

3.

¿ES CONSTITUCIONAL ESTA GUERRA?
¿Y LEGÍTIMA?

(Análisis constitucional precipitado sobre la guerra contra Iraq)

FERNANDO ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO
Universidad de Sevilla

— Algún día —habla Mairena en el café— se reunirán las grandes naciones para asegurar la paz en el mundo. ¿Lo conseguirán? Eso es otra cuestión. Lo indudable es que el prestigio de esa sociedad no puede nunca menoscabarse. Si surge un conflicto entre dos pequeñas naciones, las grandes aconsejarán la paz paternalmente. Si las pequeñas se empeñan en pelear, allá ellas. Las grandes se dirán: no es cosa de que vayamos a enredarla, convirtiendo una guerra insignificante entre pigmeos en otra guerra en que intervienen los titanes. Ya que no la paz absoluta, la Sociedad de las Naciones conseguirá un *mínimum* de guerra. Y su prestigio queda a salvo. Si surge un conflicto entre grandes potencias, lo más probable es que la Sociedad de las Naciones deje de existir, y mal puede fracasar una sociedad no existente.

— Y en el caso, amigo Mairena, de que surja el conflicto porque una gran nación quiera comerse a otra pequeña, ¿qué hacen entonces las otras grandes naciones asociadas?

— Salirle al paso para impedirlo, querido don Cosme.

— ¿Y si la gran nación insiste en comerse a la pequeña?

— Entonces las otras grandes naciones le ordenarán que se la coma, pero en nombre de todas. Y siempre quedará a salvo el prestigio de la gran Sociedad de las Naciones.

Juan de Mairena: "Del difícil fracaso de una Sociedad de las Naciones".

Introducción.

Presento al lector, de ahora y del futuro, en breves páginas, una reflexión sobre la guerra desde el punto de vista de la Constitución española de 1978; la guerra a la que me refiero tiene a Iraq

como objetivo y, básicamente, a Estados Unidos, al Reino Unido y a España como agresores. Guerra o agresión trilateral que, pese al estruendoso clamor de la opinión pública mundial, no se ha querido, tristemente, evitar. Estamos en el año 2003, en pleno siglo XXI, y los conflictos armados siguen siendo una prolongación de la política –la política por otros medios, se ha dicho–, como un instrumento fáctico y útil, en opinión de algunos, para resolver los conflictos entre los Estados. Volvemos, pues, al hobbesiano estado de naturaleza, lugar en el que el más fuerte impone su criterio por la fuerza, sin que exista norma legal o ética superior que pueda limitar o doblegar su voluntad. Términos tales como “guerra” y “Estado”, aquí utilizados, indican esta dirección, ya que, en su lado oscuro, son la antítesis de conceptos como “comunidad internacional”, “orden jurídico”, “paz”, “derechos humanos” y, por resumir, “arreglo pacífico de controversias”. El *flash-back* al que la guerra nos somete, nos lleva a una época pretendidamente superada, concretamente nos devuelve a aquel tiempo y lugar donde el derecho a la guerra, el “*ius ad bellum*”, era una prerrogativa soberana de los Estados, siendo suficiente, para que fuese legal y justa, que fuese declarada por quien tenía competencia para ello. Pero no antes en el tiempo, pues aquí también debemos ser precisos para no ser históricamente injustos. Antes de ese período, la escuela española del Derecho de Gentes exigía el concepto material de lo justo para que el recurso a la fuerza fuese legítimo; no se habla hoy precisamente de guerra justa, mucho menos de guerra legítima, sino de todo lo contrario.

Pero el tiempo no pasa en balde. Retrocedemos, es cierto; pero, para desandar lo andado, previamente hemos debido llevarnos por delante todo el orden jurídico mundial que, con sangre, sudor y

lagrimas¹, se generó durante todo el siglo XX; arrasamos a nuestro paso toda una cultura jurídica de los derechos humanos y de la paz, relegamos, en definitiva, el “estado de derecho” en favor de la “ley del más fuerte”. Como la conciencia colectiva hizo suyo el valor de la Constitución democrática –marco y límite del poder político–, así también esa misma conciencia colectiva ha hecho suyo el valor de la Constitución internacional, cuyo año de nacimiento es 1945 y mediante la cual se crea la Organización de Naciones Unidas. En efecto, el que durante todos estos meses las miradas hayan estado pendientes de lo que, semana tras semana, acontecía en el Consejo de Seguridad, el que una gran mayoría de voces clamasen para que el veto cortase el paso a la locura y el que hoy un gran número de conciencias hayan visto cómo lo fáctico, lo unilateral, se impone sobre la cultura jurídica de la paz, demuestran como el fin último del derecho público constitucional –que no es otro que el someter a principios y límites jurídicos al poder– se ha trasladado más allá de la frontera de los Estados, y que lo que ahora se pretende es someter a la Comunidad internacional a esos mismos valores y límites jurídicos. No obstante, hemos de reconocer que la garantía última de todo orden constitucional, la “voluntad de constitución” –es decir, la intención de someterse al derecho constitucional por parte de los mismos poderes que ese derecho constituye– está mejor asegurada a nivel estatal que internacional, en la medida que en el primero hay una mayor fuerza de “soberanía popular”².

¹ El reverso de la “conmoción y el pavor”, que parece ser lema del nuevo orden internacional.

² Aunque no está de más recordar la advertencia que el propio *New York Times* hacía a la Casa Blanca pocos días después del inicio de los combates en Iraq: ha nacido una nueva potencia, la opinión pública mundial.

1. Constitución y guerra.

A diferencia de otras Constituciones democráticas de nuestro entorno, la Constitución española de 1978 hace uso de un término, el de “guerra”, tan viejo como el mundo pero en desuso desde hace décadas para la comunidad jurídica. Y lo hace además por triplicado: en el artículo 15, cuando como excepción al derecho fundamental a la vida reconoce la posibilidad de la pena de muerte, conforme lo que dispongan las leyes penales militares para tiempos de guerra; en el artículo 169, donde se prohíbe la iniciativa de reforma de la Constitución en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116; y, por último, en el artículo 63.3, dentro del Título II, dedicado íntegramente a la Corona: “Al Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz”³. Dejando a un lado los dos primeros artículos citados –pues se trata en ambos de consecuencias anudadas a la declaración de un concreto estado de guerra– centraremos toda nuestra atención en tratar de explicar, a la luz del orden jurídico vigente, el sentido y alcance del último de los preceptos aludidos.

Acabamos de afirmar que el concepto “guerra” ha devenido obsoleto en el marco jurídico que constituye la comunidad internacional. Sin embargo, a primera vista parece, dada la literalidad del artículo 63.3 CE, que el Estado español se reserva como prerrogativa soberana, ignorando la obsolescencia del instituto, el derecho a declarar la guerra contra otro u otros estados y firmar la paz, exigiendo la Constitución que para ello se observe la formalidad de que dicha declaración sea autorizada por los representantes legítimos del pueblo, congresistas y senadores, con la

³ Cfr. Pérez Vera, E. y Rodríguez Carrión, A., “Atribuciones internacionales del Rey”, en *Enciclopedia del Derecho*, 1998, pp. 263-278.

posterior intervención reglada y obligada de la institución monárquica. Pero no sólo sorprende el precepto por lo que tiene de contradictorio con el derecho internacional, como veremos más detenidamente después. Este artículo 63.3 CE rompe igualmente con nuestro último precedente constitucional democrático, es decir, con lo que la Constitución Republicana de 1931 prescribía sobre la paz, pues, como ahora se verá, alejaba de sí la guerra como instrumento político (ausencia de paz): “España renuncia a la guerra como instrumento de política nacional” (artículo 6 de la Constitución de 1931); “El Estado español acatará las normas universales del Derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo” (artículo 7); “El Presidente de la República no podrá firmar declaración alguna de guerra sino en las condiciones prescritas en el Pacto de la Sociedad de Naciones, y sólo una vez agotados aquellos medios defensivos que no tengan carácter bélico y los procedimientos judiciales o de conciliación y arbitraje establecidos en los Convenios internacionales de que España fuera parte, registrados en la Sociedad de Naciones (...) Cumplidos los anteriores requisitos, el Presidente de la República habrá de estar autorizado por una ley para firmar la declaración de guerra” (artículo 77).

En buena lógica, y ante un marco jurídico internacional mucho más evolucionado tanto material como formalmente, el Constituyente de 1978 hubiera debido incorporar al texto constitucional la proscripción absoluta que del uso de la guerra hace el derecho internacional actual. En 1931 los referentes fueron el Pacto de la Sociedad de Naciones y, más concretamente, el *Tratado de Renuncia a la Guerra como Instrumento de Política Nacional*, de 1928, conocido como Pacto Briand-Kellog (respectivamente Ministros de Asuntos Exteriores Francia y Estados Unidos, paradojas de la

historia)⁴. En 1978 el referente era claramente la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y los textos internacionales relativos a los derechos humanos. ¿Por qué no se hizo así? La respuesta o respuestas a esta pregunta no son fáciles de encontrar; de lo que sí hay constancia es de la advertencia del grupo parlamentario comunista de la época sobre este extremo, al proponer, precisamente, que se insertase en la Constitución algo similar a lo que se recogía en el artículo 6 del texto constitucional republicano ya mencionado.

Es cierto, por otra parte, que algo de esto hay en nuestra Constitución, específicamente en su Preámbulo, lo que ciertamente devalúa la fuerza jurídica de la aspiración expresada en el mismo: “La nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: (...) Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra”. Hecha la salvedad, no queda más que constatar el nacimiento de una antinomia jurídica que en todo caso habrá que resolver, pues es principio jurídico esencial el que el orden jurídico sea coherente. Me refiero a la contradicción que se da entre nuestro derecho constitucional, al reconocer el derecho soberano del estado español a declarar la guerra, y el orden jurídico constitucional de la comunidad internacional, al prohibir con carácter absoluto el derecho de los Estados a recurrir a la guerra. Es decir, si bien pudiera tomarse como constitucionalmente lícito el que las Cortes Generales autorizasen una guerra de agresión y el Rey la declarase, desde la perspectiva del

⁴ “Artículo 1. Las Altas Partes Contratantes declaran solemnemente, en nombre de sus respectivos pueblos, que condenen el recurso a la fuerza para solucionar las controversias internacionales y renuncian a ella como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas”

derecho internacional tal declaración sería considerada como ilícito internacional.

Podemos afirmar, pues, además de lo obsoleto del lenguaje contenido en el artículo 63.3 CE, la profunda contradicción que su contenido plantea respecto del orden jurídico internacional, sistema jurídico éste que, en palabras de Kelsen, prevalece sobre el orden jurídico constitucional de los Estados⁵. Es algo sabido que el universo jurídico no admite compartimentos estancos, sino que, por el contrario, para solventar las posibles antinomias que puedan surgir entre órdenes jurídicos con distintas fuentes de validez, se dota de instrumentos normativos que puedan venir a resolverlas. Por nuestra parte, y para sostener la supremacía del derecho internacional, reproduciremos lo dispuesto en el artículo 95.1 y 2 CE: “1. La celebración de un tratado que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El gobierno o cualquiera de las Cámaras pueden requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción”. Hay otros preceptos e interpretaciones jurídicas que, por el contrario, afirman la primacía de la Constitución frente al orden internacional; en cualquier caso, como decimos, se tome una u otra opción, lo que no admite la concepción del sistema jurídico como unidad es la existencia de antinomias y, en este caso como en otros, éstas deben ser resueltas desde el propio orden jurídico público. Me planteo si, caso de tomar uno u otro camino, la solución no debería ser la misma, es decir, la solución de la contradicción jurídica (valga como muestra de la interdependencia de ambos ordenamientos jurídicos lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución: “Los tratados

⁵ Cfr. Pastor Ridruejo, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 1992, Ed. Tecnos, pp.189-206.

internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”⁶.

Así pues, al optar por situar la proscripción de la guerra –declarada en la Carta de las Naciones Unidas– en el vértice superior de un orden jurídico único, integrado por el derecho internacional más los ordenamientos constitucionales de los Estados, hemos de cerrar la página de lo constitucional para adentrarnos en la disciplina del derecho internacional público. Es desde esta disciplina desde donde podremos analizar la licitud de esta guerra. Su legitimidad, necesariamente, tendrá que discutirse desde otros parámetros.

2. *Derecho internacional y arreglo pacífico de controversias.* *La proscripción de la guerra como principio.*

Que tanto el orden internacional que nace con la Carta de las Naciones Unidas como nuestro orden constitucional responden a los mismos valores y principios, es cuestión que debe ser señalada. Baste para confirmarlo traer a colación el propósito dispuesto en el art.1.3 de la Carta: “Realizar la cooperación internacional en solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”, y lo dispuesto en el art. 10.1 de la Constitución de 1978: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Es cierto, sin embargo, que de su lectura

⁶ Y sigue: “(...) Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”.

se infiere la mayor “fuerza” o “virtualidad” de lo dispuesto en el artículo 10 frente a lo programático de la Carta de la ONU, pero no se olvide la pronta recepción que tras ésta tuvieron los derechos humanos en el orden internacional. Como ejemplo, citaremos la Carta Universal de los Derechos Humanos, de 1948, y su posterior traducción en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Tratado de Derechos Sociales y Culturales.

Siendo relevante la base común de los órdenes jurídicos contrastados, es de mayor interés para nuestro propósito lo que sobre la guerra queda recogido en la Carta de las Naciones Unidas, pero sin olvidar que lo que se diga a continuación sobre la guerra tiene mucho que ver con el hecho de haber situado la “dignidad humana” en lo más alto del orden jurídico constitucional externo e interno. En el arranque de la Carta, donde se definen los principios y objetivos de la organización, en concreto los arts. 1 y 2.4, ya se nos presenta el que será el objetivo último de los fundadores de la Naciones Unidas: la proscripción de la guerra. Los citados artículos disponen: “Los propósitos de las Naciones Unidas son: 1. Mantener la paz y la seguridad internacionales y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz” (art. 1); “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”⁷ (art. 2.4).

⁷ Cfr. Carrillo Salcedo, J.A., *Manual de Derecho Internacional Público*, 1992, pp.319-331.

Y más que hablar de guerra, como buscábamos, lo que la Carta hace es hablar de paz, de arreglo pacífico de controversias, de prohibición de cualquier uso de la fuerza para resolver los conflictos internacionales, llegando incluso a prohibir la amenaza de su uso por parte de los Estados⁸; atrás queda el soberano principio estatal del “*ius ad bellum*”; debe quedar vigente, sin embargo, su reflejo, el “*ius in bello*”, pues no sólo porque el derecho prohíba conductas éstas desaparecen; al contrario, cabe afirmar que ya que son potencialmente posibles, es por lo que están y deben estar prohibidas. Desde este cuerpo jurídico, popularmente conocido como los “Convenios de Ginebra”⁹, es desde donde se pretende precisar y, paradójicamente, humanizar los conflictos armados.

Hay en la Carta, sin embargo, una excepción lógica a la interdicción absoluta del uso de la fuerza (su sola existencia, por otra

⁸ Sólo en su preámbulo acoge la Carta el concepto de guerra: “Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre...”. Es cierto que también lo menciona en el artículo 107. Pero este artículo, con ojos de hoy, sólo puede ser interpretado como una disposición transitoria: “Ninguna de las disposiciones de esta Carta invalidará o impedirá cualquier acción ejercida o autorizada, como resultado de la segunda guerra mundial con respecto a un Estado enemigo de cualquiera de los signatarios de esta Carta durante la citada guerra, por los gobiernos responsables de dicha acción”.

⁹ Convenios a los que EE.UU. hizo referencia a los pocos días de comenzada esta guerra contra Iraq como consecuencia del trato infligido a un grupo de soldados norteamericanos hechos prisioneros por las fuerzas armadas iraquíes. La opinión pública mundial, sin por un instante dejar de aceptar lo justo de la invocación, le recordaría al ejecutivo norteamericano la situación contraria al mínimo de dignidad humana deseable en la que se encuentran los presuntos terroristas talibanes recluidos en la base estadounidense de Guantánamo. Máxime, además, cuando un juez norteamericano, ante una demanda presentada por uno de estos presos, se ha declarado incompetente “*ratione loci*” (o sea, porque ese territorio no está bajo su jurisdicción).

parte, ya justificaría la necesidad del *corpus* jurídico que integra el “*ius in bello*”). Nos referimos, como se habrá intuido, a la legítima defensa contemplada en su artículo 51: “Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

El presupuesto de hecho que autoriza la “legítima defensa”, es decir, el uso de la fuerza por parte de un Estado agredido, viene limitado en el propio precepto transcrito. Sólo será válido acudir al uso de la fuerza en caso de previo ataque armado, real y no potencial, por parte de otro Estado. Se contempla, pues, la legítima defensa como un derecho de reacción ante una situación fáctica, frente a la cual la “*opinio iuris*” internacional no puede albergar dudas de que al Estado agredido no le quedaba más camino que defenderse y, para ello, hacer uso del último recurso posible: responder a la fuerza con fuerza (de ahí la naturaleza excepcional de la legítima defensa). Respuesta armada que, además, ha de ser proporcional a la agresión sufrida. Han de rechazarse, en consecuencia, aquellas interpretaciones que pretendieran deducir del instituto de la legítima defensa la posibilidad para un Estado de invocarla argumentando la existencia de sospechas o riesgos de amenaza que, de algún modo, no se hayan visto materializados. Con el artículo 51 de la Carta se ha pretendido

erróneamente justificar ciertas “guerras preventivas”. Usando este argumento, un Estado que teme ser agredido justificaría su agresión “defensiva” al estado potencialmente agresor, por ejemplo, en el riesgo que para su integridad o la de la Comunidad internacional representa el volumen de armamento que éste ha ido acumulando a lo largo del tiempo.

Ocurrió así en 1981, cuando Israel bombardeó, con dos cazas camuflados con bandera iraní, la central nuclear de Osiraq, en los alrededores de Bagdad. Israel alegó en su defensa el peligro potencial que para su seguridad suponía el que el régimen de Saddam Husain hiciese un uso indebido del uranio enriquecido con el que se alimentaba dicha central nuclear. Central que, debemos añadir, se estaba construyendo con la colaboración de Francia y bajo su control, aunque ésta, ante los recelos mostrados, se había comprometido a mantener una estrecha vigilancia del uso que se diese de tan peligrosa energía¹⁰. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 36/27, condenó a Israel por “su acto de agresión premeditado y sin precedentes”, habiendo rechazado previamente que el ataque pudiese quedar justificado bajo el título de la legítima defensa. Como se ha dicho, es un hecho incontestable que la legítima defensa y la premeditación están, en derecho, en una relación antinómica¹¹. Con todo, fue el

¹⁰ No está de más que nos planteemos, dada la situación actual, si el posible triunfo de la tesis de la guerra preventiva no iría a devolvernos a una carrera nuclear de consecuencias inimaginables. Durante estos días las comparaciones entre la situación en Iraq y Corea del Norte no han hecho más que poner de relieve que Corea sí tiene, a diferencia de Iraq, armamento nuclear. Esta última ha sido invadida militarmente, mientras que con la primera se mantienen contactos diplomáticos.

¹¹ Fisher, G., “Le bombardement par Israël d’un réacteur nucléaire Iraquien”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. XXVII, 1981, p.164. Por añadir alguna precisión más: “una operación preventiva no puede ser lícita más que si está dirigida contra

artículo 51 de la Carta la cobertura jurídica que se dio al ataque estadounidense contra Afganistán después del atentado terrorista contra las Torres Gemelas¹².

Volvamos al artículo 51; en este precepto se nos permite entrever el otro uso legítimo de la fuerza que contempla la Carta de las Naciones Unidas. En este caso, sin embargo, no se trata de una nueva excepción a la proscripción absoluta del recurso a la fuerza, sino más bien, a los medios de que se dota a la Comunidad internacional para, precisamente, impedir un uso o amenaza, ilegal e ilegítimo, de usarla. Dice el citado artículo que el recurso a la legítima defensa por parte del Estado agredido durará hasta tanto “el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales”. La excepción de la legítima defensa, no sólo tiene un límite material –que exista agresión previa–, sino que además cuenta con un límite temporal –hasta que el Consejo de Seguridad tome las medidas oportunas–. Lo que no se dice en este artículo es cuáles pueden ser las medidas que pueda tomar el Consejo para restablecer la paz y la seguridad internacionales, pero sí deja bien claro a quién compete, dentro del orden constitucional internacional, decidir y

una agresión que, con una verosimilitud cercana a la certeza, esté a punto de desencadenarse en el futuro inmediato” (p.165)

¹² Resolución 1368 (2001), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4370ª sesión, celebrada el 12 de septiembre de 2001: “El Consejo de Seguridad, reafirmando los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, decidido a combatir por todos los medios las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo, reconociendo el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, 1. Condena inequívocamente en los términos más enérgicos los horribles ataques terroristas que tuvieron lugar el 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, Washington D.C. y Pennsylvania...” (la cursiva es nuestra)

ejecutar lo decidido en todo lo que se refiera a tomar las medidas oportunas para el restablecimiento de la paz.

En efecto, la Carta de las Naciones Unidas, si bien dedica todo un capítulo central, el VI, al arreglo pacífico de controversias, dedica otro, el VII, a la acción en casos de amenazas a la paz o actos de agresión, y es en éste –también en el anterior, pero sobre todo en éste– donde el Consejo de Seguridad se coloca en la posición de garante último de la paz y la seguridad internacionales, pues se le otorga, como veremos, la competencia y los medios para en su caso imponer la paz mediante el uso de la coacción física legítima, es decir, para solucionar mediante la fuerza aquello que no ha podido ser solucionado de modo pacífico¹³. Comienza aquí, pues, la descripción de lo que nosotros denominaremos el monopolio del uso de la fuerza por parte de la organización internacional, excluyendo así y desde ya el concepto de guerra como concepto que pueda definir aquellas intervenciones armadas que, autorizadas por el Consejo de Seguridad, lleve a cabo la comunidad internacional para evitar una amenaza real y efectiva a la paz internacional¹⁴.

¹³ Artículo 24 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945: “1. A fin de asegurar una acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa en nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad”.

¹⁴ Esta idea la confirman Paz Andrés y Luis I. Sánchez, *El País*, 9 de abril de 2003, p.20, “...cabe entender que una operación militar internacional autorizada expresamente por el Consejo de Seguridad basándose en el capítulo VII de la Carta no es jurídicamente un acto de guerra, sino una medida de policía internacional en el ámbito del mantenimiento de la paz, es decir, un acto lícito conforme a ese texto, por lo que no procedería la declaración de guerra, por ser técnicamente un supuesto de naturaleza y calificación distintas”.

Se inicia el capítulo séptimo de la Carta otorgando al Consejo de Seguridad la competencia para determinar “la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión”, confiriéndole a continuación, la facultad para decidir qué “medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”(art.39). Así pues, se concentran en un solo órgano –el Consejo de Seguridad¹⁵– las dos facultades políticas de aplicación de la norma jurídica contenida en el artículo 39 de la Carta: determinación de la situación que pone en peligro la paz para, a continuación, decidir qué medidas deben ser aplicadas para conjurar el peligro de amenaza o quiebra de la paz. La remisión a los artículos 41 y 42 de la Carta se hace inevitable, ya que es en estos artículos donde, alternativa o sucesivamente, se concretarán las acciones que el Consejo de Seguridad podrá adoptar para restablecer la paz. Conforme al artículo 41, el Consejo “podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de las relaciones diplomáticas”.

¹⁵ Art.23 de la Carta de Naciones Unidas de 1945: “1. El Consejo de Seguridad se compondrá de quince miembros de las Naciones Unidas. La República de China, Francia, la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América, serán miembros permanentes del Consejo de Seguridad. La Asamblea General elegirá otros diez miembros de las Naciones Unidas que serán miembros no permanentes del Consejo de Seguridad, prestando especial atención, en primer término, a la contribución de los miembros de las Naciones Unidas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y a los demás propósitos de la Organización, como también a una distribución geográfica equitativa. 2. Los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad serán elegidos por un periodo de dos años...”.

Previamente, sin embargo, a fin de evitar que la situación se agrave, y antes de adoptar medidas coactivas por parte de la Comunidad internacional representada en el Consejo, en el artículo 40 de la Carta se obliga al Consejo a instar a las partes interesadas a que cumplan con las medidas provisionales que juzgue necesarias o aconsejables. Dichas medidas provisionales no perjudicarán, añade el artículo 40, los derechos, las reclamaciones o la posición de las partes interesadas. El Consejo de Seguridad tomará debida nota del cumplimiento o incumplimiento de dichas medidas provisionales. En este marco jurídico se encuadra, por ejemplo, la resolución 660 (1990) del Consejo de Seguridad, de 2 de agosto, dictada tras la invasión de Kuwait por Iraq: “El Consejo de Seguridad, alarmado por la invasión de Kuwait, el 2 de agosto de 1990, por las fuerzas militares del Iraq, determinando que, a causa de la invasión de Kuwait por el Iraq, existe un quebrantamiento de la paz y la seguridad internacionales, actuando de conformidad con los artículos 39 y 40 de la Carta de Naciones Unidas: 1. Condena la invasión de Kuwait por el Iraq; 2. Exige que el Iraq retire inmediatamente e incondicionalmente todas sus fuerzas a las posiciones en que se encontraban el 1º de agosto de 1990; 3. Exhorta al Iraq y a Kuwait a que inicien de inmediato negociaciones intensivas para resolver sus diferencias y apoya todos los esfuerzos que se realicen al respecto, y especialmente los de la Liga de los Estados Árabes; 4. Decide volver a reunirse, según sea necesario, a fin de considerar la adopción de otras medidas para asegurar el cumplimiento de la presente resolución”.

A partir de ese momento, y previa constatación por el Consejo de que no se ha atendido la orden de adoptar las medidas necesarias para restablecer la paz por parte de los Estados que la hayan amenazado o quebrado, el Consejo es libre para

adoptar¹⁶, bien las medidas ya descritas en el artículo 41 de la Carta, bien las medidas que implican el uso de la fuerza por parte de la comunidad internacional descritas en su artículo 42: “Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de miembros de las Naciones Unidas”. En el caso de la invasión de Kuwait por Iraq la medidas incluidas en el artículo 41 se explicitaron en la resolución 661 (1990) de 6 de agosto: “El Consejo de Seguridad (...), actuando de conformidad con el capítulo VII de la Carta: 1. Comprueba que, hasta ahora, el Iraq no ha cumplido con el párrafo 2 de la resolución 660 (1990) y ha usurpado la autoridad del Gobierno legítimo de Kuwait; 2. Decide, como consecuencia, tomar las siguientes medidas para lograr que el Iraq cumpla con el párrafo 2 de la resolución 660 (1990) y restablecer la autoridad del Gobierno legítimo de Kuwait; 3. Decide que todos los Estados impedirán: a) la importación a sus territorios de todos los productos originarios del Iraq o Kuwait que sean exportados desde éstos después de la fecha de

¹⁶ Una cuestión que no hemos abordado, por conocida, es el modo en que el Consejo de Seguridad adopta sus decisiones. Baste para explicarlo reproducir lo dispuesto en el artículo 27 de la Carta: “1. Cada miembro del Consejo de Seguridad tendrá un voto. 2. Las decisiones del Consejo de Seguridad sobre cuestiones de procedimiento serán tomadas por el voto afirmativo de nueve miembros. 3. Las decisiones del Consejo de Seguridad sobre todas las demás cuestiones serán tomadas por el voto afirmativo de nueve miembros, *incluso los votos afirmativos de todos los miembros permanentes*; pero en las decisiones tomadas en virtud del Capítulo VI y del párrafo 3 del artículo 52, la parte en una controversia se abstendrá de votar” (Hemos resaltado en cursiva la parte del texto donde se encuentra el conocido como derecho de veto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad)

la presente resolución...”. Poco después, una vez comprobado por el Consejo que estas medidas habían resultado insuficientes para forzar la voluntad del Estado trasgresor de la legalidad internacional, se impuso la necesidad de adoptar una nueva resolución que, ahora sí, implicase el uso lícito de la fuerza por parte de la Comunidad internacional para restablecer la paz.

En resumen, la Carta diseña en su Capítulo VII un mecanismo de garantía colectiva de la paz, por lo que queda excluida, salvo para los supuestos de legítima defensa que arriba comentamos, un uso libre de la agresión armada por parte de los Estados invocando para legitimar su acción los propósitos y fines para los que fue constituida la Organización de las Naciones Unidas. Por esta razón debemos afirmar con rotundidad la ilicitud e ilegitimidad de la Declaración de las Islas Azores, de 16 de marzo de 2003, suscrita por los más altos representantes de Estados Unidos, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Reino de España y, como último convidado, la República de Portugal: “... El desafío de Saddam a las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que exigen el desarme de sus capacidades nucleares, químicas, biológicas y de misiles de largo alcance, ha conducido a sanciones contra Iraq y ha socavado la autoridad de la ONU. Durante 12 años, la comunidad internacional ha tratado de persuadirlo de que se desarme y evite así el conflicto armado, más recientemente a través de la adopción unánime de la Resolución 1441. La responsabilidad es suya. Si aún Saddam rehúsa a cooperar totalmente con las Naciones Unidas, se echará encima las serias consecuencias previstas en la Resolución 1441 y las resoluciones previas”. Dicha Declaración de las Azores puede considerarse como una declaración formal de guerra, pues tres días más tarde fuerzas anglo-norteamericanas comenzaron el ataque contra Iraq.

Por esta misma razón jurídico-técnica, nos resistimos a contemplar las decisiones del Consejo de Seguridad –poder legítimo que detenta el monopolio de la coacción física legítima¹⁷– como una declaración de guerra; más bien, como ya habíamos apuntado más arriba, se trataría de una actividad de policía internacional cuyo fin y actualización está sometida a los principios de la Carta y, por consiguiente, para ser legítima, a los principios jurídicos de necesidad y proporcionalidad.

Así se hizo, por seguir con nuestro ejemplo, en la resolución 678 (1990) del Consejo de Seguridad tras desatender Iraq los reclamos efectuados desde este mismo Consejo: “...Observando que, a pesar de todos los esfuerzos de las Naciones Unidas, el Iraq, en abierto desacato al Consejo, se niega a cumplir su obligación de aplicar la resolución 660 (1990) y las resoluciones pertinentes aprobadas ulteriormente y a que se hace referencia en el párrafo

¹⁷ Incluso la OTAN se atiene a esta limitación, como se desprende de lo dispuesto en los artículos 5 y 7, respectivamente, del Tratado del Atlántico Norte, firmado en Washington el 4 de abril de 1949: “Las partes acuerdan que un ataque armado contra una o más de ellas, que tenga lugar en Europa o en América del Norte, será considerado como un ataque dirigido contra todas ellas, y en consecuencia, acuerdan que, si tal ataque se produce, cada una de ellas, en ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva reconocido por el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas, ayudará a la Parte o Partes atacadas, adoptando seguidamente, de forma individual y de acuerdo con las otras partes, las medidas que juzgue necesarias, incluso el empleo de la fuerza armada, para restablecer la seguridad en la zona del Atlántico Norte. Cualquier ataque armado de esta naturaleza y todas las medidas adoptadas en consecuencia serán inmediatamente puestas en conocimiento del Consejo de Seguridad. Estas medidas cesarán cuando el Consejo de Seguridad haya tomado las disposiciones para restablecer y mantener la paz y seguridad internacionales”; “El tratado no afecta ni se podrá interpretar que afecte de modo alguno a los derechos y obligaciones derivados de la Carta para las Partes que son miembros de las Naciones Unidas, ni a la responsabilidad primordial del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales” (la cursiva es nuestra)

precedente (...), actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta: 1. Exige que el Iraq cumpla plenamente la resolución 660 (1990) y todas las resoluciones pertinentes aprobadas ulteriormente y decide, como muestra de buena voluntad y al tiempo que mantiene todas sus decisiones, dar una última oportunidad al Iraq para que lo haga; 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* (la cursiva es nuestra) 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*...". Pese a lo dicho, es cierto que el uso de legítimo de la fuerza que se desencadenó tras esta resolución, y que dio cobertura jurídica a la conocida como primera Guerra del Golfo, no aparece citado expresamente como tal. Sin embargo, el que no aparezca con todas sus letras no quiere decir que no pueda ser deducido del texto de la propia resolución y, sobre todo, de la voluntad de los Estados que en tales términos la aprobaron (con el voto afirmativo necesariamente de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad). La doctrina ha señalado, a nuestro parecer con acierto, tres elementos en la Resolución que así lo indican: a) la expresión "autoriza a los Estados miembros que cooperan con el Gobierno de Kuwait para que (...) utilicen todos los medios necesarios para hacer valer y llevar a la práctica la resolución 660 (1990)"; b) el hecho de someter la amenaza a condición temporal, "a menos que el Iraq cumpla plenamente para el 15 de enero de 1991 o antes" dichas resoluciones y c) el solicitar el apoyo de los

Estados miembros de la ONU para la ejecución de las medidas que se adopten. Ese "todos los medios" en el marco del Capítulo VII sólo puede significar la autorización para hacer uso de la fuerza contra el Estado que ha transgredido la proscripción general de uso de la violencia armada en la convivencia entre los Estados¹⁸.

Para mayor precisión, debe señalarse que, a pesar de lo previsto en el artículo 43 de la Carta, no existe aún contingente de fuerzas armadas a disposición de la Organización. En consecuencia, cada vez que el Consejo de Seguridad ha decidido hacer uso de la fuerza, con el objeto de restablecer la paz, ha reclamado, como en el caso de Iraq en 1991, la colaboración de los Estados miembros de las Naciones Unidas para que aporten las fuerzas militares suficientes con la finalidad de poder dar cumplimiento ejecutivo a lo decidido por el Consejo de Seguridad. Una coalición estatal de voluntarios es la materialización del poder de la comunidad internacional. El resto de Estados, incluidos aquellos que no han participado en la toma de decisiones del Consejo, quedan obligados a respetar las decisiones adoptadas en el seno del

¹⁸ Y sobre todo porque ésa ha sido la fórmula para ejecutar otras decisiones posteriores del Consejo en el ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 42 de la Carta. Así, por ejemplo, en el resolución 1386 (2001), de 20 de diciembre, sobre la situación en Afganistán, una vez iniciado el ataque por la coalición aliada, alegando legítima defensa: "Actuando a estos efectos de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas: 1. Autoriza (...) el establecimiento durante 6 meses de una fuerza internacional de asistencia para la seguridad que apoye a la Autoridad provisional afgana en el mantenimiento de la seguridad en Kabul y en las zonas circundantes, para que la Autoridad provisional afgana y el personal de las Naciones Unidas puedan realizar sus actividades en un entorno seguro; 2. Exhorta a los Estados miembros a que aporten personal, equipo y otros recursos a la Fuerza internacional de asistencia para la seguridad e invita a esos Estados miembros a que informen al mando de la Fuerza y al Secretario General; 3. *Autoriza a los Estados miembros que participen en la Fuerza internacional de asistencia para la seguridad a que adopten todas las medidas necesarias para cumplir su mandato...*" (la cursiva es nuestra)

Consejo, debiendo actuar colectivamente, pues deben prestarse ayuda mutua, con lo que se dota de una mayor eficacia a la fase de ejecución de las resoluciones del Consejo¹⁹.

Hasta aquí, la que sería una intervención legítima y legal de la Comunidad internacional, a través de la función de policía internacional, ciertamente expeditiva pero de policía al fin y al cabo, que desempeña el Consejo de Seguridad, pues su función, atribuida por la Carta, no es otra que la de restablecer el orden público interestatal en torno a la paz. Desde estos parámetros analizaremos en el siguiente apartado lo acontecido en estos primeros

¹⁹ La obligada colaboración de los Estados queda reflejada en los siguientes artículos de la Carta:

Art.43 de la Carta: "Todos los miembros de las Naciones Unidas, con el fin de contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, se comprometen a poner a disposición del Consejo de Seguridad, cuando éste lo solicite, y de conformidad con un convenio especial o con convenios especiales, las fuerzas armadas, la ayuda y las facilidades, incluso el derecho de paso, que sean necesarias para el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales".

Art.45 de la Carta: "A fin de que la Organización pueda tomar medidas militares urgentes, sus miembros mantendrán contingentes de fuerzas aéreas nacionales inmediatamente disponibles para la ejecución combinada de una acción coercitiva internacional...".

Art.46 de la Carta: "Los planes para el empleo de la fuerza armada serán hechos por el Consejo de Seguridad con la ayuda del Comité de Estado mayor".

Art.48 de la Carta: "1. La acción requerida para llevar a cabo las decisiones del Consejo de Seguridad para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales será ejercida por todos los miembros de las Naciones Unidas o por algunos de ellos, según lo determine el Consejo de Seguridad"

Art.49 de la Carta: "Los miembros de las Naciones Unidas deberán prestarse ayuda mutua para llevar a cabo las medidas dispuestas por el Consejo de Seguridad".

De todo lo expuesto en estos artículos sólo está vigente el deber de colaboración. No existe Estado Mayor de la ONU ni se han firmado nunca los Convenios a que se refiere el art.43. Tampoco tiene la ONU un contingente de fuerzas para hacer ejecutivas con carácter inmediato las decisiones de uso de la fuerza decididas por el Consejo.

meses de 2003: la intervención militar decidida y ejecutada por tres Estados contra el régimen y el pueblo iraquíes. De su legalidad internacional o no, es decir, de su conformidad con la Constitución internacional, dependerá la conformidad o no de la decisión del gobierno español de participar activamente en esta guerra respecto de la Constitución española. Este término, conscientemente invocado aquí, adelanta en algo las conclusiones a las que llegaremos.

3. Ilegalidad, inconstitucionalidad e ilegitimidad de la guerra contra Iraq (20 de marzo de 2003)

Si, como hemos visto, compete al Consejo de Seguridad decidir sobre el uso de la coacción física legítima en nombre de la comunidad internacional constituida en torno a las Naciones Unidas, debe afirmarse con rotundidad que la intervención militar en Iraq se ha producido al margen del cauce previsto en el Capítulo VII de la Carta, situándose dicho conflicto armado, en consecuencia, en lo que desde esta perspectiva jurídica sería un ilícito internacional. En efecto, si releemos la última de las resoluciones del Consejo de Seguridad relativas a Iraq –la tan citada resolución 1441 (2002) de 8 de noviembre– se observará que no hay en ella autorización alguna que consienta o legitime un uso de la fuerza contra el Estado iraquí, a pesar de que ha sido este mismo acuerdo del Consejo el que políticamente ha sido esgrimido por los Estados agresores para legitimar y dar cobertura jurídica a lo que, como hemos dicho, no es más que un acto de agresión ilícita contra un Estado soberano, por otra parte miembro a su vez de la Organización de las Naciones Unidas.

La Resolución 1441 es, ciertamente, la última de toda una cadena de resoluciones dictadas por el Consejo de Seguridad

relativas a Iraq desde 1991. La común intención de todas ellas era, sobre todo a partir de la Resolución 687 (1991), que Iraq iniciase un proceso de desarme bajo el control de las Naciones Unidas. Sin embargo, es también cierto que a lo largo de una década Iraq ha incumplido sistemáticamente los mandatos que sobre esta cuestión emanaban del Consejo, pero ha ocurrido que conforme el tiempo pasaba el Consejo no haría nunca dejación de su competencia para decidir las consecuencias que el incumplimiento por Iraq de sus decisiones pudiera acarrear, incluida la reapertura de las hostilidades. Así, si en la Resolución 687 (1991)²⁰ se condicionaba el cese del fuego al cumplimiento por Iraq de las disposiciones contenidas en dicha resolución, en la Resolución 1441 (2002) se habla de “graves consecuencias”, sin especificar ahora, a diferencia de entonces, cuáles pudieran ser éstas y, sobre todo, sin que en modo alguno pueda deducirse que con esta Resolución, revestida de “última oportunidad”, se estuviese autorizando a los Estados miembros de las Naciones Unidas a “hacer uso de todos los medios necesarios” para dar cumplimiento a los mandatos en ella contenidos. Esta última fórmula, incorporada en todas las resoluciones que han dado pie a un uso lícito de la coacción física armada, no aparece a lo largo de las cuatro páginas que componen la citada Resolución.

En concreto, en la 1441, el Consejo de Seguridad reconoce “la amenaza que el incumplimiento por el Iraq de las resoluciones del Consejo y la proliferación de armas de destrucción en masa y

²⁰ Resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad: “8. Decide que el Iraq deberá aceptar incondicionalmente la destrucción, remoción o neutralización, bajo supervisión internacional, de: a) todas las armas químicas y biológicas, todas las existencias de agentes y de todos los subsistemas y componentes conexos y todas las instalaciones de investigación, desarrollo, apoyo y fabricación; b) todos los misiles balísticos con un alcance de más de ciento cincuenta kilómetros y las principales partes conexas, así como las instalaciones de reparación y producción”.

misiles de gran alcance plantean para la paz y seguridad internacionales”; deplora que “el Iraq no haya hecho una declaración exacta, cabal, definitiva y completa, como se exigía en la Resolución 687 (1991), de todos los aspectos de sus programas de desarrollo de armas de destrucción” masiva; recuerda que “en su Resolución 687 (1991) había declarado que una cesación del fuego estaría subordinada a que el Iraq aceptara las disposiciones de esa resolución; por todo ello, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta, decidía conceder a Iraq “una última oportunidad de cumplir sus obligaciones en materia de desarme” y “decide en consecuencia instaurar un régimen de inspección reforzado con el objetivo de llevar a una conclusión cabal y verificada el proceso de desarme establecido por la Resolución 687 (1991) y las resoluciones ulteriores del Consejo”; finalmente, no olvida, “en este contexto, que ha advertido reiteradamente al Iraq que, de seguir infringiendo sus obligaciones, se expondrá a graves consecuencias”; pero sobre todo, y fundamentalmente, hace saber que “*las resoluciones del Consejo constituyen la norma para determinar el cumplimiento por parte del Iraq*” (la cursiva es nuestra)

Es decir, que, si bien es cierto que la cuerda estaba más tensa que nunca, a quien le correspondía determinar cuándo había que cortarla y decidir qué hacer a continuación, era al propio Consejo de Seguridad y no, por supuesto, a un grupo de Estados, por mucho que entre ellos se encontrase el más grande y fuerte de todos. Recordemos, en este contexto, los intentos de los Gobiernos estadounidenses, británico y español de sacar una nueva resolución en el seno del Consejo, en la que, como punto y final, se determinase el incumplimiento definitivo por Iraq de la Resolución 1441²¹, autorizándose con ello el recurso al uso de la fuerza

²¹ El hecho de que tras esta Resolución estuviese Siria –fue aprobada por unanimidad– es un factor clave para confirmar que la Resolución 1441 no era una Resolución ejecutiva.

para exigir el cumplimiento de las resoluciones del Consejo y así paliar la amenaza a la paz. Nada de esto fue posible, habida cuenta de la oposición de al menos dos miembros permanentes del Consejo, por lo que la Declaración de las Azores sólo puede ser interpretada como la instauración de un poder, fáctico e ilegítimo, al margen de la comunidad internacional institucionalizada en torno a las Naciones. Otros Estados miembros del Consejo, por su parte, pretendían proponer una nueva resolución en la que se diese un determinado plazo de tiempo a Iraq para dar ejecución a los reiterados mandatos. Todo ello dentro de un clima favorable de colaboración por parte de Iraq hacia los equipos de inspectores de la ONU, en buena medida forzado, todo sea dicho, por una presión militar que ya se estaba haciendo visible²². En resumen, el Consejo de Seguridad era el único competente para determinar cuándo Iraq había incumplido con sus obligaciones mediante la adopción de una nueva resolución. Qué consecuencias hubiese

²² Las declaraciones del jefe de inspectores de la ONU, Hans Blix, al diario *El País* (9 de abril de 2003), no tienen desperdicio: “Tengo la conciencia tranquila. Lamento no haber tenido los meses que necesitaba para confirmar si existían o no las armas químicas y biológicas. Pero los norteamericanos comenzaron a expresar su impaciencia a primeros de marzo. Parecía que las altas temperaturas en Iraq llegaban a un punto en el que había que desencadenar los ataques. Ahora bien, cuando les preguntabas, los norteamericanos te decían que no, que podían esperar más tiempo. Cuando el 27 de enero denuncié en el Consejo de Seguridad de la ONU que Iraq no colaboraba de la manera prevista en la Resolución 1441 –es decir, de manera inmediata, completa e incondicional–, el Gobierno norteamericano, incluyendo los halcones, me aplaudió. Fue una cosa paradójica. Porque a partir de entonces, el Gobierno de Iraq inició una colaboración activa. Y, entonces, los norteamericanos comenzaron a criticarme”. P.: “¿Cuándo tuvo la sensación de que quedaba poco por hacer?” R.: “Pienso que sentí eso, como le acabo de decir, cuando los iraquíes comenzaron a trabajar más activamente en el cumplimiento de la resolución 1441, después de que yo mismo denunciara su falta de colaboración el 27 de enero; al ver la impaciencia de los norteamericanos, tuve la sensación de que la situación se agotaba. Y cuando, el 7 de marzo, los británicos dijeron que estaban dispuestos a modificar el ultimátum inicial del 17 de marzo sólo por cuatro o cinco días, supe que era el final”.

arrojado tal constatación por el Consejo también de él dependían, a sabiendas siempre de que el recurso a la fuerza, como se desprende del dictado del artículo 42 de la Carta, es la última “ratio”.

Las consecuencias que para el orden internacional vaya a tener la agresión trilateral contra Iraq son incalculables, pues no se trata únicamente de un nuevo fracaso del orden jurídico que pretende someter a reglas y principios las relaciones interestatales y a sus sujetos, los Estados. La situación en la que nos encontramos es de mucho mayor calado. Al romperse la reglas de juego, todo lo que se pueda imaginar es posible, máxime, además, cuando se ha perdido la oportunidad histórica de someter la voluntad política del Estado más fuerte del planeta a la voluntad del derecho. El Leviatán hobbesiano se impone al Estado de Derecho de Locke y Rousseau (el Leviatán, redefinido por cierta doctrina norteamericana como “poder duro” –creyendo ¿ingenuamente? que al renombrar se definen situaciones nuevas–, el Estado de Derecho sería para esta misma doctrina el “poder blando”, el de los derechos humanos, la democracia, la sujeción a la ley, la dignidad humana en definitiva). En este retorno al estado de naturaleza, donde el fuerte se come al débil, es lógico que la administración de los EE.UU. apunte ya a nuevos objetivos: ¿tal vez Siria? Pero también es consecuencia de esta realidad el que desde la opinión pública se pida la vuelta a la razón, a la razón jurídica, a ese lugar del que nunca debimos salir.

Y desde un punto de vista constitucional, desde la Constitución española de 1978, ¿qué significado tiene esta guerra? Que, como mínimo, hay que calificarla de inconstitucional. Puesto que este conflicto bélico no está amparado ni legitimado por el derecho internacional, nos encontramos ante la intervención del Reino de España, por voluntad del Gobierno, en una guerra, no en

un acto de policía internacional auspiciado por la comunidad internacional en su conjunto. Y la guerra requiere, según nuestro texto constitucional, que sea declarada por el Rey previo acuerdo de las Cortes Generales, y ninguno de estos formalismos –que no son meros actos de forma– se ha respetado. Cumple así el artículo 63.3 de nuestra Constitución la función de cláusula aseguradora del orden internacional institucionalizado en torno a la ONU. Cuando ésta decide actuar conforme al artículo 42 de la Carta, el Estado español debe acatar y cumplir con lo dispuesto por el Consejo de Seguridad, si no quiere incurrir en ilícito internacional (“Los miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta”, art. 25 de la Carta)²³. Participe o no el Estado español como voluntario en la ejecución de la resolución del Consejo, se le solicite o no derecho de paso a las tropas de la coalición internacional, es decir, sea cual sea su grado de implicación en un conflicto armado desencadenado por el Consejo con la intención de restablecer la paz, no se estaría ni material ni formalmente en un acto de guerra de España contra el Estado contra el que se dirige la acción militar internacional. En estas situaciones el Estado o los Estados se diluyen en un cuerpo jurídico superior denominado “Comunidad internacional” que, por lo demás, no entra en guerra con ningún Estado, pues actúa o debe actuar exclusivamente con el propósito de restablecer y garantizar la paz.

Las hipotéticas situaciones que bajo el manto del artículo 42 de la Carta pueden darse son múltiples: desde que España participe como miembro del Consejo de Seguridad en la toma de la

²³ El artículo 2.5 de la Carta añade también: “Los miembros de la Organización prestarán a ésta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva”.

decisión que conduce al uso legítimo y lícito de la guerra, sin después aportar ni siquiera un batallón de soldados, hasta implicarse militarmente al máximo, sin haber participado en la toma de la decisión que el Consejo de Seguridad adoptase en nombre de la Comunidad internacional. Por la existencia de múltiples situaciones intermedias entre la primera y la segunda de las citadas, y porque la decisión que le permite a la Comunidad internacional hacer uso de la coacción física legítima depende, no de la voluntad unilateral del Estado español ni de ningún otro, sino de la voluntad colectiva, es, a nuestro parecer, jurídicamente incorrecto invocar como preceptiva la declaración del estado de guerra, con carácter previo al cumplimiento del deber que la Constitución internacional impone. De otra forma devaluaríamos un concepto como el de “guerra” que nuestro Constituyente quiso residual por obsoleto²⁴.

Otra cuestión es a quién le corresponde desde el punto de vista de la Constitución de 1978 decidir, por ejemplo, la postura del Estado ante el Consejo de Seguridad o si se interviene militarmente en un conflicto armado amparado en el art. 42. A nuestro parecer, esta competencia es exclusiva del Gobierno, en virtud de lo dispuesto en el artículo 97 de nuestra Constitución: “El Gobierno dirige la política interior y exterior...”. Como contrapeso, en el Estado Social y Democrático de Derecho no puede ser de otra forma: las Cortes Generales deben controlar la acción del Gobierno y, llegado el caso, hacer uso de los mecanismos de sanción que ofrece el control político²⁵, de conformidad con el texto constitucional (art. 66.2 de la Constitución española)

²⁴ En contra de esta idea, cfr. Esteban, J., “Las Cortes y la guerra diferente”, diario *El Mundo*, 4 de octubre de 2001.

²⁵ Desde las preguntas, mociones e interpelaciones parlamentarias (art.111 CE) hasta la presentación de la moción de censura (art.113 CE)

Sin embargo, actuar en un conflicto militar al margen de la Comunidad internacional, por propia cuenta y riesgo, en coalición o no con otros Estados, es meternos de lleno en los predios del artículo 63. 3 de la Constitución. Sin amparo de la Comunidad internacional a la hora de decidir la agresión contra un tercer Estado, el orden jurídico internacional deja paso al orden constitucional interno que aparece aquí, ya lo hemos dicho, como cláusula de segunda garantía ante un uso ilegítimo e ilícito de la guerra, exigiendo: a) la proscripción de la guerra en el orden jurídico internacional y b) la necesidad de autorización por parte del representante popular a nivel interno.

Así pues, la guerra contra Iraq debió, en primer lugar, haber sido autorizada por la Cortes Generales, en segundo lugar, debió haber sido declarada por el Rey y, en tercer lugar, una vez concluida, debería firmarse la paz, que no es otra cosa, según la define la Real Academia de la Lengua, que la ausencia de guerra. Mayor problema plantea el modo en que pueda llevarse ante el Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la Constitución, la decisión del Gobierno de intervenir en este conflicto armado, máxime cuando, además, el apoyo a la decisión ha sido más político que militar²⁶.

Por último, diremos algo sobre la legitimidad de esta guerra. Con ser suficiente su ilegalidad para declararla ilegítima –en la medida en que el orden jurídico no es inmune a los valores y principios– es un hecho que esta guerra se ha fraguado y realizado de espaldas a una opinión pública mayoritaria y mundial que, bajo

²⁶ Entrar a analizar este aspecto del problema requeriría un estudio más profundo imposible de abordar en este trabajo. Tan sólo apuntaremos que en este conflicto está en juego el derecho de la sociedad civil a participar en los asuntos públicos por sí mismos o por medio de sus representantes, según se reconoce en el art. 23 CE.

el lema del “no a la guerra”, ha demostrado haber interiorizado culturalmente el derecho, especialmente el internacional, como instrumento de control del poder político. Es cierto, sin embargo, que los Gobiernos de los Estados agresores son legítimos en origen, pero también es cierto que esta legitimidad ha de mantenerse durante el ejercicio del poder.

Y, para estas situaciones de divorcio entre el poder legítimo y el pueblo que lo legitimó en su día, el derecho constitucional ofrece soluciones que, políticamente, podrían haber sido exploradas: desde el referéndum (artículo 92 CE), pasando por la cuestión de confianza al Presidente del Gobierno (artículo 112 CE), hasta la disolución de las Cortes Generales (artículo 115 CE). Todas estas medidas dependen para su ejecución de la voluntad directa del Presidente del Gobierno, por lo que somos conscientes de estar haciendo un brindis al sol. Quedaría, por último, la sanción electoral, es decir, el control político directo que la ciudadanía ejerce sobre sus representantes políticos.

Sobre su ilegitimidad jurídica, a lo dicho añadiremos otra precisión: “La dignidad de la persona, los derechos humanos que le son inherentes (...) son fundamento del orden político y de la paz social”, dice el artículo 10.1 CE. Como consecuencia de todo lo expuesto, esta guerra no cabe en nuestra Constitución.