

# LAS ACCIONES *ULTRA VIRES* DEL CONSEJO DE SEGURIDAD Y SU RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA QUIESCENCIA\*

Juan de Dios GUTIÉRREZ BAYLÓN\*\*

**RESUMEN:** El presente artículo constituye un estudio sobre las competencias jurídicas del Consejo de Seguridad de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas. En el examen de dichas competencias se analizan diversas deformaciones que éstas sufren, lo cual llevan al Consejo a actuar con facultades dudosas o en su caso a omitir el ejercicio de sus responsabilidades permitiendo que otros agentes se sustituyan a este órgano principal en materia de seguridad colectiva. Las crisis de Congo, Vietnam, Irak I, Kosovo, Afganistán e Irak II son los paradigmas de estudio de que principalmente se sirve el autor para determinar el alcance de este problema. El profesor Gutiérrez Baylón busca establecer una fenomenología jurídica del Consejo de Seguridad frente a las crisis de seguridad colectiva contemporáneas, con miras a discernir en dónde se encuentra el centro de gravedad de la seguridad onusiana, y sus perspectivas en el derecho internacional.

**ABSTRACT:** *This article constitutes a review of the legal competence of the Security Council in accordance with the United Nations Charter. In studying such competence different deformations thereof that have led the Security Council to act with doubtful powers or to avoid its tasks allowing other agents to substitute this major body in collective security matters, are also analyzed. The Congo, Vietnam, Irak I, Afghanistan and Irak II crises are the study paradigms that the author uses as starting point to determine the scope of the problem. Professor Gutierrez Baylon seeks to establish a legal phenomenology of the Security Council before contemporary collective security crises, in order to determine where the gravity center of the UN security is, and its perspectives within international law.*

**RÉSUMÉ:** *Il s'agit d'un étude sur les habilitations juridiques du Conseil de sécurité d'après la Charte des Nations Unies. Dans le cadre des compétences sous mentionnés l'on fait la mise en cause de la façon d'agir du Conseil en dépassant ses facultés ou par contre en mépris de ses responsabilités à l'égard de la sécurité collective. Les crises du Congo, le Vietnam, l'Irak I, l'Afghanistan et l'Irak II sont le point du départ pour comprendre la portée du problème dans l'étude. M. Gutiérrez Baylón fait la démarche de établir un phénomène juridique du Conseil de sécurité face aux défis de la sécurité collective contemporaine, en visant déterminer le noyau dur de la sécurité onusienne.*

\* Ensayo de una fenomenología jurídica del Consejo de Seguridad frente a las crisis de seguridad colectiva contemporáneas.

\*\* Profesor de derecho internacional, División de Estudios de Posgrado, Facultad de Derecho, UNAM.

SUMARIO: I. *La justificación constitucional del Consejo de Seguridad.* II. *El Consejo de Seguridad y la diferente naturaleza de las decisiones susceptibles de ser adoptadas.* III. *Habilitaciones constitucionales a favor del Consejo de Seguridad en materia de seguridad colectiva.* IV. *La observancia por parte del Consejo de Seguridad de las reglas derivadas del derecho humanitario internacional.* V. *Las operaciones para el mantenimiento de la paz y el régimen de la adhocracia.* VI. *Un órgano judicial para controlar al Consejo de Seguridad y los actos ultra vires.* VII. *La connivencia con la crisis constitucional.* VIII. *Conclusiones*

## I. LA JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

1. Hacer historia respecto de la noción de seguridad colectiva nos puede remontar tan lejos como los orígenes mismos del derecho internacional. De acuerdo con Hans Kelsen, el nacimiento de la idea de seguridad colectiva puede llevarse —siguiendo las doctrinas contractualistas— tan lejos como a la formación de las células mismas de la sociedad en la oscuridad de los tiempos.<sup>1</sup> Sin embargo, por lo que se refiere estrictamente a la institucionalización de mecanismos y a la estructuración orgánica de un consejo supranacional y deliberativo capaz de afectar la conducta de los Estados de la comunidad internacional, parece no querer ir históricamente más atrás del Pacto de la Sociedad de las Naciones. A decir verdad, este fenómeno pudiera ser una de las más novedosas creaciones del siglo veinte, en donde deben quedar muy claramente distinguidas las habilitaciones del tímido Consejo de la Sociedad de las Naciones,<sup>2</sup> respecto de la arro-

1 "According to this doctrine, men abandoned the state of nature as a state where no positive law was established because of its complete lack of security. They abandoned it by concluding a contract with the main purpose of protecting each member of the community by providing for a collective reaction against any violation of vital interests. In other words, the purpose of this contract was to establish collective security". Kelsen, Hans, *Collective Security under International Law*, Washington, Naval War College, Newport, Rhode Island, United States Government, Printing Office, 1957, p. 3.

2 Respecto de las habilitaciones jurídicas y las acciones emprendidas por el Consejo de la Sociedad de las Naciones el concepto podría acercarse más al de la *cooperación internacional* en lugar de la seguridad colectiva. Cfr. Seyersted, Finn, "United Nations Forces. Some Legal Problems", *The British Year Book of International Law*, Oxford, XXXVII, 1961, p. 358; Osmańczyk, Edmund Jan, *Enciclopedia mundial de relaciones internacionales y Naciones Unidas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 3643. Sin embargo también se dio el caso contrario por el cual el Consejo de

gancia del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de manera tal que, en lo que concierne a este último, se le reconozca como el órgano de mayor poderío en la teoría general de las organizaciones internacionales. Asimismo, una enfermedad parece anunciarse, teniendo como sintomatología tanto a los Balcanes como al Golfo Pérsico, en la que el crecimiento de la utilización de las medidas de represalias multiformes y de manera unilateral genera una pronunciada crisis de los mecanismos de seguridad colectiva.<sup>3</sup> Con el fin de la guerra fría se perdió el pudor de la legalidad en las acciones del Consejo de Seguridad. Hasta antes de la caída del muro de Berlín, se discutía sobre la abstención, ausencia en las votaciones del consejo o sobre el uso irracional del veto, pero nadie estaba en la idea de abandonar los mandatos expresos de la carta como ha ocurrido en conflictos ulteriores.

### *La labor encomendada al Consejo de Seguridad*

2. Con la categoría de órgano principal dentro de la carta se le ha atribuido el papel tanto de brazo armado de la organización y gendarme, así como de amable componedor. Sin duda alguna la mayor parte del equilibrio logístico de la ONU descansa en el Consejo de Seguridad, aún cuando la evolución del orden jurídico de las Naciones Unidas en más de una década lo ha ido despojando de su carga y ha racionalizando sus operaciones, muchas veces bajo el efecto de los golpes redoblados de la jurisprudencia internacional. Se trata de un órgano que sufre múltiples desdoblamientos funcionales, dependiendo de la tarea a la que se enfrente, o diversas caras, condicionadas por el capítulo de la carta que lo esté habilitando. Heredero papal en su posición internacional para decidir lo que es bueno y lo que es malo en las relaciones entre los Estados, el Consejo de

Seguridad de las Naciones Unidas perdió facultades respecto del Consejo de la Sociedad de las Naciones: "There is nothing in the Charter of the United Nations, the Covenant of the League, or the Resolution of the Assembly of the League of April 18th, 1946, relied upon by the Court in its Opinion of 1950, that can be construed as in any way restricting the authority of the General Assembly to less than that which was conferred upon the Council by the Covenant and the Mandate". Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa, Advisory Opinion, ICJ, *Reports*, 1956, p. 29.

3 "Ce... la thèse (très minoritaire) selon laquelle il convenait de préserver dans le droit international contemporain une place réduite pour les représailles armées, a toujours fait de l'échec du système de la sécurité collective son principal argument". Condorelli, Luigi, "A propos de l'attaque américaine contre l'Irak du 26 juin 1993: Lettre d'un professeur désespéré aux lecteurs du JEDI", *Journal Européen de Droit International*, Law Books in Europe, vol. 5, núm. 1, 1994, p. 139.

Seguridad de la ONU tiene un espectro competencial tan amplio que lo convierte en supervisor de la administración fiduciaria internacional,<sup>4</sup> *Ombudsman*, brazo secular de la organización, reconstructor de administraciones internas,<sup>5</sup> vigía en materia de cooperación internacional económica y social,<sup>6</sup> generoso creador de nuevos Estados<sup>7</sup> o gobiernos,<sup>8</sup> genearme para la obtención inmediata del fin de las hostilidades<sup>9</sup> y verdugo de la comunidad internacional.

## II. EL CONSEJO DE SEGURIDAD Y LA DIFERENTE NATURALEZA DE LAS DECISIONES SUSCEPTIBLES DE SER ADOPTADAS

3. Dado que el Consejo de Seguridad es un órgano que viaja incesantemente por los diversos capítulos de la carta, la naturaleza de sus determinaciones varía de manera significativa. Se puede tratar de *actos condición* como la admisión de un Estado o la designación de un juez a la Corte Internacional de Justicia; el nombramiento del secretario general de

4 Artículos 83 y 84 de la carta. Cfr. East Timor (Portugal vs. Australia), Judgment, ICJ, *Reports*, 1995, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, p. 181.

5 Es una de las labores más extrañas emprendidas por el Consejo de Seguridad en toda su historia, posiblemente fundada en el artículo 39 de la carta. Cfr. Hansjörg Strohmeier, "Collapse and Reconstruction of a Judicial System: The United Nations Missions in Kosovo and East Timor", *American Journal of International Law*, vol. 95, núm. 1, 2001, p. 46; Matheson, Michael J., "United Nations Governance of Postconflict Societies", *American Journal of International Law*, vol. 95, núm. 1, 2001, p. 84; Wilde, Ralph, "From Danzig to East Timor and Beyond: The Role of International Territorial Administration", *American Journal of International Law*, vol. 95, núm. 3, 2001, pp. 583 y ss. De manera muy especial véase: Kirgis, Frederic L., "Security Council Governance of Postconflict Societies: A Plea for Good Faith and Informed Decision Making", *American Journal of International Law*, vol. 95, núm. 3, 2001, p. 580.

6 Artículo 65 de la carta.

7 En los considerandos de la resolución 1399 (12 de marzo de 2002) del Consejo de Seguridad se lee: "Apoyando el concepto de una región en que dos Estados, Israel y Palestina, vivan uno junto al otro dentro de fronteras seguras y reconocidas...". (Énfasis agregado). Es de colegirse que el consejo está reconociendo la dimensión política de Palestina como un Estado en el sentido más estricto de la palabra, máxime que ésta es la principal pretensión de los palestinos en su proceso de emancipación.

8 Es el caso de la "Autoridad" de los Estados Unidos de América en Iraq, reconocida por el Consejo de Seguridad mediante la resolución 1483 del 22 de mayo de 2003.

9 "The Security Council sees its task as to call for a halt to the fighting, leading the parties to issue cease-fire orders to their forces. A subsidiary organ in the field then negotiates with the parties a truce of a more detailed and durable kind. A cease-fire is simply a suspension of acts of violence by military and paramilitary forces, resulting from the intervention of a third party. It is a preliminary and provisional step, providing a breathing space for the negotiation of more lasting agreements". Bailey, Sydney D., "Cease-fires, Truces, and Armistices in the Practice of the UN Security Council", *American Journal of International Law*, vol. 71, núm. 3, julio de 1977, p. 469.

la organización, el análisis en materia de seguridad de los reportes del Consejo de Administración Fiduciaria, ser un eventual revisor del Consejo Económico y Social, fungir como vigilante de la proscripción de ensayos nucleares,<sup>10</sup> la negociación con las partes conflictuadas de una zona desmilitarizada,<sup>11</sup> componedor autónomo internacional,<sup>12</sup> topógrafo fronterizo<sup>13</sup> o servir como ministerio público ante la nueva Corte Penal Internacional de acuerdo con el Estatuto de Roma;<sup>14</sup> pero la verdadera discusión (a diferencia de la Asamblea General) estriba fundamentalmente en la calidad de las discusiones, de acuerdo con el apartado en que actúa, en particular respecto de los capítulos VI o VII de la carta. Realmente el único espacio de la Carta de la ONU en donde el Consejo de Seguridad no tiene función primordial es en el capítulo X relativo al Consejo Económico y Social, en particular en el artículo 65, en donde su actuación es aleatoria e incluso su obligatoriedad ha sido puesta en duda.<sup>15</sup>

La vocación natural del Consejo de Seguridad no es legiferante sino resolutive.<sup>16</sup> Su actuación y movilidad se inicia, al igual que la Secretaría General y la Asamblea General, necesariamente por una *determinación de hechos* que impone el tipo de acción que emprenderá, y por ende el alcance de sus resoluciones quedarán siempre condicionadas a la así llamada *factología*.<sup>17</sup> Contra lo que una buena parte de la doctrina ha inten-

10 Cfr. Artículo IX, numeral 3 del *Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares*, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de septiembre de 1996.

11 Cfr. Bailey, Sydney D., "Nonmilitary Areas in UN Practice", *American Journal of International Law*, vol. 74, 1980, p. 500.

12 De hecho se ha llegado a hablar de la existencia de un capítulo VI bis de la carta en donde el Consejo de Seguridad actúa en funciones combinadas de mediador y gendarme. Cfr. Petit, Yves, *Droit international du maintien de la paix*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000, p. 54. En rigor no existe una tipología de habilitaciones especiales que ameriten desglosar un capítulo de tal índole.

13 Cfr. Resolución 687 (1991), 3 de abril de 1991.

14 Cfr. artículos 13, inciso b); 16; 54, numeral 3, inciso a); 86, numeral 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, *Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional*, A/CONF.183/C.1/L.76/add.1 16 de julio de 1998.

15 Cfr. Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *Derecho constitucional de las Naciones Unidas*, Madrid, Escuela de Funcionarios Judiciales, 1958, p. 437.

16 Respecto de las funciones cuasilegiferantes del Consejo de Seguridad, cfr. Kirgis, Frederic L. Jr., "The Security Council's First Fifty Years", *American Journal of International Law*, vol. 89, julio de 1995, p. 520.; Álvarez, José E., "Judging the Security Council", *American Journal of International Law*, vol. 90, enero de 1996, p. 1; Szasz, Paul C., "The Security Council Starts Legislating", *American Journal of International Law*, vol. 96, octubre de 2002, p. 901. Es de reconocerse que algunas resoluciones como la 687 (3 de abril de 1991) hacen muy endeble la línea de separación de ambas funciones.

17 Cfr. A. G. resolución 2329/XXII, 18 de diciembre de 1967. *UN Register of Experts for Fact-*

tado, es inútil pretender comprender cualitativamente las resoluciones de este órgano de manera desarticulada de los criterios factológicos y del capítulo de la carta que está sirviendo de referencia para la emisión del respectivo dictamen jurídico.<sup>18</sup> Aunado a esto, no se puede dejar de reconocer que algunas de las calificaciones que el Consejo de Seguridad ha realizado son erráticas e impiden una cabal clasificación o conformar de manera nítida una doctrina general que permitiese un confiable margen de predictibilidad en sus actuaciones. Paradójicamente, pese a tratarse del órgano que tiene la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, siempre ha existido una menor preocupación teórica para discernir y codificar los criterios factológicos que lo llevan a constatar la existencia de una amenaza o quebrantamiento de la paz internacionales, y con ello la evocación del capítulo VII de la carta que la da una investidura omnipoderosa. De hecho, doctos y legos en derecho constitucional de las Naciones Unidas nos conformamos con verificar *a posteriori* la cita genérica que el propio Consejo de Seguridad hace en sus resoluciones del referido capítulo para entender pasivamente la magnitud de las acciones que emprende, por lo que la ausencia de una metodología para la aplicación del artículo 39 de la carta ha sido siempre un grave vacío respecto del cual todos hemos sido conniventes.<sup>19</sup> Otra historia se da cuando corresponde al secretario general o a la Asamblea General hacer una constatación de hechos, es entonces cuando una generosa doctrina

Finding. Una descripción bien acabada de la determinación de hechos es dada por el profesor Sylvain Vité: "Globalement exprimé, il s'agit de démontrer l'existence d'un fait, c'est-à-dire, en l'occurrence, d'un événement qui correspondre aux éléments constitutifs d'une norme... On perçoit déjà ici le rapport étroit qu'entretiennent l'établissement des faits et le droit. L'enquête doit se mouler sur la norme". Vité, Sylvain. *Les procédures internationales d'établissement des faits dans la mise en oeuvre du droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 3.

18 Cfr. Castañeda, Jorge, *Valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas*, México, El Colegio de México, 1967, p. 129. Lamentablemente el profesor Michel Virally no aborda específicamente el fenómeno de la determinación de hechos, no obstante hacer el análisis de las recomendaciones entre órganos de la misma jerarquía. Cfr. Virally, Michel, *La valeur juridique des recommandations des organisations internationales*, p. 75.

19 Lo más sorprendente es que la resolución 242 del Consejo de Seguridad (22 de noviembre de 1967), mediante la cual se exige el retiro de las fuerzas armadas de Israel de los territorios ocupados en la guerra de los seis días, misma que puede ser considerada como la resolución por antonomasia en materia de seguridad, no hace referencia alguna al capítulo VII de la carta. De la misma irregularidad adolecen las resoluciones 425 (19 de marzo de 1978), 1402 (30 de marzo de 2002), 1403 (4 de abril de 2002). Todas vinculadas con el retiro de Israel de diversos territorios ocupados militarmente.

surge suspicaz a discurrir sobre la oportunidad o legalidad de tal proceder y con no poca severidad se descalifica o se sospecha sobre su motivación.<sup>20</sup>

A lo anterior hay que agregar algo a lo que la doctrina tradicional jamás se enfrentó. Después del fin de la Guerra fría, el número de resoluciones del Consejo de Seguridad (incluyendo las dictadas en términos del capítulo VII) se han duplicado en el espacio de una década, lo que hace aún más complejo darle un carácter vectorial a los posicionamientos de un Consejo de Seguridad que se ha visto en la necesidad de actuar de manera extraordinariamente veloz. De hecho, en ocasiones resulta sumamente complejo esclarecer cuáles de sus resoluciones continúan en vigor, respecto de otras que pudieron haber quedado rebasadas por los hechos, pues es de inferirse que debería ser el propio órgano quien decretase su abrogación o nulidad.<sup>21</sup>

4. En materia de habilitaciones constitucionales, el Consejo de Seguridad ha vivido una extraña relación con el derecho consuetudinario internacional: durante la "guerra fría" buscó compartirlas con otros órganos principales de la organización, y tras la caída del muro de Berlín ha intentado habilitar a alianzas regionales o simplemente desentenderse de ellas.<sup>22</sup> El uso discrecional de sus competencias es amplísimo, al tener la libertad de elección de los medios de acción según la carta.<sup>23</sup> Como lo ha

20 No debe pensarse que todas las hipótesis previstas en el artículo 3 del Reglamento Provisional del Consejo de Seguridad (S/96/Rev.79), implican determinación de hechos. Deben quedar descartados el artículo 35, dado que en esa hipótesis los Estados hacen del conocimiento del consejo o de la asamblea un conflicto que pudiese incumbir a las actuaciones del capítulo VI, esto es arreglo pacífico de controversias internacionales, sin que tal promoción imponga a sus receptores una determinada línea de reacción. Lo propio debe inferirse respecto del artículo 11, numeral 2, que se refiere a la facultad genérica de la asamblea de discutir cualquier asunto relevante. Podemos decir que sólo constituyen determinación de hechos, los dictámenes orgánicos derivados de los artículos 11, numeral 3; 39 y 99 de la carta. Dentro del grupo de órganos subsidiarios se ha desarrollado la capacidad de determinar hechos a fuerza de una necesidad en la calificación de ciertos acontecimientos humanitarios significativamente graves, es el caso de la Comisión de Derechos Humanos, órgano subsidiario del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas conforme al artículo 38 de la carta, así como el Alto Comisariado para los Derechos Humanos, creado por la Asamblea General mediante la resolución AG/48/141 del 23 de diciembre de 1993.

21 Sobre el particular véase: "If supervening events have nullified duly passed resolutions of the Security Council or the General Assembly, it is for those bodies to take note of the altered situation and to act accordingly". East Timor..., *cit.*, nota 4, p. 435.

22 Cfr. las resoluciones 665 y 678 del Consejo de Seguridad.

23 "The Charter does not forbid the Security Council to act through instruments of its own choice: under Article 29 it 'may establish such subsidiary organs as it deems necessary for the performance of its functions'; under Article 98 it may entrust 'other functions' to the Secretary-General". Certain Expenses of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ, *Reports*, 1962, p. 177.

declarado la corte, los problemas derivados de la creación de los contingentes encargados de las operaciones para el mantenimiento de la paz que ciertamente no están previstos en la carta, dieron lugar a una controversia que hoy ya es clásica respecto de cómo debe interpretarse el artículo 17 en función del artículo 1 de la carta.<sup>24</sup> Mediante su función consultiva, la corte enderezó de un golpe dos problemas constitucionales que venían rezagados, el asunto estricto del financiamiento de tales operaciones que no encontraban fundamento en las nociones de seguridad colectiva pactadas en San Francisco, y que en rigor no tendrían porque ser consideradas como *gastos de la organización*, al tiempo de que bendijo la resolución de la Asamblea General conocida como *Unión pro paz*,<sup>25</sup> mediante la cual este órgano plenario tendría facultades derivadas en materia de seguridad cuando el Consejo de Seguridad se encontrase paralizado por efecto del veto,<sup>26</sup> como ocurrió tras el asunto de Corea, sin que se vulnerase el artículo 12 de la Carta de la ONU. De lo anterior, debemos entender que la jurisprudencia internacional ha revelado las competencias convencionales y consuetudinarias del Consejo de Seguridad y de otros órganos principales de la organización.

24 Cfr. Seyersted, Finn, *op. cit.*, nota 2, p. 405.

25 "The responsibility conferred is 'primary', not exclusive". Certain Expenses..., *cit.*, nota 23, p. 163. "The Charter makes it abundantly clear, however, that the General Assembly is also to be concerned with international peace and security".

26 "La Asamblea General... 1. Resuelve que si el Consejo de Seguridad, por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, deja de cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales en todo caso en que resulte haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinará inmediatamente el asunto, con miras a *dirigir a los miembros recomendaciones* apropiadas para la adopción de medidas colectivas, inclusive, en caso de quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el uso de fuerzas armadas cuando fuere necesario, a fin de mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales" (énfasis añadido). A. G. resolución (V). *Unión pro paz*. A. 302a. Sesión plenaria, 3 de noviembre de 1950, *Resoluciones aprobadas sobre la base de los informes de la Primera Comisión*, pp. 11-13. Nótese que en último de los rigores, *dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas* es una acción bastante inocua que no supone irrupción alguna en el capítulo VII de la carta. En la sección 'C' que es donde se citan cuatro artículos que corresponden al capítulo VII en donde la asamblea no tiene injerencia alguna, la Asamblea General tan solo *recomienda* al Consejo de Seguridad la puesta en marcha de las medidas que le son propias, lo que dejaría incólume la constitucionalidad del asunto.



### III. HABILITACIONES CONSTITUCIONALES A FAVOR DEL CONSEJO DE SEGURIDAD EN MATERIA DE SEGURIDAD COLECTIVA

#### 1. *La actuación del Consejo de Seguridad bajo la égida del capítulo VII de la carta*

5. Cuando en materia de seguridad colectiva el consejo actúa invocando las habilitaciones que le confiere el capítulo VII de la carta, automáticamente se transmuta en un órgano omnipotente en el derecho y las relaciones internacionales. De hecho en toda la historia de la cultura, jamás hemos concebido ni creado una institución jurídica de derecho interno o internacional tan poderosa, como lo es el referido consejo en el marco específico de atribuciones que ha sido señalado. En esta circunstancia nada lo puede detener: ni la no membresía de un Estado al sistema de las Naciones Unidas (artículo 2, numeral 6 de la carta);<sup>27</sup> ni subsiste ámbito reservado de los Estados respecto del cual no pudiese intervenir (artículo 2, numeral 7, *in fine*); ni órgano principal alguno (salvo la Corte Internacional de Justicia),<sup>28</sup> puede interferir en la discusión y recomendación de acciones del asunto sobre el cual esté conociendo el consejo (artículo 12, numeral 1); ni las acciones emprendidas por un Estado en materia de legítima defensa (artículo 51, *in fine*); ni la actuación de acuerdo regional alguno puede inhibir su actuación (artículo 53, numeral 1). El efecto combinado del artículo 25 y del capítulo VII de la carta crean una competencia a favor del Consejo de Seguridad casi ilimitada en materia de seguridad, en su función como brazo armado de la organización.<sup>29</sup> El

27 La resolución 409 de 27 de mayo de 1977 relativas a las sanciones impuestas a Rhodesia del Sur, es paradigmática en este sentido: “*El Consejo de Seguridad...* Actuando en virtud del capítulo VII de la carta... *Insta* a los Estados no miembros de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta el principio establecido en el párrafo 6 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, a que actúen de conformidad con las disposiciones de la presente resolución...” (énfasis en el original).

28 United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America vs. Iran), Judgment, ICJ, Reports, 1980, p. 19, párrafo 36; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ, Reports, 1984, p. 436. Empero, la corte también deberá inhibirse de dictar medidas provisionales, si éstas pudiesen interferir con las acciones emprendidas por el Consejo de Seguridad, *cfr.* Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya vs. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, ICJ, Reports, 1992, p. 15, párrafo 41.

29 En ocasiones, sin referencia al artículo 25 de la carta, pero invocando el capítulo VII, el Consejo de Seguridad se ha sentido en la necesidad de enfatizar el carácter vinculatorio de sus resoluciones. “...*la presente resolución, que tiene fuerza obligatoria para el Iraq...*”. Resolución 1441 del 8 de noviembre de 2002, punto 9.

monopolio del Consejo de Seguridad para prescribir las acciones coercitivas contra un agresor es exclusivo, siempre y cuando éste no se autoparalice. Dicho principio es explícito en la carta,<sup>30</sup> específico,<sup>31</sup> persistentemente reconocido por la jurisprudencia de la corte,<sup>32</sup> y muy reiterado por la doctrina.<sup>33</sup>

6. La vaguedad con la cual históricamente se ha invocado el capítulo VII demuestra una actitud errática por parte del Consejo de Seguridad. Los criterios para determinar la existencia de una amenaza o quebrantamiento de la paz, o un acto de agresión se han hecho prácticamente incomprensibles.<sup>34</sup> Los casos del Congo,<sup>35</sup> Rhodesia del Sur en 1965, la agresión a Kuwait en 1990, el embargo a Somalia en 1992, Timor Oriental, Kosovo o Afganistán, las crisis humanitarias, la declaración de inmunidad respecto de la Corte Penal Internacional de los contingentes participantes en las operaciones para el mantenimiento de la paz,<sup>36</sup> los conflictos interestatales y las inestabilidades políticas internas se confunden en el espíritu de los miembros del consejo hasta dar un consolidado régimen de voluntarismo. De esta suerte, un caso puede ser presentado sin referencia a capítulo alguno de la carta y de manera ulterior activar el capítulo VII para aspectos puramente subsidiarios como ocurrió en el caso Lockerbie,

30 Artículo 24, numeral 1 de la carta.

31 "It has been sought to base on the political responsibilities assumed by the Security Council, in virtue of Article 24 of the Charter, an argument justifying the necessity for according to the Security Council as well as to the General Assembly complete freedom of appreciation in connexion with the admission of new Members. But Article 24, owing to the very general nature of its terms, cannot, in the absence of any provision, affect the special rules for admission which emerge from Article 4". Admission of a State to the United Nations (Charter, Art. 4), Advisory Opinion, ICJ, *Reports*, 1948, p. 64.

32 "To this end, it is the Security Council which is given a power to impose an explicit obligation of compliance if for example it issues an order or command to an aggressor under Chapter VII. It is only the Security Council which can require". Certain Expenses..., *cit.*, nota 23, p. 163.

33 "Dans le système de la Charte, le jugement concernant l'insuffisance des sanctions économiques et la nécessité de recourir à la force est sans la moindre doute du strict ressort du Conseil de sécurité; un Etat ne saurait décider à sa guise de cela à la place du Conseil". Condorelli, Luigi, *op. cit.*, nota 3, p. 137.

34 Paradigmático de esta incoherencia funcional es la resolución 502 (3 de abril de 1982), relativa a la crisis de las Malvinas. En esta, no obstante que se reconoció de manera expresa la existencia de un quebrantamiento de la paz en la región, no se activó el capítulo VII de la carta. Por otro lado, en la resolución 660 de 2 de agosto de 1990, relativa a la invasión de Kuwait por fuerzas armadas de Iraq, el Consejo de Seguridad expresamente omite aludir al capítulo VII, para en su lugar fundarse peregrinamente en los artículos 39 y 40 de la carta, como si dichos preceptos no estuviesen contenidos en el mencionado capítulo, o como si al citarlos de esa manera el derecho de las Naciones Unidas le concediese algún tipo de facultad diversa.

35 Cfr. Seyersted, Finn, *op. cit.*, nota 2, p. 390.

36 Resoluciones 1422, 12 de julio de 2002, y 1487, 12 de junio de 2003.

lo que no deja de ser inconsecuente.<sup>37</sup> La formación de los tribunales para Ruanda y la ex-Yugoslavia son otro ejemplo de esta naturaleza de vicio.

## 2. *La interacción del Consejo de Seguridad y los acuerdos regionales*

7. La mayor debilidad de la Carta de las Naciones Unidas está contenida en su capítulo VIII bajo el concepto de acuerdos regionales. Se trata de un reconocimiento expreso de la incapacidad estructural del sistema por poner en marcha un mecanismo verdaderamente universal de seguridad colectiva. Es una permisión nefasta por fracturar la arquitectura global de defensa de la paz y seguridad internacionales, y que evidencia hasta qué punto los redactores de la Carta de San Francisco estaban ya persuadidos de la gran cantidad de fuerzas centrífugas que se ejercerían sobre ella. Los acuerdos regionales tienen tal inordinación conceptual con la lógica del sistema onusiano, que para poder incorporarlo se les ha intencionalmente confundido con las instituciones de la legítima defensa instauradas en el artículo y capítulo anteriores de la carta. La doctrina jurídica internacional en ocasiones ha cedido con ceguera a tales justificaciones intelectivas, pero a final de cuentas la naturaleza vulgar de *alianzas* o *ententes militares* termina por dejarse apreciar.

Mientras que la fórmula de votación de Yalta en el Consejo de Seguridad es una discusión que no ha conocido límites en la vida de la organización, los acuerdos regionales han sido tolerados no obstante que han servido para generar tensiones multipolares, amedrentar la acción concertada del Consejo de Seguridad y afianzar un modelo voluntarista de acción coactiva, que en el mejor de los casos debe siempre contar con una *concertación funcional* con el Consejo de Seguridad, lo que constituye un acto condición que determina la licitud del sistema. Sin embargo, cada acción en materia de seguridad por parte de cada entente requerirá la *autorización específica* y única del propio consejo.

37 Cfr. Kirgis, Frederic L. Jr., "The Security Council's...", *cit.*, nota 16, pp. 514 y 515. El utilizar el capítulo VII en la resolución 748 contra Libia se antojaría absurdo dado que para la resolución que le precedió (731), dicho capítulo no fue invocado. Pero sobre todas las cosas porque querría decir que la no extradición de un nacional significaría una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, lo que por ende justificaría la activación del referido capítulo. No existe razón por la cual se justifique la no realización de acciones de seguridad colectiva u operaciones para el mantenimiento de la paz en Israel.

8. El viejo ejercicio académico<sup>38</sup> (y burocrático),<sup>39</sup> que busca hacer una teorización general sobre la ubicación de los acuerdos regionales en el artículo 51 es rigurosamente absurdo, siendo a la vez la expresión de un esfuerzo por sacar de su inconstitucionalidad a diversas alianzas que no logran geográficamente calificar como regionales, y entonces se les fuerza irracionalmente para encuadrarlas en la figura diversa de la legítima defensa colectiva que nada tiene que ver con sus negocios. Mientras cualquier acuerdo regional es pretendidamente permanente de conformidad con sus fines, la legítima defensa (individual o colectiva) es contingente en tanto la agresión está en curso. Sostener la existencia de una legítima defensa permanente (en ocasiones, sin definir la fuerza agresora) es una noción paranoica que puede hacer pasar cualquier cosa por agresión (seguramente también permanente), desnaturalizando entonces a esta excluyente de responsabilidad. La sola ubicación de los acuerdos regionales en el capítulo VIII de la carta los debería excluir de la posibilidad de hacer uso de la fuerza institucional en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. En todo esto, el eufemismo de considerar a los referidos acuerdos regionales como una fórmula de descentralización del mantenimiento de la paz,<sup>40</sup> no resuelve nada. La utilización y abuso del artículo 51 deriva del fracaso del sistema de seguridad colectiva de la car-

38 Kelsen, Hans, "Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *American Journal of International Law*, vol 45, núm. 1, enero de 1951, p. 166: "Since the Charter does not define the concept of regional arrangement and especially since the exercise of collective self-defense is not expressly referred to in Article 53, it is not impossible to consider a treaty for the implementation of Article 51 as an agreement different from a regional arrangement". Eduardo Jiménez de Aréchaga señaló: "Los acuerdos regionales son tratados entre Estados con cierta contigüidad geográfica, que no se caracterizan por el establecimiento o creación de instituciones permanentes: por ejemplo, los tratados celebrados entre la Unión Soviética y Francia, la Unión Soviética y el Reino Unido, la Unión Soviética y Checoslovaquia, para evitar que surja la política de agresión alemana. En cambio, los organismos regionales, como por ejemplo la Unión Panamericana, o la Liga Árabe, son acuerdos que, además, han dado lugar a la creación de órganos estables y permanentes". Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *op. cit.*, nota 15, pp. 351 y 352.

39 El artículo 5 del Tratado del Atlántico Norte hace referencia al artículo 51 de la carta, Washington, 4 de abril de 1949. De hecho, referencias análogas al artículo 51 de la carta existían tanto en el artículo 4 del Pacto de Varsovia (14 de mayo de 1955), así como en el artículo 5 del Tratado de Colaboración en Materia Económica, Social, Cultural y de Legítima Defensa (Tratado de Bruselas instituyente la Unión Europea Occidental, 17 de marzo de 1948). Al parecer, el modelo original lo dio el artículo 3, numeral 1 del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (Río de Janeiro, 2 de septiembre de 1947), elaborado bajo la impronta del Acta de Chapultepec. En sentido similar se han desarrollado algunas interpretaciones del artículo 51 de la carta, *cfr.* Secretaría de Relaciones Exteriores de México, *Boletín número 032/01*, 16 de febrero de 2001.

40 *Cfr.* Petit, Yves, *op. cit.*, nota 12, p. 70.

ta.<sup>41</sup> En este orden de ideas, los acuerdos bilaterales, subregionales y regionales sobre protección recíproca del orden público de los Estados deben desaparecer. Sólo la organización debe atender los problemas de seguridad colectiva con apoyo en sus facultades generales, y la seguridad doméstica a petición del Estado interesado. Lo contrario conduce a conflictos internacionales incesables, a la creación de gobiernos fantoches y a injerencismos de muchas características.

En el caso específico de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), su carácter regional es discutible, dado que se considera geográficamente integrado, bajo algún criterio, a algunos Estados sucesores de la Unión Soviética con el Canadá, por ejemplo. Desde el conflicto kosovar, y en particular después de la llamada crisis del 11 de septiembre de 2001, existe el pretexto entre los occidentales para encontrar en la OTAN un esquirol del Consejo de Seguridad,<sup>42</sup> y un mecanismo para actuar unilateralmente, en una trampa que en muchas ocasiones atrapa principalmente a los europeos respecto de la hegemonía americana.<sup>43</sup> También su carácter de acuerdo de defensa está en absoluto entredicho, dado que sus iniciativas son de servir como gendarme activo, rebasando incluso los espacios de los Estados signatarios de su tratado instituyente. La tendencia en su desarrollo es la de incorporar a nuevos Estados sin que su ubicación geográfica revista el menor pudor.

9. A diferencia del fenómeno de habilitamiento alternativo entre el Consejo de Seguridad y la Asamblea General en materia de seguridad colectiva, según la resolución *Unión pro paz*, ninguna regla de derecho internacional facultaría a acuerdo regional alguno a actuar a nombre de la organización, cuando eventualmente el Consejo de Seguridad se paralizara. Si el Consejo de Seguridad estuviere bloqueado por efecto del veto, es de suponerse que dicho órgano estaría imposibilitado para conceder la au-

41 “...Nous pouvons dire que le système de la Charte s'est révélé sans aucun doute insatisfaisant soit parce que le mécanisme de sécurité collective prévu par le Chapitre VII n'a pas fonctionné, soit parce qu'on n'a pas réussi à endiguer les abus perpétrés sous le couvert de l'article 51”. Cassese, Antonio, “Commentaire à l'article 51” Cot et Pellet (dir.), *La Charte des Nations Unies*, Paris, Economica, 1985, p. 789.

42 “The ‘dual key’ arrangement for the control of NATO air operations in reality reflected its subordination to the UN command, despite the fact that Resolution 836 (1993) had merely required close coordination between the two organisations”. Weller, M., “Peace-keeping and Peace Enforcement in the Republic of Bosnia and Herzegovina”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Verlag W. Kohlhammer, 56/1-2, 1996, p. 175.

43 Una doble moral surgió para calificar las acciones de la OTAN en Kosovo, respecto del uso de la fuerza anglosajona en Iraq en 2003, no obstante que en ninguno de los dos casos medió autorización alguna del Consejo de Seguridad.

torización a acuerdo u organismo regional alguno, en los términos del artículo 53, numeral 1 de la carta, por lo que ningún acuerdo u organismo regional podría válidamente actuar en la aplicación de medidas coercitivas. Al contrario, las acciones emprendidas por el Consejo de Seguridad en que busque habilitarse conforme al capítulo VIII, son francamente raras.<sup>44</sup>

### 3. *El Consejo de Seguridad y las acciones individuales y colectivas de legítima defensa*

10. Antes que nada, el principio de la legítima defensa es una excluyente de responsabilidad internacional de origen consuetudinario,<sup>45</sup> empero, la naturaleza del principio contenido en el artículo 51 de la carta tiene la especificidad de que al tiempo de ser excluyente de responsabilidad, es una de las dos válvulas de seguridad del sistema de la carta y del derecho internacional general respecto del uso lícito de la fuerza en las relaciones internacionales. La legítima defensa en derecho internacional no opera de manera oficiosa como pudiera presentarse en el derecho interno de los Estados respecto de algunas materias, sino que debe ser expresamente solicitada por el Estado víctima de la agresión.<sup>46</sup> Las condiciones de su integración son las mismas, ya se trate de legítima defensa individual o colec-

44 Cfr. CS/Resoluciones 733 de 23 de enero de 1992, 746 de 17 de marzo de 1992, 751 de 24 de abril de 1992 y 794 de 3 de diciembre de 1992, tomando en cuenta la intervención de la Organización de la Conferencia Islámica, la Organización de la Unidad Africana y la Liga de los Estados Árabes, en el asunto de Somalia. La fraseología del consejo no es exactamente la misma que utiliza cuando invoca el capítulo VII de la carta. También el Consejo de Seguridad invocó el capítulo VIII en el problema de Rhodesia del Sur el 20 de noviembre de 1965. Cfr. SC/217, numeral 10. Para el caso de Liberia cfr. resolución 1497 del 1 de agosto de 2003.

45 "The Court therefore finds that Article 51 of the Charter is only meaningful on the basis that there is a 'natural' or 'inherent' right of self-defence, and it is hard to see how this can be other than of a customary nature, even if its present content has been confirmed and influenced by the Charter. Moreover the Charter having itself recognized the existence of this right, does not go on to regulate directly all aspects of its content. For example, it does not contain any specific rule whereby self-defence would warrant only measures which are proportional to the armed attack and necessary to respond to it, a rule well established in customary international law. Moreover, a definition of the 'armed attack' which, if found to exist, authorizes the exercise of the 'inherent right' of self-defence, is not provided in the Charter, and is not part of treaty law. It cannot therefore be held that Article 51 is a provision which 'subsumes and supervenes' customary international law". Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, ICJ Merits, *Reports*, 1986, p. 94.

46 "At all events, the Court finds that in customary international law, whether of a general kind or that particular to the Inter-American legal system, there is not rule permitting the exercise of collective self-defence in the absence of a request by the State which regards itself as the victim of an armed attack". *Ibidem*, p. 105.

tiva,<sup>47</sup> operando bajo los criterios ineludibles de la *proporcionalidad*<sup>48</sup> en la respuesta, así como en la *inmediatez* con la que se reacciona, debiendo el Estado víctima prever que el uso de la fuerza que se le autoriza para repeler la agresión cesará tras el reporte o *comunicación* que se dirija al Consejo de Seguridad,<sup>49</sup> en cuyo caso este órgano tomará bajo su responsabilidad las acciones atinentes, momento en el cual la figura del artículo 51 quedará abandonada, y el principio contenido en el artículo 24, numeral 1 de la carta se utilizará a plenitud. La legítima defensa no puede planearse contra las acciones de seguridad *legítimamente* promovidas por la organización.<sup>50</sup> No obstante que los procesos de tensión en las relaciones internacionales se suelen presentar en forma escalada, en donde la violencia diplomática o los ejercicios militares de amedrentamiento se dan de manera prolija, la agresión específica debe ser imprevisible, en la medida que el Estado bajo amenaza no tenga la posibilidad de llamar de antemano la atención del Consejo de Seguridad respecto de una amenaza o un quebrantamiento inminente de la paz en su contra. Respecto de la legítima defensa por el uso de armas nucleares, lo que en su momento la doctrina señaló como incierto,<sup>51</sup> hoy es simplemente indescifrable.<sup>52</sup>

11. La legítima defensa se puede convertir en un vano discurso político, ya que todos los Estados (sin excepción) argumentan en sus procesos de guerra estar actuando bajo la excluyente de la legítima defensa señalando a sus contrapartes como los verdaderos agresores.<sup>53</sup> Para que la le-

47 "In the case of individual self-defence, the exercise of this right is subject to the State concerned having been the victim of an armed attack. Reliance on collective self-defence of course does not remove the need for this". *Ibidem*, p. 103.

48 *Cfr. ibidem*, p. 122; Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, ICJ, *Reports*, 1997, p. 56.

49 *Cfr. Military and Paramilitary...*, *cit.*, nota 45, p. 121.

50 "Hence the right of self-defence stipulated by Article 51 does not comprise a counterwar against a legitimate war undertaken as an enforcement action by the United Nations". Kelsen, Hans, *Principles of International Law*, Nueva York, Rinehart & Company Inc., 1952, p. 31.

51 *Cfr. Gómez Robledo, Antonio*, "La legítima defensa en la era nuclear", *Estudios Internacionales*, México, Archivo Histórico Diplomático Mexicano, 1982, p. 172.

52 "Accordingly, in view of the present state of international law viewed as a whole, as examined above by the Court, and of the elements of fact at its disposal, the Court is led to observe that it cannot reach a definitive conclusion as to the legality or illegality of the use of the nuclear weapons by a State in an extreme circumstance of self-defence, in which its very survival would be at stake". *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ, *Reports*, 1996, p. 263.

53 "Ainsi peut-on affirmer que la légitime défense constitue, dans les relations internationales contemporaines, le principal fondement de l'emploi de la force sous l'empire du principe qui l'interdit. Tout emploi de la force peut avoir un prétexte défensif. Toute agression peut être présentée sous la forme de l'exercice de la légitime défense contre une agression antérieure pour peu que l'on donne à cette dernière notion une acceptation suffisamment large. Ces données témoignent de la faible efficacité

gítima defensa no abandone su carácter de mecanismo excepcional y justificado de uso de la fuerza en las relaciones internacionales, se debe estar sólo a los actos que generan la violencia armada de otro Estado, y no a consideraciones cautelares o preventivas. La mera amenaza de uso de la fuerza no justifica las acciones violentas de reacción. No existe la legítima defensa anticipada a las agresiones militares.

La legítima defensa colectiva encontraba plena justificación en el Acta de Chapultepec.<sup>54</sup> Su funcionamiento era coherente con la acción de seguridad desarticulada de los Estados durante la Segunda Guerra, con miras a integrarse a un bloque de seguridad, libremente elegido. La legítima defensa al igual que los acuerdos regionales en materia de seguridad fueron una expresión de incertidumbre y parálisis durante la guerra fría, en donde su sola existencia era prueba de la ausencia de un mecanismo eficaz de seguridad universal. En la actualidad, ambas instituciones desacreditan el desarrollo del derecho internacional general y convierten en voluntarista la acción coercitiva de la comunidad internacional.<sup>55</sup>

La legítima defensa prevista en el artículo 51 de la carta no es aplicable para actos terroristas perpetrados por individuos sin conexión directa y funcionalmente atribuible a Estados. El sistema de la carta esta estructurado y suscrito por Estados, en donde los individuos, los pueblos, las organizaciones no gubernamentales o los acuerdos regionales participan de manera limitada. Los criminales en lo particular son objeto de juicio y punición de acuerdo a su peligrosidad, sin que para ello sea necesario malformar las estructuras de la carta. No es necesario aplicarle a los delincuentes internacionales solitarios u organizados el régimen de legítima defensa que el derecho internacional general y la carta aplican a los Estados agresores en vulneración de su artículo 2, numeral 4.<sup>56</sup>

du principe de l'interdiction de l'emploi de la force dès lors que l'exception tend à recouvrir la règle, à vider cette dernière de son contenu". Thierry, Hubert *et al.*, *Droit international public*, Paris, Éditions Montchrestien, 1986, p. 525.

54 Ciudad de México, 5 de marzo de 1945.

55 Así, verbigracia, si Kuwait en lugar de gran depósito petrolero hubiese sido un gran productor de toronjas, antes de la primera crisis del Golfo, ¿cuál habría sido la reacción de la comunidad internacional y de los acuerdos regionales?

56 En sentido contrario, opina el profesor Sean D. Murphy: "There is nothing in Article 51 of the U. N. Charter that requires the exercise of self-defense to turn on whether an armed attack was committed directly by another state". Murphy, Sean D., "Terrorism and the Concept of 'Armed Attack' in Article 51 of the U. N. Charter", *Harvard International Law Journal*, vol. 43, núm. 1, 2002, p. 50. En esta vena, la posición del profesor Thomas M. Franck: "This intuition is supported by the language of Article 51, which, in authorizing a victim state to act in self-defense, does not limit this



12. La lucha contra el acto continuado del terrorismo no puede ser considerada dentro de la figura de la legítima defensa. En rigor, el terrorismo es sólo un *modus operandi* de la violencia internacional, sin identificar a sus actores. La legítima defensa debe ser inmediata, proporcional y hasta en tanto el Consejo de Seguridad no esté materialmente posibilitado a tomar cartas en el asunto. Las acciones planeadas, programadas y de alta logística como las realizadas en Kuwait, Kosovo o Afganistán no son técnicamente de legítima defensa, pues suponen la cesación de la acción beligerante inicial, lo que permite en consecuencia que el Consejo de Seguridad valore la situación y utilice en la medida de lo necesario la fuerza internacional de la que posee el monopolio. No obstante lo anterior, las resoluciones del Consejo de Seguridad respecto de la violencia perpetrada en la ciudad de Nueva York el 11 de septiembre de 2001<sup>57</sup> por individuos vagamente identificados, se sirven de la institución de la legítima defensa sin señalar siquiera el Estado o agente que había actuado como agresor.

#### 4. *El ejercicio de las facultades del Consejo de Seguridad respecto del principio de no intervención y el llamado "derecho de injerencia"*

13. La principal herencia recibida por el derecho internacional contemporáneo, que resguarda la noción de soberanía estatal de acuerdo al modelo creado en el bajo medioevo, queda representada por el llamado principio de no intervención de los Estados en los asuntos internos de otros. Dicho postulado ha conocido una relativamente reciente extrapola-

'inherent' right to attacks by another state. Rather, the right is expressly accorded in response to 'an armed attack' and not to any particular kind of attacker". Franck, Thomas M., "Terrorism and the Right of Self-Defense", *American Journal of International Law*, vol. 95, núm. 4, p. 840.

57 Resolución 1368 (12 de septiembre de 2002) del Consejo de Seguridad: "Reconociendo el derecho inmanente a la legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas...". Por otro lado, en la resolución 1465 (13 de febrero de 2003), relativa a un atentado terrorista en la ciudad de Bogotá, la habilitación de la legítima defensa no es siquiera referida. Resulta interesante la opinión del profesor Jonathan I. Charney respecto de la deformación del concepto de legítima defensa y los efectos colaterales generados en las relaciones internacionales: "Furthermore, by failing to use the resources of the Security Council, the United States undermines the view that the Council, and the United Nations as a whole, should be the primary vehicle to respond the threats to and breaches of the peace, which strengthens the belief that states may freely act outside the United Nations system". Charney, Jonathan I., "The Use of Force Against Terrorism and International Law", *American Journal...*, *cit.*, nota anterior, p. 837.

ción en la teoría de las organizaciones internacionales, de manera que en el derecho de las Naciones Unidas el referido principio es conocido como la jurisdicción reservada de los Estados, respecto de la cual los propios agentes onusianos no pueden interferir sin vulnerar la Carta de San Francisco.<sup>58</sup> En estricto rigor se trata de dos principios distintos en sus orígenes y en sus instrumentadores, aún cuando tutelan un mismo objetivo, como lo es la jurisdicción interna de los Estados. La práctica internacional ha demostrado que ambos principios pueden ser vulnerados al propio tiempo como ocurriese en la ilegal Guerra del Kosovo.<sup>59</sup>

14. En efecto, la prohibición a que alude el artículo 2, numeral 7 de la carta se refiere a la organización y no tiene que ver con las acciones de injerencia perpetradas por los Estados en particular.<sup>60</sup>

Ciertamente el intervencionismo ha sido proscrito de manera inveterada del derecho internacional general respecto de cualesquiera sujetos de la comunidad internacional, pero tal principio no tiene su fundamento en la carta sino que le precede por mucho, reconocido por la doctrina,<sup>61</sup> así

58 De esta suerte, el artículo 2, numeral 7, de la Carta de las Naciones Unidas señala: "Ninguna disposición de esta carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el capítulo VII".

59 "The subject-matter of the dispute are acts of the United States of America by which it has violated its international obligation banning the use of force against another State, the obligation not to violate the sovereignty of another State...". *Cfr.* Legality of Use of Force (Yugoslavia vs. United States of America), Request for the Indication of Provisional Measures, ICJ, *Reports*, 1999, p. 2.

60 *Cfr.* Verdross, Alfred, "Le Principe de la non intervention dans les affaire relevant de la compétence nationale d'un État et l'article 2 (7) de la Charte des Nations unies", *Mélanges offerts à Ch. Rousseau: La Communauté Internationale*, Paris, Pedone, 1974: "D'après un principe bien établi du droit international public les Etats sont tenus de ne pas intervenir dans les affaires intérieures et extérieures d'un autre Etat. Etant donné, cependant, que le terme 'intervenir' présente 'des variantes suivant l'emploi qui en est fait le problème se pose si le mot 'intervenir' se trouvant dans l'article 2 (7) a le même sens que dans la norme sousindiquée".

61 "The world of to-day will no longer tolerate a practice which has never been sincerely regarded as lawful, and one which allows the noblest aims of humanity to be used, all too easily, as a cloak for the worst abuses". The Corfu Channel, Judgment, Dissenting Opinion by Judge Azevedo, ICJ, *Reports*, 1949, p. 112. *Cfr.* Fabela, Isidro, *Intervención*, México, UNAM, 1958, p. 210. En este mismo orden de ideas véase la postura del juez Morozov en la Corte Internacional de Justicia, *cfr.* Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, Dissenting Opinion of Judge Morozov, ICJ, *Reports*, 1980, p. 192. Véase la opinión de Nguyen Quoch Dinh: "Les incertitudes terminologiques, l'ambiguïté des objectifs, l'hésitation de nombreux États face à des termes ('ingérence', 'intervention'), qui ont pour eux une connotation négative, a, jusqu'à présent, empêché que la notion reçoive une consécration juridique indiscutable". Quoch Dinh, *Droit international public*, cinquième édition, Paris, LGDJ, 1994, p. 427. Hace pocos años el profesor César Sepúlveda se expresaba en este sentido: "Por otra parte, se observan productos preocupantes, como la resolución del Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Santiago de Com-

como por una ya clásica jurisprudencia internacional,<sup>62</sup> que ha sido persistentemente reiterada por la Corte Internacional de Justicia, condenando todas sus formas.<sup>63</sup>

15. También es de reconocerse que una doble moral ha sido practicada por la comunidad internacional respecto del principio de no intervención, así las críticas y bloqueos a la política sudafricana del *apartheid*,<sup>64</sup> la tutela internacional de los derechos humanos,<sup>65</sup> así como el proceso de

postela en 1989, al formular la posibilidad legal de la 'intervención por causas humanitarias', que se invocó en el pasado siglo para proteger intereses religiosos o raciales, siempre con una idea imperialista. El principio de no intervención es vital para las relaciones internacionales, y por ello la comunidad internacional debe hacer un esfuerzo decidido para lograr una evolución normativa de este importante precepto, a todas luces maduro para su codificación definitiva. Las naciones débiles son las llamadas a insistir en ella, para su mejor protección. Entre tanto, debemos conformarnos con que se le haya dado un contenido jurídico al deber de no intervención". Sepúlveda, César, *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 143.

62 La clásica referencia de la Corte Internacional de Justicia en la materia, sostiene: "The Court can only regard the alleged right of intervention as the manifestation of a policy of force, such as has, in the past, given rise to most serious abuses and such as cannot, whatever be the present defects in international organization, find a place in international law. Intervention is perhaps still less admissible in the particular form it would be reserved for the most powerful States, and might easily lead to perverting the administration of international justice itself". The Corfu Channel..., *cit.*, nota 61, p. 35.

63 Así la Corte de La Haya ha sido enfática en señalar la ilegalidad tanto de la llamada intervención directa como la indirecta: "The principle forbids all States or groups of States to intervene directly or indirectly in internal or external affairs of other States. A prohibited intervention must accordingly be one bearing on matters in which each State is permitted, by the principle of State sovereignty to decide freely. One of these is the choice of a political, economic, social and cultural system, and the formulation of foreign policy. Intervention is wrongful when it uses methods of coercion in regard to such choices, which must remain free ones. The element of coercion, which defines, and indeed forms the very essence of prohibited intervention, is particularly obvious in the case of an intervention which uses force, either in the direct form of military action, or in the indirect form of a support for subversive or terrorist armed activities within another State". Military and Paramilitary..., *cit.*, nota 45, p. 108.

64 Resoluciones de la Asamblea General 2506 (XXIV) del 21 de noviembre de 1969 en donde dicha práctica es calificada como crimen contra la humanidad; asimismo, mediante la diversa 1761 (XVIII) de 6 de noviembre de 1962, se declaró la puesta en marcha de sanciones contra Sudafrica. Por su lado, el Consejo de Seguridad adoptó la resolución 418 del 4 de noviembre de 1977 bloqueando el libre comercio de armas hacia el mencionado país.

65 De acuerdo con el juez Gilbert Guillaume: "Les conclusions tirées de cette appréciation divergent cependant: les uns en concluent que le respect des droits de l'homme relève désormais de la compétence internationale, et que par suite l'application de l'article 2, paragraphe 7, doit en ce domaine être écartée; les autres sont de une opinion opposée: ils soulignent que les dispositions de la Charte relatives aux droits de l'homme n'ont pas été exclues du champ d'application de l'article 2, paragraphe 7, et en déduisent que ce dernier texte peut faire obstacle à l'action des Nations Unies en pareil domaine". Commentaire à l'article 2, paragraphe 7, dans Cot, Jean-Pierre y Pellet, Alain (coords.), *La Charte des Nations Unies*, Paris, Economica, 1985, p. 154.

descolonización de los años sesenta no habrían sido posibles sin la intervención de la organización en los asuntos internos de los Estados.<sup>66</sup>

En este mismo orden de ideas, debe observarse que la práctica de los Estados en materia del respeto de su ámbito reservado tiene una peculiaridad que denota el carácter político e incluso en ocasiones hipócrita de tal costumbre. Se trata de una práctica de intervencionismo, que es condenada por los Estados solamente cuando la injerencia pone en riesgo la más de las veces su prestigio.<sup>67</sup> En rigor, no obstante que el derecho internacional actual reconoce una absoluta libertad a los Estados para adoptar la forma de gobierno que mejor les acomode,<sup>68</sup> éstos en términos generales aceptan que los demás miembros de la comunidad internacional se pronuncien sobre sus aspectos domésticos, cuando dichas afirmaciones —ciertas o falsas— van en favor de una política, un gobierno o una institución cualquiera del Estado, empero, una insospechada reacción anima a los Estados cuando el pronunciamiento igual de injerente afecta la buena imagen de las mismas instancias.

16. Lo propio puede decirse respecto de lo errático de la práctica de la organización, en lo que toca al respeto del ámbito reservado de los Estados,<sup>69</sup> quien se ha sentido siempre con las manos libres para actuar en todo tipo de materias<sup>70</sup> en donde los derechos humanos tienen un lugar

66 Cfr. Cuadra, Héctor, *La polémica sobre el colonialismo en las Naciones Unidas (el caso de Namibia)*, México, UNAM, 1975, p. 22.

67 Este fenómeno quedaría ejemplificado con el pronunciamiento que el presidente de México hiciera el 8 de abril de 1991 en la ciudad de Ottawa, respecto del proceso constitucional de secesión de la provincia canadiense de Quebec, mismo que coincidía con la elaboración trilateral del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. En este contexto el presidente mexicano declaró: "*México quiere negociar con un Canadá unido*". Dicha frase no causó ningún daño a la relación bilateral, dada la evidente aceptación de las autoridades federales canadienses. Cfr. *Le Monde*, viernes 12 de abril de 1991, p. 8.

68 Cfr. Military and Paramilitary..., *cit.*, nota 45, p. 108.

69 "La pratique des Nations Unies témoigne d'une interprétation souple de l'article 2 (7) de la Charte. De nombreuses résolutions en effet ont été adoptées au sujet de situations où les droits de l'homme étaient gravement atteints et on peut admettre que le principe de non-ingérence ne fait pas obstacle aux interventions de l'Organisation...". Thierry, Hubert *et al.*, *op. cit.*, nota 53, pp. 479 y 480.

70 De acuerdo con el profesor Paul Guggenheim, el principio de no intervención no disminuiría en nada la capacidad de la organización para emitir recomendaciones de carácter general o particular respecto de un Estado determinado en los términos del artículo 55 de la carta, empero tal tesis debe ser descartada en virtud de que el carácter consensual de tales medidas queda evidenciado por el artículo 56 de la propia carta —de suyo controvertido técnicamente—, por lo que es un acto volitivo de los miembros lo que permite la acción onusiana. Cfr. Guggenheim, Paul, *Traité de droit international public*, Genève, Georg & Cie. S. A., 1953, t. I, p. 256. En sentido contrario lo expresado por Charles Zorgbibe: "En fait, l'Assemblée générale a rapidement admis que l'inscription à l'ordre du jour et la discussion d'une affaire ne préjugeaient pas le problème de compétence, et que seule l'adoption

privilegiado,<sup>71</sup> sumándose recientemente y de manera decisiva toda la agenda multilateral en materia de medio ambiente, práctica ésta que parece estar acorde con el derecho internacional general,<sup>72</sup> lo que desde el punto de vista teórico no deja de tener una parte plausible. Estrictamente hablando, todo el aparato conceptual de base para esta doctrina ya había sido estructurado antes que nadie por la Corte Centroamericana de Justicia,<sup>73</sup> a partir del ya añejo principio de *interdependencia* entre los Estados, mismo que lamentablemente la doctrina y las jurisdicciones internacionales no supieran recoger durante casi un siglo de haber sido pronunciado por la mencionada instancia de la América Central.<sup>74</sup>

17. Por otro lado, un problema técnico de definiciones debe ser resuelto de manera preliminar. Se trata de cómo determinar si estamos en cada caso en presencia de un ámbito reservado de un Estado o no.<sup>75</sup> Hasta el momento, dicha diferenciación no ha constituido un impedimento para que la ONU actúe, por supuesto, cuando media el consentimiento del Estado como condición esencialísima.<sup>76</sup> Empero, toda nuestra discusión jurídica debe de tener este aspecto como punto de partida, lo que se antoja prácticamente irresoluble. El segundo punto está vinculado con la parte

d'une recommandation était susceptible de constituer une 'intervention'". Zorgbibe, Charles, *Le droit d'ingérence*, Presses Universitaires de France, 1994, p. 62.

71 Cfr. Castañeda, Jorge, *op. cit.*, nota 18, p. 202.

72 "The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment". *Legality of the Threat...*, *cit.*, nota 52, párrafo 29.

73 Cfr. Corte de Justicia Centroamericana, *Sentencia, Párrafo III*, 9 de marzo de 1917.

74 Sin guardar ninguna relación con la llamada sentencia del Golfo de Fonseca, recientemente el secretario general de las Naciones Unidas, en su discurso de aparente tesitura revolucionaria, inventaba la voz *interdependencia* como hito del derecho internacional del nuevo siglo. Cfr. Secretary-General, *Annual Report to General Assembly*, SG/SM/7136 GA/9596, 20 de septiembre de 1999, p. 4: "In an era of human rights, interdependence, and globalization..."

75 En palabras de Hans Kelsen: "There is no matter that cannot be regulated by a rule of customary or contractual international law...". Kelsen, Hans, *The Law of the United Nations*, Nueva York, Frederick A. Praeger, Publisher, 1964, p. 771. "A matter... is not, in principle, regulated by international law and is thus a matter within the State's domestic jurisdiction, will cease to be such if the State has undertaken obligations towards other States with respect to that matter". *Aegean Sea Continental Shelf Case*, ICJ, Judgment, *Reports*, 1978, p. 25.

76 "No podría afirmarse pues que la operación del Congo significó una excepción a la aplicación del principio del dominio reservado de los Estados frente a la organización internacional. Pero esta experiencia demuestra cómo la distinción tradicional entre materias 'internas' y 'externas' no constituye un obstáculo para que actúe la organización, aun fuera de una acción coercitiva, cuando concurren otros factores decisivos, sobre todo tratándose de una situación de peligro potencial para la paz". Jorge Castañeda. *op. cit.*, nota 18, p. 119.

final del texto del artículo 2, numeral 7 de la Carta de la ONU, el cual prevé una excepción convencional a la jurisdicción reservada de los Estados, cuando se estén aplicando ciertas medidas coercitivas (del Consejo de Seguridad), bajo invocación del capítulo VII de la propia carta.

18. Sobre este último aspecto, debe señalarse que la excepción del capítulo VII debe entenderse de manera exclusiva respecto de las acciones del Consejo de Seguridad y de ninguna manera como facultando a otro órgano de la ONU. Asimismo, tal habilitación se concede sólo en la proporción de las medidas de seguridad, y de ninguna manera para pretender solucionar diferendos domésticos o para la instauración de tribunales punitivos o de reparación, toda vez que tal actividad cae —en todo caso— en el capítulo VI de la carta. La lectura de los artículos 41 y 42 de la carta debe ser minuciosa y restrictiva en cuanto al alcance de tales sanciones y de su único ejecutor que es el Consejo de Seguridad como brazo armado de la organización. En este contexto, incluso la propia Corte Internacional de Justicia ha sido objeto de señalamientos como órgano intromisor.<sup>77</sup>

Con esta problemática jurídica —que dista mucho diplomáticamente de estar resuelta—, una corriente de opinión de sospechosas necesidades coyunturales<sup>78</sup> ha pretendido resolver de un plumazo toda la discusión, enarbolando principios de carácter humanitario, bajo un concepto poco definido y ambiguamente aplicable en donde bastase calificar como humanitario un asunto doméstico para que no sólo los órganos de las Naciones Unidas se sientan habilitados a introducirse en el ámbito reservado del Estado en cuestión (en contra de lo expresamente señalado por el artículo 2, numeral 7, de la Carta de la ONU). Acaso de mayor peligro resulta que cualquier agente de la comunidad internacional se tomase, por autodesignación, como el paladín de la justicia internacional especializado en asuntos internos de otros Estados, tal y como la Organización del Tratado del Atlántico Norte actuase de manera *ultra vires*, con lujo de ilegalidad jurídica internacional durante la llamada Guerra del Kosovo.

19. Sería prolijo desarrollar en esta oportunidad el complejo y controvertido tema de las deformaciones consuetudinarias de la Carta de San

<sup>77</sup> Cfr. Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *op. cit.*, nota 15, p. 507.

<sup>78</sup> A esta tendencia se ha sumado la postura del secretario general de las Naciones Unidas, señor Kofi A. Annan: "This developing international norm in favour of intervention to protect civilians from wholesale slaughter will no doubt continue to pose profound challenges to the international community". Secretary-General, *Annual Report to General Assembly*, SG/SM/7136 GA/9596, 20 de septiembre de 1999, p. 5.

Francisco,<sup>79</sup> en donde la aquiescencia de ciertas prácticas de la organización hubiesen generado una regla distinta a las normas expresas de aquélla. Ciertamente, al margen de dicha discusión, la gran mayoría de los Estados de la comunidad internacional no han dado indicios claros de aceptación —expresa o tácita— de una práctica que permitiese la intromisión en sus asuntos internos, más allá de lo previsto por el artículo 2, numeral 7, de la carta. Bien por el contrario, cabe destacar que existen signos claros de rechazo de varios Estados, señalando enfáticamente su postura en contrario de la pretendida regla injerente, entre los que se puede mencionar a China, Cuba, la India y México.<sup>80</sup> Respecto de este último se debe mencionar que su postura en derecho internacional general tiene un papel especial. En efecto, en esta materia, México representa lo que en derecho internacional ha sido llamado el *refractor consuetudinario*,<sup>81</sup> esto es un sujeto de derecho internacional que se opone de manera persistente a la formación de una regla de derecho internacional consuetudinario.

20. El futuro del llamado derecho de injerencia resulta impredecible. Su carácter técnicamente errático, la inconsistencia histórica de su práctica, así como la abierta oposición de que ha sido objeto por una importante cantidad de Estados a nivel universal, dibujan un muy difícil camino para la consolidación de una regla de derecho internacional que destruyese al propio tiempo la regla de la no intervención en los asuntos domésticos de los Estados. Por otro lado, el mero aspecto político de una regla de tal índole la hacen poco probable: después de la gravísima crisis humanitaria generada en la intervención en el Kosovo, la comunidad internacional no aceptará fácilmente una nueva aventura de esta índole, de suerte a

79 Ejemplos de este fenómeno lo serían la Unión pro Paz; la sucesión del carácter de miembro permanente del Consejo de Seguridad de Rusia respecto de la URSS; la atomización de facultades de los órganos de las Naciones Unidas para realizar tratados; el cese de actividades del Consejo de Administración Fiduciaria según resolución de fecha 25 de mayo de 1994, entre otros.

80 “El Gobierno de México rechaza con firmeza la existencia de un supuesto derecho de injerencia, particularmente cuando se enarbola al margen del derecho internacional”. Embajadora Rosario Green, 54o. *Periodo de Sesiones de la Asamblea General*, 23 de septiembre de 1999, p. 3.

81 El principio de la no intervención, como una de las reglas más consolidadas en el derecho interamericano, fue reconocido desde hace muchos años por la Corte Internacional de Justicia: “Such a conception, moreover, would come into conflict with one of the most firmly established traditions of Latin America, namely, non-intervention. It was at the Sixth Pan American Conference of 1928, during which the Convention on Asylum was signed, that the States of Latin America declared their resolute opposition to any foreign political intervention. It would be difficult to conceive that these same States had consented, at the very same moment, to submit to intervention in its least acceptable form, one which implies foreign interference in the administration of domestic justice and which could not manifest itself without casting some doubt on the impartiality of that justice”. Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950, ICJ, *Reports*, 1950, p. 285.

que las minorías nacionales afectadas tiendan a convertirse en una diáspora difícil de repatriar. El llamado derecho de injerencia ha entrado en crisis, y una experiencia como ésta predeciblemente no se repetirá verbigracia en el Kurdistán. El caso de Timor Oriental pareciera no ofrecer mayores preocupaciones a la opinión pública de las potencias occidentales, dado el carácter insular del conflicto, la poca afinidad racial respecto de sus protagonistas, su poco estratégica posición geográfica y su insalvable lejanía, de manera que una oleada de inmigrantes pudiese nuevamente amenazar los espacios preciosos de los principales países industrializados.

#### IV. LA OBSERVANCIA POR PARTE DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS REGLAS DERIVADAS DEL DERECHO HUMANITARIO INTERNACIONAL

21. La pretendida naturaleza consuetudinaria de los principios contenidos en las convenciones de Ginebra sobre derecho de la guerra<sup>82</sup> es un tema inestable y prolijo. La volatilidad de las doctrinas que sostienen que tales axiomas vinculan a los Estados por encima de su carácter de tratados internacionales se enfrentan a una práctica harto contraria que demuestra que los propios Estados no impulsan con sus hábitos la evolución del derecho humanitario internacional, usando a las referidas convenciones como único valladar de sus actuaciones, y con la condición *sine qua non* de haber ratificado los tratados humanitarios.<sup>83</sup>

82 Las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para: a) Aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; b) Aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; c) Trato debido a los prisioneros de guerra; y d) Protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Así como sus cuatro respectivos protocolos de 10 de junio de 1977.

83 "Taken cumulatively, frequent evasions by states of those norms by reliance on the specific circumstances of particular situations (*sui generis* claims) can only erode the position of the Conventions as crucial instruments of humanitarian law and as claimants to customary and a fortiori to *jus cogens* status". Meron, Theodor "The Geneva Conventions as Customary Law", *American Journal of International Law*, vol. 81, núm. 2, abril de 1987, p. 370. *Cfr.* Legality of the Threat..., *cit.*, nota 52, p. 257. Es de inferirse que son sólo ciertas reglas de derecho humanitario las que rebasan su carácter convencional.



Si esto es de tal complejidad cuando de Estados se trata, cuán difícil será vincularlos al órgano principal de la organización en materia de seguridad colectiva y de mantenimiento de la paz como lo es el Consejo de Seguridad, ya sea actuando dentro del ámbito de sus competencias constitucionales, ya *ultra vires*. A lo largo de la vida de las Organización de las Naciones Unidas, la doctrina jurídica internacional se ha sentido acorralada sobre la existencia de un *jus in bello* que compeliere al Consejo de Seguridad (como órgano y no como suma de Estados miembros deliberantes). El problema arriba señalado se agrava, dado que el Consejo de Seguridad no es (ni puede ser como tal), signatario de las convenciones de La Haya o Ginebra. Así, verbigracia si la guerra está proscrita bajo la égida del derecho internacional general y de la Carta de San Francisco, es de inferirse que al hacer uso de la fuerza, el consejo no tiene que declarar el inicio de las hostilidades al actuar en el ámbito de sus facultades coercitivas.

Un tercer estadio de agravamiento del tema tiene que ver con la responsabilidad primaria del Consejo de Seguridad en el manejo de armas nucleares en los términos del artículo 24, numeral 1 de la carta. Como premisa debe aceptarse que si existe licitud para la tenencia del arma nuclear para cualesquiera de los Estados de la comunidad internacional, la única manera para que la referida responsabilidad primaria de los miembros del Consejo de Seguridad sea efectiva, implica necesariamente la tenencia obligada de éstos del arma nuclear, de suerte que puedan contrarrestar cualquier acción nuclear ilícita que eventualmente intentase un Estado cualquiera.<sup>84</sup>

22. La égida del derecho internacional en las acciones de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales es un tema que aun cuando a primera vista parecería de corte sólo bibliográfico, tiene un efecto práctico de gran importancia. Si el encargado de tales acciones será el Consejo de Seguridad, la aplicación del derecho internacional implicará que sus actos deberán también acatar muy especialmente el

84 Cfr. Legality of the Threat..., *cit.*, nota 52, p. 247, parágrafo 49.

derecho humanitario internacional de fuerte cuño consuetudinario y generalizador hacia toda índole de conflictos.<sup>85</sup>

85 Es de apuntarse que aún cuando las medidas coercitivas emprendidas por el Consejo de Seguridad no sean actos de guerra, el derecho humanitario internacional es una de las ramas del derecho internacional que menos exigencias técnicas impone para su puesta en marcha dada la fragilidad de los bienes que se encuentran bajo su tutela, por lo que su aplicabilidad y respeto a cargo del Consejo de Seguridad queda fuera de toda duda. Erróneamente, el artículo 19 del *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* realizado por la Comisión de Derecho Internacional en su 48 periodo de sesiones (6 de mayo a 26 de julio de 1996), establece en su numeral 2, una excepción a los crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, en los siguientes términos: "El presente artículo no se aplicará a las operaciones de las Naciones Unidas autorizadas por el Consejo de Seguridad como medida coercitiva de conformidad con el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas en las que cualesquiera miembros del personal participen como combatientes contra fuerzas armadas organizadas y a las que se aplique el derecho relativo a los conflictos armados internacionales". De acuerdo con el relator especial, el profesor senegalés Doudou Thiam, tal excepción tiene por objeto: "Evitar que se califique de criminal cualquier conducta dirigida contra el personal participante en una operación de las Naciones Unidas que esté autorizado en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas para participar en una acción coercitiva y que de hecho participe en una situación de combate contra fuerzas armadas organizadas a las que se aplique el derecho relativo a los conflictos armados internacionales", Asamblea General, suplemento núm. 10 (A/51/10), pp. 112 y 118. La excepción prevista por el proyecto pareciera instaurar una habilitación para los Estados contra los que las Naciones Unidas estuvieren ejerciendo una acción coercitiva, no obstante que dichos Estados se encuentran fuera del derecho internacional, pues por lógica ni están apoyando las propias acciones de la ONU en materia de mantenimiento de la paz, ni están en la posición de legítima defensa, lo que también desde el punto de vista lógico sería imposible en contra de las propias Naciones Unidas. Atento a lo anterior, no es técnicamente correcto establecer atenuantes contra las operaciones coercitivas de la organización, cuando la oposición a éstas se encuentran fuera del derecho internacional. Por otro lado, debe ser recordado que si bien los miembros de las Naciones Unidas son casi en su totalidad signatarios de las convenciones de Ginebra, la ONU como tal no lo es. Otro extremo de esta posición es dado por la escalofriante idea de Verdross: "Es de advertir... que el artículo 42 de la carta deja plenamente al arbitrio del C. S. las medidas coercitivas que haya de adoptar, sin someterlas a limitación alguna. A ello hay que añadir que tampoco las normas del derecho de la guerra son directamente aplicables, por cuanto las medidas coercitivas del C. S. no son actos de guerra". Verdross, Alfred, *Derecho internacional público*, trad. de Antonio Truyol y Serra, Aguilar, 1982, p. 646. En palabras de Hans Kelsen: "An enforcement action involving the use of armed force taken by the United Nations is not an 'armed attack' within the meaning of Article 51 of the Charter, even if this enforcement action is taken by the Security Council against a state which did not resort to war. Hence the right of self-defense stipulated by Article 51 does not comprise a counterwar against a legitimate war undertaken as an enforcement action by the United Nations". Kelsen, Hans, *Principles of...*, cit., nota 50, p. 31. De manera acertada, la reciente Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, abierta a firma en la 84a. sesión plenaria de la Asamblea General (9 de diciembre de 1994), la aplicación del derecho humanitario se extiende a todas las partes y a todos los tipos de operaciones realizadas por "El *órgano competente* de las Naciones Unidas de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y realizada bajo la autoridad y el control de las Naciones Unidas". *cfr.* artículo 1, inciso c), por lo que es de inferirse que se refiere tanto a las operaciones para el mantenimiento de la paz como a las realizadas de conformidad con el capítulo VII de la carta. De la lectura que se haga de los artículos 8 y 20, inciso a), reafirmarían esta convicción. Por otro lado, uno de los problemas técnicos de carácter convencional que se imponen, es que el Consejo de Seguridad no es parte de las convenciones de Ginebra en materia de derecho humanitario, ni lógicamente podría llegar a serlo. Tampoco los Estados que lo integran

Aceptando lo poco explícita que pudiera ser la referencia a la aplicación del derecho internacional general en el numeral 1 del artículo 1 de la carta, la imposición del orden jurídico internacional primero, y segundo del derecho constitucional de las Naciones Unidas a la actuación del Consejo de Seguridad, resulta una conclusión ineludible. De la misma manera como no podríamos aceptar que en una acción en materia de seguridad o en una operación para el mantenimiento de la paz, las fuerzas de las Naciones Unidas afectasen a la población civil o a los prisioneros que se capturasen, todo por efecto de normas consuetudinarias en la materia; de la misma suerte sería impensable que las funciones “policiales” con las que fue diseñado originariamente el Consejo de Seguridad pudiesen ser vistas a finales del presente milenio sin límites impuestos por el derecho internacional general.<sup>86</sup>

Así verbigracia, que el Consejo de Seguridad pretendiese interferir en los asuntos domésticos de los Estados, instaurar regímenes penales especiales o exigir el desmantelamiento de un sistema regional de seguridad o de cooperación, supondría una violación del derecho convencional vigente (la carta), ante la carencia de habilitaciones en ese sentido e incluso por la presencia de prohibiciones expresas, pero además conllevaría a la vul-

(permanentes o no), están obligados a suscribir dichas convenciones. La resolución 1366 del 30 de agosto de 2001 utiliza un lenguaje largamente ambiguo sobre estas obligaciones del Consejo de Seguridad. Ciertamente, el multi referido consejo se ha servido del derecho de Ginebra (y de La Haya), con la aparente convicción de estar invocando normas del derecho internacional consuetudinario. Así, en la resolución 237 de 14 de junio de 1967, el Consejo de Seguridad hizo referencia a las Convenciones de Ginebra de 1949. Lo propio ocurrió en la resolución relativa a la escalada terrorista en Israel, (S/RES/1435) de 24 de septiembre de 2002, el Consejo de Seguridad exhortó a la aplicación de la Cuarta Convención de Ginebra de 1949, relativa a la protección de personas civiles en tiempo de guerra. La misma convicción aparece en la resolución 1460 de 30 de enero de 2003, relativa a la protección de los niños en los conflictos armados. En esa oportunidad, el Consejo de Seguridad: “[instó] a los Estados a que respeten plenamente las disposiciones pertinentes del derecho internacional humanitario aplicables que se refieran a los derechos y la protección de los niños en conflictos armados, entre otros, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en particular el Convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra”. En la resolución 1472 del 28 de marzo de 2003, relativo al Programa “Petróleo por Alimentos” en Iraq, el Consejo de Seguridad se refirió de manera específica al artículo 55 de la Convención de Ginebra de 1949, relativa a la protección de personas civiles en tiempos de guerra, con la particular persuasión de que el derecho de Ginebra y La Haya le obligaban de manera directa. Una de las mayores referencias de la Convenciones de Ginebra y La Haya como expresión de obligaciones consuetudinarias se ve en la resolución 1483 de 22 de mayo de 2003, número 5. En contrario a la tesis de Verdross, *cfr.* resolución AG 378 (V). Deberes de los Estados en caso de Ruptura de Hostilidades, 17 de noviembre de 1950.

86 Lo propio aplica por analogía respecto de las operaciones para el mantenimiento de la paz emprendidas por la Asamblea General con base en la resolución “Unión pro paz”.

neración del derecho internacional general, evidenciándose lo innecesario de mayores referencias al derecho internacional en el numeral 1, del artículo 1 en estudio.

Las medidas colectivas eficaces son una especie de *obligación* (compromiso) *de resultado*. Es decir, la *eficacia* termina por habilitar al órgano respectivo para que adopte las medidas pertinentes para la consecución de sus objetivos,<sup>87</sup> lo que *prima facie* le concede un muy alto margen de maniobra.

Consecuente con esto, la eficacia como parámetro reaparece en el artículo 24, numeral 1, permitiendo nuevamente que nuestro protagonista institucional (el Consejo de Seguridad) se presente con su nombre y se haga cargo de su función primordial, coincidente palabra por palabra con el llamado propósito fundamental de las Naciones Unidas: *mantener la paz y seguridad internacionales*, en uso de facultades a las que la doctrina les ha llegado a atribuir un carácter de *competencia residual* o de *reserva de poderes*.<sup>88</sup>

23. El segundo mandato contenido en este primer propósito plantea la obligación constitucional de la organización de *lograr* la solución de toda clase de diferendos internacionales con apego al derecho internacional que constituyan una amenaza para la paz. Lo extraño de esta compulsión constitucional es que se hace a cargo de la organización y no de sus miembros (los directa o indirectamente implicados en tal amenaza). Resulta difícil determinar cuáles son aquellos diferendos, por pequeños o insignificantes que parezcan, que pudiesen degenerar en conflicto armado internacional, y que por tanto cayesen en la hipótesis en estudio. La genealogía de este pasaje es tan interesante como paradójica: tanto las propuestas de Grecia,<sup>89</sup> Holanda,<sup>90</sup> México,<sup>91</sup> Panamá,<sup>92</sup> Turquía<sup>93</sup> y Uru-

87 Cfr. Lachs, Manfred, "Commentaire à l'article 1, paragraphe 1", en Cot, Jean-Pierre y Pellet, Alain (dir.), *La Charte des Nations Unies* Paris, Economica Bruylant, 1985, p. 33.

88 Cfr. Castañeda, Jorge, *op. cit.*, nota 18, p. 72.

89 "With due respect for contractual obligations and the generally accepted principles of international law, justice and morality". UNCIO Doc. 2 G/14 (i), p. 1.

90 "In conformity with the elementary principles of morality and justice and on basis of due regard for international law". UNCIO Doc. 2 G/7 (j) (1), p. 2.

91 "Within a system of law, justice, and equity". UNCIO Doc. 2 G/7 c) (1), p. 4.

92 "To maintain international peace and security in conformity with the fundamental principles of international law and to maintain and observe the standards set forth in the 'Declaration of the Rights and Duties of Nations' and the 'Declaration of Essential Human Rights' which are appended to the present Charter, and which are made an integral part thereof". UNCIO Doc. 2 G/7 (g) (2), p. 1.

93 "The purposes of the Organization should be: 1. To maintain international peace and security in conformity with right and justice". UNCIO Doc. 2 G/14 (e) (1), p. 1.

guay<sup>94</sup> refieren la inclusión de textos en que se hace referencia al mantenimiento de la paz bajo la tutela del derecho internacional general y con parámetros de justicia. Finalmente la propuesta de reformas realizadas de manera conjunta por China, Estados Unidos de América, el Reino Unido y la Unión Soviética recoge —modificada— la propuesta de inclusión.<sup>95</sup>

La salida de este callejón para la aplicación de los principios de las convenciones de Ginebra y de La Haya, por parte del Consejo de Seguridad, podría estar en la vinculación armónica del artículo 2, numeral 4 (principio adjetivo), respecto del diverso artículo 1, numeral 3 (propósito sustantivo) de la carta, utilizando la lógica jurisprudencial de la corte<sup>96</sup> De acuerdo con esta vertebración, la ausencia de respeto (por parte de un órgano principal) de los principios humanitarios (derivados del derecho internacional general) sería incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.

#### V. LAS OPERACIONES PARA EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ Y EL RÉGIMEN DE LA ADHOCRACIA

24. Podría decirse que la crisis del sistema de seguridad de las Naciones Unidas deriva de la imposibilidad de mantener una fuerza permanente, lo que resultaría colosalmente caro para la organización y no proveniría necesariamente de la falta de voluntad de los Estados para participar en las acciones de seguridad colectiva emprendidas,<sup>97</sup> también podría sostenerse que dicha crisis resultaría de la falta de celebración de los acuerdos del artículo 43 de la carta.<sup>98</sup> La diversidad de las características de las

94 "The purposes of the Organization shall be: 1. To maintain international peace, security and justice". UNCIO Doc. 2 G/7 (a) (1), p. 1.

95 "To maintain international peace and security; and to that end to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace and the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, *and with due regard for principles of justice and international law*, adjustment or settlement of international disputes which may lead to a breach of the peace" (subrayado en el original). *Amendments proposed by the Governments of the United States, the United Kingdom, the Soviet Union, and China*. UNCIO Doc. 2 G/29, p. 1.

96 Cfr. Certain Expenses..., *cit.*, nota 23, p. 158.

97 Cfr. Seyersted, Finn, *op. cit.*, nota 2, p. 402.

98 "Es precisamente en virtud de la no celebración de los 'Convenios Militares Especiales' en donde reside el fracaso del sistema de seguridad y no en el uso inmoderado del 'veto', como casi siempre se argumenta. El uso del 'veto' no fue en realidad mas que una consecuencia de lo anterior". Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, "Consideraciones en torno a las 'Operaciones para el mantenimiento de la paz'", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XXXV, núm. 103, enero-abril de 2002, p. 101.

operaciones para el mantenimiento de la paz, su irregular formulación competencial jurídica, su distinta etiología política en las relaciones internacionales, su muy diferenciada puesta en marcha y su veleidoso seguimiento administrativo por parte de la Secretaría General, hacen imposible la estructuración de una teoría general de tales operaciones,<sup>99</sup> empero la doctrina y la práctica administrativa han logrado rescatar determinados *principios comunes*,<sup>100</sup> de fuerte anclaje consuetudinario.

El *consentimiento* y cooperación de las partes interesadas donde se desarrollan es imprescindible, siendo esa la principal diferencia respecto de las acciones de seguridad colectiva derivadas de los artículos 2 numeral 4, 41 y 42 de la carta. Las operaciones para el mantenimiento de la paz deben tener un *objetivo político claro* y mandato preciso sujeto a revisión periódica, determinado por el órgano que lo crea, previsto en la *resolución* que le da origen, así como en el *convenio* con el Estado sede. El *uso limitado de la fuerza* es otra de las notas fundamentales de las operaciones para el mantenimiento de la paz,<sup>101</sup> quedando también condicionado dicho uso de la fuerza al acuerdo pactado con el Estado sede, de suerte que éste lo acepte en determinada proporción, así como el tipo de equipo y armas que la tarea requiere. Los mecanismos eficaces de mando y logístico actuantes suelen estar formados con contingentes con calidades profesionales distintas y sin articulación originaria al mando de la ONU. Entre ellos se pueden entreverar autoridades policiales, civiles y de diferentes niveles de administración.

Existen diferentes tipos de operaciones para el mantenimiento de la paz en donde el Consejo de Seguridad no es el único progenitor. Las primeras de ellas son las *operaciones de observación*, es decir las operaciones de constatación de cese al fuego, armisticios, aseguramiento de un embargo militar o vigilancia de un proceso electoral. Las *fuerzas de interposición*, por su parte, detienen la violencia abierta durante la operación. Al no existir un fundamento claro en la carta ni una política lineal por parte de la organización respecto de las operaciones en estudio, todas las decisiones en la materia son bajo un criterio impulsivamente *ad hoc* y bajo un cabalgamiento en el proceso de creación de ellas entre la Asam-

99 No obstante, un interesante trabajo de sistematización y documentación de las referidas tareas onusianas lo constituye la obra del profesor Fernández Sánchez, Pablo Antonio, *Operaciones de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz*, Universidad de Huelva, vol. I, 1998, pp. 107 y ss.

100 Cfr. Ghali, Boutros-Boutros, *Programa de paz*, Doc. S/24111, 31 de enero de 1992.

101 "L'éthique des 'casques bleus' pourrait se résumer, sans être caricaturale, par 'l'art de recevoir des coups sans avoir l'initiative d'en donner'". Petit, Yves, *op. cit.*, nota 12, p. 43.

blea General y el Consejo de Seguridad. Por su parte, para no quedarse atrás, la posición de México respecto de la posibilidad de participar en las operaciones para el mantenimiento de la paz es ahora declaradamente errática.<sup>102</sup>

## VI. UN ÓRGANO JUDICIAL PARA CONTROLAR AL CONSEJO DE SEGURIDAD Y LOS ACTOS *ULTRA VIRES*

25. La persistente doctrina del control interorgánico de los órganos principales de las Naciones Unidas, y en particular de la tutela de la legalidad de los actos del Consejo de Seguridad, ha reaparecido recurrentemente en la literatura especializada, pero paradójicamente su incidencia en los esfuerzos diplomáticos de revisión del Tratado de San Francisco es prácticamente nula, y jurisprudencialmente no se ha enunciado su remedio más allá de lo puramente exegético.<sup>103</sup> La discusión se centra sobre el hecho de establecer un mecanismo judicial que revisase el apego al derecho internacional general o a las líneas de la Carta de la ONU como parámetro constitucional.<sup>104</sup> Sin embargo, esa sólo es una parte del asunto. El problema práctico y cotidiano para la Asamblea General y para el consejo tiene que ver con la interpretación, aplicación y cumplimiento de las reglas más simples que estos órganos se dieron a sí mismos en los términos de los artículos 21 y 30 de la carta, que les concede a ambos respectivamente una facultad reglamentaria para sus estrictas esferas procedimentales internas. La exégesis de estos ordenamientos ultrasecundarios es, la más de las ocasiones, la causa de los enredos funcionales y tensiones políticas al interior de los mencionados órganos deliberativos principa-

102 Secretaría de Relaciones Exteriores, *Boletín número 203/99*, de 26 de mayo de 1999. "1. México nunca ha participado, ni participará, con tropas en operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas. Esto es así por razones constitucionales. 2. El Gobierno de México ha manifestado en incontables ocasiones que la política exterior de la República se apega estrictamente a los principios constitucionales de solución pacífica de las controversias y de no intervención".

103 "The political character of an organ cannot release it from the observance of the treaty provisions established by the Charter when they constitute limitations on its powers or criteria for its judgment. To ascertain whether an organ has freedom of choice for its decisions, reference must be made to the terms of its constitution". Admission of a State to the United Nations (Charter, Art. 4), Advisory Opinion, ICJ, *Reports*, 1948, p. 64.

104 Cfr. Álvarez, José E., *op. cit.*, nota 16, p. 39.

les<sup>105</sup> (y otros no),<sup>106</sup> que reclaman una interpretación de naturaleza jurisdiccional y ajena a las fuerzas que contienen en su seno. También la discusión se centra sobre la falta de medios de defensa de los Estados para objetar la creación de órganos subsidiarios con los cuales no están de acuerdo.<sup>107</sup>

El verdadero problema de los actos *ultra vires* de los órganos principales ocurre cuando las resoluciones de estas instancias van a tener un efecto mediato o inmediato sobre otras entidades del derecho internacional. Para calificar académicamente la frecuencia de tales irregularidades depende en mucho la posición ideológica o política que se tenga, lo que nos lleva nuevamente a constatar el vacío jurisdiccional de tal diferendo. Así verbigracia, todavía no ha surgido una voz oficial entre las potencias occidentales que denuncie la ilegalidad de las actuaciones de la Organización del Tratado del Atlántico Norte en la Guerra del Kosovo e Iraq y la propia ilegalidad de la aquiescencia del Consejo de Seguridad en el asunto; tampoco ha habido una llamada de atención sobre las violaciones al derecho humanitario internacional por el embargo económico a Iraq, ni se insiste sobre lo inconstitucional que resulta la resolución que admite a Rusia en lugar de la Unión Soviética a sesionar en el Consejo de Seguridad en flagrante violación del artículo 23 de la carta.<sup>108</sup> Hasta hoy la ideología determina la legalidad.<sup>109</sup>

105 En el jaloneo negociador se ha llegado a afirmar que tales órganos son "amos del procedimiento", *masters of its procedure*. Cfr. Conforti, Benedetto, "The Legal Effect of non-compliance with rules of procedure in the U. N. General Assembly and Security Council", *American Journal of International Law*, vol. 63, 1969, p. 482.

106 Véase el magnífico artículo del profesor Zamora, quien señala: "Ever since international organizations began taking decisions by majority vote, conflicts have arisen over decisionmaking controls". Zamora, Stephen, "Voting in International Economic Organizations", *American Journal of International Law*, vol. 74, 1980, p. 566. También existe versión en español: "Sistemas de votación en las organizaciones económicas internacionales", *Estudios de Derecho Económico IV*, México, UNAM, 1983, pp. 179-235.

107 "Las resoluciones que crean órganos subsidiarios producen efectos legales obligatorios para todos los Estados miembros, incluyendo a aquellos que objetaron, por un motivo u otro, la constitucionalidad de su creación. El Estado inconforme carece de recursos legales para impedir que el órgano se cree, sesione y se integre en todo el engranaje de mecanismos, decisiones y actividades de la organización con todas las consecuencias legales que ello implica, inclusive las presupuestales". Castañeda, Jorge, *op. cit.*, nota 18, p. 59.

108 En sentido contrario: "In principle, the presumption of legality should be rebuttable, and challenge ought to be possible where the decision is *ultra vires*, or has attached legal responsibility to a State without that State being offered an opportunity of being heard by the Council, or where the decision is manifestly defective as being based upon a fundamental error in law or mistake of fact". Bowet, Derek, "The Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures", *European Journal of International Law*, Law Books in Europe, vol. 5, núm. 1, 1994, p. 101.

109 Cfr. Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya vs. United States of America), Provi-



26. Mientras Lockerbie y Timor Oriental resultaron un escándalo desmesurado de purismo jurídico respecto de las resoluciones 731,<sup>110</sup> 748<sup>111</sup> y 883<sup>112</sup> del Consejo de Seguridad; Kosovo, Afganistán e Iraq representan una postura catatónica en lo político y doctrinario en el derecho internacional. En el caso del incidente aéreo en Lockerbie, la resolución 731 fue objeto de críticas severas por parte de una hipersensible doctrina internacional, dado que en dicha determinación el Consejo de Seguridad se convirtió no sólo en juez sino también en verdugo de Libia, abandonando su bagaje en materia de componedor en materia de diferendos internacionales de conformidad con el artículo 36 de la Carta de las Naciones Unidas, y sin respetar el acuerdo de arbitraje convenido por las partes en conflicto según el artículo 14 de la Convención de Montreal de 23 de septiembre de 1971, sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación. La resolución 731, que ciertamente fue ilegal por abuso de poder, es en realidad sólo un punto en un infinito lugar geométrico de irregularidades y de actos *ultra vires* del Consejo de Seguridad. No representa ni con mucho la gravedad y volumen de violaciones a la carta y al derecho internacional general que sobrevendrán a partir de la crisis de los Balcanes. Al final de cuentas, la corte con absoluto dominio del derecho constitucional de la carta estableció que las resoluciones del Consejo de Seguridad sólo habían tenido un carácter puramente preliminar y que no significaban obstáculo alguno para continuar el procedimiento.<sup>113</sup> La ver-

sional Measures, Order of 14 April 1992, ICJ, *Reports*, 1992, p. 126. Resulta muy interesante la lectura de la opinión disidente del juez Weeramantry: "In the United Nations system, the sphere of each of these bodies is laid down in the Charter, as within a domestic jurisdiction it may be laid down in a constitution", p. 165.

110 Respecto de la resolución 731, la corte declararía años después: "It was a mere recommendation without binding effect". *Cfr.* Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya vs. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, ICJ, *Reports*, 1998, p. 131; Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya vs. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, ICJ, *Reports*, 1998, p. 26.

111 De hecho, de estas resoluciones, sólo la 748 (31 de marzo de 1992), invoca el capítulo VII de la carta.

112 Quizás la resolución 883 (11 de noviembre de 1993) —fundada en el capítulo VII de la carta—, acentúe el carácter interferente del Consejo de Seguridad en las funciones judiciales. S/RES/883 (1993).

113 *Cfr.* Questions of Interpretation... (Libyan Arab Jamahiriya vs. United States of America), *cit.*, nota 110, p. 130; Questions of Interpretation... (Libyan Arab Jamahiriya vs. United Kingdom)..., *cit.*, nota 110, pp. 25 y 26.

dadera oportunidad histórica de la corte para analizar el control de los actos (u omisiones) del Consejo de Seguridad, se escapó por tecnicismos.<sup>114</sup>

27. Paradójicamente, las crisis balcánicas marcaron el inicio y fin del siglo veinte. Prácticamente el mismo tejido de alianzas que en la actualidad aparecen en el escenario internacional, protagonizaron el estallamiento de la Primera Guerra Mundial y la ulterior formación del orden internacional representado por el Tratado de Versalles. Por lo que toca a Afganistán (e Iraq), el análisis más elemental nos remite a un problema mucho más antiguo que la crisis terrorista combatida recientemente por los occidentales, entreverado con una incomprensión de la cultura y geopolítica árabes que también encontraría sus orígenes más inmediatos en la dislocación del imperio otomano, y por ende también en la “Gran Guerra”.

La reorganización de la geografía balcánica se dibujó en un inicio, como parte de una bien definida sintomatología de escisión de los federalismos aglutinantes del periodo de entre guerras o de la guerra fría. La Unión Soviética (incluyendo los países bálticos), Checoslovaquia y la ex-Yugoslavia darían el ejemplo de cómo las minorías nacionales o algunos Estados bajo regímenes de integración forzada, habrían de reclamar sus antiguas fronteras internacionales invocando la doctrina del *uti possidetis*. En rigor, la crisis de la provincia del Kosovo no es más que parte de la secuela desintegrativa que ya ha sido objeto de pronunciamientos por parte de instancias internacionales jurisdiccionales.<sup>115</sup> No obstante lo anterior, algunas minorías y demarcaciones no se habrían de beneficiar de la altura de los nuevos tiempos, dejando a corsos, kurdos, quebecquenses y vascos como una especie de injustificados inconformes de los órdenes nacional e internacionales.

La crisis esta vez no se refiere a un proceso de desequilibrio de la seguridad regional. En esta ocasión, lo característico —que es lo que la agrava— es que las instituciones constitucionales del sistema de las Naciones Unidas han recibido un daño prácticamente irreparable como consecuencia de la vulneración que algunos Estados han hecho de su sistema jurídico orgánico, así como del derecho internacional general en materia de utilización de la fuerza en las relaciones internacionales. Algo

114 Asunto entre la República Democrática del Congo vs. Burundi. Desechado con fecha 30 de enero de 2001.

115 Cfr. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina vs. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Provisional Measures, Order of 13 September 1993. ICJ, *Reports*, 1993, p. 343.

hace entrever que al igual que en el caso de la guerra de Corea, incumbirá a la Corte Internacional de Justicia practicar la mejor de sus alquimias jurídicas para justificar *a posteriori* en estos asuntos, tanto el uso de la fuerza armada sin la intervención del Consejo de Seguridad, como la injerencia en los asuntos domésticos de un Estado y la persistente violación del derecho humanitario por parte de los serbios, de los grupos paramilitares afganos, así como de los llamados aliados.

28. Empezando por la primera de las violaciones al derecho constitucional de las Naciones Unidas, resulta que compete al Consejo de Seguridad *la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales*.<sup>116</sup> Esta prelación de responsabilidades ha sido aclarada por la corte a partir de la habilitación a la Asamblea General en materia de seguridad, derivada de la resolución “Unión pro paz”.<sup>117</sup> No obstante lo anterior, constitucional o no la resolución *Acheson*, nada en la jurisprudencia internacional haría pensar que ante cualquier atrofia del Consejo de Seguridad, los órganos onusianos cediesen su responsabilidad en materia de seguridad a cualesquiera miembros de la comunidad internacional para que, rebasando las figuras de la legítima defensa,<sup>118</sup> o de acciones en materia de seguridad colectiva emprendidas por el Consejo de Seguridad,<sup>119</sup> se utilice de manera alguna la fuerza bajo el propio riesgo de aquéllos. Llevado a sus últimas consecuencias: una postura ilícita siempre lo será el abandonar el cauce constitucional de las Naciones Unidas por temor a un voto negativo en el Consejo de Seguridad.

29. En rigor, las crisis de Vietnam, Kosovo, Afganistán e Iraq están fraguadas en el mismo molde de ilegalidad que muchas de las acciones estadounidenses en la primera crisis de Iraq, derivadas de la resolución 678<sup>120</sup> del Consejo de Seguridad impetrada de inconstitucionalidad respecto de la carta.

116 Artículo 24, numeral 1 de la Carta de las Naciones Unidas.

117 “The responsibility conferred is ‘primary’, not exclusive”. Certain Expenses..., *cit.*, nota 23, p. 163. “The Charter makes it abundantly clear, however, that the General Assembly is also to be concerned with international peace and security”.

118 Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas.

119 Artículo 42 de la Carta de las Naciones Unidas.

120 SC/29 de noviembre de 1990. “*El Consejo de Seguridad... 2. Autoriza a los Estados miembros que cooperan con el Gobierno de Kuwait para que, a menos que el Iraq cumpla plenamente para el 15 de enero de 1991 o antes las resoluciones que anteceden, como se indica en el párrafo 1 supra, utilicen todos los medios necesarios para hacer valer y llevar a la práctica la resolución 660 (1990) y todas las resoluciones pertinentes aprobadas ulteriormente y para restablecer la paz y la seguridad internacionales en la región. 3. Pide a todos los Estados que proporcionen apoyo adecuado para las medidas que se adopten de conformidad con el párrafo 2 supra. 4. Pide a los Estados interesados (sic)*”

Desde entonces, la marginalización de dicho órgano principal de las Naciones Unidas, en beneficio de la privatización de las acciones de seguridad colectiva, encuentran su expresión más acabada en los bombardeos a la ciudad de Bagdad por un puñado de Estados aliados como parte de una aventura de origen puramente nacional, usando a la Organización del Tratado del Atlántico Norte como un organismo mercenario,<sup>121</sup> o por los Estados Unidos de América y el Reino Unido para emprender en territorio afgano una cacería de individuos que de manera unilateral fueron determinados como los responsables de la destrucción de los conocidos rascacielos en la ciudad de Nueva York.<sup>122</sup>

Tal y como lo ha reconocido la Corte Internacional de Justicia, el Consejo de Seguridad ejerce el monopolio constitucional para prescribir las acciones coercitivas contra un agresor.<sup>123</sup>

que mantengan periódicamente informado al Consejo de Seguridad de lo que ocurra respecto de las medidas que se adopten de conformidad con los párrafos 2 y 3 *supra*".

121 De hecho, una discusión doctrinaria se encuentra abierta desde hace muchos años respecto de la naturaleza jurídica de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, y por ende de sus facultades limitadas para actuar en casos de legítima defensa. *Cfr.* Kelsen, Hans, "Is the North Atlantic...", *cit.*, nota 38, p. 166: "Since the Charter does not define the concept of regional arrangement and especially since the exercise of collective self-defense is not expressly referred to in Article 53, it is not impossible to consider a treaty for the implementation of Article 51 as an agreement different from a regional arrangement".

122 La ambigüedad de la resolución 1368 (12 de septiembre de 2001), era la prueba de que los mecanismos institucionales de la carta serían nuevamente ignorados.

123 "To this end, it is the Security Council which is given a power to impose an explicit obligation of compliance if for example it issues an order or command to an aggressor under Chapter VII. *It is only the Security Council which can require enforcement by coercive action against an aggressor*". *Certain Expenses...*, *cit.*, nota 23, p. 163 (énfasis añadido). En este orden de ideas, Belarús, la India y Rusia presentaron el 24 de marzo de 1999, un proyecto de resolución del Consejo de Seguridad (S/1999/328), en los siguientes términos: "The Security Council. Recalling its primary responsibility under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security. Deeply concerned that the North Atlantic Treaty Organization (NATO) used military force against the Federal Republic of Yugoslavia without the authorization by the Council. Affirming that such unilateral use of force constitutes a flagrant violation of the United Nations Charter, in particular Articles 2(4), 24 and 53. Recognizing that the ban by NATO of civil flights in the airspace of a number of countries in the region constitutes a flagrant violation of the principle of complete and exclusive sovereignty of every State over the airspace above its territory in accordance with article 1 on the Chicago Convention on International Civil Aviation. Recalling all its relevant resolutions and decisions, in particular the statement of its President of 29 January 1999 (S/PRST/1999/5), in which it, *inter alia*, expressed the intention to be informed by members of the Contact Group about the progress reached in the negotiations on a political settlement of the situation in Kosovo, Federal Republic of Yugoslavia, and awaiting such a report. Reaffirming its commitment to the sovereignty and territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia. Determining that the use of force by NATO against the Federal Republic of Yugoslavia constitutes a threat to international peace and security. Acting under Chapters VII and VIII of the Charter. 1. Demands an immediate cessation of the use of force against the

Lo que no debe dejar ninguna duda y que constituye el punto axial de la ilicitud de las acciones de la OTAN en los Balcanes,<sup>124</sup> o de los Estados Unidos de América en Afganistán,<sup>125</sup> es que ya sea que dichas entidades invoquen la legítima defensa como justificante de sus acciones, ya sea que se fundamente en un acuerdo regional para actuar a nombre del Consejo de Seguridad, en todas las hipótesis concebidas por los artículos 51 a 53 de la Carta de las Naciones Unidas se requiere ineludiblemente de la participación del Consejo de Seguridad de manera mediata o inmediata, lo que en dicho conflicto no ocurrió. Ni por asomo debe inferirse que una regla de origen consuetudinario pudiese ir en contra de las habilitaciones constitucionales expresas de la carta a favor del Consejo de Seguridad, pues tal posibilidad destruye no sólo el esquema de seguridad colectiva, sino que desestabiliza por completo la legitimación activa ante todo género de instancias políticas o jurisdiccionales del derecho internacional.

## VII. LA CONNIVENCIA CON LA CRISIS CONSTITUCIONAL

30. Con el estallamiento de la crisis de la provincia serbia de Kosovo, (24 de marzo de 1999), una aguda crisis del sistema constitucional de las Naciones Unidas parece anunciar el fin del sistema de Yalta en materia de seguridad colectiva. Desde la Guerra del Golfo, la resolución 678 del Consejo de Seguridad, este órgano principal perdía protagonismo en materia de seguridad al relegar su acción primordial de acuerdo a la carta a “los aliados de Kuwait”. De manera paradójica, una organización regional como la Organización del Tratado del Atlántico Norte que durante

Federal Republic of Yugoslavia and urgent resumption of negotiations. 2. Decides to remain actively seized of the matter”.

124 “In 1999 the Kosovo crisis put this consolidated system at great risk. Given the massive gross violations of human rights perpetrated against the Kosovar population, NATO decided attack the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), acting without any SC authorization. NATO’s action is widely considered to amount to a gross breach of the UN Charter. (In addition, while conducting their military operations NATO armed forces breached on a few occasions important rules of international humanitarian law)”. Cassese, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, 2001, p. 298.

125 En la resolución 1368 del Consejo de Seguridad (12 de septiembre de 2001) se lee: “Reconociendo *el derecho inmanente a la legítima defensa* individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas...” (énfasis añadido).

toda la guerra fría no encontró una función definida se transmutó en el centro de la seguridad de los occidentales al terminar el siglo.

31. La necesidad política de los aliados por justificar la acción en los Balcanes sin apego a las líneas de la carta, dio lugar a una doctrina hechiza llamada del *unilateralismo*.<sup>126</sup> Dicha posición teórica que si bien fue armada de manera urgente ante el peligro de un total desmoronamiento de la legalidad internacional y en particular de la Carta de la ONU,<sup>127</sup> no dejaba de esconder una crítica certera a los encadenamientos formales que el derecho internacional y las instituciones onusianas terminan por eslabonar en contra de la eficacia de la tutela de ciertos derechos fundamentales o de la contundencia de diversos mecanismos de protección internacionales, tales como aquellos que se dirigen a la protección del entorno ambiental o del desarrollo económico. En el caso de la especie, el argumento central era que la violación de los derechos humanos en la región balcánica era tan imperiosa, tan urgente, que no podía supeditarse a los complejos juegos diplomáticos de negociación en el seno del Consejo de Seguridad, en donde se anticipaba un insuperable veto ruso. Resultaba obvio que no siendo ya los tiempos de la Guerra de Corea, la consecuencia jurídica anunciada era el inamovilismo. Es verdad que en rigor filosófico dicho aparato conceptual resultaba impecable. También es cierto que tal doctrina no es en nada novedosa, pues tanto el “tercer mundo” como en general la órbita de los países no alineados la habían ya esgrimido, pues éstos se han siempre sentido entrampados por la presencia de

126 “In the unilateral action, substance alone is claimed to be relevant; the failure to comply with the prescribed procedures may well be accompanied by effusive expressions of constraint, reluctance and regret along with emphasis on the overriding and urgent importance of the substantive act; but whatever the rhetoric, the distinguishing feature of the unilateral act is that the prescribed procedure by which it should have been taken has essentially been ignored”. Reisman, W. Michael, “Unilateral Action and the Transformations of the World Constitutive Process: The Special Problem of Humanitarian Intervention”, *European Journal of International Law*, vol. 11, núm. 1, 2000, p. 5. Cfr. Habermas, Jürgen, “Bestialität und Humanität. Ein Krieg an der Grenze zwischen Recht und Moral”, *Die Zeit*, núm. 18, 25 de mayo de 1999.

127 Cfr. Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, “Kosovo y la crisis del sistema constitucional de las Naciones Unidas”, *Lex*, México, 1999, núm. 46, p. 41; Remiro Brotons, Antonio, “Universalismo, multilateralismo, regionalismo y unilateralismo en el nuevo orden internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LI, núm. 1, 1999, p. 33: “Parece entonces que el propósito fuera servir de la ONU como herramienta de una política de Estado, eventualmente compartida por otros, o de hacer fracasar a la organización para justificar la entrada, libre de trabas, de organismos regionales, alianzas militares y coaliciones de fortuna, conscientes de la incapacidad de aquélla para siquiera manifestarse en su contra”.

instancias o instituciones internacionales a las que nunca han tenido acceso, o donde siempre han recibido una justicia de pergamino.<sup>128</sup>

Otra parte de la comunidad internacional prefirió esconderse en un tapanco, buscando desenlaces parciales de los acontecimientos, sin medir las consecuencias jurídicas en la mera aquiescencia.<sup>129</sup> El principal valladar de la doctrina, por supuesto, fue siempre jurídico, ya que el unilateralismo era la ideología confesa de los aliados en su desprecio por cumplir con el derecho de las Naciones Unidas. El fracaso del unilateralismo fue tan contundente que la propia doctrina internacionalista de los países involucrados en la represión contra la República Federal de Yugoslavia, terminó por distanciarse de la referida teoría.<sup>130</sup>

32. Para la época de la guerra de represalias americanas en Afganistán la doctrina ni siquiera fue invocada, y en los tiempos de la resolución 1441<sup>131</sup> en contra de Iraq la postura del unilateralismo se estimaba franca-

128 "But is not the function of a court merely to provide a basis for political action if no question of actual legal rights is involved". The Northern Cameroons, (Cameroon vs. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, ICJ, *Reports*, 1963, p. 37; "Humanitarian considerations may constitute the inspirational basis for rules of law, just as, for instance, the preambular parts of the United Nations Charter constitute the moral and political basis for the specific legal provisions thereafter set out. Such considerations do not, however, in themselves amount the rules of law. All States are interested —have an interest— in such matters. But the existence of an 'interest' does not of itself entail that this interest is specifically juridical in character". South West Africa Cases (Ethiopia vs. South Africa; Liberia vs. South Africa) Second phase, Judgment, ICJ, *Reports*, 1966, p. 34.

129 "Customary law, by its nature, is revised by a general acquiescence in a state's purposive current behaviour that violates some prior norm. That acquiescence should, ideally, be based on an *opinio juris* that the proposed changes promise to better serve the common interest in a new context than would the norms they are supplanting". Reisman, W. Michael, "The Raid on Baghdad: Some Reflections on its Lawfulness and Implications", *European Journal of International Law*, Law Books in Europe, vol. 5, núm. 1, 1994, p. 131.

130 Cfr. Nolte, Georg, "Kosovo und Konstitutionalisierung: Zur humanitären Intervention der NATO-Staaten", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Verlag W. Kohlhammer 59/4, 1999, pp. 941-960; Remiro Brotons, Antonio, "Universalismo, multilateralismo, regionalismo y unilateralismo en el nuevo orden internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LI, núm. 1, 1999, pp. 11-57; Simma, Bruno, "NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects", *European Journal of International Law*, vol. 10, núm. 1, 1999; Dupuy, Pierre-Marie, "The Place and Role of Unilateralism in Contemporary International Law", *European Journal of International Law*, vol. 11, núm. 1, 2000, pp. 19-29; Francioni, Francesco, "Multilateralism à la Carte: The Limits to Unilateral Withholdings of Assessed Contributions to the UN Budget", *European Journal of International Law*, vol. 11, núm. 1, 2000, pp. 43-59; Farer, Tom J., "Beyond the Charter Frame: Unilateralism or Condominium?", *American Journal of International Law*, vol. 92, núm. 2, 2002, pp. 359-364.

131 8 de noviembre de 2002. Lo paradójico de la posición de la delegación diplomática de los Estados Unidos de América en las Naciones Unidas, era que exigía el puntual cumplimiento de las diversas resoluciones del Consejo de Seguridad en materia de inspección y desarme por parte de Iraq, al tiempo de que ostentaban su total disposición a hacer un uso individual de la fuerza en desprecio de las resoluciones en curso de negociación en el propio Consejo de Seguridad.

mente ilícita.<sup>132</sup> Queda entonces como lección histórica reconocer que la acción de la OTAN y de sus integrantes en la región de Kosovo fue *ultra vires* y violatoria del derecho de gentes contemporáneo. Asimismo, se antoja como una lectura posible de tales acontecimientos, el hecho de que las estructuras formales de consenso en el Consejo de Seguridad no se encuentran superadas por el simple paso del tiempo, como con tanta facilidad suele sentenciarse, pues es justamente cuando un desapego a las líneas de la carta se confirma, cuando la comunidad internacional resiente una mayor pérdida de certidumbre en sus relaciones.

### VIII. CONCLUSIONES

Nada ha cambiado en la interacción entre el Consejo de Seguridad y las relaciones internacionales. La ilegalidad patente e ineluctable de las acciones bélicas en Iraq, proceden de la misma familia de irregularidades competenciales que caracterizaron a Vietnam, Kosovo, Afganistán y a la primera guerra del Golfo Pérsico. Absurdamente, quienes apoyaron diplomática y académicamente las acciones en Kosovo, repudiaron el militarismo anglosajón en Iraq en el 2003. Desde el punto de vista jurídico esto no tiene un fundamento lógico.

La violación del derecho constitucional de las Naciones Unidas en el asunto de Iraq, activa la responsabilidad internacional tanto de los Estados que participaron coaligados en contra de la población y gobierno iraquíes como del órgano principal de las Naciones Unidas encargado de la seguridad colectiva, el cual no determinó la existencia de un quebrantamiento de la paz y seguridades internacionales. Dicha *determinación de hechos* era imprescindible aún cuando el propio Consejo de Seguridad se viese bloqueado por un veto *superveniente*. No actuar así ha convertido al Consejo de Seguridad en aquiescente de las violaciones al uso institucio-

132 Para el inicio de la llamada Segunda Guerra del Golfo (18-19 de marzo de 2003), las propias potencias excompañeras de armas de los Estados Unidos de América en las acciones de la OTAN en Kosovo, descalificaban el *unilateralismo* con el cual los propios Estados Unidos de América y el Reino Unido atacaban Iraq. En esa amnesia colectiva también se exigía la vuelta al apego estricto a las instituciones y principios de la Carta de la ONU. A nivel doméstico, las opiniones públicas y los grupos políticos de los Estados que apoyaban decididamente la intervención armada en Iraq (Australia, España, Estados Unidos de América y Reino Unido), se echaban en cara las evidentes contradicciones de haber apoyado en su momento las acciones de la OTAN en el desastre humanitario en Kosovo y tener ahora miramientos con la violencia en contra de Iraq.



nal de la fuerza, a la injerencia en asuntos domésticos, en violaciones al derecho humanitario general, por decir lo menos.

La hipocresía diplomática nos ha alcanzado a todos y en ello la crisis del Consejo de Seguridad es mas bien residual. Moralidad y derecho encontraron un punto de crisis en el derecho internacional general de finales de milenio. La doctrina del unilateralismo tiene un popularidad derivada de una crisis sistémica del derecho de gentes contemporáneo. En el fondo de dicha postura subyace una necesidad real de romper un inamovilismo diplomático y político, que se ha traducido en una impotencia de la comunidad internacional para resolver con eficacia problemas graves y urgentes vinculados, la más de las veces, con derechos fundamentales de los seres humanos. Sin embargo, los mecanismos de acción del derecho internacional general no pueden ser ignorados sin consecuencias más graves que aquellos conflictos que se pretende solucionar. La acción unilateral de las potencias o de los acuerdos regionales de defensa, soslayan la utilización de los mecanismos reconocidos o pactados de solución de controversias, de responsabilidad internacional o de uso de la fuerza en las relaciones internacionales. La puesta en marcha del unilateralismo en materia de seguridad colectiva, lleva al derecho internacional a estadios ya superados, en donde se reviven medios de defensa autocompositiva, voluntarista y desestabilizadora que generan mayores grados de marginación respecto de las instancias de seguridad internacionales (6 de mayo a 26 de julio de 1996).