

**EL DERECHO INTERNACIONAL EN LA SENTENCIA
DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN
EL ASUNTO NICARAGUA-ESTADOS UNIDOS**

por ALEJANDRO J. RODRIGUEZ CARRION

SUMARIO

1. INTRODUCCION
2. CUESTIONES RELATIVAS A LA TEORIA DE LOS SUJETOS INTERNACIONALES
 - a. Estatuto jurídico internacional del Estado
 - b. La subjetividad de las Organizaciones internacionales.
 - c. La subjetividad internacional de los insurgentes.
3. TEORIA DE LAS NORMAS JURIDICAS INTERNACIONALES
 - a. Los actos unilaterales de los Estados.
 - b. La *opinio iuris*, elemento esencial de la costumbre.
 - c. El papel de las normas centralizadas autoritarias.
 - d. La ruptura del consensualismo convencional.
4. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL
 - a. El hecho de Estado o elemento subjetivo.
 - b. Otras formas de responsabilidad.
 - c. La reparación.
5. EL CONTROL DEL USO DE LA FUERZA
 - a. La prohibición del uso de la fuerza.
 - b. Las condiciones de ejercicio de la legítima defensa.
 - c. Las tendencias ampliadoras.

1. INTRODUCCION

El tema de este trabajo en principio pudiera parecer más indicado para su inclusión en las páginas que usualmente dedican las revistas jurídicas a los comentarios jurisprudenciales, que para una discusión teórica de fondo. Si ello es habitualmente cierto respecto de los análisis de la jurisprudencia internacional, no parece que sea excesivamente osado afirmar que, con la sentencia de la Corte del año 1986, nos encontramos con un documento jurídico, emitido por el más alto tribunal de la Comunidad internacional, en el que muy posiblemente se hayan visto examinadas la mayor parte de las parcelas del ordenamiento jurídico internacional, en cualquier caso las más vitales. Y respecto de algunas de ellas es posible estimar que la Corte Internacional de Justicia ha hecho afirmaciones que quizás apunten a una nueva concepción del Derecho internacional público. Es posible que ni tan siquiera sea demasiado estimar que la exposición ordenada de esta sentencia pudiera dar lugar a toda una explicación general del Derecho internacional actual.

Y es que, a todas luces, la sentencia objeto de análisis es diferente de las que usualmente emanan de la Corte. Ello, al menos, por cuatro órdenes de razones: en primer lugar, por los Estados partes enfrentados en la controversia. No es usual que la Corte tenga ocasión de pronunciarse en controversias en las que las partes no presentan posiciones políticas, culturales o económicas similares. Se ha señalado, no sin razón, el hecho de que los Estados rehuyen el recurso a la Corte cuando la controversia jurídica presenta asimetrías importantes entre los Estados partes. Resulta claro que en este supuesto las posiciones respectivamente ocupadas por los Estados Unidos y Nicaragua en la estructura de la sociedad internacional arrojan pocas líneas de similitud (1).

(1) FALK, R., «The World Court's Achievement», 81 *A.J.I.L.* (1987), pp. 107-108.

En segundo lugar, la controversia jurídica no versaba sobre cuestiones más o menos tangenciales a los intereses esenciales de los Estados citados y de la Comunidad internacional, que exigiera de la Corte una usual manifestación en torno a la atribución y el reparto de competencias entre las partes, sino que el núcleo central de la controversia afectaba a los mismos principios estructurales del orden internacional, implicándose con ello que, cualquiera fuera el pronunciamiento de la Corte, se iba a producir una discusión central sobre el sentido mismo del Derecho internacional.

En tercer lugar, por la fragilidad de la situación con la que se enfrentaba la Corte, debido a que una de las partes, precisamente aquélla que más podía debilitar la autoridad de la Corte mediante la inaplicación de la sentencia, se había declarado en rebeldía, disconforme con la sentencia en materia de competencia. De esta forma, a la fragilidad política de partida, la Corte hubo de enfrentarse con un rechazo previsible, cualquiera fuera el fallo alcanzado (2).

En cuarto lugar, y consecuencia de lo anterior, la Corte no estuvo exenta de preocupaciones en torno a la consideración de su propio papel como órgano judicial primordial de la Comunidad internacional. En efecto, ante las fragilidades de la situación se ha señalado que la Corte tenía ante sí varias posibilidades, ninguna de las cuales habría dañado sensiblemente la credibilidad de la Corte. De una parte, la Corte podría haber guardado silencio, oportuno en opinión de algunos, declarando su incompetencia para conocer del caso, evitando un enfrentamiento entre el poder judicial y la primera potencia mundial, que solo podía terminar en la reafirmación del predominio de la gran potencia, y el debilitamiento del papel del órgano judicial, ante un previsible incumplimiento de la sentencia (3). De otra parte, la Corte podía haber serpentado hábilmente para, examinando ciertos aspectos presentes en la controversia, no tener que pronun-

(2) D'AMATO, A., «Trashing Customary International Law», 81 *A.J.I.L.* (1987), p. 105; FALK, R., *loc. cit.*, p. 108; BRIGGS, H.W., «The International Court of Justice Lives up to its Name», 81 *A.J.I.L.* (1987), p. 85. De ahí las críticas a la jurisdicción obligatoria, en JANIS, M.W., «Some Reflections on the Compulsory Jurisdiction of the International Court», 81 *A.J.I.L.* (1987), pp. 144-146, y CUTLER, LI. N., «Some Reflections on the Adjudication of the Iranian and Nicaraguan Cases», 25 *Virginia J.I.L.* (1984-85), pp. 443-444; aunque, igualmente, críticas a la posición estadounidense, en JOYNER, Ch. C. y GRIMALDI, M.A., «The United States and Nicaragua: Reflections on the Lawfulness of Contemporary Intervention», 25 *Virginia J.I.L.* (1984-85), pp. 687-688.

(3) CHRISTENSON, G.A., «The World Court and *Jus Cogens*», 81 *A.J.I.L.* (1987), p. 100; GLENNON, H.J., «Protecting the Court's Institutional Interests: Why not the 'Marbury' Approach?», 81 *A.J.I.L.* (1987), pp. 121-129; GORDON, E., «Discretion to Decline to Exercise Jurisdiction», 81 *A.J.I.L.* (1987), pp. 130-135; CHIMNI, B.S., «The International Court and the maintenance of peace and security: The Nicaragua Decision and the United States Response», 35 *I.C.L.Q.* (1986), p. 965.

ciarse sobre los centrales, precisamente aquéllos en los que más enconadas resultaban las posiciones y en los que la carga ideológica hacía más previsible un rechazo del fallo final. Por último, la Corte podía asumir su papel en toda su integridad y, haciendo abstracción matizada de los problemas políticos, pronunciar el derecho existente según su leal saber y entender, asumiendo, con todas sus consecuencias, su deber de determinar y aplicar el derecho al caso concreto (4).

Entre las tres posibilidades la Corte asumió sin dudar esta última. No cabe decir que la Corte fuera imprudente o irresponsable, porque, como tendremos ocasión de ver, hay aspectos en los que su propio razonamiento le pudo llevar a más. Pero quizás sean cuestiones en las que esencialmente no se habrían aclarado cuestiones jurídicas nuevas y sí posiblemente hubieran coadyuvado a encrespar más la situación. En conjunto debe afirmarse que la Corte asumió gallardamente su función, lo que es motivo de especial celebración (5). Ello, sin duda, por el momento histórico en el que se elabora la sentencia, y que no es difícil identificar como el momento en el que más radicalmente se apunta la existencia de una crisis del Derecho internacional. La Corte ha reafirmado el papel del Derecho internacional, sin parar en costes, pero, a la vez, no se ha perdido en una teorización, sino que ha seguido una senda segura en la determinación de las normas aplicables y en la resolución judicial de un caso concreto.

Para ello la Corte ha tenido que examinar, de forma directa o indirecta, problemas que afectan a partes esenciales del Derecho internacional, tales como problemas de subjetividad internacional, problemas relativos a la teoría de las fuentes, cuestiones de responsabilidad internacional y, finalmente, pero no menos importante, la norma relativa a la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales. A cada uno de estos puntos nos proponemos dedicar diferenciada atención en las páginas siguientes.

Estas referencias no agotan, ni de lejos, las profundas complejidades del caso. Pero, en cualquier caso, y desde una perspectiva jurídica, la sentencia permite nuevas reflexiones en torno al sentido del Derecho internacional en el último cuarto del siglo XX. No se trata tampoco de que, repentinamente, la Corte haya revolucionado todas sus concepciones, pero sí de que, ante un supuesto de la trascendencia del examinado, sus afirmaciones adquieren una relevancia especial que en ningún caso pueden ser relegadas a más o menos brillantes *obiter dicta* (6).

(4) BRIGGS, H.W., *loc. cit.*, p. 85.

(5) FALK, R., *loc. cit.*, p. 106.

(6) FRANCK, Th. M., «Some Observations on the I.C.J.'s Procedural and Substantive Innovations», 81 *A.J.I.L.* (1987), p. 121.

2. CUESTIONES RELATIVAS A LA TEORIA DE LOS SUJETOS INTERNACIONALES

Pudiera estimarse que las reflexiones de la Corte en relación con las cuestiones de subjetividad, son de escaso contenido en la medida en que no suponen la introducción de elementos conceptuales nuevos, sino que se limitan a reafirmar posiciones previamente mantenidas. En efecto, tanto en lo relativo a la posición jurídica y estatuto internacional del Estado, como en lo referente a la subjetividad de las Organizaciones internacionales, así como de otras entidades con aspiración a adquirir estatuto jurídico internacional, la Corte mantiene posiciones ya reconocibles en otras sentencias. Dos notas, sin embargo, deben destacarse: de una parte, una evidente profundización en ciertas características conformadoras del estatuto jurídico internacional de los diversos sujetos examinados; de otra, y aún a fuer de reiterativos, resulta necesario recordar que, en esta ocasión, las estimaciones de la Corte se contienen en un contexto de especial relevancia, con lo que algunas de las cuestiones adquieren realce significativo merecedor de análisis particularizado.

a. Estatuto jurídico internacional del Estado

1. El principio de la soberanía territorial de los Estados queda firmemente reafirmado en la sentencia de la Corte como uno de los elementos establecidos y asentados del Derecho internacional (7), hasta el punto de que las actividades ilícitas que impliquen el uso de la fuerza o violen la prohibición del principio de no intervención constituirán, necesariamente y de igual forma, violaciones de la soberanía territorial de los Estados (8).

2. En el *asunto del estrecho de Corfú (1949)*, la Corte había manifestado, como corolario del principio de la soberanía territorial, la obligación de todos los Estados de no permitir la utilización de su territorio a los fines de realizar actos contrarios a los derechos de otros Estados (9). Esta afirmación no se estima como una presunción de responsabilidad del Estado territorial, por lo que aún habría que determinar la atribución al Estado, por acción u omisión, de los actos perjudiciales para terceros Estados. En este sentido, y a propósito de la alegación estadounidense de que las autoridades nicaraguenses eran responsables por el tráfico de armas destinado a Honduras y el Salvador, la Corte estimó, teniendo también en cuenta

(7) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, para 212, p. 111. En adelante se citará por los números de párrafo y página.

(8) Para. 251, p. 128.

(9) *Affaire du Détroit de Corfou*, Arrêt du 9 avril 1949: C.I.J. Recueil 1949, p. 22.

las peculiaridades geográficas de America Central, que no sería razonable exigir del Gobierno de Nicaragua un mayor grado de diligencia que la obtenida por el esfuerzo combinado de Honduras, El Salvador y los Estados Unidos, sin que dejara de resultar significativo a la Corte la cuantía de los esfuerzos estadounidenses para detener el tráfico, si es que éste se produjo en magnitudes significativas (10).

3. La afirmación de la soberanía de los Estados queda vacía de contenido si no viene acompañada de la categórica aseveración de que todos los Estados tienen el derecho a determinar libremente su propia condición política, elemento de disputa especialmente presente en el asunto de análisis. De forma tajante advertirá la Corte que:

«a State's domestic policy falls within its exclusive jurisdiction, provided of course that it does not violate any obligation of international law. Every State possesses a fundamental right to choose and implement its own political, economic and social systems. Consequently, there would normally be no need to make any inquiries, in a matter outside the Court's jurisdiction, to ascertain in what sense and along what lines Nicaragua has actually exercised its right» (11).

Estimaría la Corte, en otro pasaje de la sentencia, que:

«however the regime in Nicaragua be defined, adherence by a State to any particular doctrine does not constitute a violation of customary international law; to hold otherwise would make nonsense of the fundamental principle of State sovereignty, on which the whole of international law rests, and the freedom of choice of the political, social, economic and cultural system of a State» (12).

En al menos dos cuestiones llegó a reflejar la Corte las consecuencias de este principio, precisamente aquellas cuestiones que pretendidamente servían de base a la impugnación del régimen sandinista: de una parte, el derecho de todo Estado a elegir y conducir su política exterior de forma coordinada con otro u otros Estados, cualquiera fuera el impacto de esta decisión en los existentes bloques político-militares regionales o internacionales (13). De otra parte, y como máxima expresión de la soberanía, el derecho de todo Estado a decidir el nivel de sus fuerzas armadas, afirmando la Corte al respecto que:

«in international law there are no rules, other than such rules as may be accepted by the State concerned, by treaty or otherwise, whereby

(10) Paras. 157-158, p. 85.

(11) Para. 258, p. 131.

(12) Para. 264, p. 133.

(13) Para. 265, p. 134.

the level of armaments of a sovereign State can be limited, and this principle is valid for all States without exception» (14)

4. El derecho a elegir el propio sistema viene acompañado de la obligación de los demás Estados de no intervenir en los asuntos internos de otros Estados, obligación resultado de una *opinio iuris* establecida y sustancial (15). El contenido del principio de no intervención ha sido definido de forma negativa por la Corte en la medida en que pueda poner en peligro el derecho de los Estados a elegir su propio sistema:

«a prohibited intervention must accordingly be one bearing on matters in which each State is permitted, by the principle of State sovereignty, to decide freely. One of these is the choice of a political, economic, social and cultural system, and the formulation of foreign policy. Intervention is wrongful when it uses methods of coercion in regard to such choices, which must remain free ones. The element of coercion, which defines, and indeed forms the very essence of, prohibited intervention, is particularly obvious in the case of an intervention which uses force, either in the direct form of military action, or in the indirect form of support for subversive or terrorist armed activities within another State» (16).

5. La única excepción expuesta por la Corte a este principio es la resultante de la misma soberanía de los Estados: en efecto,

«the Court cannot discover, within the range of subjects open to international agreement, any obstacle or provision to hinder a State from making a commitment of this kind. A State, which is free to decide upon the principle and methods of popular consultation within its domestic order, is sovereign for the purpose of accepting a limitation of its sovereignty in this field. This a conceivable situation for a State which is bound by institutional links to a confederation of States, or indeed to an international organization» (17).

6. Precisamente al llegar a este punto es cuando la Corte tuvo que enfrentarse al núcleo central de la cuestión objeto de la sentencia. Frente al dogma de la igualdad soberana de los Estados, el Derecho internacional

(14) Para. 269, p. 135.

(15) Para. 202, p. 106.

(16) Para. 205, p. 108. Véase, igualmente, para. 202, p. 106. Confundí el tema de la existencia de normas generales de Derecho internacional en materia de derechos humanos y la compatibilidad de diferentes regímenes políticos con dichas normas, TESON, F.R., «Le Peuple, c'est moi! The World Court and Human Rights», 81 *A.J.I.L.* (1987), pp. 176-178.

(17) Para. 259 p. 131. Para el juez SCHWEBEL éste era precisamente el caso, al estimar que el reconocimiento del gobierno sandinista se había obtenido gracias a las garantías dadas en torno a la adopción de futuras medidas políticas (p. 384).

reconoce igualmente diferencias en el estatuto jurídico internacional de los Estados, desigualdad de estatuto jurídico que con frecuencia no es sino reflejo normativo de las desigualdades de hecho existentes entre los Estados. En este sentido, puede resultar suficientemente significativa la trascendencia que el Derecho internacional reconoce a la desigual posición económica de los Estados en la estructura económica internacional. Así, para el Derecho internacional no resulta intrascendente que un Estado sea un país desarrollado, un país en vías de desarrollo, con la matización de si este último es un país menos avanzado o se encuentra en situación geográfica desventajosa. De la misma forma, en el ámbito político, el artículo 27, 3, de la Carta de las Naciones Unidas confiere un derecho de veto a las grandes potencias, reflejo, de una parte, de la mayor responsabilidad que se les confiere en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y, de otra, confirmación de un estatuto que, de hecho y con anterioridad a la Carta, ya venían disfrutando. Tanto en un caso como en otro, la desigual distribución de derechos y obligaciones entre los Estados, según la posición que ocupen en la escala social, responde a la sensibilidad por el objetivo de la igualdad.

Pero, de otra parte, estas excepciones al principio de la igualdad jurídica de los Estados se limitan a las expresamente provistas por el Derecho internacional, sin que quepan interpretaciones ampliadoras de los derechos y deberes que conllevan y sin que puedan ser aducidas en contextos y con finalidades diferentes a la manifestamente expresadas en las normas para la consecución del citado objetivo de una igualdad real de estatuto jurídico de los Estados. Es por ello que deben rechazarse pretensiones políticas que vagamente invocan normas jurídicas en el sentido de ampliar la significación del desigual estatuto jurídico de los Estados.

En efecto, en el terreno político, las grandes potencias con frecuencia han pretendido una ampliación de su papel de conformación de la realidad política internacional, arrogándose un papel de dirección que excede con mucho el funcionalmente previsto, en principio, en las normas jurídicas internacionales. En este sentido, el mundo contemporáneo ha asistido a una afirmación, que se ha pretendido incluso jurídica, de las zonas de influencia, y a la aparición de doctrinas que justificaban esta situación de hecho, en aras a una supuesta obligación de pacificación. Han de ser consideradas jurídicamente irrelevantes las llamadas doctrinas Johnson y Breznev, durante la década de los sesenta y, más recientemente, la llamada doctrina Reagan, corolario para algunos de la doctrina Johnson, aunque cambiando en los medios de ejecución.

Si las doctrinas Johnson y Breznev habían procedido a afirmar un supuesto derecho de intervención, incluso militar, de las grandes potencias, siempre que ello fuera necesario para mantener la cohesión del bloque, lo

que se consideraba elemento imprescindible para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales que se percibían amenazadas, de conformidad con la doctrina Reagan, los Estados Unidos tendrían un derecho de intervención indirecta o encubierta para evitar todas aquellas situaciones que, en su zona de influencia, se consideran incompatibles con los intereses de la potencia hegemónica que es quien, supuestamente, tiene conferida la definición de las medidas necesarias para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Más aún, en la medida en que en Derecho internacional se prohíbe el uso de la fuerza, pero no se muestra igual repudio para intervenciones cercanas al uso de la fuerza, siempre que los objetivos de dicha intervención no sean contrarios a los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas, los Estados Unidos estimarían que sus acciones no son rechazables desde un punto de vista jurídico. El falaz argumento viene rodeado de justificaciones en torno al hecho de que las citadas intervenciones tienen por finalidad la defensa de los derechos humanos de la población del Estado objeto de la intervención, o la eliminación de regímenes políticos que se consideran por esencia contrarios a los derechos humanos.

La posición de la Corte no pudo ser menos equívoca. Baste la cita de un corto pasaje que, añadido a lo antes transcrito, zanja de forma meridiana la cuestión:

«the Court cannot contemplate the creation of a new rule opening up a right of intervention by one State against another on the ground that the latter has opted for some particular ideology or political system» (18).

7. Quizás la única crítica que pueda oponerse al razonamiento de la Corte sea la referente al uso de medidas económicas como medio de intervenir en los asuntos internos de un Estado, hasta el punto de impedir la autodeterminación de su propio sistema. En el contexto del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, de 1956, que vinculaba a ambos Estados, Nicaragua calificaba de intervención económica algunas de las acciones emprendidas por los Estados Unidos. La Corte, sin embargo, no consideró que:

«such action on the economic plane as is here complained of as a breach of the customary-law principle of non-intervention (19).

La Corte, con todo, no cerró la posibilidad de similar consideración en otros supuestos, aunque no en el presente asunto, al estimar que:

(18) Para. 263, p. 133.

(19) Para. 245, p. 126.

«the cessation of economic aid, the giving of which is more of a unilateral and voluntary nature, could be regarded as such a violation only in exceptional circumstances» (20).

La afirmación es, sin duda, significativa, aunque quizás para el caso pudo haberse utilizado el razonamiento jurídico del abuso del propio derecho como posible elemento generador de responsabilidad internacional, abuso de derecho que claramente atenta al principio de buena fe.

b. La subjetividad de las Organizaciones internacionales

La Corte no tuvo oportunidad de referirse de forma específica, y desde perspectivas generales, a las Organizaciones internacionales. Sin duda sobre ello incidió el hecho de la reserva estadounidense, que excluía la aplicación de la Carta de las Naciones Unidas, lo que directa o indirectamente habría provocado reflexiones sobre el papel de la Organización en el desarrollo progresivo del Derecho internacional y sobre la actuación de sus órganos. En cualquier caso, y aún de forma indirecta, sí existen afirmaciones de indudable valor desde el punto de vista de la teoría general de las Organizaciones internacionales. Las más relevantes son, incuestionablemente, las referencias al valor jurídico de los actos de las Organizaciones y a la trascendencia de dichos actos para el desarrollo progresivo del Derecho internacional, cuestión ésta a la que tendremos ocasión de dedicar algún espacio páginas más abajo. En otro ámbito, también puede resultar expresiva la sentencia al afirmar indirectamente la capacidad de obrar de las Organizaciones como un elemento separado e independiente de la capacidad de los Estados miembros de la misma. En efecto, en alguna medida Estados Unidos justificaba su actuación de apoyo a la *contra* como forma de obligar a las autoridades nicaragüenses a aceptar y cumplir los compromisos adquiridos por los sandinistas, antes de llegar al poder en Nicaragua, ante la Organización de Estados Americanos.

La argumentación de la Corte, en este orden de cosas, será clara y tajante: en primer lugar, y en figura similar a la ya utilizada por la Corte en la muy discutida sentencia de 1966, los Estados Unidos no fueron en ningún caso los recipendarios del compromiso sandinista, si es que éste realmente existió con carácter jurídico:

«it could not have justified the United States insisting on the fulfilment of a commitment made not directly towards the United States, but towards the Organization, the latter being alone empowered to monitor its implementation» (21).

(20) Para. 276, p. 138.

(21) Para. 262, p. 132.

En segundo lugar, y aún asumiendo que los Estados Unidos pudieran haber invocado el derecho a sustituir a la Organización en el control de la ejecución del supuesto compromiso, parece igualmente claro a la Corte que los Estados Unidos:

«could hardly make use for the purpose of methods which the Organization could not use itself; in particular, it could not be authorized to use force in that event. Of its nature, a commitment like this is one of a category which, if violated, cannot justify the use of force against a sovereign State» (22).

Pero es que, en tercer lugar, y aquí es donde radicaría la esencial diferencia entre el razonamiento de la Corte entre 1966 y 1986, mientras podría haberse estimado un supuesto de sucesión en el control de las obligaciones por parte de los miembros de una Organización que hubiera desaparecido, nada parece autorizar el principio de sustitución, máxime cuando la Organización de Estados Americanos poseía órganos encargados del control del cumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros, era conocedora de la alegada situación existente en Nicaragua y

«was in a position, if it so wished, to take a decision on the basis of these reports» (23).

c. La subjetividad internacional de los insurgentes

La Corte, en su exámen de las actividades de la *contra*, parte de un acertado supuesto de base: la *contra* existía con anterioridad a la participación norteamericana en el conflicto. Con este punto de partida, la mera creación y existencia de la *contra* se desplaza, en cualquier caso, del ámbito de las reflexiones sobre el uso de la fuerza al ámbito de la prohibición de intervención en los asuntos internos del Estado de Nicaragua. Pero con ello se plantea otro problema no menos interesante: si la ayuda norteamericana a los insurgentes de Nicaragua es una ayuda a un grupo alzado en armas, resulta decisivo plantearse el nivel de subjetividad que tal grupo pudiera tener conferido.

Este es un tema íntimamente ligado a la cuestión del reconocimiento: un grupo insurgente es reconocido por otros gobiernos como gobierno que controla parte del territorio del Estado, y puede solicitar y obtener ayuda de cualquier índole como entidad representante de un sujeto de Derecho internacional. Ciertamente los Estados son cautos y no gustan de reconocimientos precipitados que, en aras a rentabilidades políticas a corto pla-

(22) Para. 262, p. 133.

(23) Para. 267, p. 134.

zo, puedan poner en peligro intereses más duraderos. De ahí que, salvo en supuestos de guerras civiles con estabilización en el enfrentamiento, sea más frecuente la postura de esperar y observar (24).

Por el contrario, cuando el grupo insurgente no goza de ningún tipo de reconocimiento resultará patente que cualquier ayuda que se preste al mismo ha de ser considerada como una violación de la obligación de no intervención en los asuntos internos del Estado en cuestión y, por ende, contraria al Derecho internacional. La Corte no pudo por menos que reconocer que recientemente se habían producido supuestos de intervención en beneficio de las fuerzas opositoras al gobierno de otro Estado, lo que llevó a la Corte a plantearse:

«whether there might be indications of a practice illustrative of belief in a kind of general right for States to intervene, directly or indirectly, with or without armed force, in support of an internal opposition in another State, whose cause appeared particularly worthy by reason of the political and moral values with which it was identified. For such a general right to come into existence would involve a fundamental modification of the customary law principle of non-intervention» (25).

La verificación de la Corte le lleva a una contestación negativa:

«the principle of non-intervention derives from customary international law. It would certainly lose its effectiveness as a principle of law if intervention were to be justified by a mere request for assistance made by an opposition group in another State —supposing such a request to have actually been made by an opposition to the regime in Nicaragua in this instance. Indeed, it is difficult to see what would remain of the principle of non-intervention in international law if intervention, which is already allowable at the request of the government of a State, were also to be allowed at the request of the opposition. This could permit any State to intervene at any moment

(24) En su opinión disidente, el juez SCHWEBEL sí se refirió en varios momentos al problema de la subjetividad de los movimientos insurreccionales: «it is accepted international law that a government is liable for the acts of successful revolutionaries —their torts and their contracts. (Cf. the Award of William H. Taft, Sole Arbitrator, in the *Tinoco* case, 1923, United Nations Reports of International Arbitral Awards, Vol. I, p. 375)» (p. 382.); «it is equally accepted that insurgent communities may conclude treaties (see the «Draft articles on the law of treaties with commentaries», Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, pp. 188-189) (p. 382); «when a revolutionary government, soliciting recognition, has given assurances to foreign governments, such assurances have repeatedly been treated by foreign governments as binding the revolutionary government and its successors» (p. 384).

(25) Para. 206, p. 108.

in the internal affairs of another State, whether at the request of the government or at the request of its opposition. Such a situation does not in the Court's view correspond to the present state of international law» (26).

La consecuencia lógica de esta posición será la estimación de que la ayuda a la *contra* por los Estados Unidos es un ilícito internacional que genera la responsabilidad de los Estados Unidos. Cuestión muy diferente será, como examinaremos más adelante, que le sean atribuibles a los Estados Unidos los hechos ilícitos realizados por la *contra*, mas que si resultaren atribuibles a la propia conducta de los Estados Unidos (27).

La Corte, sin embargo, parece dejar indirectamente un resquicio abierto para ciertas intervenciones que no serán contrarias al Derecho internacional. En efecto, en un insinuante pasaje afirma que:

«there have been in recent years a number of instances of foreign intervention for the benefit of forces opposed to the government of another State. The Court is not here concerned with the process of decolonization; the question is not in issue in the present case» (28).

Finalmente, la otra posibilidad de intervención que la Corte establece es la llamada ayuda humanitaria, siempre y cuando este tipo de ayuda reúna dos requisitos esenciales: en primer lugar, debe concederse con el propósito limitado de prevenir y aliviar el sufrimiento humano o de proteger la vida humana; y, en segundo lugar, debe darse a todos los que lo necesiten en el Estado en que se interviene, sin distinción entre los bandos en pugna (29).

(26) Para. 246, p. 126.

(27) Paras. 115-116, pp. 64-65.

(28) Para. 206, p. 108. El juez SCHWEBEL rechazó radicalmente esta posibilidad, estimando que «in contemporary international law, the right of self-determination, freedom and independence of peoples is universally recognized; the right of people to struggle to achieve these ends is universally accepted; but what is not universally recognized and what is not universally accepted is any right of such peoples to foreign assistance or support which constitutes intervention. That is to say, it is lawful for a foreign State or movement to give to a people struggling for self-determination moral, political and humanitarian assistance; but it is not lawful for a foreign State or movement to intervene in that struggle with force or to provide arms, supplies and other logistical support in the prosecution of armed rebellion. This is true whether the struggle is or is proclaimed to be in pursuance of the process of decolonization or against colonial domination. Moreover, what entities are susceptible of decolonization is a matter of dispute in many cases. What is a colony, and who is the colonizer, are the subjects of sharply differing views. Examples of what may be contentiously characterized —though not necessarily unreasonably characterized— as colonies may be readily assembled. But for present purposes, it is enough to point out that the lack of beauty is in the eye of the beholder». (p. 351).

(29) Para. 243, p. 125.

3. TEORIA DE LAS NORMAS JURIDICAS INTERNACIONALES

La doctrina internacionalista clásica, sin duda influenciada por la enumeración de las fuentes del Derecho internacional contenidas en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia o en el de su predecesora la Corte Permanente de Justicia Internacional, clasificaba las fuentes del Derecho internacional conforme a criterios paralelos a los utilizados en los diferentes derechos internos. De esta forma se apuntaba a la existencia de una pluralidad de fuentes formales, como si cada una de ellas respondiera a la existencia de fuentes materiales o agentes de producción diferenciados. Con posterioridad la doctrina experimentó una evolución importante, en la que no faltó el concurso decisivo de la jurisprudencia internacional, en el sentido de advertir que las llamadas fuentes formales del Derecho internacional no son sino variaciones en torno a la forma en que se expresa siempre la misma fuente material del Derecho internacional. En efecto, las variadas fuentes formales del Derecho internacional son solo formas de expresión de la voluntad del Estado, como única fuente auténtica y material del Derecho internacional.

El carácter indudable de esta afirmación ha sido corregido, sin embargo, por la reciente posición experimentada por la jurisprudencia internacional. En este sentido, la sentencia de la Corte objeto de las presentes reflexiones registra inflexiones dignas de análisis, en la medida en que introduce elementos novedosos en la concepción material de las fuentes del Derecho internacional. La Corte no ha sometido a discusión ni ha negado la trascendencia del consentimiento del Estado en la creación de las normas internacionales: lo que si ha hecho ha sido discutir cómo ha de darse este consentimiento, hasta el punto de aparentar auténticas excepciones al principio del consentimiento; algunas de dichas excepciones apuntan a la relajación de los requisitos formales exigibles para que se considere prestado el consentimiento de los Estados, haciendo de los actos unilaterales, en sus múltiples manifestaciones, un modo fluido de creación de obligaciones para los Estados y, en última instancia, de creación de normas jurídicas internacionales, mediante la conjunción de los consentimientos estatales.

De otra parte, se ha producido un deterioro en la afirmación clásica respecto de los efectos de las normas convencionales, lo que ha provocado una caída de las defensas estatales, al menos respecto de normas consuetudinarias originadas en los tratados, cuando estas normas consuetudinarias han superado el momento *in fieri* para consolidarse. De la unión de ambos elementos resulta relevante afirmar que lo importante es determinar la práctica de los Estados y no la forma en que dicha práctica se manifiesta.

Pero, en último extremo, la voluntad de los Estados también ha sido trascendida mediante la aparición de lo que quizás cabría denominar nor-

mas centralizadas autoritarias que se imponen a los propios Estados, al margen de su voluntad individual. Nos referimos, claro está, a la creciente importancia de los actos de las Organizaciones internacionales como forma autónoma de creación de normas jurídicas internacionales.

Estas tres cuestiones, tratadas por la Corte, aunque con análisis y resultados diferentes, justifican las reflexiones en torno a las fuentes del Derecho internacional.

a. Los actos unilaterales de los Estados

En una previa decisión de la Corte, en el *asunto sobre los ensayos nucleares (1974)* la Corte tuvo ocasión de afirmar lo que sin duda se ha convertido en la mejor conceptualización jurisprudencial de acto unilateral:

«is it well recognised that declarations made by way of unilateral acts, concerning legal or factual situations, may have the effect of creating legal obligations. Declarations of this kind may be, and often are, very specific. When it is the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking, the State being thenceforth legally required to follow a course of conduct consistent with the declaration. An undertaking of this kind, if given publicly and with an intent to be bound, even though not made within the context of international negotiations, is binding. In these circumstances, nothing in the nature of a *quid pro quo* nor any subsequent acceptance of the declaration, nor even any reply or reaction from other States, is required for the declaration to take effect, since such a requirement would be inconsistent with the strictly unilateral nature of the juridical act by which the pronouncement by the State was made» (30).

En un doble plano analizó la Corte, en el presente asunto, los actos unilaterales. De una parte, en un aspecto procesal, sin duda relevante por la no personación de los Estados Unidos en el procedimiento, y relativo al valor probatorio que había de darse a ciertas declaraciones de los Estados Unidos conectadas con aspectos importantes del fondo del asunto. De otra parte, en relación al valor jurídico que hubieran de tener los presuntos compromisos adquiridos por los insurgentes sandinistas ante la Organización de Estados Americanos, con anterioridad al derrocamiento del régimen de Somoza.

(30) *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment of 20 December 1974, I.C.J. Reports 1974, para. 43, p. 267.

1. En el primer ámbito, la Corte, en una aseveración general, llegaría a afirmar que:

«among the legal effects which such declarations may have is that they may be regarded as evidence of the truth of facts, as evidence that such facts are attributable to the States the authorities of which are the authors of these declarations and, to a lesser degree, as evidence for the legal qualification of these facts. The Court is here concerned with the significance of the official declarations as evidence of specific facts and of their imputability to the States in question» (31).

No debe resultar extraño que la Corte afirmara que:

«statements of this kind, emanating from high-ranking official political figures, sometimes indeed of the highest rank, are of a particular probative value when they acknowledge facts or conduct unfavourable to the State represented by the person who made them. They may then be considered as a form of admission» (32).

Los requisitos formales exigidos por la Corte para conceder relevancia a dichas declaraciones parecen mostrar líneas de continuidad y separación respecto de los requisitos que tradicionalmente se exigían. La línea de continuidad estaría representada por la exigencia de claridad y medio en el que se realiza. En este sentido la Corte afirmaba que:

«the materials before the Court also includes statements by representatives of States, sometimes at the highest political level. Some of these statements were made before official organs of the State or of an international or regional organization, and appear in the official records of those bodies. Others, made during press conferences or interviews, were reported by the local or international press» (33).

La línea de ruptura respecto de las exigencias formales quizás pudiera venir significada en torno a la cualificación de las personas que pudieran comprometer al Estado mediante declaraciones, al relajarse la línea previamente establecida en la sentencia de 1974, que exigía que la declaración proviniera de las más altas jerarquías del Estado, sin que se incluyera entre las mismas a autoridad tan cualificada como un Ministro de Defensa.

(31) Para. 71, p. 43.

(32) Para. 64, p. 41.

(33) Para. 64, p. 41. En un pasaje similar se consideraba que «in its quest for the truth, it may also take note of statements of representatives of the Parties (or of other States) in international organizations, as well the resolutions adopted or discussed by such organizations, in so far as actually relevant, whether or not such material has been drawn to its attention by a Party» (Para. 72, p. 44).

Ahora, por el contrario, se habla, en general, de «representantes de los Estados, a veces del más alto rango político».

2. En el segundo ámbito, el tradicionalmente considerado como ámbito específico de los actos unilaterales, la Corte contempló los mismos en el contexto de la declaración efectuada por los insurgentes sandinistas ante la Organización de Estados Americanos, que se contenía en la formulación de un «Plan para la Paz de la Junta Gubernamental de Reconstrucción Nacional de Nicaragua», de 12 de junio de 1979. Para los Estados Unidos tal declaración constituía un auténtico acto unilateral que vinculaba al futuro gobierno nicaragüense tras el derrocamiento de Somoza. En este sentido, el juez AGO, en su opinión disidente, fortalecería la argumentación estadounidense al considerar que resultaba inconcebible que la Organización de Estados Americanos hubiera adoptado una medida tan drástica, como era la retirada del reconocimiento al Gobierno de Somoza si no hubiera contado con una sólida garantía de que iba a ser reemplazado por un Gobierno que ofrecía unas características tan precisas como las contenidas en el «Plan de Paz» (34).

La Corte, en contestación a estas argumentaciones, y aún aceptando la posibilidad de que un acto unilateral realizado por un grupo insurgente pudiera vincularle en el futuro, afirmaría que ni en el «Plan», o en la comunicación explicativa que lo acompañaba, ni en la resolución de la O.E.A., podía encontrarse ningún elemento del que pudiera inferirse que existiera algún compromiso jurídico:

«the Court cannot find an instrument with legal force, whether unilateral or synallagmatic, whereby Nicaragua has committed itself in respect of the principle or methods of holding elections» (35).

De esta forma la Corte reiteraba posiciones anteriores en virtud de las cuales debía quedar plenamente establecida la precisión del contenido y su objetivo de adquirir un compromiso jurídico, por encima de cualquier apariencia formal.

b. La «*opinio iuris*», elemento esencial de la costumbre

En la sentencia de 1986, la Corte verificó dos aspectos de suma relevancia en materia de las normas consuetudinarias: de una parte, la posición e importancia de la *opinio iuris* como elemento decisivo y autónomo de la costumbre y, de otra, la determinación y prueba de la existencia de una costumbre como práctica generalmente aceptada como derecho. Fi-

(34) P. 186.

(35) Para. 261, p. 132. TESON, F.R., *loc. cit.*, p. 180, acusa a la Corte de construcción formalista.

nalmente, en otro orden de cosas, y quizás con menos relevancia respecto de la teoría general de las normas consuetudinarias, también se mencionaron ciertos aspectos de los elementos materiales exigibles a una práctica para poder ser considerada norma consuetudinaria.

1. En el primer aspecto, la jurisprudencia internacional ha registrado oscilaciones ciertamente importantes en relación con la importancia de la convicción jurídica como elemento autónomo y configurador de la norma consuetudinaria. Y es que, en realidad, se ha señalado que la determinación de un elemento psicológico es de imposible demostración, lo que ha llevado a parte de la doctrina a estimar que el comportamiento de acuerdo con una obligación jurídica es la consecuencia de la obligación jurídica y no elemento constitutivo de la misma. La jurisprudencia internacional, quizás ante las dificultades de la prueba del elemento psicológico, no ha solido dar a este elemento un tratamiento autónomo. Es más, como señalan algunos autores, cada vez que la jurisprudencia se ha referido individualizadamente al elemento espiritual de la costumbre parecía hacerlo con el ánimo de concluir que, en la práctica concreta, no se daba dicho elemento, lo que permitió a algún sector doctrinal la afirmación de que el análisis del elemento psicológico había devenido en técnica o expediente funcional para rechazar la existencia de la norma consuetudinaria. A esta idea apuntarían las reflexiones de la C.J.I. en el *asunto del derecho de asilo* (1950) e, igualmente, en el *asunto de los nacionales norteamericanos en Marruecos* (1952).

En el último período, sin embargo, la Corte parece haber iniciado una operación de recuperación del carácter autónomo del citado elemento. En efecto, en el *asunto relativo a la delimitación de la frontera marítima en la zona del Golfo del Maine* (1984), la Corte enunciaba el Derecho internacional consuetudinario como:

«un ensemble restreint de normes propres à assurer la coexistence et la coopération internationale, ensemble auquel s'ajoute une série de règles coutumières dont la présence dans l' 'opinio iuris' des Etats se prouve par voie d'induction en partant de l'analyse d'une pratique suffisamment étoffée et convaincante, et non pas par voie de déduction en partant d'idées préconstituées a priori» (36).

La emergente posición de la Corte quedará nítidamente reafirmada en la sentencia de 1986. En un pasaje taxativamente claro, la Corte afirmó que:

(36) C.I.J. Reports 1984, para. 111, p. 229. En el *asunto relativo a la plataforma continental (Jamahiriya Árabe Libia/Malta)* (1985), la Corte consideró que «the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and *opinio iuris* of States» (para. 27, p. 29).

«for a new customary rule to be formed, not only must the acts concerned 'amount to a settled practice', but they must be accompanied by the 'opinio juris sive necessitatis'» (37).

En este sentido, y en relación con la obligación de los Estados de abstenerse en sus relaciones mutuas de la amenaza o del uso de la fuerza,

«the Court has however to be satisfied that there exists in customary international law an 'opinio juris' as to the binding character of such abstention» (38).

De esta forma se recalca el carácter autónomo del elemento psicológico de la costumbre, perfectamente diferenciado así de los elementos materiales que determinan el exacto contenido de la norma consuetudinaria.

2. Pero con ello la Corte se ve obligada a tratar uno de los temas más espinosos en torno a la determinación de la costumbre. En efecto, el examen de los elementos materiales de la costumbre puede ser siempre objetivado a la vista de los antecedentes existentes; por contra, analizar si una determinada práctica estatal obedece o no a una convicción jurídica en torno a un deber de hacer o no hacer implica, en una u otra forma, un juicio de valor sobre las motivaciones de las partes. De esta manera, la existencia de una práctica consistente podría ser rechazada en la medida en que adoleciera de la falta de la convicción de obligación, mientras que una práctica relativamente menos consistente podría tener más peso en la medida en que respondiera a un convencimiento de obligación.

La Corte va a referirse a la forma de verificar el elemento subjetivo de la costumbre en una afirmación que no ha dejado de scandalizar:

«this *opinio juris* may, though with all due caution, be deduced from, *inter alia*, the attitude of the Parties and the attitude of States towards certain General Assembly resolutions, and particularly resolution 2625 (XXV) entitled «Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations» (39).

No quiere decirse que la Corte esté dando valor normativo a las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sino que estas resoluciones pueden poner de manifiesto cuál sea la convicción jurídica de los Estados en caso de que una práctica suficiente lo avale. De ahí que

(37) Para. 207, pp. 108-109.

(38) Para. 188, p. 99.

(39) Para. 188, pp. 99-100.

la Corte, en la misma línea de argumento, y en relación con el principio de no intervención, apunte que:

«however, before reaching a conclusion on the nature of prohibited intervention, the Court must be satisfied that State practice justifies it» (40).

En otro punto, igualmente relacionado con la prueba de la costumbre, va a avanzar considerablemente la Corte, con un razonamiento que objetiva la norma y la sustrae al libre juego de la autonomía de las voluntades de las partes. En varios aspectos de la controversia ambos Estados habían mantenido la existencia de ciertas normas consuetudinarias, aunque divergieran en torno a su contenido; sin embargo,

«this concurrence of their views does not however dispense the Court from having itself to ascertain what rules of customary international law are applicable. The mere fact that States declare their recognition of certain rules is not sufficient for the Court to consider these as being part of customary international law, and as applicable as such to those States. Bound as it is by Article 38 of its Statute to apply, *inter alia*, international custom 'as evidence of a general practice accepted as law', the Court may not disregard the essential role played by general practice. Where two States agree to incorporate a particular rule in a treaty, their agreement suffices to make that rule a legal one, binding upon them; but in the field of customary international law, the shared view of the Parties as to the content of what they regard as the rule is not enough. The Court must satisfy itself that the existence of the rule in the *opinio juris* of States is confirmed by practice» (41).

3. Si la convicción jurídica y la práctica son dos elementos diferenciados de la norma consuetudinaria, aún se referirá la Corte a un elemento de la práctica exigible: su nivel de consistencia. Si ya en el *asunto de pesque-*

(40) Para. 206, p. 108. La falta de percepción del sentido del razonamiento jurídico de la Corte es lo que hace afirmar a D'AMATO, dura y temerariamente, que la Corte se ha equivocado radicalmente: «the Court starts with a disembodied rule, for example, the alleged rule of non-intervention found in various treaties, United Nations resolutions and other diverse sources such as the Helsinki Accords. It then finds that a state acceptance of such a rule supplies the *opinio juris* element. Finally, it looks vaguely at state practice. Although the practice of states, notes the Court, has not been 'in absolutely rigorous conformity with the rule', the Court 'deems it sufficient' that 'instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule'. (D'AMATO, A., *loc. cit.*, p. 102.). En parecido sentido, FRANCK escribe que la «*opinio juris*» is 'not' evidence of practice, unless the verbal behaviour of States in the Assembly is to be presumed to attest to their actual behaviour in the 'real world'. (FRANCK, Th.M., *loc. cit.*, 119).

(41) Para. 184, pp. 97-98.

rias (1951) la Corte había restado importancia a la existencia de incertidumbres o contradicciones, aparentes o reales, en la sentencia de 1986 reiterará que:

«it is not to be expected that in the practice of States that application of the rules in question should have been perfect, in the sense that States should have refrained, with complete consistency, from the use of force or from intervention in each other's internal affairs. The Court does not consider that, for a rule to be established as customary, the corresponding practice must be in absolutely rigorous conformity with the rule. In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule. If a State acts in a way *prima facie* incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State's conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule» (42).

Planteado desde esta perspectiva, necesariamente ha de suscitarse el problema de la posible aplicación de una práctica divergente y en sentido contrario a la hasta entonces estimada como generalmente aceptada como derecho. La Corte, en concordancia lógica destacable, exige, para que ello sea posible, la concurrencia de dos factores: de una parte, la existencia de tal práctica contraria; en segundo lugar, que dicha práctica responda al convencimiento de un comportamiento conforme a derecho. En el primer sentido, y refiriéndose en concreto al principio de no intervención, llegó a examinar:

«whether there might be indications of a practice illustrative of belief in a kind of general right for States to intervene, directly or indirectly, with or without armed force, in support of an internal opposition in another State, whose cause appeared particularly worthy by reason of the political and moral values with which it was identified. For such a general right to come into existence would involve a fundamental modification of the customary law principle of non-intervention» (43).

Así, aunque la conclusión pudiera resultar positiva, aún habrá de pasar una segunda prueba, precisamente la de la *opinio juris*:

(42) Para. 186, p. 98.

(43) Para. 206, p. 108.

«reliance by a State on a novel right or an unprecedented exception to the principle might, if shared in principle by other States, tends towards a modification of customary international law. In fact however the Court finds that States have not justified their conduct by reference to a new right of intervention or a new exception to the principle of its prohibition. The United States authorities have on some occasions clearly stated their grounds for intervening in the affairs of a foreign State for reasons connected with, for example, the domestic policies of that country, its ideology, the level of its armaments, or the direction of its foreign policy. But these were statements of international policy, and not an assertion of rules of existing international law» (44).

4. Sin duda es legítimo valorar las razones de un planteamiento en torno al proceso consuetudinario que registra elementos altamente positivos y que suponen una teorización no desdeñable. Hasta cierto punto cabría decir que la elaboración teórica realizada por la Corte no ha sido un azar sino una auténtica necesidad. El caso de referencia se centraba en torno a dos principios cardinales del orden internacional: las prohibiciones de intervención y de la amenaza o del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, precisamente los dos ámbitos en que con más vehemencia política han sido impugnados merced a las reivindicaciones de hegemonía de las grandes potencias. Con ello se indica que es precisamente en este ámbito donde más violaciones de las normas internacionales son verificables, precisamente en un momento en que la bipolarización ha retrotraído a la sociedad internacional a épocas aparentemente superadas. En esta línea, la Corte, como máximo órgano judicial, tenía el deber institucional de poner coto a dos posibles equivocadas interpretaciones del Derecho internacional. De un lado, la afirmación de que ciertas prácticas y actitudes solo pueden ser interpretadas como violaciones de las normas jurídicas internacionales; de otro, que la existencia de dichas violaciones no podrá ser alegada como antecedente demostrativo de la emergencia de una práctica

(44) Para. 207, p. 109. La existencia de convicción jurídica es lo que justifica que la Corte sí parezca aceptar un derecho de intervención en supuestos de descolonización. En sentido contrario, de nuevo D'AMATO escribirá que «the poverty of the Court's theory is matched by the absence of supporting research into state practice. The only example of practice given by the Court contradicts its own theory: state intervention for the purpose of 'decolonization'. Lamely, the Court gets around this unwelcome example by saying that decolonization 'is not in issue in the present case'. The Court's embarrassment would probably only be increased had it seen fit to mention some of the other categories of intervention that contradict the nonintervention theory, such as humanitarian intervention, antiterrorist reprisals, individuals as well as collective enforcement measures, and new uses of transboundary force such as the Israeli raid on the Iraqi nuclear reactor» (D'AMATO, A., *loc cit.*, p. 103). Similar perplejidad muestra KIRGIS, Fr. L., «Custom on a Sliding Scale», 81 *A.J.I.L.* (1987), pp. 149-151.

contraria en la que resulten condonadas, por legítimas, las violaciones de los principios que prohíben la intervención en los asuntos internos de los demás Estados o que legitiman ciertos usos de la fuerza, siquiera sea bajo la denominación de violaciones menores, precisamente porque faltaría en dichos antecedentes la convicción de un comportamiento exigido o permitido por el derecho.

c. El papel de las normas centralizadas autoritarias

1. En un mundo jurídico en el que la voluntad de los Estados era trascendental para la creación de normas, la posibilidad de existencia de normas jurídicas al margen de dicha voluntad resultaba inadmisibile. Tan es así que incluso en la costumbre llegó a afirmarse por la C.P.J.I., en el *asunto del Lotus* (1925), el carácter de pacto tácito, implicando la inoponibilidad de la norma consuetudinaria a un Estado que no hubiera asentido, al menos no mostrando oposición, a la formación de tal práctica. Obviamente, la posibilidad de que una norma surgiera independientemente de la voluntad de los Estados, incluso contra la misma, en el ámbito de las Organizaciones internacionales, había de resultar ilusoria, a más de falta de fundamentación jurídica. Los estudios ya clásicos sobre el valor jurídico de los actos de ciertas Organizaciones internacionales no eran sino elaboraciones sobre la fuerza obligatoria de dichos actos para los Estados miembros de las mismas, a la vista del tratado constitutivo por el que se regiera la Organización (45).

La cuestión, tal como la examina la Corte en la sentencia de 1986, es claramente diferente: no se trata de discutir la fuerza obligatoria de determinado acto jurídico de una Organización, sino de valorar la fuerza normativa general que dicho acto pudiera tener. Y esta fuerza normativa general va a poder ser determinada en relación íntima con la revitalizada concepción de la costumbre elaborada por la Corte.

2. En efecto, si la *opinio juris* es un elemento nuclear de la costumbre, hasta el punto de que la mera reiteración de antecedentes sin convicción jurídica es incapaz de crear normas, los actos de las Organizaciones internacionales pueden tener una trascendencia capital en la determinación de la *opinio juris* de los Estados. Y no pudo ser más clara la Corte:

(45) Véanse, entre otros, DETTER, I., *Law making by International Organizations*, Stockholm, 1960; MALINTOPPI, A., *La raccomandazioni internazionali*, Milano, 1958; MERLE, M., «Le pouvoir réglementaire des institutions internationales», 4 *A.F.D.I.* (1958), pp. 341-360; SKUBIZEWSKI, K., «Enactment of Law by International Organizations», 41 *B.Y.B.I.L.* (1965-66), pp. 198-274; TAMMES, A.J.P., «Decisions of International Organs as a Source of International Law», 94 *Rec. des Cours* (1958), pp. 261-364; THIERRY, H., «Les résolutions des organes internationaux dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice», 167 *Rec. des Cours* (1980), pp. 385-450.

«this *opinio juris* may, though with all due caution, be deduced from, *inter alia*, the attitude of the Parties and the attitude of States towards certain General Assembly resolutions» (46).

A partir de esta afirmación, cada vez que la Corte necesite determinar la existencia y contenido de alguna norma alegada como consuetudinaria, únicamente tendrá la Corte que hacer una doble investigación: de una parte, si existe tal práctica; en segundo lugar, si la práctica obedece a una convicción de obligación jurídica. En el primer terreno, cuando el contenido de la norma es prohibitivo, se trata de averiguar si los Estados, de forma general, se comportan conforme con dicha práctica, sin que importen ciertas transgresiones, inconsistencias o indeterminaciones. En segundo lugar, la *opinio juris* podrá ser eficaz y válidamente demostrada mediante la invocación de las resoluciones de las Organizaciones internacionales, recurso generosamente utilizado por la Corte en la presente sentencia (47).

3. Este tipo de argumentación, que no está falto de rigor jurídico, no podrá ser pacíficamente aceptado, por las profundas implicaciones que tiene, especialmente, insistimos, en aquellas resoluciones de carácter prohibitivo. No debe, en consecuencia, extrañar encontrar reacciones en la misma sentencia. Así AGO, en su opinión individual, no dejará de exponer ciertos temores y dudas sobre el razonamiento de la sentencia en el sentido de que la aceptación de ciertas resoluciones o declaraciones elaboradas en el contexto de Naciones Unidas o de la O.E.A., así como en otros medios, puedan ser vistas como prueba concluyente de la existencia entre los Estados interesados de una *opinio juris* concordante poseedora de toda la fuerza de una norma de Derecho internacional consuetudinario (48).

Los efectos inmediatos de esta concepción, que arrasa con las concepciones voluntaristas, ha provocado y seguirá posiblemente provocando un rechazo, tanto estatal como doctrinal (49), pero, tranquilizadas las aguas, la sentencia permanecerá sin duda como dato significativo del punto de

(46) Para. 188, p. 99.

(47) Véase, a modo de ejemplo, y a propósito del uso de la fuerza, el siguiente pasaje, en el que se refiere a la Resolución 2625: «this resolution demonstrates that the States represented in the General Assembly regard the exception to the prohibition of force constituted by the right of individual or collective self-defence as already a matter of customary international law» (para. 193, p. 103.). Igualmente, y sin ánimos de exhaustividad, paras. 191, 192, 202 o 203.

(48) P. 184. MORRISON, F.L., «Legal Issues in the 'Nicaragua' Opinion», 81 *A.J.I.L.* (1987), pp. 161-162, no entiende el núcleo del problema y se pierde en una discusión sobre la aceptación, el rechazo o la abstención, lo que, en su opinión, daría lugar a diferenciar entre normas multilaterales y normas universales.

(49) Es significativa la siguiente opinión de FRANCK: «the effect of this enlarged concept of the lawmaking force of General Assembly resolutions may well be to caution states to vote

inflexión en la concepción de las fuentes del Derecho internacional en el último tercio del siglo XX.

d. La ruptura del consensualismo convencional

1. En mayor o menor medida ha sido un sentimiento comúnmente compartido estimar que, en el actual estado de desarrollo de la sociedad internacional, las normas consuetudinarias cumplían un papel residual. Esta afirmación venía siendo justificada por la naturaleza estática de las normas consuetudinarias y su incapacidad para proveer respuestas rápidas y flexibles a las mutantes exigencias de relación social. Concepciones asentadas en torno a los elementos constitutivos de la costumbre, con su demanda de generalidad, uniformidad, duración o constancia y convicción jurídica, no podían sino confirmar esta idea.

La costumbre en el ordenamiento internacional, sin embargo, ha dado pruebas de una capacidad de revitalización que impide prematuros certificados de defunción. En efecto, los elementos tradicionalmente exigidos de la costumbre siguen estando presentes, con la variación importante de haberse transformado los requisitos para permitir que la costumbre cumpla un papel irremplazable. De esta forma, la exigencia de generalidad ya no exige de la presencia de todos y cada uno de los ladrillos de la voluntad de los Estados, como gráficamente escribiera KORETSKY (50), permitiendo que la falta de algunos de ellos no impida la existencia del muro, oponible incluso a aquellos Estados que no contribuyeron en su construcción con la aportación de su propia argamasa y ladrillo. En segundo lugar, la uniformidad, entendida casi como reiteración automática, ha sido suavizada, permitiendo que cierto nivel de incongruencia sea interpretado como expresión normal de la variedad y riqueza de las relaciones sociales, sin que implique una impugnación de la norma de base. En tercer lugar, la exigencia de la duración o constancia se ha relajado, permitiendo la aparición de costumbres instantáneas, fiel reflejo de contestaciones automáticas a nuevas exigencias y demandas sociales. En cuarto lugar, la reafirmación de la necesidad de convicción jurídica como elemento autónomo de la costumbre ha coadyuvado a superar las inconsistencias de la prác-

against "aspirational" instruments if they do not intend to embrace them totally and at once, regardless of circumstance. That would be unfortunate. Aspirational resolutions have long occupied, however uncomfortably, a twilight zone between "hard" treaty law and the normative void. Even if passed with a degree of cynicism, they still may have a bearing on the direction of normative evolution. By seeking to harden this "soft" law prematurely, however, the Court advises prudent states to vote against such resolutions, or at least to abstain». (FRANCK, Th. M., *loc. cit.*, p. 119).

(50) Opinión disidente en el asunto *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports, 1969, pp. 156-157.

tica, a la vez que ha permitido remodelar los elementos anteriormente citados. Por último, el impacto de los actos de las Organizaciones internacionales, con su facilidad para determinar rápida y eficazmente la *opinio juris* de los Estados, quizás haya sido el mayor contribuyente en esta revitalización de la costumbre que, de nuevo, se apresta como medio idóneo de producción jurídica de carácter general.

2. En sentido contrario, la sentencia de 1986 ha lanzado serias advertencias en torno a la fragilidad de los tratados, y ello pese a que la decadencia de la costumbre se había fundamentado de alguna manera en el predominio, conveniencia y oportunidad del método convencional, proclamado como el único que realmente podía satisfacer las cambiantes demandas sociales. La fragilidad del tratado se ha manifestado, esencialmente, en dos núcleos centrales: de una parte, en el efecto relativo de los tratados que, establecido en el artículo 34 del Convenio de Viena, no experimenta más derogaciones que las previstas en los artículos 35 y siguientes, con la incidencia especial del artículo 38, proceso de conversión de las normas convencionales en consuetudinarias; de otra parte, fragilidad que se pone igualmente de manifiesto en el sometimiento de las disposiciones convencionales a la voluntad de las partes que, a salvo las oportunas excepciones, pueden derogarlo, revisarlo o reservarlo, en el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, con el límite extremo en la situación que enfrentara la Corte en este caso en virtud de los efectos de la reserva norteamericana de aceptación de la competencia, que dejaba fuera del control judicial la aplicación de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

La costumbre se revela como una fuente formal, ciertamente producto de la voluntad de los Estados, pero relativamente exenta de los vaivenes del voluntarismo estatal. La costumbre no es sólo capaz de recoger lo que tiene de permanente el tratado, como acertadamente recuerda el artículo 38 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, sino que su oponibilidad frente al conjunto de los Estados le ha llevado a reconocimientos tan explícitos como el operado en el artículo 5 del Convenio de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados.

3. No debe extrañar, en consecuencia, que la Corte se haya extendido en consideraciones sobre la independencia de ambas fuentes normativas. Ciertamente podrá alegarse que sus razonamientos traían el pie forzado de la invalidación práctica de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, merced a la reserva norteamericana, pero no será menos cierto que sus estimaciones trascenderán con mucho el limitado campo del supuesto en litigio. Así, la Corte mantendría que:

«there are a number of reasons for considering that, even if two norms belonging to two sources of international law appear identical

in content, and even if the States in question are bound by these rules both on the level of treaty-law and on that of customary international law, these norms retain a separate existence» (51).

En consecuencia, la aplicabilidad de ambas normas permanecerá diferenciada:

«even if the customary norm and the treaty norm were to have exactly the same content, this would not be a reason for the Court to hold that the incorporation of the customary norm into treaty-law must deprive the customary norm of its applicability as distinct from that of the treaty norm» (52).

En todo caso, la supuesta prevalencia del tratado sobre la costumbre será simple resultado de la habitual especialidad del tratado frente a la generalidad presunta de la norma consuetudinaria:

«in general, treaty rules being *lex specialis*, it would not be appropriate that a State should bring a claim based on a customary-law rule if it has by treaty already provided means for settlement of such a claim» (53).

La independencia de ambas fuentes ha de ser interpretada como interdependencia: cada fuente mantiene su autonomía, pero ambas se condicionan recíprocamente. En relación con la Carta de las Naciones Unidas y los principios en ella registrados, la Corte considerará que:

«so far from having constituted a marked departure from a customary international law which still exists unmodified, the Charter gave expression in this field to principles already present in customary international law, and that law has in the subsequent four decades developed under the influence of the Charter, to such an extent that a number of rules contained in the Charter have acquired a status independent of it» (54).

La interdependencia así es entendida como carretera de doble direc-

* (51) Para. 178, p. 95.

(52) Para. 177, pp. 94-95. En parecidos términos, aunque con especificidad al caso concreto, véanse los paras. 175, 176, 179 y 181. En sentido matizadamente contrario a las conclusiones de la Corte, AGO se sentía obligado a «exprimer de sérieuses réserves à propos de la facilité avec laquelle il me semble que la Cour —tout en niant expressément que toutes les règles coutumières aient un contenu identique à celui des règles énoncées dans les conventions (pa. 175)— a néanmoins conclu, pour plusieurs matières clés, à l'existence d'une quasi-identité entre le droit international coutumier et le droit consigné dans certains grands traités multilatéraux conclus sur le plan universel ou sur le plan régional» (p. 183).

(53) Para. 274, p. 137.

(54) Para. 181, pp. 96-97.

ción: si de una parte la práctica generalmente aceptada como derecho por los Estados pueden ocasionar la conclusión de tratados en los que se incorpore dicha práctica, de otra los principios incorporados en las normas convencionales pueden experimentar un desarrollo que condicione la nueva conformación de la práctica consuetudinaria. Se confirman, aunque completándolas, las posiciones mantenidas por la Corte en el *asunto en materia de pesquerías (1951)* y en el *asunto de la plataforma continental del Mar del Norte (1969)*, y que tan brillantemente expusiera el juez JIMENEZ DE ARECHAGA (55).

4. En alguna medida no quedaría más posible conclusión que la estimación de que la Corte ha asestado un serio golpe a las teorías contractualistas que tan sistemáticamente han venido siendo el fundamento del ordenamiento jurídico internacional. En efecto, si las normas consuetudinarias, capaces de influenciar y de ser influenciadas por el proceso convencional, son oponibles a Estados que no han participado en su proceso de formación, o que incluso se han opuesto al mismo, ¿no equivale ésto a establecer un límite a la autonomía de la voluntad contractual de las partes y a afirmar el carácter legislativo de ciertas prácticas consuetudinarias? Si la doctrina ya se había planteado la posible existencia de unos tratados-leyes, como contrapuestos a unos tratados-contratos (56), igualmente cabría considerar que ciertas normas consuetudinarias, aquéllas que se refieren a principios esenciales caracterizadores de la sociedad internacional, tienen una naturaleza de *ius cogens*.

En este caso cabría preguntarse cómo fue posible que la Corte, que en el fondo del asunto estuvo permanentemente tratando dos principios tan nucleares como las prohibiciones de intervención y de la amenaza y del uso de la fuerza, en ningún momento llegara a afirmar que nos encontráramos en presencia de normas de *ius cogens*. Que la cuestión no pasó desapercibida a la Corte resulta claro del hecho de que en un momento de la sentencia la Corte afirmaba que algunos consideraban la existencia, en la prohibición del recurso a la fuerza, de una norma de *ius cogens* (57), pero la Corte no hace tal afirmación. La consideración de norma de *ius cogens* planteaba cuestiones delicadas: si de una parte equivalía a dejar fuera de toda discusión el carácter de tal norma, de otra podía implicar desproveer a la norma de los mecanismos institucionales de control:

«a principle enshrined in a treaty, if reflected in customary interna-

(55) JIMENEZ DE ARECHAGA, E., *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, 1980, pp. 13 y ss.

(56) Véase mi aportación sobre el tema: «Un supuesto de superación del contractualismo en Derecho internacional: los tratados colectivos», en *Política y Sociedad. Estudios en homenaje a Francisco Murillo Ferrol*, Madrid, 1987, Vol. I, pp. 325 y ss.

(57) Para. 190, pp. 100-101.

tional law, may well be so unencumbered with the conditions and modalities surrounding it in the treaty. Whatever influence the Charter may have had on customary international law in these matters, it is clear that in customary international law it is not a condition of the lawfulness of the use of force in self-defence that a procedure so closely dependent on the content of a treaty commitment and of the institutions established by it, should have been followed. On the other hand, if self-defence is advanced as a justification for measures which would otherwise be in breach both of the principle of customary international law and of that contained in the Charter, it is to be expected that the conditions of the Charter should be respected. Thus for the purpose of enquiry into the customary law position, the absence of a report may be one of the factors indicating whether the State in question was itself convinced that it was acting in self-defence» (58).

CHRISTENSON, recogiendo la imagen de SINCLAIR, ha advertido los riesgos de las normas de *jus cogens* de ser a la vez el Dr. Jekyll y Mr. Hyde: «the Court's formal avoidance of two important treaties of community law for the purpose of overcoming the multilateral treaty reservation to jurisdiction moves us in an unexpected direction. It opens customary international law to 'creative development' through changes in the governing principles of public order by means other than through the treaties. Once the Court has recognized a norm of customary international law, arguably supported by 'jus cogens', free from the Charter norm and free to develop autonomously, then the treaty constraints are loosened for other decision makers as well. The treaty constraints well may be modified by major powers in their international relations in favor of the conscious evolution of different norms defining armed attack, intervention or the inherent right of self-defense. Even the majority of the Court has agreed that under the customary norm against the use of force, an armed attack need not be defined precisely the same as under Article 2(4) of the UN Charter; and the requirement to report immediately to the Security Council any use of force in self-defense is not part of the customary norm of 'jus cogens'» (59). Por ello que la Corte decidiera no entrar más a fondo en una cuestión, que a más de exigir un lento y espacioso desarrollo, no era esencial en la resolución del litigio en cuestión. Las advertencias sobre las

(58) Para. 200, p. 105.

(59) CHRISTENSON, G.A., *loc. cit.*, p. 99. Añade el citado autor que ello podría llevar a la construcción de un orden público internacional de naturaleza consuetudinaria al margen de la Carta y dependiendo en su desarrollo, bien de la elaboración jurisprudencial de la Corte, caso a caso, o bien, y más peligrosamente, de la práctica potenciada por las grandes potencias en el logro de su política hegemónica (pp. 99-100). SINCLAIR, I. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd. ed., Manchester, 1984, p. 223.

insuficiencias de las fundamentaciones rígidamente voluntaristas parecerán ya suficientes.

4. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

De conformidad con el artículo 2 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional,

Todo Estado está sujeto a la posibilidad de que se considere que un hecho internacionalmente ilícito según el derecho internacional, consistente en una acción u omisión atribuible a dicho Estado, y que comporte una violación de una obligación internacional, de lugar a su responsabilidad internacional (60).

En el artículo 3 se establecen los elementos constitutivos del hecho internacionalmente ilícito; de una parte, un comportamiento consistente en la violación de una obligación internacional; de otra, que dicho comportamiento sea atribuible a un Estado, habida cuenta de que el proyecto analiza exclusivamente la responsabilidad de los Estados.

En el dispositivo de la sentencia la Corte sostuvo que le eran atribuibles a los Estados Unidos comportamientos constitutivos de violaciones de las siguientes obligaciones internacionales: obligación de no intervenir en los asuntos internos de Nicaragua; obligación de no recurrir a la fuerza; obligación de no atentar a la soberanía de Nicaragua; obligación de no interrumpir el comercio marítimo pacífico; obligaciones dimanantes del derecho humanitario bélico; obligaciones dimanantes del Tratado con Nicaragua de 1956. En este sentido, la Corte no tuvo especiales problemas para determinar la existencia de violaciones de obligaciones internacionales ni el contenido de dichas obligaciones violadas, independientemente de que se procediera a una discusión sobre cada una de citadas obligaciones y los extremos de su violación.

a. El hecho de Estado o elemento subjetivo

1. Los puntos de mayor interés del razonamiento de la Corte se centran en torno al elemento subjetivo de la relación de responsabilidad o atribución de la violación de la obligación a un Estado. Ha de introducirse que la cuestión no resultó en absoluto fácil por la concurrencia de un doble dato: si bien ciertos hechos eran directamente atribuibles a los Estados Unidos, otros hechos habían sido realizados por la *contra* nicaragüense, con lo que se introducía la discusión de hasta qué punto, si es que proce-

(60) *Anuario de la C.D.I.*, 1980, Vol. II, segunda parte, p. 30.

día, le podían ser atribuidos a los Estados Unidos hechos realizados por el citado movimiento insurgente. Igualmente debe señalarse que en este tema es donde quizás más susceptibles de crítica sean los razonamientos y conclusiones de la Corte (61).

La atribución de responsabilidad a los Estados Unidos podría realizarse, en principio, en virtud de una cuádruple consideración: autoría, complicidad, inducción y otras formas de responsabilidad indirecta.

2. De conformidad con el artículo 5 del citado proyecto,

se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado que tenga la condición de tal según el derecho interno de ese Estado, siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad (62).

Tanto el artículo 6 como el 7 del proyecto advierten de la irrelevancia de la pertenencia del órgano a un determinado poder del Estado, de su posición jerárquica o, incluso en el supuesto de que se tratara de un órgano de una entidad que no forme parte de la estructura misma del Estado, pero que esté facultada para ejercer prerrogativas de poder público, cuando hubiera actuado en esa calidad.

El fallo de la Corte, en el que se determinan las anteriormente citadas violaciones del Derecho internacional, tendrá a los Estados Unidos como directamente responsables, no quedando duda alguna en torno a la autoría de los mismos por parte de dicho Estado. Las cuestiones más delicadas, sin embargo, se plantean en torno a la posible atribución de responsabilidad a los Estados Unidos como autores de actos ilícitos realizados conjuntamente con la *contra* en violación del derecho humanitario bélico (63). En este sentido la Corte afirmó que:

«that United States participation, even if preponderant or decisive, in the financing, organizing, training, supplying and equipping of the *contras*, the selection of its military or paramilitary targets, and the planning of the whole of its operation, is still insufficient in itself, on the basis of the evidence in the possession of the Court, for the pur-

(61) Afirma FALK al respecto, tras haber rechazado las acusaciones de partidismo lanzadas contra la Corte por esta sentencia, que «if anything, the majority judges lean over backwards to give the United States every reasonable benefit of the doubt. For instance, despite persuasively concluding that the *contras* are trained, financed and guided by the United States Government, the majority refuses to impute the violations of international humanitarian law by the *contras* to the U.S. Government.» (FALK, Th. M., *loc. cit.*, p. 106). En el mismo sentido, BOYLE, F. A., «Determining U.S. Responsibility for Contra Operations under International Law», 81 *A.J.I.L.* (1987), p. 86.

(62) *Anuario de la C.D.I.*, 1980, Vol. II, segunda parte, p. 30.

(63) Sobre los problemas de la imputabilidad del hecho ilícito, ver para. 57, p. 39.

pose of attributing to the United States the acts committed by the *contras* in the course of their military or paramilitary operations in Nicaragua. All the forms of United States participation mentioned above, and even the general control by the respondent State over a force with a high degree of dependency on it, would not in themselves mean, without further evidence, that the United States directed or enforced the perpetration of the acts contrary to human rights and humanitarian law alleged by the applicant State. Such acts could well be committed by members of the *contras* without the control of the United States. For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed» (64).

Por el contrario, la Corte tuvo a los Estados Unidos como responsables directos por la elaboración y distribución de un manual intitulado *Operaciones psicológicas en guerra de guerrillas*, elaborado en 1983 por la CIA, y que la Corte consideró como:

«an encouragement, which was likely to be effective, to commit acts contrary to general principles of international humanitarian law reflected in treaties» (65).

Resultarían igualmente responsables directos los Estados Unidos en la medida en que éstos participaron por sí mismos en ciertas operaciones:

«The Court finds it clear that a number of military and paramilitary operations by this force were decided and planned, if not actually by United States advisers, then at least in close collaboration with them, and on the basis of the intelligence and logistic support which the United States was able to offer, particularly the supply aircraft provided to the *contras* by the United States» (66).

En consecuencia, la responsabilidad solo es atribuible a los Estados Unidos en la medida de que dicho Estado tuviera un control efectivo de las operaciones militares o paramilitares en cuyo transcurso se produjeron las violaciones contra el derecho humanitario bélico.

b. Otras posibles formas de responsabilidad

1. En un pasaje de la sentencia la Corte utiliza un término que ha de resultar, cuando menos, polémico: *encouragement* (67). AGO, en su opi-

(64) Para 115, pp. 64-65. En apoyo de la tesis de la Corte, véase AGO, p. 188.

(65) Para. 256, p. 130. En el mismo sentido, AGO, p. 188.

(66) Para. 106, p. 61.

(67) Para. 256, p. 130.

nión individual, dudaba de que en Derecho internacional pudiera cofigurarse una figura como la de la inducción (68). Y es que, en efecto, parece que la inducción es inconcebible cuando es referida a relaciones Estado-Estado, en la medida en que el principio de igualdad soberana de los Estados, por una parte, y el difícil encaje de la figura de la inducción respecto de personas jurídicas, de otra, hacen que la inducción no pueda imaginarse en las relaciones internacionales. Sin embargo, la misma Corte advierte que la inducción estaría aquí referida a personas o grupos de personas, por lo que:

«here does not of course relate to the definition of the circumstances in which one State may be regarded as responsible for acts carried out by another State, which probably do not include the possibility of incitement» (69).

Fue precisamente la inducción el elemento determinante de la responsabilidad de los Estados Unidos, por su autoría del manual *Operaciones psicológicas en guerra de guerrillas* (70).

2. El proyecto de artículo 8, relativo a la atribución al Estado del comportamiento de personas que actúan de hecho por cuenta del Estado, establece:

Se considerará también hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si:

a) *consta que esa persona o ese grupo de personas actuaba de hecho por cuenta de ese Estado; o*

b) *esa persona o ese grupo de personas ejercía de hecho prerrogativas del poder público en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias que justificaban el ejercicio de esas prerrogativas* (71).

Desde esta perspectiva, si la Corte hubiera podido determinar que la *contra* podía ser considerada, desde posiciones jurídicas, como agente de hecho de los Estados Unidos, podría haber repercutido la responsabilidad por sus ilícitos sobre los Estados Unidos. Esta, sin embargo, no fue la conclusión de la Corte:

«the assistance given by the United States to the *contras* warrants the conclusion that these forces are subject to the United States to such

(68) P. 192, en nota. Rechaza tal posibilidad SCHWEBEL, p. 388.

(69) Para. 255, p. 129. La figura, de otra parte, no es desconocida en el Derecho internacional convencional: véanse, a modo de ejemplos, el art. 3 de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, o el art. 2 de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

(70) Véase, en este sentido, y desde una perspectiva de derecho interno de los Estados Unidos, BOYLE, F.A., *loc. cit.*, p. 89.

(71) *Anuario de la C.D.I.*, 1980, Vol. II, segunda parte, p. 30.

an extent that any acts they have committed are imputable to that State. It takes the view that the *contras* remain responsible for their acts, and that the United States is not responsible for the acts of the *contras*, but for its own conduct *vis-a-vis* Nicaragua, including conduct related to the acts of the *contras*» (72).

BROWNLIE ha escrito que «the authorities of a state may supplement their own action by authorizing operations by private persons or groups designed as 'auxiliares' or 'militia'. Such persons are not 'regular' or 'formal' elements in the state apparatus but they do in fact act on behalf of the state conferring authority. The same logic applies to special, usually clandestine, agents and 'volunteers', who are in fact agents organized to make up units which are intended to implement official policies» (73), invocando en apoyo de su criterio precedentes como el del *asunto Stephens* (1927). Ciertamente en el *asunto Stephens* la Comisión General de Reclamaciones mexicano-norteamericana tomó en cuenta la actuación de un particular que actuaba de hecho como agente del Gobierno de México, para sostener la responsabilidad del Estado (74), pero prácticamente ahí acaba todo parecido con la situación planteada en el presente caso.

Con todo, no parece que sea completamente aceptable la posición adoptada por la Corte en esta materia, máxime cuando previamente había llegado a considerar como hecho probado que:

«the *contra* force has, at least at one period, been so dependent on the United States that it could not conduct its crucial or most significant military and paramilitary activities without the multi-faceted support of the United States... It will suffice the Court to stress that a degree of control by the United States Government... is inherent in the position in which the *contra* force finds itself in relation to that Government» (75).

De otra parte, cabría igualmente preguntarse si la consideración de una persona o grupo de personas como agentes de hecho de un Estado es dependiente de alguna formalidad legal o es suficiente la determinación de que cierto número de operaciones militares y paramilitares de la *contra* fueron decididas y planeadas, si no de hecho por consejeros norteamericanos, sí al menos con su estrecha colaboración y su apoyo logístico e información (76). Desde luego, lo que no parece suscribible es la posición de AGO, para quien la imputación de responsabilidad a los Estados Unidos

(72) Para. 116, p. 65.

(73) I. BROWNLIE, *State Responsibility*, Part I, Oxford, 1983, p. 160.

(74) R.I.A.A., IV, p. 267.

(75) Para. 111, p. 63.

(76) Para. 106, p. 61.

sólo es posible en supuestos en que miembros de la *contra* hubieran sido específicamente encargados de la comisión de tareas concretas por los Estados Unidos (77).

3. De conformidad con el artículo 27 del proyecto de artículos de la C.D.I. sobre la responsabilidad internacional de los Estados,

la ayuda o asistencia de un Estado a otro Estado, si consta que ha sido prestada para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito, realizada por éste último, constituye de por sí un hecho internacionalmente ilícito, aún cuando, considerada aisladamente, esa ayuda o asistencia no constituya la violación de una obligación internacional (78).

La redacción contenida en dicho precepto es insuficiente, sin duda por el mismo ámbito de las preocupaciones de la codificación realizada por la C.D.I., al considerarse sólo la ayuda de un Estado a otro Estado, sin estimarse igualmente la ayuda prestada por un Estado a otras entidades de Derecho internacional que pudieran generar la responsabilidad internacional de ambos o de alguno de ellos. De esta forma, en el proyecto no se contempla la ayuda de un Estado a grupos de insurgentes que cometieren, gracias a dicha ayuda, hechos internacionalmente ilícitos (79).

No hubiera parecido excesiva la aplicación analógica del principio establecido en el artículo 27 a la ayuda o asistencia prestada por un Estado a grupos armados que actúan contra otro Estado en violación de obligaciones internacionales. En todo caso la dificultad de la Corte se hubiera centrado en determinar si la ayuda prestada por los Estados Unidos a la *contra* fue específicamente para la perpetración de hechos internacionalmente ilícitos.

De otra parte, la Corte no resuelve, ni podía resolver, la posible imputación de responsabilidad a los Estados vecinos a Nicaragua y desde los cuales actúa la *contra*. Aunque la decisión de la Corte no tiene validez más que para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido, exonera a Nicaragua de responsabilidad por hechos alegados por sus vecinos (apoyo a grupos subversivos, tráfico de armas), a la vez que gravita sobre Honduras y El Salvador por las actividades que la *contra* realiza desde el territorio de estos Estados.

c. La reparación internacional

La imputación de responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos puede determinar el establecimiento de una reparación, siendo ello

(77) Pp. 188-189.

(78) *Anuario de la C.D.I.*, 1980, Vol. II, segunda parte, p. 31.

(79) Véase AGO, nota en la p. 189.

igualmente válido en relación con la competencia de la Corte a tal efecto (80). Sin embargo, la Corte decidió dejar la cuestión para un momento procesal posterior en el que los Estados Unidos tuvieran nueva ocasión de personarse en el proceso, y Nicaragua de alegar una nueva cantidad de indemnización, a la vista de las conclusiones alcanzadas en la sentencia de que no todos los hechos alegados eran imputables a los Estados Unidos. La suspensión de esa decisión, por otra parte, permitiría, en opinión de la Corte, un acuerdo negociado entre ambas partes (81).

De conformidad con la sentencia, Nicaragua podrá solicitar una reparación por los perjuicios sufridos por cada acto que la Corte hubiere estimado imputable a los Estados Unidos. El problema, sin embargo, será quien indemniza por los daños causados por un grupo armado que actúa contra un Estado desde el territorio de otro Estado. Si dicha situación se produce con la connivencia del Estado en cuyo territorio el grupo tiene su santuario, parece no haber problema para repercutir sobre dicho Estado la reparación. Si tal Estado, por el contrario, no es tenido responsable, por haberse demostrado que ha desplegado los medios que están a su alcance, aunque con resultados ineficaces, la acción de obtención de reparación quedaría frustrada, a salvo la posibilidad de un doble razonamiento jurídico: de una parte, y pese a que el Estado en cuyo territorio se asienta el grupo armado no sea responsable de las actuaciones de dicho grupo, cabría pensar en una acción de responsabilidad objetiva por daños producidos por hechos no prohibidos por el Derecho internacional, aunque debe advertirse de lo aventurado de este planteamiento, que parece que aleja considerablemente de las preocupaciones de la C.D.I. en su actual proyecto sobre la responsabilidad internacional por consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho internacional (82).

De otra parte, cabría afirmar el principio de causalidad en materia de responsabilidad: quien es causa de la causa, es causa del mal causado. Así, quizás, se podría superar la discusión de la imputación de responsabilidad directa a los Estados Unidos, para proceder a establecer la reparación por aquellos hechos de la *contra* para los que la financiación norteamericana hubiere resultado decisiva. De esta forma la cuestión no es quién creó la *contra*, sino quién, en cada hecho ilícito, hace posible las actividades de la misma.

(80) Para. 283, p. 142.

(81) Para. 285, p. 143.

(82) Véase *Anuario de la C.D.I.*, 1984, Volumen II (segunda parte), para. 229.

5. EL CONTROL DEL USO DE LA FUERZA

a. La prohibición del uso de la fuerza

La reserva norteamericana en su aceptación de la competencia de la Corte gravó considerablemente el derecho aplicable al litigio. La cuestión era especialmente delicada en la medida en que el centro de la controversia estaba constituido por la posible violación por los Estados Unidos de las normas que prohíben la intervención en los asuntos internos de los Estados y la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, así como las posibles excepciones a dichas prohibiciones, sin que fueran problema menor los relativos al control institucional de los supuestos de inaplicación o de las excepciones a dichos principios. Quizás porque la Corte no pudo invocar las disposiciones de la Carta es por lo que la sentencia, al declarar el derecho no convencional aplicable, adquirió una especial relevancia.

Para la Corte resultaba evidente que la disposición contenida en el artículo 2, 4, de la Carta es:

«a treaty-law obligation to refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations» (83).

Pero, de otra parte, la citada prohibición convencional ni fue creación absolutamente novedosa en el momento de su conclusión, ni ha cerrado el posible desarrollo autónomo de la norma consuetudinaria que recogía:

«however, so far from having constituted a marked departure from a customary international law which still exists unmodified, the Charter gave expression in this field to principles already present in customary international law, and that law has in the subsequent four decades developed under the influence of the Charter, to such an extent that a number of rules contained in the Charter have acquired a status independent of it. The essential consideration is that both the Charter and the customary international law flow from a common fundamental principle outlawing the use of force in international relations» (84).

El carácter consuetudinario de la norma era afirmado por la Corte, al margen de la Carta, sobre la base de una doble reflexión: en primer lugar, por la actitud de los Estados en relación con ciertos actos de las Orga-

(83) Para. 188, p. 99.

(84) Para. 181, pp. 96-97.

nizaciones internacionales, y muy especialmente la Asamblea General de las Naciones Unidas, y de instrumentos tan específicos como la Declaración contenida en la Resolución 2625 (XXV) (85). En segundo lugar, por las frecuentes manifestaciones de los representantes de los Estados, que se refieren a dicha prohibición no sólo como un principio de Derecho internacional consuetudinario, sino como un principio fundamental o cardinal de tal Derecho (86).

Ahora bien, en la existencia autónoma de la prohibición del uso de la fuerza como derecho consuetudinario puede encerrarse, igualmente, su mayor fragilidad:

«a principle enshrined in a treaty, if reflected in customary international law, may well be so unencumbered with the conditions and modalities surrounding it in the treaty. Whatever influence the Charter may have had on customary international law in these matters, it is clear that in customary international law it is not a condition of the lawfulness of the use of force in self-defence that a procedure so closely dependent on the content of a treaty commitment and of the institutions established by it, should have been followed. On the other hand, if self-defence is advanced as a justification for measures which would otherwise be in breach both of the principle of customary international law and of that contained in the Charter, it is to be expected that the conditions of the Charter should be respected. Thus for the purpose of enquiry into the customary law position, the absence of a report may be one of the factors indicating whether the State in question was itself convinced that it was acting in self-defence» (87).

Afirmado sin lugar a dudas el carácter de norma consuetudinaria de la prohibición, la Corte estimaría también la existencia de excepciones igualmente consuetudinarias a dicha prohibición (88), estimación que se constituye en otro de los elementos claves del razonamiento de la Corte en la presente sentencia. Son claramente perceptibles dos líneas en la argumentación de la Corte: una primera de interpretación clásica y restrictiva de la legítima defensa como supuesto de exclusión de la ilicitud en el uso de la fuerza. Una segunda, igualmente clásica, pero vigilante de la actualidad política, en su resistencia a las nuevas alegaciones permisivas del uso de la fuerza.

(85) Para. 188, pp. 99-100.

(86) Para. 190, p. 100.

(87) Para. 200, p. 105. En el mismo sentido, para 188, p. 100.

(88) Para. 193, p. 102.

b. Las condiciones de ejercicio de la legítima defensa

1. El artículo 51 de la Carta conceptúa la legítima defensa como un derecho consuetudinario inherente a los Estados. La Carta regula convencionalmente este derecho en un doble plano: en el ámbito material, la legítima defensa, individual o colectiva, es una posibilidad extrema cuyo recurso está previsto en supuestos de ataque armado por parte de otro Estado. En el ámbito procedimental la legítima defensa sólo es permisible como mecanismo provisional en tanto el Consejo de Seguridad adopta las medidas pertinentes previstas por el mecanismo de seguridad colectiva establecido por la Carta.

La Corte, sin embargo, no tuvo tan fácil el camino: la reserva norteamericana le impedía aplicar las disposiciones convencionales de la Carta, pudiendo invocar su contenido en la medida en que se tratara de un derecho consuetudinario. La ya analizada invocación de los actos de Naciones Unidas y, en particular, de la Resolución 2625, permitió a la Corte la afirmación del carácter consuetudinario de la legítima defensa:

«this resolution demonstrates that the States represented in the General Assembly regard the exception to the prohibition of force constituted by the right of individual or collective self-defence as already a matter of customary international law» (89).

Pero el derecho consuetudinario, a su vez, ha perfilado las condiciones de ejercicio de la legítima defensa, estableciendo los requisitos que ha de reunir para su válida invocación por los Estados, distinguiéndose entre requisitos formales y materiales en su realización, habiendo centrado la Corte la discusión en torno a los supuestos de legítima defensa colectiva.

2. Desde un punto de vista material, la legítima defensa, ya sea individual o colectiva, exige, en primer lugar, la existencia de un ataque armado previo:

«in the case of individual self-defence, the exercise of this right is subject to the State concerned having been the victim of an armed attack. Reliance on collective self-defence of course does not remove the need for this» (90).

De otra parte, reafirmando la doctrina clásica en la materia, la Corte exigió el requisito de la necesidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas en legítima defensa:

«it is difficult to deny self-defence against an armed attack corresponds to measures necessary to protect essential security interests.

(89) Para. 193, p. 103.

(90) Para. 195, p. 103. En el mismo sentido, para. 211, p. 110, y para. 232, p. 120.

But the concept of essential security interests certainly extends beyond the concept of an armed attack, and has been subject to very broad interpretations in the past. The Court has therefore to assess whether the risk run by these 'essential security interests' is reasonable, and secondly, whether the measures presented as being designed to protect these interests are not merely useful but 'necessary'» (91).

Ciertamente esta afirmación se realizó en el contexto del Tratado de 1956, pero no deja de ser significativa, en su sentido general, si se la construye como elemento añadido al de ataque armado, para evitar apreciaciones subjetivas, obviamente ampliadoras del ejercicio del derecho de legítima defensa. Caerían así por su peso intentos de alegación de la legítima defensa en supuestos de protección de intereses económicos, medioambientales o de defensa de los nacionales (92).

3. Formalmente, el ejercicio de la legítima defensa colectiva exige, para la Corte, dos requisitos ineludibles. El primero de ellos hace referencia a la declaración del Estado interesado en el sentido de haber sido objeto de un ataque armado:

«it is the State which is the victim of an armed attack which must form and declare the view that it has been so attacked. There is no rule in customary international law permitting another State to exercise the right of collective self-defence on the basis of its own assessment of the situation. Where collective self-defence is invoked, it is to be expected that the State for whose benefit this right is used will have declared itself to be the victim of an armed attack» (93).

En segundo lugar, la legítima defensa requiere, en adición, que sea el propio Estado atacado quien solicite el esfuerzo colectivo de sus aliados y amigos en su favor:

«at all events, the Court finds that in customary international law, whether of a general kind or that particular to the inter-American legal system, there is no rule permitting the exercise of collective self-defence in the absence of a request by the State which regards itself

(91) Para. 224, p. 117.

(92) M. McDUGAL y F. FELICIANO, *Law and Minimum World Public Order*, 1961, pp. 240-241; H.G. MAIER, «The Right to Defend the Panama Canal», *13 Georgia J.I.C.L.* (1983), pp. 217-228; A.F. PANZERA, «Uso della forza e protezione dell'ambiente marino contro l'inquinamento», *69 R.D.I.* (1986), pp. 804-805; E. SUZUKI, «A State's Provisional Competence to Protect Human Rights in a Foreign State», *15 Texas I.L.J.* (1980), pp. 231-260; C.C. JOYNER y M.A. GRIMALDI, «The United States...», p. 652, y, sobre todos, J.R. D'ANGELO, «Resort to Force by States to Protect Nationals: The U.S. mission to Iran and its Legality under International Law», *21 Virginia J.I.L.* (1980-81), pp. 518 y ss.

(93) Para. 195, p. 104. En el mismo sentido, para. 232, p. 120.

as the victim of an armed attack. The Court concludes that the requirements of a request by the State which is the victim of the alleged attack is additional to the requirement that such State should have declared itself to have been attacked» (94).

4. ¿Constituye el recurso al Consejo de Seguridad un requisito material que puede determinar la licitud o ilicitud de la acción emprendida en legítima defensa? Parece claro que la exigencia contenida en el artículo 51 de la Carta es una obligación convencional que no puede haberse convertido en obligación para los Estados en virtud de un proceso consuetudinario. Este fue en esencia el razonamiento de la Corte, razonamiento que ha de considerarse impecable desde la perspectiva del caso juzgado y de la posición resultante en virtud de la reserva norteamericana, con lo que la Corte ni siquiera podía tomar en consideración las disposiciones de la Carta. Otra cosa muy diferente sería la discusión sobre si la obligación de referencia al Consejo de Seguridad es una obligación convencional asumida por los miembros de las Naciones Unidas o, por el contrario, es una obligación oponible a todos los Estados, independientemente de su cualidad de miembros en la citada Organización. Parece, a la vista de lo dispuesto en el artículo 2, 6, de la Carta, que las obligaciones relativas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales son vinculantes igualmente para terceros Estados, pero no es menos cierto que dicho artículo se refiere al respeto de los Principios de la Carta y no a los mecanismos en ella establecidos.

En la hipótesis de que las obligaciones de la Carta hubieran podido ser analizadas en el presente asunto en relación con los Estados Unidos, permanece la cuestión de si nos encontramos ante una obligación formal o material. De considerarse una obligación material de los Estados parecería indiscutible que su violación equivaldría a la declaración de ilicitud de la supuesta medida de legítima defensa. Por el contrario, si se estimara que se trata de una obligación formal, cabría afirmar con el juez SCHWEBEL que los Estados Unidos habrían cometido, «under the Charter of the United Nations, a literal violation of one of its terms. The term in question is a procedural term: of itself it does not, and by the terms of Article 51,

(94) Para. 199, p. 105. Igualmente, para. 232, p. 120. JENNINGS, en su opinión disidente, hace una consideración al respecto que despeja toda duda en relación con esta idea, suprimiendo posibles abusos: «whatever collective self-defence means, it does not mean vicarious defence; for that way the notion is indeed open to abuse. The assisting State is not an authorized champion, permitted under certain conditions to go to the aid of a favoured State. The assisting State surely must, by going to the victim State's assistance, be also, and in addition to other requirements, in some measure defending itself. There should even in 'collective self-defence' be some real element of self involved with the notion of defence» (p. 545). MORRISON, F.L., *loc. cit.*, p. 163, entiende que la violación de este requisito sería puramente procedimental y no material, al estimar que no existe diferencia con el requisito de remisión al Consejo de Seguridad.

cannot, impair the substantive, inherent right of self-defence, individual or collective» (95). Para la Corte, por el contrario, la ausencia de informe al Consejo de Seguridad puede ser uno de los factores indicativos de si el Estado en cuestión estaba convencido de que su actuación era en legítima defensa (96). Esta posición sugiere, que no afirma, que la obligación de referencia al Consejo de Seguridad es una obligación material que no da lugar, simplemente, a una violación menor de una norma procedimental.

5. En resumen, la Corte ha reiterado la concepción restrictiva del concepto de legítima defensa, reiteración significativa en un momento en el que los Estados propugnan criterios delicuescentes en la determinación del concepto de la legítima defensa. Véase, en este sentido, la afirmación del juez JENNINGS, en su opinión disidente, al estimar que «it seems dangerous to define unnecessarily strictly the conditions for lawful self-defence, so as to leave a large area where both a forcible response to force is forbidden, and yet the United Nations employment of force, which was intended to fill that gap, is absent» (97).

c. Las tendencias ampliadoras

1. La Corte, en un pasaje quizás no demasiado afortunado, afirmaba, en relación con el principio que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, que:

«it will be necessary to distinguish the most grave forms of the use of force (those constituting an armed attack) from other less grave forms» (98).

En el discurso de la Corte se trataba de la distinción, recogida en los textos internacionales, entre la agresión y otras formas de uso de la fuerza que no suponen ataque armado (99). La idea no es novedosa en foros jurí-

(95) P. 376.

(96) Para. 200, p. 105.

(97) P. 544. En sentido contrario, FALK ha escrito que «the fundamental encounter is between essentially 'imperial' viewpoints that seek vague and extensive delimitations of these key legal conceptions and 'statist' viewpoints that seek clear and intensive delimitations that minimize discretion to interpret and manipulate facts at the governmental level. As seems appropriate, the Court chooses, without expressing such a commitment, the statist approach, one generally favorable to the jural implications of state equality and sovereign rights and to the geopolitical implications of shifting the weight of international law behind the situation and reality of weak states. Such a disposition is 'legally' appropriate, regardless of moral and ideological overtones, because the Court is itself part of a formal order of states that purports to deny imperial (or leading) actors a privileged position». (FALK, Th. M., *loc. cit.*, p. 108).

(98) Para. 191, p. 101.

(99) Por ejemplo, estimará la Corte, «while the concept of an armed attack includes the despatch by one State of armed bands into the territory of another State, the supply of arms and other support to such bands cannot be equated with armed attack». (Para. 247, pp. 126-127).

dicos de cierto peso, pues la Comisión de Derecho Internacional, discutiendo la legítima defensa como causa de exclusión del ilícito internacional, había desestimado conceptuar el significado de ataque armado, tan vital por sus consecuencias (100). La intención de ambos órganos jurídicos apunta claramente a deslegitimizar las concepciones amplias de ataque armado, evitando con ello recursos abusivos a una supuesta legítima defensa, recursos que, obviamente, estarán siempre más disponibles para las grandes potencias que para Estados de inferior rango, a la vez se intenta establecer un dique a una tendencia generalizada en favor a la descentralización lícita del uso de la fuerza. Aquí radicaba el interés de la discusión en torno a la práctica de los Estados, y al no reconocimiento de *opinio iuris* en tal práctica (101). De todas formas, en el razonamiento de la Corte no van a faltar conceptualizaciones en torno al significado de ataque armado.

2. La Corte tomaba como elemento asentado en el acuerdo general que:

«an armed attack must be understood as including not merely action by regular armed forces across an international border, but also 'the sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to' (*inter alia*) an actual armed attack conducted by regular forces, 'or its substantial involvement therein'» (102).

Un ataque armado, en consecuencia, no exige que sea efectuado por fuerzas regulares de un Estado, sino que es igualmente posible, en Derecho internacional consuetudinario, merced a la actuación de bandas armadas enviadas por otro Estado,

«if such an operation, because of its scale and effects, would have been classified as an armed attack rather than as a mere frontier incident had it been carried out by regular forces» (103).

aunque la Corte no creía que:

«the concept of 'armed attack' includes not only acts by armed bands where such acts occur on a significant scale but also assistance to rebels in the form of the provision of weapons or logistical or other

(100) *Anuario de la C.D.I.*, 1980, Vol. II (Segunda parte), para. 31, p. 47.

(101) Véase una feroz crítica en D'AMATO, A., *loc. cit.*, p. 103, y la afirmación de FRANCK de que la Corte sólo acepta que «fire may be fought with water, but not with fire» (FRANCK, Th. M., *loc. cit.*, p. 120). Igualmente en desacuerdo con la Corte, MOORE, J.N., «The 'Nicaragua' Case and the Deterioration of World Order», 81 *A.J.I.L.* (1987), pp. 151-159, que en realidad es una desautorización del conjunto de la sentencia de la Corte.

(102) Para. 195, p. 103.

(103) Para. 195, p. 103.

support. Such assistance may be regarded as a threat or use of force, or amount to intervention in the internal or external affairs of other States» (104).

El resultado consecuente había de ser que mientras un ataque armado en el sentido prístino licitaba la legítima defensa individual o colectiva (105), el segundo tipo de actos no producirían tal efecto, en la medida en que si bien

«such activities may well constitute a breach of the principle of the non-use of force and an intervention in the internal affairs of a State, that is, a form of conduct which is certainly wrongful, but is of lesser gravity than an armed attack» (106).

En una situación como la descrita especula la Corte con la posibilidad de que un Estado pudiera intervenir en el Estado al que se adjudican prácticas intervencionistas, en ejercicio de algún derecho análogo al derecho de legítima defensa colectiva, un derecho al que podría recurrirse siempre que su recurso no implicara el uso de la fuerza armada (107). FARER razona la posición de la Corte entendiendo que, al distinguir entre la contestación individual y la contestación colectiva a una intervención ilícita, la Corte ha tratado de reducir el riesgo de implicación directa de las superpotencias, intervenciones presumiblemente realizadas sobre estimaciones erróneas, motivadas por la tendencia de las grandes potencias a atribuir significación mundial a conflictos menores (108).

3. Parece que sólo la discreción impidió a la Corte tratar el tema de la legítima defensa preventiva ante supuestos de ataque armado inminente. En un tema que ha hecho correr ríos de tinta (109), por dos veces, y casi en idénticos términos literales, advierte la Corte que en el presente

(104) Para. 195, pp. 103-104. Las consecuencias resultaban obvias: «while the arming and training of the *contras* can certainly be said to involve the threat or use of force against Nicaragua, this is not necessarily so in respect of all the assistance given by the United States Government. In particular, the Court considers that the mere supply of funds to the *contras*, while undoubtedly an act of intervention in the internal affairs of Nicaragua, as will be explained below, does not in itself amount to a use of force». (para. 228, p. 119.) En sentido contrario, los jueces SCHWEBEL, pp. 346 y 349-350, y JENNINGS, p. 543.

(105) «While an armed attack would give rise to an entitlement to collective self-defence, a use of force of a lesser degree of gravity cannot, as the Court has already observed (paragraph 211 above), produce any entitlement to take collective countermeasures involving the use of force». (para. 249, p. 127).

(106) Para. 247, p. 127. Muestra su frontal desacuerdo con esta construcción HARGROVE, J.L., «The 'Nicaragua' Judgment and the Future of the Law of Force and Self-Defense», 81 *A.J.I.L.* (1987), pp. 139-145.

(107) Para. 210, p. 110.

(108) FARER, T., «Drawing the Right Line», 81 *A.J.I.L.* (1987), p. 114.

(109) Una discusión sobre la revitalización de las argumentaciones de la legítima defensa preventiva, en mi trabajo *¿Una nueva generación de intervenciones lícitas?* (en prensa), versión es-

caso no se ha suscitado la cuestión de la legítima defensa preventiva (110). No sería demasiado osado afirmar que, a la vista del tenor general de las consideraciones sobre el uso de la fuerza, la postura de la Corte habría sido frontalmente negativa.

4. La Carta de las Naciones Unidas y el derecho consuetudinario parecen no excluir cualquier uso de la fuerza como ilícito. De la lectura del artículo 2, 4, de la Carta cierto sector de la doctrina ha concluido que la prohibición de la fuerza se establece cuando ésta atenta a la integridad territorial o la independencia política de los Estados, o es incompatible en cualquier otra forma con las normas centrales del Derecho internacional (111). Podría pensarse que ciertos usos de la fuerza pueden quedar convalidados por tener como motivación la salvaguarda de otros intereses fundamentales de la sociedad internacional; anteponer la prohibición del uso de la fuerza a cualquier otra norma jurídica, no importa lo esencial que ésta pueda ser, parece no estar justificado ni teleológica ni formalmente. En efecto, la misma Corte, en un pasaje merecedor de atento análisis, va a planear sobre este tipo de cuestiones, aunque lo haga en el contexto de la intervención, aunque ello implique la utilización de formas menos graves del uso de la fuerza, y no directamente en relación con la prohibición de la fuerza: la Corte examinaba la práctica de los Estados, que parecía indicar una cierta legitimación de la intervención en apoyo de alguna de las partes contendientes, sin que en dicha práctica encontrara indicios de *opinio iuris*; pero es en este contexto cuando la Corte excluye de su rechazo un supuesto concreto:

«the Court is not here concerned with the process of decolonization; the question is not in issue in the present case» (112).

Excepcionar un supuesto concreto, en un contexto de rechazo de situaciones similares, puede ser interpretado a todas luces como una afirmación de aceptación de la legalidad de la intervención, directa o indirecta, con o sin fuerza armada, en apoyo de los procesos de descolonización (113). Puede defenderse que en Derecho internacional general la posición de la Corte está suficientemente asentada. Cabe preguntarse, sin embargo, si se reconocen otras excepciones equivalentes que liciten el uso de la fuerza.

crita de una conferencia en Oviedo, en el verano de 1987. Allí se pone de manifiesto cómo se pretende desestimar la exigencia de ataque armado previo, lo que facilita alegaciones indiscriminadas de la inminencia de un ataque y facilita usos descentralizados de la fuerza que se pretenden lícitos.

(110) Paras. 36, pp. 27-28, y 194, p. 103.

(111) Ver, en este sentido, STONE, J., *Aggression and World Order*, Cambridge, 1958, p. 98, o BOWETT, D.W., *Self-Defense in International Law*, Manchester, 1958, pp. 185-186.

(112) Para. 206, p. 108.

(113) En torno a esta posición de la Corte, véanse las críticas de SCHWEBEL (pp. 273 y 351), o D'AMATO, A., *loc. cit.*, p. 103.

5. En este sentido no puede por menos que reconocerse un cierto impacto, no exento de popularidad, a supuestos de intervención, con medidas de fuerza, en prestación de ayuda humanitaria, las comúnmente llamadas intervenciones de humanidad (114). Este fue uno de los argumentos utilizados por los Estados Unidos para justificar su intervencionismo en Nicaragua, alegando que la finalidad era el establecimiento de un sistema político respetuoso con los derechos humanos. El rechazo de la justificación por parte de la Corte, en el supuesto en litigio, es claro, pero no es igualmente clara la posición general de la Corte respecto de la institución en general:

«in any event, while the United States might form its own appraisal of the situation as to respect for human rights in Nicaragua, the use of force could not be the appropriate method to monitor or ensure such respect. With regards to the steps actually taken, the protection of human rights, a strictly humanitarian objective, cannot be compatible with the mining of ports, the destruction of oil installations, or again with the training, arming and equipping of the *contras*» (115).

Podría deducirse de ello una cierta aceptación de intervenciones de humanidad en las que no se produjeran atentados graves para otras normas de Derecho internacional, como las enunciadas por la Corte, y se realizaran mediante procedimientos que garantizaran medida en las consecuencias. Pero parece más bien que la Corte, en realidad, ha pretendido caricaturizar los argumentos de defensa de las intervenciones de humanidad, poniendo de manifiesto que toda pretendida intervención de humanidad, de una u otra forma, genera mayores sufrimientos y males, y produce más graves atentados a los derechos humanos que aquéllos que pretendidamente estaba destinada a paliar. No sería excesivo estimar que, al margen de la excepción antes reseñada en materia de descolonización, la Corte adopta una postura de rechazo de lo que se ha venido en llamar, merced a una revivida guerra fría en trance de nueva desaparición, la nueva generación de intervenciones lícitas.

(114) Véanse, entre otros, LILLICH, R.B., «Humanitarian Intervention: A Reply to Dr. Brownlie and a Plea for Constructive Alternatives», en *Law and Civil War in the Modern World*, ed. por MOORE, J.N., Princeton, 1973, o el trabajo previo del mismo autor, «Forcible Self-Help by States to Protect Human Rights», 53 *Iowa L.R.* (1967), pp. 325 y ss. En la doctrina española, PEREZ VERA, E., «La Protection d'humanité en droit international», *R.B.D.I.* (1969), pp. 401 y ss. En mi trabajo ya citado, sobre las intervenciones en el mundo actual, se examinan las nuevas invocaciones de la protección de humanidad.

(115) Para. 268, pp. 134-135.

