la comunidad internacional conoce los efectos destructores del arma nuclear, ésta se pregunte ahora sobre la licitud o ilicitud de este arma en el Derecho internacional, máxime cuando todo el período de la guerra fría se ha basado en lo que se denominó la fuerza de disuasión nuclear. Si la comunidad internacional ha vivido con el arma nuclear durante todo este tiempo, arma que se ha extendido por cierto considerablemente, ¿qué razones existen hoy día para plantear la cuestión de su legalidad o ilegalidad en el Derecho internacional?⁷⁶ Esta pregunta se puede justificar si se parte de la premisa, que nos parece correcta, de que la fuerza debe estar sometida al Derecho⁷⁷, a pesar de toda la complejidad que encierra el arma nuclear. Desde esta perspectiva, se comprende la oposición que esta cuestión ha suscitado entre los Estados dotados del arma nuclear y aquellos desprovistos de ella, división que ha encontrado su momento más álgido en 1995 a raíz de la reanudación de los ensayos nucleares franceses. Fue en este contexto de confrontación jurídica y política cuando la Organización Mundial de la Salud (OMS), el 3 de septiembre de 1993, y la Asamblea General de la ONU, el 6 de enero de 1995, solicitaron a la Corte, respectivamente, que se pronunciara sobre las dos cuestiones siguientes: a) "Tomando en consideración los efectos de las armas nucleares sobre la salud y el medio ambiente, ¿su uso por un Estado en el transcurso de una guerra o de otro conflicto armado constituiría una violación de sus obligaciones en

76. En realidad, los orígenes de todo este asunto, que terminaría ante la Corte, arrancan de un Proyecto de Corte Mundial sobre las Armas Nucleares y el Derecho Internacional que se lanzó en mayo de 1992 y que fue impulsado por tres organizaciones no gubernamentales: "The International Association of Lawyers Against Nuclear Arms, the International Physicians for the Prevention of Nuclear War and the International Peace Bureau". Estas organizaciones realizarían después un gran trabajo con el fin de persuadir a los Estados, sobre todo del Tercer Mundo, a que apoyaran una resolución en la Asamblea General de la ONU y en la de la Organización Mundial de la Salud en la que se solicitara una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia. A este respecto, cfr. GRIEF, N.: *The World Project on Nuclear Weapons and International Law*. 1993, Preface y p. 15, en donde se analiza los objetivos que se planteaban solicitando la opinión consultiva. Ver también, *CIJ, Recueil*, 1996, opinión individual del Juez M. Guillaume, p. 287, par. 2.

77. Cfr. VIRALLY, M.: "Sur la prétendue primitivité du droit international". En, *Le droit international en devenir*, Ginebra PUF, 1990, p. 95.



relación con el Derecho internacional, incluida la constitución de la OMS?"; b) "¿Autoriza el Derecho internacional en alguna circunstancia la amenaza o el uso de armas nucleares?"

La solicitud formulada por la O.M.S. fue desestimada por la Corte, al considerar que las cuestiones relativas a la amenaza o al uso de la fuerza, la reglamentación de los armamentos y el desarme son competencia de las Naciones Unidas y por lo tanto están fuera del ámbito de competencia de las organizaciones especializadas, entre las que se encuentra la OMS⁷⁸. No fue este el caso con la solicitud formulada por la Asamblea General en la que la Corte se iba a declarar competente⁷⁹, adoptando una de las opiniones consultivas más polémicas y controvertidas. No cabe duda que será también tergiversada por aquellos que querían que la Corte dijera lo que no ha dicho o lo que no podía decir, porque al fin y al cabo no hay que olvidar que la comunidad internacional ha vivido con el arma nuclear durante más de cincuenta años⁸⁰ y que los Estados nucleares no son cuatro Estados desharrapados del mundo en el que vivimos⁸¹.

La opinión consultiva de la Corte ha suscitado ya comentarios por parte de la doctrina⁸², así como reacciones de gozo o de tristeza por parte de varios

78. Cfr. C.I.J. "Licéité de l'utilisation des armes nucléaires, par un Etat dans un conflit armé. Opinión consultiva del 8 de julio de 1996, *Recueil*, 1996, p. 66.

79. Cfr. C.I.J. "Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. Opinión consultiva del 8 de julio de 1996, *Recueil*, pp. 226 y sgs., par. 10-26. Ver también el texto en *International Legal Materials*, 1996, 809 y ss.

80. A este respecto, cfr. la opinión disidente del Juez Schwebel, p. 312.

81. Como señala el Juez Schwebel, "This nuclear practice is not a practice of a lone and secondary persistent objector. This is not a practice of a pariah Government crying out in the wilderness of otherwise adverse international opinion. This is the practice of five of the world's major Powers, of the permanent members of the Security Council, significantly supported for almost 50 years by their allies and other States sheltering under their nuclear umbrellas. That is to say, it is the practice of States –and a practice supported by a large and weighty number of other States– that together represent the bulk of the world's military and economic and financial and technological power and a very large proportion of its population. This practice has been recognized, accommodated and technological power and a very large proportion of its population. This practice has been recognized, accommodated and in some measure accepted by the international community. That measure of acceptance is ambiguous but not meaningless...". *Ibid.*

82. A este respecto, y sin ánimo de exhaustividad, cfr. entre nosotros, GARCÍA RICO, E.: *El uso de las armas nucleares y el Derecho internacional*, Madrid, Tecnos, 1999, 190 pp.; *La licitud del uso de las armas nucleares en los conflictos armados. IV Jornadas de Derecho Internacional Humanitario*, Universidad de



Estados⁸³. En este contexto, no es extraño que la cuestión de las armas nucleares siga estando por mucho tiempo sobre el tapete de la comunidad científica internacional.

1. *El Derecho internacional en materia de uso de la fuerza y el arma nuclear*

Los argumentos en favor y en contra del arma nuclear fueron expuestos al detalle ante la Corte por los Estados que estaban divididos en dos grupos: los

Sevilla, 1997; PONS RAFOLS, X.: *Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, Barcelona, Asociación para las Naciones Unidas en España, 1997, pp. 5-18, y pp. 19-70, texto español de la opinión consultiva; POZO SERRANO, M^a P.: "La licitud de la amenaza o del uso de las armas nucleares: la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996", *Revista Española de Derecho Militar*, 1997/1, p. 249-280; RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J.L., "El Dictamen consultivo del Tribunal Internacional de Justicia sobre la licitud del arma nuclear", *Idem*, 1998/1, pp. 91-180. Fuera de nuestras fronteras, cfr. AKANDE, D.: "Nuclear Weapons Advisory Opinion of the International Court", *B.Y.B.I.L.*, 1997, pp. 165-218; BECKER, H.F.: "Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons", *A.J.I.L.*, 1997, pp. 126-133; COUSSIRAT-COUSTÈRE, V.: "La licéité des armes nucléaires en question", en *Le droit international des armes nucléaires*. Bajo la dirección de Serge Sur. Journée d'études de la SFDI, París, 1998, pp. 93-110; FALK, R.: "Nuclear Weapons, International Law and the World Court: A Historic Encounter". *A.J.I.L.*, 1997, pp. 64-74, GRIEF, N.: "Legality of the Threat ou Use of Nuclear Weapons", *I.C.L.Q.*, 1997, pp. 681-688; KOHEN, M.G., "L'avis consultatif de la C.I.J. sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires et la fonction judiciaire", *European Journal of International Law*, 1997/2, pp. 337-362; KOSKENNIEMI, M.: "Faith, Identity, and the Killing of the Innocent: International Lawyers and Nuclear Weapons", *Leiden Journal of International Law*, 1997, pp. 137-162; MATHESON, M.: "The Opinions of the International Court of Justice on the Threat or Use of Nuclear Weapons", *A.J.I.L.*, 1997, pp. 417-435; MILLET, A.S.: "Les avis consultatifs de la Cour internationale de Justice du 8 juillet 1996", *R.G.D.I.P.*, 1997, pp. 141-175; QUENEUDEC, J.P.: "E.T. a le C.I.J.: Méditation d'un extra-terrestre sur deux avis consultatifs". *R.G.D.I.P.* 1996, pp. 907-914; y *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 1997, núm. 823, número especial con estudios de Yves Sandoz, Luigi Condorelli, Eric David, Louise Doswald-Beck, etc., pp. 4-126.

83. A este respecto, sólo queremos resaltar la declaración de las autoridades francesas según las cuales la opinión de la Corte no ponía en duda su doctrina nuclear que sólo tiene un carácter disuasivo y defensivo con el fin de prohibir que se pongan en peligro los intereses vitales del país. Cfr. Comunicado del Ministerio de Asuntos Exteriores francés del 8 de julio de 1996, *Documents d'actualité internationale*, 1996, n° 17, p. 697.



partidarios del arma nuclear, entre los que se encontraban los Estados Unidos, la Federación Rusa, Francia y el Reino Unido y los contrarios a este arma, entre los que cabe destacar Australia, Egipto, la India (potencia nuclear), las Islas Salomón y Nauru. Además, la Corte y los propios magistrados recibieron una cantidad inmensa de cartas de organizaciones no gubernamentales hostiles a las armas nucleares que defendían sus tesis apoyándose en los argumentos ya expuestos en la resolución de la Asamblea General 1653 (XVI) de 24 de noviembre de 1961 sobre la prohibición del uso de armas nucleares y termonucleares, defendidos por la antigua U.R.S.S.⁸⁴. Estaban presentes pues las dos perspectivas que tenemos en otros sectores del Derecho internacional: los partidarios de la *lex lata* y los de la *lex ferenda*. ¿Qué dijo la Corte?

Por unanimidad, la Corte declaró que:

A) “No existe en el Derecho internacional consuetudinario ni en el Derecho de los tratados ninguna autorización concreta para recurrir a la amenaza o al empleo de las armas nucleares”:

B) Por once votos contra tres:

“En el Derecho internacional consuetudinario y en el Derecho internacional convencional no existe ninguna prohibición general ni universal de la amenaza ni el empleo de las armas nucleares como tales”.

En estos dos párrafos la Corte no parece esclarecer nada al respecto, dejando las clásicas dudas sobre la posibilidad de aplicar o no el principio de que lo que no está prohibido por el Derecho internacional, está permitido. No obstante, la Corte no está tan perdida como a primera vista pareciera serlo. No hay que olvidar que algunos Estados, como Australia, defendieron que la cuestión de la licitud de la amenaza o del uso de armas nucleares es un sector

84. La opinión que tiene la Corte sobre el valor jurídico de las resoluciones en esta materia es sumamente interesante, al señalar en el párrafo 71 lo siguiente: “Examinadas en su conjunto, las resoluciones de la Asamblea General que se han presentado ante la Corte declaran que el empleo de armas nucleares constituye ‘una violación directa’ de la Carta de las Naciones Unidas y en algunos casos establecen que ‘debería prohibirse’ su uso. Esas resoluciones que se están examinando en el presente caso han sido aprobadas con numerosos votos en contra y abstenciones; así, aunque son un claro indicio de la profunda preocupación que existe con respecto al problema de las armas nucleares, todavía distan de establecer la existencia de una *opinio juris* sobre la ilegalidad del empleo de esas armas”.



en el que el Derecho internacional consuetudinario conoce una rápida evolución, existiendo unos elementos que tienden a probar que las armas que tienen efectos tan potencialmente perniciosos sobre el medio ambiente, así como sobre la población y los objetivos civiles, no son compatibles con los imperativos de la conciencia pública⁸⁵.

La Corte elimina esta tesis dejando bien claro que "... la práctica de los Estados demuestra que la ilegitimidad del uso de ciertas armas en sí no se deriva de una ausencia de autorización sino que, por el contrario, está formulada en términos de prohibición"⁸⁶, siendo la pauta hasta ahora el "que las armas de destrucción en masa hayan sido declaradas ilegales mediante instrumentos específicos...", para dejar claro después, una vez que ha citado los instrumentos más recientes, que "... no encuentra ninguna prohibición específica del recurso a las armas nucleares en los tratados que prohíben expresamente el uso de ciertas armas de destrucción en masa"⁸⁷. La Corte parece adoptar pues en este ámbito, la tesis de que la amenaza o el empleo del arma nuclear, como no están expresamente prohibidos, están permitidos, no por una aplicación restrictiva de este principio, sino porque tratándose de las armas de destrucción de masa se parte de la premisa de que la prohibición de una de estas armas se ha hecho siempre sobre la base de un instrumento jurídico concreto. El hilo conductor de razonamiento de la Corte nos parece lógico, aunque no sea del gusto de todos⁸⁸.

Lo único que está diciendo la Corte es el derecho existente, que para algunos puede que no sea justo, que sea ambiguo, contradictorio, etc., pero es el derecho que tenemos. Un especialista en esta materia señalaba de forma contundente, en 1982, lo siguiente:

"Cette menace (del arma nuclear) n'est pas interdite par le droit international. Elle ne l'est pas, tout d'abord, cela va de soi, pour ce qui est

85. Cfr. Doc. CR. 95-22, p. 47, exposición oral de Australia.

86. Cfr. par. 52 *in fine* de la Opinión consultiva.

87. *Ibidem*, par. 57.

88. Por ejemplo, el Profesor Pons Rafols señala: "Y como hace falta una prohibición específica para deducir la ilicitud, el Tribunal se ocupa de verificar –cambiando la pregunta original de la Asamblea y la reformulación que él mismo había hecho– si existe en Derecho Internacional una prohibición de recurrir a las armas nucleares. Aunque la inútil búsqueda de una prohibición jurídica concreta sólo cabe imputarla a una forma extrema de positivismo de la que el Tribunal –y ello era un mérito– en muchas otras ocasiones no ha hecho precisamente gala". Cfr. "La opinión consultiva...", *op. cit.*, p. 13.



des formes d'emploi des armes atomiques qui sont licites. Mais le droit international ne défend pas non plus, quoi qu'il faille en penser du point de vue moral et au point de vue logique, le fait de menacer un agresseur virtuel de riposter à son agression, menée avec des armes classiques, en recourant a des attaques nucléaires, sans distinguer entre celles qui seraient licites et celles qui ne le seraient pas"⁸⁹.

Pretender, como señala el Profesor Condorelli, "que el derecho sería mejor que lo que realmente es, sólo sirve para alimentar ilusiones apaciguadoras, pero irrealistas, y conlleva incluso el riesgo (como ocurre siempre en caso de mistificación) de ser extremadamente pernicioso: se daría al legislador internacional una especie de *satisfecit* que —hay que decirlo alto y fuerte— en absoluto se merece"⁹⁰.

Una vez que la Corte constata que no hay ninguna norma general o convencional, que autorice o prohíba expresamente la amenaza o el empleo de armas nucleares, y habiendo excluido previamente la aplicabilidad de las normas sobre derechos humanos⁹¹ y de las normas sobre protección del medio ambiente⁹², la Corte forzosamente tenía que dirigirse a lo que ella denomina

89. Cfr. MEYROWITZ, H.: "Le débat sur le non-recours en premier aux armes nucléaires et la Déclaration soviétique du 15 juin 1982", *A.F.D.I.*, 1982, p. 157.

90. Cfr. CONDORELLI, L.: "La Cour internationale de Justice sous le poids des armes nucléaires. *jura non novit curia*", *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 1997, p. 15.

91. A este respecto, los que defendían la tesis de la ilicitud del empleo de armas nucleares sostuvieron que ese empleo constituiría una violación del derecho a la vida tal y como está garantizado en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta tesis fue rechazada contundentemente por la Corte, al señalar "... que un caso de pérdida de vida, a causa del empleo de un arma determinada en una situación de guerra... es cosa que sólo se puede decidir por remisión al derecho aplicable en caso de conflicto armado y no por deducción de las disposiciones del Pacto" (par. 25). Lo mismo ocurriría con los argumentos de algunos Estados que invocaban la prohibición de genocidio contenida en el artículo 11 de la Convención de 9 de diciembre de 1948. Para la Corte, dicha prohibición sería pertinente sólo en el caso en que el recurso a las armas nucleares entrañara "el elemento de intención respecto de un grupo como tal que se prevé en la disposición citada...". No obstante, "... sólo se podría llegar a esa conclusión tras considerar debidamente las circunstancias propias de cada caso..." (par. 26).

92. Algunos Estados señalaron que el uso de armas nucleares sería ilegal en virtud de las normas vigentes de protección medioambientales, normas a las que la opinión consultiva hace alusión en los párrafos 27 y ss. La Corte iba a rechazar también estos argumentos, aunque dando una respuesta mucho más mitigada y condicionada que en materia de derechos humanos, al señalar "... que aunque el derecho



“normas aplicables más pertinentes con respecto a la cuestión que se le ha planteado”, es decir, “las relativas al uso de la fuerza consagradas en la Carta de las Naciones Unidas y el derecho aplicable a los conflictos armados...”⁹³.

1.1. *El artículo 2, párrafo 4 de la Carta y el arma nuclear*

La Corte tenía forzosamente que examinar la cuestión planteada a la luz de los meandros clásicos del *ius ad bellum* y, en nuestra opinión, lo hace con rigor. No hay que olvidar que un número importante de instrumentos que regulan esta materia tienen la coletilla según la cual “nada de lo dispuesto en... se interpretará en el sentido de que amplía o restringe en forma alguna el alcance de la Carta”⁹⁴. El camino de las disposiciones de la Carta era pues obligado y lo hace partiendo de las características peculiares de las armas nucleares que destacan por su gran capacidad destructora para el presente y el futuro, al señalar: “la radiación liberada por una explosión nuclear tendría efectos nocivos sobre la salud, la agricultura, los recursos naturales y la demografía, y ello sobre espacios muy extensos. Además, el uso de armas nucleares entrañaría un grave peligro para las generaciones venideras. La radiación ionizante sería susceptible de afectar al medio ambiente del futuro, la cadena alimentaria y el ecosistema marino y provocar taras genéricas y enfermedades a las generaciones futuras”⁹⁵.

Estos elementos devastadores no amilanaban a la Corte cuya misión es decir el derecho. Así pues, después de analizar las disposiciones de la Carta en esta materia, la Corte constata que

“... Esas disposiciones no se refieren a armas concretas. Se refieren a cualquier uso de la fuerza, con independencia de las armas empleadas. La

internacional vigente en materia de protección y salvaguarda del medio ambiente no prohíbe expresamente el empleo de armas nucleares, sí señala importantes factores ambientales que se deben tener debidamente en cuenta para observar los principios y normas del derecho aplicable en las situaciones de conflictos armados”. Par. 33.

93. Par. 34.

94. Ver, por ejemplo, la resolución 3314 (XXIX) sobre la definición de la agresión, par. 6, o la resolución 2625 (XXV) sobre Declaración de Principios, par. 2.

95. Cfr. Par. 35.



Carta ni prohíbe ni autoriza expresamente el uso de un arma concreta, inclusive las armas nucleares. Un arma que ya es ilícita *per se*, sea en virtud de un tratado o de la costumbre, no se vuelve lícita por utilizarse para un propósito que sea legítimo con arreglo a la Carta”⁹⁶.

Dada esta afirmación, el vínculo entre la amenaza o el empleo del arma nuclear y el artículo 2 del párrafo 4 de la Carta era evidente, lo que permitió a la Corte adoptar por unanimidad el apartado C del dispositivo, según el cual

“es ilícita la amenaza o el recurso al uso de la fuerza por medio de armas nucleares cuando se contravenga lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y no se cumplan los requisitos del artículo 51”.

Nada nuevo bajo el sol, dirán algunos. Pero, ¿qué otras disposiciones tenemos en el Derecho internacional en esta materia? Si decimos esto es porque hubo Estados que defendieron la tesis de que la simple posesión de armas nucleares constituía una amenaza ilegítima de uso de la fuerza y por lo tanto era incompatible con el artículo 2 párrafo 4⁹⁷.

La Corte no va a seguir este razonamiento y, apoyándose en los argumentos desarrollados por los Estados Unidos, Francia e Italia, va a señalar que tal cuestión va a depender de varios factores, entre los que sobresale el vínculo existente entre la amenaza y el empleo de la fuerza:

“... si el uso previsto de la fuerza es en sí ilegítimo, la afirmación de estar dispuesto a recurrir a ella sería una amenaza prohibida en virtud del párrafo 4 del artículo 2... Los conceptos de ‘ amenaza’ y ‘uso’ de la fuerza con arreglo al párrafo 4 del artículo 2 de la Carta van unidos en el sentido de que, si el mismo uso de la fuerza en ciertos casos es ilícito, cualquiera que sea la razón, la amenaza de recurrir a esa fuerza será igualmente ilícita. En resumidas cuentas, para que se considere legítimo, el anuncio por un Estado de que está dispuesto a recurrir a la fuerza debe referirse a un uso de la fuerza que esté de conformidad con la Carta”⁹⁸.

96. Par. 39. Al hablar de las disposiciones de la Carta, la Corte menciona expresamente no sólo el artículo 2, par. 4, sino también los artículos 42 y 51.

97. Entre estos Estados cabe citar a Indonesia, Irán, Filipinas, Qatar, etc.

98. Par. 47.



Esta afirmación de la Corte tiene una gran importancia⁹⁹ porque, primero, aclara cuándo se puede considerar que una ‘amenaza’ está prohibida y, segundo, porque elimina ciertas ambigüedades que pueden surgir a la hora de interpretar otros instrumentos jurídicos, como puede ser la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, de 10 de octubre de 1976. Además, frente a la opinión de algunos Estados de que la posesión de armas nucleares constituye ya, *per se*, una amenaza ilegítima de uso de la fuerza, la Corte señala que no se puede sin más deducir de esta posesión “la inferencia de que existe la disposición a utilizarlas”. Es cierto, continúa la Corte, que para que una política de disuasión sea eficaz “exige que la intención de utilizar armas nucleares sea creíble”. Pero para que esto sea una “amenaza”, es imprescindible que sea contraria al párrafo 4 del artículo 2 de la Carta o, si es utilizada, como medio de defensa, es necesario que se violen los principios de necesidad y proporcionalidad¹⁰⁰.

En esas circunstancias, tanto el uso de la fuerza como la amenaza de usarla serían ilegítimas en virtud de lo dispuesto en la Carta. Por lo tanto, el uso o la amenaza de la fuerza sólo pueden ser lícitos cuando se ejerzan en el marco de la legítima defensa.

2. *La amenaza o el uso del arma nuclear en caso de legítima defensa*

La Corte, al analizar esta cuestión, lo hace con una cierta dosis de prudencia, adaptándose lo más estrictamente posible al derecho y alejándose de consideraciones ideológicas o morales. En efecto, la Corte empieza por esclarecer ciertas cuestiones eliminando algunas tesis defendidas por los que se oponían a la licitud del arma nuclear. Desde esta perspectiva, la Corte, refirién-

99. Cfr. CONDORELLI, L.: “La Cour internationale de Justice sous le poids des armes nucléaires: *jura non novit curia*”, *op. cit.*, p. 16. Para el Prof. Pons Rafols, sin embargo, “el Tribunal hace un razonamiento discutible...”. De este autor, ver *Opinión consultiva del Tribunal Internacional de Justicia...*, *op. cit.*, p. 11.

100. Par. 48. Sobre “la política de disuasión”, ver también par. 67 en el que la Corte no considera, como ya hemos señalado, que exista una *opinio iuris* que permita o prohíba a los Estados recurrir al empleo de armas nucleares. Sobre estas cuestiones, cfr. MATHESON, M.J.: “The Opinions of the International Court of Justice on the Threat or Use of Nuclear Weapons”, *op. cit.*, pp. 431-432.



dose a los tratados relativos a la protección del medio ambiente, no considera que “se haya pretendido con ello privar a un Estado del ejercicio del derecho a la legítima defensa que el Derecho internacional le reconoce...”, aunque “el respeto del medio ambiente es uno de los elementos que se han de sopesar para saber si una acción es conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad”¹⁰¹. La Corte no sacrifica pues el derecho “natural”, como dice el texto francés del artículo 51 de la Carta, de legítima defensa por consideraciones medioambientales. Y es que la Corte tiene que partir de la premisa de que el derecho de legítima defensa está sometido a ciertas limitaciones, siendo algunas de éstas inmanentes al concepto mismo de la legítima defensa y consideradas como una norma del Derecho internacional consuetudinario: se trata precisamente de los principios de necesidad y proporcionalidad¹⁰² y esta doble condición se aplica “sea cual sea el medio por el que se emplee la fuerza”¹⁰³, incluyendo las represalias bélicas¹⁰⁴.

Establecidas estas condiciones, la Corte tenía que preguntarse si el uso de armas nucleares en legítima defensa respeta el principio de proporcionalidad o no. La respuesta que da en el párrafo 42 es la siguiente:

“El principio de proporcionalidad, no puede en sí mismo excluir el uso de armas nucleares en legítima defensa en todas las circunstancias. Pero, al mismo tiempo, un uso de la fuerza que sea proporcionado con arreglo a las normas en materia de legítima defensa debe, a fin de considerarse lícito, satisfacer también las condiciones del derecho aplicable en los conflictos armados, que comprenden en particular los principios y normas del derecho humanitario”.

La primera aclaración que se impone en este texto es terminológica. Conviene resaltar que en el texto español de la Asamblea General figura el

101. Par. 30. El texto español que figura en el doc. A/51/218 en vez de “proporcionalidad” utiliza el término de “proporcional”. Pensamos claramente que se trata de un error a la luz de los textos inglés y francés.

102. Par. 40 y 41.

103. Par. 41, *in fine*.

104. Par. 46. Sobre las represalias, la Corte señala claramente que las represalias armadas en tiempo de paz son ilegítimas, aunque no tiene que examinar esa cuestión. Tampoco examina las represalias bélicas, es decir aquellas llevadas a cabo en tiempo de conflicto armado, salvo para indicar que, como la legítima defensa, estarían sometidas al principio de proporcionalidad. *Ibidem*.

texto siguiente: “El principio de proporcionalidad, pues, tal vez no excluya en sí mismo el uso de armas nucleares...”. Como se puede observar, el adverbio “tal vez” que figura en el texto español de la Asamblea General no figura ni en el texto inglés, ni en el francés que rezan así: “The proportionality principle may thus not in itself exclude the use...”; mientras que el francés evita todo adverbio al señalar que “Le principe de proportionnalité ne peut pas, par lui-même, exclure le recours...”. Vemos pues que el adverbio “tal vez” que introduce ciertas dudas¹⁰⁵ no figura en el texto original del dictamen. Hay que decir por lo tanto que para la Corte, “el principio de proporcionalidad no puede, en sí mismo, excluir el uso de armas nucleares en legítima defensa en todas las circunstancias”. Esto quiere decir que “puede” haber “circunstancias” en las que el uso de armas nucleares sea proporcional¹⁰⁶. Pero para que el uso de armas nucleares, que sea proporcional, sea lícito debe cumplir además con los principios y normas que rigen los conflictos armados. Vemos pues que la Corte establece una doble condición cumulativa: respeto del principio de proporcionalidad y cumplir con los principios y normas que rigen los conflictos armados.

Algunos jueces se refirieron expresamente al principio de proporcionalidad en sus opiniones individuales o disidentes. Tal fue el caso de los jueces Guillaume, Schwebel o Higgins para quienes los efectos de las armas nucleares pueden no ser excesivos en algunos casos extremos en relación con el objetivo militar. Estas circunstancias necesarias, señala la jueza Higgins, estarán reunidas cuando la ventaja militar esté vinculada a la supervivencia misma del Estado o que permita descartar grandes y crueles experimentos y que no haya otros medios para eliminar el objetivo militar en cuestión¹⁰⁷. Un

105. Habría que traducirla por “perhaps” en inglés o “peut-être” en francés.

106. A pesar de que algunos Estados invocaron el riesgo de una escalada nuclear, la Corte no considera que este riesgo sea tan alto como para descartar sin más el respeto del principio de proporcionalidad, cuando se usen las armas nucleares. “... La Corte no considera necesario detenerse en la cuantificación de esos riesgos ni examinar la cuestión de si existen armas nucleares tácticas que tengan precisión suficiente para limitar esos riesgos: basta que la Corte señale que la naturaleza misma de todas las armas nucleares y los graves riesgos que entrañan son otras consideraciones que también deben tener en cuenta los Estados que creen que pueden dar una respuesta nuclear en legítima defensa de conformidad con la norma de proporcionalidad”. Par. 43.

107. La Jueza Higgins dice textualmente en el párrafo 21 de su opinión disidente lo siguiente: “It must be that, in order to meet the legal requirement that a military target may not be attacked if collateral civilian casualties would be excessive in relation to the a military advantage, the “military advantage” must indeed be one related to the very survival of a State or the avoidance of infliction (whether by nuclear or other weapons of mass destruction) of vast and severe



análisis similar realiza el Juez Guillaume quien sostiene que siempre que se trate de armas nucleares de destrucción masiva (las hay también tácticas) su uso sólo podría llevarse a cabo en casos extremos¹⁰⁸. Para el Vicepresidente Schwebel, después de citar algunos ejemplos en los que el uso de las armas nucleares no tendrían los efectos devastadores a los que se ha hecho alusión¹⁰⁹, no se puede decir que el uso de tales armas vaya siempre contra el principio de la proporcionalidad, aunque reconoce que es difícil reconciliar el uso de las armas nucleares con las reglas, que rigen los conflictos armados. Todo dependerá de las circunstancias de cada caso¹¹⁰. Aquí, el adverbio “generalmente” que figura en el apartado 2 del inciso E del dispositivo es clave, porque no excluye que haya casos excepcionales. La Corte deja pues abierta siempre esta posibilidad y por lo tanto puede darse el caso de que no siempre el uso de las armas nucleares sea desproporcionado y por lo tanto contrario al Derecho internacional humanitario¹¹¹.

Hechas estas afirmaciones la cuestión crucial era saber, al fin y al cabo, si un Estado podía recurrir a la amenaza o al uso de las armas nucleares en caso de legítima defensa. El camino que va a seguir la Corte para dar una respuesta a la cuestión planteada va a ser tortuoso y poco firme, aunque en nuestra opinión va a responder afirmativamente, al menos de forma implícita. Las fases han sido las siguientes. En primer lugar, hemos visto en los párrafos 41 y 42 del dictamen que la Corte no excluye que el uso de las armas nucleares pueda ser proporcional. Segundo, este paso tan importante tenía que llevar forzosamente a reconocer que “la Corte no puede perder de vista el derecho fundamental de todo Estado a su supervivencia y, por ende, su derecho a recurrir a la legítima defensa de conformidad con el artículo 51 de la Carta cuando su

suffering on its own population; and that no other method of eliminating this military target be available”.

108. Cfr. Opinión separada, par. 5 *in fine*. “S’agissant des armes nucléaires de destruction massive, il est clair cependant que les dommages qu’elles sont susceptibles de causer sont tels que leur utilisation ne saurait être envisagée que dans des cas extrêmes”.

109. Estos serían el uso de armas nucleares en el desierto, o la destrucción por una carga nuclear de un submarino nuclear que ha lanzado o que está dispuesto a lanzar misiles nucleares. Ver Opinions disidente, pp. 320-321.

110. *Ibid*, p. 322.

111. “La Corte considera que no cuenta con elementos suficientes para llegar con toda certeza a la conclusión de que la utilización de las armas nucleares está forzosamente reñida con los principios y normas aplicables a los conflictos armados en cualquier circunstancia”.



supervivencia esté en juego"¹¹². Si el uso de las armas nucleares puede en alguna circunstancia ser proporcional, ¿por qué no se va a reconocer el derecho de legítima defensa en las circunstancias precitadas?

Por último, la Corte, después de señalar que no se puede olvidar la "política de disuasión" se refiere a las declaraciones realizadas por los Estados dotados de armas nucleares en el contexto de la prórroga del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, en los que dan garantías de seguridad a los Estados que no poseen estas armas y que son partes en dicho tratado¹¹³, salvo en caso de legítima defensa contra un ataque llevado a cabo por alguno de estos Estados aliado de una potencia nuclear¹¹⁴. Es obvio que estas declaraciones hechas en esas circunstancias generan obligaciones para dichos Estados frente a terceros, y por lo tanto se trata de auténticos actos unilaterales de los Estados dotados de armas nucleares. En este contexto, la Corte va a dar una respuesta no muy acertada, o si se quiere un poco confusa, permitiendo elucubraciones de todo tipo, al señalar, en el apartado 2 del inciso E del dispositivo que:

"No obstante, habida cuenta de la situación actual del Derecho internacional y de los elementos de hecho de que dispone, la Corte no puede pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería lícito o ilícito en circunstancias extremadas de legítima defensa, en las que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado"¹¹⁵.

112. Esta última fase del párrafo 96 es traducida en el texto de la Asamblea General "en el caso de que su supervivencia se vea amenazada", que nos parece ser menos fuerte. El texto inglés reza "When its survival is at stake", mientras que el texto francés coincide con el inglés al señalar "lorsque cette survie est en cause". En ninguno de estos dos textos figura pues la palabra "amenaza".

113. Ver par. 45 y apartado 2 del par. 96.

114. China no hizo esta reserva.

115. Este texto es casi idéntico al que figura en el par. 97 de la Opinión consultiva. Los textos inglés y francés rezan respectivamente así:

— "However, in view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake".

— "Au vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause".



La Corte no da, pues, una respuesta clara y explícita, pero si se sigue todo su razonamiento, en nuestra opinión se vislumbra una respuesta¹¹⁶ que es la siguiente: el uso de las armas nucleares por parte de un Estado no estaría prohibido por el Derecho internacional en circunstancias extremas de legítima defensa, en las que su propia supervivencia corriera peligro. Es cierto que la Corte no encuentra un límite preciso de separación entre la licitud o ilicitud del uso de las armas nucleares, pero una cosa está clara y es que la Corte no ha rechazado la tesis de los Estados según la cual el uso de tales armas en las circunstancias anteriormente expuestas no estaba prohibido. Como señala a este respecto, D. Akande, si los que defendían el proyecto de una corte Mundial sobre las Armas Nucleares y el Derecho Internacional pretendían con la Opinión de la Corte reforzar el proceso de desarme nuclear han fallado en sus objetivos:

“The Court has not affirmed the illegality of the use of nuclear weapons in all circumstances. It has indicated that there are circumstances where use of these weapons might be lawful”¹¹⁷.

Como no hay prohibición, la Corte, consciente de los efectos devastadores de las armas nucleares, va a ir por otros derroteros, para mitigar primero y eliminar después esos efectos, señalando por unanimidad en el inciso F del dispositivo que

“existe la obligación de emprender de buena fe y concluir negociaciones encaminadas al desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo un estricto y eficaz control internacional”¹¹⁸.

116. No es de esta opinión, D. AKANDE quien a este respecto señala lo siguiente: “How the Court reached the conclusions in operative paragraph 2E and what its constituent sentences mean are not deducible from the text of the opinion”. Cfr. “Nuclear Weapons, Unclear Law?...”, op. cit., p. 203.

117. Cfr. De este autor, “Nuclear Weapons, Unclear Law?...”, op., cit., p. 215.

118. Sobre el alcance de la obligación de negociar en el dictamen y su vinculación con la cuestión de la licitud de las armas nucleares, cfr. POZO SERRANO, P.: “El alcance de la obligación de negociar un desarme nuclear total según la opinión consultiva de la C.I.J. de 8 de julio de 1996”, en: *IV Jornadas de Derecho Internacional Humanitario...*, op., cit., p. 255-262. Hay que destacar que en el par. 105.2)F la Corte afirma la obligación de “concluir negociaciones” y que en la exposición de motivos (*vide* par. 99 de la opinión consultiva) había calificado la obligación de negociar un desarme nuclear en todos sus aspectos del artículo VI del

Así pues, no se puede decir que haya habido realmente un *non liquet*, como señala el Profesor Luigi Condorelli¹¹⁹, ya que si en este asunto hay un perdedor son los denominados Estados antinucleares. El Profesor Carrillo por su parte señala que la decisión sólo ha satisfecho a las potencias nucleares, sin embargo piensa que ha habido un *non liquet*¹²⁰.

El apartado 2 del inciso E del dispositivo suscitó los más diversos comentarios de los jueces que no podemos analizar aquí¹²¹. La doctrina ya ha empezado a navegar, en algunos casos contra corriente, por los meandros del dictamen y de las opiniones de los jueces, centrandose sus críticas sobre las últimas frases del apartado precitado, es decir "... circunstancias extremadas de legítima defensa, en las que corriera peligro la propia supervivencia de un

TNP, como "obligación de resultado". No obstante, como subraya esta autora, la obligación de negociar, contenida en un tratado o derivada de una norma consuetudinaria, no pasa de ser una norma de *soft law* por su contenido (sobre este particular, cfr. ABI-SAAB, G., "Éloge du 'droit assourdi'. quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain", en *Nouveaux itinéraires en droit...*, *op. cit.*, p. 65.

119. Cfr. "La Cour internationale de Justice sous le poids des armes nucléaires: *jura non novit curia*", *op. cit.*, pp. 10 y 12-13. Para este autor (ver p. 12): "Le fait même que, pour quelque raison que ce soit, la Cour n'a pas décidé que l'arme nucléaire est toujours interdite implique, me semble-t-il, que les partisans de l'illégalité ont échoué, pour ainsi dire, à cent pour cent; leur but, en effet, était justement d'obtenir de la Cour ce qu'ils n'ont pu obtenir, à savoir, la proclamation que les Etats nucléaires n'ont en aucun cas le droit d'utiliser l'arme qu'ils détiennent. *Vice versa*, du seul fait que la Cour n'a pas arrêté que la menace ou l'emploi de l'arme nucléaire est prohibé en toutes circonstances, les partisans de la légalité –lesquels, ne l'oublions pas, s'identifient pour l'essentiel avec les détenteurs de l'arme en question– ont eu gain de cause en substance: leur souhait fondamental (que leur politique de dissuasion nucléaire ne fût pas entachée *hic et nunc* d'illégalité) a été rondement exaucé".

120. Ver CARRILLO SALCEDO, J.A.: "Conclusiones generales", *IV Jornadas de Derecho Internacional Humanitario*, *op. cit.* "En definitiva, los jueces se encontraron ante una disyuntiva: la de renunciar a emitir la opinión de la Corte que es una competencia discrecional de la misma, o, por el contrario, exponerse a la acusación de un *non liquet*. Por una exigua mayoría, optaron por esto último...". De esta misma opinión es también, KOSKENNIEMI, M.: "Faith, Identity, and the Killing of the Innocent...", *op. cit.*, p. 140; McCORMACK, T.L.H.: "Un *non liquet* sur les armes nucléaires. La Cour internationale de Justice élude l'application des principes généraux du droit international humanitaire", *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 1997, p. 84.

121. Ver las cinco declaraciones, las tres opiniones separadas y las seis opiniones disidentes.



Estado”¹²². En efecto, algunos ven en el concepto de “supervivencia” de un Estado algo decimonónico, comparándolo con el principio de autotutela que fue el origen de grandes abusos¹²³. Sin embargo, basta con comparar las frases de la Corte con el artículo 51 de la Carta para ver precisamente todo lo contrario, ya que lo que está haciendo la Corte es restringir el derecho de legítima defensa tal y como está configurado en la disposición precitada para ir por los derroteros de una legítima defensa cualificada¹²⁴. En efecto, si en el artículo 51 se habla de “ataque armado”¹²⁵ sin más, la Corte habla aquí de “circunstancias extremadas de legítima defensa”, primera condición, “en las que corriera peligro la propia supervivencia del Estado”, segunda condición. Estas dos condiciones son cumulativas. No siempre que se da un ataque armado se pone en peligro la supervivencia de un Estado. Los ejemplos a este respecto podrían ser numerosos. Por lo tanto, si un ataque armado da lugar al derecho de legítima defensa, eso no quiere decir que se pueda recurrir sin más a la amenaza o al uso de las armas nucleares. Para ello es necesario que el ataque revista tal gravedad que ponga en peligro la supervivencia del Estado. Por ejemplo, si Marruecos atacara Ceuta o Melilla es obvio que España tendría el derecho de legítima defensa, pero pienso que la supervivencia del Estado español no correría peligro y por lo tanto España no podría recurrir, aunque las tuviera, al uso de las armas nucleares¹²⁶. El margen para considerar una amenaza o el uso

122. A este respecto, ver igualmente la opinión separada del Juez Ranjeva, p. 300, así como la opinión disidente del Juez Koroma o la opinión, también separada de la Jueza Higgins.

123. Así lo sostuvo la Profesora M. Paz ANDRÉS DE SANTAMARÍA el 10 de julio de 1997 en Soria en el IV Coloquio sobre Derecho Internacional Humanitario.

124. A este respecto, cfr. COUSSIRAT-COUSTÈRE, V.: “La licéité des armes nucléaires en question”, *op. cit.*, pp. 197-109, y sobre todo la del Juez M. BEDJAOUI, quien a este respecto, declara lo siguiente: “La Cour a entendu limiter cette utilisation (arma nuclear) à une situation de légitime défense; une légitime défense qualifiée, comme l’a rappelé M. COUSSIRAT-COUSTÈRE. C’est dans ce sens qu’il faut, à mon avis interpréter ce membre de phrase, qui a déjà fait couler beaucoup d’encre...” des circonstances extrêmes de légitime défense dans lesquelles la survie même d’un Etat serait en cause”. Cfr. Intervención de M. BEDJAOUI, en: *Le droit international des armes nucléaires*, *op. cit.*, p. 113.

125. Agresión en el texto francés.

126. Este ejemplo fue el que puso el autor de este trabajo en el IV Coloquio sobre Derecho internacional humanitario de Soria antes citado. Este ejemplo no toma en consideración la teoría de lo que se ha denominado “las garantías negativas del no uso del arma nuclear” que implica que los Estados nucleares se comprometen en ciertas circunstancias a no usar el arma nuclear contra los Estados no nucleares. A este respecto, cfr. BOYER, Y.: “Les garanties négatives de non-emploi de l’arme nucléaire”, en *Le droit international des armes nucléaires*, *op.*



del arma nuclear, como eventualmente lícito es, como señala el Juez Fleischhauer, extremadamente estrecho¹²⁷. Además, tampoco hay que olvidar que el arma nuclear ni ha sido ni puede ser un arma ordinaria de combate, lo que implica la licitud de la posesión de estas armas como medio de disuasión. Sólo así se puede interpretar el análisis que la Corte lleva a cabo sobre el principio de proporcionalidad¹²⁸, vinculando el *ius ad bellum* con el *ius in bello*, pero no para confundirlos, como señala el Juez Ranjeva¹²⁹, sino para mejor esclarecer las reglas aplicables. El derecho de legítima defensa no puede ser declarado ilegal por el Derecho internacional humanitario¹³⁰, por lo que los dos Derechos deben tener, en principio, su propio ámbito de aplicación, aunque puede haber interferencias: las consideraciones humanitarias que son restringidas por la Corte en caso del uso del arma nuclear se reducen sólo al caso de circunstancias extremadas de legítima defensa antes analizadas.

Nos parece igualmente que el espíritu de las declaraciones que los Estados nucleares hicieron en el contexto de la prórroga del Tratado sobre la no prohibición de las armas nucleares, a las que anteriormente hemos hecho alusión, va por este camino. No se puede sostener sin más, como se ha hecho en algunas ocasiones, que el Derecho fundamental del Estado a su supervivencia ponga en este caso en peligro la supervivencia de la humanidad entera, ya que como señaló el Reino Unido: "... las armas nucleares podrían utilizarse en numerosas circunstancias con resultados muy diferentes..."¹³¹. No hay que olvidar que si se pone en duda el derecho a la supervivencia de los Estados ¿Qué nos queda del Derecho internacional?

En nuestra opinión, resulta sorprendente pretender que el arma nuclear esté prohibido cuando todas las grandes potencias poseen esas armas y cuando cada vez son más los Estados que quieren ser potencias nucleares. ¿No vemos ahora dos potencias del Tercer Mundo, India y Pakistán, enarbolando el uno contra el otro el arma nuclear?. Una vez más nos encontramos con el discurso

cit., pp. 85-91. Ver también MEYROWITZ, H.: "Le débat sur le non-recours en premier aux armes nucléaires...", op., cit., pp. 147-167.

127. Cfr. Opinión individual, p. 310, par. 6.

128. Ver *supra*.

129. Ver opinión separada, p. 301.

130. El *ius in bello* tampoco afecta directamente a las competencias que el Consejo de Seguridad tiene en esta materia según la Carta de las Naciones Unidas. Sobre estos aspectos, cfr., CARNAHAN, B.M.: "Protecting Nuclear Facilities from Military Attack: "Prospects after de Gulf War", *A.J.I.L.*, 1992, pp. 524-541, particularmente p. 528.

131. Recogido en el par. 91 de la opinión consultiva.



frente a la realidad, es decir “les mots et les conduites”, que señalaba Guy de Lacharrière ¿Qué hubiera ocurrido si los Jueces de la Corte hubieran dicho lo que no han dicho?. Pensamos que sencillamente nada, no sólo porque se trata de una opinión consultiva, sino porque los Estados que las tienen hubieran continuado con sus armas nucleares. Y es que nos guste o no, el Derecho internacional es obra de los Estados y éstos no han considerado de forma general el arma nuclear como un arma prohibida. Si a esto añadimos los numerosos y complejos ingredientes políticos que plantea el arma nuclear, es fácilmente comprensible la ambigüedad de la respuesta que nos ha proporcionado la Corte. Obviamente, la Opinión de la Corte va a ser utilizada contra viento y marea por unos y por otros, pero hay que reconocer que el principal problema no está en la respuesta que ha dado la Corte, sino en la pregunta planteada. La Asamblea General, comportándose como un niño, ha preguntado lo siguiente: Papi ¿por qué existen conflictos en el mundo?

IV. LA GUERRA DE KOSOVO Y EL DERECHO INTERNACIONAL: LA ONU EN UN ATOLLADERO

1. *Causas y orígenes del conflicto*

La guerra de Kosovo, que parece haber terminado el día 10 de junio de 1999, después de setenta y ocho días de bombardeos por parte de la OTAN, no deja de suscitar una serie de cuestiones que no sólo preocupan a los que se dedican a las relaciones internacionales o a los que nos ocupamos del Derecho Internacional Público, sino también a los estrategas, a los expertos militares y, cómo no, a la opinión pública en general. En realidad, todo se debe a que ya llovía sobre mojado ya que el denominado conflicto yugoslavo lleva una década estando sobre el tapete de la actualidad internacional sin que la Organización encargada de mantener la paz y la seguridad internacionales, es decir, la ONU, haya sabido o podido resolver los engorrosos problemas que han ido surgiendo en el transcurso de la crisis en la antigua Yugoslavia.

La ONU ha ido parcheando la cuestión desde el punto de vista humanitario, sin resolver los problemas que estaban en el origen de la crisis y sin



lograr imponer un mínimo de autoridad¹³². Un ejemplo claro y meridiano de esta situación lo constituyen las denominadas "zonas seguras" por la propia Organización en la guerra de Bosnia-Herzegovina¹³³, y que más que "zonas seguras" fueron en algunos casos fosas comunes, como la de Srebrenica, para enterrar los millares de muertos, víctimas de las atrocidades cometidas por las fuerzas regulares y paramilitares serbias. El prestigioso General francés, Philippe Morillon, prisionero voluntario en Srebrenica, está ahí para contarlo¹³⁴. El lodazal yugoslavo llegó a tal extremo en la guerra de Bosnia-Herzegovina que tuvo que entrar en escena la diplomacia americana, primero, y los bombardeos de la OTAN, después, lo que llevó a los contendientes a reunirse en Dayton y concluir un acuerdo el 22 de noviembre de 1995, suscrito oficialmente en París el 14 de diciembre del mismo año¹³⁵.

Pero el conflicto que sangra a la antigua Yugoslavia no se iba a terminar ahí, y el conflicto de "Kosovo" o "Kosova" iba a sustituir al de Bosnia-Herzegovina y al de Croacia. En realidad, no era para menos ya que la política serbia respecto a la mayoritaria población albanófona de Kosovo ha sido escandalosa. Las causas políticas del conflicto se remontan ya a 1981, año en que la población albanokosovar, *única nacionalidad no eslava y no cristiana de la antigua Yugoslavia*, protesta contra un estatuto que consideran discriminatorio tal y como se había recogido en la constitución de 1974. Posteriormente, a raíz de las manifestaciones independentistas de enero y febrero de 1989, el Gobierno de Belgrado respondió declarando el 27 de febrero de ese año el "estado de emergencia" y enviando tropas para aplastar a los mineros y a los estudiantes que estaban en huelga. A partir de entonces los acontecimientos iban a precipitarse ya que el 23 de marzo de 1989 el Gobierno de Belgrado

132. Sobre la acción de la ONU en los conflictos de la antigua Yugoslavia, cfr. mi trabajo "La acción de las Naciones Unidas ante los recientes conflictos internacionales: crisis y perspectivas", *op. cit.*, pp. 116-125.

133. Las "zonas seguras" fueron creadas por la Resolución del Consejo de seguridad 824 de 6 de mayo de 1993 y fueron las siguientes: Srebrenica, Sarajevo, Tuzla, Zepa, Gorazde y Bihac. Para garantizar la seguridad de estas zonas el párrafo 9 de la Resolución 836 de 3 de junio de 1993 autorizaba a la UNPROFOR a que, actuando en legítima defensa, adoptara todas las medidas necesarias, incluido el uso de la fuerza para proteger esas zonas.

134. Para un testimonio del famoso General, cfr. su obra *Croire et oser. Chronique de Sarajevo*, París, Granet, 1995.

135. Sobre los Acuerdos de Dayton, cfr. RAMÓN CHORNET, C.: "Balance provisional de la aplicación de los Acuerdos de Dayton", *Anuario de Derecho Internacional*, 1997, pp. 547-560. Para el texto de los Acuerdos de Dayton, cfr. *International Legal Materials*, 1995, nº 35, p. 75.



revocó el estatuto de autonomía de Kosovo, al mismo tiempo que reprimía brutalmente las manifestaciones de protesta¹³⁶.

En julio de 1990, el Parlamento serbio aprobó en un referéndum las reformas constitucionales referentes tanto a Kosovo, como a la Voivodina, provincia que había visto, como Kosovo, su estatuto modificado. El 8 de agosto del mismo año, fuerzas serbias cerraron el diario albanés "Rilindja", y en los meses siguientes las autoridades serbias iban a adoptar una serie de medidas represivas, como la disolución del Parlamento Kosovar, la prohibición de la enseñanza de la lengua albanesa y la adopción de una auténtica ley marcial que otorgaba a las fuerzas de Belgrado plenos poderes. Los numerosos actos de barbarie que éstas cometieron sobre el terreno tenían por objetivo empujar a los albanokosovares a emigrar¹³⁷, de ahí la dinámica de exclusión étnica" o de "limpieza étnica" que se iba a instaurar en la región¹³⁸.

El conflicto continuaría agravándose una vez que los líderes políticos kosovares decidieron seguir adoptando nuevas medidas políticas para contrarrestar las serbias. Así pues, el 7 de septiembre de 1991, una mayoría importante de los representantes políticos de Kosovo votaron "*La Declaración Constitucional de la República del Kosovo*" que constituía un acto de trascendental importancia ya que implicaba la reivindicación del "derecho a la autodeterminación".

Conviene resaltar que la citada Declaración no propugnaba un "Estado independiente", sino una "república" dentro de la Federación yugoslava. Fue el 19 de octubre de 1991 cuando la Asamblea provincial declaró Kosovo como un Estado independiente, que iba a ser reconocido sólo por Albania, después de que se celebrara clandestinamente un referéndum entre el 26 y el 30 de abril de ese mismo año en el que el 87 % de la población tomó parte, aprobando la

136. Para un análisis de estos acontecimientos, cf. BAGGET, T.: "Human Rights Abuses in Yugoslavia: To Bring and End to Political Oppression, the International Community should assist in Establishing an Independent Kosovo", *Georgia Journal of International Law and Comparative Law*, 1999, pp. 457-476, especialmente 460. Para el Profesor Victor-Yves Ghebali, el asunto de Kosovo se inició formalmente en 1989 a raíz de la revocación del estatuto de autonomía por el Gobierno de Belgrado. Cfr. GHEBALI, V-Y: "Le Kosovo entre la guerre et la paix", *Défense Nationale*, agosto-septiembre 1999, pp. 62-79, particularmente p. 63.

137. No en vano despidieron de sus trabajos a unas 75.000 personas, entre las que se incluían médicos, profesores, policías, etc, al mismo tiempo que abolieron los tribunales a nivel local.

138. Sobre los orígenes del conflicto kosovar, cfr. STRAZZARI, F.: "De Kosovo a Kosova, y vuelta a empezar", *Meridiano Ceri*, octubre, 1998, pp. 4-11.



secesión el 99,87 % de los votantes¹³⁹. El poco éxito obtenido a nivel internacional no impidió que los kosovares continuaran con sus reivindicaciones políticas basadas en el derecho a la autodeterminación. Fue así como se llevaron a cabo unas elecciones el 24 de mayo de 1992 con el fin de elegir un Parlamento y un Presidente, proclamándose así la República de Kosovo, bajo la presidencia de Ibrahim Rugova, líder de la Liga Democrática de Kosovo y único candidato en las elecciones presidenciales.

No obstante, a pesar de las simpatías con las que contaba a nivel internacional, los éxitos obtenidos fueron más que modestos, limitándose los Estados a declaraciones de apoyo, pero absteniéndose de reconocer a la "nueva República"¹⁴⁰. El conflicto Kosovar, que se había mantenido hasta entonces como un conflicto esencialmente político e interno, iba a agravarse considerablemente a raíz del nacimiento del Ejército de Liberación de Kosovo (UÇK). Aunque no se sabe exactamente cuándo se creó, se presume que fue a finales de 1992 o en los inicios de 1993¹⁴¹.

A partir de entonces, y a raíz de ciertos actos terroristas llevados a cabo por el UÇK, el conflicto va a tomar una nueva dimensión, al ir perdiendo la población albanokosovar su fe en el dialogante y pacifista Rugova y a reforzar, sin embargo, la tesis de la necesidad de la liberación por la fuerza basándose en el UÇK. Los gérmenes de la internacionalización del conflicto empiezan así a vislumbrarse. Pero, ¿qué respuesta dió la comunidad internacional al conflicto kosovar antes de que la OTAN decidiera intervenir militarmente en el conflicto?.

139. El resultado es pues espectacular, aunque al participar el 87% de la población, que corresponde con la población de origen albanés, se presume que la población serbia no participó en tal plebiscito.

140. Este resultado parece extraño, sobre todo, si se toma en consideración la estrategia adoptada por Rugova que fue la de prevenir la violencia apoyando sólo una campaña de resistencia no violenta frente a las autoridades serbias. Esta estrategia también era apoyada por los líderes religiosos.

141. Cfr. STRAZZARI, F.: "De Kosovo a Kosova y vuelta a empezar", *op. cit.*, p. 9. Hay que resaltar, sin embargo, que antes del UÇK había habido otros movimientos, como el que se creó en Turquía en 1982 con el nombre de "Movimiento para la República Albanesa de Yugoslavia", que se transformaría después en 1985 en el Movimiento para la República Popular de Kosovo. Sobre estos aspectos cfr. el interesante estudio de CHICLET, Ch.: "Los orígenes del `Ejército de Liberación de Kosovo'", *Le Monde diplomatique*, mayo de 1999, pp. 14-15.



2. *La respuesta de la comunidad internacional hasta el inicio de los bombardeos*

Hemos visto cómo los orígenes del actual conflicto kosovar arrancan, en gran medida, en la época en que la antigua Yugoslavia empieza a desmembrarse. Lo que ha ocurrido es que los otros conflictos que se desarrollaron entre los años 1990-1995 ocultaron en gran medida a la opinión pública el conflicto que se estaba cerniendo en Kosovo. Desde esta perspectiva, no es extraño constatar que aparte de la resolución sobre Kosovo que adoptó la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, en agosto de 1993, en la que se achacaba al Gobierno de Belgrado de discriminación contra la población albanesa de Kosovo y violaciones de derechos humanos¹⁴², la comunidad internacional no se preocupó demasiado de la situación en Kosovo. *Prima facie*, se podría incluso decir que aparte de algunos países tradicionalmente interesados en los conflictos que en la última década ha habido en la antigua Yugoslavia, como Alemania¹⁴³, el conflicto de Kosovo no parece plantear muchos quebraderos de cabeza a la comunidad internacional hasta que se produce la explosión social que sacude a Albania en los meses de marzo y abril de 1997¹⁴⁴. Como se sabe, durante la revuelta popular los amotinados saquearon los cuarteles del ejército y de la policía apoderándose de más de un millón de armas de todo tipo, muchas de las cuales fueron a parar a las manos del UÇK, permitiéndole reforzar sus actividades de guerrilla, lo que

142. Sobre esta cuestión, cf. Doc. E/CN.h/Sub2/RES/1993/9, p. 35, que trata la situación en Kosovo.

143. Como se sabe, Alemania ya se adelantó a los demás países de la Unión Europea a la hora de reconocer la independencia de Eslovenia y Croacia, haciendo pasar por el rodillo a los demás. Sobre esta cuestión, cfr. "Chronique des faits internationaux", *R.G.D.I.P.*, 1992, p. 402 y CHARPENTIER, J.: "Les déclarations des douze sur la reconnaissance des nouveaux Etats", *Ibid*, pp. 343-355. En el conflicto de Kosovo, ciertas voces se han levantado para denunciar el apoyo que los servicios de inteligencia alemanes han prestado al UÇK desde 1996, seleccionando y entrenando sus mandos, así como suministrándoles "armas y material de transmisión sacados de las reservas de la ex-Stasi". A este respecto, cfr. CHICLET, Ch.: "Los orígenes del 'Ejército de Liberación de Kosovo'", *op. cit.*, p. 15.

144. Ver sin embargo el análisis que lleva a cabo sobre esta materia GHEBALI, V-Y: "Le Kosovo entre la guerre et la paix", *op. cit.*, pp. 67-70. Un dato a destacar antes de esas fechas es la toma de posición del Congreso de los Estados Unidos que en agosto de 1996 se pronunció por la autodeterminación de Kosovo, preconizando al mismo tiempo el nombramiento de un enviado especial para esa provincia.



acarrearía al mismo tiempo mayores represalias por parte de las fuerzas de policía y paramilitares serbias. De esta represión se llegó a ocupar la propia Asamblea General de las Naciones Unidas que en la resolución 52/139 de 12 de diciembre de 1997 solicita de las autoridades serbias que pongan fin a la represión de la población de origen albanés de Kosovo.

En realidad, durante todo este período el tema crucial que continuaba sin ser resuelto era que mientras la población de origen albanés de Kosovo quería ejercer el derecho de autodeterminación, incluyendo la independencia, para las autoridades serbias se trataba pura y simplemente de un asunto interno, considerándose con el derecho de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la integridad territorial del Estado. Las diferentes propuestas que se sucedieron para intentar que las partes llegaran a un mínimo acuerdo fracasaron¹⁴⁵, como ocurrió anteriormente en los conflictos de la ex-Yugoslavia, lo que nos demuestra que el principio de la integridad territorial del Estado no es tan inamovible como parece, sobre todo en determinadas circunstancias.

La situación en la provincia de Kosovo adoptó tal cariz que el conflicto sólo podía internacionalizarse, terminando en el Grupo de Contacto (Alemania, Estados Unidos, Francia, Italia, Reino Unido y Rusia), primero, y en el Consejo de Seguridad, después. En efecto, el citado Grupo de Contacto se ocupó de la cuestión de Kosovo en dos reuniones que tuvieron lugar el 9 y 25 de marzo de 1998, proponiendo los Ministros de Asuntos Exteriores de los países respectivos, entre otras medidas, un embargo de armas total contra la República Federativa de Yugoslavia, incluida Kosovo. Unos días más tarde, el 31 de marzo de 1998, el Consejo de Seguridad, que se reunió a instancia de los Estados Unidos y del Reino Unido, adoptó la Resolución 1160 en la que se decide el embargo total de armas a la República Federativa de Yugoslavia propuesta por el Grupo de Contacto. Además, el Consejo condena sin paliativos

"el uso de una fuerza excesiva por las fuerzas policiales serbias contra civiles y manifestantes pacíficos en Kosovo, así como todos los actos de terrorismo del Ejército de Liberación de Kosovo o de cualquier otro grupo o persona y todo el apoyo externo a las actividades terroristas en Kosovo, incluidas la financiación, la provisión de armas y el adiestramiento".

145. A este respecto, cfr. BAGGETT, T.: "Human Rights Abuses in Yugoslavia...", *op. cit.*, pp. 464-465.



La importancia de esta condena es esencial ya que se parte de la premisa de que el conflicto ha sobrepasado las fronteras de la República Yugoslava¹⁴⁶, como importante es también el hecho de que la resolución afirme "el compromiso de todos los Estados Miembros de respetar la soberanía y la integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia".

No obstante, dando una de cal y otra de arena, el Consejo de Seguridad resalta "que para poner fin a la violencia y al terrorismo en Kosovo, las autoridades de Belgrado deben ofrecer a la comunidad albanesa de Kosovo un proceso político auténtico" que debe comprender "un grado sustancialmente mayor de autonomía y de administración propia satisfactoria", aunque esta evolución debería basarse en la integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia. Se insta además en esta resolución al diálogo político entre las autoridades de Belgrado y la comunidad albanesa de Kosovo, expresando su apoyo a las gestiones de la OSCE con el fin de resolver de forma pacífica la crisis en Kosovo y solicitando informes, entre otros, del Secretario General de la ONU, del Grupo de Contacto, de la propia OSCE y de la UE. Por último, se insta a la Oficina del Fiscal del Tribunal Internacional para la Ex-Yugoslavia a recoger información sobre los actos de violencia que se produjeron en Kosovo por si pudieran quedar comprendidos en su jurisdicción¹⁴⁷, resaltando que si no se progresa adecuadamente hacia una "solución pacífica de la situación en Kosovo se considerará la adopción de medidas adicionales".

Las premisas puestas por esta resolución no detuvieron los actos de violencia en Kosovo ni se atisbó los menores indicios de solución al conflicto. En este contexto, con una comunidad internacional frustrada y cansada del conflicto, así como de las promesas del Sr. Milosevic, promesas que quedaban en papel mojado¹⁴⁸, se empezaron a adoptar al margen de la comunidad

146. Implícitamente, se condena pues el adiestramiento del UÇK en el norte de Albania, la financiación por parte de Arabia Saudí o Turquía, etc.

147. Algo se atisbaba ya entonces en el horizonte.

148. Una prueba de cómo las autoridades de Belgrado cumplían las promesas, se encuentra clara y meridianamente en el texto siguiente: "A dramatic example of the ineffectiveness of the attempted talks occurred in late June 1998, when the U.S. negotiator, Richard Holbrooke, traveled through the town of Decane. Holbrooke had been in Belgrade for a meeting with Serbian authorities that had lasted for several hours, during which they assured him that hostilities had ceased. As Holbrooke passed through Decane, he saw Serbian soldiers standing in the shadows with rifles while ethnic Albanians sat on the curb playing checkers. Holbrooke sent a telegram back to the U.S. State Department, stating "we have just seen the Truman Show in Decane". Cfr. BAGGETT, T.: "Human Rights Abuses in Yugoslavia...", *op. cit.*, p. 468.



internacional institucionalizada algunas medidas. Así, a últimos de mayo de 1998, la OTAN llevó a cabo unos ejercicios militares en Albania y Macedonia con el fin de proteger sus fronteras, lanzando una seria advertencia a las autoridades de Belgrado. El 8 de junio de 1998, el Presidente en ejercicio de la UE, Mr. Robin Cook, señaló que varios Estados europeos estaban pidiendo acciones militares contra la República Federativa de Yugoslavia, habiendo decidido la mayoría de éstos imponer sanciones a Belgrado, a los que se unirían después los Estados Unidos. La acción armada institucional onusiana se vio paralizada porque ya en ese momento Rusia y China se oponían a cualquier acción militar contra el régimen de Belgrado.

En estas difíciles circunstancias se volvería a reunir el Consejo de Seguridad, adoptando la resolución 1199 el 23 de septiembre. Esta resolución es sumamente importante por las consideraciones siguientes: a) en ella se reconoce que la situación en Kosovo constituye un conflicto armado; b) se reconoce también "el uso excesivo e indiscriminado de la fuerza por las fuerzas de seguridad serbias y por el ejército yugoslavo, lo que ha provocado numerosas bajas entre la población civil... y el desplazamiento de más de 230.000 personas de sus hogares"; c) la afluencia de refugiados a Albania, Bosnia-Herzegovina y a otros países europeos es fruto del empleo de la fuerza en Kosovo; d) se describe la situación humanitaria como catastrófica y se sienten profundamente preocupados por las violaciones de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario; y e) se afirma que la situación en Kosovo constituye una amenaza a la paz y la seguridad en la región.

Sobre la base de estas constataciones, se pide tanto a las autoridades de Belgrado como a los dirigentes albaneses de Kosovo que entablen seriamente un diálogo con participación internacional y con un calendario claro. Pero las obligaciones principales recaen sobre Belgrado que deben "cesar toda acción por parte de las fuerzas de seguridad que afecte a la población civil y ordenar la retirada de las unidades de seguridad utilizadas para la represión contra la población civil". Se exige además a Belgrado "permitir una supervisión internacional efectiva y continua en Kosovo" por parte de la Misión de Observación de la Comunidad Europea y por las misiones diplomáticas acreditadas ante la República Federativa de Yugoslavia, así como facilitar el regreso a sus hogares de los refugiados y personas desplazadas en condiciones de seguridad. Por último, se recuerda a las autoridades yugoslavas la responsabilidad primordial que tienen a la hora de velar por la protección y seguridad del personal humanitario y se *hace un llamamiento* para que se adopten todas las medidas apropiadas para velar por el personal de observación con el fin de que puedan



cumplir sus funciones sin estar sometidos a la amenaza o el uso de la fuerza ni a ninguna otra injerencia.

Como se puede comprobar, esta resolución ya atenta contra la soberanía del Estado yugoslavo sobre Kosovo puesto que en ella se ordena la retirada de las unidades de seguridad (fuerzas policiales y paramilitares) utilizadas contra la población civil a causa de los abusos cometidos. Además, para hacer comprender mejor el mensaje lanzado a Belgrado, la OTAN prepara el 24-25 de septiembre la última fase de la planificación tendente a llevar a cabo acciones de castigo contra los objetivos militares en Kosovo, solicitando de los Estados miembros que indiquen las fuerzas que desean poner a disposición para llevar a cabo la operación¹⁴⁹. Esta amenaza de uso de la fuerza por parte de la OTAN llevó a las autoridades de Belgrado a anunciar el 28 de septiembre el cese de los combates en Kosovo, hecho que no fue considerado como suficiente por la OTAN ya que diversos testimonios parecían acreditar que las fuerzas serbias continuaban perpetrando actos de violencia contra la población civil. En este contexto entra en acción la diplomacia americana, presentando R. Hoolbrooke, ex-secretario de Estado adjunto y mediador estadounidense en la antigua Yugoslavia, un plan de paz a Milosevic el 5 de octubre, avalado por el Grupo de Contacto¹⁵⁰. Este plan no obtuvo una respuesta clara de las autoridades de Belgrado, por lo que la OTAN decidió el 13 de octubre activar el operativo militar de la Alianza, que podía dar lugar a operaciones aéreas de castigo en un plazo de cuatro días. La amenaza de la OTAN daría rápidamente sus frutos ya que dos días más tarde se concluiría un acuerdo en el que ya se descartaba las operaciones de castigo de la Alianza en Kosovo.

Este acuerdo sería después objeto de aprobación por la resolución 1203 del Consejo de Seguridad de 24 de octubre, que recoge además un programa de verificación sobre Kosovo, para lo que la OSCE enviará para esta misión

149. Sobre estos aspectos, cfr. "Chronique des faits internationaux", *R.G.D.I.P.*, 1999, p. 222.

150. Este plan preveía una autonomía sustancial provisional para Kosovo, mientras que se elaborara el estatuto definitivo a negociar en tres años. El plan recogía la creación de instituciones legislativas y ejecutivas Kosovares durante el período provisional, estableciendo una serie de medidas para garantizar el plan, como el cese del fuego, la retirada de las fuerzas serbias y el regreso de los refugiados. Cfr. *Ibid.* Hay que resaltar que desde la resolución 1199 del Consejo de Seguridad, la retirada de las fuerzas serbias de Kosovo va a ser una constante, así como la verificación de la situación en Kosovo.



2.000 observadores¹⁵¹. Uno de los elementos más importantes previsto por esta resolución lo constituye el hecho de que las autoridades de Belgrado aceptan iniciar negociaciones con los representantes kosovares para debatir la autonomía de Kosovo. El contenido de esas negociaciones comprendía además algo en lo que venían insistiendo los países occidentales, como la retirada de la mayoría de las fuerzas de policía serbias, pudiendo permanecer, sin embargo, algunas fuerzas reducidas con un componente del 90 % de la comunidad albanesa¹⁵². El acuerdo se puso en práctica y los miembros de la Misión de verificación de la OSCE llegaron a Pristina. No obstante, existía una cierta desconfianza en relación con su seguridad. ¿Quién podía fiarse de las autoridades de Belgrado cuando hacían y deshacían a su antojo?. Precisamente con el fin de garantizar esa seguridad la OTAN decidió desplegar en Macedonia una fuerza de unos 2.000 soldados con el fin de venir en ayuda, llegado el caso, de los observadores de la OSCE.

En estas circunstancias, y a la luz de las garantías adoptadas, todo parecía indicar, al menos formalmente, que el problema de Kosovo se canalizaba hacia unas vías de solución. Sin embargo, una vez más, la confianza puesta en ello iba a tambalearse por los cuatro costados cuando el 15 de enero de 1999 los miembros de la Misión de observación de la OSCE eran atacados y se descubría al mismo tiempo la matanza de 45 Kosovares de la comunidad albanesa en Raçak. Estos hechos decepcionaron una vez más a los países occidentales lo que llevó a la OTAN a reforzar su presión sobre Belgrado. No obstante, esta presión militar no debía olvidar la solución política y los países de la OTAN eran conscientes de que esta debía pasar por el Grupo de Contacto, a pesar de que no todos los Miembros del Grupo mantuvieran las mismas tesis. Al final, el Grupo de Contacto, presionado por los Estados Unidos, Francia y el Reino Unido¹⁵³, decidió dar el 29 de enero de 1999 un ultimatum a las partes en conflicto, intimándoles a iniciar las negociaciones para llegar a

151. El objetivo es controlar la retirada de las fuerzas serbias, el regreso de los refugiados y las actividades del UÇK.

152. Hay que resaltar que este acuerdo no fue aceptado por el UÇK, cuyo objetivo es la independencia, aunque fue considerado un paso importante por los partidarios de Ibrahim Rugova, más moderados. A este respecto, cfr. DINMORE, G.: "Kosovo Plan Removes Serbia's Authority", *Financial Times*, de 19 de noviembre de 1998, p. 2.

153. Estos dos últimos países se habían mostrado partidarios de recurrir a acciones militares, y al envío de tropas por parte de la OTAN con el fin de garantizar el acuerdo avalado en la resolución 1203 del Consejo de Seguridad. Cfr. "Chronique des faits internationaux", *R.G.D.I.P.*, 1999, p. 486



una solución política en el plazo de 8 días¹⁵⁴. El ultimatum fue aceptado inmediatamente por el moderado Ibrahim Rugova, mientras que las autoridades de Belgrado y los líderes del UÇK se mostraron sumamente reticentes. Vencidas estas reticencias, las conversaciones se inician, tal y como estaba previsto, el 6 de febrero en Rambouillet.

El texto que debía servir de base en las negociaciones era el proyecto de acuerdo adoptado por el Grupo de Contacto, recogiendo diez principios¹⁵⁵ que contenían lo esencial de las tesis defendidas por los países occidentales. Las negociaciones se desarrollan a puerta cerrada y de manera indirecta de forma que las partes negociadoras utilizan los tres mediadores americano, alemán y ruso para dar a conocer sus posiciones que permanecieron en general inconciliables e inalterables¹⁵⁶, lo que provocaba una cierta extrañeza en los países del Grupo de Contacto. Al llegar las negociaciones a un callejón sin salida sobre la parte política del acuerdo referente al estatuto de autonomía, a causa del rechazo por parte de los kosovares, sólo quedaba constatar el fracaso de las negociaciones, declaración que se hizo el 23 de febrero. Sin embargo, este fracaso¹⁵⁷ en todo

154. A este respecto, cf. el interesante estudio de DE LA GORCE, P.M.: "La historia secreta de las negociaciones de Rambouillet", *Le Monde diplomatique*, mayo 1999, p. 18.

155. Estos principios eran los siguientes: necesidad de poner término rápido a la violencia y de respetar el alto el fuego; solución pacífica de la crisis con un diálogo entre las partes en conflicto; transición, en principio de tres años, esperando poner a punto una solución definitiva; prohibición de cualquier cambio unilateral del estatuto provisional de la provincia; integridad territorial de Yugoslavia y de los Estados vecinos; respeto al derecho de todas las comunidades, particularmente en lo que se refiere a sus lenguas, a sus instituciones religiosas y a la enseñanza; elecciones libres y bajo el control de la OSCE; no habría persecuciones judiciales para acciones cometidas durante el conflicto de Kosovo, salvo para crímenes de guerra o contra la humanidad; amnistía y liberación de todos los prisioneros políticos; participación internacional y cooperación de las dos partes en presencia para el establecimiento de un futuro reglamentario de la crisis. Cfr. *Ibid.*

156. El UCK se mostró muy intransigente, rechazando cualquier acuerdo que no previese claramente en un plazo determinado la independencia. Los representantes de Belgrado por su parte aceptaban las bases políticas del acuerdo, pero rechazaban la parte militar al oponerse al despliegue de una fuerza multinacional en Kosovo para controlar el acuerdo, invocando el principio de su soberanía sobre ese territorio. Esa fuerza multinacional debía estar compuesta en gran parte por tropas de la OTAN.

157. Parece que en el fracaso de las negociaciones también influyó, según el corresponsal de "La Vanguardia" en Moscú, Rafael Poch-de-Feliu, la introducción a última hora por parte de Madeleine Albright, del famoso Apéndice B de los acuerdos, cuyos apartados 7, 8, 11 y 15 consagraban la ocupación por parte de la



lo referente a la parte política del plan de paz, no debía paralizar la negociación sobre los otros puntos que fueron reenviados a posteriores negociaciones que se deberían iniciar el 15 de marzo, esta vez en París.

Esta nueva reunión abrió algunas esperanzas, aunque todos eran conscientes de las dificultades. En este contexto, las presiones de algunos países del Grupo de Contacto, sobre todo de los Estados Unidos, tanto sobre los kosovares como sobre los serbios no se hicieron esperar. Ante esta situación, los kosovares terminan aceptando el acuerdo de paz propuesto, pero los serbios lo rechazaron, esta vez incluyendo el plan político aceptado en Rambouillet, por lo que las conversaciones se aplazan *sine die* el 19 de marzo. En este contexto, la retirada de los observadores de la OSCE fue el preludio de lo que se avecinaba, iniciándose la operación de la OTAN "Fuerza Decidida" el 23 de febrero¹⁵⁸. Una vez más, Europa se ve impotente ante un fuego que se desarrolla en sus entrañas sin que pueda apagarlo. ¿Hace falta alguna otra lección?.

3. *La acción armada de la OTAN contra Yugoslavia: ¿legal, ilegal, justa y legal o justa pero ilegal?*

El inicio de los bombardeos de la OTAN, al no contar con una autorización expresa del Consejo de Seguridad¹⁵⁹ de las Naciones Unidas, suscita una serie de cuestiones polémicas en el ámbito del Derecho internacional, por mucho que algunos se aferren a lo que ellos llaman Derecho internacional positivo, preconizando sin paliativos una rotunda condena de estas acciones

OTAN, no ya de Kosovo sino de toda la Federación Yugoslava. De este autor, cfr. "Trompetas de victoria para una guerra sin sentido", *Le Monde diplomatique*, junio de 1999, p. 17. ver también DE LA GORCE, P.M.: "Historia de unas negociaciones engañosas", *Ibid*, p. 16.

158. Fue el Secretario General de la Alianza, el español Javier Solana, el que dió la orden de iniciar los bombardeos al Comandante supremo de las fuerzas aliadas en Europa, lo que en teoría es normal, pero que no deja de ser una paradoja por el inmenso curriculum antiotaniano que tiene el ahora ya ex-Secretario General. Son cosas, sin embargo, que ocurren con gran frecuencia en nuestro país...

159. Algunos intentos se hicieron para tratar de encontrar una base implícita en las resoluciones anteriores al inicio de los bombardeos, pero pronto fue abandonada ante la oposición de algunos Miembros del Consejo, como Rusia y China.



armadas¹⁶⁰. Que los bombardeos se han llevado a cabo sin seguir la trayectoria prevista en el Capítulo VII de la Carta de la ONU es evidente. Por lo tanto, partiendo de estas premisas, la intervención sería ilegal. No obstante, ¿cuándo se ha aplicado estrictamente lo previsto en el Capítulo VII?. La respuesta es muy simple y tiene sólo una palabra: nunca¹⁶¹. Por lo tanto, o se aplica la Carta en su integridad o habrá que reconocer que algo no funciona en ella, por lo que habría que adaptarla a nuestros tiempos¹⁶². La Carta de la ONU ni es eterna ni debe serlo. Anclarse sin más en textos que no concuerdan con el entorno social internacional, sólo puede llevarnos a paradojas como las que estamos viviendo. Desde esta perspectiva, es obvio que la señorita de Nueva York necesita más que un *lifting* una importante operación de cirugía. En estas circunstancias, no es extraño que ciertos autores hayan encontrado fácil escribir monografías sobre los "fracasos" del Derecho internacional¹⁶³.

Es cierto que existe un precedente en el que se recurrió a la Asamblea General en el caso en que el Consejo de Seguridad quede bloqueado, como ocurrió en la Guerra de Corea¹⁶⁴, pero también es cierto que ha constituido un hecho aislado que no se ha vuelto a repetir. En el caso que nos ocupa, ¿estaba el Consejo de Seguridad bloqueado o paralizado?. Según el Profesor Remiro Brotons, el Consejo no estaba paralizado puesto que se habían adoptado resoluciones en su seno y el tema kosovar figuraba en su agenda¹⁶⁵. En este

160. Para el Profesor Virtor-Yves Ghebali, estas condenas no están en general bien fundadas, surgiendo de sectores varios y diversos. A este respecto, el autor citado señala lo siguiente: "... Les opposants les plus virulents forment un camp hétérogène associant étonnamment l'extrême droite à l'extrême gauche: les pro-Serbes de coeur (Grèce) ou de raison (Russie), les pavloviens de l'antiaméricanisme (soit les nostalgiques du manichéisme de la guerre froide, les haïsseurs de la mondialisation, les antieuropéens 'souverainistes'...) ainsi que certains tiers-mondistes naguère prompts à justifier les accrocs au droit international classique au profit des mouvements antioccidentaux de libération nationale". Cfr. "Le Kosovo entre la guerre et la paix", *op. cit.*, p. 76.

161. Por ejemplo, ¿cuándo se han aplicado los artículos 43 a 47?. Cfr. *supra*.

162. A este respecto, cfr. nuestro trabajo: "Cuestiones en torno a la reforma de la Carta de las Naciones Unidas", en BLANC ALTEMIR, A. (Ed.): *Las Naciones Unidas a final de siglo: retos y líneas de acción*, Barcelona, Asociación para las Naciones Unidas en España, 1998, pp. 151-172.

163. Cfr. MARTÍN, P.M.: *Les échecs du droit international*, *op. cit.*, 135.

164. A este respecto, ver las declaraciones hechas en *El Mundo* de 14 de mayo de 1999 por el Profesor Juan A. Carrillo Salcedo.

165. Cfr., REMIRO BROTONS, A.: "¿De la asistencia a la agresión humanitaria? OTAN versus Consejo de Seguridad", *Política Exterior*, nº 69, mayo/junio 1999, p. 19. En nuestra opinión, la expresión "agresión humanitaria" no nos parece muy adecuada ya que una acción armada llevada a cabo por estrictas razones



contexto, ¿se hubiera tenido que seguir negociando en el Consejo, o recurrir a la Asamblea General, si se pretende que el Consejo estaba paralizado, a pesar de los crímenes que se estaban cometiendo?¹⁶⁶. En otros trabajos ya nos hemos pronunciado sobre esta materia, y también lo hacemos aquí¹⁶⁷, aunque quisiéramos añadir las reflexiones siguientes.

Las razones que han sido invocadas por los gobiernos de los Estados miembros de la OTAN han sido varias y diversas, en algunos casos no muy jurídicas, pero lo suficientemente claras para justificar la intervención armada. El Presidente de la República Francesa, Jacques Chirac, señalaba en un mensaje dirigido a la nación que había llegado el momento de poner fin a las matanzas que se estaban cometiendo en Kosovo, recordando al mismo tiempo los largos doce meses de negociaciones diplomáticas sin ningún éxito¹⁶⁸. Por su parte, el Presidente del Gobierno español, José María Aznar, en su comparecencia ante el Congreso de los Diputados manifestaba que España y sus aliados "no tenían nada contra el pueblo yugoslavo, ni contra los serbios", aunque "no debemos permanecer impasibles ante una campaña sistemática de

humanitarias nunca será una agresión. Por otro lado, si no existen causas humanitarias, la acción armada será pura y simplemente una "agresión", pero no una agresión humanitaria. Semánticamente hablando, una agresión nunca será humanitaria.

166. Aunque quizás en esta guerra, como en las otras que se han producido en la antigua Yugoslavia, todos tienen las manos sucias, obviamente unos más que otros, no conviene relativizar la importancia de los crímenes cometidos. Desde esta perspectiva, no podemos compartir ciertas opiniones, como la que transcribimos a continuación: "Contrariamente a la representación mediática de la carnicería, cuyas víctimas fueron largamente expuestas a las telecámaras, difícilmente se puede hablar de 'violencia serbia ciega e indiscriminada' contra los albaneses. Más bien, las muertes perpetradas por las unidades de Belgrado parecen haberse limitado al ámbito de los clanes considerados como el punto de apoyo del UÇK -- entre los cuales se encontraban por ejemplo los Jashari-- echando leña de este modo al fuego de las viejas divisiones intra-albanesas". Cfr. STRAZZARI, F.: "De Kosovo a Kosova y vuelta a empezar", *op. cit.*, p. 10. ¿Acaso las fosas comunes, con decenas de cadáveres de la comunidad albanesa son un invento de la prensa occidental o de los países de la OTAN?. ¿Acaso el procesamiento de Milosevic se debe pura y simplemente a una manía persecutoria antis Serbia del Fiscal del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia?. Las matanzas producidas en la denominada "zona segura de Srebrenica" ¿es un sueño del General Morillon? Estas tergiversaciones no ayudan evidentemente a hacer análisis objetivos de la situación y crean una gran confusión en la opinión pública.

167. Cfr. *supra*, II, apartado 3.

168. Cfr. *ABC*, de 30 de marzo de 1999, p. 32.



exterminio"¹⁶⁹. Como el Presidente francés, el Presidente del Gobierno español se refería también expresamente a todas las negociaciones tendentes a solucionar el conflicto, aunque sin éxito. Declaraciones similares fueron hechas por el Primer Ministro británico, Tony Blair, por Bill Clinton y en general por la mayoría de los representantes gubernamentales de los 19 países de la OTAN, aunque Italia y Grecia titubearon¹⁷⁰.

Por otro lado, es obvio que tampoco podía faltar alguna declaración del Secretario General de la Alianza Javier Solana, un antiguo militante antio-taniano que poco a poco fue cambiando y perfilando su trayectoria hasta convertirse en Secretario General de la Alianza que había odiado. Pero ahora, en la Guerra de Kosovo, parece que hablaba *claro* cuando el 23 de marzo señalaba lo siguiente:

"Permítanme que sea claro: la OTAN no está conduciendo una guerra contra Yugoslavia. No estamos en conflicto con el pueblo de Yugoslavia que durante tanto tiempo ha estado aislado en Europa a causa de su gobierno. Nuestro objetivo es impedir más sufrimiento humano y más represión y violencia contra la población civil de Kosovo. Debemos también actuar para impedir que se extienda la inestabilidad en la región... Tenemos el deber moral de hacerlo. La responsabilidad descansa sobre nuestros hombros y la asumiremos"¹⁷¹.

169. ABC, de 31 de marzo de 1999, p. 18.

170. A este respecto, cfr. *Le Monde*, de 12 de mayo de 1999, en el que se analizan estos aspectos, así como el alcance de la limpieza étnica y las deportaciones. Haciendo un repaso de lo que los derechos humanos representan para la comunidad internacional, el Ministro de Defensa alemán, Rudolf Scharping, en un artículo titulado "Alemania y la guerra fundada" (publicado en el ABC, de 10 de mayo de 1999, p. 38) señala lo siguiente: "En el acta final de Helsinki puede leerse desde 1975 que los derechos humanos ya no son asunto interno de un sólo país. Los jefes de Gobierno de los países representados en el Consejo de Seguridad de la ONU manifestaron unánimemente en 1992 que, para la implantación de los derechos humanos, podría ser necesario limitar la soberanía nacional. Finalmente, el Parlamento Europeo advirtió en 1994 que había que desarrollar el derecho internacional de gentes para, en casos extremos, permitir acciones militares destinadas a proteger los derechos humanos. Si deseamos proteger nuestros valores, debemos estar también dispuestos a defenderlos del asesinato y del homicidio para que la Humanidad pueda tener un mejor futuro".

171. Para este texto, cfr.: "Acción militar de la OTAN en Yugoslavia", *Meridiano Ceri*, abril 1999, nº 26, p. 26.



Un mes más tarde de iniciarse los bombardeos, en la reunión de los Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo del Atlántico Norte que tuvo lugar en Washington los días 23 y 24 de abril, se adopta una "Declaración sobre Kosovo" en la que figuran las razones de la intervención. En ella se deja claro que: a) la crisis de Kosovo pone en duda los valores que la OTAN defiende desde su fundación: democracia, derechos humanos y primacía del derecho; b) se insiste en que las acciones militares van dirigidas no contra el pueblo serbio, sino contra la política del régimen de Belgrado; c) se declara expresamente que las atrocidades perpetradas contra el pueblo de Kosovo por las fuerzas militares, paramilitares y de policía de la República Federativa de Yugoslavia representan una violación flagrante del Derecho internacional¹⁷². La acción de la OTAN fue apoyada además por los países miembros de la UEO, cuyos Ministros de Asuntos Exteriores y de Defensa, al término de la reunión celebrada en Bremen los días 10 y 11 de mayo, señalaron que la acción militar de la OTAN es a la vez necesaria y justificada¹⁷³. Si a esto añadimos el

172. Estas razones y principios se encuentran recogidos en los apartados 1, 3 y 11 de la Declaración, que transcribimos a continuación:

1. La crise du Kosovo remet fondamentalement en cause les valeurs que l'OTAN défend depuis sa fondation: démocratie, droits de l'homme et primauté du droit. C'est l'aboutissement d'une politique délibérée d'oppression, de nettoyage ethnique et de violence conduite par le régime de Belgrade sous la direction du président Milosevic. Nous ne laisserons pas cette campagne de terreur réussir. L'OTAN est résolue à l'emporter.

3. Nos actions militaires sont dirigées, non pas contre le peuple serbe, mais contre la politique du régime de Belgrade, qui a rejeté à plusieurs reprises tous les efforts visant à une résolution pacifique de la crise...

11. Les atrocités perpétrées contre le peuple du Kosovo par les forces militaires, paramilitaires et de police de la RFY représentent une violation flagrante du droit international. Nos gouvernements coopéreront avec le Tribunal pénal international (TPI) pour l'ex-Yugoslavia, en l'aidant à enquêter sur tous les responsables, jusqu'aux plus hauts niveaux, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. L'OTAN appuiera le TPI dans ses efforts pour obtenir des informations pertinentes. Il ne peut y avoir de paix durable sans justice.

173. A este respecto, el ex-asesor de Asuntos de Seguridad Nacional del Presidente de los Estados Unidos, Zbigniew Brzezinski, en un artículo publicado en *El País* con el sugestivo título *¿Será la OTAN a sus 50 años, una víctima de la Guerra de Kosovo?*, decía: "Es instructivo detenernos aquí y preguntarnos: ¿quién apoya el uso de la fuerza para poner fin a la limpieza y matanzas étnicas en Kosovo y quién se opone a él?. Las 19 democracias de la OTAN mantienen la misma postura (aunque un par de ellas titubeen) y las demás democracias europeas muestran en general su apoyo. Los que se oponen violentamente son el errático admirador de

apoyo dado a la intervención por países como Argentina, Brasil, Gabón, Gambia y Malasia¹⁷⁴ nos encontramos con que no se trata de un puñado de paíseas aislados, marginados o miserables los que han apoyado la acción armada, lo que evidentemente pone a la ONU en un atolladero¹⁷⁵. Ahora, aquellos que niegan la existencia de estas acciones armadas por razones humanitarias basándose en la ausencia de una práctica internacional tendrán que reconocer, ante la evidencia de los hechos, que por lo menos un caso hay, lo que no deja de socavar, por su importancia, ciertas tesis mantenidas en esta materia¹⁷⁶. Si decimos esto es porque no se pueden negar los nuevos aires que soplan sobre el Derecho internacional.

Está claro pues que hoy no se pueden enarbolar el estandarte de la soberanía absoluta y el principio de no intervención en su alcance también más absoluto cuando se violan flagrantemente los derechos humanos fundamentales¹⁷⁷. Esta afirmación, que no plantea dudas en la actualidad, era más

Hitler en Bielorrusia y el actual régimen ruso, que no logró hacer en Chechenia lo que Milosevic pretende hacer ahora en Kosovo.

Por consiguiente, hay dos visiones alternativas enfrentadas respecto al futuro de Europa: una que ve Europa como una comunidad genuinamente vinculada por un respeto compartido a los derechos humanos, y otra que cree que las élites nacionales en el poder tienen el derecho soberano a incurrir en mini-genocidios de sus minorías". Cfr., *El País* de 14 de abril de 1999, p. 12.

174. Apoyo dado el 26 de marzo a raíz del proyecto de resolución presentado por Bielorrusia, Rusia y la India en el Consejo de Seguridad el 24 de marzo en el que se solicitaba un cese inmediato del uso de la fuerza. Tres Estados relevantes votaron a favor: Rusia, China y la India.

175. La intervención también fué apoyada obviamente por otras personalidades, entre las cuales sólo queremos destacar la del Presidente de la Conferencia episcopal alemana, Karl Lehmann, quien dijo que la intervención de la OTAN "no es una guerra de agresión sino que defiende los derechos humanos que no pueden pisotearse en nombre del Derecho internacional. Pese al fuerte deseo de paz, no veo otra alternativa realista". Cfr., *ABC* de 2 de abril de 1999, p. 31.

176. A este respecto, es significativa la opinión expresada por el Dr. Jaime Ferrer Lloret, quien no mucho antes de que se llevara a cabo la acción armada de la OTAN en Kosovo, señalaba lo siguiente: "A pesar de que la práctica en la materia es escasa o más bien inexistente y no exenta de perfiles confusos sobre las motivaciones que han provocado las intervenciones humanitarias...". De este autor, cfr. *Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos*, Tecnos/Universidad de Alicante, 1998, pp. 301-302.

177. A este respecto, cfr. el interesante estudio de BODLEY, A.: "Weakening the Principle of Sovereignty in International Law: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999, pp. 417-472. Ver también, MARTIN, P.M.: *Les échecs du droit international*, *op. cit.*, pp. 53-55.



que problemática defenderla en 1945 cuando se adoptó la Carta de la ONU. El propio Secretario General de la ONU, Kofi Annan, es consciente de esta situación, cuando señala lo siguiente: "*When we read the charter today, we are more than ever conscious that its aim is to protect individual human beings, not to protect those who abuse them*"¹⁷⁸. Por lo tanto, cuando se invoca el Capítulo VII de la Carta hay que tomar en consideración este hecho ya que sino estamos negando la humanización del Derecho internacional que ha constituido todo un hito en la historia del sistema jurídico internacional. En este contexto, o nos quedamos con los conceptos de soberanía absoluta y no intervención absoluta y mandamos los derechos humanos al garete o nos quedamos con estos últimos. No hay otras muchas alternativas y la OTAN ha dado preferencia a las causas humanitarias frente a la soberanía del Estado yugoslavo, aunque garantizando al mismo tiempo la integridad de sus fronteras¹⁷⁹.

Otro elemento importante a tomar en consideración, al que ya nos hemos referido anteriormente, es que en 1945 tampoco se había articulado en el Derecho internacional el concepto de *ius cogens* tal y como está recogido en los artículos 53 y 64 del Convenio de Viena sobre los Tratados. La prohibición de la agresión es generalmente aceptada como una norma imperativa, pero también el genocidio, la esclavitud, etc. Sin embargo, en ningún sitio figura, y la práctica nos lo demuestra clara y meridianamente, que el uso de la fuerza armada tenga que llevarse a cabo *exclusivamente* con autorización del Consejo de Seguridad¹⁸⁰. Aparte del caso de legítima defensa, expresamente previsto en el artículo 51 de la Carta, tenemos el derecho de los pueblos coloniales a recurrir a la fuerza armada en el ejercicio de su derecho a la autodeterminación y no imperó la tesis de que ese recurso a la fuerza armada, no previsto en la Carta, debiera hacerse bajo la autorización del Consejo. Por lo tanto, no se pueden invocar las disposiciones de la Carta, incluyendo el artículo 103, contra las normas imperativas de nuestro sistema jurídico a no ser que tengan ese carácter. Si éste fuera el caso, habría que saber además qué

178. Cfr. ANNAN, K.: "Two Concepts of Sovereignty", *The Economist*, 18 de septiembre 1999, p. 49.

179. Cfr. "Chronique des faits internationaux", *R.G.D.I.P.*, 1999, p. 488.

180. El artículo 24 de la Carta habla de "responsabilidad primordial". "Responsabilité principale" y "primary responsibility" son los términos utilizados por los textos francés e inglés, respectivamente.



norma imperativa es ulterior tal y como está previsto en el artículo 53 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁸¹.

En nuestra opinión, y se diga lo que se diga, la sociedad internacional no podía tolerar lo que se estaba haciendo en Kosovo, como nunca se hubiera debido tolerar lo que ocurrió en Ruanda y en Bosnia-Herzegovina¹⁸². Las violaciones de ciertas normas fundamentales del Derecho internacional que están en la mente de todos eran obvias: depuración étnica, matanzas de personas civiles, deportaciones masivas, etc. El espectáculo era pues esperpéntico, como esperpéntico era el hecho de que en el seno del Consejo de Seguridad no se adoptara alguna decisión importante con el fin de detener esas atrocidades y venir en socorro de las víctimas. Esta vez Rusia se hizo fuerte en favor de sus hermanos serbios y las arcas financieras no consiguieron doblegar su voluntad, como ocurrió en otros casos, a pesar de lo que estaba ocurriendo. Ante esta situación alguien debía intervenir para defender ciertos derechos humanos fundamentales, considerados por otra parte como valores universales, incluso por aquellos que se han opuesto a la acción de la OTAN. En estas circunstancias, en vez de condenar la acción de la OTAN, hubiera sido más correcto condenar la actitud de Rusia que ha violado flagrantemente el artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 que declara expresamente que "las

181. Para un análisis exhaustivo sobre estas cuestiones, cfr. ROUCOUNAS, E.: "Engagements parallèles et contradictoires", *R.C.A.D.I.*-VI, 1987, pp. 62 y sgs. Nos resulta interesante la opinión de este Profesor, antiguo miembro de la Comisión de Derecho Internacional, que transcribimos a continuación: "L'article 103 aborde la hiérarchie du point de vue des normes... Or, la Charte a été adoptée il y a un demi-siècle; si elle couvre certains domaines de première importance pour la communauté internationale, elle laisse cependant d'autres secteurs d'égale importance faiblement ou pas du tout réglementés. Compte tenu des réalités de la vie internationale, nous pouvons dire que beaucoup plus pour la paix que pour la sécurité internationale nous sommes en présence d'un réseau minimum de normes plus ou moins adéquates. Pour l'économie, la limitation ou le contrôle des armements, le développement, l'environnement ou l'espace cosmique la Charte ne contient presque rien et le résultat des initiatives entreprises au sein des Nations Unies dans ces domaines est juridiquement inégal. En revanche, bien que la Charte ne contienne que quelques phrases seulement sur les droits de l'homme ou des dispositions incomplètes sur la décolonisation, l'oeuvre accomplie par l'organisation internationale dans ces deux secteurs ajoute un important ensemble de normativité aux énoncés de la Charte". *Ibid.*, pp. 66-67.

182. Como ha señalado Emma Bonino, en la antigua Yugoslavia se están cometiendo matanzas desde hace diez años. "A mucha gente ya se le han olvidado las matanzas de Srebrenica, Vukovar, Sarajevo, Raçak y tantos sitios, en los que el causante ha sido siempre el mismo... Es como si hubiera una amnesia colectiva de lo que ha ocurrido en estos diez años". Cfr. *ABC*, de 21 de abril de 1999, p. 34.



Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y *a hacer respetar*¹⁸³ los Convenios en todas circunstancias. Resulta paradójico invocar el principio de competencia universal para poder juzgar por tribunales nacionales los crímenes cometidos en el territorio de otros Estados y negar al mismo tiempo esa competencia universal para prevenirlos o impedir que se sigan cometiendo. El Derecho internacional no puede convertir los territorios de los Estados en nidos protegidos para poder incubar las atrocidades conocidas por todos. Y es precisamente el Consejo de Seguridad de la ONU el que tiene en primer lugar la responsabilidad de impedirlo. Pero si este no actúa, o no puede actuar, sería demasiado presuntuoso por su parte pretender que nadie lo haga¹⁸⁴. La hipocresía y la cobardía suelen ser malas compañeras y anclarse sin más en las disposiciones del Capítulo VII para condenar la intervención de la OTAN me parece, pura y simplemente, un análisis demasiado superficial. Las razones humanitarias eran tan evidentes que difícilmente se puede condenar la ilicitud del acto, tanto desde el punto de vista jurídico, a causa de las graves violaciones de normas fundamentales que se estaban llevando a cabo, como desde el punto de vista moral y ético.

Por lo tanto, a pesar de que la intervención se haya llevado a cabo sin autorización del Consejo de Seguridad, no por eso es ya ilegal. Hay que analizar todo el sistema jurídico internacional, porque como señaló la Corte Internacional de Justicia en el Asunto de Nicaragua, las normas que regulan el uso de la fuerza no se encuentran sólo en la Carta. Si a esto añadimos el meollo duro de normas que existen en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, ¿cómo se puede condenar una intervención llevada a cabo para proteger esos derechos fundamentales? ¿cómo se puede condenar una

183. El subrayado es mío.

184. El propio Secretario General de la ONU es consciente de este problema cuando afirma lo siguiente: "The Kosovo conflict and its outcome have prompted a debate of worldwide importance. And to each side in this debate difficult questions can be posed.

To those for whom the greatest threat to the future of international order is the use of force in the absence of a Security Council mandate, one might say: leave Kosovo aside for a moment, and think about Rwanda. Imagine for one moment that, in those dark days and hours leading up to the genocide, there had been a coalition of states ready and willing to act in defence of the Tutsi population, but the council had refused or delayed giving the green light. Should such a coalition then have stood idly by while the horror unfolded?". Cfr.: "Two Concepts of Sovereignty", *op. cit.*, p. 49.



intervención llevada a cabo para impedir graves y odiosas injusticias?¹⁸⁵. Hace ya algunos años que nos pronunciamos en esta materia sosteniendo que "una intervención armada en Yugoslavia sería legal y justa"¹⁸⁶. Aunque rectificar es cosa de sabios, ahora que se ha producido, no vamos a cambiar de opinión. Por supuesto, esto no impide reconocer los problemas que una intervención de estas características plantea y que son de todos conocidos. Sin embargo, no

185. Para los "Padres" del Derecho internacional, Vitoria, Suárez, Grocio, etc, la guerra justa es aquella que ha sido desencadenada a causa de una injuria recibida, para castigar a aquél que ha violado un derecho o para la protección de inocentes. Para más detalles sobre este concepto, ver el desarrollo que realiza HERRERO RUBIO, A.: *Derecho de Gentes* (Introducción histórica), Valladolid, 1987, 7ª ed., pp. 60 y sgs. Ver también CALOGEROPOULOS-STRATIS, S.: *Le recours à la force dans la société internationale*, París-Lausana, LGDJ, 1986, pp. 31-34; FERNÁNDEZ-FLORES, J.L.: "El uso de la fuerza y el orden internacional", *Revista Española de Derecho Militar*, nº 28, 1974, pp. 67-73; WEHBERG, H.: "L'interdiction du recours à la force. Le principe et les problèmes qui se posent", *R.C.A.D.I.*, 1951-I, pp. 11 y ss.

186. Cfr. "El derecho/deber de injerencia humanitaria en el Derecho internacional actual", *op. cit.*, pp. 70-71.

Esta afirmación tan contundente es compartida por el Profesor Victor-Yves Ghebali del Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra, quien refiriéndose al conflicto de Kosovo señala lo siguiente:

"... l'intervention de l'Otan aurait été juridiquement 'illégal' car entreprise sans l'aval préalable du Conseil de sécurité comme exigé par le chapitre VII de la Charte des Nations Unies. En droit strict, l'argument n'est pas infondé; mais il ne résume pas à lui seul le fond du problème. Ainsi, le choix n'était pas entre la légitimation de l'Onu ou celle de l'Otan, mais entre une intervention non autorisée de l'Otan ou l'inaction totale de l'Onu (Vu le veto prévisible de la Russie et de la Chine). Or, il y avait une situation exceptionnelle qui constituait à la fois une atteinte aux droits de l'homme d'une extrême gravité et une menace sérieuse pour la stabilité d'une région des plus explosives. On constatera d'ailleurs que tous les efforts tentés par la Russie pour faire condamner l'agression barbare de l'Otan, au sein de l'Onu, tournèrent court. Hormis une poignée de pays (Chine, Cuba, Inde, Biélorussie...), les gouvernements admirent plus ou moins tacitement la légitimité –sinon la légalité– de l'opération. Il convient de bien souligner que celle-ci n'était motivée par aucune des causes majeures qui, selon Salluste, sont traditionnellement le moteur des conflits humains: l'avaritia (la soif des richesses) et l'ambitio (la volonté de domination), mais par la nécessité de préserver les valeurs d'une certaine conception démocratique et tolérante de l'Europe. Il y a en effet des valeurs suprêmes dont la défense mérite d'être assurée par-delà un légalisme étroit, surtout si celui-ci doit aboutir à mettre sur le même plan deux 'illégalités' qualitativement différentes, le non-respect d'une disposition de la Charte et le crime contre l'humanité. Fallait-il renoncer à venir en aide à une population martyre au nom du strict respect d'une légalité internationale formellement incarnée par l'Onu et justifier ainsi la formule de Jean Giraudoux: L'anéantissement d'une nation ne modifie en rien l'avantage de sa position morale internationale?"

Cfr. "Le Kosovo entre la guerre et la paix", *op. cit.*, p. 77.



hay que ignorar que los problemas que presentan esta clase de acciones armadas no dejan de ilustrarnos sobre las debilidades de nuestro sistema jurídico. Y ¡ojo al loro! porque el último Informe Anual del Instituto Internacional de Investigación sobre la Paz (SIPRI) de Estocolmo, publicado el 16 de junio de 1999, advierte de que los nuevos conflictos surgirán a causa de violaciones masivas de los derechos humanos y de las minorías.

Una cuestión muy distinta, que no analizamos aquí, es ver cómo se ha llevado a cabo la Guerra en Kosovo a la luz del Derecho internacional humanitario. Pero esto, es harina de otro costal. A este respecto, sólo queremos decir ahora que ha sido una guerra rara, que se ha hecho desde muy arriba y de la que no se conocen héroes, ni muertos, salvo de un lado. Todo estaba preparado para que la vida de un soldado de la OTAN valiera más que la de un serbio. Resulta triste constatar cómo cuando se discutía la posibilidad de una intervención terrestre, nuestro Ministro de Asuntos Exteriores se apresuró a anunciar que nuestras tropas no participarían, porque sería peligroso y habría víctimas. Declaraciones de este tipo nos demuestran que se volaba muy alto en Kosovo, pero que en los despachos de algunos Ministerios, se volaba a ras de tierra. Como ha señalado el antiguo comandante francés en Bosnia-Herzegovina, el General Philippe Morillon, "¿qué clase de soldados son éstos que están dispuestos a matar pero no a morir?"¹⁸⁷. Entre las declaraciones de nuestro Ministro y las del General galo, me quedo sin lugar a dudas con las de éste último. Siempre ha habido más héroes en la batalla que en los despachos, descontando por supuesto los anónimos.

V. CONCLUSIÓN

Las cuestiones en materia de uso de la fuerza han constituido siempre uno de los núcleos duros del sistema jurídico internacional. Los aspectos problemáticos que encierra no han desaparecido con la Carta de las Naciones Unidas a causa de las numerosas ambigüedades que encierra en esta materia. El sistema de seguridad colectiva que en ella se adoptó no fue respetado, dejando un sabor amargo que originó una gran desconfianza en el sistema. No obstante, los recientes acontecimientos que la comunidad internacional ha vivido a raíz de la

187. Cfr. PFAFF, W.: "Intervención terrestre: la única respuesta para Kosovo", *El País* de 13 de abril de 1999, p. 12.



caída del Muro de Berlín presagiaban unos nuevos derroteros que han sido ensombrecidos por la guerra de Kosovo. Una vez más, el sistema onusiano no ha estado a la altura de las circunstancias, abriéndose una brecha que será difícil hacerla desaparecer. El "Nuevo Concepto Estratégico" aprobado por los Jefes de Estado y de Gobierno de los países Miembros de la OTAN en Washington, en su reunión de 23 y 24 de abril pasados, constituye una prueba fehaciente de ello, al permitir a la Alianza actuar sin mandato expreso del Consejo de Seguridad de la ONU, aunque respetando los principios y propósitos de la Carta. Esta posibilidad, que no estaba prevista en el Tratado del Atlántico Norte, parece plantear un serio reto a la propia ONU ya que lo que está diciendo la OTAN es pura y simplemente lo siguiente: o actuais o actuamos, siempre que se trate de una zona denominada "euroatlántica", no especificada por cierto en la Declaración. El dilema será cómo compaginar los intereses entre la OTAN y la ONU ya que la marginación de esta última tal y como figura en el "Nuevo Concepto Estratégico" plantea también otras cuestiones como la futura gestión de la sociedad internacional, el papel de la ONU en la prevención y regulación de conflictos y, sobre todo, el papel del Consejo de Seguridad. Restaurar la primacía de una institución desacreditada y debilitada será pues el gran reto del siglo XXI y eso sólo es posible con una auténtica reforma de la Carta. Ignorar este elemento puede traer consecuencias graves ya que si la Carta no se reforma desde dentro de la Organización, algunos ya se encargarán de hacerlo desde fuera, para bien o para mal. Cuando uno mira la resolución 1244 del Consejo de Seguridad de 10 de junio de 1999 que, en teoría, pone fin a la Guerra de Kosovo, uno ve que se reconoce la responsabilidad primordial del Consejo de Seguridad respecto del mantenimiento de la paz y la seguridad, que la ONU se traga la Guerra de Kosovo y para mas penitencia se recoge el plan del G-8 ¿Tiene la "Señorita" de Nueva York algo dentro de su vestido de satén?. Parece que no mucho... ¿Qué la queda?