

¿ES POSIBLE UNA TEORÍA JURÍDICA SOBRE LA APLICACIÓN DE NORMAS INTERNACIONALES POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS?

IS IT POSSIBLE A LEGAL THEORY OF APPLICATION OF INTERNATIONAL NORMS BY SECURITY COUNCIL OF THE UNITED NATION?

Gerardo Tripolone*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. POR QUÉ DECIDE LO QUE DECIDE: LA DISCRECIONALIDAD. III. SI NO ES JURISDICCIONAL ES ARBITRARIO. IV. LA AUSENCIA DE SANCIÓN Y CONTROL. V. LIBIA VS. SIRIA O EL DUALISMO SUJETO/ OBJETO. VI. AL MENOS HAY LENGUAJE. VII. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: En el presente trabajo nos preguntamos sobre la posibilidad de una teoría jurídica que dé cuenta de la aplicación de normas jurídicas internacionales por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CS). El hecho de que sean Estados soberanos con intereses políticos determinados los que deciden en el CS y la amplia discrecionalidad con la que son tomadas las resoluciones, conspiraría con la pretensión de un análisis jurídico de la actuación del CS. Sin embargo, para nosotros sí es posible una teoría jurídica sobre la aplicación de normas internacional por parte de este órgano, siempre que se asuman algunos supuestos que desarrollamos en este trabajo.

ABSTRACT: In this paper we ask about the possibility of a legal theory to account for the application of international legal norms by the Security Council of United Nations (SC). The fact that are sovereign States with certain political interests who decide in the SC and the broad discretion with which decisions are taken, conspire with the pretense of a legal analysis of the performance of SC. However, for us it is possible a legal theory on the application of international norms by SC, whenever one takes some postulation developed in this work.

PALABRAS CLAVES: Consejo de Seguridad – discrecionalidad – aplicación de normas internacionales – seguridad colectiva

KEY WORDS: Security Council – discretionarily – international norms application – collective security

Fecha de recepción del original: 29 de octubre de 2013. Fecha de aceptación de la versión final: 11 de diciembre de 2013.

* Abogado, Universidad Nacional de San Juan, Argentina. Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Becario del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet) Argentina. Adscripto a las cátedras de Derecho Internacional Público y de Derecho Político, Universidad Nacional de San Juan. gerardo.tripolone@gmail.com

I. INTRODUCCIÓN

¿Es posible una teoría jurídica que dé cuenta de la aplicación de normas internacionales por un órgano que no es jurisdiccional? Esta es una pregunta que se plantea la teoría jurídica pero que, en el fondo, compete también a la política internacional. Sobre el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CS) no rige ninguna obligación de imparcialidad e independencia, como sí sucede con las Cortes Internacionales. Su actuación estará guiada, siempre e inevitablemente, por aspiraciones e intereses políticos¹. Además, el material normativo que maneja es por demás difuso y amplio. Bajo estas premisas, ¿es posible subsumir el obrar de este órgano a límites jurídicos o tendremos que resignarnos a que “todo sea político”?² ¿Pueden ser cumplidas las pautas sentadas por la Corte Internacional de Justicia (CIJ), quien afirmó que el carácter político de los órganos no excusa el cumplimiento de las normas de la Carta de Naciones Unidas (NU)?³

En el presente trabajo quisiéramos fundar una respuesta afirmativa a la pregunta planteada. Según nuestro modo de ver, es posible un análisis jurídico de las decisiones del CS, siempre que se asuma que no puede entenderse su actuación bajo los parámetros de la “jurisprudencia mecánica” o de la mera subsunción lógica de casos particulares en normas generales.

Una aclaración previa es imprescindible: tomamos como presupuesto una respuesta afirmativa a la cuestión de la aplicación o no del derecho internacional por el CS. El CS debe aplicar el derecho internacional. Este problema jurídico es el eje de la investigación de Kenneth Manausama en *The United Nation Security Council in the Post-Cold War Era* que citamos anteriormente. Para nosotros, como para el autor, el CS debe aplicar el derecho internacional⁴. Ahora bien, respondida esta cuestión, debemos

¹ KIRGIS, F. L. (Jr), “The Security Council’s First Fifty Years”, *American Journal of International Law*, Vol. 89, No. 3, July 1995, p. 507.

² Decir “límites jurídicos” por oposición a “todo es político” merece una aclaración. Sobre todo si pensamos –como es nuestro caso– que lo jurídico no puede ser nunca separado de lo político. Ahora bien, cuando decimos que buscamos una teoría jurídica sobre la aplicación de normas internacionales, nos referimos a la búsqueda de un aparato conceptual capaz de captar el fenómeno jurídico que supone la aplicación de una norma jurídica por un órgano político internacional. Esta “teoría” busca desprenderse de la impugnación al mero intento de alcanzarla que se basa en afirmaciones tales como “es imposible subsumir esa acción a parámetros jurídicos porque el CS sólo actúa bajo intereses políticos”. Desde este punto de vista, la teoría jurídica no tiene mucho para decir. Lo único que cabría estudiar son las motivaciones y consecuencias políticas de las decisiones del CS en conjunto y de los Estados miembros en particular.

³ Opinión consultiva de 28 de mayo de 1948 sobre “Condiciones de Admisibilidad de un Estado como Miembro de Naciones Unidas”. Esto sin entrar en la discusión sobre si el CS debe cumplir o no los principios del derecho internacional general, el derecho humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos, entre otras normas del derecho internacional (MANUSAMA, K., *The United Nation Security Council in the Post-Cold War Era. Applying the Principle of Legality*, Martinus Nijdhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, pp. 5-6).

⁴ Sobre esta cuestión la literatura jurídica es amplia. Además del trabajo de Manusama, pueden citarse: DE LA SERNA GALVÁN, M. L., “Interpretation of article 39 of the UN Charter (threat to the peace) by the Security Council. Is the Security Council a legislator for the entire International Community?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, UNAM, México DF, vol. XI, 2011; JOHNSTONE, I.,

pasar a un plano propio de la teoría jurídica: si respondemos afirmativamente a la pregunta sobre si el CS aplica o no el derecho internacional, debemos esforzarnos por entender cómo es que lo aplica, cuáles son los supuestos filosófico-jurídicos que subyacen en la aplicación de normas internacionales por el CS. Nuestra perspectiva es eminentemente de filosofía del derecho aplicada al derecho internacional.

Lo que intentaremos probar aquí es que las decisiones del CS pueden ser analizadas jurídicamente sin dejar de prestarle atención a las motivaciones políticas. Buscaremos sostener la idea de que no es realmente cierto que este órgano “haga lo que quiera” o que “pueda” hacer lo que quiera. Creemos que la norma jurídica, su texto y los precedentes de aplicación, constituyen factores de coerción a la actuación del CS. Más allá de, en términos hartianos, la “textura abierta” del lenguaje, quisiéramos mostrar que éste contiene un núcleo de contenido convencional que, puesto en una norma jurídica, constituye *per se* un factor de coerción.

Afirmando lo anterior, hacemos expreso que no concordamos con las tesis que proponen una indeterminación absoluta del lenguaje y del derecho. Bajo esas perspectivas no cabrían proposiciones jurídicas del tipo “el CS no se ajustó al derecho internacional”, ya que la indeterminación del lenguaje haría que la “incorrección” no sea más que la manifestación del desacuerdo con la decisión. A lo más cabría decir “no estoy de acuerdo” o “me repugna” que haya actuado de esa manera, pero no podría impugnarse como anti-jurídica ya que bajo estas tesis “todo es posible”. Ni los realistas norteamericanos más radicales afirmaron que las normas jurídicas no tienen influencias sobre los jueces⁵, lo cual podemos aplicarlo al CS.

Ahora bien, tampoco caemos en la ingenuidad de pensar que el CS actúa sin tener en cuenta factores políticos o que no “fuerza” el lenguaje para adaptar las pretensiones de los Estados a las normas jurídicas. Como ya dijimos, el CS decide según intereses políticos. Es por esto que nosotros no vamos a intentar “des-politizar” las decisiones del CS. Esto sería ingenuo e inútil. Por lo demás, no es ese el espíritu del órgano en estudio ni la finalidad de la Carta de NU. Lo que buscamos aquí es una teoría jurídica que sea capaz de tomar real conciencia de la actuación del CS y creemos que para lograrlo es necesario tomar en cuenta que este órgano aplica normas jurídicas y en ese aplicar de normas hay un fenómeno jurídico del cual no se ha tomado mucha conciencia. Porque si bien lo político es central, también es cierto que dar cuenta del fenómeno jurídico ayudaría a entender mejor el derecho internacional. Aun admitiendo la incidencia central de la política y los intereses de los Estados, las normas se establecen mediante el

“Security Council Deliberation: The Power of the Better Argument”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, No. 3, 2003; ORAKHELASHVILI, A., “The impact of Peremptory Norms on Interpretation and Application of United Nation Security Council Resolution”, *The European Journal of International Law*, vol. 16 n° 1, 2005; POZO SERRANO, P., “La Corte Internacional de Justicia y las Competencias del Consejo de Seguridad en el ámbito del Mantenimiento de la Paz y la Seguridad Internacionales”, *Anuario de Derecho Internacional*, Universidad de Navarra, Pamplona, n° 14, 1998.

⁵ Karl Llewellyn, exponente de esta corriente, afirma: “¿Estoy sugiriendo acaso [...] que las ‘reglas comúnmente aceptadas’, las reglas que los jueces dicen aplicar, no influyen en su conducta real? No lo hago” (LLEWELLYN, K., “Una teoría del derecho realista: el siguiente paso”, en Casanovas, Pompeu y Moreso, Juan José, *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994, p. 259).

lenguaje, que de algún modo compele a los Estados y no les permite “hacer lo que quieran”.

II. POR QUÉ DECIDE LO QUE DECIDE: LA DISCRECIONALIDAD

La discrecionalidad con la que decide el CS es uno de los escollos principales con el que debemos medirnos en nuestra tesis. Con el término “discrecionalidad” hacemos referencia a los márgenes de libertad que tiene el CS al decidir. En este sentido, es importante tener en cuenta que el CS actúa como órgano, pero las decisiones son la suma de individualidades. Creemos que hay una diferencia importante entre un tribunal colegiado y un órgano político como el CS. Este último es un clarísimo ejemplo de órgano inter-gubernamental en donde se manifiestan los intereses de los Estados miembros. Las decisiones del CS no exteriorizan una voluntad grupal sino las voluntades individuales de los Estados, que pueden ser muy dispares.

En un tribunal internacional colegiado, sus miembros no representan a los Estados y su actuación debe ser imparcial. El juez –insistimos: en principio– no decide porque a él le *convenga* tal o cual resultado, sino porque considera que es lo que obliga las normas jurídicas. En cambio, las decisiones de los Estados en el CS están guiadas directamente (y casi con exclusividad) por el interés del Estado que posee una banca allí. La motivación será puramente política. No habrá en el voto de los Estados imparcialidad u objetividad. Nadie puede impugnar la decisión de algún miembro del CS porque haya sido influenciada por la política.

Pero esto no implica, según nuestra opinión, que su actuación sea ajena a parámetros jurídicos que puedan ser apreciados bajo una teoría jurídica. No creemos que sea posible argumentar que porque las decisiones sean políticas y estén atravesadas por lógicas de conveniencia y confrontación, no estén fundadas y encarriladas por preceptos jurídicos. El cap. VII de la Carta de NU marca estos límites jurídicos y la explicación y valoración de la actuación del CS debe dar cuenta de la faz jurídica de las decisiones de este órgano.

Para explicar nuestra postura podemos remitirnos a la distinción entre actividad reglada y actividad discrecional. Esta es una distinción muy propia del derecho público interno, sobre todo en el administrativo. Según la ya clásica separación, la actividad de la administración puede ser reglada o discrecional, siendo la última la que deja a la administración un cierto margen de apreciación no susceptible de control. Descripta así, esta clasificación es por demás inservible. No hay decisión administrativa que no esté atravesada, al mismo tiempo, por la reglamentación y por la discrecionalidad en la apreciación.

Es por esto que en vez de actividad reglada y discrecional, más pertinente puede ser remitirnos a las *facultades políticas* de los poderes estatales. Se argumenta que determinadas esferas de actuación son actos políticos no sujetos al control judicial. Como es muy conocida la doctrina sólo recordaremos que lo que campea aquí es la

limitación del Poder Judicial al control de cuestiones formales o de procedimiento: la oportunidad, mérito o conveniencia no puede ser revisada. Caso típico: la expropiación. Si se cumplen las garantías constitucionales y la normativa pertinente, un juez no podría decir “no es de utilidad pública esa expropiación”. Es a los órganos políticos a los que les correspondería esa decisión.

Pues bien, volviendo ahora al derecho internacional, sobre el CS podría predicarse algo relativamente similar. Sólo podríamos evaluar jurídicamente su actuación tomando en cuenta el procedimiento, los mecanismos de votación y mayorías, pero no podríamos juzgar si el hecho sobre el que se decidió es o no una “amenaza” o “quebrantamiento” de la paz o un “acto de agresión” (art. 39 Carta de NU). Podría decirse que eso es una valoración *política* que le compete sólo a los Estados miembros del CS, según la oportunidad mérito o conveniencia.

Desde este punto poco tendría para decir el derecho internacional sobre la valoración que el CS hace de situaciones fácticas. Nuestra rama jurídica terminaría en el control procedimental de la actuación del CS. No compartimos esta idea. Según nuestra visión del derecho internacional, existe un contenido jurídico todavía no muy explorado en la valoración de los hechos por el CS. Para captarlo primero hay que desprendernos de algunos lastres de una teoría jurídica que está periclitando: el primero de ellos es el que nos hace creer que solamente la actuación jurisdiccional es imparcial y todo lo que hagan los órganos políticos será discrecional o arbitrario.

III. SI NO ES JURISDICCIONAL ES ARBITRARIO

Existe una idea muy extendida en la ciencia del derecho: si el órgano que debe decidir es un órgano político y no jurisdiccional, entonces su actuación tenderá a la arbitrariedad⁶. Jorge Carpizo de alguna manera aplica esta idea al derecho internacional y al CS en particular. Para subsanar los abusos y las ilegalidades que según Carpizo comete el CS, el jurista mexicano propone que la función que éste cumple sea delegada a la CIJ o, en todo caso, a un nuevo tribunal especializado⁷.

En esta tesis, según nos parece, hay por lo menos dos errores: primero, pensar que órganos jurisdiccionales, por el hecho de ser tales, tenderán a una objetividad mayor y, por tanto, será más predecible su actuación. Esta idea es rebatida por dos autores tan opuestos como Hans Kelsen⁸ y Carl Schmitt⁹: ambos plantean el hiato que existe entre

⁶ Recoge esta tesis para un contexto de derecho público interno GARGARELLA, R., “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía*, México, n° 6, 1997, pp. 61-62. El autor plantea que, según cierta corriente jurídica, las decisiones de órganos políticos (poderes legislativos y ejecutivos) “guarda[n] poco de imparcial” y “responde[n], más bien, a las presiones de determinados grupos de poder, y al autointerés de los políticos”.

⁷ CARPIZO, J., “Globalización y los principios de soberanía, autodeterminación y no intervención”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, UNAM, vol. IV, 2004, pp. 146-148.

⁸ KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, Colihue, Buenos Aires, 2011, p. 369.

⁹ SCHMITT, C., *Teología Política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía*, en AGUILAR, H. O., *Carl Schmitt, teólogo de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 39.

la norma y su aplicación por parte de los tribunales. Siempre el sujeto que decide en concreto le aporta un contenido que no está presupuesto en la norma jurídica. Esa cuota de subjetividad lleva a que nunca sea posible *prever* de antemano cuál será la decisión y, en última instancia, el sistema es siempre de alguna manera inseguro.

Esa crítica a los tribunales (nacionales e internacionales) es, en el fondo, la misma que podría hacerse a los órganos políticos que aplican normas jurídicas. También aquí existe una cuota de discrecionalidad en la aplicación del derecho. No habría, si miramos bien de cerca el problema, diferencias sustanciales desde este punto de vista.

De todas maneras, vale aclarar que la tesis de la separación tan profunda entre norma y aplicación está puesta en entredicho¹⁰. Posturas como la de Pablo Navarro impugnan que realmente exista tal hiato entre decisión y norma y que ese hiato se “cubra” con la interpretación. De cualquier forma, lo que nos parece importante aclarar es que, según nuestra visión, no es cierto que la actuación de los órganos políticos esté signada por la pura discrecionalidad o arbitrariedad y la de los jurisdiccionales por la razón y la ley. Eso no está probado en la práctica ni interna ni internacional. La actuación de los órganos políticos puede estar en perfecta sintonía con las normas jurídicas y la de los tribunales puede resultar arbitraria.

IV. LA AUSENCIA DE SANCIÓN Y CONTROL

Otro lastre de la teoría jurídica que germinó en el derecho interno, es aquel que afirma que la ausencia de control y sanción impuesta por un órgano centralizado invalida la existencia del derecho. En este sentido y a pesar de las propuestas de un *judicial review* por parte de la CIJ¹¹, como no hay un órgano de contralor por encima del CS, se podría postular la no juridicidad de su actuación: no hay derecho sin espada que lo haga cumplir¹². De qué serviría una teoría jurídica sobre la actuación del CS, dirían los que sostienen esta tesis, si nadie puede controlar que las decisiones anti-jurídicas puedan ser anuladas por medios coactivos. La no existencia de un órgano superior que bajo parámetros jurídicos de órganos jurisdiccionales (imparcialidad, independencia, etc.) y

¹⁰ Véase, NAVARRO, P., “Acerca de la Inevitabilidad de la Interpretación”, *Isonomía*, México, n° 22, abril de 2005.

¹¹ ÁLVAREZ, J. E., “Judging the Security Council”, *American Journal of International Law*, Vol. 90, No. 1, 1996.

¹² Esta tesis es heredera de ciertas interpretaciones del pensamiento de Thomas Hobbes, quien afirmaba que la ley civil sólo procede de un soberano instituido con poder para hacerla cumplir. Entre otros lugares puede verse HOBBS, T., *Leviathan*, en *The English Works collected and edited by Sir. Williams Mollesworth*, London, 1839, vol. III, cap. XXVI, p. 255: “Seeing then all laws, written and unwritten, have their authority and force, from the will of the commonwealth; that is to say, from the will of the representative”. Esto no quiere decir que Hobbes no reconozca la existencia del derecho internacional, esfera en la que no existía un poder superior a los Estados. Esta tesis la hemos sostenido en TRIPOLONE, G., “Hobbes y el Derecho Internacional”, *III Coloquio Internacional Hobbes*, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 15,16 y 17 de octubre, 2013 y no podemos desarrollarla aquí.

Sobre la relación entre el derecho y “la espada”, ver FOUCAULT, M., *Historia de la sexualidad. 1. La voluntad del saber*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2010, p. 136: “La ley no puede no estar armada, y su arma por excelencia es la muerte [...]. La ley se refiere siempre a la espada”.

con poder físico de coacción, determine la validez o no de las decisiones del CS, llevaría a pensar que la actuación del órgano en análisis está librada al puro decisionismo.

Sin embargo, esta afirmación lleva ínsita un presupuesto que está por demás controvertido en la filosofía del derecho: la nota de coactividad como elemento esencial de los órdenes jurídicos. Alf Ross estaría de acuerdo y en parte por esto diferenciaba nítidamente el derecho nacional del derecho internacional¹³: en este último orden no hay nadie que ejerza fuerza física para imponer la ley. Desde otro punto de vista, esta falta de coactividad del derecho, puede ser examinada desde la muy conocida distinción de Ross entre normas primarias y secundarias. Las primarias establecerían una conducta y las secundarias una sanción en caso de incumplimiento. Podría pensarse que sobre el CS sólo pesan normas primarias y no secundarias, ya que no hay una instancia institucional que sancione el incumplimiento o la anti-juridicidad en la aplicación del derecho internacional.

Un iusnaturalista tomista como Michel Villey también puede ser utilizado para argumentar en este sentido. Villey afirma que a dos comunidades enemigas en conflicto (ejemplifica con Israel y Palestina) sólo se le puede pedir que respeten “ciertas *leyes* comunes que son reglas de *moralidad*”. El derecho internacional, desde este punto, “no es más que la aplicación de cierta moral común, sin tener en cuenta la relación de fuerzas”¹⁴.

No vemos salida a ese reparo con respecto al CS¹⁵. En efecto, sobre este órgano sólo pesan normas primarias en el sentido rossiano. En principio, no existen órganos exteriores al CS que puedan aplicar sanciones ante falencias en su actuación. Decida lo que decida, los miembros de este órgano estarán exentos de un reproche con fuerza *coactiva*¹⁶. Ni siquiera está en puerta una costumbre que genere responsabilidad internacional ante una actuación de esta manera.

Pero no nos molesta admitir este extremo. No sólo por lo que dijimos más arriba acerca de las diferencias entre derecho interno e internacional. Hay otra razón que nos parece más fuerte: no creemos que la relación entre derecho y fuerza sea *esencial*. Si asumimos esto, podemos aceptar la crítica y continuar nuestra investigación. Incluso podríamos no aceptar la tesis de Punfendorf sobre un derecho imperfecto (que no tiene medios coactivos) y uno perfecto (con medios coactivos para su cumplimiento) e igualmente podríamos continuar.

¹³ ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1979, p. 59.

¹⁴ VILLEY, M., *Compendio de Filosofía del Derecho*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1979, p. 98.

¹⁵ Sin embargo, vale aclarar que las consideraciones de Villey y Ross, en el estado actual del derecho internacional, no son predicables para amplísimos campos de esta rama jurídica, como bien se sabe.

¹⁶ Véase TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., “La expansión de funciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: problemas y posibles soluciones”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, UNAM, México, vol. XII, 2012, pp. 390 y ss.

Rodolfo Vigo, criticando a Alf Ross, afirma que “la norma de conducta tiene un sentido autónomo o específico que impide su asimilación o absorción con la norma que contempla sanción”¹⁷. Concordamos con esta visión y agregamos algunas otras razones. En primer lugar, está bastante comprobado que no todo el derecho está dirigido a relacionar conductas con sanciones (sean premios o castigos), como pensaba Kelsen en la *Teoría Pura del Derecho*¹⁸. En segundo lugar –y esto es para nosotros lo más importante–, porque pensamos que el derecho tiene un contenido de obligatoriedad ínsita por el hecho de ser tal, aun cuando no existan medios compulsivos de fuerza física o sanciones efectivamente establecidas¹⁹.

Esto es central para nuestra tesis y es probable que este punto no sea compartido por muchos de nuestros lectores. Sin embargo, estamos persuadidos de que en la propia existencia de una norma jurídica campea un sustrato de obligatoriedad que podemos llamar moral²⁰. A pesar de que no haya castigo, la existencia de la norma ya es una presión psicológica que compele al cumplimiento.

En el orden internacional esto nos parece más cierto desde que el derecho se vuelve operativo, en muchos casos, aun sin utilizar la fuerza. Por ejemplo, en fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Internacional de Justicia, se ha dicho que la sentencia por sí misma ya es una forma de reparación²¹. Aquí no se ejerció fuerza física pero el derecho fue operativo: la propia existencia de la sentencia ya es una presión psicológica que satisface, al menos en parte, las pretensiones. Hay una descarga en la existencia de un pronunciamiento que dé la razón a una parte. Del mismo modo, existe una satisfacción (y por tanto una búsqueda constante) de amoldarse a los parámetros de la normativa de la Carta de NU.

Los Estados buscan argumentos para que su actuación parezca cumplir con los requisitos de la Carta. Esto, según Remiro Brotóns ya implicaría que el derecho es operativo²². Y estamos de acuerdo: la constricción moral que ejerce la norma es ya un dato que debe tenerse en cuenta. Se dirá que, en el fondo, lo que constriñe es la opinión pública y no la norma. Y estarán en lo cierto. Porque aunque es verdad que la opinión pública, por momentos, no hace más que reflejar el reproche que la norma jurídica lleva ínsita, la operatividad se reconduce, preponderantemente, a los carriles de los *mass*

¹⁷ VIGO, R. L., *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 52.

¹⁸ Véase NINO, C., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 15.

¹⁹ Como se sabe, en contra de esta visión se levanta, entre otras, la Escuela Realista Norteamericana.

²⁰ Sabemos que llamarle a esta presión “moral” puede generar confusiones. Tomamos aquí el término moral para denotar una coacción que no tiene a la fuerza física como respaldo, sino que sólo apela a la conciencia, a la presión psicológica. Tomamos moral como contrario a la coacción típica de los órganos que pueden recurrir a la fuerza física para hacer cumplir las decisiones.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005; Corte Internacional de Justicia, *Casos de la Planta de Celulosa sobre el río Uruguay (Argentina vs. Uruguay)*, 20 de abril de 2010. La Corte Interamericana de Derechos Humanos constantemente argumenta que la sentencia es en sí un modo de reparación. Queda claro que, tanto en el caso *Yean y Bosico* como en otras sentencias, también adoptó otras formas de reparación. El estándar de “reparación integral” hace que este tribunal obligue a los Estados a adoptar otros medios para hacer efectivos los derechos humanos de la Convención Americana.

²² BROTONS, R. A., *Derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 1995, t. II., pp. 907-910.

media, indudables artífices de la opinión pública. Es inobjetable que los juristas, las universidades y las manifestaciones callejeras ejercen también una presión moral. Sin embargo, la presencia de la opinión pública en los medios masivos de comunicación es de una centralidad poco discutible.

Y esto es también verdaderamente interesante y poco explorado: ¿cómo pensar el derecho volviéndose operativo a través de la opinión pública? Aunque no podemos tratarlo aquí, es bueno consignar cómo el filósofo Giorgio Agamben muestra que el consenso que sostiene al derecho público descansa, en última instancia, en la opinión pública generada en los *mass media*²³. Esto nos parece de indudable actualidad para el derecho internacional.

Sea como sea, lo central de este acápite es recordar que consideramos que la relación derecho-coerción no es central y, por tanto, podemos sostener nuestra tesis a pesar de que sobre el CS no recaiga ningún control ni sanción de un órgano jurisdiccional.

V. LIBIA VS. SIRIA O EL DUALISMO SUJETO/ OBJETO

Quisiéramos dar un ejemplo que bien podría ser la refutación de nuestra tesis: el caso de la habilitación del uso de la fuerza en Libia en 2011 en contraste con la prohibición en Siria ante un conflicto de características similares. Daremos este ejemplo²⁴ porque realmente creemos que la confrontación de ambas experiencias es una muestra de las posibilidades de poner en crisis nuestra argumentación. Sin embargo, al final de este breve acápite probamos que lo que aquí proponemos soporta este tipo de argumentaciones por otra parte muy recurrentes.

El punto central de la resolución 1973/11 del CS es la autorización al uso de la fuerza armada para evitar una catástrofe humanitaria en Libia, específicamente en la ciudad de Bengasi. La intervención se basó en razones humanitarias. El fin expreso en la resolución fue la protección de los civiles libios. Es decir, estamos aquí frente a un típico caso de intervención humanitaria en protección de los derechos humanos y no en una pretendida intervención en procura de establecer un gobierno democrático en Libia. El derecho humano a la democracia de Thomas Franck²⁵ no ha sido consagrado en el orden jurídico mundial²⁶. En resumidas cuentas, el CS autorizó el uso de la fuerza para proteger a los civiles de un Estado que estaban siendo masacrados por el propio Estado intervenido.

²³ AGAMBEN, G., *El Reino y la Gloria. Una genealogía teológica de la economía y el gobierno*, Adriana Hidalgo editora, Buenos Aires, 2008, pp. 441-451.

²⁴ Somos conscientes de que los ejemplos son innumerables. Como dice Kirigs, desde los inicios de Naciones Unidas se asumió que muchas disputas no iban a ser tratadas de la misma manera por las potencias mundiales con poder de veto (KIRIGIS, F. L. (Jr), "The Security Council's First Fifty Years", *American Journal of International Law*, op. cit., pp. 507-508).

²⁵ FRANCK, T. M., "The Emerging Right of Democratic Governance", *American Journal of International Law*, vol. 86, n° 1, Jan. 1992, pp. 46-91.

²⁶ Véase THIELBÖRGER, P., "The Status and Future of International Law after the Libya Intervention", *Göttingen Journal of International Law*, vol. 4, no. 1, 2.012, pp. 11-48.

En Siria la situación era muy similar. El gobierno de Damasco, al igual que el de Trípoli, entabló una lucha contra rebeldes armados. Los hechos de violencia fueron iguales o peores que en Libia. Sin embargo, el 19 de julio de 2012 el CS decidió en contra de la intervención. Políticamente, fue Rusia el principal escollo para la intervención. La alianza entre Moscú y Bashar al-Asad impedía una decisión semejante por parte del Kremlin. La decisión fue, desde este punto, puramente política.

El ejemplo ilustra que ante situaciones semejantes las decisiones pueden ser opuestas. ¿Prueba esto la imposibilidad de una teoría jurídica que enmarque la actuación del CS dentro del derecho internacional? ¿Será el escepticismo la única explicación viable? Respondemos por la negativa y las razones son varias. En primer lugar, no se puede decir que porque las decisiones sean contradictorias entonces el órgano no actúa según el derecho sino que sólo lo inspiran móviles políticos. No es necesario citar ejemplos en los que los tribunales han emitido, en situaciones similares, sentencias totalmente contradictorias.

Pero hay una razón más profunda. Como ya dijimos, la resolución 1973 que habilitó el ejercicio de la fuerza en Libia tuvo una finalidad específica: la protección de los civiles ante el ataque de Gadafi a Bengasi. Sin embargo, el uso de la fuerza por los interventores fue más allá y provocó el derrocamiento y muerte de Gadafi. Fue esta extralimitación de las potencias Occidentales lo que llevó a que Rusia, Brasil, la India y Sudáfrica, al momento de la resolución del caso sirio, manifestasen su desacuerdo. Esto, sin duda, en parte legitima el veto ruso (y de China) a la intervención en Siria, como marca el periodista especializado Alain Greish²⁷. En otras palabras, no fue sólo porque Rusia es aliado de Siria que no se decidió su intervención.

Esto último es importante porque muestra el carácter jurídico de la resolución del CS. Es bien cierto que la extralimitación de las facultades otorgadas por el CS a los interventores no reportó en ninguna sanción ni en responsabilidad internacional. Sin embargo, sí tuvo sus consecuencias en el ámbito político: le valió el reproche de miembros importantes, aunque no permanentes, del CS como Brasil y la India²⁸. Su descontento fue producido por haber excedido el propósito de la resolución 1973. Es decir, los Estados se atuvieron al aspecto jurídico de la resolución del CS para plantear sus disconformidades y sus rechazos al accionar de otros Estados. Fue la extralimitación de las potencias intervinientes lo que derivó en el voto adverso de los miembros no permanentes del CS. La reacción ante esta anti-juridicidad fue netamente política: no votar a favor de las potencias violadoras del derecho internacional en Libia. Una reacción semejante es impensada en el derecho interno, sin embargo, en el estado actual del derecho internacional del CS esto pareciera ser la reacción apropiada ante la violación del derecho. En este sentido, el derecho internacional sigue siendo tributario de un sistema coactivo descentralizado²⁹.

²⁷ GREISH, A., "Hacia una guerra regional", *Le Monde diplomatique*, edición cono-sur, julio 2013.

²⁸ GARRIGUES, J., *El País*, 5/3/2012.

²⁹ KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., p. 89.

Ahora bien, lo que le quedó a la opinión pública (y ya vimos lo importante que es esto en el orden jurídico mundial) es que ante situación que podían ser asemejadas se dictaron resoluciones distintas. ¿Cómo valorar jurídicamente esta “distinta vara”? Primero que nada, abandonando el formalismo añejo de la jurisprudencia mecánica por una visión que capte mejor las complejidades del problema. No hay *una* sola solución *objetivamente* correcta para un caso. El realismo norteamericano de fines del siglo XIX y principios del XX se encargó de desterrar esta idea. Si es válido cuestionar, al menos hasta cierto punto, la posibilidad de determinación de las decisiones judiciales, cuánto más habrá que decir de las decisiones de órganos políticos que estarán por definición bajo el influjo de aspectos políticos.

Pero hay otra cuestión que nos parece central en el análisis de los casos de Libia y Siria y, más en general, en el análisis filosófico del derecho. Este es un núcleo central de nuestra tesis: la relación fenomenológica entre quien debe resolver (el sujeto) y el caso en cuestión (el objeto). A esta altura de la evolución filosófica es muy difícil sostener que exista un análisis objetivo y válido *para todo tiempo y lugar* de la realidad. Pocos creen que si utilizamos correctamente el instrumental de las ciencias sociales, arribaremos a resultados que deberían ser verdaderos para todos. En el campo jurídico, nutriéndose de tradiciones filosóficas mucho más antiguas, se ha ido desterrando esta idea: en el abordaje de la realidad, la subjetividad de quien la observa aporta un contenido que no es extraído del hecho social.

En el fondo, es el dualismo sujeto/objeto lo que se pone en cuestión. El sujeto, cuando analiza un objeto, aporta tanto de sí para su análisis que la distinción entre una esfera y la otra es imposible. Lo objetivo es también subjetivo y el hecho se confunde con la visión de quien lo observa y debe decidir³⁰.

Esta conclusión a la que algunos integrantes del *Critical Legal Studies* arribaron para la aplicación del derecho interno, vale también para la aplicación del derecho internacional por órganos políticos. El análisis de la supuesta “amenaza a la paz” del artículo 39 de la Carta estará siempre signado por cómo el Estado que vote aprecia el hecho en cuestión. No se puede –es absurdo e inútil– pretender que esta valoración se haga *totalmente* objetiva. Nunca será hecha de esta manera.

Pero decir que el fenómeno de análisis del objeto diluye –hasta cierto punto– el dualismo sujeto/objeto no significa, en el plano filosófico, que “no exista la realidad” o que “todo sea subjetivo”. La realidad existe y, por otro lado, decir que “todo es subjetivo” es un simplismo totalmente ajeno a nuestra idea. Lo que sucede es que entre la realidad y la captación por el hombre existe una mediación irremediable e imposible de suturar.

Pero en el plano jurídico (y, sobre todo, jurídico-internacional) esto no implica, como sostenemos en todas estas páginas, que puedan existir infinidad de resoluciones todas

³⁰ Véase PÉREZ LLEDÓ, J. A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 369-371.

válidas ni que siempre podrá el CS adecuar su pretensión política a las normas internacionales. Eso no es lo que queremos decir. Lo que queremos transmitir es la idea de que no es posible impugnar la actuación del CS basándose en que ante situaciones similares haya decidido de maneras distintas.

No es posible, principalmente, porque eso es un dato de la realidad que todo jurista tiene que tomar en cuenta a la hora de analizar los problemas jurídicos: *siempre hay un sujeto decisor que aporta su subjetividad e interpreta (o mejor: crea, determina, elabora) los hechos de maneras diversas*. La posibilidad de resoluciones diversas no puede servir como impugnador de la aplicación jurídica de normas internacionales porque esa misma tesis podría llevarse para impugnar el sistema jurídico en general.

VI. AL MENOS HAY LENGUAJE

“Es una condición necesaria –afirma Hart en *El concepto de derecho*– de la existencia de un sistema jurídico, que no toda norma sea dudosa en todos los puntos”³¹. Esa interpretación que nos parece muy adecuada, en la sistemática hartiana, está relacionada con la práctica *a posteriori*, es decir, con la forma en que los operadores jurídicos aplican el derecho³². La aplicación del derecho no puede ser dudosa en todos sus puntos.

Pablo Navarro va más allá y afirma que la misma idea de lenguaje se perdería si somos partidarios del escepticismo absoluto en su significado³³. Algún contenido tiene la frase “amenaza a la paz” del artículo 39 de la Carta de Naciones Unidas. Nos parece que hay un núcleo objetivo que no puede ser tomado en menos. Esto no impide, en lo absoluto, admitir que desde ese núcleo objetivo hasta la decisión concreta no exista una separación (por momentos muy) profunda. Pero cualquier teoría debe saber identificar ese núcleo objetivo.

Encontrarlo no es el objetivo de este trabajo. Nos guía el convencimiento de que existe ese núcleo y quedará para otro momento buscar su determinación. Esta afirmación implica que las normas jurídicas en las que se basa la actuación del CS actúan como parámetros para que éste decida. En especial el capítulo VII de la Carta de NU debe ser una directriz dirigida al CS que lo obliga a actuar de determinada forma. De no ser así las normas de la Carta, utilizando la terminología que Alf Ross plantea para las normas de un sistema nacional dirigidas a los jueces, serían meros pronunciamientos ideológico-morales “sin relevancia jurídica”³⁴. Aunque no sea el lugar para discutir la tesis de la vigencia del derecho rossiana, sí aceptamos que “el derecho presupone”, entre otras cosas, “la experiencia que [el juez] tiene de hallarse sometido a las reglas”³⁵. Esto vale si cambiamos juez por CS.

³¹ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, p. 189.

³² RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., *Historia del pensamiento jurídico*, Universidad Complutense – Facultad de Derecho, Madrid, 1997, t. II, p. 677.

³³ NAVARRO, P., “Acerca de la Inevitabilidad de la Interpretación”, *Isonomía*, op. cit., p. 104.

³⁴ ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., p. 33.

³⁵ Ídem, p. 37.

Creemos que afirmar lo contrario no sólo sería la muerte del sistema normativo de seguridad colectiva. Sería también falso en el plano de la realidad. A pesar de las arbitrariedades (que por otra parte también pueden ser vistas en las cortes internacionales y nacionales) a las que ha sucumbido este órgano, lo cierto es que su actuación ha sabido también regirse dentro de los marcos del lenguaje utilizado en la normativa.

Constantemente se compara el derecho interno con el internacional. El carácter político de ambos órdenes nos parece indudable. Sin embargo, en el orden interno el derecho lo aplica, en su forma más acabada, el juez. La acción del juez no está, según nuestra opinión, ajena a un obrar político, sino más bien lo contrario. Además, no es necesario compartir la tesis de Duncan Kennedy para ver que la ideología juega un papel (más o menos importante) en la decisión³⁶.

Esto podría hacer pensar que no habría diferencias entre un juez y el CS. De ambos podría predicarse una politicidad ineluctable. Sin embargo, es notable la diferencia. En primer lugar, el CS se reivindica como un órgano político donde su parcialidad no está en duda. En segundo lugar y más allá del artículo 27.3 de la Carta de NU³⁷, las decisiones que tome el CS tienen directa incidencia sobre los intereses de los miembros de dicho órgano. Esto se debe a que siempre campean intereses políticos de los Estados en la votación y, por tanto, siempre serán jueces y partes de manera ineluctable. Hoy en día no hay mecanismo para evitar estas notas características. En el estado actual del sistema de seguridad colectiva, carece de sentido la búsqueda de imparcialidad en el CS ya que no es esa su misión ni su obligación.

Pero, y ahora sí volviendo a lo que dijimos dos párrafos más arriba, la comparación entre derecho interno e internacional es ahora pertinente y la pregunta queda igualmente latente: está bien, diría quien quisiese impugnar nuestro trabajo, el juez no es “político” en el mismo sentido que un órgano internacional compuesto por Estados. Sin embargo, podríamos decir (aplicando la teoría del realismo jurídico o del escepticismo radical) que el juez siempre puede manejar el lenguaje y, por tanto, la norma queda relegada y el derecho se reconduce a pura decisión. Esta postura podríamos aplicarla al CS e impugnar todas las decisiones de este órgano.

No podríamos hacer el catálogo de la literatura que apoya esta tesis ni mucho menos de la que la niega. Sólo podemos dar nuestra opinión: entre la norma y la decisión, tal como decía Carl Schmitt en *Teología Política I* y su rival Hans Kelsen en *Teoría Pura del Derecho*, media una cuota de discrecionalidad añadida por el juez³⁸. Eso es ineludible desde que éstos no son, como dijo Montesquieu, seres inanimados ni la boca por la que habla la ley. Pero afirmar esto no implica –no podría implicarlo– que neguemos la importancia fundamental de la norma y del significado que los términos

³⁶ Véase del autor “El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica”, en KENNEDY, D., *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2010, pp. 27-84.

³⁷ Que obliga a abstenerse de votar a los Estados partes en la controversia que se esté tratando si es de las tratadas por el capítulo VI y el párrafo 3 del artículo 52.

³⁸ Ver notas 8 y 9.

que la Carta de NU utiliza. No compartimos que la labor de aplicación de la ley y su correspondiente fundamentación sea meramente un subterfugio retórico que encubre las arbitrariedades del órgano decisor. Por más altisonante que sean las declaraciones de algún presidente, difícilmente un discurso belicoso pueda ser tomado como una “amenaza a la paz” que conlleve la intervención del CS³⁹. Hay ciertos núcleos y acuerdos interpretativos importantes que no pueden ser soslayados.

No importa que el CS sea un órgano político. También él aplica normas y debe interpretarlas y fundamentar su aplicación⁴⁰. Este es un ejercicio jurídico que no está absolutamente librado a los intereses políticos. Si el significado de la Carta sólo dependiese de los intereses políticos, las normas internacionales dejarían de ser normas jurídicas. La propia norma necesita de una existencia en sí, de un significado ajeno a la aplicación y a la interpretación subjetivista. De no ser así, la misma idea de derecho se perdería. Porque aunque la aplicación de alguna manera “completa” el significado de la ley y nunca se conoce acabadamente qué quieren decir los términos de ésta hasta que no es interpretada por los operadores jurídicos, es indudable que la interpretación parte de un texto y, por tanto, no está en una nada que pueda ser llenada con cualquier pretensión.

Pero es por demás evidente que el problema es complejo. Como ya dijimos, el CS no tiene un órgano que lo controle. Sólo existen métodos extra-jurídicos para la impugnación de sus decisiones: la presión mediática y de la sociedad, como vimos más arriba. A su vez, los criterios de justificación de ciertas acciones del CS son por demás difusos y difíciles de sostener en las normas internacionales⁴¹. Pensemos en un tema que está a la orden del día: las intervenciones humanitarias⁴². El debate es feroz en la literatura jurídica: ¿es legal la intervención o no lo es? Incluso si asumimos que sí es legal queda la acuciante pregunta de *cuándo*, en concreto, es legal. No se puede determinar un catálogo de casos en los cuales las intervenciones son legales, por lo que pareciera que el CS se mueve siempre en un ámbito de indeterminación muy conveniente a los intereses de las grandes potencias.

Esto sucede, según creemos, porque el aparato conceptual que maneja la Carta de NU es vago, pero lo es *como todo concepto empírico*. Alchurrón y Bulygin argumentan que

³⁹ Un caso importante de este tipo de declaraciones se dio en 2009 por el fallecido ex presidente venezolano Hugo Chávez, quien amenazó con iniciar una guerra contra Colombia por el acuerdo de cooperación militar entre éste último país y los Estados Unidos. Véase *El Mundo*, 13/11/2009.

⁴⁰ JOHNSTONE, I., “Security Council Deliberation: The Power of the Better Argument”, *European Journal of International Law*, op. cit. Este artículo desarrolla la tesis del texto.

⁴¹ RABBIA, N., “Libia, ¿de la Era Verde a la Democracia?”, *POSTData. Revista de Reflexión y Análisis Político*, vol. 18, n° 1, abril 2013, p. 113.

⁴² La bibliografía en este punto es amplísima. Ejemplificativamente se cita: CONSIGLI, J. A., “La intervención humanitaria a la luz del derecho internacional actual”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2004, pp. 155-192; SELEME, H. O., “Democracia Internacional, Derecho Humano a la Democracia e Intervención Humanitaria”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 35, 2012, pp. 321-359; AGNÉ, H., “Why democracy must be global: self-founding and democracy intervention”, *International Theory*, Cambridge University Press, vol. 2 issue 3, 2010, pp. 381-409.

“los conceptos jurídicos comparten [la vaguedad] con todos los conceptos empíricos”⁴³. Bajo esta postura, no hay ningún concepto jurídico que no sea vago y difícil (no imposible) de determinar en su significado.

La vaguedad puede ser subsanada mediante términos técnicos en las normas. En nuestro caso, un ejemplo de intento de limitar la vaguedad es la Resolución 3314 de la Asamblea General de NU en la que se busca acotar el concepto de “agresión” de la Carta o también la resolución de la Corte Penal Internacional del 11 de junio de 2010 que define el “crimen de agresión”. Sin embargo, como dicen los autores de *Sistemas Normativos*, la vaguedad “no desaparece nunca del todo”⁴⁴.

Pero a la par que esto es cierto, también lo es que se ha ido estableciendo, como ya dijimos, un cierto criterio que es de alguna manera estable, como sucede con todas las legislaciones que tienen muchos años de aplicación. Siguiendo con la terminología de Alchurrón y Bulygin, el problema que discutimos aquí está en el plano de los *casos genéricos* y no del *uso empírico* de las normas internacionales⁴⁵. Lo que buscamos probar es que en el plano de la legislación, en la conceptualización de, por caso, “amenaza a la paz” (art. 39 Carta NU), existen notas típicas que la definen. Esto es así independientemente de la dificultad que implica que, a la hora de aplicar la norma por parte del CS exista, en el plano empírico una laguna de reconocimiento (en el sentido de Alchurrón y Bulygin): es decir, la dificultad de determinar que *ese caso* en concreto se subsume o no en la norma internacional.

Es el CS quien tiene la potestad de determinar cuándo existe “amenaza a la paz”, “quebrantamiento de la paz” o “acto de agresión”. La calificación es potestad exclusiva del CS. Sin embargo, esta potestad que se da en el uso empírico del término no anula el contenido de significado que la propia norma tiene independientemente de su aplicación. Es tarea de los juristas del derecho internacional buscar ese contenido.

VII. CONCLUSIÓN

Como dijimos al principio, este trabajo buscó responder a la pregunta acerca de la posibilidad de una Teoría Jurídica sobre la Aplicación de Normas Internacionales por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Si esta tesis tiene algún sentido, creemos que implica una toma de posición frente al fenómeno jurídico en general y al derecho internacional en particular. Esta toma de postura rechaza el formalismo y la concepción inocente a-valorativa y a-política que nos parece insostenible, más teniendo en cuenta que nuestro objeto fue el estudio de un *órgano político*. Pero también rechaza la tesis escéptica absoluta heredera de un realismo que sostiene la total indeterminación del lenguaje.

⁴³ ALCHURRÓN, Carlos y BULIGYN, Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 48.

⁴⁴ Ídem, pp. 48-49.

⁴⁵ Ídem, pp. 52-55.

Es por esto que al final de nuestro trabajo hemos concluido que es posible una teoría jurídica como la que pretendemos, pero debe tomar en cuenta las características de los órganos políticos y, en especial, las del CS, con todas las peculiaridades que éste tiene. Cualquier jurista que quiera analizar las decisiones del CS no puede tener el prurito de la valoración política. Sin embargo, cualquier politólogo que quiera comprender las decisiones tomadas por este órgano, no puede prescindir del hecho de que éste actúa compelido por un ordenamiento jurídico que lo obliga.

Como quedó aclarado en la introducción, tomamos como uno de nuestros presupuestos el hecho de que el CS *debe* aplicar las normas internacionales. Esta es la conclusión de muchas investigaciones en la doctrina internacional⁴⁶. Que el CS no sea un órgano jurisdiccional no implica que a la hora de aplicar normas jurídicas no tenga que atenerse a lo que establece el derecho internacional. Esta conclusión que parece obvia no lo es tanto para las tesis escépticas que toman la actuación de este órgano como mera relación de fuerza. Y aunque no podemos prescindir del análisis político, esto no puede hacernos pensar que el CS es libre de “hacer lo que quiera”.

Luego de recordar esta premisa fundamental, enunciaremos nuestras conclusiones en algunas tesis centrales:

1) El derecho internacional se ha desarrollado mucho en el último medio siglo. Nuevos temas que van desde el control de armas nucleares hasta la utilización de los fondos marinos, forman parte de nuestra materia. Esto no quita que todavía queden resabios del antiguo derecho interestatal en el que el poder del Estado era determinante para la toma de decisiones. Esto se hace patente en la actuación del CS. Por tanto, todo lo que valía para aquél antiguo derecho de gentes vale para el CS, sobre todo, la politicidad de las decisiones, la parcialidad de los Estados y, por supuesto, la desigualdad fáctica de las Naciones. Al estar el CS formado por Estados soberanos, estas variables políticas deben ser tomadas en cuenta para comprender cómo aplica las normas internacionales.

2) El derecho en general y el internacional en particular, no es sólo, como pensaba Kelsen, un sistema que relaciona conductas con sanciones (sean premios o castigos). Aunque no exista un órgano coactivo superior al CS, es importante notar la coacción que ejerce el propio lenguaje en su actuación. Hay en la norma escrita una cuota no despreciable de presión que surge del propio texto. Cualquier órgano político que aplique normas estará compelido por el lenguaje de esa norma. No podrá “hacer lo que quiera” ni tampoco es posible manejar sin límites el significado de los términos. El margen sí que es amplio, pero no habilita a todo.

3) Como derivación de las dos tesis anteriores, podemos afirmar que la única forma que tenemos de controlar la aplicación correcta de las normas por el CS, es la presión de la comunidad internacional. Esa “constricción moral” no es despreciable, pero tampoco es todo lo eficaz que a veces quisiéramos. Una teoría jurídica como la que buscamos debe ser consciente de este dato fundamental.

⁴⁶ Ver nota 4.

4) Como cuarta y última conclusión, creemos que es posible afirmar mediante proposiciones jurídicas la corrección o no de las decisiones del CS. Esto no implica, en lo absoluto, aceptar la “cuarta tesis” sobre el positivismo de Hart, es decir, que el sistema jurídico es un todo cerrado lógicamente en el que las decisiones pueden ser tomadas por métodos puramente racionales⁴⁷. Tener la posibilidad de afirmar que una decisión del CS no se ajustó al derecho internacional no implica, en lo absoluto, negar que el margen de apreciación sea grande.

No estamos seguros de que la solución más adecuada al problema de la seguridad colectiva sea la constitución de un tribunal que determine el uso de la fuerza en caso de amenaza a la paz. Pero lo que sí hay que notar es que todavía hoy esta parte del derecho internacional está a merced de los devenires políticos inter-estatales. Pero insistimos, esto no puede hacernos pensar que los Estados no se comportan bajo los cauces de un derecho internacional que sigue compeliéndolos.

Siendo esto así, será la presión de la opinión pública, de las movilizaciones callejeras y del trabajo de juristas, analistas y filósofos políticos, lo que permitirá un control y eventual cambio en el orden jurídico internacional que, en estos aspectos, continúa reproduciendo el sistema y las relaciones de fuerzas del antiguo derecho de gentes.

⁴⁷ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, p. 321.