

LOS LÍMITES A LOS PODERES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD. EL CASO DE LA COMISIÓN DE COMPENSACIÓN DE NACIONES UNIDAS

por SOLEDAD TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO

Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la
Universidad Autónoma de Madrid.

SUMARIO

1. Introducción

2. La Comisión de Compensación de las Naciones Unidas

- 2.1. ¿EL CAPÍTULO VII DE LA CARTA ATRIBUYE AL CONSEJO DE SEGURIDAD LA COMPETENCIA PARA EXIGIR RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL A LOS ESTADOS MIEMBROS?
- 2.2. EL NACIMIENTO DE LA COMISIÓN DE INDEMNIZACIONES
- 2.3. LA NATURALEZA QUASI JUDICIAL DE LA COMISIÓN DE INDEMNIZACIONES
- 2.4. SOLO SON REPARABLES LOS DAÑOS DIRECTOS
- 2.5. ¿TODOS LOS DAÑOS DIRECTOS SON REPARABLES?
- 2.6. LEGITIMADOS ACTIVAMENTE PARA FORMULAR RECLAMACIONES
- 2.7. MÍNIMA PARTICIPACIÓN IRAQUÍ EN EL PROCEDIMIENTO

3. Conclusiones

Resumen

Desde el comienzo de la década de los años noventa, el Consejo de Seguridad ha multiplicado su actividad cuantitativa y cualitativamente. No todas las acciones emprendidas desde entonces parecen acomodarse a las competencias atribuidas por la Carta en su Capítulo VII aunque el Consejo lo utilice como fundamento formal. Un ejemplo de esos comportamientos dudosos es la creación de la Comisión de Compensación de Naciones Unidas, surgida con el objeto de decidir la reparación debida por Iraq a individuos (personas físicas o jurídicas), Organizaciones Internacionales o Estados. La Comisión de compensación ha funcionado con un procedimiento impuesto, una de cuyas notas distintivas fue la marginación iraquí. El estudio de algunos aspectos relacionados con la Comisión subraya el comportamiento del Consejo, excediéndose del ámbito competencial atribuido por la Carta y la ausencia de contrapesos institucionales que permitan controlar la validez de las decisiones de este órgano principal de las Naciones Unidas.

Abstract

From the beginning of the 1990s, the activity of the Security Council has increased in both substantive terms and number of decisions. However, it must be noted that not all actions performed since then seem to be clearly in accordance with the powers given to it by Chapter VII of the UN Charter, which nevertheless is invoked by the Council as their source. One example of the aforementioned doubtful cases is related to the creation of the United Nations Compensation Commission, founded with the aim of having a body infused with the power to decide the content of the reparations owed by Iraq to individuals and legal persons, International Organizations, or States, in accordance with a predetermined procedure that has, among other features, the marginalization of Iraq. The exploration of some aspects of the Commission highlights the facts that the Council has exceeded the powers granted to it by the Charter and that there is an absence of institutional checks and means of controlling the validity of the actions undertaken by this main body of the United Nations.

1. Introducción

La invasión y posterior anexión de Kuwait por parte de Iraq provocó la transición desde lo que el Prof. P-M. Dupuy¹ ha calificado de explotación mínima del Capítulo VII de la Carta del Consejo de Seguridad, heredada del periodo postglaciar (que el Prof. M. Aznar denomina letargo funcional relativo²), a una especie de recalentamiento de la seguridad colectiva. El incremento de actividad del órgano primordialmente responsable del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales ha sido tanto cuantitativo como cualitativo. Cuantitativo, porque no en vano el 65% de sus resoluciones se han adoptado desde el 2 de agosto de 1990 (fecha en la que se inicia el conflicto y se aprueba la res. 660³), lo que significa que en diecinueve años se ha duplicado el número de resoluciones aprobadas en los cuarenta y cuatro anteriores. Sin embargo, con haberse producido el crecimiento que denota el número de resoluciones adoptadas, como indica A. Remiro, el listado de los asuntos de los que se ocupa el Consejo es engañosa en la medida en que algunos de los que en ella figuran «se mantienen ahí por el empeño de quienes los propusieron de guardar su memoria; pero una veintena de temas han regado los debates y originado decisiones»⁴. Desde una perspectiva cualitativa, se ha ensanchado la capacidad del Consejo de Seguridad que ha aprobado medidas diferentes de las habituales en la que era su práctica habitual, alejándose, en algunos casos excesivamente, de lo previsto en la Carta de las Naciones Unidas y de su aplicación anterior a la década de los noventa.

Esta actividad sin precedentes ha sido consecuencia de múltiples factores, entre los que destaca claramente el nuevo clima internacional surgido tras la caída del muro de Berlín que permitió la reducción del número de vetos ejercidos por los miembros permanentes del Consejo de Seguridad⁵ y el establecimiento de un nuevo método de trabajo. El descenso en el ejercicio del derecho de veto a las resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas ex Capítulo VII de la Carta⁶, desafortunadamente, no ha ido acompañado de una disminución ni en el número de situaciones susceptibles de hacer peligrar la paz y la seguridad inter-

¹ P. M. Dupuy lo califica como «sorte de surchauffe du système» en «Sécurité collective et organisation de la paix», *RGDIP*, 1993, p. 617.

² M. J. Aznar Gómez, *Responsabilidad Internacional del Estado y acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*, Ed. Escuela Diplomática, 2000, p. 27.

³ A 15 de diciembre de 2009 la última resolución adoptada por el Consejo de Seguridad es la 1897, sobre la situación en Somalia, aprobada el pasado día 30 de noviembre.

⁴ Vid. A. Remiro, en «Carta de las Naciones Unidas-Nuevo Orden: ida y vuelta», AA.VV. *El Derecho Internacional: Normas, hechos y valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, UCM, 2005, pp. 359 y ss., la cita del texto se encuentra en la p. 369. En un sentido parecido, el mismo autor, se había pronunciado en «Desvertebración del Derecho internacional en la sociedad globalizada», en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. V, 2001, p. 275.

⁵ Vid un cuadro de vetos formulados a lo largo de la historia del Consejo de Seguridad en <http://www.globalpolicy.org/security-council/tables-and-charts-on-the-security-council-0-82/subjects-of-un-security-council-vetoes.html>.

⁶ Sobre el derecho de veto vid. el reciente estudio de I. Torres Cazorla, «El derecho de veto en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: la historia de la válvula de seguridad que paralizó el sistema», *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Bogotá, 2008 pp. 49-88.

nacionales ni de su gravedad. Retengamos, en este punto, a título de ejemplo los sangrientos conflictos que se desarrollan silenciosamente en África o el problema palestino.

El inicio de la gestación del nuevo método de trabajo desarrollado por el Consejo de Seguridad se produce a partir del otoño de 1987, cuando comienza la concertación entre sus miembros permanentes⁷, que ha resultado eficaz si atendemos al número de resoluciones aprobadas. Antes de esta fecha se había aplicado esporádicamente con efectos positivos (como en el caso de Namibia, que inició una vía para la aplicación de la resolución 453 en relación con su independencia). Con ocasión de la invasión y anexión iraquí de Kuwait, este método se transforma en el habitualmente seguido por los miembros permanentes; adoptándose, en menos de dos meses (desde el 2 de agosto hasta el 25 de septiembre), diez resoluciones.

La eficacia del nuevo método de trabajo deriva de las reuniones de los miembros permanentes (el grupo denominado P-5), que les permiten, antes de las sesiones del Consejo de Seguridad, aproximar posturas o limar asperezas en relación a los contenidos que se pretenden incorporar en una resolución. Evidentemente, esas reuniones pueden facilitar el camino para la aprobación del texto, pero no la garantizan, puesto que lo allí acordado no vincula jurídicamente a los participantes, y no impiden la presencia del veto individual, siempre amenazante, o colectivo, derivado de la oposición un número suficiente de miembros no permanentes (7).

Con ser la garantía de eficacia la principal ventaja del método de trabajo, no está ausente de inconvenientes, como la opacidad ya que, a diferencia de lo que ocurre en las sesiones del Consejo, carecemos de actas de esas reuniones que nos permitan conocer los motivos que impulsan la actuación de los miembros permanentes. En palabras del Prof. Remiro no es una práctica taxativamente contraria al Reglamento provisional del Consejo «pero vacía de contenido principios fundamentales de la Carta y es, por lo menos, dudoso que el alegato de eficacia subyacente al escamoteo compense los costes en transparencia y participación en la toma de decisiones y el perjuicio que supone para la autoridad moral de las decisiones mismas»⁸. A ello hay que añadir el ninguneo a los miembros no permanentes del Consejo, ausentes en aquellas reuniones, cuya falta de organización, a pesar de ser mayoritarios en número (los E-10 o elected 10), favorece la aprobación de las resoluciones consensuadas entre los P-5⁹.

⁷ Vid. F. Delon, «Le rôle joué par les membres permanents dans l'action du Conseil de Sécurité», en R.-J. Dupuy (ed.) *Le développement du rôle du Conseil de Sécurité, colloque la Haye 1992*, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 349 y ss.

⁸ Vid. al respecto, A. Remiro Brotons, *Civilizados, Bárbaros y Salvajes en el orden internacional*, McGraw Hill, 1996, p. 203.

⁹ Sobre este particular vid. K. Mahbubani, «The Permanent and Elected Council Members», en D. Malone (ed.) *The UN Security Council. From de Cold War to the 21st Century*, Lynne Rienner Publishers, 2004, pp. 253 y ss., también E.M. Fernández Rubio «Sombras y luces en las dos dimensiones de la reforma del Consejo de Seguridad», en J.M. Beneyto y B. Becerril, *Una nueva Organización de Naciones Unidas para el siglo XXI*, Biblioteca Nueva/Instituto Universitario de estudios europeos de la Universidad CEU San Pablo, 2007, pp. 35 y ss. y «La otra cara de la reforma del Consejo de Se-

La aplicación de este método de trabajo unido al nuevo clima internacional ha provocado lo que P. Andrés ha denominado la «instrumentalización del Consejo por parte de algunos de sus miembros permanentes para adoptar sanciones en casos sumamente discutibles, especialmente en el de Libia, lo que ha potenciado los análisis desde la perspectiva del control de legalidad de las decisiones de este órgano»¹⁰. En este sentido, no olvidemos la práctica calificadora del Consejo de Seguridad, denominada por M. Ortega como errática, absentista y exorbitante¹¹ y, en algunos casos, errónea cuando no manifiestamente falsa. Podemos ilustrar este último calificativo con la resolución 1530 (2004), de 11 de marzo de 2004, en la que se «*Condena* en los términos más enérgicos los atentados con bombas cometidos en Madrid (España) el 11 de marzo de 2004 por el grupo terrorista ETA ...»; adoptada cuando ya se tenían sospechas solventes de la autoría de grupos fundamentalistas de los actos terroristas objeto de condena.

Un reflejo de la instrumentalización aludida por la Profesora Andrés se encuentra en la invasión de Kuwait que, según R.J. Dupuy, se produjo en la creencia por parte del gobierno iraquí de que nada había cambiado en la sociedad internacional, y que el Consejo de Seguridad reaccionaría frente a este grave comportamiento como lo había hecho en ocasiones anteriores: mirando hacia otro lado, debido a la parálisis fruto del desencuentro habitual entre sus miembros permanentes¹². Sin embargo, este caso reflejó no sólo el cambio en las relaciones entre los miembros permanentes, sino también su alcance, lo que permitió la rápida respuesta del Consejo de Seguridad a esa situación calificada de amenaza para la paz¹³, y la aprobación de unas novedosas medidas de dudoso anclaje en el Capítulo VII de la Carta, en lo que fue el inicio, como afirma el Profesor Aznar, de la ampliación y afirmación de los poderes del Consejo de Seguridad tanto en un sentido vertical como horizontal¹⁴.

En el marco de este conflicto se aprueban medidas difícilmente compatibles con el contenido del Capítulo VII de la Carta, en el que necesariamente debía encontrarse su fundamento jurídico. S. Sur defendía la acción del Consejo afirmando que «le droit du Conseil de sécurité n'est pas un droit fait par les juristes, et ce n'est pas un droit pour les juristes»¹⁵, apelando a la lógica de la Carta que pretendió crear

guridad. Sus métodos de trabajo», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 399 y ss.

¹⁰ Vid. P. Andrés Sáenz de Santa María, «Derecho, moral y eficacia en la práctica de sanciones del Consejo de Seguridad», en M. Vargas, A. Salinas (coords.) *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Vol. 1, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005, págs. 155-176, la cita se encuentra en la p. 156.

¹¹ Vid. M. Ortega Carcelén, *Hacia un gobierno mundial*, Salamanca, 1995, 113.

¹² R.-J. Dupuy, en 'Les grands secteurs d'intérêt des organisations internationales', en *Manuel sur les Organisations internationales* (R.-J. Dupuy (coord.), Martinus Nijhoff, 2ª ed. 1998, p. 571.

¹³ Sobre el nuevo contenido de la noción de amenaza para la paz, vid. J.-M. Sorel, «L'élargissement de la notion de menace contre la paix», en SFDI, *Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Colloque de Rennes*, Pedone, 1995, pp. 3 y ss..

¹⁴ Vid. M. Aznar Gómez, *Responsabilidad...* op. cit., nota 2, pp. 27-28.

¹⁵ Vid. S. Sur en las conclusiones del *Colloque de Rennes* de la Société Française du Droit International, op. cit., nota nº 13, p. 311.

un órgano de naturaleza política y acción eficaz, dotado de unas capacidades y límites abstractos que le permitan desarrollar las funciones para las que se creó. En sentido contrario se había pronunciado la Corte Internacional de Justicia algunos años antes, al entender ya en su primera Opinión Consultiva que «le caractère politique d'un organe ne peut le soustraire à l'observation des dispositions conventionnelles qui le régissent, lorsque celles-ci constituent des limites à son pouvoir ou des critères à son jugement»¹⁶. En consecuencia, la naturaleza política del Consejo de Seguridad no soslaya la necesidad de fundamentar sus decisiones en las normas constitucionales de las que mana su poder de acción.

Por otra parte, como indica Santiago Torres, las resoluciones del Consejo de Seguridad siempre «han evitado, más allá de toda justificación razonable, la mención de las disposiciones de la Carta en que se fundamentan, son poco sistemáticas en su presentación, no matizan lo suficiente los distintos aspectos que pueden presentar los comportamientos, controversias o situaciones considerados, amalgaman con frecuencia excesiva cuestiones relativas a distintos Capítulos de la Carta etc.»¹⁷, problemas que motivarían su nulidad si fueran adoptadas en el seno de otras Organizaciones Internacionales. En este sentido es suficiente recordar el art. 263 del tratado de Funcionamiento de Lisboa en relación al control de legalidad en el ámbito de la Unión Europea y observaremos que, en la relación apuntada por S. Torres aparece más de un vicio sustancial de forma (falta de motivación, motivación insuficiente, errónea determinación de la base jurídica...), o incluso por desviación de poder. Sin embargo, en el caso del Consejo de Seguridad, la inexistencia de mecanismos de control directo de su actuación impide la realización de paralelismos en este punto.

Entre las medidas que adolecen de una dudosa compatibilidad con el Capítulo VII destaca la creación (e imposición) de un órgano (la Comisión de indemnizaciones o de compensación) encargada de aplicar un régimen de responsabilidad a Iraq y de sus consecuencias reparadoras, o de otro órgano igualmente subsidiario al que se le atribuyó la tarea de demarcar de la frontera entre Iraq y Kuwait, en lo que fue el inicio de la *originalidad creativa* del Consejo de Seguridad¹⁸. La resolución 687 (1990), entre otras cuestiones, establece las bases para la demarcación de la frontera entre ambos Estados que era objeto de una controversia, utilizando para ello el

¹⁶ Vid. Opinión Consultiva, de 28 de mayo de 1948, relativa a *las condiciones de admisión de un Estado como miembro de las Naciones Unidas*, en CJI, *Recueil 1947-48*, pp. 57-119, el texto transcrito se encuentra en la página 64.

¹⁷ Vid. S. Torres «Perspectivas en la contribución de las Naciones Unidas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales: comentarios y observaciones sobre la declaración de los miembros del Consejo de Seguridad de 31 de enero de 1992», en M. Pérez González (coord.) *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp. 727 y ss. La transcripción del texto se encuentra en la p. 757.

¹⁸ J.E. Stromseth, en «An Imperial Security Council? Implementing Security Council Resolutions 1373 and 1390. The Security Council's Counter-Terrorism Role: Continuity and Innovation», en *American Society of International Law Proceedings*, 2003, vol. 94, p. 42, se refiere a la «intensity of innovation». Por su parte, L.M. Hinojosa en «Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al-Qaeda y los talibanes ¿son realmente inteligentes?», en *REDI*, vol. LVIII (2006), 2, p. 738, habla de creatividad del Consejo de Seguridad en la interpretación de los poderes atribuidos por la Carta a este órgano.

Capítulo VII de la Carta, en lugar del Capítulo VI que le confiere competencias en materia de arreglo pacífico de diferencias. Con ello no sólo se excede de la aplicación de un tratado al efecto (competencia no atribuida en la Carta), sino también porque el instrumento que el Consejo decide que es determinante para esta operación son las «Minutas convenidas entre el Estado de Kuwait y la República del Iraq sobre el restablecimiento de las relaciones de amistad, el reconocimiento y asuntos conexos», firmadas por ambos en ejercicio de su soberanía en Bagdad, el 4 de octubre de 1963 y registradas en las Naciones Unidas, siempre fue rechazado por una de las partes: Iraq¹⁹. Al adoptar esta medida, el Consejo de Seguridad se ha comportado como un órgano judicial, creando un órgano subsidiario (otra Comisión) al efecto, imponiendo por vía de autoridad a las partes sus decisiones que, no olvidemos, tienen por efecto modificar permanentemente los derechos territoriales de Iraq y de Kuwait. Ello sin contar con vínculo jurídico alguno que le permita tal actuación y olvidando el principio de libre elección de medios que caracteriza el arreglo pacífico de controversias internacionales.

Posteriormente decidiría la creación de dos tribunales penales internacionales para juzgar de las violaciones del derecho humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia y en Ruanda²⁰ que, siendo la mayor aportación del Consejo de Seguridad en este ámbito material, carece igualmente de un fundamento jurídico claro en el Sistema de Seguridad Colectiva de Naciones Unidas²¹. La cuestión en este punto no derivaba de la capacidad para crear órganos de naturaleza judicial, sino de que el órgano creador pudiera dotar al subsidiario de unas competencias de las que él carecía²². También actuaría como si de un legislador se tratara imponien-

¹⁹ Sobre esta cuestión puede verse entre otros M.H. Mendelson y S.C. Hulton, «La revendication par l'Irak de la souveraineté sur le Kuwait», *AFDI*, 1990, pp. 195 y ss.).

²⁰ Sobre el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia vid. las resoluciones 808, de 22 de febrero y 827, de 25 de mayo y la resolución 955 (1994) de 8 de noviembre sobre el establecimiento de un Tribunal Penal internacional para Ruanda y la aprobación de su estatuto.

²¹ Sobre este punto puede verse: Vid. Ph. Weckel, «L'institution d'un Tribunal International pour la répression de droit humanitaire en Yougoslavie», *AFDI*, 1993, p. 232 y ss.; K. Lescure, *Le Tribunal Penal International pour l'exYougoslavie*, París, 1994, especialmente pp. 81 y ss; R. Huesa Vinaixa, «El «Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en la exYugoslavia» y la sanción internacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 1994, p. 155 y ss.; L. Condorelli, «Le Tribunal Penal International pour l'exYougoslavie et sa jurisprudence», en *Cursos Bancaja de Derecho Internacional*, 1997, vol. I, pp. 245 y ss. Vid. especialmente pp. 261 y ss.; A. Pigrau «Elementos del Derecho internacional Penal», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 1997, p. 133 y ss; Yusuf Aksar, *Implementing International Humanitarian Law: from the ad hoc tribunals to a permanent international Criminal Court*, Londres y Nueva York, Routledge, 2004; M.T. Comellas Aguirrezábal, *La incidencia de la práctica del Consejo de Seguridad en el Derecho Internacional Humanitario*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 304. Las dudas sobre la capacidad el Consejo de Seguridad para crear el tribunal fundamentaron una excepción preliminar de competencia en el asunto c. Dusko Tadic (Nº IT-94-1 IT), resuelta mediante la decisión de 10 de agosto de 1995 de la Sala de Primera Instancia del TPIY (<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/en/100895.htm>).

²² La CIJ en la Opinión Consultiva, de 13 de julio de 1954, *sobre el efecto de las sentencias del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas*, afirmó la capacidad jurídica de la Asamblea General

do, por vía de la autoridad que deriva del Capítulo VII, normas generales a los Estados miembros frente a fenómenos que, siendo de gran importancia, exceden de lo previsto en la Carta, como el terrorismo internacional o la proliferación de armas de destrucción masiva²³; o las escandalosas resoluciones, auspiciadas por Estados Unidos, enemigo declarado de la Corte Penal Internacional durante la Presidencia de G.W. Bush, aprobadas con el propósito de excluir la posible remisión a este Tribunal de nacionales de Estados no parte en el Estatuto de Roma que participen en operaciones establecidas o autorizadas por Naciones Unidas²⁴.

La *originalidad* de las medidas adoptadas por el Consejo en los últimos años ha provocado la proliferación de estudios doctrinales sobre su actuación, cuestionándose sus poderes y límites²⁵. Las páginas que siguen se dedican a una manifestación de la *originalidad creativa* del Consejo de Seguridad²⁶: la Comisión de

para crear el tribunal administrativo al que dotaba con competencias propias de su creador (Vid. CIJ, *Rec. des C.*, 1954, p. 61).

²³ Vid. sobre terrorismo las resoluciones 1373 (2001), de 28 de septiembre sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo, resolución 1377 (2001), de 12 de noviembre, sobre los esfuerzos mundiales para combatir el terrorismo, la resolución 1438 (2002), de 14 de octubre, nuevamente sobre amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo, o la resolución 1624 (2005), de 14 de septiembre sobre amenazas a la paz y la seguridad internacionales y en relación a las armas de destrucción masiva 1540 (2004), de 28 de abril.

²⁴ Vid. la Resolución 1422 (2002), de 12 de julio, sobre el mantenimiento de la paz por las Naciones Unidas (parágrafo 1) o la Resolución 1497 (2003), de 1 de agosto acerca de Liberia (parágrafo 7).

²⁵ Vid. Y.Z.Blum, *Eroding United Nations Charter*, Dordrecht, 1993; M. Bedjaoui, *Nouvel ordre mondial et contrôle de la légalité des actes du Conseil de Sécurité*, Bruylant, 1994; existe una versión inglesa de esta obra que lleva por título *The New World order and the Security Council. Testing the Legality of its Acts*, Martinus Nijhoff, 1995; S. Lamb, «Legal limits to United Security Council Powers», en G. S. Goodwin-Gill y S. Talmon, (eds.), *The Reality of International Law. Essays in Honour of Ian Brownlie*, Clarendon Press, 1999, pp. 361 y ss.; o más recientemente las monografías de C. Denis, *Le pouvoir normatif du Conseil de Sécurité des Nations Unies: Portée et limites*, Bruylant, 2004, E. de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Hart Publishing, 2004, N. Thomé, *Les pouvoirs du Conseil de Sécurité au regard de la pratique récente du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005. Vid. también en relación a las cuestiones actuales sobre el Consejo de Seguridad, la *Revue Belge de Droit International*, 2004-2, pp. 458 y ss. En la doctrina española se han producido múltiples estudios entre ellos: A. San José «Las consecuencias jurídicas de los actos *ultra vires* de las organizaciones internacionales, en particular la ONU», en *REDI*, vol. XLII, 1990, 2, pp. 443 y ss., V. Abellán, «La ampliación del concepto de 'mantenimiento de la paz y seguridad internacional' por el Consejo de Seguridad de las NU: Fundamento jurídico y discrecionalidad», en M. Pérez González (coord.) *Hacia un nuevo orden internacional y europeo estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, 1993, pp. 3 y ss.; R. Casado, «Consideraciones sobre el control de las decisiones del Consejo de Seguridad de NU», *ADI*, 1994, pp. 335 y ss.; C. Fernández Casadevante, «El poder y el Derecho en las NU: la discrecionalidad del Consejo de Seguridad», en C. Fernández de Casadevante y J. Quel (coord.) *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, Ariel, 1997, pp. 40 y ss; J.A. Pastor, «¿Nuevo gendarme de la paz y la seguridad internacionales? A propósito de la Guerra de Irak de la primavera de 2003», *Pacis Artes obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Editer, 2005, v. I, pp. 463 y ss. M.E. López-Jacoiste, *Actualidad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*, Thomson/Civitas, 2003, junto a una amplia producción sectorial que no reproduciremos aquí por su extensión.

²⁶ El Consejo, sin embargo, no ha alterado sus preferencias en lo que a categorías calificadoras se refiere, ya que la invasión de Kuwait por parte de Iraq la considera en la resolución 660 de 2 de agos-

Indemnizaciones (o de compensación) de Naciones Unidas. La elección de esta medida entre todas las posibles deriva de los perfiles novedosos que presenta por afectar al ámbito de la responsabilidad internacional, por la edificación del procedimiento reparador sobre unas bases muy alejadas de la igualdad de las partes, por los comportamientos que se consideraron objeto de indemnización (incluso los medioambientales), por la gestión de esas indemnizaciones así como por la escasa producción científica monográfica aparecida²⁷. Los factores recién indicados que hacen de este órgano subsidiario un caso singular y particularmente relevante, amerita su estudio.

2. La Comisión de Compensación de las Naciones Unidas

La práctica del Consejo de Seguridad tras la terminación de la guerra fría se caracteriza por lo que el Profesor Remiro ha denominado «(auto)marginación del Consejo de Seguridad de las funciones que le atribuye la Carta²⁸», materializada entre sus (in)acciones selectivas y sus acciones *ultra vires*. Encontramos una buena muestra de ésta última en su reacción a la invasión y posterior anexión iraquí de Kuwait²⁹ y de modo más concreto en la creación y funcionamiento de la Comisión

to de 1990, un quebrantamiento de la paz y la seguridad internacionales, si bien mes y medio más tarde, en la resolución 667, de 17 de septiembre, establece que los actos cometidos en esta crisis constituyen actos de agresión.

²⁷ Entre la que destaca la temprana monografía del Prof., Lillich *The United Nations Compensation Commission: Thirteenth Sokol Colloquium*, Hotei Publishing, 1995, el publicado bajo el mismo título por Marco Frigesi di Rattalma (Kluwer 1999) que es una compilación de documentos (resoluciones del Consejo de Seguridad y decisiones de la Comisión), con un muy interesante capítulo introductorio y bibliografía o el curso de la Academia de Derecho Internacional impartido por Veijo Heiskanen, «The United Nations Compensation Commission», *Rec. des C.* 1996 vol. 296, pp. 255 y ss, además de una docena de artículos doctrinales en publicaciones periódicas.

²⁸ A. Remiro «Terrorismo Internacional, principios agitados», en A. Cuerda y F. Jiménez (dir.), *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Tecnos, 2008, p. 17 yss. La cita se encuentra en la página 31.

²⁹ También en el asunto Lockerbie que fue «el primero en que el C.de S. invoca el capítulo VII de la Carta para, calificando una determinada acción terrorista como amenaza a la paz y seguridad internacionales, decidir la adopción de sanciones contra un Estado miembro (Libia)», A. Remiro y otros, *Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanc, 2007, p. 1365. El caso Lockerbie ha generado una abundante bibliografía entre la que puede consultarse P. Andrés «¿De maximis non curat praetor?. El Consejo de Seguridad y el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto Lockerbie» y E. Orihuela «La actuación del Consejo de Seguridad de la ONU en el asunto Lockerbie: paradigma de incontrolable abuso de poder», ambos en *REDI*, 1992, vol. 44, nº2, pp. 327 y ss. y 395 y ss. respectivamente o T.M. Franck, «‘The Powers of Appreciation’: Who Is the Ultimate Guardian of United Nations Legality?», *AJIL*, 1992, vol. 86, nº 3, pp. 519 y ss.; E. McWhinney, «The International Court as Emerging Constitutional Court and the Co-ordinate United Nations Institutions: Implications of the Aerial Incident at Lockerbie», *Canadian Yearbook of International Law*, 1992, vol. 30, pp. 261 y ss.; V. Gowlland-Debbas, «The Relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the light of the *Lockerbie* Case», *AJIL*, 1994, vol. 88, nº 4, pp. 643 y ss.; R.St.J. Macdonald, «The ICJ and the Security Council of the UN», *El derecho internacional en un mundo en transformación. Liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, M. Rama Montaldo (coord.), Fundación de Cultura Universitaria, 1994, pp. 457 y ss.; M. Platcha «The Lockerbie Case: The Role

de Indemnizaciones cuyo establecimiento se decide en la resolución 687 (1991), de 3 de abril y su nacimiento efectivo es fruto de la aplicación de la posterior resolución 692 (1991), de 20 de mayo.

La Comisión merece un análisis mucho más amplio del que vamos a realizar a continuación, al presentar aspectos en los que no podemos profundizar (como el procedimiento, el análisis sectorial de las reclamaciones ...). Así pues nos limitaremos a estudiar la competencia del Consejo de Seguridad para exigir responsabilidad internacional a un Estado miembro, sobre la base que le ofrece el Capítulo VII de la Carta (2.1); el nacimiento de la Comisión (2.2), su naturaleza (2.3), los daños que son reparables -según la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad, solo los directos-(2.4); los que no lo son (2.5), la legitimación activa para presentar reclamaciones (2.6), y la limitada participación iraquí en el proceso (2.7).

2.1. ¿EL CAPÍTULO VII DE LA CARTA ATRIBUYE AL CONSEJO DE SEGURIDAD LA COMPETENCIA PARA EXIGIR RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL A LOS ESTADOS MIEMBROS?

Aunque la resolución 687, como tantas otras, se proclama adoptada «de conformidad con el Capítulo VII de la Carta» sin especificar más, y desde la presunción de validez de la que gozan las decisiones de este órgano principal, la interpretación del Capítulo referido nos convence de la incompetencia del Consejo de Seguridad para exigir responsabilidad internacional a los Estados Miembros de la Organización. Ello se debe a la falta de fundamento de esta exigencia en cualquiera de las categorías establecidas en los artículos 41 y 42 de la Carta, careciendo de carácter provisional, lo que las aleja igualmente del 40.

A pesar de lo anterior, como afirma M. Aznar, en los últimos años el Consejo de Seguridad atribuye la comisión de ilícitos internacionales y decide las consecuencias jurídicas de ellos derivadas, llegando incluso a establecer «los mecanismos precisos para hacer efectivas tales consecuencias»³⁰. Esta práctica no es, por otra parte, novedosa, ya que incluso durante la guerra fría el Consejo se erigió en órgano decisor de la responsabilidad internacional³¹, determinando los aspectos antes indicados³², aunque sin imponer la modalidad de reparación al Estado identificado como responsable internacionalmente.

Con ocasión de la Crisis del Golfo, el Consejo de Seguridad va a profundizar en esta línea alcanzando límites hasta entonces insospechados. Profundización que se inicia en el párrafo octavo de la resolución 674³³, de 29 de octubre, que «Re-

of Security Council in Enforcing the Principle *Aut Decere Aut Judicare*», en *EJIL*, 2001, vol. 12, nº1, pp. 125 y ss.

³⁰ Mariano Aznar, *Responsabilidad Internacional del Estado y acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*, Madrid, 2000, p. 28.

³¹ Vid. V. Gowland-Debbas, «Security Council Enforcement Action and Issues of State Responsibility», en *International & Comparative Law Quarterly*, 1994, vol. 43, pp., 55 y ss.,

³² M. Aznar, *Responsabilidad Internacional... op. Cit* en nota nº 51, p. 100 y ss..

³³ Antes de la resolución 674 el Consejo de Seguridad había identificado en alguna ocasión la responsabilidad iraquí, véase por ejemplo la Resolución 666, de 13 de septiembre de 1990, en la que reitera que «Iraq sigue teniendo la responsabilidad plena de su bienestar y seguridad con arreglo al

cuerda al Iraq que, con arreglo al Derecho internacional, es responsable por las pérdidas, daños o perjuicios ocasionados a Kuwait o a terceros Estados, y a sus nacionales y sociedades, como resultado de la invasión y de la ocupación ilegal de Kuwait por el Iraq». Esta afirmación no es más que una aplicación de las consecuencias del hecho ilícito según las normas de Derecho Internacional a la situación contemplada, aunque olvidando incorporar en la relación los daños derivados de la violación del *ius in bello*³⁴.

Dos días después de concluir la operación *Tormenta del desierto*, se aprueba la resolución 686 (1991), de 2 de marzo, en cuyo párrafo segundo letra b), el recordatorio torna en la exigencia de aceptación por parte de Iraq de «su responsabilidad con arreglo al derecho internacional» reproduciendo a continuación el resto del párrafo anterior («por las pérdidas, daños...»), y en el apartado d) de aquél (párrafo segundo), continúa exigiendo a Iraq que «dé comienzo de inmediato a la restitución de todos los bienes kuwaitíes incautados por el Iraq», debiendo completarse a la mayor brevedad posible.

Una vez identificada la responsabilidad iraquí y lograda su retirada del territorio anexionado, se adopta la resolución 687³⁵ que, según unos autores, tiene un contenido propio de un Tratado de paz sin serlo. A diferencia de estos últimos instrumentos, el contenido de la resolución del Consejo de Seguridad se impone por vía de la autoridad derivada de sus decisiones adoptadas en aplicación del Capítulo VII de la Carta, debido a la interpretación conjunta de los artículos 25 y 103 de la Carta, avalada por la CIJ en su jurisprudencia, que ha establecido su prevalencia sobre cualesquiera otras³⁶. Sin embargo, hemos de entender que esa obligatoriedad

derecho humanitario internacional...», la resolución 667, de 17 de septiembre del mismo año, recuerda «que el Iraq es plenamente responsable de cualquier uso de violencia contra nacionales extranjeros o contra las misiones diplomáticas o consulares en Kuwait o el personal de éstas» y considera que los actos iraquíes constituyen «una violación flagrante de sus obligaciones internacionales que amenazan con destruir el desarrollo de las relaciones internacionales de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas». Incluso en el párrafo segundo de la misma resolución 674, el Consejo se refería a «las graves transgresiones cometidas por el Iraq».

³⁴ Sobre la violación del derecho humanitario, vid. L. Condorelli «Le droit humanitaire dans la crise et la guerre du Golfe: traitement des populations civiles, prisonniers de guerre, réfugiés, etc.», en B. Stern (dir.), *Les aspects juridiques de la crise et de la guerre du Golfe*, Colloque du Centre de droit international de l'Université Paris X-Nanterre, Montchretien, 1991, pp. 187 y ss.

³⁵ Sobre la resolución 687 vid. entre otros el extenso estudio del Prof. Sur «La résolution 687 (3 avril 1991) du Conseil de Sécurité dans l'affaire du Golfe. Problèmes de rétablissement et de garantie de la paix», en *AFDI*, XXXVII, 1991, pp. 25 y ss. ; R. Zacklin, «Les Nations Unies et la crise du Golfe», en B. Stern (coord.), *Les aspects juridiques de la crise .. op cit.* en nota anterior, p. 69.

³⁶ La Corte en su jurisprudencia ha reiterado la interpretación conjunta de ambos preceptos, vid. la Sentencia de 26 de noviembre de 1984 en el asunto de *las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (excepciones preliminares, CIJ, *Recueil* 1984, p. 440, párrafo 107) o en la Ordenanza de 14 de abril de 1992, en la que se pronuncia sobre las medidas cautelares en las *Cuestiones de interpretación y aplicación de la Convención de Montreal d 1971 como consecuencia del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Reino Unido)*, (en *C.I.J. Recueil* 1992, p. 15, par. 39), contenido reproducido en la Ordenanza de la misma fecha en el mismo asunto entre Libia y Estados Unidos, párrafo 42, pp. 126. El Juez Rezek en su opinión individual a la Sentencia de 27 de febrero de 1998, en el asunto de Lockerbie, (vid. sentencia de Libia c. Reino Unido en pág.

reforzada de las resoluciones del Consejo de Seguridad existe siempre que estos actos sean acordes con la Carta (tanto desde una perspectiva formal como material)³⁷, pero no cuando excedan los límites derivados de ella en cuyo caso no puede gozar de ese beneficio por el exceso producido.

Otros autores, como B. Stern, discrepan de la semejanza de la resolución con los Tratados de paz al estimar que, si bien pone fin a las sanciones militares, no ocurre lo mismo con las económicas, pues el embargo se mantiene, estableciendo que «Le chapitre VII est toujours en vigueur et l'on menace périodiquement l'Irak de réutiliser la force dès lors qu'il refuse de remplir toutes les obligations mises à sa charge par la résolution 687»³⁸, argumento que sería posteriormente utilizado por quienes defendieron la ausencia de necesidad de una nueva resolución que permitiera el uso de la fuerza pretendido por Estados Unidos, Reino Unido y España entre otros en 2004.

En necesario matizar la primera afirmación (su semejanza con un Tratado de Paz), ya que si bien es cierto que la Resolución 687 persigue la aceptación iraquí de las condiciones establecidas en ella³⁹, resulta una percepción excesivamente exagerada en la medida en que se hace depender de ese consentimiento no sólo la vigencia de aquéllas, sino también el alto el fuego⁴⁰ «entre el Iraq y Kuwait y los Estados miembros que colaboran con Kuwait de conformidad con la Resolución 678»⁴¹. Por ello, algunos autores, a pesar de la exigencia de consentimiento por

61 y en la Sentencia Libia c. Estados Unidos p.153) rechaza la conclusión apuntada en el texto, al considerar que el artículo 103 de la Carta es una regla de solución de conflictos entre tratados a favor de la Carta, con independencia de criterios de especialidad o posterioridad, a los que beneficia la regla general contenida en el art. 30 de la Convención de Viena de 1969 a estos efectos (excluyendo expresamente de su aplicación lo establecido en el artículo 103 precitado); pero no al derecho secundario de la Organización, categoría en la que se encuentran las resoluciones del Consejo de Seguridad.

³⁷ Lo que Eugenia López-Jacoiste, en *Actualidad... op. Cit.* (en nota 24), p. 55 denomina imperatividad de las resoluciones del Consejo de Seguridad.

³⁸ B. Stern, en «Une procédure mi-politique, mi-juridictionnelle: le règlement des réparations dues par l'Irak à la suite de la Crise du Golfe», en Y. Daudet, *Actualités des conflits internationaux*, Pedone, 1993, p. 171.

³⁹ No es la primera resolución del Consejo de Seguridad que contiene la exigencia de aceptación, también lo hacía la resolución anterior, la 686, aprobada el 2 de marzo cuyo parágrafo segundo «Exige que el Iraq lleve a cabo su aceptación de las doce resoluciones señaladas, y en particular» la cesación del hecho ilícito desencadenante de la crisis: la anexión de Kuwait, acepte su responsabilidad por los daños derivados de aquel que se hayan producido a Kuwait o a otros Estados; libere a los ciudadanos kuwaitíes o de otras nacionalidades retenidos y, de haber fallecido, entregue sus restos; y, restituya los bienes kuwaitíes de los que se hubiera incautado. La diferencia entre ésta y la resolución 687 aprobada el día siguiente, es que la primera reiteraba las condiciones establecidas en las resoluciones anteriores, mientras que la segunda a ello añadía un sistema y un procedimiento de reparación inusual en lo que a la práctica del Consejo de Seguridad se refiere y muy especialmente, a lo que se desprende del ámbito competencial atribuido por el Capítulo VII de la Carta.

⁴⁰ En este sentido, recuérdense las palabras del Presidente Saddam Hussein al declarar que aceptaba la resolución al carecer de «no choice but to accept it» aunque su contenido era un «unprecedented assault» a la soberanía de un Estado miembro. Vid. en *United Nations Chronicle*, de junio de 1991, pp. 5 y ss.

⁴¹ Vid. la Carta del Ministro de Asuntos Exteriores iraquí, Tareq Aziz, al Presidente del Consejo de Seguridad de 3 de marzo aceptando las obligaciones contenidas en la resolución 686, en *Internatio-*

parte de su destinatario, han defendido el carácter unilateral de la resolución. Es el caso de V. Gowland-Debbas quien tras afirmar que «It is also posible to argue that Resolution 687 should itself be seen as a treaty», reproduce las palabras de Serge Sur al considerar que, a diferencia de un tratado «the unilateral nature of the resolution, wich can be amended or revoked by the Security Council at its discretion, is undeniable»⁴².

Otros autores sí han defendido la naturaleza casi convencional de la Resolución, es el caso de R.J. Zedalis, quien afirma la posibilidad de considerarla «as tantamount to treaty commitments»⁴³. En el caso que nos ocupa, aunque nos encontrásemos ante un Tratado, y el consentimiento iraquí se prestara atendiendo a las amenazantes consecuencias derivadas de su ausencia (según establece la misma resolución 687), no podríamos apelar al artículo 52 de la Convención de Viena de 1969 sobre la nulidad del consentimiento prestado mediante coacción por la amenaza o el uso de la fuerza. Ello es así, porque como indica el Prof. Remiro «los usos *lícitos* de la fuerza aplicados a conseguir la conclusión de un tratado no perjudican su validez»⁴⁴, y convengamos que el uso de la fuerza autorizado por el Consejo de Seguridad entra dentro de esta categoría, por lo que el vicio del consentimiento ha de descartarse, al estarse imponiendo las condiciones de paz al Estado agresor.

En otro orden de consideraciones, desde una perspectiva jurídico-internacional, no cabe duda de la responsabilidad internacional iraquí frente a todos los Estados de la Comunidad internacional, en tanto que autor de violaciones graves de obligaciones *erga omnes*, por lo que cualquier Estado (entendemos que cualquier sujeto, incluyendo en esta categoría a las Organizaciones Internacionales), en su calidad de víctima indirecta de la acción está legitimado para reclamar las responsabilidad internacional (art. 48.1.b del Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional, aprobado en 2001), las consecuencias del hecho ilícito (art. 48.2 del mismo texto) o incluso para adoptar contramedidas contra el infractor con el objeto

nal Legal Materials, 1991, vol. 30, pp. 567. A pesar de lo anterior, el Consejo de Seguridad fundamenta la aprobación de la 687 en la percepción del obstinado incumplimiento iraquí materializado de nuevo en la Carta del 11 de abril de 1991 del Presidente del Consejo de Seguridad al Representante Permanente iraquí en Naciones Unidas, en la que acusa recibo de la carta recibida del Ministerio de Relaciones Exteriores de Iraq «que incluye en su penúltimo párrafo la notificación oficial de la aceptación por el Iraq, irrevocable y sin condiciones particulares, de la resolución 684 (1991) de 3 de abril de 1991», aceptación avanzada en una carta remitida el día anterior por parte del Representante Permanente al Presidente, según consta en el mismo documento. Vid. en *Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad*, 1991, pp. 18-19.

⁴² Vid. en V. Gowland-Debbas, «Security Council Enforcement Action and Issues of State Responsibility», en *ICLQ*, 1994-1, pp. 55 y ss.. La referencia del Prof. Sur a la que alude es la versión inglesa del artículo referido supra en nota nº 31, pp. 25 y ss. titulado «Security Council Resolution 687 of 3 april 1991: Problems of Restoring and Safeguarding Peace», publicado en *United Nations Institute for Disarmament research, Research Papers*, nº 12, (1992), p. 16.

⁴³ R.J. Zedalis, «Gulf War Compensation Standard: Concerns under the Charter», en *RBDI*, 1993-2, pp. 333 y ss. especialmente, vid. págs.. 348 -350, en concreto en la pág. 349

⁴⁴ Vid. A. Remiro, *Derecho internacional público. 2. Derecho de los tratados*, Tecnos, 1987, p. 443.

de «asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada.» (art. 54)⁴⁵. El problema en este punto para las Organizaciones Internacionales que deseen formular esa reclamación en aplicación de las disposiciones aludidas, se encuentra en el ámbito de sus competencias y, dentro de éstas, en su legitimación para actuar en los mecanismos especificados al efecto. En relación al Consejo de Seguridad, recordemos las diferencias entre los Capítulos VI y VII. Por otra parte, una cosa es actuar en aplicación del artículo 48 del Proyecto de artículos, que se refiere a la reclamación de las consecuencias del hecho ilícito, y otra muy distinta es la imposición de un órgano subsidiario encargado, en exclusiva, de decidir la reparación que procede conceder a los reclamantes, que aplica un procedimiento particularmente concebido al efecto⁴⁶; y, cuyas decisiones resultan jurídicamente obligatorias para el Estado que ha de reparar, al ser dictadas por un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad, ejecutándose sobre los fondos administrados por él mismo.

La competencia del Consejo de Seguridad para actuar en el contexto de la responsabilidad internacional no puede ser consecuencia del contenido del Proyecto de Artículos, sino del marco competencial atribuido por la Carta. En este sentido el artículo 59 de este Proyecto afirma que «Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de la Carta de las Naciones Unidas». No podía ser de otro modo, debido al art. 103 de la Carta que impone la prevalencia de las obligaciones derivadas de ella sobre cualesquiera otras. Lo que nos ubica ante el ámbito competencial establecido por el Capítulo VII, en cuya aplicación afirma actuar el Consejo Seguridad en la aprobación de estas resoluciones.

Ciertamente, el Sistema de Seguridad Colectiva establecido en la Carta permite al Consejo adoptar medidas en caso de amenaza para la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión y, en su aplicación adoptó sanciones contra Iraq (recuérdese la resolución 661 y siguientes) que se mantienen y siguen aplicándose paralelamente al funcionamiento de la Comisión. A pesar de lo anterior, cuando se adopta la resolución 687 y las posteriores que ponen en marcha la Comisión, el hecho ilícito detonante de la actuación del Consejo de Seguridad ya ha desaparecido: Kuwait se liberó de la anexión iraquí. Convengamos, por lo demás, que la argumentación para evitar esta dificultad no resulta demasiado convincente, teniendo en cuenta que el Consejo en la Resolución nos transmite su «la necesidad de

⁴⁵ En el comentario a este último contenido se parte de la adopción de reacciones individuales o colectivas y en estas últimas distinguiéndose entre las estatales y las institucionales, dentro de las que se encontrarían las adoptadas en el marco del Capítulo VII de la Carta a las que el Proyecto no resulta aplicable. Vid. el texto del Proyecto de artículos con sus comentarios, aprobado por la Comisión de Redacción en segunda lectura en su 53º período de sesiones, p. 387 indica expresamente que la situación perfilada en el texto «no está comprendida en los artículos. De manera más general, los artículos no abarcan el caso en que las medidas son tomadas por una organización internacional, aun cuando los Estados miembros dirijan o fiscalicen su comportamiento» Vid. en <http://www.un.org/law/ilc/>

⁴⁶ Procedimiento que ha sido considerado por alguno de sus defensores como «a unique mechanism of non-discriminatory –with the notable exception of iraquí claims». Vid. A. Gattini, «The United Nations Compensation Commission: Old Rules, New Procedures on War Reparations», en *EJIL*, 2002, vol. 13, nº 1, pp. 161 y ss. La frase se encuentra en la página 165.

adoptar las medidas siguientes de conformidad con el Capítulo VII de la Carta» y «teniendo presente su objetivo de restablecer la paz y la seguridad internacionales en la región de conformidad con sus resoluciones recientes». Ello después de congratularse por la recuperación de la soberanía kuwaití, de reafirmar «la necesidad de tener seguridades de que las intenciones del Iraq son pacíficas, habida cuenta de que ese país invadió y ocupó ilegalmente Kuwait»,... de mostrarse «consciente de la necesidad de demarcar esa frontera» y «de que todas las armas de destrucción en masa constituyen una amenaza para la paz y la seguridad de la región y la necesidad de propiciar el establecimiento de una zona libre de esas armas en el Oriente Medio», de observar que se ha progresado en el cumplimiento de la resolución 686 a pesar de lo cual «se desconoce el paradero de muchos kuwaitíes y nacionales de terceros Estados y no se han restituido algunos bienes».

En todo caso, aunque consideremos que la justificación que aporta la Resolución, en relación con la adopción de las medidas incorporadas, se acomoda al presupuesto fáctico exigido por el art. 39, su contenido ha de acomodarse a las categorías previstas en los artículos 40 a 42 de la Carta, que supone el ámbito competencial atribuido al Consejo de Seguridad, y en el que ha de buscarse la base jurídica de la creación de la Comisión. El único de ellos en el que resultaría posible ubicar esta decisión es su artículo 41⁴⁷. Sin embargo, si interpretamos este precepto contextualizándolo en el Capítulo en el que se encuentra y en la totalidad del texto en el que se incorpora (de acuerdo con la regla general para la interpretación de los tratados establecida en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969), concluiremos que la medida en cuestión difícilmente puede fundamentarse en aquél por diversos motivos: 1) porque, como defendía H. Kelsen⁴⁸, las medidas previstas en el artículo precitado sólo pueden adoptarse contra Estados cuyos comportamientos constituyan una amenaza para la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, y el presupuesto fáctico en el caso de Iraq ya había desaparecido cuando se decide la creación de la Comisión de Indemnización; 2) el objeto perseguido con la creación de la Comisión no es la desaparición de la amenaza para la paz, el quebrantamiento de la paz o el acto de agresión, sino alcanzar una reparación derivada de la anexión de Kuwait, pudiendo, en su caso, ser objeto de consideración al amparo del Capítulo VI de la Carta, pero no del VII; 3) por último, la finalidad de las acciones incorporadas a título de ejemplo en el artículo 41 persiguen el aislamiento del Estado infractor: aislamiento económico, político, de comunicaciones.... Pero no la imposición de reparaciones cuya finalidad no es el aislamiento del infractor sino la indemnización derivada de la infracción, respondiendo en consecuencia a un propósito diverso del allí contemplado.

⁴⁷ No son medidas con fundamento en el art. 40 de la Carta, vid. en este sentido el Comentario de J.M. Sorel, en J-P. Cot, A. Pellet y M. Forteau, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Economica, 3ª ed. 2005., pp. 1171 y ss., tampoco pueden ubicarse en el art. 42, vid. el Comentario de P. Daillier, en la misma obra, pp. 1243 y ss. El comentario sobre el artículo 41 está firmado por E. Lagrange y P-M. Eisemann, y se encuentra en pp.1195 y ss.

⁴⁸ Vid. H. Kelsen, en *The Law of the United Nations*, Stevens and Sons, Ltd, 1951, pp. 735 y ss.

Si no podemos fundamentar jurídicamente la adopción de una medida en ninguno de los preceptos que habilitan al Consejo de Seguridad a actuar en el Capítulo VII de la Carta ¿será que este órgano se excede del poder que el Tratado Constitutivo de la Organización Internacional en cuya estructura se incardina le atribuye? Técnicamente solo podemos responder afirmativamente a la cuestión planteada, aunque la doctrina en este punto no es unánime. J.F. Murphy, por ejemplo, indica que la resolución 687 (1991) es un ejercicio de los poderes generales de los que goza el Consejo en virtud del art. 24 de la Carta⁴⁹; otros, como Ch. Tomuschat⁵⁰ alcanzan idéntica conclusión, utilizando un argumento distinto, estimando que el Consejo de Seguridad goza de un amplísimo poder de apreciación en lo que se refiere a la operación calificadora ex artículo 39 de la Carta. S. Marchisio va más allá al afirmar la ausencia de límites en cuanto a la capacidad calificadora del Consejo de Seguridad, al entender su competencia para desencadenar la aplicación del Sistema de Seguridad Colectiva, aunque el presupuesto fáctico no se acomode a ninguna de las categorías establecidas en el art. 39 de la Carta, y sin necesidad de considerar la situación en presencia constitutivo de ninguno de los tipos allí indicados⁵¹. El carácter ilimitado de los poderes del Consejo de Seguridad alcanzaría también, según estos autores, a las medidas que puede decidir con fundamento en el artículo 41, lo que le facultaría a interpretar extensiva y flexiblemente los poderes que parecen desprenderse del Capítulo VII de la Carta, pudiendo desempeñar otros distintos de aquéllos, aunque difícilmente puedan encontrar acomodo en una disposición particular de la Carta.

Al hilo de lo anterior, recuérdese que el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia hubo de pronunciarse sobre el alcance competencial del Consejo de Seguridad (del que es, como la Comisión de indemnizaciones, un órgano subsidiario), en respuesta a una excepción preliminar de incompetencia fundamentada precisamente sobre la actuación *ultra vires* de este órgano. La sala de apela-

⁴⁹ J.F. Murphy, «Force and Arms», en O. Schachter y C. Joyner (dir) *United Nations Legal Order*, t.1, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 23. En este sentido, la CIJ en la Opinión consultiva de 21 de junio de 1971 sobre las consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de África del Sur en Namibia a pesar de la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, alude a los poderes generales, al afirmar que la mención de los poderes específicos de los que es titular el Consejo de Seguridad en virtud de art. 24.2 «no excluye la existencia de poderes generales destinados a permitirle cumplir con las responsabilidades atribuidas por el parágrafo 1 del mismo artículo.» (Ver el parágrafo 110 en p. 52).

⁵⁰ Ch. Tomuschat «Obligations Arising for States Without or Against Their Will», *Rec. des C.* 1993, vol. IV, t. 241, pp.344-346 (concretamente en este punto la p. 333); del mismo autor «L'adaptation institutionnelle des Nations Unies au nouvel ordre mondial», en R. Ben Achour et S. Laghmani (dir), *Les nouveaux aspects du droit international, Rencontres internationales de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Colloque des 14, 15 y 16 de avril 1994*, Pedone, 1994, pp. 159-157; L.M.- Goodrich, E. Hambro y A.P. Simons, *Charter of the United Nations – Commentary and Documents*, Columbia University Press, 3ª ed. 1969, pp. 204-20 ; o, P. Szasz «General Law-Making Processes», en O. Schachter y C. Joyner (dir) *United Nations Legal Order*, t. 1 Cambridge University Press, 1995, pp. 35-108, pp. 62 ; o del mismo autor, «The Security Council Starts Legislating», *AJIL*, 2002-4, pp. 901-905.

⁵¹ S. Marchisio, en *L'ONU. Il diritto delle Nazioni Unite*, ed. Il Mulino, 2000, p. 191.

ciones argüía, en defensa de su creador, el amplio poder discrecional del que goza este órgano principal de Naciones Unidas para decidir las medidas a adoptar en cada caso concreto «et évaluer leur caractère adéquat»⁵².

Contrario a la discrecionalidad del Consejo de Seguridad se muestra S. Torres, quien considera que las actuaciones de este órgano principal «en el desempeño de su responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales no están concebidas en la Carta en términos discrecionales. Se trata de actuaciones regladas en la propia Carta». Este Tratado, según el mismo autor, al perfilar los poderes del Consejo de Seguridad «constituye una garantía contra el arbitrario que debe recordarse ahora más que nunca dada precisamente la «entente» que existe en el seno del Consejo entre sus miembros permanentes»⁵³. En relación a la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad, recordemos las palabras de J.-M. Sorel quien afirma que aquélla (discrecionalidad), lejos de implicar el ejercicio de poderes ilimitados, se caracteriza «par une libre appréciation à l'intérieur d'une légalité définie»⁵⁴. La inexistencia de marco jurídico de referencia para el ejercicio de ese poder transforma la discrecionalidad en la arbitrariedad.

De otro lado, es evidente que el órgano principalmente encargado por la Carta de las Naciones Unidas del mantenimiento de la paz, ha de garantizar el respeto del Derecho internacional, no puede actuar en contra o al margen de este ordenamiento, salvo que exista una norma que se lo permita, y la Carta carece de un contenido de este tipo. En defensa de esta idea se ha alzado un importante sector doctrinal⁵⁵ que defiende el carácter reglado y, en consecuencia, limitado de las competencias del Consejo, línea en la que debemos interpretar la opinión de sus miembros que mostraron las dudas competenciales al respecto, en la sesión en la que se produjo la aprobación de la resolución 687. En esta ocasión, los representantes de algunos Estados miembros, es el caso de Yemen o Cuba, partiendo de la necesidad de que Iraq indemnizara de conformidad con el Derecho Internacional, discutieron abier-

⁵² Es el párrafo 31 de la Sentencia de 2 de octubre de 1995 de la Sala de Apelaciones del TPIY, en el asunto de Dusko Tadic (IT-94-I-AR 72). La amplísima extensión de los poderes discrecionales del Consejo de Seguridad se reitera en el párrafo 39 de la misma sentencia.

⁵³ Vid. en S. Torres «Perspectivas en la contribución de las naciones unidas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales: comentarios y observaciones sobre la declaración de los miembros del Consejo de Seguridad de 31 de enero de 1992», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*, M. Pérez González (coord.), 1993, p. 727 y ss..

⁵⁴ J.-M. Sorel «Le caractère discrétionnaire des pouvoirs du Conseil de Sécurité : remarques sur quelques incertitudes partielles», en *RBDI*, 2004/2, pp. 462 y ss. La cita es de la pág. 464.

⁵⁵ Vid. en este sentido, entre otros R.J. Zedalis «Gulf War Compensation Standard: Concerns under the Charter», en *RBDI*, 1993-2, p. 333 y ss.; A. Remiro, *Civilizados, Bárbaros y salvajes en el nuevo orden internacional*, McGraw-Hill, 1996, pp. 187-188; Vid. G. Arangio Ruiz, «The 'Federal Analogy' and UN Charter Interpretation: A Crucial Issue», *EJIL*, 1997/1, pp. 1-28; del mismo autor «On the Security Council's Law Making» *Rivista di Diritto Internazionale*, 2000/3, pp. 609-725 o M. Bedjaoui, *Nouvel ordre Mondial et contrôle de la légalité des actes du Conseil de Sécurité*, Bruylant 1994, p.p. 41-44 ; también K. Doehring «Unlawful Resolutions of the Security Council and their Legal Consequences», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 1, 1997, p. 108, sin olvidar a Santiago Torres citado en la nota anterior.

tamente la competencia del Consejo, cuestionándose el motivo por el cual se pretendía actuar en un ámbito cuya competencia correspondía a la Corte Internacional de Justicia, argumento igualmente argüido por Iraq⁵⁶.

En realidad, ninguno de los Estados miembros del Consejo de Seguridad afirmó su competencia para crear la Comisión de indemnizaciones (ni ninguna otra medida emprendida en virtud de la resolución 687), los defensores de la resolución se limitaron a justificarla atendiendo a la singularidad de la situación. Fue el caso de Ecuador (reconociendo esa singularidad, rechaza la usurpación de funciones que realiza el Consejo en relación a la Corte Internacional de Justicia, no en cuanto a la solución del aspecto indemnizatorio sino en lo tocante a la controversia fronteriza existente entre Iraq y Kuwait⁵⁷), India (tras apelar a la singularidad del caso, afirmaba la falta de legitimidad del Consejo de Seguridad para imponer por la autoridad del Capítulo VII de la Carta la solución a un conflicto regional), y Zimbabwe (entendiendo que lo extraordinario del conflicto requiere soluciones extraordinarias)⁵⁸. Incluso el representante de los Estados Unidos reitera esos términos afirmando que la resolución se ajustaba a la singularidad de las circunstancias que rodearon el conflicto⁵⁹, o el de la (todavía) URSS apelando a la vertiente ejemplarizante de la resolución.

Junto con la singularidad de la situación, se han esgrimido otros argumentos en defensa de la creación de la Comisión de indemnizaciones, como el que fundamenta la competencia del Consejo de Seguridad en el Capítulo IX de la Carta que confiere poderes a las Naciones Unidas para «promover... la solución de problemas internacionales de carácter económico» (art. 55.b). Idea fácilmente rebatible, puesto que el instrumento para lograr ese objetivo es la cooperación internacional y no la imposición de un sistema de determinación y pago de indemnizaciones, y ello sin atribuir expresa o implícitamente competencias al Consejo de Seguridad ex Capítulo VII de la Carta para actuar en este ámbito material. La rapidez y agilidad del procedimiento establecido por la Comisión frente a la lentitud característica de la Corte Internacional de Justicia, es otra línea de defensa. Ciertamente el procedimiento ante el órgano judicial principal de Naciones Unidas puede demorarse en el tiempo, pero la agilidad o rapidez en lograr una solución nunca puede ser la base jurídica determinante de la competencia de un órgano para actuar al margen del ámbito material atribuido por el Tratado constitutivo de la organización internacional en cuya estructura se incardina.

⁵⁶ Vid. en S/PV.2981, pp. 36-50 y la posición de Cuba, en págs.. 58-71. Iraq sostuvo este mismo argumento en la Carta de 27 de mayo de 1991 del Representante permanente de Iraq en las Naciones Unidas dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad, UN Doc. S/22643, pp. 2-3, en la que dudaba de la competencia del Consejo de Seguridad para crear un órgano subsidiario con los poderes de los que se pretendía dotar a la Comisión, evitando al órgano que entendía competente a estos efectos: la Corte Internacional de Justicia.

⁵⁷ Vid. la opinión de Ecuador en S/PV.2981, pp. 105 y ss.

⁵⁸ La opinión defendida por India y Zimbabwe puede consultarse en S/PV.2981, pp. 56 y ss., especialmente pp. 72-80.

⁵⁹ Vid. la intervención del representante de los Estados Unidos después de la votación en S/PV.2981, pp. 82-91, en ella justifica la aprobación de la resolución en criterios de justicia sin mencionar en absoluto la legalidad en la actuación del Consejo de Seguridad en este punto.

Por su parte, R.J. Zedalis apunta el posible fundamento de la competencia del Consejo de Seguridad para exigir responsabilidad internacional en la Carta, en los párrafos tercero y sexto de su preámbulo⁶⁰. Aunque algunos comentaristas de la Carta defiendan que el preámbulo tiene idéntico valor que los artículos 1 y 2 del mismo texto⁶¹, lo cierto es que de la redacción de los párrafos indicados difícilmente se desprende la competencia que se pretende extraer de ellos: la capacidad de imponer la reparación derivada de un hecho ilícito a un Estado miembro, en el marco que le ofrece el Capítulo VII de la Carta. A. Gattini, entiende que el Consejo de Seguridad es plenamente competente para decidir la creación de la Comisión, debido a que dentro de sus atribuciones como órgano principalmente responsable en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales se encuentra también la de su restablecimiento y, en consecuencia, la capacidad de decidir y regular las consecuencias derivadas de la agresión iraquí⁶².

En último término, como el Profesor Aznar, no podemos compartir la apreciación del Profesor Alcaide cuando afirma que «el proceso del Capítulo VII no es tan distinto del proceso jurídico de la responsabilidad»⁶³ puesto que, tanto el presupuesto de aplicación de uno y otro son diferentes, como lo es el proceso de adopción de medidas en ellos fundamentadas. El argumento que más distingue ambas instituciones se encuentra en que la responsabilidad internacional es «un criterio de exclusiva legalidad el que informa una apreciación jurídica con resultados asimismo jurídicos», mientras en la activación del Sistema de seguridad colectiva depende esencialmente de «criterios de eficacia» y de «apreciación política de los hechos por parte del Consejo de Seguridad» y no del criterio de legalidad⁶⁴. En este sentido, no está de más recordar que las medidas adoptadas ex Capítulo VII de la Carta no tienen una naturaleza punitiva, pretendiéndose con ellas exclusivamente el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y, en consecuencia, el cese de la situación que las motiva, pero no el castigo del responsable de los comportamientos que merecen esta calificación.

2.2. EL NACIMIENTO DE LA COMISIÓN DE INDEMNIZACIONES

Una de las consecuencias de la afirmación de la responsabilidad iraquí por parte del Consejo de Seguridad es la imposición de la reparación de ella derivada⁶⁵,

⁶⁰ R.J. Zedalis, «Gulf War compensation standard: Concerns under the Charter», *RBDI*, 1993-2, pp. 333 y ss. La afirmación se encuentra en p. 334.

⁶¹ Vid. Sobre este particular, J-P. Cot y A. Pellet, «Préambule», en *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, dirigido por estos dos autores junto con M. Forteau, Ed. Economica, 3ª ed., 2005, p. 287 y ss., el contenido indicado en el texto se encuentra en la pág. 291.

⁶² Vid. A. Gattini, «The UN Compensation Commission: Old Rules, new Procedures on War Reparations», en *EJIL*, 2002, vol. 13, nº 1, pp. 161 y ss. La idea reflejada en el texto se encuentra en la página 165.

⁶³ J. Alcaide, «El sistema de las Naciones Unidas y los crímenes internacionales de los Estados», en AA.VV. *La ONU, 50 años después*, Universidad de Sevilla, 1996, pp. 151 y ss. la cita del texto se encuentra en la pág. 190.

⁶⁴ Vid. M. Aznar, *La Responsabilidad internacional... op. cit.*, pp. 138.

⁶⁵ Vid. sobre las reparaciones, el estudio de N. Roth-Arriaza «Reparations and Decisions and Dilemmas», en *Hastings International & Comparative Law Review*, 2004, vol 27, pp. 157 y ss.

mediante el mecanismo por él previsto: la creación de una Comisión a la que se encomienda resolver las demandas de reparación que reciba y administrar el Fondo establecido con el propósito de sufragar las indemnizaciones decididas por este órgano, así como los gastos derivados de su funcionamiento. La creación, tanto del Fondo como de la Comisión se decide en la resolución 678 (1991) de 3 de abril⁶⁶, cuyo contenido, especialmente el de su sección E, es no sólo novedoso sino también de dudosísimo fundamento en el Capítulo VII de la Carta. En el párrafo 16 de la Resolución, el Consejo de Seguridad afirma el alcance de la responsabilidad iraquí «por toda pérdida directa y daño directo, incluidos los daños al medio ambiente y la destrucción de recursos naturales, y por todo perjuicio directo resultante de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait».

Además, encarga al Secretario General la elaboración de recomendaciones para la creación efectiva del Fondo junto con una breve referencia a la Comisión. En concreto, se le pide que el Proyecto incluya: «la administración del Fondo; los mecanismos para determinar el nivel apropiado de la contribución del Iraq al Fondo sobre la base de un porcentaje del valor de sus exportaciones de petróleo y de productos de petróleo, hasta un máximo que el Secretario General sugerirá al Consejo teniendo en cuenta las necesidades del pueblo del Iraq, la capacidad de pago del Iraq, evaluada conjuntamente con instituciones financieras internacionales y habida cuenta del servicio de la deuda externa, y las necesidades de la economía iraquí; los arreglos para garantizar que se hagan pagos al Fondo; el proceso por el cual se asignarán los fondos y se harán pagos en respuesta a las reclamaciones; los procedimientos adecuados para evaluar las pérdidas, establecer listas de reclamaciones y verificar su validez y resolver las disputas respecto de reclamaciones en relación con la responsabilidad del Iraq especificada en el párrafo 16; y la composición de la Comisión...»

En el límite del plazo dado para ello (30 días), el 2 de mayo, Javier Pérez de Cuéllar presentó el informe requerido en el párrafo 19 de la resolución 687 (1991)⁶⁷, en virtud del cual, la Comisión tendría la naturaleza de órgano subsidiario del Consejo de Seguridad (ex art. 29 de la Carta), ubicándose, en consecuencia, bajo su autoridad. Según la concepción del Secretario General, el Consejo de Administración sería el órgano principal de la Comisión y estaría compuesto por un representante de cada uno de los miembros del Consejo de Seguridad, asistido por unos comisarios expertos en materias diversas sobre las que tendría que trabajar, actuando a título individual y no como representantes de los Estados de nacionalidad o que les hubieran designado, cuyo número determinaría el Consejo de Administración en función del volumen de trabajo.

⁶⁶ Sobre la descripción del funcionamiento de la Comisión, puede verse: J.R. Crook, «The United Nations Compensations Commission – A New Structure to Enforce State Responsibility», en *AJIL*, 1993, n° 87-1, pp.144-157.

⁶⁷ Vid. en *informe de 2 de mayo de 1991 del Secretario General en aplicación del Párrafo 19 de la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad*, S/22559, párrafo 5, reproducido en la Decisión de 20 de mayo de 1991 (2987ª sesión), en *Repertorio de la práctica del Consejo de Seguridad*, 1991, p. 696.

Por su parte, la resolución 692 (1991), de 20 de mayo, decide el establecimiento efectivo del Fondo y de la Comisión, dotando a ésta de un órgano principal: su Consejo de Administración (Governing Council en su versión inglesa⁶⁸) que se ubicaría en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra⁶⁹, pudiendo decidir los posibles desplazamientos para realizar fuera de su sede las actividades que considere necesarias. La dependencia de la Comisión respecto del Consejo de Seguridad se ilustra nítidamente por la composición de su órgano principal, conformado como su apéndice, debido a su formación, lo que llevó a F.L. Kirgis a afirmar que el Consejo de Administración es, en esencia, su *alter ego*⁷⁰. Sin embargo, existe una diferencia relevante en cuanto al modo de adopción de decisiones, al establecerse el consenso y, subsidiariamente, la mayoría nueve miembros (umbral establecido para las decisiones de procedimiento del Consejo de Seguridad en el artículo 27 de la Carta) «except with regard to the method of ensuring that payments are made to the Fund», en cuyo caso en ausencia de consenso el asunto se reenvía al Consejo de Seguridad para que decida⁷¹.

La estructura de la Comisión responde a la apuntada por el Secretario General en su Informe de 2 de mayo de 1991; ya que junto al Consejo de Administración encontramos a los Comités formados por comisarios, que son técnicos en distintas materias (juristas, economistas, contables, ambientalistas, especialistas en seguros...), actuando a título personal, sin representar a Estado alguno. El nombramiento de los miembros de estos Comités corresponde al Consejo de Administración (vid. Parte III del Reglamento provisional para el procedimiento de reclamaciones -arts. 18 a 27-)⁷². Cuenta además con la Secretaría y el Fondo de indemnizaciones del que se financian los gastos de la Comisión, tal y como indicaba el Secretario General, y se sufragan las indemnizaciones decididas por la Comisión de Compensación⁷³. A esta estructura orgánica se añade en 1994 el Comité para materias administrativas, creado por el Consejo de Administración⁷⁴.

Establecido lo anterior, restaba por resolver la cuestión relativa a la contribución iraquí al Fondo. Con esta finalidad, el 15 de agosto de 1991 el Consejo de

⁶⁸ Aunque la denominación inglesa pueda parecernos más apropiada que la francesa o española, no podemos olvidar que dentro de la estructura de la Comisión de indemnizaciones el encargado de administrar el Fondo de indemnizaciones es este Consejo.

⁶⁹ Se trata de Villa «La Pelouse», en el Palacio de las Naciones, ocupado por la Sociedad de Naciones desde 1936 y heredado en 1946 por la Organización de las Naciones Unidas.

⁷⁰ Vid. F.L. Kirgis, jr. «Claims Settlement and the United Nations Legal Structure», en R.B. Lillich, *United Nations Compensation Commission*, transnational Publishers, 1995, p.103 y ss., especialmente, p. 108 y ss., también V. Heiskanen «United Nations Compensation Commission», *Rec.des C.* 2002, p. 271.

⁷¹ El sistema de adopción de decisiones aplica lo sugerido al efecto en el par. 10 del *informe de 2 de mayo de 1991 del Secretario General en aplicación del Párrafo 19 de la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad*, S/22559. Op. cit. en nota nº 67.

⁷² El Reglamento provisional se encuentra publicado en la 10ª Decisión del Consejo de Gobierno, aprobada en la 27ª reunión, sexta sesión de 26 de junio de 1992. Es el Documento S/AC.26/1992/10.

⁷³ Vid. los párrafos 3 y 39 del Informe citado en nota nº 67.

⁷⁴ A través de la Decisión 14, de 18 de diciembre de 1992, Doc. S/AC.26/1992/14.

Seguridad aprueba dos resoluciones. En la primera de ellas, la Resolución 705 (1991), aceptaba la sugerencia del Secretario General, en el sentido de que la contribución máxima iraquí al Fondo «no excederá del 30% del valor anual de las exportaciones de petróleo y productos petrolíferos del Iraq»⁷⁵; en la segunda, la Resolución 706 (1991), autoriza temporalmente (seis meses⁷⁶) a los Estados a importar petróleo iraquí y productos de él derivados por un valor máximo de 1.600 millones de dólares, cantidad a la que se aplicaría el porcentaje indicado en la resolución previa con el objeto de financiar el Fondo, sufragar los gastos corrientes de la Comisión, y dotar de liquidez las decisiones que este órgano pudiera adoptar. Por otra parte, el Fondo de indemnizaciones se beneficia de las prerrogativas e inmunidades propias de las cuentas de las Naciones Unidas, establecidos en el art. 105 de la Carta, en virtud del párrafo sexto de la resolución 712 (1991), de 19 de septiembre. Para evitar posibles embargos estatales la misma resolución proclama igualmente la inmunidad judicial del petróleo iraquí y sus productos derivados, con el propósito de evitar la descentralización de las demandas indemnizatorias, a resolverse por la Comisión creada al efecto por la resolución 692 (1991), y no ante los tribunales estatales, posibilidad también existente, como se verá *infra*.

No podemos olvidar en este punto que, una de las críticas iraquíes en relación al sistema de reparación ideado por el Consejo de Seguridad se refiere a la financiación con cargo al Fondo (recordemos el origen de su dotación) del funcionamiento de este órgano subsidiario⁷⁷. Este hecho no puede sorprendernos ahora, ya lo ponía de relieve el Secretario General en el primero de sus informes realizados en relación a la Comisión⁷⁸. Como afirma B. Graefrath «Iraq is under no legal ob-

⁷⁵ El Secretario General, en el párrafo séptimo de la carta que dirige al Consejo de Seguridad el 30 de mayo de 1991 (S/22661) estima que «With oil exports expected to reach about \$21 billion by 1993 imports should absorb about 48 per cent of export earnings and debt servicing approximately 22 per cent. I suggest, therefore, that compensation to be paid by Iraq (as arising from section E of resolution 687) should not exceed 30 per cent of the annual value of the exports of petroleum and petroleum products from Iraq», posteriormente reducida al 25%, en aplicación del párrafo 12 de la resolución 1330 (2000), de 5 de diciembre, destinándose la diferencia (5%) a «proyectos estrictamente humanitarios para atender a las necesidades de los grupos más vulnerables del Iraq», según establece el mismo párrafo. En la página web del Programa Petróleo por Alimentos la distribución de los beneficios logados con las exportaciones petrolíferas iraquíes: 72% se dedica a financiar el programa humanitario; el 2'2% para los gastos de Naciones Unidas de naturaleza administrativa y operacional, el 0'8% para el programa de inspección de armas y el 25% restante al Fondo de Compensación. Vid. en <http://www.un.org/Depts/oip/index.html>. Sobre el programa en cuestión, véase R. Méndez Silva «El Programa Petróleo por Alimentos para Iraq: impericias y trasiegos» en *Comercio Exterior*, Vol. 59, Nº. 4, 2009, pp. 306-318. Sobre el escándalo producido como consecuencia de la mala gestión del programa Petróleo por alimentos vid. entre otros http://news.bbc.co.uk/1/hi/spanish/international/newsid_4234000/4234361.stm o <http://ecodiario.eleconomista.es/internacional/noticias/656765/07/08/Petroleo-por-alimentos-13-millones-de-euros-de-multa-a-empresas-holandesas.html>

⁷⁶ Renovándose e incluso ampliándose la cantidad permitida, vid. en este sentido la resolución 986 (1995), de 14 de abril que lo eleva hasta los 2.000 millones de dólares.

⁷⁷ Vid. la Carta del Ministro iraquí de Asuntos Exteriores, de 14 de noviembre de 1993, Doc. S/AC.26/1993/None Nº 17.

⁷⁸ Informe de 2 de mayo de 1991, Doc. S/22559, párrafo 29, p. 10.

ligation to pay for machinery that the claimant States considered necessary to create in order to coordinate their policy and to enforce a procedure on Iraq that cannot be justified under international law»⁷⁹. Además, incluso la designación de los expertos propuestos por Iraq y nombrados por este órgano subsidiario del Consejo de Seguridad (que decide no solo la identidad de quienes van a actuar en esta calidad, sino también su número así como las tareas a cumplir –vid. infra en el epígrafe 2.7-) se financian con ese Fondo, estimándose *a priori* el gasto derivado de esta asignación de personal técnico entre 3 y 5 millones de dólares⁸⁰.

Para buscar un precedente a la Comisión de indemnizaciones hemos de retrotraernos al sistema de reparaciones establecido en el Tratado de Versalles, como indica E.J. Garmise su mayor semejanza se encuentra en que «Iraq, like Germany under the treaty of Versailles, has been denied a meaningful role in the claims process»⁸¹, y en la similitud estructural y procedimental entre ambos «Both forced the defeated nation to take moral and financial responsibility for most of the damage resulting from the war. Both were designed around a multinational commission from which the defeated nation were excluded. Furthermore, both commissions were entrusted with evaluating claims presented by each government and setting the level of reparation payments in a fixed payment schedule»⁸². Además de ello, se observan otras similitudes, por ejemplo en el punto de partida: tanto el Tratado de Versalles como las resoluciones del Consejo de Seguridad ponían punto final a sendas guerras con una amplia participación estatal provocadas precisamente por los perdedores de la contienda, a quienes se imponía el sistema de reparaciones⁸³. Por otra parte, las Comisiones constituidas al amparo del Tratado de Versalles y en aplicación de las Resoluciones precitadas del Consejo de Seguridad, carecen de miembros designados por Alemania en el primer caso e Iraq en el último⁸⁴.

Ciertamente, desde entonces ha habido otra suerte de órganos encargados de resolver las indemnizaciones o reparaciones derivadas de hechos ilícitos, como el

⁷⁹ Vid. B. Gaefrath, «Iraqi Reparations and the Security Council», en *ZAöRV*, 1995, pp. 1 y ss. la cita del texto se encuentra en la página 47, donde afirma además que «It cannot be considered to be a legitimate function of the Security Council under Chapter VII of the Charter, in particular since the UN was not a party to the Gulf War and Iraq had accepted in principle its duty to make reparation»

⁸⁰ Vid. en este sentido el parágrafo 6 de la Decisión 124 citada supra.

⁸¹ E. J. Garmise, «The Iraqi Claims Process and the Ghost of Versailles», en *New York University Law Review*, 1992, vol. 67, pp. 840 y ss., la transcripción del texto se encuentra en p. 843. Vid. infra epígrafe 2.7

⁸² Id. Nota anterior, en la página 870.

⁸³ Obsérvese que el artículo 231 del Tratado de Versalles establece que: «The Allied and Associated Governments affirm and Germany accepts the responsibility of Germany and her allies for causing all the loss and damage to which the Allied and Associated Governments and their nationals have been subjected as a consequence of the war imposed upon them by the aggression of Germany and her allies», contenido al que recuerdan las resoluciones del Consejo de Seguridad.

⁸⁴ El anexo II del Tratado de Versalles indica en relación con este punto que elegirán a los miembros de la Comisión: «the United States of America, Great Britain, France, Italy, Japan, Belgium and the Serb-Croat-Slovene State.» Los miembros del Consejo de Administración de la Comisión, como se ha reiterado en el texto, son representantes de los componentes del Consejo de Seguridad, siendo elegidos los de las comisiones por el Consejo de Administración.

órgano arbitral de Estados Unidos e Irán⁸⁵, que no sirve de precedente por distintas razones, sin que sea la menor de ellas, su naturaleza consensual, ya que ciertamente éste (a diferencia de la Comisión de Naciones Unidas) se estableció en aplicación de los Acuerdos de Argel de 1981⁸⁶. El equilibrio entre las partes en la composición del órgano decisor es otra de las diferencias: en el caso entre Estados Unidos e Iraq, el órgano arbitral estaba formado por nueve miembros, de los que cada Estado parte elegía tres; y, los restantes era fruto de la decisión consensuada entre ambas partes; frente a la imposición de su formación en el caso iraquí. El equilibrio también estuvo presente en aquel supuesto en el desarrollo del procedimiento, lo que permitió a Irán ejercer el derecho de defensa en un plano de igualdad con el Estado reclamante, inexistente en relación a Iraq en el procedimiento ante la Comisión de compensación de Naciones Unidas⁸⁷ (vid. infra epígrafe 2.7).

2.3. LA NATURALEZA CUASI JUDICIAL DE LA COMISIÓN DE INDEMNIZACIONES

El Secretario General de Naciones Unidas, en su informe remitido el 2 de mayo de 1991 al Consejo de Seguridad, afirma en relación a la naturaleza de la Comisión que «is not a court or an arbitral tribunal before the parties appear; it is a political organ that performs an essentially fact-finding function of examining claims, verifying their validity, evaluating losses, assessing payments and resolving dispute claims»⁸⁸. En todo caso y, dada la naturaleza de las funciones atribuidas a la Comisión, el Secretario, en el mismo informe, no puede sino reconocer que «a quasi-judicial functions may be involved», evitando proclamar la evidencia de la atribución de competencias claramente judiciales; conociendo, sin embargo, que este órgano subsidiario habría de resolver las demandas de reparación formuladas por quienes se sintieran víctimas (personas físicas, jurídicas, Estados u organizaciones internacionales, aunque canalizadas las primeras a través de los sujetos de Derecho Internacional) de los daños provocados por la Guerra del Golfo. En este sentido, aunque algunos miembros del Consejo de Seguridad (también Iraq), afirmaban la competencia del órgano jurisdiccional principal de las Naciones Unidas, éste en el ejercicio de su función contenciosa, se encontraría con dos impedi-

⁸⁵ Sobre este órgano arbitral vid. Ch.N. Brower, «The Iran-United States Claims Tribunal», en *Rec. des C.*, 1990, t. 224, pp. 127 y ss.; G.H. Aldrich, *The Jurisprudence of Iran-United-States Claims Tribunal*, Clarendon Press, 1996; Ch. N. Brower y J.D. Brueschke (eds.), *The Iran-United States Claims Tribunal*, Nijhoff, 1998 y R.B. Lillich y D.B. Brueschke (eds.), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility*, Transnational Publications, 1998; la crónica coordinada por P. Daillier, S. Szurek, H. Gherari y D. Müller, «Tribunal irano-américain de réclamations», en *AFDI*, 1999, pp. 515 y ss.

⁸⁶ Vid. B. Audit, «Les «Accords» d'Alger du 19 janvier 1981 tendant au règlement des différends entre les Etats-Unis et l'Iran», en *Journal du Droit International*, 1981, pp. 713 y ss. y P. Juillard, «Le rôle joué par la République populaire et démocratique d'Algerie dans le règlement u contentieux entre les Etats-Unis d'Amérique et la République islamique d'Iran», en *AFDI*, 1981, pp. 19 y ss.

⁸⁷ Encontramos un estudio comparando ambos órganos en Ch. B. Brower, «The Lessons of the Iran-U.S. Claims tribunal Applied to Claims against Iraq», en R.B. Lillich (ed.), *The United Nations Compensation Commission*, Transnational Publishers, 1995, pp. 15 y ss.

⁸⁸ Es el parágrafo 20 del Informe precitado S/22559, en nota nº 67.

mentos: el primero, su carácter facultativo y la ausencia de aceptación de la jurisdicción obligatoria por parte de Iraq (salvo existencia de otros vínculos jurisdiccionales); el segundo, que sólo los Estados cuentan con legitimación para actuar activa o pasivamente ante la CIJ (artículo 34 del Estatuto). En todo caso, la posibilidad de que un órgano de naturaleza jurisdiccional resolviera las solicitudes de reclamación fue una alternativa descartada, según G. Townsend, debido a la oposición estadounidense que prefería el establecimiento de un órgano políticamente controlado por el Consejo de Seguridad⁸⁹.

Hay autores que justifican la capacidad del Consejo de Seguridad para crear la Comisión de indemnizaciones en la naturaleza política de este órgano subsidiario; es el caso de G. Townsend, que fundamenta esta naturaleza en la rapidez y eficacia de su actuación; o, B.G. Affaki, en el carácter político de la misión encomendada a la Comisión⁹⁰. Otros, como R. Lillich y Ch. N. Brower, caracterizan a la Comisión como un órgano administrativo debido a que su función es implementar la resolución 687 del Consejo de Seguridad; aunque en el mismo texto se refieren a la *jurisdicción* de la Comisión, cuyo ejercicio caracteriza a un órgano jurisdiccional y no administrativo como lo califican los autores en la misma página⁹¹. Por otra parte, incluso los más firmes defensores de la competencia del Consejo de Seguridad en relación al nacimiento la Comisión de indemnizaciones parten de su naturaleza judicial. Es el caso de V. Heiskanen quien, tras negar la incompetencia del Consejo de Seguridad para ejercer funciones judiciales, defiende que este órgano tiene «authority to establish a subsidiary organ invested with such judicial powers», siempre que sea necesario para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales⁹². El caso que nos ocupa corresponde, según la opinión del mismo autor, a esta categoría, al considerar que no indemnizar a las víctimas impediría el restablecimiento de la paz en la zona⁹³.

Ambas cuestiones son muy discutibles, primera de ellas, la capacidad del Consejo para crear la Comisión de indemnizaciones porque, como ha establecido Santiago Torres, en su estudio sobre los órganos subsidiarios⁹⁴ (tras afirmar la inexis-

⁸⁹ Vid. G. Townsend, «The Iraq Claims Process: A Progress Report on the United Nations Compensation Commission & U.S. Remedies», en *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.*, 1994-1995, vol. 17, pp. 973 y ss. La idea referida en el texto se encuentra en la página 978.

⁹⁰ Vid. B.G. Affaki, «The United Nations Compensation Commission: A New Era in Claims Settlements?», en *Journal of International Arbitration*, 1997, n° 3, pp. 21 y ss.

⁹¹ Vid. R. Lillich y Ch. N. Brower «Opinion Regarding the Jurisdiction and Powers of the United Nations Compensation Commission (February 10, 1992)», en *Va. J. Int'l L.*, 1997-1998 vol. 38, p. 25 y ss.

⁹² En esta línea vid. el parágrafo 67 del *Report and Recommendations made by the Panel of Commissioners appointed to Review the Well Blowout control Claim (the «WBC Claim»)*, de 18 de diciembre de 1996, doc. S/AC.26/1996/5/Annex, al afirmar que «...when making resolution 687 (1991), the Security Council acted under Chapter VII of the United Nations Charter, i.e., it exercised its powers under that Chapter to maintain and restore international peace and security».

⁹³ Vid. En V. Heiskanen «United nations Compensation... op. cit., pp. 307-309

⁹⁴ Vid. S. Torres Bernárdez, «Subsidiary Organs», en P.M. Dupuy (dir.), *Manuel sur les Organisations Internationales*, Martinus Nijhoff, 1988, pp. 100 y ss., La afirmaciones del texto se encuentran respectivamente en las páginas 106 (la inexistencia de reglas generales) y 119 (sobre la función de

tencia de reglas generales aplicables a este fenómeno) su función es prestar asistencia a los órganos principales o a la propia Organización Internacional en cuya estructura se incardina. En todo caso, el alcance de las funciones delegadas en un órgano subsidiario se encuentra limitada por el ámbito competencial del órgano principal que lo ha creado⁹⁵. En este sentido podemos apuntar las dudas sobre la legitimidad de la creación de la Comisión planteadas por F.L. Kirgis⁹⁶.

En consecuencia, un órgano principal de una Organización no puede crear otro subsidiario para transferirle funciones de las que carece, por mucho que se compare el contenido de los arts. 29 y 7.2 de la Carta entendiendo que, si bien el primero restringe la creación de órganos subsidiarios al cumplimiento de las funciones del Consejo de Seguridad, el segundo no incorpora ese límite y permite la creación de los que se estimen necesarios. Sin embargo, la conclusión no puede ser la capacidad del órgano principal para elegir entre las dos formulaciones aquélla que nos permita actuar como pretendemos. Por el contrario, se han de interpretar conjuntamente ambas, lo que sólo nos puede conducir a afirmar que, si bien el art. 7.2 cuenta con una redacción general, el artículo 29 más específico y ubicado dentro de los poderes del Consejo de Seguridad nos conduce a la conclusión contraria a la pretendida por el autor⁹⁷. El artículo 29 de la Carta resulta meridianamente claro al facultar expresamente al Consejo de Seguridad para establecer los órganos subsidiarios que considere necesarios «para el desempeño de sus funciones», en clarísima referencia a las funciones con las que cuenta el órgano principal (art. 29).

En relación a la segunda justificación defendida por V. Heiskanen, cabe tan solo indicar que el art. 39 de la Carta atribuye al Consejo de Seguridad la capacidad para actuar cuando previamente identifique una amenaza para la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión⁹⁸, lo que en el caso de Iraq era la anexión del territorio kuwaití, habiéndose restituido su independencia cuando se decide la creación de la Comisión de indemnizaciones. De no proceder a la reparación de los daños y devolución de bienes incautados nos encontraríamos con controversias bilaterales entre los Estados víctimas (pudiendo desempeñar una dual actuación: en

los órganos subsidiarios). En la 2ª edición de la obra las afirmaciones se mantienen en las páginas 110 y 126. En el mismo sentido vid. entre otros, L. Condorelli, «Le Tribunal Penal International .. *op. cit.*», en nota 23, p. 261 y ss.

⁹⁵ Vid. H. Mosler, «La Organización Internacional y la distribución de competencias», Escuela de Funcionarios Internacionales, *Cursos y Conferencias del curso 1955-56*, Madrid 1957, vol. I, p. 577; P. Reuter, «Les organismes subsidiaires des organisations internationales», en *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Pedone, 1960, p. 426, C-A. Colliard, *Institutions des relations internationales*, 7ª ed. Dalloz, 1978, p. 657 o S. Torres, id. Nota anterior, p. 141, y en la pág. 149 de la 2ª ed. (1998).

⁹⁶ Vid. F.L. Kirgis «Claims Settlement and the UN Legal Structure», en R.B. Lillich, *The United Nations Compensation Commission*, Transnational Publishers, 1995, pp. 103 y ss. especialmente en la p. 110.

⁹⁷ Vid. Comentarios a los artículos 7 y 29 de la Carta realizados respectivamente por T. Melescanu y E. Decaux, publicados en J-P. Cot, A. Pellet y M. Forteau, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Ed. Economica, vol. I, 3ª ed. 2005, en pp. 575 y 975 y ss.

⁹⁸ Aunque como se refirió supra existan voces discrepantes al respecto, vid. supra notas nº 49 y 50.

su propio nombre y/o en ejercicio de la protección diplomática de sus nacionales), en cuyo caso el Consejo de Seguridad podría actuar pero, como se apuntó *supra*, no en aplicación del Capítulo VII de la Carta sino del Capítulo VI, dedicado precisamente al arreglo pacífico de controversias.

También V. Heiskanen, tras afirmar la naturaleza judicial de la Comisión, considera que en el procedimiento aplicable a las solicitudes de indemnización ha de equilibrarse la agilidad de la justicia y el derecho al debido. La primera característica es deseable y la segunda propia de los medios de arreglo jurisdiccional de controversias internacionales, pero que no se predicen de los de naturaleza política⁹⁹.

Un elemento a favor de la naturaleza judicial de la Comisión deriva de la misma Decisión 10 del Consejo de Administración, que titule con la rúbrica de *Derecho aplicable*, el contenido del artículo 31 del reglamento provisional para el procedimiento de reclamaciones, tras lo cual afirma que para resolver las solicitudes presentadas al efecto, los comisarios aplicarán junto con las Resoluciones del Consejo de Seguridad, especialmente la 687 (1991), «other relevant rules of international law», referencia contenida en los informes y recomendaciones de los Comités¹⁰⁰. Podemos identificar en este punto las diferencias básicas entre el arreglo jurisdiccional (procurado mediante la aplicación del Derecho, resultando jurídicamente obligatoria la solución aportada), y político (intentan resolver la diferencia al margen de aquella aplicación, el arreglo en sí mismo carece de efectos vinculantes). Convergamos en consecuencia que, desde esta perspectiva, la Comisión es un modelo de arreglo jurisdiccional, por el motivo antes apuntado. Sin olvidar que las decisiones acerca de las solicitudes de reparación adoptadas por el Consejo de Administración implican el pago de la indemnización decidida del Fondo que aquel órgano subsidiario administra. El Tercer Informe realizado por J. Crawford sobre Responsabilidad internacional de los Estados, no duda en considerar a la Comisión de Indemnizaciones dentro de la categoría de «otras jurisdicciones establecidas que tratan problemas vinculados a la reparación, incluso cuestiones de indemnización»¹⁰¹. A pesar de lo anterior, hay quien intenta probar la naturaleza política de la Comisión apelando a la rapidez y eficacia de su actuación¹⁰².

Creemos en este punto que el Secretario General, cuando afirma la naturaleza política de la Comisión, aunque se le atribuyan poderes cuasi-judiciales, no podía pronunciarse en sentido distinto del que lo hizo, teniendo en cuenta la incapacidad

⁹⁹ Vid. V. Heiskanen, op. cit., p. 289.

¹⁰⁰ Es el caso del párrafo 65, p. 22 del *Report and Recommendations made by the Panel of Commissioners appointed to Review the Well Blowout control Claim (the «WBC Claim»)*, de 18 de diciembre de 1996, doc. S/AC.26/1996/5/Annex., en el que se indica que «According to paragraph 16 of Security Council resolution 687 (1991), which under article 31 of the Rules forms part of the law applicable before the Commission....»

¹⁰¹ Vid. en el Doc. A/CN.4/507/Add.1, de 15 de junio de 2000, párrafo 156, pp. 27-28.

¹⁰² Vid. G. Townsend, «The Iraq Claims Process: A Progress Report on the United Nations Compensation Commission & U.S. Remedies», en *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.*, 1994-1995, vol. 17, pp. 973 y ss. La idea referida en el texto se encuentra en la página 978.

del Consejo de Seguridad para crear órganos subsidiarios de naturaleza judicial¹⁰³, dotándolos de competencias de las que el mismo autor carece¹⁰⁴. El debate sobre esta cuestión se vio desbordado pocos años después con la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, excediéndose claramente de las competencias atribuidas a este órgano principal por la Carta de Naciones Unidas. El Consejo, en ambos casos, justificó su decisión exclusivamente en la rapidez y eficacia de su implantación. Parece claro que, de no haberse impuesto por la autoridad del Capítulo VII de aquel texto a todos los Estados, no habría podido exigirse a aquéllos que, bajo ningún concepto, hubieran manifestado su consentimiento en obligarse por el eventual tratado constitutivo.

Es cierto que si bien los poderes que el órgano principal pretende transferir al subsidiario puede no tenerlos atribuidos expresamente, podría gozar de su titularidad en virtud de la teoría de los poderes implícitos¹⁰⁵, aplicable a las Naciones Unidas, en tanto que Organización Internacional¹⁰⁶. La CIJ se ha referido en distintas ocasiones a esta posibilidad en ejercicio de su jurisdicción consultiva. La primera de ellas, fue en la opinión que emitió sobre *las reparaciones de los daños sufridos al servicio de Naciones Unidas*, en la que afirmaba que de acuerdo con «le droit international, l'organisation doit être considérée comme possédant ces pouvoirs qui, s'ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont, par une conséquence nécessaire, conférés à l'Organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions de celle-ci». Posteriormente aplicaría este contenido en la Opinión Consultiva relativa al *efecto de las sentencias del Tribunal administrativo de las Naciones Unidas cuando deciden indemnizaciones*, al indicar que, ante la ausencia de una competencia explícita en la Carta «la Cour estime que le pouvoir de créer un tribunal chargé de faire justice entre l'organisation et les fonctionnaires était essentiel pour assurer le bon fonctionnement du Secrétariat et pour donner effet à cette considération dominante qu'est la nécessité d'assurer les plus hautes qualités de travail, de compétence et d'intégrité. La capacité de ce faire est nécessairement impliquée par la Charte. L'existence de cette capacité conduit à rechercher maintenant l'organe». Más recientemente, en respuesta a la cuestión formulada por la Organización Mundial de la Salud sobre *la licitud de la utilización de las armas nucleares por un Estado en un conflicto armado* afirma que « Les com-

¹⁰³ Vid. en este sentido L. Cavaré, «La notion de juridiction internationale», en *AFDI*, 1956, pp. 496 y ss.

¹⁰⁴ D. Sarooshi, «The Legal Framework Governing United Nations Subsidiary Organs», en *BYBIL*, 1996, pp. 413 y ss. En la página 426 afirma: «The principal organ must itself possess either the express or implied power which it seeks to delegate to its subsidiary».

¹⁰⁵ Vid. la definición de poderes implícitos en J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public* Bruylant, 2001, p. 859

¹⁰⁶ Vid. Respectivamente la Opinión Consultiva, de 11 de abril de 1949, sobre *las reparaciones de los daños sufridos al servicio de Naciones Unidas* (en CIJ, *Recueil* 1949, p. 182); la Opinión Consultiva de 13 de julio de 1954, relativa al *efecto de las sentencias del Tribunal administrativo de las Naciones Unidas decidiendo indemnizaciones*, (CIJ, *Recueil*, 1954, p. 57); y, la Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996, sobre *la licitud de la utilización de las armas nucleares por un Estado en un conflicto armado* (CIJ, *Recueil*, 1996, p. 79)

pétences conférées aux organisations internationales font normalement l'objet d'une formulation expresse dans leur acte constitutif. Néanmoins, les exigences de la vie internationale peuvent mettre en lumière la nécessité pour les organisations de disposer, aux fins d'atteindre leurs buts, de compétences subsidiaires non expressément prévues dans les textes fondamentaux qui gouvernent leur activité. Il est généralement admis que les organisations internationales peuvent exercer de tels pouvoirs dits «implicites».

Evidentemente, como apunta M. Virally, el efecto del reconocimiento de los poderes implícitos es la interpretación extensiva de las competencias atribuidas en el Tratado constitutivo¹⁰⁷. Lo anterior, sin embargo, no puede conducirnos a afirmar la ampliación de los poderes del Consejo de Seguridad sin límites ni controles, al margen del ámbito competencial establecido en la Carta.

Además, en la medida en que a la Comisión de Compensación se le caracteriza con una dualidad funcional podría considerarse su naturaleza híbrida. Ello es así por cuanto tiene atribuidas, junto con la labor de resolver las solicitudes de reparación, la administración del Fondo establecido en aplicación de la resolución 687, excediendo su cometido, en consecuencia, del ámbito estrictamente jurisdiccional. Ello a pesar de que el objeto exclusivo de esas tareas de administración sea sufragar los gastos derivados del funcionamiento de la Comisión y distribuir las cuantías debidas por las indemnizaciones decididas. Ambas funciones se aplican en cada solicitud concreta, dado que es un único órgano decisor: primero la indemnización correspondiente en cada caso para, posteriormente, cuando ha sido autorizada por su Consejo de Administración, proceder al desembolso de la cuantía acordada ingresada en el Fondo que administra.

Por su parte, B. Stern caracteriza a la Comisión «à mi-chemin entre l'organe politico-administratif et l'organe juridictionnel»¹⁰⁸, aunque no por el motivo indicado, sino al advertir que el sistema establecido para decidir sobre las solicitudes de reparación cuenta con aspectos propios del arreglo político junto con otros arbitrales¹⁰⁹. Ciertamente, el órgano principal dentro de la estructura de la Comisión (el Consejo de Administración) tiene una naturaleza subrayadamente política, recordemos que está compuesto por representantes del Consejo de Seguridad, y es quien decide sobre los informes que contienen las propuestas realizadas por las Comisiones sobre las reclamaciones. Por su parte, F. Paolillo fundamenta el carácter administrativo de la Comisión en el propósito de sus creadores que, en sus palabras, no

¹⁰⁷ Vid. M. Virally, *L'Organisation Mondiale*, Armand Colin, 1972, p. 211.

¹⁰⁸ Vid. en B. Stern, «Une système hybride : la procédure de règlement pour la réparation des dommages résultant de l'occupation illicite du Koweït par l'Irak», en *McGill Law Journal*, 1992, vol. 37, pp. 625 y ss. y de la misma autora «Une procédure mi-politique, mi-juridictionnelle: le règlement des réparations dues par l'Irak à la suite de la crise du Golfe», en Y. Daudet (dir), *Actualités des conflits internationaux*, Pedone, 1992, p. 171 y ss.

¹⁰⁹ Sobre cuestiones de procedimiento, F. Kirgis, critica que el Consejo «has no rules of procedure for fair adjudicative hearings; nor could it reasonably be expected to adopt or follow any rules» Vid. F. L. Kirgis, «The Security Council's First Fifty Years», en *AJIL*, 1995, vol. 89, nº3, pp. 506 y ss., el texto transcrito se encuentra en la página 525. En este mismo sentido, T. Eitel «The United Nations Security Council and its Future Contribution in the Field of International Law», en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2000, vol. 4, pp. 53 y ss..

fue otro que establecer «un procedimiento fundamentalmente administrativo, sin demandantes y demandados, sin contestaciones o réplicas, sin apelaciones o revocaciones y, en general, sin las formalidades propias de un procedimiento contencioso que se desarrolla ante un tribunal, con el propósito de proporcionar una reparación rápida y justa a un vasto número de damnificados»¹¹⁰. Afirmación que formula tras reconocer que las actividades encomendadas a la Comisión se ejercen normalmente por órganos judiciales¹¹¹.

En relación al primero de los argumentos apuntados por F. Paolillo, la eficacia de la Comisión, recordemos que si bien es cierto que se tramitaron y resolvieron las solicitudes de forma ágil y rápida, no ocurrió lo mismo con el paso siguiente: la liquidación de la reparación. El 29 de octubre de 2009 la Comisión de Compensación emitió un comunicado de prensa en el que se informaba que se la cuantía total de las reparaciones transferidas ascendía a algo más de la mitad de las decididas (un 53.9% del total), correspondiendo las cantidades pendientes a las categorías E y F¹¹².

Sobre las funciones judiciales ejercidas por la Comisión, convengamos que los órganos más próximos a la naturaleza judicial son los comités, de los que les separa una importante diferencia: la ausencia de poder de decisión, al limitarse su papel a presentar propuestas de decisión al Consejo de Administración que es quien decide.

2.4. SOLO SON REPARABLES LOS DAÑOS DIRECTOS

La resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad no nos avanza referencia alguna sobre el procedimiento aplicable en el seno de la Comisión más allá de la limitación de las indemnizaciones a los perjuicios directos (en su parágrafo 16) y ello sin establecer el sentido preciso del adjetivo empleado. Bien es cierto que la práctica arbitral histórica se refiere al daño directo como indemnizable mientras el indirecto se entiende no indemnizable¹¹³. En todo caso, solo pueden pertenecer a aquella categoría los daños que cuenten con un nexo de causalidad con el hecho

¹¹⁰ Vid. F. Paolillo, «Reclamaciones colectivas internacionales: el caso de los damnificados por la crisis del Golfo», en AA. VV. *El Derecho Internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Fundación de cultura universitaria, 1994, pp. 545 y ss. el texto transcrito se encuentra en la página 554. Obsérvese que Felipe Paolillo fue el primer secretario adjunto de la Comisión.

¹¹¹ F. Paolillo, en «Reclamaciones... id. Nota anterior, p. 559, indica las siguientes: la designación de los Comisionados se realiza teniendo en cuenta sus competencias personales, las propuestas de las Comisiones al Consejo de Administración se realizan aplicando el Derecho Internacional, de su lectura se desprende la aplicación de criterios técnico-jurídicos, cada Comisión «resuelve la admisibilidad, pertinencia, importancia e influencia de la prueba presentada por los reclamantes», tal y como establece el art. 35.1 del Reglamento; además, en virtud del art. 38 d) de este texto, en casos complicados, las Comisiones pueden «solicitar la realización de audiencias orales, en las que los reclamantes podrán presentarse directamente con asistencia de letrados u otros representantes».

¹¹² Vid. el Comunicado de prensa de 29 de octubre en <http://www.uncc.ch>. Se han transferido 234.607.654,59 \$, ascendiendo las concedidas a 52.383.356.715.

¹¹³ Sobre el concepto de daños directos e indirectos, el vínculo causal y la multiplicidad de causas, vid. el segundo informe de Arangio-Ruiz sobre Responsabilidad de los Estados, en CDI, *Anuario* 1989, vol. II, 1, pp. 1 y ss.

ilícito, por tanto, con la invasión y anexión de Kuwait por Iraq¹¹⁴. Por su parte, el Profesor Frigessi, afirma que la mención expresa que hacen tanto el parágrafo 16 de la resolución 687 (1991), como el Reglamento provisional de procedimiento de la Comisión de Indemnizaciones al Derecho internacional suponen una «référéce explicite aux règles du droit international en matière de causalité et probablement une vague invitation à la modération»¹¹⁵.

Moderación de la que ha hecho gala la Comisión si tenemos en cuenta que ha concedido algo menos del 15% de la cuantía total de las indemnizaciones solicitadas¹¹⁶. G. Townsend apunta que el procedimiento establecido facilita la presentación que quejar «inflated or spurious»¹¹⁷, D. Browen, en un artículo publicado en *The Independent*, reproducía las palabras de Anthony Tracey (principal in Touche Ross's corporate finance department), afirmando que «The procedure is a clear invitation for everyone to overstate the claim by as much as posible»¹¹⁸.

En otro orden de consideraciones, la Comisión ha estructurado procedimientos diversos en función de la categoría de reclamaciones ante la que nos encontrásemos, estableciendo un total de seis, cuatro de ellas (A, B, C y D) responden a las solicitudes individuales, en las que la distinción deriva de la gravedad del daño producido, lo que necesariamente repercute sobre la cuantía de la reparación. Así, pertenecen a la categoría A, las solicitudes presentadas por individuos o familias que se vieron obligados a abandonar Kuwait o Iraq desde el 2 de agosto de 1990 hasta el 2 de marzo de 1991. Las reclamaciones B pretenden reparar los daños personales graves (incluido el fallecimiento), al solicitante o a los miembros de su familia más próxima (cónyuge, hijos o padres). Las reclamaciones C corresponden a aquellas que, considerándose indemnizables, no tienen cabida en las anteriores debido a su cuantía (hasta 100.000\$), reservándose las denominadas D para las demandas de más de 100.000\$. El ámbito material de estas últimas alcanza a 21 subcategorías que incorporan desde los perjuicios derivados de la salida forzosa de Kuwait o de Iraq; lesiones, sean físicas o psicológicas; pérdidas materiales ya sea en los bienes (muebles o inmuebles) cuentas bancarias, acciones, seguros, de negocio... Las Reclamaciones de la Categoría E persiguen la indemnización de los daños sufridos por empresas; mientras las F son las procedentes de Estados y Organizaciones Internacionales. Dentro de estas dos últimas categorías se establecie-

¹¹⁴ Vid. en este sentido el segundo Informe sobre la responsabilidad de los Estados, de Arangio-Ruiz, cit. en nota anterior, pp. 12-13.

¹¹⁵ M. Frigessi di Rattalma, «Le régime de responsabilité internationale institué par le Conseil d'Administration de la Commission de Compensation des Nations Unies », en *RGDIP*, 1997-1, pp. 45 y ss. La indicación del texto se encuentra en las pp. 61-62.

¹¹⁶ En la página web de la Comisión (<http://www.uncc.ch/status.htm>) se indica que las demandas resueltas solicitaban en total 352.532.838.903\$, habiéndose concedido un total de 52.383.356.715\$ USA, lo que produce un 14'86%.

¹¹⁷ Vid. G. Townsend en «The Iraq Claims Process: A Progress Report on the United Nations Compensation Commission & U.S. Remedies», en *Loy. L. A. Int'l & Comp L. J.*, 1994-1995, vol. 17, pp. 973 y ss. la cita es de la página 986.

¹¹⁸ El artículo de D. Browen, se publicó el 28 de septiembre de 1992 en *The Independent* y aún puede leerse en <http://www.independent.co.uk/news/business/uk-firms-losing-out-on-gulf-claims-1554215.html>.

ron de nuevo múltiples subdivisiones (nueve en total, una de ellas E/F) atendiendo a criterios materiales, a subjetivos y otras a ambos¹¹⁹.

Los Paneles o Comités de comisarios son los encargados de determinar, en cada supuesto, la existencia de vinculación directa entre el ilícito iraquí y el daño por el que se solicita una reparación, informando y proponiendo al Consejo de Administración el comportamiento a adoptar. Existen, en todo caso, unos límites mínimos y máximos aplicables a la cuantía de la reparación debida. Así, por ejemplo para las reclamaciones A, se establece una reparación de 2.500 o 4.000\$ estadounidenses para las solicitudes individuales y de 5.000 u 8.000\$ estadounidenses para las familiares. Para las reclamaciones B, si son individuales les corresponderían 2.500\$ y si fueran familiares, la compensación podría elevarse hasta los 10.000 \$¹²⁰. También fue el Consejo de Administración en su primera Decisión quien impone la prioridad en el tiempo tanto en la sustanciación como en el desembolso de las categorías A, B y C que debían estar liquidadas antes de iniciarse el trámite correspondiente a las que pertenecen a las D, E y F.

Sin embargo, los Comités no siempre han aplicado el criterio del daño directo de forma unívoca. Comparemos lo acaecido entre los receptores de las denominadas reclamaciones B y C. El Comité encargado de las reclamaciones B clasifica los daños objeto de consideración en cinco categorías (accidentes de tráfico, falta de atención médica, las lesiones o la muerte como consecuencia de la invasión y la ocupación de Kuwait; los daños sufridos en los campos de refugiados y los daños o la muerte provocada por autoridades no iraquíes), estableciendo conexiones particularizadas para cada una de ellas. Así, salvo en el caso de los perjuicios producidos en los campos de concentración o los accidentes de tráfico (producidos entre el 2 de agosto de 1990 y el 2 de marzo de 1991), en los que se encuentre implicado un vehículo militar iraquí en los que no es necesario añadir nexo alguno, estableciéndose para las restantes categorías la necesidad de probar la relación de causalidad con la invasión y anexión¹²¹.

Especialmente ilustrativo resulta el ejemplo que el mismo Comité apunta en relación a los accidentes de tráfico, en los que distingue entre los accidentes denominados *militares* y el resto. En relación a los primeros, quedan excluidos los que sean consecuencia de una acción militar (ataques aéreos que producen a los conductores pérdidas de control). A los accidentes de tráfico no militares hay que aplicar criterios adicionales al de la fecha, debiendo probarse claramente el vínculo directo con la invasión y la ocupación. Este Comité aplica lo que M. Frigessi di Rattalma denomina «criterios de previsibilidad y de normalidad del perjuicio»¹²², para aludir a su conformidad con la práctica judicial y arbitral preexistente.

¹¹⁹ Sobre las Reclamaciones de la categoría F vid. M. Aznar «Environmental Damages and the 1991 Gulf war: some yardsticks Before the UNCC» en *Leiden Journal of International Law*, 2001, pp. 301-334.

¹²⁰ Las cuantías mínimas se aprueban en la Decisión 17 del Consejo de Administración (S/AC.26/Dec.17 (1994), de 24 de marzo).

¹²¹ Vid. *Report and Recommendations made by the Panel of Commissioners concerning the first installment of individual claims for serious personal injury or death (category B claims)* Doc. S/AC.26/1994/1, de 26 de mayo de 1994, pp. 24 y ss.

¹²² Vid. M. Frigessi di Rattalma, «Responsabilité et commission... op. Cit, p. 64

El Comité encargado de las reparaciones C sigue las pautas marcadas con carácter general por el Consejo de Administración en sus Decisiones¹²³, distingue entre el daño directo y el indirecto en función de la cercanía del daño sufrido al ilícito del que deriva la responsabilidad internacional, entendiendo en este punto que daño directo es el próximo al desencadenante de la reparación mientras el indirecto es consecuencia remota (no indemnizable) de aquel¹²⁴. Además, el Comité reconoce que en la determinación de los daños directos hay que tener en cuenta «that considerations of logic, fairness and equity»¹²⁵, lo que nos conduce a una apreciación mixta de los daños indemnizables, en la medida en que no solo se atiende a la previsibilidad aludida en el párrafo anterior, característica de las reparaciones B.

Las demandas de indemnización a presentar ante la Comisión se refieren en todos los casos a los daños producidos como consecuencia de la invasión, por tanto, sufridos entre el 2 de agosto de 1990 y el 2 de marzo de 1991, tal y como se establece en el párrafo 16 de la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad. Sin embargo, este texto guarda silencio sobre la existencia de límites al *locus damni* para que se consideraran consecuencia directa de la invasión y posterior anexión y sobre la nacionalidad de las víctimas de aquéllos, reclamantes de la reparación derivada del daño.

En relación a la cuestión apuntada en primer lugar (*locus damni*), no encontramos límites en el Reglamento provisional de procedimiento de la Comisión ni en otras Decisiones adoptadas por su Consejo de Administración. El Comité para las reclamaciones tipo B, afirma en este sentido que el lugar en el que se produjeron los daños es, en sí mismo, insuficiente para determinar si es indemnizable o no. A pesar de lo cual, es evidente que el nexo de causalidad se establece con mayor facilidad en perjuicios producidos en Iraq o Kuwait, presumiéndose, en general, que estos últimos son una consecuencia directa de la invasión y posterior anexión de Kuwait por parte de Iraq, aunque existen excepciones, como los daños militares¹²⁶. Sin que ello implique la exclusión de los provocados más allá de las fronteras de

¹²³ Decisión 1 del Consejo de Administración, Doc. S/AC 26/1991/1, de 2 de agosto de 1991, acerca de que no deben indemnizarse las pérdidas consecuencia del embargo comercial (párrafo 16), la Decisión 9 del Consejo de Administración, en la que se incorporan las propuestas y conclusiones para la indemnización de las pérdidas empresariales, Doc. S/AC.26/1992/9, de 6 de marzo de 1992 y la Decisión 15, cuyo párrafo tercero establece que solo son reparables los daños originados por la invasión y anexión de Kuwait por Iraq en los que exista un nexo causal directo, excluyendo expresamente de los daños indemnizables las pérdidas derivadas de las sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad debido a la insuficiencia del nexo causal entre la invasión y el daño («the causal link between the invasion and the loss is not sufficiently direct.») Todas las decisiones del Consejo de Administración pueden consultarse en <http://www.uncc.ch>

¹²⁴ Vid. *Report and Recommendations made by the Panel of Commissioners concerning the first instalment of individual claims for damages up to US\$100,000 (category «c» claims)*, de 21 de diciembre de 1994, Doc. S/AC.26/1994/3, en <http://www.uncc.ch>, p.21.

¹²⁵ El texto transcrito es de la página 22 del Informe citado en la nota anterior.

¹²⁶ Ver el contenido referido en *Recommendations made by the Panel of Commissioners concerning individual claims for serious personal injury or death (Category «B» Claims)*, en Doc. S/AC.26/1994/1, de 26 de mayo de 1994, p. 23.

ambos Estados. Hemos de pensar en las consecuencias de los misiles SCUD lanzados, entre el 18 de enero y el 2 de marzo de 1991, desde el territorio de Iraq o Kuwait, que causaron daños en Arabia Saudí e Israel, o en el acceso de las tropas iraquíes al territorio saudí para combatir con las tropas de la coalición establecidas en la zona. En relación con este caso concreto, el Comité encargado de formular recomendaciones al Consejo de Administración sobre las solicitudes de la categoría F afirmó que, los gastos derivados de la evacuación de las zonas afectadas por estos hechos, «should be compensated on the same basis as those costs incurred by Governments in evacuating persons from Iraq or Kuwait»¹²⁷, al ser una consecuencia de operaciones o acciones militares.

También se consideran daños indemnizables los perjuicios derivados de la proximidad al territorio iraquí en el que tenían lugar actividades militares, supuesto en el que el nexo de causalidad es difícil de establecer. Ilustremos el supuesto con las reparaciones solicitadas por Jordania, cuyo espacio aéreo atravesaron los misiles SCUD lanzados hacia Israel, aunque las operaciones militares no se produjeron ni afectaron al territorio jordano, pero en las zonas más próximas al iraquí «raised a reasonable possibility of effects of military operations in nearby Iraq spilling over into the area of the Risha field. Accordingly, the loss of revenues from the Risha field, the costs of moving its rigs and equipment away from the Iraqi border and the claimed salaries paid to Risha workers are, in principle, compensable for the duration of the claimed period, namely, 18 January to 1 March 1991»¹²⁸, procediendo, en consecuencia, el Comité a recomendar la indemnización¹²⁹.

No resultan indemnizables en esta sede, por el contrario, los daños derivados, no de la invasión y anexión de Kuwait, sino del embargo aplicado en virtud de la resolución 661 (1990) y las que le siguieron en el tiempo, tal y como estableció el Consejo de Administración de la Comisión¹³⁰. El argumento utilizado para descartarlas consiste en que las pérdidas debidas a estas medidas carecen de una causalidad directa con la invasión y anexión de Kuwait por Iraq, al encontrar su origen en el embargo decretado por el Consejo de Seguridad. El mismo argumento podría emplearse, cuando menos, para las pérdidas de las que se afirma el nexo directo con el desencadenante de la responsabilidad iraquí, especialmente las producidas entre el 16 de enero y el 2 de marzo de 1991, al derivar no tanto de la anexión iraquí como de la operación armada desplegada con la autorización del Consejo de Seguridad incorporada en la resolución 678 (1990).

¹²⁷ Vid. *Report and recommendations made by the panel of commissioners concerning Part one of the first instalment of claims by governments and International organizations (category «f» claims)*, en Doc. S/AC.26/1997/6, de 18 de diciembre de 1997, parágrafo 96, pág. 25.

¹²⁸ Es el parágrafo 363 del *Report and recommendations made by the panel of commissioners Concerning the first instalment of «F2» claims*. Doc. S/AC.26/1999/23, de 9 de diciembre de 1999, p. 95.

¹²⁹ La indemnización recomendada es de 206.784 dinares jordanos «for income-producing property losses», vid. parágrafo 367 del informe citado en la nota anterior.

¹³⁰ Vid. el parágrafo 6 (p. 2) de la Decisión 9 del Consejo de Administración, que contiene las propuestas y conclusiones sobre la compensación sobre pérdidas empresariales, cit. *supra* en nota nº 123.

Los profesores R.B. Lillich y Ch. N. Brower defienden la incapacidad de la Comisión para establecer la distinción entre daños directos e indirectos, excluyendo éstos últimos de la categoría de los indemnizables¹³¹. Su punto de partida es que, en las resoluciones del Consejo de Seguridad no se incorpora la excepción, aunque algunas de las mencionadas no lo hacen (véanse las resoluciones 674 o 686 por ejemplo), otras sí la incluyen¹³². Es el caso de la Resolución 687 (en sus versiones inglesa, francesa o española), que afirma la reparación de los daños directos, sin excluir expresamente los daños indirectos, desprendiéndose nítidamente la excepción de su redacción. En contra de la opinión defendida por los autores, ni la Resolución 687 del Consejo de Seguridad ni la Comisión están limitando la responsabilidad iraquí, sino la reparación derivada de aquélla. Por lo demás, en la medida en que el procedimiento ante la Comisión no es excluyente de los que puedan sustanciarse ante los órganos judiciales nacionales, podrían resolverse en esta sede los que no encontraran una respuesta debido a su relación indirecta con la invasión de Kuwait.

En este sentido, el Secretario General, en su informe de 2 de mayo de 1992, ya contemplaba el carácter no excluyente del procedimiento desarrollado ante la Comisión de Indemnizaciones, así como la conveniencia de establecer mecanismos de coordinación entre los niveles internacional e interno, con el propósito de evitar la duplicación de la reparación obtenida. Por otra parte, téngase en cuenta que las decisiones de los órganos judiciales nacionales pueden hacerse efectivas sobre los fondos iraquíes que se encontraran en su territorio y que fueron congelados como consecuencia de la aplicación de la resolución 661, de 6 de agosto de 1990 y siguientes del Consejo de Seguridad. En todo caso, para evitar posibles abusos derivados de la doble compensación de un mismo daño, la Comisión decidió pedir al Gobierno iraquí que le facilitara información sobre las demandas interpuestas contra él en los tribunales nacionales. Además de invitar a los Gobiernos de los demás Estados a informarla igualmente acerca de los procedimientos incoados o resueltos, de las indemnizaciones debidas o de los pagos realizados por este concepto, incorporando expresamente una pregunta sobre este punto en los formularios de solicitud a presentar a la Comisión¹³³. Hay quienes entienden la utilidad de esa posible duplicidad, en tanto que mecanismo para motivar a Iraq al cumplimiento de sus obligaciones¹³⁴.

¹³¹ En contra de los argumentos manejados en los Informes de los Relatores especiales del Proyecto de Artículos de la CDI sobre Responsabilidad Internacional, tanto el informe preparado por Arangio Ruiz (citado supra en nota nº 95) como en el tercero, obra de J. Crawford (es Doc. A/CN.4/507), p. 16 y ss. cuando se refiere a la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño objeto de reparación, así como los precedentes jurisdiccionales que afirman su limitación a las lesiones directas.

¹³² Vid. R. B. Lillich y Ch. N. Brower, «Opinion Regarding the Jurisdiction... op. cit, supra en nota 82.

¹³³ Vid. La Decisión nº 13 del Consejo de Administración sobre algunas medidas para evitar la múltiple reparación, de 25 de septiembre de 1992, Doc. UN S/AC.26/1992/13.

¹³⁴ Vid. C. Alzamora, «The UN Compensation Commission: An Overview», en R.B. Lillich (ed.), *The United Nations Compensation Commission*, Transnational Publishers, 1995, pp. 3 y ss., la idea

Por otra parte, las pérdidas derivadas del embargo, excluidas de la consideración de «pérdidas indemnizables», pueden ser objeto de consideración al amparo del artículo 50 de la Carta, en virtud del cual el Estado perjudicado por las medidas impuestas a otro Estado miembro «tendrá el derecho de consultar al Consejo de Seguridad acerca de la solución a estos problemas». Este precepto se limita a indicar el cauce para que el Consejo conozca la situación provocada por la adopción de las medidas en cuestión, pero sin establecer un régimen de responsabilidad internacional aplicable al supuesto. Por otra parte, el artículo 50 resultaría tan aplicable a los perjuicios económicos derivados de la aplicación de medidas autorizadas *ex* artículo 41 como *ex* artículo 42, al referirse a las consecuencias de la adopción por el Consejo de Seguridad de «medidas preventivas o coercitivas». Sin embargo, en el caso que nos ocupa, existía un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad creado en virtud de la resolución 661 (1990), de 6 de agosto, el Comité de Sanciones cuyo objeto inicial es controlar el cumplimiento del embargo aprobado. Un mes después de su nacimiento, la resolución 669 (1990), de 24 de septiembre, del Consejo de Seguridad, amplía las funciones de aquel comité, con el objeto de que atienda las solicitudes de los Estados a los que el cumplimiento de aquella obligación genera «problemas económicos especiales», utilizando los términos del art. 50 de la Carta¹³⁵.

2.5. ¿TODOS LOS DAÑOS DIRECTOS SON REPARABLES?

Los Comités de comisarios han aplicado una casuística extensísima sobre los daños elegibles para ser reparados y los que no lo son. En las líneas que siguen no vamos a reproducir esas minuciosas categorías en las que se han clasificado las solicitudes (que ya apuntamos en el epígrafe anterior), sólo nos centraremos en los que hemos considerado sus aspectos relevantes. En primer lugar, la cuestión formulada en la rúbrica de este epígrafe ha de responderse negativamente, ya que no todos los daños derivados de la invasión y anexión de Kuwait por Iraq son reparables por la Comisión. Hemos de considerar que, efectivamente, los perjuicios que tengan una relación de causalidad directa con el ilícito entrarían en aquella categoría. En consecuencia, serían indemnizables los daños atribuibles al Estado infractor: Iraq, pero no los imputables a los Estados que participaron en la operación *t tormenta del desierto*. Por otra parte, los comportamientos de estos últimos, en la medida en que su actuación está amparada por la resolución 678 (1990), de 29 de noviembre, del Consejo de Seguridad, no generan responsabilidad para sus autores al no derivar de un hecho ilícito. En ausencia de un hecho ilícito no hay responsa-

indicada se encuentra en la p. 8. No podemos olvidar que Carlos Alzamora fue el primer Secretario General de la Comisión.

¹³⁵ La redacción de la resolución 669 (1990) en este punto, es la siguiente: «Encomienda al Comité del Consejo de Seguridad establecido en virtud de la resolución 661 (1990) relativa a la situación entre el Iraq y Kuwait la tarea de examinar las peticiones de asistencia recibidas con arreglo a las disposiciones del Artículo 50 de la Carta y de formular recomendaciones al Presidente del Consejo de Seguridad para que adopte las medidas oportunas.»

bilidad ni obligación de reparar los perjuicios originados por sus comportamientos.

Pero ¿son indemnizables los gastos militares realizados por las fuerzas armadas de los Estados que actuaban con la autorización contenida en la resolución 678 (1990)? La respuesta la encontramos en la sintética Decisión 19 del Consejo de Administración cuyo exclusivo propósito es descartar estos desembolsos de los indemnizables por la Comisión: «The Governing Council confirms that the costs of the Allied Coalition Forces, including those of military operations against Iraq, are not eligible for compensation»¹³⁶. Esta inelegibilidad de la reparación de los daños militares por parte de la Comisión es independiente de que el sujeto que los ha soportado fuera un Estado miembro de la coalición de fuerzas aliadas o no¹³⁷. El argumento que excluye la reparación de este tipo de daños se encuentra en el fundamento voluntario de la participación estatal en el operativo militar, transformando de este modo la relación de causalidad directa necesaria para la reparación en indirectamente derivado del hecho ilícito¹³⁸. La quiebra del vínculo directo afecta a los miembros de las fuerzas armadas, ya que las lesiones físicas o psicológicas o incluso la muerte, a diferencia de lo que ocurre con las lesiones y fallecimiento de población civil, no resultan indemnizables.

Planteamiento distinto es el relativo a los prisioneros de guerra de las fuerzas aliadas víctimas de violaciones del derecho humanitario (atribuibles a Iraq), tal y como establece el Consejo de Administración en su undécima Decisión al limitar la solución positiva de las solicitudes por ellos planteados al cumplimiento de todas las condiciones siguientes: «(a) the compensation is awarded in accordance with the general criteria already adopted; and (b) they were prisoners of war as a consequence of their involvement in Coalition military operations against Iraq in response to its unlawful invasion and occupation of Kuwait; and (c) the loss or injury resulted from mistreatment in violation of international humanitarian law (including the Geneva Conventions of 1949)»¹³⁹. Esta limitación es posteriormente reiterada por el Comité establecido para las reclamaciones tipo «B», conduciéndonos a afirmar, en consecuencia, la consideración de las torturas y los daños sufridos durante el cautiverio como indemnizables por parte de la Comisión¹⁴⁰.

¹³⁶ Es el lacónico contenido de la Declaración n° 19 del Consejo de Administración de la Comisión, Doc. S/AC.26/Dec.19 (1994), de 24 de marzo de 1994.

¹³⁷ El párrafo 23 del Report and Recommendations made by the Panel of Commissioners Concerning the fifth instalment of «F1» claims, Doc. S/AC.26/2001/15, de 22 de junio de 2001 informa que «At its eighty-first meeting on 30 September 1998, the Governing Council concluded that claims for military costs of States that were not members of the Allied Coalition Forces are not eligible for compensation by the Commission.», para más adelante afirmar que con independencia de que el Estado en cuestión sea o no miembro de la Coalición, los gastos entran dentro del ámbito establecido por el Consejo de Administración en la Decisión 19 como no elegible para la indemnización.

¹³⁸ Vid. En este sentido V. Heiskanen, «United Nations Compensation... op. cit., p. 341.

¹³⁹ Vid. La Decisión 11 del Consejo de Administración sobre Eligibility for Compensation of Members of The Allied Coalition Armed Forces, Doc. S/AC.26/1992/11, de 26 de junio de 1992.

¹⁴⁰ Es el párrafo 14 del Report and Recommendations made by the Panel of Commissioners concerning part one of the second installment of claims for serious personal injury or death (category «B» claims), Doc. S/AC.26/1994/4, de 15 de diciembre de 1994.

El Derecho internacional general impone esta obligación, cuyo reflejo se encuentra en la misma resolución 687 (1991), cuyo parágrafo 16 se refiere a la reparación de los daños derivados «de la toma de rehenes o de otra forma de retención ilegal». La hipótesis inversa, es decir, la relativa a la reparación de los daños producidos, no por el infractor, sino por las tropas aliadas, de acuerdo con la argumentación indicada *supra*, al estar amparada su actuación en la resolución 678 (1990), no serían reparables salvo por el exceso en la aplicación de la autorización en ella contenida. Sin embargo, el texto de la resolución no nos ayuda a identificar los medios a utilizar ni el *quantum* de la fuerza permitida, debido al carácter abstracto de la autorización, motivo por el cual, la valoración su alcance ha de realizarse exclusivamente ponderando el principio de proporcionalidad.

Bajo ningún concepto puede responsabilizarse al Estado agresor, en este caso Iraq, de los daños derivados de la infracción del derecho humanitario que resulten atribuibles a las fuerzas de la coalición. En este sentido, se pronunció el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Zagreb de 1971¹⁴¹, al afirmar, en referencia a las operaciones bajo control de las Naciones Unidas, que «la partie opposée aux Forces des Nations Unies est tenue de réparer les dommages qu'elle cause en violation des règles humanitaires relatives aux conflits armés». Mientras la Organización «est responsable des dommages que ses Forces pourraient causer en violation des règles humanitaires relatives aux conflits armés, sans préjudice de son recours éventuel à l'égard d'un Etat dont le contingent aurait causé un tel dommage»¹⁴². La aplicación de la resolución del IDI al supuesto que nos ocupa en el que el Consejo de Seguridad se limitó a autorizar de forma genérica las medidas que implican el uso de la fuerza, supone la sustitución de la Organización que no controló en ningún momento la operación por quienes sí lo hicieron: los Estados que participaron en ella.

Evidentemente, en estos supuestos, en los que se ha vulnerado el derecho humanitario, la responsabilidad penal individual de las personas responsables del incumplimiento no se salva con la reparación económica de la víctima. En consecuencia, la reparación decidida por la Comisión en relación a estos comportamientos no evita la responsabilidad penal individual, debido a que cuando nos encontramos ante la categoría de los crímenes de guerra, la indemnización y la responsabilidad penal individual son cumulativas y no excluyentes.

2.6. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA FORMULAR RECLAMACIONES

El Reglamento provisional de procedimiento indica que están legitimados activamente para presentar reclamaciones los Estados y las Organizaciones Internacionales (art. 5). Si bien el alcance de la legitimación de estas últimas se limita

¹⁴¹ Vid. La resolución de la Primera Comisión sobre *Les conditions d'application des règles humanitaires relatives aux conflits armés aux hostilités dans lesquelles les Forces des Nations Unies peuvent être engagées*, actuando como relator Paul de Visscher. El texto de la resolución puede verse en: http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1971_zag_03_fr.pdf,

¹⁴² Es el texto de los artículos 7 y 8 de la Resolución citada en la nota anterior.

exclusivamente a los daños de los que han resultado víctimas; los Estados gozan de una legitimación más amplia, al ser quienes presentan tanto las solicitudes de personas físicas y jurídicas, como las que persiguen la reparación de los daños causados a él directamente¹⁴³.

Los Estados han de recibir las solicitudes individuales de reparación de las personas lesionadas, compactarlas en una reclamación (o varias), y transmitir las a la Comisión. Esta actuación estatal no es una manifestación de la protección diplomática del Estado¹⁴⁴, debido a la ausencia de algunos de sus perfiles en el sistema establecido por la Comisión. Recordemos que el artículo 1 del Proyecto de artículos de la CDI define la protección diplomática como «la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado con miras a hacer efectiva la responsabilidad.»

Con la reclamación estatal presentada a la Comisión no se persigue una sentencia declarativa de la responsabilidad iraquí, responsabilidad que ha quedado establecida con carácter general en las resoluciones del Consejo de Seguridad, incluso, en determinados supuestos, se presume la relación de causalidad entre la invasión y el daño sufrido, no precisándose prueba alguna. Es el caso de las reparaciones debidas por la salida del territorio iraquí o kuwaití, por daños físicos graves o por fallecimiento. En estos supuestos únicamente hay que documentar la fecha en la que se produjeron la partida, la lesión (además de la prueba de que ésta se produjo), o la muerte (debiéndose acreditar la relación familiar con el fallecido), al presumirse que todas las que tuvieron lugar entre el 2 de agosto y el 2 de marzo cuentan con un nexo causal directo con el ilícito iraquí¹⁴⁵.

El papel que desarrolla el Estado en el procedimiento establecido posee elementos propios de la protección diplomática, puesto que presenta las peticiones individuales (sin participar en ningún momento en el procedimiento ni en la defensa de los intereses de aquellos cuyas peticiones tramita) junto con otros que se apartan de aquel. Así, excepcionalmente (de concurrir las circunstancias establecidas al efecto), podrían remitirse las solicitudes directamente a la Comisión. Ciertamente, el Reglamento no limita a esta categoría la posibilidad apuntada, esta conclusión deriva de las víctimas que pueden beneficiarse de ella: «corporations and other legal entities»¹⁴⁶. Se contempla incluso la posibilidad de que el Estado

¹⁴³ En este sentido el párrafo 19 de la Primera Decisión del Consejo de Gobierno (Doc. S/AC.26/1991/1, de 2 de agosto de 1991) afirma «Claims will be submitted by Governments», en el mismo sentido se pronuncia la Decisión 7, de 17 de marzo de 1992 (Doc. S/AC.26/1991/7/Rev.1), (párrafos 12-15).

¹⁴⁴ Vid. Proyecto de artículos de la CDI, sobre Protección Diplomática, aprobados por la Comisión e incorporado como anexo a la Resolución A/RES/62/67.

¹⁴⁵ Vid. en este sentido el *Report and Recommendations made by the Panel of Commissioners Concerning the First Instalment of Claims for Departure from Iraq or Kuwait (Category «A» Claims)*, Doc. S/AC.26/1994/2, de 21 de octubre de 1994, pp. 10 y 11.

¹⁴⁶ El Reglamento (art. 5.3) permite a las personas jurídicas excepcionalmente presentar directamente sus reclamaciones cuando el plazo establecido para el depósito de la categoría a la que corres-

interponga reclamaciones en nombre propio, estableciéndose para ello la categoría F de reclamaciones, con las que se persigue la indemnización de los gastos estatales (o de Organizaciones Internacionales) derivados de la evacuación de sus nacionales, las pérdidas en las propiedades del Estado...

También es el Estado (o la Organización Internacional, en su caso) quien percibe la cuantía de la indemnización en caso de proceder, salvo en el supuesto excepcional antes apuntado: cuando una persona jurídica tramita directamente su reclamación, en cuyo caso, recibe directamente la reparación. A pesar de ello, lo habitual es que sea el Estado el destinatario inicial de la reparación pero, a diferencia de lo que ocurre en la protección diplomática, ha de reenviarla los reclamantes. En este sentido, se establece una doble obligación: por una parte, ha de liquidarse la cuantía de la indemnización a los peticionarios en los seis meses siguientes a la recepción de aquella por el Estado; por otra, el Estado ha de informar a la Comisión (tres meses antes de la expiración de este plazo) sobre las cantidades que ésta le hubiera enviado¹⁴⁷.

Por otro lado, los requisitos establecidos en el Reglamento provisional de procedimiento para la tramitación por parte de los Estados de las quejas recibidas, tampoco se acomodan a los existentes para la protección diplomática. En el caso que nos ocupa el Estado puede tramitar las solicitudes de sus nacionales, pero también de los no nacionales residentes en su territorio¹⁴⁸, salvo que resulten ciudadanos iraquíes, en cuyo caso es inadmisibles¹⁴⁹. En relación al vínculo de nacionalidad, el Proyecto de artículos de la CDI sobre protección diplomática proclama el derecho de los Estados a ejercer la protección diplomática de sus nacionales (artículos 3 y 8) y su facultad para hacerlo en relación a los apátridas y refugiados, siempre que éstos cuenten con los permisos estatales para residir en su territorio, intentando con ello extender el alcance subjetivo de la protección a quienes, de otro modo, se

ponde su solicitud estuviera a punto de cumplirse podrá hacerlo directamente, siempre explicando el motivo por el que la recepción no se produce por el cauce establecido ordinariamente para ello. Posibilidad prevista exclusivamente para «corporations and other legal entities.» En cuyo caso, la reparación se remite directamente al solicitante y no al Estado. Vid. en este sentido el párrafo 26 de la Decisión 7 del Consejo de Administración (Doc. S/AC.26/1991/7/Rev.1).

¹⁴⁷ Vid. en este sentido la Decisión n° 18 del Consejo de Administración sobre Distribución de pagos y transparencia, Doc. S/AC.26/Dec.18 (1994), de 24 de marzo de 1994 y la previa Decisión n° 17, mucho menos desarrollada que ésta, adoptada el mismo día (Doc. S/AC.26/Dec.17), que contiene los principios orientadores sobre el mecanismo prioritario de los pagos, cuyo párrafo 10 afirma: «Distribution of compensation will be the responsibility of each Government concerned.» que habrán de establecer los mecanismos de distribución de las reparaciones de modo eficiente y rápido.

¹⁴⁸ Vid. En este sentido tanto el párrafo 19 de la Primera Decisión adoptada por el Consejo de Administración que contiene los Criterios para el procedimiento sumario (acelerado) para las solicitudes urgentes (las de los particulares), como el art. 5.1. a) del Reglamento Provisional de Procedimiento de la Comisión.

¹⁴⁹ Sobre la práctica seguida con las reclamaciones iraquíes vid. por ejemplo el primer Informe del Comité encargado de conocer de las reclamaciones A, de 21 de octubre de 1994, (Doc. S/AC.26/1994/2), donde se indica (párrafo IV.B.2, pág. 18) que en esta ocasión no se ha sometido ninguna solicitud por parte de nacionales iraquíes recordando lo establecido al efecto por la Decisión 1 del Consejo de Administración «such claims would be outside the Commission's jurisdiction» salvo que la víctima tenga doble nacionalidad.

verían privados de esta posibilidad. Sin embargo, el Proyecto no contempla ni en su articulado ni en los comentarios a éstos una interpretación similar a la incorporada en el Reglamento de la Comisión.

De la práctica de los Comités en relación a las reclamaciones iraquíes, se desprende que es una condición de admisibilidad, la Primera Decisión del Consejo de Administración afirmaba ya que «such claims would be outside the Commission's jurisdiction». En todo caso, cuando los Comités estudian el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de las solicitudes de reparación, en primer lugar se observa si se reúnen los aspectos formales, en segundo término «the Iraqi claimants are separated from the non-Iraqi claimants» y, por último, se estudia la posible duplicidad de la reclamación dentro de la misma categoría¹⁵⁰. Con la eliminación de los nacionales del Estado infractor de la categoría de sujetos reclamantes nos aproximamos a la protección diplomática aunque no lo suficiente, dado que se prevé la aceptación de las reclamaciones provenientes de estas personas siempre hubieran adquirido de buena fe otra nacionalidad además de aquella¹⁵¹, encontrándonos ante un supuesto de reclamación entre los dos Estados de los que el particular es nacional. Para este caso, el Proyecto de artículos de la CDI sobre protección diplomática (artículo 7) establece la imposibilidad de su ejercicio por parte de un Estado del que la víctima es nacional frente a otro del que se cuenta con idéntico vínculo, salvo que el que pretende ejercerlo sea aquel del que se posee la nacionalidad efectiva. Exigencia que se encuentra ausente en el caso que nos ocupa.

En otro orden de consideraciones, en el articulado del Reglamento Provisional ni tan siquiera se menciona al agotamiento de los recursos internos del Estado infractor en el articulado de aquel texto. Ciertamente, si tenemos en cuenta la razón de ser de la Comisión, la eficacia y rapidez de sus trabajos¹⁵², contemplar el agotamiento de recursos internos como requisito para presentar la reclamación¹⁵³ habría impedido el cumplimiento de los plazos establecidos para la introducción de esas

¹⁵⁰ Vid. el párrafo 11 (pág. 6) del Tercer informe del Comité, de 17 de mayo de 1995 (Doc. S/AC.26/1995/3).

¹⁵¹ Ver el párrafo 17 de la Decisión 1 del Consejo de Administración: «Claims will not be considered on behalf of Iraqi nationals who do not have bona fide nationality of any other State» y, en el mismo sentido, la Decisión 10.

¹⁵² Obsérvese en este punto que las primeras comisiones (las encargadas de las quejas A, B y C) concluyeron su trabajo en el verano de 1996 (habían empezado en la misma estación cinco años antes); comenzando a partir de entonces el estudio de las restantes categorías. Las últimas decisiones adoptadas por las comisiones se produjeron en el primer semestre de 2005, mientras que el Consejo de Administración aprobaba el 22 de febrero de 2007 una Decisión (la 264) sobre las quejas pendientes por pérdidas personales (Doc. S/AC.26/Dec.264 (2007)). Ciertamente trece años fue un plazo muy breve para resolver los dos millones y medio (2.6886.131 en total) de solicitudes presentadas.

¹⁵³ Con el olvido del agotamiento de los recursos internos disponibles en el ordenamiento interno del Estado infractor se le está impidiendo reparar el daño causado. No nos encontramos, por lo demás, ante ninguno de los supuestos en los que el Proyecto de artículos de la CDI permite prescindir de este requisito, dado que aunque podamos sospechar que las autoridades iraquíes intentarían utilizar la vía interna de recursos como maniobras dilatorias para evitar la reparación, no nos encontramos con la previsión del artículo 15.b, que plantea la «dilación indebida atribuible al Estado cuya responsabilidad se invoca» real y presente y no la hipotética posibilidad de que el infractor pudiera utilizar la tramitación de esos recursos en su propio beneficio.»

solicitudes¹⁵⁴ y con ello de las expectativas que motivaron el nacimiento de la Comisión.

Tampoco actúa el Estado en calidad de representante de la víctima, al no actuar en nombre y por cuenta de aquel, ni existen atribuciones legales o poderes concedidos para esta actuación. Sin embargo, hay aspectos procesales que recuerdan a la representación, por ejemplo el Estado parece estar ejerciendo un derecho del particular y no propio (como ocurre en la protección diplomática), lo que se evidencia en la obligación del Estado de establecer procedimientos que permitan de forma eficaz la percepción por parte de las víctimas de la indemnización¹⁵⁵. El hecho de que el sistema establecido no pertenezca a ninguna de estas dos categorías ha conducido a C. Alzamora a calificarlo de mixto, por entender que si bien no se acomoda perfectamente a ninguna de ellas, cuenta con elementos de ambas¹⁵⁶.

El papel del Estado en su participación en el procedimiento establecido se definió atendiendo a un criterio pragmático, limitándolo exclusivamente a perfilar un cauce para ordenar la tramitación de las peticiones indemnizatorias la Comisión y los peticionarios, se trataría, en términos de F. Paolillo, de un ejercicio de intermediación¹⁵⁷, aunque resulta un intermediario excepcionalmente no necesario (como se pone de manifiesto en el artículo 5 en sus apartados 2 y 3 del reglamento de procedimiento de la Comisión). Las funciones estatales quedan reducidas a la presentación de las solicitudes de reparación y la recepción tanto de las notificaciones de la Comisión como de las indemnizaciones, aunque en este último caso, con la obligación de remitir la cuantía de la reparación obtenida a aquellos cuyas solicitudes tramitó y se resolvieron positivamente. Haber permitido (aunque fuera de forma electrónica) la presentación individual de las víctimas habría podido colapsar cualquier sistema¹⁵⁸.

2.7. MÍNIMA PARTICIPACIÓN IRAQUÍ EN EL PROCEDIMIENTO

No puede extrañarnos que, un sistema en el que el órgano encargado de decidir la reparación de las lesiones derivadas de un ilícito es juez, parte y además pagador de las indemnizaciones (reparaciones del daño) por él mismo decididas, se carac-

¹⁵⁴ El párrafo 19 de la Primera Decisión del Consejo de Administración establece que: «The Council encourages the submission of such claims within six months from the date on which the Executive Secretary circulates to Governments the claims forms described below». Rapidez que se consigue además estableciendo plazos cortos a los Comités encargados de proponer la indemnización e informar al Consejo de Administración lo antes posible (en aplicación del art. 37 del Reglamento provisional) y siempre dentro de los 120 días posteriores al sometimiento de la solicitud al panel en cuestión.

¹⁵⁵ Párrafo 10 de la Decisión 17 del Consejo de Administración (Doc. S/AC.26/Dec.17 (1994), de 24 de marzo de 1994), se expresa taxativamente en este punto.

¹⁵⁶ Vid. C. Alzamora, «The UN Compensation Commission: an Overview», en R. B. Lillich, *The United Nations Compensation... op. cit.*, pp. 3 y ss. La idea que figura en el texto se encuentra en la p. 8.

¹⁵⁷ Vid. F. Paolillo «Reclamaciones colectivas internacionales... op. cit.», p. 564.

¹⁵⁸ Según la información que figura en la página web de la Comisión, el número de solicitudes recibidas superó ligeramente los dos millones y medio (2.686.131) obteniendo una respuesta favorable un porcentaje ligeramente superior al el 57 % de aquellas (1.543.619).

terice por la mínima, casi inexistente, participación iraquí en el procedimiento tendente a resolver las demandas de reparación del daño sufrido.

Decíamos *supra* (último párrafo de 2.2) que el Tribunal Estados Unidos/Irán no sirve como precedente de la Comisión de compensación de Naciones Unidas, entre otras razones, porque aquel estaba presidido por el principio de igualdad entre las partes, lo que tiene especial relevancia en lo que al derecho de defensa se refiere, que Irán pudo ejercer y del que se privó a Iraq en la Comisión¹⁵⁹. El Reglamento provisional de procedimiento solo menciona (art. 16.2) la remisión de los informes periódicos elaborados por el Secretariado ejecutivo al gobierno de Iraq ubicándole en este punto en idéntico plano que a los «Governments and International Organizations that have submitted claims». Los receptores del informe, podrán responder en un plazo brevísimo e improrrogable (30 días para las reclamaciones A, B y C y 90 para las restantes¹⁶⁰), presentando información adicional a la contenida en el documento recibido, así como sus puntos de vista al respecto, con el objeto de que el Secretario Ejecutivo los remita, junto con aquel informe, a la Comisión que va a proponer al Consejo de Administración la solución a las peticiones sometidas a su consideración (art. 16.3). De hecho, la participación iraquí en el proceso por el que se resolvieron las solicitudes A, B y C se limitó a lo estrictamente establecido en este artículo 16 del Reglamento.

Las reglas por las que se rige el procedimiento ante la Comisión no conceden a Iraq un papel distinto al de cualquier Estado que haya presentado reclamaciones, encontrándose el origen de esta situación en la discusión sobre la participación del Estado que en definitiva ha de pagar las indemnizaciones decididas por la Comisión. No olvidemos que, en los primeros borradores del Reglamento de procedimiento se preveía que la intervención iraquí en el procedimiento se asemejara casi al propio de parte en aquel¹⁶¹. A pesar de lo cual, finalmente quedó reducido a la mínima expresión posible, debido a la oposición estadounidense que defendió su ausencia más absoluta¹⁶², intentando evitar con ello que pudiera desempeñar una

¹⁵⁹ Sobre la participación de Iraq en la Comisión de Compensación pueden verse diferentes trabajos, entre ellos: E. J. GARMISE, «The Iraqi Claims Process and the Ghost of Versailles», *New York University Law Review*, Vol.67, October 1992, pp.840-878, la idea del texto se encuentra en la página 869; B. Gaefrath, «Iraqi Reparations and the Security Council», en *ZAöRV*, 1995, pp. 1 y ss. p. 35; F.L. Kirgis, «Claims Settlement and the United Nations Legal Structure», M. F. Raboin, «The provisional rules for Claims Procedure of the United Nations Compensation Commission: A Practical Approach to Mass Claims Processing»; D.D. Caron, «Summary. The UNCC and the Search for Practical Justice», todos ellos publicados en R.B. Lillich (ed.), *The United Nations Compensation Commission*, Transnational Publishers, 1995, respectivamente en las pp. 103 y ss. ; en pp. 119 y ss; y, en pp. 367

¹⁶⁰ Si se recibieran una vez cumplido el plazo establecido, el artículo 32.2 del Reglamento establece que la Secretaría «will be submitted when received, but the work of the panel will be not delayed pending receipt or consideration of such information.»

¹⁶¹ Vid. en este sentido, B. Stern, «Une procédure mi-politique mi-juridictionnelle: le règlement des réparations dues par l'Iraq à la suite de la crise du Golfe», en Y. Daudet (dir.) *Actualités des conflits internationaux*, Pedone, 1993, pp. 171 y ss., el comentario se encuentra en la página 174.

¹⁶² Vid. en este sentido, M. Frigessi di Ratalma y T. Treves, «Introduction. The United Nations Compensation Commission: prospects and problems» en *The United Nations Compensation Commission. A Handbook*, Kluwer Law International, 1999, p. 1 y ss. La cita es de la página 14.

situación «aparentemente ventajosa en relación con los otros Estados»¹⁶³, alegando que su presencia no era necesaria¹⁶⁴. Esta argumentación resulta cuestionable en relación a las demandas especialmente complejas, que son las que persiguen una reparación más elevada (las que pertenecen a las categorías D, E y F). Por este motivo se introducen en el Reglamento los artículos 36 y 38d), que permiten a los Comités pedir información adicional a particulares, corporaciones, gobiernos, organizaciones internacionales u otras entidades que podrán presentar en forma oral o escrita y, en esa medida, también a Iraq.

Esa mínima expresión fue consecuencia de la necesidad de alcanzar un cierto equilibrio del sistema ideado por el Consejo de Seguridad, la introducción de garantías procesales (especialmente para el Estado que ha de asumir las consecuencias de las decisiones de la Comisión); y, la necesidad de transparencia del procedimiento, puestos de relieve por el Secretario General en el primero de sus informes¹⁶⁵. A pesar de que algunos autores, como A. Gattini, defendieron que la limitada participación iraquí en el procedimiento perseguía que este Estado pudiera tener «cognizance of the claims submitted and to cooperate with the panels of commissioners»¹⁶⁶.

En realidad, la participación iraquí, con ser muy limitada, se amplió de hecho para las solicitudes «large and complex», en relación a las cuales se estableció un cauce para que Iraq facilitara información particular que pudiera interesar a la Comisión en la solución de las reclamaciones. El propio Consejo de Administración nos indica las quejas que han de entenderse dentro de esta categoría, que se reducen a las cuatro siguientes¹⁶⁷: aquellas en los que el objeto de la reclamación es un contrato celebrado con el Gobierno iraquí (por tanto categoría E); si el daño cuya reparación se solicita se produjo en territorio iraquí; cuando la opinión iraquí pueda resultar útil para verificar o evaluar la demanda (art. 35 del Reglamento); en los supuestos en los que la reparación solicitada supera los 100 millones de dólares estadounidenses (categorías E y F).

De forma muy especial, Iraq ha participado en las reclamaciones en materia medioambiental (las F4), con el propósito de «facilitate the promotion of legitimate interests of Iraq with respect to «F4» claims». Resulta cuando menos cuestionable que sólo se pretendan proteger los intereses legítimos de Iraq en relación con este tipo de reclamaciones que exclusivamente pueden interponer Estados y Organizaciones Internacionales (en su propio nombre) y solo en relación a los daños medioambientales o los relativos al agotamiento de los recursos naturales (F4) y no en otras categorías. Ello sin haber habilitado una vía específica utilizándose al

¹⁶³ Vid. F. Paolillo «Reclamaciones colectivas internacionales... op. cit., p. 561.

¹⁶⁴ Vid. en este sentido B. Gaefrath, «Iraqi Reparations and Security Council», en *ZAöRV*, 1995, pp. 1 y ss. especialmente en este punto las pp. 51 y ss.

¹⁶⁵ El Informe de 2 de mayo de 1991, doc. 22559, puede consultarse en: <http://www.uncc.ch>

¹⁶⁶ Vid. En A. Gattini, «The United Nations Compensation Commission: Old Rules, New Procedures on War Reparations», *EJIL*, 2002, pp. 161 y ss. La cita es de la pág. 168.

¹⁶⁷ Vid. Decisión nº 114 del Consejo de Administración de la Comisión de Compensación de Naciones Unidas, sobre el estudio de los procedimientos actuales de la UNCC, de 7 de diciembre de 2000, es Doc. S/AC.26/Dec.114 (2000), parágrafo 14, pág.5.

efecto la prevista con carácter general en el artículo 36 del Reglamento. Lo único que diferencia el papel de Iraq en la sustanciación de estas reclamaciones, si las comparamos con el resto es que, debido a la complejidad de los temas en presencia, se permite a Iraq que proponga a la Comisión un listado de personal técnico para que le ayude a preparar sus intervenciones orales o documentación escrita con fundamento en el artículo 36 del Reglamento¹⁶⁸. El personal en cuestión será finalmente elegido por la Comisión (en concreto por el Secretario Ejecutivo) y sus trabajos remunerados por este mismo órgano, por tanto, con cargo al Fondo de Indemnizaciones.

Por muy limitada que resulte la participación iraquí en el proceso, hay autores que consideran, como A. Gattini, que el procedimiento de la Comisión no infringe el fundamento del debido proceso aunque «much is left to the sense of fairness of the individual panels»¹⁶⁹. Otros encuentran en esta ausencia un elemento para fundamentar la naturaleza no judicial de la Comisión, dado que no puede haber un procedimiento judicial internacional que no esté basado en el principio de igualdad de partes¹⁷⁰. Sin embargo, el hecho de que el procedimiento establecido no responda a las características propias de una correcta administración de justicia no desdice su naturaleza judicial, aunque nos moveríamos en el contexto de un procedimiento inquisitorio más propio de los sistemas totalitarios que de los democráticos que proclamamos y pretendemos (en ocasiones a bombazos) imponer.

En este punto, hemos de recordar que las quejas iraquíes se han centrado en dos elementos: uno indicado *supra* en relación a la financiación de los elevados gastos derivados del funcionamiento de la Comisión; otro, la escasez de tiempo concedido para analizar, estudiar y responder a las miles de páginas remitidas. El problema es que el plazo establecido para trabajar en la documentación recibida no es tal en la medida en que la Comisión remite nuevos informes junto con la documentación correspondiente conforme los va realizando sin esperar a que Iraq pueda responder a la remitida anteriormente, con lo que se produce una acumulación de trabajo que impide la correcta realización de las tareas previstas¹⁷¹. Inicialmente los informes

¹⁶⁸ Posibilidad incorporada en la Decisión del Consejo de Administración de 19 de junio de 2001 (Doc. S/AC.26/Dec. 124 (2001)), que contiene el acuerdo para proporcionar asistencia técnica a Iraq respecto de las reclamaciones en materia medioambiental. La que figura en el texto es la tarea principal que le confiere el apartado 4 de la misma Decisión, aunque se le encomienda igualmente la de auxiliar a Iraq a preparar las respuestas con fundamento en el art 16 del Informe y cualquier otra comunicación con la Comisión exclusivamente en relación a las reclamaciones F4.

¹⁶⁹ A. Gattini, «The UN Compensation Commission: Old Rules, new Procedures on War Reparations», en *EJIL*, 2002, vol. 13, n° 1, pp. 169.

¹⁷⁰ Vid. B. Stern «Une procedure mi-politique... », op. cit., p. 174, lo indica como el segundo índice de esa naturaleza mixta.

¹⁷¹ A modo de ejemplo, Iraq indica haber recibido documentos por reclamaciones ambientales con un importe estimado de 51.000 millones \$ para responder en un año, mientras el equipo que tenía que encargarse de realizar esa tarea estaba centrado estudiando el paquete anteriormente recibido y que tendría que responder antes del mes de marzo de 2003. Es cierto, por lo demás, que la extensión del plazo es una demanda reiterada por parte iraquí, el periodo de hecho se había ampliado a un año (antes se contemplaban seis meses), como consecuencia de las labores del grupo de trabajo que había estudiado la necesidad de permitir la designación del personal técnico para la evaluación de las recla-

iraquíes se reciben en el plazo establecido, aunque posteriormente la postura de la Comisión se flexibiliza y se permite la recepción de los últimos con el retraso necesario para la correcta realización de la tarea encomendada¹⁷². En sucesivas ocasiones, Iraq puso en conocimiento del Secretario General de Naciones Unidas, que el procedimiento establecido para defender sus intereses le impide hacerlo desde una perspectiva real, debido al tiempo reducido que se le concede para ello¹⁷³. Hay que tener en cuenta en este punto que Iraq no solo respondía a los informes escritos, sino que también debía preparar su intervención en la fase oral del procedimiento de cada uno de los paquetes o plazos en los que se habían estructurado estas reclamaciones F4, por lo que el personal técnico debía compatibilizar el trabajo anterior con éste. Lo único que se consiguió fue una ampliación de los plazos inicialmente establecidos, aunque debido al volumen de trabajo y el contexto en el que se desarrollaron esos informes (entre 2000 y 2004), no podemos sino subrayar su escasez.

3. Conclusiones

Mediada la década de los noventa del siglo veinte se establece un nuevo equilibrio interorgánico en la arquitectura de las Naciones Unidas que supuso la emergencia del Consejo de Seguridad y, por su actuación, por encima de la propia organización, hasta llegar a ser considerado por algunos como el representante de la Comunidad Internacional, aunque en definitiva se haya plegado a la voluntad de uno de sus miembros permanentes que, solo ocasionalmente no ha visto materializados sus deseos y, cuando así ha ocurrido no ha dudado en actuar de acuerdo con sus intereses (baste en este punto como ejemplo los bombardeos de la OTAN de 1999 y la agresión a Iraq de 2003), con más o menos compañía.

En relación a la Comisión de Compensación o de indemnización de las Naciones Unidas, suscita serias dudas tanto la competencia del Consejo de Seguridad para su creación como la imposición del mecanismo establecido con el objeto de obtener la reparación como consecuencia del hecho ilícito iraquí, ausente del procedimiento. Las primeras dudas se pusieron de relieve en la misma sesión en la que se aprobó la resolución en la que se incorpora. En relación a la estructura estable-

maciones F4. Vid. en este sentido la Carta de fecha de 15 de enero de 2003 dirigida al Secretario General por el Encargado de Negocios interino de la Misión Permanente del Iraq ante las Naciones Unidas, distribuido el 17 de enero del mismo año, es Doc. S/2003/57.

¹⁷² El primer envío se produjo el 3 de marzo de 2000, respondiendo el Gobierno iraquí el 4 de octubre del mismo año (vid. S/AC26/2001/16, de 22 de junio de 2001, parág. 23, p. 11); el segundo el 26 de diciembre de 2000 y el 2 de febrero de 2001, recibándose la respuesta iraquí respectivamente el 12 y el 17 de octubre de 2001 (vid. S/AC.26/2002/26, de 3 de octubre de 2002, parág. 11, pág. 7); el tercero se envía el 5 de diciembre de 2001 y la respuesta de Iraq se recibe fraccionada entre los días 1 de octubre de 2002 y el 7 de abril de 2003 (vid. S/AC.26/2003/31, párrafos 10 y 11, pp. 7); el cuarto se remite a Iraq el 30 de julio de 2001 y los comentarios iraquíes se reciben entre el 9 de febrero y el 17 de mayo de 2004 (vid. S/AC.26/2004/16, parag. 12 y 13, p. 8 y S/AC.26/2004/17, parag. 10 y 11, p. 5); y, el quinto se envía el 29 de enero de 2003, recibándose la respuesta iraquí entre el 23 de agosto y el 29 de octubre de 2004 (vid. S/AC.26/2005/10) parag. 12 y 13, p. 10).

¹⁷³ Vid. Por ejemplo la carta de 15 de enero de 2003 dirigida al Secretario General por el Encargado de Negocios interino de la Misión Permanente del Iraq ante las Naciones Unidas.

cida para procurar la reparación la confusión de las funciones conferidas a este órgano subsidiario del Consejo de Seguridad, lo hace cuando menos particularmente original. No es habitual encontrarnos con órganos que ejerzan las funciones judiciales y a su vez de administración de los fondos con los que se van a sufragar las decisiones adoptadas y a repartirlas.

No solo es discutible la creación de la Comisión, sino también la estructura de la que se le dota que muestra el control del Consejo de Seguridad sobre todas y cada una de las decisiones adoptadas en su seno. El *alter ego* del Consejo de Seguridad que es el Consejo de Administración es su órgano principal, entre cuyas funciones se encuentra la designación de la formación de cada uno de los Comités que proponen la cuantía de las indemnizaciones debidas, correspondiendo la decisión a aquél. Nos encontramos, en consecuencia ante un órgano (estrechísimamente vinculado al Consejo de Seguridad) que es el que decide desde la interpretación de la resolución 687 (en concreto a lo que se consideran consecuencias directas o no) a los procedimientos aplicables, pasando por los salarios a aplicar con cargo al Fondo que administra. Todo ello en ausencia de Iraq que no solo es el Estado al que resulta imputable el ilícito desencadenante de la responsabilidad internacional, sino también quien contribuye al Fondo con porcentaje sobre sus exportaciones de petróleo (un 30% primero y un 25% después).

En otro orden de consideraciones, hemos de recordar en este punto la dudosa naturaleza de la participación de los Estados en el procedimiento. No actúan en ejercicio de ninguna de las funciones que le son propias (salvo en aquellas demandas que introducen a título propio, al encontrar su origen en los daños para el propio Estado) con carácter general. Se trata de competencias *sui generis* determinadas por el Reglamento de la Comisión, en consecuencia por el Consejo de Seguridad, limitadas a permitir un cauce para la presentación de las solicitudes de los particulares (residentes en su territorio) y a recibir la indemnización cuyo destino último son los peticionarios, a quien está obligado a entregarlas.

Aunque hemos avanzado mucho en otros aspectos (en las comunicaciones, por ejemplo), como nos indican algunos autores la Comisión nos retrotrae a situaciones reparadoras anteriores y muy concretamente a las establecidas al finalizar la Primera Guerra Mundial. Se trata de una acción directa y evidente contra un Estado pero sin que éste hubiera capitulado completamente. Claro que existen diferencias entre los presupuestos de aquella situación y la más reciente, el tratado de Versalles se celebra al finalizar una Guerra Mundial, la Resolución 687, al terminar un uso de la fuerza (no una guerra) autorizado institucionalmente por el órgano con competencias para ello, aunque alejándose del modelo convencionalmente establecido para estos supuestos.

Aunque el Reglamento de la Comisión dotó a este órgano de un procedimiento que permitiera resolver de forma rápida y ágil las reclamaciones recibidas, difícilmente podemos calificar su labor como exitosa. La falta de éxito no deriva de su retraso en resolver las reclamaciones, cuyo procedimiento concluyó en 2005, sino en la liquidación de las reparaciones decididas que, debido a la escasa dotación de fondos con este destino, provoca que aun reste por liquidar casi la mitad de las cuantías decididas en este sentido. Esta situación ha llevado al Secretario General

a pedir la búsqueda de nuevas soluciones, debido a que no puede mantenerse la contribución iraquí al Fondo, ya reducida hasta el 5%, por distintas razones, sin que sea la menor de ellas que el Iraq de hoy es distinto del Estado que invadió y anexionó Kuwait.

Por otra parte, podemos aprovechar constructivamente y a futuro el precedente de la Comisión de Naciones Unidas para plantear la conveniencia de crear una agencia internacional de reparaciones, aunque quizá por el tipo de trabajo a desarrollar sería más prudente y técnicamente menos contestable si pudiera establecerse dentro de la Corte Internacional de Justicia. El supuesto puede no ser contradictorio con el Estatuto, dado que podría articularse mediante el establecimiento de una sala especializada en la solución de este tipo de conflictos (reparaciones por daños causados), siempre que las solicitudes particulares fueran canalizadas por los Estados; sólo en ese caso sería posible la hipótesis apuntada. El problema a resolver, si existiera voluntad política de establecer un órgano permanente a estos efectos, sería el de la jurisdicción facultativa de la Corte que los Estados nunca se han mostrado favorables a transformar en obligatoria. Quizá podría incorporarse a estos efectos una cláusula similar a la del art. 13 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, facultando al Consejo de Seguridad a remitir la solución de este tipo de controversias al órgano establecido a estos efectos.

En otro orden de consideraciones, teniendo en cuenta que una de las consecuencias de un hecho ilícito es su reparación, cabría plantearse la modalidad de las reparaciones debidas a los usos de la fuerza ilícitos liderados por Estados Unidos que, en la medida en que no fueron autorizados por el Consejo de Seguridad ni son ejercicio del derecho a legítima defensa, resultan tan ilícitos como los iraquíes y frente a los que el órgano de Naciones Unidas no ha podido actuar al estar atado por su misma arquitectura estructural.

La existencia de límites a la actuación del Consejo de Seguridad, ignorados en la práctica por el órgano primordialmente encargado dentro de la estructura de la Organización de las Naciones Unidas del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, en comportamientos *ultra vires*, sea por problemas de calificación o por el tipo de medidas adoptadas, hace perder credibilidad no solo al órgano en cuestión, sino a la Organización a la que pertenece. Este efecto no es en absoluto deseable en una sociedad internacional escasamente institucionalizada como la que poseemos.

Lo que parece evidente es que cuanto mayor sea el alcance práctico de las competencias del Consejo de Seguridad más necesario es el establecimiento de controles de legalidad de sus decisiones. La eficacia no es un argumento suficiente para permitir la acción ilimitada de uno de los órganos principales de las Naciones Unidas, de donde se deriva la necesidad de establecer controles al ejercicio de los poderes del Consejo de Seguridad, dada la insuficiencia de los actuales, cuya concepción habrá de ponderar el mantenimiento de la eficacia del Consejo con la legalidad de sus actuaciones. No podemos arriesgarnos a encorsetar a este órgano de nuevo de modo que de nuevo nos conduzca a la inoperatividad de la que hizo gala antes de la década de los noventa.

A pesar de las esperanzas que podemos ubicar en la reforma de la Carta de Naciones Unidas, la información publicada de los trabajos en este sentido guarda

silencio en este punto, lo que nos hace pensar que no existe interés en establecer mecanismos de control a la actuación del Consejo de Seguridad. Los indirectos con que contamos han demostrado sobradamente su insuficiencia y la incorporación de nuevos controles cuenta con una dificultad difícilmente franqueable: el sistema de reforma de la Carta al que se aplica (ex art. 109.2) el derecho de veto de los miembros permanentes, previsiblemente poco dispuestos a perder los privilegios con los que cuentan, sin que sea uno de los menores entre ellos, la posibilidad de utilizar el Consejo de Seguridad y, en concreto el Capítulo VII de la Carta, a su antojo (o al menos intentarlo) sin verse constreñidos por posibles controles.

El paso de la discrecionalidad a la arbitrariedad puede ser muy corto, pero hay que evitar incurrir en él. Por ello, hemos de recordar al Profesor Remiro afirmando que el Consejo de Seguridad ha de ser como la mujer del César...