

**REPRESALIAS, USO DE LA FUERZA
Y CRIMENES INTERNACIONALES EN EL ACTUAL
ORDEN JURIDICO INTERNACIONAL**

por JORGE PUEYO LOSA

SUMARIO

I. LAS REPRESALIAS EN EL MEDIO INTERNACIONAL ACTUAL

II. EL DERECHO A LAS REPRESALIAS EN TIEMPO DE PAZ

1. Reconocimiento en el Derecho Internacional general del derecho a ejercer represalias. Límites que restringen su empleo
2. Definición y finalidad de la represalia

III. REPRESALIAS Y USO DE LA FUERZA ARMADA

1. Principio de prohibición del uso de la fuerza y represalias armadas
2. Nuevos usos de la fuerza y excepciones al principio de prohibición
 - A. *Reafirmación del principio de prohibición y desarrollo de las acciones de fuerza*
 - B. *Uso de la fuerza armada contra Estados acusados de prestar asistencia a bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios: represalias militares, agresión armada indirecta y legítima defensa*
 - a. Los proyectos de recuperación de la figura jurídica de la represalia armada
 - b. La legitimación de las represalias armadas por la vía de la legítima defensa: la agresión armada indirecta
 - C. *Uso de la fuerza armada en operaciones destinadas a salvar la vida de nacionales en el extranjero: represalia armada, legítima defensa, estado de necesidad*
 - D. *Uso de la fuerza armada e intervención ideológica*

IV. REPRESALIAS ECONOMICAS, NO INTERVENCIÓN Y CRIMENES INTERNACIONALES

1. Represalias económicas y principios de prohibición del uso de la fuerza y de no intervención
 - A. *Las represalias económicas a la luz del principio de prohibición del uso de la fuerza*
 - B. *Las represalias económicas a la luz del principio de no intervención*
2. Represalias económicas y crímenes internacionales
 - A. *Reacciones de los Estados por violación de normas que afectan a intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto*
 - B. *Crímenes internacionales y consecuencias jurídicas*
 - a. *Determinación de la existencia de hechos ilícitos graves*
 - b. *Consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos graves*
 - C. *Legitimación para reaccionar frente a un crimen internacional*
 - a. *Legitimación de los Estados para reaccionar individual y autónomamente*
 - b. *Legitimación de los Estados para reaccionar en el marco de la comunidad internacional organizada*
 - c. *Relación entre la figura de crimen internacional y el sistema de la Carta de las Naciones Unidas*
 - D. *El crimen internacional como figura de iure condendo*

I. LAS REPRESALIAS EN EL MEDIO INTERNACIONAL ACTUAL

Tal como recordaba SCHACHTER en su Curso General de la Academia de Derecho Internacional de La Haya (1), la ausencia de procedimientos jurisdiccionales obligatorios de arreglo pacífico de las controversias y la capacidad limitada de las instituciones internacionales para imponer sanciones a un Estado violador de sus obligaciones jurídico-internacionales, constituyen algunas de las más graves deficiencias del Derecho Internacional.

Y ello toda vez que los mecanismos de seguridad colectiva que se instauran tras la Segunda Guerra Mundial a través del sistema onusiano, y, en general, el objetivo de superación de los mecanismos tradicionales, y en buena medida primitivos, de autotutela que se persigue a través de una progresiva consolidación de una sociedad organizada y, por tanto, de procedimientos institucionalizados, parece no haber dado todos los frutos deseados.

Ciertamente, la realidad de los hechos nos demuestra, como ha advertido CARRILLO SALCEDO (2), que en el Derecho Internacional contemporáneo aquel sistema extraordinariamente precario y jurídicamente insatisfactorio por el cual el Estado que no hubiese obtenido reparación por parte del Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito actuaba como si fuese un órgano de la comunidad internacional, supliendo con su acción unilateral la falta de mecanismos institucionalizados para la aplicación de sanciones, representa un sistema que subsiste como medio de asegurar el respeto del Derecho y sancionar los supuestos de incumplimiento de obligaciones jurídicas internacionales.

(1) SCHACHTER, «International Law in Theory and Practice (General Course in Public International Law)», *R. des C.*, t. 178, 1982-V, p. 167.

(2) CARRILLO SALCEDO, J.A., *El derecho internacional en un mundo en cambio*. Madrid, 1984, pp. 150-151.

Hay que reconocer, en efecto, que aun a pesar de que la institución de la represalia y, en general, la práctica de la autotutela, podría haber adquirido una connotación peyorativa en un orden jurídico internacional que busca con vigor mantener la paz y la seguridad internacionales y dinamizar una auténtica dimensión comunitaria del sistema internacional, tiene lugar, sobre todo desde estos dos últimos decenios, una multiplicación de las medidas de autotutela, y concretamente de represalias en el medio internacional (3); lo que revela, no sólo las graves tensiones que atraviesan las actuales relaciones internacionales, sino también que la sociedad internacional no ha avanzado todavía suficientemente, como observa LEBEN (4), en su evolución hacia un orden jurídico más centralizado que asegure una protección y una sanción del derecho eficaz e igual para todos.

Ciertamente los objetivos de construcción de un nuevo orden jurídico internacional por el que se busca, con vigor, mantener la paz y la seguridad internacionales y dinamizar una auténtica dimensión comunitaria de sistema internacional mediante la aplicación efectiva de principios, entre otros, como los de arreglo pacífico de las controversias, prohibición del uso de la fuerza y no intervención, se verán trascendidos y desbordados en la práctica por un cada vez más frecuente recurso a la fuerza en el juego de las relaciones internacionales y, en general, como decimos, por una progresiva y creciente multiplicación de las medidas de autotutela y concretamente de medidas de represalia adoptadas por los Estados.

Los tan loables planteamientos realizados por un destacado sector de la doctrina durante el período de entreguerras en torno al progresivo desarrollo que de la sociedad y el Derecho internacionales parecía vislumbrarse en cuanto a su grado de organización y, por tanto, de superación de aquellos métodos arcaicos de hacer justicia (represalias) más característicos y típicos de una sociedad anárquica y primitiva, no parecen lamentablemente corresponderse, al menos hasta tal grado, con la realidad que en los tiempos presentes nos ofrece, en este sentido, el medio internacional (5).

(3) Ciertamente, aun a pesar de esta connotación peyorativa, la realidad es que, como advierte MALANCZUK, «the enforcement of international law and of international subjective rights in a decentralized legal system and with view to the ineffectiveness of the United Nations in this respect in the last resort depends on this form of self-help» («Counter measures and Self-Defence as circumstances precluding wrongfulness in the International Law Commission's draft articles on State responsibility», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1983, 43/4, p. 724.

(4) LEBEN, Ch., «Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale». *Annuaire Français de Droit International*, XXVIII, 1982, p. 59.

(5) Sobre las posiciones mantenidas a este respecto por autores, entre otros, como POLITIS, DE LA BRIERE, y DESCAMPS, ver nuestro trabajo «El derecho a las represalias en tiempo

En términos generales, creo que hay que admitir que en el Derecho Internacional contemporáneo, aunque se percibe una dimensión más humanista, socializante y pacifista inspirada en una cada vez más estrecha dinámica comunitaria del orden internacional, no es posible ver la expresión de un «nuevo» orden jurídico que hubiese venido a superar en toda su medida al Derecho Internacional tradicional.

Ciertamente, aun sin dejar de reconocer esa concepción finalista que caracteriza al orden jurídico internacional actual, ello no debe conducirnos a hacer de la ciencia del Derecho una «escuela de la imaginación» (6). Si a través del uso de una expresión como la de «nuevo orden jurídico» se busca designar el «Derecho deseable», nos encontraríamos ante una formulación a todas luces legítima e incluso recomendable en la medida en que parece necesario seguir una orientación realista e idealista a la vez, y en tanto, como apunta PASTOR, «el idealismo al estar sin duda en la base de la evolución del Derecho Internacional es realismo» (7). Pero la expresión «nuevo orden jurídico internacional» deviene en «fanfarronada jurídica» —en expresión de PELLET— si en el espíritu de quienes la emplean se persigue anotar la existencia ya en nuestros días de un Derecho nuevo librado de las escorias del viejo orden (8).

Bien es cierto que, frente a cualesquiera visiones y concepciones unilaterales y formalistas del Derecho Internacional, puede percibirse en los últimos tiempos una propensión generalizada de la doctrina a desarrollar el análisis del derecho positivo internacional en conexión con la realidad social que influye y condiciona la vida de la norma, y mediante, además su apreciación desde una escala de valores éticos; esto es una concepción dinámica del Derecho Internacional —que alumbra hoy, en efecto, a buena parte de la doctrina iusinternacionalista, y, concretamente, a un amplio y destacado sector de los internacionalistas españoles— a la luz de la cual éste se compromete en una vía de cambio con nuevas normas y principios en muy distintos ámbitos y campos.

En efecto, pocos son hoy los autores que permanecen aferrados a los estrechos puntos de vista del positivismo voluntarista, y, por el contrario,

de paz: condiciones de ejercicio. (Reflexiones a la luz de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional en materia de responsabilidad de los Estados)), REDI, Vol. XL, 1988, n.º 1, pp. 10-11.

(6) En este sentido y sobre esta expresión, ver PELLET, A., «Le “bon droit” et l'ivraie-Plaidoyer pour l'ivraie. (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement)» en *Le Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (Mélanges offerts à Charles Chaumont)*, Paris, 1984, p. 469.

(7) PASTOR, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1987, p. 17.

(8) PELLET, *op. cit.*, p. 470.

han constituido mayoría, como ya advertía DE VISSCHER (9), los autores que, sin dejarse obsesionar por análisis abstractos, se han preocupado por aumentar la eficacia del Derecho Internacional, tratando de situarlo de un modo franco en las realidades de su propio tiempo que es aun, en gran parte, un medio sin organizar.

Ahora bien, si el realismo es, en efecto, el rasgo más sobresaliente de la doctrina contemporánea y la actitud realista es desmitificadora y, hasta cierto punto, antidogmática, como dice REMIRO, los realistas deben alertarse, como sigue advirtiéndolo este autor, ante la tentación de hipertrofiar los datos del análisis científico para mantener intacta la validez de una personal construcción teórica, cayendo en un formalismo inverso de aquél que tan ásperamente critican (10).

Pues, sucede, como decimos, que muchas veces los autores al postular la existencia de un «nuevo orden» en ruptura con el tradicional describen, sin duda, más sus aspiraciones que la realidad, pudiendo ocurrir, como ha dicho LACHARRIÈRE, que «la préoccupation de ce qui devrait être risque d'introduire une distorsion dans l'évaluation de ce qui est» (11); de ahí que la primera misión del jurista, según ha señalado este mismo autor, sea la descripción del Derecho existente por oposición a lo que parece deseable, de tal modo que cuando se separe del análisis de lo real para entrar en el de lo deseable no debería dejar de advertir acerca de un tal cambio en el enfoque del análisis (12).

Si identificar y combatir el formalismo jurídico bajo todas sus formas no ha sido nunca una tarea fácil, es posible constatar en la actualidad el riesgo de que —según ha puesto de manifiesto BORELLA, con un expresivo lenguaje— «le formalisme chassé par la porte peut rentrer par la fenêtre, ou encore qu'un formalisme nouveau peut remplacer, si l'on n'y prend garde, le formalisme ancien» (13). Ciertamente se corre el riesgo de ver aparecer un formalismo de segundo grado, esto es un formalismo por el cual se cree real y realizado lo que se afirma constatar y construir. A diferencia del formalismo clásico, que representa una apariencia y una ficción, este nuevo formalismo toma sus deseos y sus ilusiones por realidades concretas (14).

(9) DE VISSCHER, CH., *Teorías y Realidades en Derecho Internacional Público*, Barcelona, 1962, p. XII.

(10) REMIRO, A., *Derecho Internacional Público. 1. Principios fundamentales*. Madrid, 1982, pp. 17-18.

(11) LACHARRIÈRE, G. de, *La politique juridique extérieure*. París, 1983, p. 126.

(12) LACHARRIÈRE, G. de, «La réglementation du recours à la force: les mots et les conduites», en *Le Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, cit., p. 361.

(13) BORRELLA, F., «Le nouvel ordre économique international et le formalisme juridique», en *Le Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, cit., p. 73.

(14) Cfr. BORRELLA, op. cit., p. 75.

No se trata, pues, de convertir durante el análisis científico, en efectivo y real lo que sólo opera como manifestación de lo deseable, sino de captar y valorar desapasionadamente el fenómeno jurídico, evitando que el idealismo desvanezca y empañe la auténtica realidad del orden internacional.

Y desde un tal planteamiento y actitud hay que recordar que las nuevas reglas, principios e instituciones que se han desarrollado a partir de 1945 —expresivas de un nuevo orden—, no han suplantado en su integridad al modelo clásico o tradicional, sino que se producirá una fuerte tensión entre ambos modelos como resultado de la cual ese nuevo orden jurídico si bien no deja de tener manifestaciones ciertas en la realidad, se presenta, con todo, en su conjunto, según destaca PASTOR, como una tendencia o aspiración (15).

Ciertamente la concepción del orden internacional expresado en la Carta de las Naciones Unidas constituye, sin duda —escribe CARRILLO— un giro respecto de la concepción tradicional consagrada en la Paz de Westphalia, pero no un desplazamiento radical ni una total superación; de ahí que coexistan dos concepciones distintas de la organización de la paz y de las relaciones internacionales, la de Westphalia y la de la Carta de las Naciones Unidas: «aquella no ha quedado desplazada por ésta, aunque sí erosionada y alterada» (16).

En concreto, las deficiencias de los mecanismos institucionalizados de seguridad colectiva explican, en buena medida y entre otras razones, la subsistencia del sistema de autotutela y por ello del recurso a medidas de represalia como vía para poder salvaguardar los intereses lesionados del Estado víctima. Los Estados, como dice CASESSE, «ont progressivement entrepris de “récupérer” les droits et les pouvoirs qu’ils avaient juridiquement perdu avec la création des Nations Unies» (17), lo que ilustra perfectamente la tensión existente entre los modelos relacional e institucional que caracterizan a la actual estructura de la sociedad internacional.

Ciertamente, en un ordenamiento jurídico aun predominantemente descentralizado y escasamente organizado, los procedimientos que aseguran la aplicación del derecho no estarán institucionalizados; de ahí que corresponda básicamente al Estado víctima del hecho ilícito que no hubiese obtenido adecuada reparación recurrir a medidas de autotutela o autoprotección; términos éstos que designan, en palabras de AGO, un sistema mediante el cual se intenta asegurar la efectiva observancia del Derecho en

(15) PASTOR, *op. cit.*, p. 16 (ver también pp. 69-70 y 233).

(16) CARRILLO SALCEDO, *El Derecho internacional en un mundo en cambio*, cit., p. 188.

(17) CASESSE, A., *Le Droit international dans un monde divisé*, París, 1986, p. 222.

una sociedad rigurosamente igualitaria, desde un punto de vista jurídico-formal, no institucionalizada y no jerarquizada, lo que pone claramente de manifiesto el hecho de que en el orden jurídico internacional, es, en principio, al sujeto titular de un determinado derecho subjetivo al que se reconoce al mismo tiempo la facultad de tomar medidas para garantizar ese derecho, asegurar su respeto y lograr su satisfacción (18).

Y a tenor de esta realidad, la operación de entrar en el análisis y determinación del régimen jurídico de la figura de las represalias no puede entenderse, como a algunos podría parecer, como una operación que contribuiría a potenciar los procesos de desestabilización y anarquía en el sistema internacional actual, sino, por el contrario, como un medio de evitar, a través precisamente de una concreción de los contornos y límites de la figura, el recurso abusivo a una tal institución por parte, sobre todo, de los grandes Estados.

Bien es cierto que si toda sanción tiene por función reforzar la eficacia del derecho, castigar sus violaciones y disuadir de infracciones futuras —lo que parece en principio un elemento que permite el buen funcionamiento de cualquier sistema jurídico—, puede constatarse, sin embargo, que en el orden jurídico internacional las acciones de represalia antes que suscitar, en muchos casos, una aplicación efectiva del derecho internacional, conducirán a hacer más difíciles las relaciones internacionales, desestabilizando el sistema (19).

Ahora bien, aunque las represalias y el ejercicio de contramedidas en general contribuyen a agravar, en ciertos casos, las tensiones y no a resolver los problemas, esto es a desestabilizar la sociedad internacional y no a asegurar un desarrollo pacífico, en cualquier caso no se puede dejar de afirmar que en el estado actual de la sociedad internacional tales medidas, y en general los procedimientos de autotutela, resultan lícitos e inevitables. Y plantear precisamente la cuestión del valor de las represalias en el orden jurídico internacional contemporáneo desde esta perspectiva dialéctica por la cual al tiempo que la pervivencia de dicha institución resulta inevitable, ella, es también, en buena medida, causa de desorden y anarquía, obedece a un intento de captar el orden jurídico internacional desde la base social sobre la que opera (20).

(18) AGO, R., «Adición al Octavo Informe sobre la responsabilidad de los Estados», *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1980, II, primera parte, p. 59.

(19) Cfr. en este sentido, RIPHAGEN, «Informe preliminar sobre el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional (segunda parte del proyecto de artículos)», *ACDI*, 1980, Vol. II, primera parte.

(20) Respecto a esta perspectiva realista desde la que hay que captar y comprender la institución de las represalias en el actual medio internacional dice LEBEN que «la seule façon de partici-

En efecto, es desde esta perspectiva realista desde donde adquiere un gran interés determinar con precisión los límites y condiciones que deben reunir las medidas de represalia para poder ser consideradas como lícitas con el fin de impedir un ejercicio arbitrario de las mismas y en orden a frenar o al menos controlar su aplicación; sobre todo si se tiene en cuenta que esta institución constituye una de las áreas del Derecho Internacional más necesitadas de clarificación y análisis, pues, pese a los distintos intentos desarrollados a lo largo de la historia de perfilar su régimen jurídico, las represalias seguirán constituyendo, en buena medida, una figura de contornos imprecisos, y ello no sólo por relación a las condiciones que determinan su posible puesta en práctica, sino también respecto a los límites o reglas de fondo que restringen su empleo (21).

Dimensión esta última, relativa a los límites o reglas de fondo que restringen su empleo y por las que no se autoriza al Estado víctima a violar discrecionalmente cualquier obligación internacional para reaccionar frente al Estado autor de la violación inicial, sobre la que precisamente buscamos centrar este Curso (22).

Ante todo, como veremos, esta determinación de los límites de la institución de la represalia se hace especialmente necesaria en un momento en el que por efecto de un creciente desarrollo de nuevos usos de la fuerza armada en el escenario internacional se tiende a producir un desgranamiento en el contenido del principio de prohibición del uso de la fuerza recogido en el art. 2.4 de la Carta, a través de la aparición de un amplio elenco de nuevas excepciones, entre las que incluso se proyecta la figura de las represalias armadas; y aun en el marco de las represalias económicas lícitas adquiere en estos últimos tiempos una especial significación esta institución por relación a una tan polémica figura como la de crimen internacional.

per à l'effort de progrès du droit international est d'abord de le décrire tel qu'il est, et non tel qu'il devrait être. La prise de conscience des réalités est la seule façon pour l'internationaliste d'éviter les pièges mortels de l'illusion idéaliste et de la rhétorique», *op. cit.*, p. 76.

(21) Ver sobre estos distintos intentos —desarrollados por organismos como el I.D.I.— de perfilar el régimen jurídico de esta institución, y sobre el interés que a este respecto encierra la labor que viene realizando la C.D.I. en el marco de sus trabajos sobre la responsabilidad internacional de los Estados, nuestro trabajo sobre «El derecho a las represalias en tiempo de paz...», *cit.*

(22) Sobre ese otro aspecto de la figura de las represalias relativo a las condiciones —de naturaleza fundamentalmente procedimental— a que habrán de ajustarse en orden a su puesta en práctica, ver nuestro trabajo sobre «El derecho a las represalias en tiempo de paz...», *cit.*

II. EL DERECHO A LAS REPRESALIAS EN TIEMPO DE PAZ

1. Reconocimiento en el Derecho Internacional general del derecho a ejercer represalias. Límites que restringen su empleo

El derecho a ejercer represalias —no armadas— por parte de un Estado que ha sido víctima de un acto ilícito internacional encuentra un reconocimiento indiscutible en el Derecho Internacional general actual.

Ciertamente la práctica de los Estados, la jurisprudencia internacional y, en general, también la doctrina han venido a corroborar, como manifestaría el Relator Especial AGO en el seno de la Comisión de Derecho Internacional (23), la tesis de la exclusión de la ilicitud internacional del comportamiento observado por un Estado, si ese comportamiento, aunque no sea conforme con las exigencias de una obligación que le vincula, se justifica como aplicación de una medida de reacción legítima ante un hecho internacionalmente ilícito cometido por otro Estado (24).

Y ello tal como se reconoce en el art. 30 de la primera parte del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados preparado y aprobado por la C.D.I.: «la ilicitud de un hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación de ese Estado para con

(23) AGO, R., «Octavo Informe sobre la responsabilidad de los Estados», *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1979, Vol. II, primera parte, p. 45.

(24) Bien es cierto que aunque no encontremos con frecuencia en la jurisprudencia internacional este reconocimiento expreso, procede recordar que ya en las sentencias dictadas por el Tribunal arbitral que conoció de los asuntos sobre responsabilidad de Alemania por daños causados en las colonias portuguesas del África meridional (asunto del incidente de Nauliaa) de 31 de julio de 1928 y sobre la responsabilidad de Alemania por actos cometidos con posterioridad al 31 de julio de 1914 y antes de la participación de Portugal en la guerra (asunto Cysne) de 30 de julio de 1930, el Tribunal vendría a manifestar que, bajo ciertas condiciones, un acto contrario al Derecho Internacional puede justificarse a título de represalias, si se ha producido como reacción a un acto similar cometido por otro Estado. Y más recientemente en el laudo arbitral dictado en 1978 en el asunto relativo al Acuerdo de los servicios aéreos de 27 de marzo de 1946 entre los EE.UU. y Francia, el Tribunal partiría también del reconocimiento de la existencia en derecho internacional general de la facultad de un Estado lesionado por el hecho ilícito de otro a ejercer «contramedidas» contra este último. Asimismo, el T.I.J. en su sentencia de 1986 en el asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, vendría a admitir la posibilidad que abre para el Estado lesionado por un acto ilícito internacional de recurrir a contramedidas proporcionadas frente al Estado culpable (CIJ, Recueil, 1986, pfo. 249). Por otra parte, de las posiciones oficiales expresadas por los Estados en distintos momentos históricos —Conferencia para la codificación del Derecho Internacional de 1930, elaboración de la Declaración de principios contenida en la Resolución 2625 (XXV) de la A.G.N.U.— cabría deducir también un reconocimiento generalizado en torno a la licitud de aquellas medidas contrarias a una obligación internacional adoptadas por un Estado frente a otro que previamente haya lesionado un derecho de aquél. Ver a este respecto nuestro trabajo sobre «El derecho a las represalias en tiempo de paz...», *cit.*, pp. 14-17.

otro Estado queda excluida si el hecho constituye una medida legítima según el Derecho internacional contra ese otro Estado, a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito de ese otro Estado (25). Habiéndose admitido igualmente que la puesta en práctica de medidas de represalia constituye en Derecho internacional un derecho del Estado víctima, en el art. 9 de la segunda parte del Proyecto de artículos sobre «el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional» presentado por el Relator Especial RIPHAGEN: «Con sujeción a lo dispuesto en los arts. 10 a 13, el Estado lesionado tendrá derecho, por vía de represalia, a suspender el cumplimiento de sus demás obligaciones respecto del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito» (26).

Ahora bien, si el punto de partida en materia de represalias viene dado, en efecto, por el principio según el cual se admite con carácter general que un Estado lesionado por el hecho internacionalmente ilícito de otro está legitimado a dejar de respetar, en sus relaciones jurídicas con el Estado autor, las obligaciones jurídicas resultantes de una regla de Derecho Internacional o a suspender su ejecución (27), pese a ello, hay que advertir que el hecho de haber sufrido las consecuencias negativas de una violación de una obligación internacional no autoriza al Estado víctima a violar a su vez discrecionalmente cualquier obligación internacional con respecto al Estado autor de la violación inicial. Ciertamente, junto a ciertas limitaciones procesales que condicionan el ejercicio de las represalias, habría que destacar la existencia de ciertos límites o reglas de fondo que restringen su empleo; adquiriendo, pues, a este respecto una especial significación la idea de que hay ciertas obligaciones sustantivas de los Estados que éstos no pueden violar ni siquiera como respuesta a un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado (28).

Y en este sentido parece razonable suponer, ante todo, que una norma de *ius cogens* que prohíbe un determinado comportamiento, es impera-

(25) Ver Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados (Primera parte: origen de la responsabilidad internacional) aprobado en primera lectura por la C.D.I., en *A.C.D.I.*, 1980, Vol. II, segunda parte, p. 32.

(26) RIPHAGEN, «Quinto Informe sobre el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional» (segunda parte de proyecto de artículos), *A.C.D.I.*, 1984, Vol. II, primera parte, p. 3.

(27) Cfr. WENGLER, «La crise de l'unité de l'ordre juridique international», *Mélanges offerts à Charles Rousseau*. París, 1974, pp. 329 y 331.

(28) Cfr. RIPHAGEN, W., Informe preliminar sobre el contenido, las formas y los grados de responsabilidad (segunda parte del Proyecto de artículos), *ACDI*, 1980, II, primera parte, p. 133. En este mismo sentido nos habla, por ejemplo, DOMINICE de ciertas «interdictions qui s'imposent, de manière générale, dans toutes les circonstances. Ces interdictions correspondent aux règles du droit international qui, dans les rapports entre deux Etats, doivent être respectées mêmes si l'un d'eux est en droit de prendre des mesures de représailles contre l'autre» *op. cit.*, p. 61.

tiva en el sentido de que excluye ese comportamiento incluso cuando se adopta para responder a un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado, y, en particular, a un hecho que consista en una violación por otro Estado de esta misma norma imperativa.

Es por ello que aunque los Estados al crear entre sí derechos y obligaciones (primarias) pueden determinar al mismo tiempo —o ulteriormente antes de que se produzca el incumplimiento de la norma— cuáles serán las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito de que se trate, esta posibilidad no puede dejar de tener ciertas limitaciones. Ciertamente, aunque en general los Estados pueden, al crear entre sí derechos y obligaciones, estipular para el caso de incumplimiento de una obligación primaria consecuencias jurídicas de mayor o menor importancia, su libertad a este respecto no es ilimitada, tal como lo patentiza por ejemplo el hecho de que, en cualquier caso, las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito estarán sujetas a las disposiciones y a los procedimientos de la Carta de las Naciones Unidas relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, o, como acabamos de advertir, al hecho de no poder derogar una norma de *ius cogens* (29).

Y ello tal como se recoge en el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados presentado en el marco de la C.D.I. por RIPHAGEN en su quinto informe, al disponerse que si «las consecuencias jurídicas de todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado se rigen por las disposiciones de la presente parte, salvo en los casos y en la medida en que esas consecuencias jurídicas hayan sido determinadas por otras reglas de derecho internacional que se refieran específicamente al hecho internacionalmente ilícito de que se trate» (art. 2), en cualquier caso los Estados en sus acuerdos no podrán apartarse de la norma que se establece en el art. 4 y por la cual «las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito... estarán sujetas, según corresponda, a las disposiciones y los procedimientos de la Carta de las Naciones Unidas relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales», y junto a ello al prescribirse también en el art. 12,b) que las medidas de reciprocidad y represalias no po-

(29) Parece obvio que una represalia que representa en sí misma otro crimen internacional no puede nunca justificarse, ni siquiera en respuesta a un crimen internacional cometido por otro Estado, pues conceptualmente como dice RIPHAGEN hay dos razones que explican esta verdad evidente: la primera es que está de por medio la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional, la segunda es que las entidades directamente perjudicadas no son Estados particulares (Cuarto informe sobre el contenido, las formas y los grados de responsabilidad internacional —segunda parte del proyecto de artículos—, *ACDI*, 1983, Vol. II, primera parte, p. 17). Hay que recordar además que, según se dispone en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, aunque las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado hayan sido determinados por los propios Estados en una norma convencional, ésta no podrá derogar una norma de *ius cogens*.

drán entrañar la suspensión de las obligaciones «de ningún Estado en virtud de una norma imperativa de Derecho Internacional» (30).

2. Definición y finalidad de la represalia

Pero antes de entrar en el análisis de los límites que el Derecho internacional general impone en materia de represalias, el estudio de una institución como ésta exige, ante todo, determinar y perfilar cuál sea su finalidad, en tanto la represalia se nos presenta, según ya advertimos, como una figura que parece obedecer a unos contornos y una significación todavía no muy precisos (31).

Ciertamente la doctrina no parece presentar una posición común en torno a una cuestión tan básica como la de la finalidad de esta institución, pues en tanto para unos las represalias se caracterizarían, sobre todo, por su naturaleza punitiva (en el sentido de sanción penal), cumpliendo por tanto una función de orden represivo, para otros en la represalia no podría verse más que una medida de ejecución, esto es una medida a través de la cual se busca obtener una reparación por el hecho ilícito sufrido (32).

La doctrina de las represalias ha venido tradicionalmente asimilándose a una idea de venganza, de castigo, y aunque esta institución no ha perdido completamente tal carácter, no constituye en el sistema internacional contemporáneo su característica dominante, ni única. La institución de la represalia debe ser comprendida, como dice DOMINICE, en el contexto general de la autotutela y a la luz de su finalidad primaria que es la coacción.

En su octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados, el Relator AGO definía el término «sanción» (en el sentido de represalia, contramedida) como sinónimo de «una acción que tiene una finalidad de re-

(30) RIPHAGEN, W., Quinto informe sobre el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional (segunda parte del proyecto de artículos), *ACDI*, 1984, Vo. II, primera parte, pp. 1 y ss. Aunque no sería imprescindible recoger en el Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados una referencia a las limitaciones impuestas por las normas de *ius cogens* respecto de la reciprocidad y la represalia, estimamos útil, como advierte RIPHAGEN, incluir una tal referencia (Ver la presentación por el Relator especial de su quinto informe en *ACDI*, 1984, Vol. I, p. 276).

(31) A este respecto ha dicho LATTANZI, que «si la ritorsione puo considerarsi gia ben delineata da queste poche parole, altrettanto non puo dirsi per la represaglia della quale vanno individuati in maniera piu netta, oltre alle finalità, anche gli elementi che la distinguono da altere esimenti del fatto illecito» (*Garanzie dei Diritti dell'uomo nel Diritto Internazionale Generale*, Milano, 1983, p. 242).

(32) Ver sobre estas distintas posiciones doctrinales, DOMINICE, C., «Observations sur les droits de l'Etat victime d'un fait internationalement illicite», *Droit International*. 2 (Dominice, C. y Sahovic, M.), I.H.E.I., París, 1981-1982, p. 34.

presión o de ejecución y que resulta en la lesión de lo que, en otras condiciones, sería un derecho subjetivo internacional, que debería ser respetado, del sujeto contra el que se realiza esa acción» (33). Entendiendo en esta misma línea la Comisión de Derecho Internacional que las contramedidas tienen una finalidad de represión o de ejecución, de tal modo que la aplicación de esas contramedidas —llamadas a veces sanciones— se distinguirían del simple hecho de valerse del derecho a obtener reparación por los daños sufridos (34).

Lo característico de la sanción, en palabras de AGO, es tener un objetivo esencialmente afflictivo o represivo. Ahora bien, ese propósito afflictivo puede ser exclusivo y representar, como tal, un fin en sí mismo, puede llevar aparejada la intención de formular una advertencia contra la posible repetición de actos como los que se castigan o puede constituir, por último, un medio de presión para asegurar el resarcimiento del perjuicio sufrido (35).

Y es ésta en muy buena medida la posición mayoritaria de la doctrina, aunque, como se ha dicho, los tratadistas se expresan a este respecto muchas veces en términos diferentes y con frecuencia imprecisos. Ciertamente, tal como se ha destacado por autores como BOWETT, LAMBERTI ZANARDI y LATTANZI en las represalias es posible distinguir un fin esencialmente afflictivo o punitivo, en tanto tienden a castigar al autor del hecho ilícito y a obligarle a reparar el hecho cometido, lo que vendría así a distinguir esta figura de la legítima defensa, en tanto en esta última se encierra una finalidad puramente defensiva: la de reaccionar ante la ilicitud cometida o impedir su consumación, sin otros fines de carácter punitivo ni meramente compensatorio (36).

(33) AGO, Octavo informe..., *cit.*, p. 138.

(34) La distinción, sigue diciendo la CDI, que aquí se establece entre dos categorías diferentes de consecuencias jurídicas posibles de un hecho internacionalmente ilícito es evidente, siendo así que una medida como la aplicación de represalias de carácter económico —que no implica, por tanto, el uso de la fuerza armada— tiene una finalidad represiva respecto al autor de un hecho internacionalmente ilícito (Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 31º período de sesiones, 1979, *ACDI*, 1979, Vol. II, segunda parte, p. 138).

(35) AGO, Adición al octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados, *ACDI*, 1980, Vol. II, primera parte, p. 57.

(36) BOWETT, D.W., «Reprisals involving recourse to armed force», *AJIL*, 1972, p. 3; LAMBERTI ZANARDI, *La legítima difesa nel diritto internazionale*, Milán, 1972, pp. 133-134; LATTANZI, *op. cit.*, p. 241. Ver también en este mismo sentido FORLATI PICCHIO, *La sanzione nel diritto internazionale*, Padova, 1974, pp. 63 y ss. Ya en 1934, STRUPP estimaría que en tanto la finalidad de la legítima defensa es repeler un ataque armado presente e ilícito —agotándose con ello—, las represalias se caracterizan por un «fin represivo», al que se acumula algunas veces un elemento «preventivo» tendente a evitar en el futuro nuevos delitos internacionales («Les règles du droit de la paix», *R. des C.*, 1934-I, p. 570).

Mas esta finalidad aflictiva o represiva de las represalias, defendida por un importante sector doctrinal, es excluida, por el contrario, por otro grupo de tratadistas en tanto que nota determinante o característica de esta institución, reduciendo, por tanto, su función a un objetivo de inducción a la reparación.

En este sentido entiende, por ejemplo, DUPUY que el Estado, inmediatamente después de haber sufrido el daño o con posterioridad al hecho de que la formulación de una demanda de reparación no resulte satisfecha, buscará obtener la ejecución forzosa de la obligación de reparar que corresponde al autor del hecho ilícito; de ahí que las represalias se relacionen directamente con la responsabilidad de Derecho común tal como es concebida en Derecho internacional general, es decir enmarcándose en una relación intersubjetiva por la que no se persigue ni la venganza o la humillación ni la sanción penal, sino la reparación (37).

Ahora bien, aunque, en verdad, no creemos que en el actual orden internacional sea posible calificar las acciones de represalia ejercidas por los Estados como auténticas sanciones penales, estimamos, con DOMINICE, que la ausencia en Derecho internacional de una distinción entre responsabilidad civil y responsabilidad penal tiene por efecto precisamente que las acciones de autotutela desarrolladas por los Estados, y concretamente las represalias, presenten, en muchos casos, un carácter mixto, pudiendo descubrirse en éstas, ciertamente, elementos compensatorios y elementos aflictivos. Pues, si el hecho internacionalmente ilícito hace nacer en beneficio del Estado lesionado el derecho a ejercer represalias, éstas podrán comportar en efecto, elementos aflictivos más o menos importantes según los medios puestos en práctica y según las circunstancias; sobre todo esta dimensión de las represalias se percibe claramente cuando las mismas tienen un carácter definitivo e infligen un daño que no corresponde a una ejecución forzosa (38).

En todo caso, y frente a cualesquiera posiciones extremas, entendemos que no parece acertado pretender dar a la cuestión de la naturaleza y funciones de la figura de las represalias una explicación o calificación única, sino que éstas presentan en realidad, como dice DOMINICE, varias caras (39). De ahí que si bien ni la tesis de la represión ni la de la ejecución resultan inexactas, ninguna de ellas es satisfactoria en la medida en que pretenda ser la única explicación.

(37) DUPUY, P.M., «Observations sur la pratique récente des "sanctions" de l'illicite», *RGDIP*, 1983, pp. 528-529.

(38) DOMINICE, *op. cit.*, p. 58.

(39) En cada caso, como dice DOMINICE, habrá que tomar en consideración «le contexte dans lequel elles s'inscrivent, le but poursuivi par l'Etat qui y a recours, et les moyens mis en oeuvre».

III. REPRESALIAS Y USO DE LA FUERZA ARMADA

1. Principio de prohibición del uso de la fuerza y represalias armadas

Según ya avanzamos, hay que destacar que, junto a ciertas limitaciones procesales que condicionan el ejercicio de las represalias, existen ciertos límites o reglas de fondo que restringen su empleo; a cuyo efecto adquiere una especial significación la idea de que hay ciertas obligaciones sustantivas de los Estados que éstos no pueden violar ni siquiera como respuesta a un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado. Siendo así que las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito estarán sujetas a las disposiciones y a los procedimientos de la Carta de las Naciones Unidas relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y al hecho de no poder afectar una norma de *ius cogens*.

Y desde esta perspectiva, trasciende ya en este punto con especial significación la limitación que el derecho a ejercer represalias encuentra en el marco del principio de prohibición del recurso a la fuerza en tanto que norma imperativa de Derecho Internacional; lo que determinará en el orden jurídico internacional actual la ilicitud de las represalias que entrañan el uso de la fuerza armada.

En efecto, si en el Derecho Internacional tradicional el Estado podía recurrir, en la defensa individual de sus derechos, a medidas de autotutela que podían implicar incluso medidas de fuerza armada, en el Derecho Internacional contemporáneo, y tras un largo proceso histórico de evolución, se ha proscrito el recurso a la fuerza armada como contramedida (represalia) lícita de autotutela (40).

Ya durante el período de entreguerras se producirá una radical transformación en la regulación jurídica del recurso a la fuerza armada o a las amenazas de la fuerza en las relaciones internacionales, y por tanto, en la regulación del derecho a ejercer represalias (41).

Una de las primeras limitaciones que es posible descubrir en el derecho de los Estados a adoptar represalias armadas se localiza en el art. 1 del Convenio (II) de La Haya de 1907 al prohibirse el empleo de la fuerza en materia de cobro de deudas contractuales; y más adelante el recurso

re». Operación que vendrá a demostrar que ciertas medidas de represalia tienen valor represivo, tal como sería el caso de aquellas medidas por las que un Estado expulsa a los súbditos de otro Estado —a título de represalias—, en tanto otras encerrarían fundamentalmente una finalidad de ejecución forzosa, así cuando un Estado embarga los haberes de otros Estados para obtener una reparación pecuniaria que se le debe, *op. cit.*, p. 34.

(40) CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Derecho internacional en un mundo en cambio*, cit. p. 154.

(41) Cfr. AGO, Adición al octavo informe, cit., p. 60.

a las represalias armadas se subordinaría, implícitamente, al agotamiento previo de los procedimientos de solución pacífica de las controversias previstas en numerosos tratados bilaterales (Tratados Bryan entre los EE.UU. y diversos países de América Latina, entre otros) o multilaterales (Pacto de Locarno, etc.).

Pero es, sobre todo, cuando al introducirse en el Pacto de la Sociedad de Naciones limitaciones parciales en el derecho de los Estados de recurrir a la guerra y cuando las partes en el Tratado Briand-Kellog de 1928 condenaban «el recurso a la guerra para la solución de las controversias internacionales», renunciando a ella «como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas», cuando se plantearía la cuestión de la legitimidad de las represalias armadas. En términos generales, con todo, al prohibirse sólo en estos instrumentos el recurso a la guerra, podía entenderse —aun sin desconocer las importantes diferencias doctrinales que este tema suscitaba en aquella época— que se consideraban lícitas las medidas coercitivas que no llegasen a configurar un estado de guerra. El recurso a las represalias armadas en el período de entreguerras no se presentaba, pues, como un acto ilícito, aun a pesar de las opiniones favorables que en orden a su prohibición se manifestarían con ocasión del bombardeo y ocupación de Corfú por Italia en 1928 —tras la matanza de la misión Tellini en Jamina—, y de los intentos y esfuerzos desplegados concretamente por el Instituto de Derecho Internacional al disponer en su Resolución sobre las represalias en tiempo de paz, adoptada en 1934 que «les représailles armées sont interdites dans les mêmes conditions que le recours à la guerre» (art. 4) (42).

Es la Carta de las Naciones Unidas la que vendría, como se ha dicho, a colmar las fisuras en esta reglamentación jurídica, al descartar el empleo del término guerra, y establecer, como es bien sabido, en una fórmula más amplia que «los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas» (art. 2.4); pudiendo decirse que la evolución de la convicción jurídica de los Estados en esta materia cristaliza oficialmente en

(42) *Annuaire de l'Institut de Droit International* (session de Paris), 1934, p. 709. Para un análisis de la institución de la represalia a la luz del Pacto de la Sociedad de Naciones y del Pacto Briand-Kellog, ver BROWNLIE, I., *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1968, pp. 219 y ss. Este autor termina afirmando, por relación a las diferencias doctrinales existentes en la época en orden a calificar la licitud o ilicitud de las represalias, que «at least it may be said that the controversy as to whether the Covenant and the Pact prohibited reprisals indicated that their status as measures of self-help was far from secure» (p. 222). Ver también por relación a este análisis histórico LATTANZI, *op. cit.*, pp. 267 y ss.

la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, contenida en la R. 2625 (XXV) de la AGNU, en la que se proclama que «los Estados tienen el deber de abstenerse de actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza» (43).

Por ello el recurso a la fuerza por parte de un Estado para hacer frente a un hecho internacionalmente ilícito cometido por otro Estado y que no represente un ataque armado seguirá constituyendo un hecho ilícito en tanto no podrá ser considerado como un acto ejercido en aplicación de una represalia legítima (44).

Y en esta línea la incompatibilidad con el Derecho Internacional general de las represalias armadas ha encontrado también un apoyo generalizado en el ámbito de la doctrina; al decir de BOWETT «few propositions about international law have enjoyed more support than the proposition that, under the Charter of the United Nations, the use of force by way of reprisals is illegal» (45).

2. Nuevos usos de la fuerza y excepciones al principio de prohibición

A) *Reafirmación del principio de prohibición y desarrollo de las acciones de fuerza*

Ahora bien si el principio de prohibición del uso de la fuerza constituye, en efecto, uno de los principios rectores del actual orden jurídico inter-

(43) La reiteración solemne de dicho principio en esta Declaración confirma, en efecto, la vigencia de esta obligación fundamental, así como el alcance general de la prohibición del recurso a la fuerza armada, y ello en tanto que regla general del Derecho internacional que como tal obliga a los Estados miembros y no miembros de las Naciones Unidas. En este sentido ha dicho AGO que esta Resolución en este punto concretamente vendría a reflejar ya un principio que en 1970 formaba parte del Derecho Internacional general, pues aun «sin querer plantear... la cuestión general de si los principios enunciados en la Declaración tienen o no fuerza obligatoria, podemos dar por sentado, a nuestro parecer, que la prohibición de empleo de represalias armadas sólo figura en la declaración como reflejo del principio que ya forma parte de la costumbre internacional» (Octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados, *ACDI*, 1979, Vol. II, primera parte, p. 42). Tras esta Resolución de la AGNU otros muchos instrumentos internacionales vendrían a confirmar el alcance de esta prohibición sobre las represalias armadas, pudiendo destacar la Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención e interferencia en los asuntos internos de los Estados, contenida en las Res. 36/103, de 19 de diciembre de 1981, de la AGNU, en cuyo apdo. II, C) se dispone: «el deber de un Estado de abstenerse de intervenciones armadas, subversión..., incluyendo actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza».

(44) Ver en este sentido los comentarios de la CDI al art. 30 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados (*ACDI*, 1979, Vol. II, segunda parte, p. 141).

(45) BOWETT, D., «Reprisals involving recourse to armed force», *AJIL*, 1972, Vol. 66, n.º 1, p. 1; aunque, como ya veremos, sea precisamente este autor el que más definidamente contribuiría a remover y convulsionar la teoría de las represalias armadas en el actual orden jurídico internacional.

nacional, uno de los principios que tienden a reafirmarse, desde su carácter de norma imperativa, con mayor fuerza y vigor en numerosos instrumentos internacionales (46), pese a ello no se puede desconocer que la práctica internacional evidencia, de manera dramática, el hecho de que son cada vez más numerosos los actos de fuerza que se producen; trascendiendo desde aquí un fenómeno de creciente multiplicación de medidas de autotutela con empleo de la fuerza armada por parte de los Estados.

Y a este respecto si bien se ha venido señalando ya por la doctrina la tensión y contradicción que se produce entre las palabras y las conductas de los Estados en orden a denunciar la progresiva y peligrosa pérdida de efectividad del principio (47), entendemos que hay en este fenómeno un aspecto que resulta aún más preocupante, esto es los esfuerzos que se vienen realizando desde la propia práctica estatal y desde ciertos sectores doctrinales en orden a legitimar tales acciones por la vía de una ampliación de las excepciones al principio contenido en el art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, y de una interpretación extensiva de la propia institución de la legítima defensa contenida en el art. 51.

Ciertamente, tal como ya afirmábamos en un principio, parece percibirse desde estos últimos tiempos un intento de desgranar el principio de prohibición del uso de la fuerza en orden a justificar y legitimar ciertos empleos de la fuerza armada. Operación que, sin duda, se ve facilitada por la vaguedad y abstracción que en buena medida caracteriza al contenido de dicho principio, y ello en la misma medida que otros principios estructurales del ordenamiento jurídico internacional.

Los principios estructurales del Derecho internacional plantean no sólo el problema de su carácter cambiante y dinámico, sino también una cuestión más delicada cual es la de la variedad de significaciones que podrá tener una concreta regla imperativa para los distintos Estados o grupos de Estados a la hora de procurar su operancia práctica. En efecto, en términos generales, se puede decir, con REMIRO BROTONS, que si la necesidad de salvar la coexistencia ha empujado a todos los Estados, en una

(46) Ver, entre las numerosas Resoluciones de las AGNU en la que procede a reafirmar el valor del principio, la reciente Resolución n.º 42/22 de 18 de noviembre de 1987 en la que se contiene la Declaración sobre el fortalecimiento de la eficacia del principio de prohibición del recurso a la amenaza o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales. También recientemente el T.I.J. en su sentencia en el asunto entre Nicaragua y EE.UU. de 1986 procedería a recordar el carácter imperativo del principio —a la vista de las consideraciones realizadas al efecto por la CDI— (CIJ, Recueil, 1986, pfo. 190).

(47) En este sentido reflexiona, p.e., GUTIERREZ ESPADA, «¡Qué distantes entre sí el *de-recho* de los *hechos*!; ¡qué lejanas las *palabras* de las *conductas* de los Estados!... Que la *conducta* de los Estados, en definitiva, se aparta notoriamente de las *palabras del Derecho* es una conclusión a la que viene arribando gran parte de la doctrina contemporánea» *op. cit.*, p. 120.

fuga hacia adelante, a afirmar el carácter imperativo de ciertas normas generales, el drama de éstas reside «en que sus sólidos enunciados programáticos se resquebrajan al contacto de las realidades operativas» (48).

Los puntos de vista fuertemente divergentes y las reivindicaciones diametralmente antagónicas que se sustentaron por los distintos grupos de Estados durante el proceso de elaboración de la Declaración de principios contenido en la Resolución 2625 (XXV) de la AGNU, habrá motivado, en efecto, que buena parte de los principios en cuestión hayan sido formulados en términos extraordinariamente vagos; renaciendo consecuentemente las diferencias ideológicas y políticas en torno a los mismos en el momento de su aplicación e interpretación. Lo que habrá llevado a autores como WENGLER a advertir hasta qué punto detrás de ciertas reglas generales de Derecho universal no es posible hallar ni una práctica uniforme ni una convicción jurídica unánime en cuanto al contenido exacto de la reglamentación (49).

En efecto, la afirmación —y reafirmación constante—, concretamente, del principio de prohibición del uso de la fuerza se hace a costa de una desustanciación de su regulación con vista a una posterior reinterpretación del mismo. Pues si *prima facie* su formulación en la Carta de las Naciones Unidas (art. 2.4) y en la Resolución 2625 (XXV) —completada con la definición de la agresión de la Resolución 3314 (XXIX)— parece caracterizarse, como observa LACHS, por estar desprovista de ambigüedad (50), no cabe desconocer el hecho de que, junto a las graves dificultades que suscita el determinar el significado de la fuerza cuyo empleo —o amenaza— se prohíbe, las excepciones a la prohibición contenidas en el art. 51 de la Carta son, cada vez más, objeto de interpretaciones jurídicas divergentes y cada vez más extensivas; siendo precisamente las grandes potencias las que han buscado eludir la prohibición, abusando de las excepciones mediante una interpretación demasiado extensiva de las reglas que las contienen. Estos Estados como dice CASSESE «prefer to keep their hands as free as possible; consequently, they shun any exhaustive and unambiguous legal regulation» (51).

De ahí la sensación de desasosiego que tiende a padecer el analista, no sólo ante el amplio y creciente número de actos de fuerza que se producen en la escena internacional sino también ante la variedad y vaguedad de los términos, conceptos y figuras que dimanen del principio de prohibi-

(48) REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional Público, 1. Principios fundamentales*, Madrid, 1984, p. 44.

(49) WENGLER, *op. cit.*, p. 336.

(50) LACHS, M., «Le Droit International, l'ordre mondial et les Nations Unies», en *Le Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, cit.*, p. 390.

(51) CASSESE, *op. cit.*, p. 520.

ción del uso de la fuerza. Ciertamente, la interpretación extensiva de la excepción de la legítima defensa y del término «ataque armado» habrá deparado en conceptos como los de *legítima defensa preventiva* y *agresión armada indirecta*, y los intentos de desgranamiento del principio de prohibición del uso de la fuerza en un nuevo elenco de excepciones que podríamos concretar en las figuras de la *represalia armada*, el *estado de necesidad*, la *intervención de humanidad*, la *intervención ideológica* y las *guerras coloniales* (52).

Y serán, sobre todo y entre otros, tres tipos de acontecimientos que entrañan un uso de la fuerza armada los que podríamos destacar como determinantes de estos esfuerzos de los Estados y de ciertos sectores de la doctrina por procurar esa reinterpretación del principio de prohibición del uso de la fuerza y de la legítima defensa en orden a fundamentar y legitimar ciertos ataques armados.

Nos referimos, en primer lugar, a los actos de fuerza —que entrañan desde ciertas actividades terroristas hasta actos de guerrilla— ejercidos, con frecuencia durante estos últimos años, por ciertas bandas armadas o mercenarios —a título individual o con el apoyo y connivencia de algún Estado— sobre el territorio de otros Estados; sucesos que habrán desembocado en respuestas armadas por parte de los Estados que padecen las consecuencias de tales actos terroristas o de guerrilla frente a aquellos acusados de prestar asistencia y apoyo a tales bandas armadas.

Sobresaliendo en este punto, y entre otros casos, las acciones armadas ejercidas por Israel contra los Estados árabes vecinos (Líbano, Túnez...) acusados de apoyar las actividades «terroristas» de la OLP y de otros grupos armados palestinos (53); y junto a éstas las acciones de EE.UU. contra Libia por su sostenimiento y apoyo a grupos terroristas (54), y de Africa del Sur contra Botswana, Zimbabwe y Zambia (los denominados Estados

(52) Ver, entre una amplia literatura jurídica que analiza estas figuras, GUTIERREZ ESPADA, *op. cit.*, pp. 97-110 y 110-120 («El “aluvión” de las excepciones»); SIMON Y SICILIANOS, *op. cit.*, pp. 55 y ss; CASSESE, *op. cit.*, pp. 511 y ss.; y los distintos trabajos que se incluyen en la obra colectiva *The current legal regulation of the use of force* (Cassese, ed.), *cit.*

(53) Entre los últimos *raids* practicados por Israel contra sus Estados vecinos cabría destacar: 1) *Raid* israelí sobre Túnez el 1 de octubre de 1985; la escuadrilla de caza-bombarderos israelí atacó la sede de la OLP en Túnez, en la localidad de Bordj-Cedria, llamada Hamman-Plage; la operación causó 73 muertos, entre los que se encontraban numerosos civiles (12 tunecinos); 2) 18 *raids* de la aviación israelí contra el territorio libanés y los campos palestinos durante 1986; sobre todo el ataque de la aviación israelí de 11 de diciembre contra objetivos palestinos en torno al campo de refugiados de Nahr-Al-Bared en el Líbano causando 15 muertos y una veintena de heridos, principalmente civiles palestinos y libaneses.

(54) Entre las acciones armadas desplegadas por los EE.UU. contra Libia cabría recordar, sobre todo, el importante ataque de la aviación americana contra ese país el 14 de abril de 1986. Dieciocho bombarderos F-111, que partieron de Gran Bretaña, participaron en el ataque contra

de «la ligne de front») por su apoyo a las actividades terroristas del ANC (Congreso Nacional Africano) (55).

Y junto a estos casos hay que recordar, en segundo lugar, aquellos otros supuestos de incursiones armadas que practican algunos Estados sobre territorio extranjero para defender la vida de sus nacionales amenazada por bandas terroristas o grupos armados incontrolados.

Son muchos, como es bien sabido, los casos de la práctica internacional que cabría referir a este respecto; pues, aun dejando a un lado los casos que podrían recordarse desde una perspectiva histórica y aun durante el período de entreguerras, el medio internacional contemporáneo se nos presenta como un escenario extraordinariamente rico en tal tipo de acontecimientos.

Ciertamente, entre aquellas operaciones desarrolladas con este fin, parece oportuno recordar la intervención belga en el Congo en 1960, mediante el envío de paracaidistas para proteger la vida de nacionales belgas y de otros países europeos retenidos, en opinión de aquel Estado, como rehenes por los amotinados del ejército y por los insurgentes congoleños; y ya más recientemente, la fallida operación militar desarrollada por los EE.UU. en territorio iraní —«misión humanitaria» según vendría a calificarla el Presidente Carter— con el fin de liberar al personal diplomático y consular de los EE.UU.

Pero destacan, también, en estos últimos años ciertas acciones armadas desarrolladas por algunos Estados en territorio extranjero con el fin de liberar a los rehenes de terroristas que han desviado aviones. Entre algunos de los numerosos casos que la práctica ha conocido, como decimos, en estos últimos tiempos, cabe recordar el ataque israelí sobre el aeropuerto de Entebbe (Uganda) (1976), la intervención de varios comandos de la República Federal de Alemania en el aeropuerto de Mogadiscio (1977), y la intervención de un comando egipcio en el aeropuerto chipriota de Larnaca (1978) (56).

Trípoli y Benghazi, junto a dieciséis aparatos A-6 y A-7 de la Sexta Flota americana, bombardeando principalmente las infraestructuras del Estado Mayor y del Gobierno libio.

(55) Sobre los ataques practicados por África del Sur contra dichos Estados, al estilo de las acciones israelíes y americanas, y en general sobre la multiplicación que, concretamente, durante el año 1986 se ha producido de los *raids* aéreos contra los territorios de Estados extranjeros, ver REGOURD, *op. cit.*, pp. 80 y ss.

(56) En cuanto al supuesto del *raid* israelí sobre el aeropuerto de Entebbe, recordar que, después de que un grupo de terroristas pertenecientes al Frente Popular para la liberación de Palestina desviara hacia Uganda un avión francés en vuelo entre Tel Aviv y París, exigiendo a cambio de los rehenes (doscientos cincuenta y seis pasajeros) la liberación de cincuenta y tres terroristas detenidos en Israel, Francia, Suiza, Kenia y la República Federal de Alemania, tropas israelíes aerotransportadas irrumpían (el 3 de julio de 1976) en el aeropuerto de Entebbe, sin autorización

Finalmente, y en tercer lugar, aún cabría referir las acciones de fuerza practicadas por algunos Estados occidentales contra los Gobiernos de ciertos Estados acusados de ser ilegítimos y despóticos; acciones de fuerza que se ejercerán, por tanto, en orden a procurar un restablecimiento de los principios democráticos y los derechos humanos en aquel país.

B) *Uso de la fuerza armada contra Estados acusados de prestar asistencia a bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios: represalias militares, agresión armada indirecta y legítima defensa*

Sin duda, es ese primer tipo de supuestos, relativo al empleo por algunos Estados de la fuerza armada contra otros acusados de apoyar las actividades de guerrilla o terrorismo practicadas por ciertas bandas armadas, el que con mayor fuerza y dinamismo ha venido, en este campo, a convulsionar el principio de prohibición del uso de la fuerza, y el que, en definitiva, mejor ilustra la endeblez y vaguedad que en buena medida caracteriza su contenido.

En efecto, la evolución de esta práctica estatal ha servido y sirve a un cierto grado de Estados y a algunos sectores doctrinales no sólo para revitalizar o intentar recuperar la institución de las represalias armadas como excepción al principio de prohibición del uso de la fuerza, sino también para ampliar, desde una interpretación extensiva, la figura de la legítima defensa por la vía de conceptos como el de la agresión armada indirecta y legítima defensa preventiva.

a) Los proyectos de recuperación de la figura jurídica de la represalia armada

En primer lugar, este tipo de actos ha servido, efectivamente, a un cierto sector doctrinal para remover la teoría de las represalias armadas en orden a justificar su licitud en el actual orden jurídico internacional.

del Gobierno local (acusado posteriormente por Israel de connivencia con los terroristas), atacando a los terroristas y a las tropas ugandesas que intentaban contrarrestar el *raid*, matando a los terroristas y a varios soldados ugandeses y logrando liberar a los rehenes. Respecto al caso de Mogadiscio en 1977, recordar que, después de que cuatro terroristas desviaran un avión de la República Federal de Alemania (con ochenta y siete personas a bordo), se produciría la intervención de varios comandos de la RFA en el aeropuerto de Mogadiscio atacando a los terroristas y liberando a los rehenes. Por sus trágicos resultados hemos reseñado también el caso de la acción terrorista llevada a cabo por dos árabes —de origen palestino— en el mes de febrero de 1978, con ocasión de la Conferencia de la Organización de solidaridad de los pueblos afroasiáticos: en este caso los terroristas, después de haber asesinado al delegado egipcio Yossef Sebai, secuestraban un avión de bandera chipriota con quince rehenes (todos árabes), tomando tierra el 19 de febrero en el aeropuerto chipriota de Larnaca; ese mismo día un comando egipcio aterrizaba en dicho aeropuerto intentando por la fuerza de las armas liberar a los rehenes, aunque sin éxito: durante el encuentro armado quince soldados egipcios resultarían muertos, siendo el resto hechos prisioneros.

Y ante todo creo que habría que admitir que buena parte de estos actos de fuerza constituirían, por sus características más sobresalientes, auténticos actos de represalia armada; lo que afirmamos, bien es cierto, sin proceder a valorar ahora la posible licitud de los primeros actos de fuerza contra los que precisamente se reacciona, y en cuyo caso unos y otros actos habrían de ser valorados desde otros parámetros.

Ciertamente partiendo de la hipótesis de que los actos de fuerza contra los que se reacciona constituyesen actos ilícitos, entendemos que tales reacciones se aproximarían bastante fielmente a la categoría de represalias armadas, toda vez que si atendemos, fundamentalmente, a la *finalidad y al momento* que distingue a los actos de legítima defensa de los actos de represalia, buena parte de tales supuestos se ajustarían más a las características de estos últimos (57).

Si como ya hemos visto (58) un acto de legítima defensa tiene una finalidad estrictamente defensiva frente a un uso ofensivo de la fuerza —detener un acto de agresión—, y, por el contrario, un acto de represalia se caracteriza por tener un objetivo esencialmente aflictivo o represivo, los actos de fuerza israelíes, sudafricanos y americanos corresponderían más auténticamente a esta segunda finalidad; y ello tal como se deduce, por ejemplo, de los propios argumentos avanzados por los EE.UU. en el caso concreto del ataque contra Libia en respuesta al atentado terrorista cometido el 5 de abril de 1986 contra una discoteca de Berlín Oeste (frecuentada por militares americanos), al mantener que en dicho acto se encerraba una sanción tendente tanto a reprimir aquellas actividades como a disuadir de futuros actos terroristas (59).

(57) Sobre el carácter de represalia que se percibe en estas acciones, ver REGOURD, S., «Raids "antiterroristes" et développements récents des atteintes illicites au principe de non-intervention», *AFDI*, XXXII, 1986, pp. 94 y ss.

(58) Ver *supra* epígrafe II. 2 «Definición y finalidad de la represalia».

(59) En este sentido, el Presidente Reagan en su mensaje a la nación de 14 de abril calificaría dicho ataque como una «acción preventiva» (preemptive action) por la que se buscaba no sólo reducir los medios de que dispone el Coronel Kadhafi para exportar el terror sino también enmendar su comportamiento criminal. Incluso la dimensión de represalia que se advierte en este caso se puede deducir del hecho de que los EE.UU., con ocasión de sus manifestaciones ante el Consejo de Seguridad, hubiesen asociado también el mismo a los incidentes ocurridos en el mes de marzo en el Golfo de Syrte, es decir como respuesta al acto de agresión sufrido por buques americanos por parte de la flota libia y una vez que ya con tal motivo los EE.UU. hubiesen respondido en legítima defensa mediante el ataque de aviones de asalto A-6 del portaaviones «América» a dos buques libios, causando su hundimiento y 56 muertos y desaparecidos. Sin duda, en el uso de la fuerza como respuesta a un acto de agresión que ya ha tenido lugar en el tiempo y al que además se ha reaccionado en su momento en legítima defensa, sólo cabe descubrir un acto de represalia, es decir un acto con una finalidad de castigo. Ver el texto de dichas declaraciones en *Department of State Bulletin*, n.º 2111-26 juin 1986, y en «Contemporary practice of the U.S.A.».

Además si la legítima defensa y las represalias son reacciones que corresponden a momentos diferentes y, sobre todo, lógicamente distintos, y en el sentido de que la legítima defensa debe ser inmediata y la sanción (represalia) supone la aplicación *ex post facto* al Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito consumado de una de las posibles consecuencias que el derecho internacional atribuye a la comisión de un hecho de esta naturaleza (60), también desde esta perspectiva los actos referidos se ajustarían más a la naturaleza de las medidas de represalia, toda vez que su aplicación se producirá, en términos generales, cuando ya el primer acto de fuerza frente al que se busca reaccionar se ha consumado (61).

En todo caso, no podemos dejar de insistir en la idea de que la calificación de tales operaciones como represalias armadas supone partir de la base de que los Estados contra los que se reacciona son autores de un previo delito internacional, lo cual no deja de suscitar importantes diferencias de planteamiento y análisis, sobre todo por relación a las acciones militares ejercidas por Israel contra los Estados árabes vecinos —y en tanto éstas, como vimos, se suelen presentar como el núcleo principal de la práctica moderna de las represalias armadas—. Ciertamente, aunque no podemos entrar ahora en un análisis a fondo de las distintas cuestiones jurídicas que suscita el conflicto árabe-israelí, no hay que silenciar el hecho de que, como recuerda BARSOTTI, no sólo la naturaleza jurídica de la situación en Oriente Medio es bastante incierta —mientras unos consideran que existe formalmente un estado de paz, otros entienden que las relaciones entre estos Estados es de cuasibeligerancia e incluso de estado de guerra, diferencia de planteamiento que conllevaría el analizar estas operaciones militares o bien por referencia a la doctrina de las represalias en tiempo de paz o por referencia al status de beligerancia—, sino que también existe un amplio desacuerdo en torno a la cuestión de la licitud o ilicitud de las

A.J.I.L., 80, 1986, p. 633. Para un análisis en este sentido de los actos de los EE.UU., ver REGOURD, *op. cit.*, pp. 88, 90 y 93.

(60) Cfr. AGO: «Adición al octavo informe...», *cit.*, p. 57.

(61) Señala REGOURD que si nos fijamos además en la *duración* de la acción —la legítima defensa se concibe por su carácter necesariamente provisional, a la espera de la intervención del Consejo de Seguridad, y las represalias se definen por su carácter definitivo, en el sentido de que ellas mismas agotan su propio objetivo—, también desde esta perspectiva la naturaleza de los actos que venimos refiriendo parecen ajustarse a las medidas de represalia (*op. cit.*, p. 95). En este mismo sentido han manifestado también recientemente SIMON y SICILIANOS que concretamente la acción de destrucción del cuartel general de la OLP en Túnez y los raids americanos en Libia de 14 y 15 de abril tienen indudablemente una función punitiva a todas luces conforme a la lógica tradicional de las represalias armadas («même si les gouvernements israélien et américain se sont employés à justifier leur action au nom de la légitime défense contre le terrorisme») («La “contre-violence” unilatérale, pratiques étatiques et droit international», *AFDI*, XXXII, 1986, pp. 62-63).

acciones contra las cuales Israel viene reaccionando: ¿se trata de actos de terrorismo o de actos enmarcables en una situación de guerra de liberación nacional?, la calificación de las acciones israelíes como de represalias armadas (independientemente de que puedan ser legalmente justificables) dependerá, obviamente, de la respuesta por la que optemos. Y a este respecto seguimos entendiendo con BARSOTTI que, a la luz de las diferencias de planteamientos que existen no sólo entre los propios Estados implicados sino también por parte de los terceros Estados sobre la posible calificación que quepa dar a tales actos, constituye una cuestión hipotética o a menos dudosa el admitir que el conflicto árabe-israelí se presenta como una situación que sirva para evaluar la práctica de las represalias armadas en el actual medio internacional (62).

Pero, sin entrar ahora en el fondo de esa cuestión y partiendo, como ya adelantamos, de la hipótesis de que los primeros actos de fuerza son ilícitos y que, por tanto, y por sus notas características los actos de reacción pueden ser categorizados como de represalias armadas, lo que nos interesa ahora descubrir es si tales medidas de represalia armada pueden considerarse, a la vista sobre todo de esa práctica estatal, como actos lícitos en el Derecho Internacional contemporáneo.

Pues, ciertamente, la propia evolución de esta práctica estatal, e incluso la no condena de algunos de estos actos por parte del Consejo de Seguridad, y, en términos generales, la ineffectividad del sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas, ha servido a un cierto sector doctrinal —forjado sobre todo a finales de la década de los sesenta— para legitimar tales medidas de represalia armada, y para desde aquí argüir o bien la pervivencia de un derecho consuetudinario en la materia —anterior a la Carta de las Naciones Unidas— o bien la cristalización de una nueva norma consuetudinaria sobre las represalias armadas.

Pero aun junto a estos proyectos doctrinales cabría destacar también que el propio T.I.J. en su sentencia de 1986 en el asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, aunque procedería a condenar de manera categórica cualquier tipo de contramedidas (represalias) colectivas que entrañen el empleo de la fuerza, paradójicamente, como ve-

(62) BARSOTTI, R., «Armed reprisals», en *The current legal regulation of the use of force* (Cassese, ed.), cit., pp. 88-90. Desde estas reflexiones llega este autor a la siguiente conclusión: «If the critical evaluation of practice so far carried out is correct, it must be recognized that the actual number of cases of reprisals involving force in the period since the second world war is much lower than that usually given in traditional studies. A first conclusion can therefore already be drawn: at least from a quantitative point of view (that is, judging from the frequency of relevant actions) the divergence between the prohibition of armed reprisals, embodied in the Charter, and actual practice, is not so serious as to give grounds to the belief that there is a process of degeneration of the ban in question» (p. 90).

remos, habrá contribuido a potenciar, en cierta medida, las dudas y conjeturas que pudiese suscitar en el actual medio internacional la teoría de las represalias armadas.

Ahora bien, por lo que se refiere en primer lugar al debate doctrinal al que hacíamos referencia, hay que recordar que éste encontraría su momento particularmente álgido a raíz del ataque desarrollado por Israel sobre Beirut, el 28 de diciembre de 1969, como respuesta a un ataque de terroristas árabes, con base en el Líbano, a un avión israelí en el aeropuerto de Atenas. A raíz de tal operación sostendría FALK «in view of the inadequacy of Charter doctrines either to provide authoritative guidance or to give insight into the comparative merits of legal positions in the Beirut context, it would seem appropriate to consider the question by reference to the pre-Charter legal conceptions contained in customary international law on the subject of reprisals», presentando finalmente, y ante la falta de organización de la sociedad internacional para eliminar la autotutela armada, una propuesta de doce principios que habría de regir el uso de la fuerza en tiempos de paz para reaccionar frente a ataques terroristas (63).

En esta misma línea BOWETT, después de advertir, en 1972, sobre la extraordinaria divergencia que se estaría produciendo entre la norma prohibitiva contenida en el art. 2.4 de la Carta y la práctica real de los Estados, llegaba a la conclusión de que si esta tendencia continúa llegaremos a una situación por la cual, si bien las represalias armadas siguen siendo ilícitas *de iure*, se convertirán, sin embargo, en algo aceptado *de facto*; siendo así que, concluía dicho autor, cuando las represalias responden a ciertos criterios de «razonabilidad» pueden no ser condenados por el Consejo de Seguridad, aunque el Consejo mantenga la premisa general de que todas las represalias armadas son ilegales (64).

(63) FALK, R.A., «The Beirut Raid and the international law of retaliation», *AJIL*, 1969, pp. 430 y 440-442. Frente a un planteamiento como éste respondería en aquel mismo tiempo BLUM que los argumentos de Falk implican «repudiation of any normative legal order, and the substitution for it of *ad hoc* rules, each of which is designed to meet a specific situation» («The Beirut Raid and the international Double Standard», *AJIL*, 1970, p. 104).

(64) BOWETT, «Reprisals involving recourse to armed-force», *cit.*, pp. 10 y 11 y 26. Advertía expresamente este autor que «in recent years, and principally though not exclusively in the Middle East, this norm of international law has acquired its own “credibility gap” by reason of the divergence between the norm and the actual practice of States...» (p. 1). Y en este mismo año escribía también TUCKER que parecía percibirse una rehabilitación parcial de las represalias en la práctica reciente del Consejo de Seguridad, como consecuencia de la resistencia de este órgano a abandonar la visión esencialmente restrictiva de la legítima defensa, y para concluir diciendo que «the condemnation of reprisals, in principle has gone hand in hand with the failure to condemn particular instances in which armed force has been resorted to as reprisals, provided that these ostensible measures of reprisals meet certain criteria of “reasonableness”» («Reprisals and self-defense: the customary law», *AJIL*, 1972, p. 595). Para un análisis detallado de la práctica del Consejo de Seguridad a este respecto y durante aquel tiempo, ver, entre otros, los trabajos de BOWETT y TUCKER aquí recogidos.

Desde aquí se ha defendido, en efecto, que el derecho consuetudinario de las represalias ha sobrevivido a la prohibición del art. 2.4 de la Carta, o bien que una reciente norma de derecho consuetudinario ha recuperado la figura de las represalias armadas.

Ahora bien, ante un tal tipo de argumentos es necesario hacer una doble consideración. En primer lugar, no es posible fundamentar la legalidad de las represalias armadas en la falta de organización de la sociedad internacional o en la ineficacia del Cap. VII de la Carta, y ello tal como ya lo hubiese negado el T.I.J. en asunto del Estrecho de Corfú al establecer expresamente que cualquier defecto en la organización internacional no excusa una manifestación de política de fuerza, y en particular el uso de la autotutela armada.

Pero es que además no creemos que se haya producido en el ámbito del Derecho internacional consuetudinario una evolución o recuperación del alcance que la institución de las represalias tiene por relación al principio de prohibición del uso de la fuerza.

Del análisis de la práctica de los Estados hay que deducir en primer lugar que la actitud de los terceros Estados respecto a estos supuestos de represalia armada ha sido de condena. En efecto, como recuerda BARSOTTI, todos aquellos Estados que han tenido ocasión de expresar su opinión durante los debates en el seno del Consejo de Seguridad han invariablemente condenado las represalias armadas; habiéndose advertido tanto por los países occidentales, como por los socialistas y el Tercer mundo que el principio y la política de represalias ha sido constantemente rechazado y condenado por el Consejo de Seguridad (65).

Pero hay que destacar también que los propios Estados autores de tales actos han buscado fundamentar y legitimar los mismos en instituciones jurídicas distintas a la de la represalia, centrándose, fundamentalmente en la figura de la legítima defensa, razón por la cual parece haber en la opinión de estos Estados un sentimiento de rechazo a cualquier intento de recuperación de la figura jurídica de la represalia armada (66).

(65) BARSOTTI, *op. cit.*, p. 92.

(66) En este sentido, ha dicho BARSOTTI que «it is therefore reasonable to suppose that they aware of the illegality of their conduct if it is described in any other away» (*op. cit.*, p. 91). Pero es que además en algunos casos los Estados que han recurrido a la fuerza, como sigue recordando este autor, han explícitamente declarado su convicción de que las represalias armadas son ilegales (p. 91). En un estudio realizado en 1979 por Julia W. Willes, consejera jurídica adjunta para asuntos europeos del Departamento de Estado norteamericano, en el que se analiza la posición de aquel Gobierno durante el período de 1953 a 1975 respecto a las represalias que siguen a una provocación armada, se pone de manifiesto que el Gobierno de los EE.UU. ha venido considerando las represalias armadas como ilegales: matizándose, con todo, que si esta posición resultaría firme en una primera fase (1953-1964), el Gobierno norteamericano exigiría posterior-

De ahí que el desarrollo de esta práctica estatal no parece que represente una base suficiente para demostrar que se ha producido una reaparición en el orden jurídico internacional de la figura de las represalias armadas; no sólo, dice BARSOTTI, no hay ningún signo de una *opinio iuris* en la conducta de los Estados, sino que hay incluso evidencia de una conciencia sobre la ilicitud de las represalias: «this being the case, it is improbable either that the old permissive customary rule has survived or that a particular customary rule derogating from Art. 2(4) of the Charter has recently developed» (67).

Además, no hay que olvidar, en cuanto a la práctica de las Naciones Unidas, que el Consejo de Seguridad ha tenido ocasión de adoptar distintas Resoluciones en las que «condena las represalias como incompatibles con los fines y los principios de las Naciones Unidas» (68). Aunque no hay que silenciar, según ya avanzamos y tal como ha sido puesto de manifiesto por un cierto sector doctrinal, que el Consejo de Seguridad ha mostrado en algunas ocasiones una cierta renuencia a condenar ciertas represalias, lo que serviría para fundamentar la idea de que este órgano podría haber llegado a admitir, parcialmente, esta forma de autotutela, y pudiendo incluso identificarse, en algunos actos, ciertos criterios de «razonabilidad» que servirían para evitar su condena (69).

Ahora bien, aunque es cierto que algunas operaciones militares que podrían caracterizarse como de represalias no han sido formalmente condenadas por ese órgano, de aquí no se puede deducir que el Consejo de Seguridad ha adoptado esa actitud por considerar el acto de represalia en cuestión como «razonable». Como ha sido puesto de manifiesto por BARSOTTI la no adopción de una resolución de condena en algunos de estos casos se ha debido o bien a una necesidad —legal o política— de retrasar el hecho de calificar definitivamente la acción o de enjuiciar las operacio-

mente que las Resoluciones condenatorias de tal tipo de actos, procediesen igualmente a condenar los actos de provocación. A tenor de tal posición, las reacciones del Gobierno de los EE.UU. se justifican generalmente en base a la legítima defensa («Resorts Toward and Armed force», U.S. Digest, Charter 14, pfo. 1.º, en *AJIL*, 1979, pp. 489 y ss.). Sobre los distintos supuestos y declaraciones estatales en las que se ha procedido a fundamentar expresamente la legalidad de tales acciones en un derecho de legítima defensa, ver el epígrafe siguiente.

(67) *Op. cit.*, p. 92.

(68) Resolución relativa al ataque realizado el 28 de marzo de 1964 por las fuerzas aéreas británicas contra la República Árabe del Yemen (S/RES/188, 9 de abril de 1964); junto a esta cabría recordar, entre otras, las Resoluciones relativas a las acciones israelíes contra el aeropuerto de Beyrouth (Res. 262 de 1968), contra ciudades jordanas (Res. 265 de 1969) y ciudades libanesas (Res. 270 de 1969). Ver sobre estas Resoluciones, entre otros, REGOURD, *op. cit.*, p. 96, BARSOTTI, *op. cit.*, pp. 79 y 80; BOWETT, *op. cit.*, pp. 33 y ss.; AGO, «Octavo Informe sobre la responsabilidad de los Estados», *cit.*, pp. 41-42.

(69) Ver BOWETT, *op. cit.*, pp. 10, 11 y 26.

nes militares en cuestión —en orden a no interferir y comprometer el proceso de negociación entre las partes—, o bien, y aunque pueda resultar paradójico, al deseo de condenar precisamente dichas operaciones como represalias armadas —lo que no sería posible precisamente porque un cierto número de Estados entenderían que calificarlas como de represalias no resultaba proporcionado a la gravedad de la acción considerada— (70).

En definitiva, tal como ha venido a expresarlo un sector mayoritario de la doctrina, tanto la práctica de los Estados como la práctica de las Naciones Unidas no sirve para probar la existencia de una norma consuetudinaria que legitime las represalias armadas en el actual orden jurídico internacional (71).

Pero aunque no hay que dejar de advertir, como ya avanzamos, que recientemente el propio T.I.J. en su sentencia de 1986 en el asunto entre Nicaragua y los EE.UU. ha contribuido, en alguna medida, a potenciar la incertidumbre y ambigüedad que aun pudiese suscitar en algunos círculos la teoría de las represalias armadas.

En cualquier caso y ante todo hay que reconocer que, desde luego, el Tribunal ha procedido a condenar de la manera más categórica las represalias (contramedidas) colectivas que entrañen el empleo de la fuerza;

(70) BARSOTTI, *op. cit.*, pp. 94-97.

(71) En este sentido concluye diciendo BARSOTTI «it appears extremely difficult to demonstrate the survival of the old permissive customary rule; and quite impossible, in view of the greater amount of evidence necessary, to prove the subsequent formation of a particular customary rule derogating from Art. 2.4 of the Charter» (*op. cit.*, pp. 93-94). En este mismo sentido, dice LATTANZI, que no cree que se haya producido «una evoluzione tale da far ritenere che ormai nell'opinione degli Stati la minaccia o l'uso della forza armata sia considerato lecito, oltre che nel caso di "self-defence", anche a titolo di rappresaglia» (*Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Milán, 1983, p. 275). Sigue diciendo esta autora que el hecho de que la represalia armada sea todavía considerada por los Estados como ilícita, no obstante, la ineficacia del sistema de seguridad colectiva, «risulta implicitamente, ma in modo chiaro, soprattutto dalla circostanza che ogniquavolta si è ricorso alla forza armata contra la sovranità di altrui, no si è mai addotto a giustificazione il fatto che si operasse a titolo di rappresaglia. Si è invece sempre parlato di "self-defence"» (p. 278), de ahí que los Estados no hayan seguido la doctrina por la que se busca restringir el alcance de la obligación contenida en el art. 2.4, sino que buscan ampliar la noción de ataque armado, desean afirmar que una evolución se ha producido en el sistema de seguridad colectiva, y en el sentido de admitir otras hipótesis de legítima defensa (p. 279). Advierte también MALANCZUK, que si bien se podría llegar a la conclusión de que el art. 2.4 de la Carta ha llegado a ser obsoleto en el campo de la *desuetudo*, «this argument is not persuasive in view of the fact that all States that have taken violent action attempted to justify their conduct on the basis of the United Nations Charter» (*op. cit.*, p. 728). Ver, entre otros, y en este mismo sentido, GUTIERREZ ESPADA, C.: *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en Derecho internacional*, Madrid, 1987, pp. 128-131; CASSESE, A., «Return to Westphalia? Considerations on the gradual erosion of the Charter System», en *The current legal regulation of the use of force*, *cit.*, pp. 513-514.

lo que, sin duda, representa una contribución importante al proceso de clarificación de la figura.

Ciertamente el Tribunal después de haber estimado oportuno plantearse la cuestión de si en el caso en que un Estado viola el principio de no intervención con respecto a otro Estado, es lícito que un tercer Estado tome, respecto al primero, contramedidas que constituirían normalmente una intervención en sus asuntos internos —derecho que en este supuesto sería análogo al derecho de legítima defensa colectiva en caso de agresión armada, pero que se situaría en principio a un nivel inferior de gravedad, respecto al acto desencadenante de la reacción y de esta reacción misma— (72), afirmaría que de acuerdo con el Derecho Internacional en vigor —tanto con el Derecho Internacional consuetudinario como con el sistema de las Naciones Unidas— los Estados «n'ont aucun droit de riposte armée "collective" à des actes ne constituant pas une agression armée», y de tal manera, por tanto, que la legitimidad del uso de la fuerza por un Estado en respuesta a un hecho ilícito del cual no ha sido víctima no es admitida cuando el hecho ilícito en cuestión no constituya una agresión armada (73).

Más concretamente el Tribunal de La Haya en este caso después de haber mantenido que las actividades desarrolladas por los EE.UU. contra Nicaragua para responder a una (presunta) agresión armada de este país contra El Salvador, Honduras y Costa Rica, no encontraban apoyo o justificación en el derecho de legítima defensa colectiva, se plantearía la cuestión de si tales actividades de los EE.UU. podrían encontrar una eventual justificación en otras reglas jurídicas derivadas de un posible derecho a ejercer «contramedidas» (74).

Y en esta línea el Tribunal, partiendo de una distinción entre varias formas o grados de empleo de la fuerza, es decir entre las formas más graves del empleo de la fuerza (agresión armada) y otras modalidades menos brutales (menos graves) (75) —como las que implican unas asistencias a los rebeldes a través del suministro de armas o asistencia logística—, se planteaba la oportunidad de determinar por relación a estas últimas mo-

(72) *CIJ Recueil 1986*, Arrêt 27 de juin 1986 [«Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)»], pfo. 210.

(73) *CIJ Recueil 1986*, pfo. 211. Para un resumen de la sentencia del TIJ en este caso ver *AJIL*, 1986, 3, pp. 785-807. Desde un punto de vista doctrinal en cuanto al fondo de este asunto ver MOORE, J.N.Ç «The secret war in Central America and the future of world order», *AJIL*, 1986, 1, pp. 43-127; y desde un planteamiento opuesto al de dicho autor, ver ROWLES, J., «Secret Wars', self-defence and the Charter -A reply to Professor Moore», *AJIL*, 1986, 3, pp. 568-583.

(74) *Id.*, pfo. 247-248.

(75) *Id.*, pfo. 191.

dalidades de acción si un Estado «possède un droit de riposter à l'intervention par l'intervention qui irait jusqu'à justifier l'usage de la force en réaction à des mesures qui, sans constituer une agression armée, pourraient néanmoins impliquer l'emploi de la force» (76). En efecto, si el suministro de armas y el apoyo prestado a las bandas (rebeldes) no constituyen actividades que pueden ser asimiladas a la agresión armada, éstas podrían constituir, sin embargo, como dice el Tribunal, «un manquement au principe du non-emploi de la force ainsi qu'une intervention dans les affaires intérieures d'un Etat, c'est-à-dire un comportement certes illicite, mais d'une gravité moindre que l'agression armée» (77). Por donde cabría plantearse si a un tal acto de intervención con empleo de la fuerza por parte de un Estado cabría responder por parte de un tercer Estado con otro acto de intervención armada, procediendo a constatar al respecto el Tribunal que «une telle justification ne cadre pas avec le droit applicable» (78). Ciertamente, como ya avanzábamos, el Tribunal afirma con precisión que si la agresión armada suscita o permite un derecho de legítima defensa colectiva, el recurso a la fuerza de una menor gravedad «ne saurait... autoriser des contre-mesures collectives impliquant l'emploi de la force» (79).

De ahí que, por relación al caso concreto que ocupa al Tribunal, entienda este que los hechos imputados a Nicaragua, aun suponiendo que pudiesen ser establecidos y que pudiesen serle imputables, no habrían podido justificar más que contramedidas proporcionadas y emprendidas sólo por el Estado que pudiese ser considerado como víctima —El Salvador. Honduras o Costa Rica—, no siendo posible, por tanto, justificar las contramedidas adoptadas por Estados terceros —EE.UU.— y particularmente una intervención que implique el uso de la fuerza (80).

En definitiva, el Tribunal Internacional de Justicia vendría a entender en su sentencia en el asunto de Nicaragua que las actividades de los EE.UU. contra aquel país no encuentran su justificación en la legítima defensa colectiva ni en un derecho a ejercer contramedidas que impliquen el uso de la fuerza —como respuesta a una eventual intervención de Nicaragua en El Salvador— en tanto «un tel droit étant inconnu du droit international applicable» (81).

(76) *Id.*, pfo. 210.

(77) *Id.*, pfo. 247.

(78) *Id.*, pfo. 247.

(78) *Id.*, pfo. 248.

(79) *Id.*, pfo. 249.

(80) *Id.*, pfo. 249.

(81) *Id.*, pfo. 252.

Pero aun sobre la base de estas importantes afirmaciones del T.I.J. hay que reconocer que en este punto ciertos aspectos de su construcción argumental podrían ser utilizados para hacer ver las dudas que tendría el propio Tribunal en torno al valor y la legalidad de las represalias (contra-medidas) individuales que entrañen el uso de la fuerza.

En efecto, el Tribunal estimó oportuno, como ya hemos visto, plantearse la cuestión de si un Estado posee un «derecho de responder a la intervención por la intervención» hasta justificar el uso de la fuerza en reacción a medidas que, sin constituir una agresión armada, podrían, sin embargo, implicar el uso de la fuerza. Y aunque esta cuestión resultaba, sin duda, pertinente desde un punto de vista teórico, entendió el Tribunal que no habría de pronunciarse más que sobre los puntos del derecho necesarios para el arreglo de la controversia que le fue sometida, no para decidir sobre las reacciones directas a las que podría haber lícitamente recurrido un Estado que se juzga víctima de actos de intervención cometidos por otros Estados y que eventualmente entrañen el uso de la fuerza. De ahí que no se trataba, por tanto, de determinar, a juicio del Tribunal, si en la eventualidad en que Nicaragua hubiese cometido tales actos respecto a El Salvador, éste podría adoptar lícitamente contramedidas individuales, sino de pronunciarse exclusivamente sobre si, en una tal hipótesis, los EE.UU. habrían podido intervenir en Nicaragua en el ejercicio de un derecho análogo al derecho de legítima defensa colectiva (82).

Parece lógico que el Tribunal estime improcedente realizar valoraciones que van más allá de las cuestiones que propiamente interesan al litigio que se le ha sometido, pero ello no quiere decir que a la hora de determinar y valorar el derecho aplicable su construcción argumental no hubiere podido seguir en este punto los mismos pasos que los utilizados para analizar la institución de la legítima defensa; esto es en la misma línea que cuando para analizar e interpretar la figura de la legítima defensa colectiva, parte de análisis de la legítima defensa individual, y para afirmar como lo hace en el pfo. 195: «Dans le cas de la légitime défense individuelle, ce droit ne peut être exercé que si l'Etat intéressé a été victime d'une agression armée. L'invocation de la légitime défense collective ne change évidemment rien à cette situation.»

En efecto, el Tribunal hubiese podido seguir aquí los mismos pasos, para decir que si el Estado víctima de un acto de intervención no puede, conforme al derecho internacional actual, reaccionar mediante la aplicación de contramedidas armadas, ello no cambia absolutamente nada respecto a un posible supuesto de contramedidas colectivas.

(82) *Id.*, pfo. 210.

Pero es que además hay que destacar que las dudas que podría suscitar este planteamiento del Tribunal se podrían ver acrecentadas por el hecho de que en el mismo momento en que procede a negar que los terceros Estados tengan un derecho de respuesta armada frente a tales actos de intervención, reconoce la posibilidad que se le abriría al Estado víctima de adoptar «contramedidas proporcionadas» (83).

Pese a todo, no creo que a la luz de tales planteamientos se pueda llegar a afirmar como lo hace LAWRENCE HARGROVE, que «the Court strongly suggested, but so far as I can ascertain did not explicitly assert, that the victim state's proportionate countermeasures might themselves include use of force» (84). Desde luego no es algo que el Tribunal llega a afirmar expresamente, pero es que además se trata de una conclusión que no resultaría congruente con las propias afirmaciones de condena por parte del Tribunal respecto a las contramedidas colectivas que impliquen un uso de la fuerza, pues resultaría difícil entender el porqué de una admisión de las represalias individuales y al mismo tiempo de una negación de las represalias colectivas, en la línea de un derecho análogo al de la legítima defensa colectiva (85).

Sin duda los planteamientos del T.I.J. en esta sentencia resultan en buena medida evasivos y, por ello, de alguna manera ambiguos, lo que se debe probablemente a un ánimo de excesiva cautela y precaución en un caso tan vidrioso por sus implicaciones políticas en el juego de las relaciones internacionales; pero, en cualquier caso, ello no puede servir para forzar argumentos y conclusiones durante la labor doctrinal de análisis e interpretación de la sentencia.

b) La legitimación de las represalias armadas por la vía de la legítima defensa: la agresión armada indirecta

Ahora bien, el análisis hasta aquí realizado resultaría insuficiente en orden a valorar plenamente esa práctica estatal que se viene produciendo en el medio internacional desde estos últimos tiempos, si no advirtiésemos que, pese a aquella actitud —formal— de algunos Estados por la que se

(83) *Id.*, pfo. 249. A este respecto critica el Juez SCHWEVEL el hecho de que el Tribunal admita que el Estado víctima estaría autorizado a adoptar contramedidas frente al Estado autor del hecho ilícito pero de una dimensión que el propio Tribunal no especifica, y concretamente si tales medidas podrían implicar el uso de la fuerza (opinión disidente, pfos. 175 y 177). Ver en este mismo sentido VERHOEVEN, J., «Le droit, le juge et la violence. Les arrêts Nicaragua c. Etats-Unis», *RGDIP*, 1987, 3, p. 1234-1235.

(84) LAWRENCE HARGROVE, J., «The Nicaraguan judgement and the future of the law of force and self-defence», *AJIL*, 81, 1987, n.º 1, p. 142.

(85) Hipótesis que, en cualquier caso, no significa que pueda establecerse la misma correlación en el ámbito, por ejemplo, de las represalias económicas, tal como ya veremos.

niegan a recuperar en el actual medio internacional la figura jurídica de la represalia armada, hay, en el fondo, una auténtica voluntad por su parte de retrotraerse a algunas de las actitudes más típicas del viejo orden y desde aquí un deseo de legitimizar bajo la pantalla legal de la legítima defensa unos actos que, en cualquier caso, y al menos desde un punto de vista fenomenológico, representan auténticas represalias armadas.

Ciertamente, estos Estados han buscado legitimar bajo la pantalla legal de la *legítima defensa* las acciones de fuerza armada cometidas contra otros países acusados de prestar *asistencia o abrigo a bandas armadas o grupos terroristas*, en tanto que actos subsumibles en la categoría de *agresión armada indirecta*.

En efecto, según ya avanzamos, en estos casos tanto los *raids* israelíes, como los sudafricanos y americanos se han fundamentado en un estado de legítima defensa en contra de las amenazas terroristas. En este sentido ha justificado Israel, en numerosas ocasiones, sus ataques sobre el Líbano acusado de servir de «santuario» a los terroristas palestinos, y en esta misma línea Africa del Sur por sus ataques a Angola, Zambia y Lesotho acusados también de haber transgredido el derecho internacional al procurar santuarios a los terroristas del A.N.C. (86).

En todos estos supuestos, en efecto, por la vía de la figura etiquetada como de *agresión armada indirecta*, se argumenta un estado de *legítima defensa* a costa de la *desnaturalización* de la institución, en tanto se asimila al supuesto de «ataque armado» del art. 51 de la Carta unos actos en los que no cabe descubrir un auténtico acto de agresión armada; una vía a través de la cual, por tanto, se llegaría, desde un punto de vista práctico y real, al mismo resultado que el que se produciría en el supuesto de recuperación de la figura jurídica de la represalia armada (87).

(86) Sobre estos casos, ver REGOURD, *op. cit.*, pp. 83 y ss., y CASSESE, «Art. 5.1» en *La Charte des Nations Unies Commentaire art. par art., cit.*, pp. 780 y ss. (para un análisis a este respecto de los debates producidos en el seno del Consejo de Seguridad). Cabría destacar en cuanto a los raids sudafricanos contra Zambia, Zimbabwe y Bostwana que se producirían, sobre todo, a raíz del descubrimiento de un arsenal clandestino de fusiles y granadas en una mina abandonada, situada en Krugersdorp, cerca de Johannesburg, sin que ningún hecho preciso fuese imputable a estos Estados. El general Liedenbergh, jefe del Estado Mayor de la armada sudafricana, estimó que estas armas no podían ser introducidas en su país más que por una única ruta que pasa por sus Estados vecinos, y desde aquí para entender por tanto que estos territorios sirven de lugar de paso o de santuario al A.N.C. (Regourd, p. 86).

(87) Por medio de tales argumentos, y partiendo de lo que es común a las contramedidas y a la legítima defensa, se pasa subrepticamente, como dice REGOURD, de una a otra institución, invocando la una para hacer legítimar lo que la autorización de la otra no autoriza (*op. cit.*, p. 96). Siendo precisamente éste el mecanismo que describiría Venezia en su estudio sobre las represalias, señalando que si bien las represalias armadas no tienen lugar en el orden jurídico

Pero ante todo hay que reconocer que la figura de la agresión armada indirecta se presenta como una de las más equívocas y controvertidas desde el punto de vista de sus consecuencias jurídicas y por relación, desde luego, al art. 51 de la Carta. Por *agresión armada indirecta* cabría entender, como ha dicho LAMBERTI ZANARDI, tanto el *envío* por un Estado de grupos de individuos armados, nacionales o extranjeros, pero que en cualquier caso no pertenecen a sus fuerzas armadas regulares, al territorio de otro Estado para cometer desde actos de terrorismo y sabotaje hasta acciones propias de guerrilla, como la *asistencia o tolerancia* prestada, a través de muy diversas formas (financiación, suministro de armas, organización, apoyo logístico), por un Estado a estos grupos armados que cometen tal tipo de operaciones militares (88).

Pues bien, desde aquí la cuestión fundamental que suscita la figura de la agresión armada indirecta es la de determinar si los dos supuestos que engloba caen igualmente bajo la categoría de «ataque armado» del art. 51 de la Carta, y si por tanto en ambos casos es posible invocar un estado de legítima defensa por parte del Estado que padece las consecuencias de tales actos. Por lo que se refiere al primer supuesto parece difícil negar, como ha mantenido LAMBERTI ZANARDI, que el Estado no sea responsable de la comisión de un auténtico «ataque armado» de acuerdo con el art. 51 de la Carta; la acción misma de «envío» presupone un lazo demasiado estrecho entre el Estado que envía y los grupos armados que realizan tales actos de fuerza, de ahí que se pueda entender que éstos actúan como auténticos órganos *de facto* del Estado y que, por tanto, es a éste a quien habrá que atribuir la responsabilidad por tales actividades (89).

Es, por el contrario, el segundo tipo de actos —sobre el que buscamos centrar básicamente ahora nuestra atención y que constituye la expresión

internacional... del mismo modo que la justicia privada no lo tiene en los órdenes jurídicos internos contemporáneos, ante el hecho de la carencia del Consejo de Seguridad, el art. 51 de la Carta es una brecha que permite a los Estados recurrir con la más grande libertad a actos de fuerza presentándolos como realizados a título de legítima defensa. De tal suerte que bajo dicha cubierta las represalias tienden a hacer su entrada en la escena de las relaciones internacionales («La notion de représailles en Droit International public», *RGDIP*, 1960, p. 494).

(88) LAMBERTI ZANARDI, P., «Agressione armata indiretta ed elemento soggettivo dell'illecito internazionale» *RDI*, p. 154. Ver también del mismo autor: «Indirect military aggression», en *The current legal regulation of the use of force* (Cassese, A., ed.), Dordrecht, 1986, p. 111.

(89) LAMBERTI ZANARDI, «Agressione armata indiretta...», *cit.*, pp. 155-156. A este respecto recuerda el autor que por definición en la agresión indirecta la fuerza no es usada por individuos que sean órganos de un Estado, sino por individuos que actúan a título privado, por donde para que la actividad de estos individuos o grupos pueda ser atribuida a un Estado es necesario que entre aquellos y éste exista un estrecho lazo por el cual se pueda demostrar que los individuos actúan de hecho por cuenta del Estado, de acuerdo con la fórmula recogida en el art. 8 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados preparado por la CDI (p. 155).

más genuina y propia de la agresión armada indirecta (90)—, el que suscita una más seria polémica en el medio jurídico internacional a la hora de calificar o no tales actividades como de «ataque armado» de acuerdo con el art. 51 de la Carta, y en orden a posibilitar o no la entrada en juego de la institución de la legítima defensa.

Y, ante todo, no quisiéramos dejar de advertir que, en ocasiones, las diversas cuestiones que plantea esta modalidad más propia y genuina de la figura de la agresión armada indirecta parece que se desvanecen y entrecruzan a los ojos del analista en sus construcciones doctrinales. Ciertamente, parece conveniente precisar que los actos de asistencia que un Estado presta a aquellas bandas armadas que cometen un acto de fuerza armada contra otro Estado es posible valorarlos tanto desde la perspectiva del nexo causal que podría existir entre esas actividades de asistencia y los propios actos de fuerza cometidos por tales bandas, en orden a determinar la propia responsabilidad del Estado por los ataques armados cometidos por aquellos grupos, como desde la calificación que por sí mismas —y en caso de que no exista ese nexo causal— podrían recibir estas actividades de apoyo, en orden a determinar si éstas podrían ser asimiladas a un supuesto de agresión armada que operase también la entrada en juego de un estado de legítima defensa para el Estado víctima. Desde el primer enfoque cabría concluir que la actividad de asistencia y apoyo prestada por un Estado a bandas armadas no genera su responsabilidad internacional por los ataques perpetrados por esas bandas armadas irregulares, toda vez que éstas no representan un órgano *de facto* del Estado, ni actúan en su nombre, resultando, así y en definitiva sólo éstas responsables de sus propios actos; pero, aun en este supuesto cabría plantearse, como decimos si por sí mismas tales actividades de asistencia y apoyo podrían ser constitutivas de un acto de agresión armada que permitiese al Estado lesionado reaccionar en un estado de legítima defensa.

Pues bien, una vez identificados los parámetros desde los que habrá que valorar las cuestiones que suscita esta modalidad más propia y genuina de la agresión armada indirecta, hay que admitir que son muy distintas y extremas las posiciones que se han defendido tanto en el ámbito doctrinal como entre los diversos grupos de Estados (91).

(90) Ciertamente, como advierte LAMBERTI ZANARDI, hay que admitir que el primer supuesto, y siempre que los actos de fuerza revistan la suficiente gravedad —no meras acciones aisladas o esporádicas— como para poder ser considerados como una agresión armada, se aproxima mucho más a la categoría de agresión armada directa, aunque sean grupos o bandas armadas irregulares las que actúen (*op. cit.*, p. 156).

(91) Aunque hay que observar, en la línea de nuestras reflexiones anteriores, que es difícil, a veces, precisar los puntos exactos sobre los que se producen estas diferencias, dada la vaguedad desde la que se defienden, en algunos casos, estas posiciones.

El sector de Estados occidentales y del grupo «socialista» no sólo ha argumentado, como hemos visto, en muchos casos de la práctica internacional un derecho de legítima defensa como fundamento para reaccionar legítimamente frente a aquellos Estados acusados de prestar asistencia a bandas o grupos armados, y aun de tolerar simplemente su presencia en su territorio, sino que ha manifestado su apoyo a tal tesis en muy distintos foros internacionales; y ello tal como lo demuestran, concretamente, las declaraciones y proyectos presentados por estos Estados durante los trabajos preparatorios tanto de la Resolución 2625 (XXV) de la AGNU en la que se contiene la Declaración sobre los principios que rigen las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, como de la Res. 3314 (XXIX) en la que se contiene la Definición de la Agresión. Pudiendo destacar, sobre todo, el proyecto que sobre la Definición de la agresión presentarían Australia, Canadá, Italia, Japón, Reino Unido y Estados Unidos, al incluir entre los actos constitutivos de agresión armada (indirecta): «el hecho de organizar, apoyar o dirigir bandas armadas o fuerzas irregulares o voluntarios que procedan a incursiones o infiltraciones en otro Estado; el hecho de organizar, apoyar o dirigir luchas civiles violentas o actos de terrorismo en otro Estado; o el hecho de organizar, apoyar o dirigir actividades subversivas tendentes a derribar violentamente el gobierno de otro Estado» (92).

Habiéndose mantenido, además, en esta línea por un cierto sector de la doctrina occidental que dicha teoría vendría avalada por la propia Resolución 3314 (XXIX), al incluirse, entre los actos que constituirán una agresión armada, en su art. 3, g): «El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su *sustancial participación* en dichos actos», y ello al entender que la expresión «sustancial participación» significaría una implicación en los actos que las bandas armadas llevan a cabo, a través de su apoyo sustancial a las mismas y mediante una actividad de asistencia (organizativa, financiera, militar) o incluso de mera tolerancia en cuanto a su presencia en el territorio de dicho Estado; sin necesidad, por tanto, de que el Estado esté relacionado con el acto de envío de tales bandas o grupos —dicha decisión correspondería exclusivamente a dichos grupos— (93).

Planteamiento a tenor del cual cabría advertir, como dice SCISO, una sustancial diferencia y recíproca autonomía entre las dos clases de agresión

(92) Ver Documento A/8719, p. 11-12, del Comité especial para la cuestión de la agresión.

(93) Ver en este sentido SCISO, E., «Legittima difesa ed aggressione indiretta secondo la Corte Internazionale di Giustizia», *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. LXX, 1987, 3/4, p. 633.

particularizadas en el art. 3.g), si se advierte, sobre todo, que en la hipótesis de la «sustancial participación» —y al contrario de lo que ocurre en el caso del envío— los actos de fuerza armada desarrolladas por los particulares no pueden ser imputados, en el plano internacional, a un Estado por la ausencia de un control, directo o indirecto, de éste sobre las bandas, o de una conexión de hecho, establecida *a priori* o *a posteriori*, entre éstas y la organización estatal; elementos, estos últimos, constitutivos de la modalidad de «envío» por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, y que permitirían considerar a los particulares como órganos *de facto* del Estado, de acuerdo con el art. 8 del proyecto sobre la responsabilidad internacional de los Estados de la C.D.I. (94).

Desde luego, frente a un planteamiento como éste, la posición de los Estados del Tercer Mundo ha sido y es de rechazo absoluto a cualquier interpretación extensiva por esta línea del concepto de «ataque armado» y por tanto de la institución de legítima defensa del art. 51 de la Carta. Y ello tal como lo demuestran, también, los proyectos y declaraciones presentados por estos Estados durante los trabajos desarrollados tanto por el Comité encargado de la Declaración de principios que rigen las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados como por el Comité especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de la definición de la agresión (95).

Pero, en cualquier caso, y sobre la base de estas tan extremas posiciones, no hay que dejar de reconocer, además, que las formulaciones contenidas a este respecto en la Res. 2625 (XXV) y, sobre todo, en la Res. 3314 (XXIX) resultan extraordinariamente confusas y se prestan, por tanto, a muy diferentes interpretaciones. Concretamente la redacción de la fórmula de compromiso contenida en el apdo. g del art. 3 de la Definición de la Agresión constituye uno de los ejemplos más ilustrativos de la vaguedad y confusión que caracteriza a un buen número de normas del ordenamiento jurídico internacional, y a lo que cabría ligar además la propia incertidumbre que suscita en su conjunto dicho precepto respecto al art. 51 de la Carta y a la hora de identificar o no los conceptos de agresión armada y de ataque armado (96).

Ciertamente, como ya avanzamos, la significación de la expresión «sustancial participación» del apdo. g) del art. 3 de la Definición de la

(94) SCISO, *op. cit.*, p. 634.

(95) Ver sobre estos proyectos y declaraciones, p.e., LAMBERTI ZANARDI, *op. cit.*, p. 159.

(96) Como es sabido, para algunos autores resultaría dudoso y aun incorrecta la operación de identificar plenamente el art. 3 con el art. 51 de la Carta, y para desde aquí entender que no todos los supuestos recogidos en el art. 3 representan un ataque armado y originan por tanto un estado de legítima defensa.

agresión constituye, en buena parte, el centro de atención de los debates doctrinales en este punto, y en orden, sobre todo a determinar si esta expresión («sustancial participación») se refiere a la acción de *envío* de bandas armadas o grupos irregulares, o, por el contrario, a los *actos de fuerza armada* desarrollados por tales movimientos. Estimándose por un cierto sector doctrinal, y frente a las posiciones más atrás referidas, que la expresión «sustancial participación» alude exclusivamente a una implicación en la *acción de envío* de los movimientos armados que lleven a cabo actos de fuerza en el territorio de otros Estados, y no por tanto a una implicación en los *actos mismos de fuerza* —que desarrollan y deciden tales grupos de manera propia y autónoma— a través de su *ayuda y apoyo* al mantenimiento y organización de tales movimientos mediante, por ejemplo, el suministro de armas, financiación, asistencia logística, etc.; de ahí que no representen tales actos un supuesto de agresión armada (indirecta).

En este sentido, ha entendido LAMBERTI ZANARDI que la noción «sustancial participación» parece requerir un comportamiento activo del Estado, tanto más cuando el término «participación» se refiere a la acción de envío, tal como se deduce claramente del texto francés («L'envoi par un Etat ou en son nom de bandes ou de groupes armés, de forces irrégulières ou de mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre un autre Etat d'une gravité telle qu'ils équivalent aux actes énumérés ci-dessus, ou le fait de s'engager d'une manière substantielle dans une telle *action*»); en efecto, para este autor el uso del término «acción» en vez del de «actos», demuestra que se ha querido hacer referencia al envío y no a los actos de los grupos armados; de ahí que un comportamiento de mera tolerancia o aquiescencia respecto a la actividad de los grupos armados, aunque constituya un acto ilícito internacional en violación del principio del prohibición del uso de la fuerza (97), no represente un auténtico acto de agresión armada (98).

Planteamiento este al que parece haberse ajustado también el T.I.J., en su reciente sentencia de 1986 en el asunto entre Nicaragua y EE.UU., al entender que, de acuerdo con la Res. 3314 (XXIX) de la AGNU que representa el derecho internacional consuetudinario en la materia, la prohibición de la agresión armada se puede aplicar al envío por un Estado de bandas armadas sobre el territorio de otro —siempre y cuando esta

(97) Hay que recordar que, en efecto de la Res. 3314 cabe deducir que hay ciertos usos de la fuerza que no representarían un auténtico acto de agresión armada, y entre los que cabría incluir estos supuestos. A este respecto señala LAMBERTI ZANARDI que contrasta «il limitato contenuto dell'art. 3, g della Definizione dell'aggressione con l'ampia serie di attività elencate come atti di aggressione indiretta nella Dichiarazione sui principi di diritto internazionale» (*op. cit.*, p. 162).

(98) LAMBERTI ZANARDI, *op. cit.*, p. 161.

operación, por sus dimensiones y efectos, pueda ser calificada de agresión armada y no de simple incidente fronterizo— o «au fait de s'engager d'une manière substantielle dans une telle action», pero no a la acción de bandas armadas cuya acción revista «une ampleur particulière», ni a un acto de asistencia a los rebeldes consistente en el suministro de armas, asistencia logística o de otro tipo (99).

En efecto, el Tribunal a la hora de determinar qué habrá de entenderse por agresión armada parece partir de esa misma distinción tajante entre, por un lado, el envío de bandas armadas o la participación sustancial en esta acción, y, por otro, las actividades de asistencia practicadas a través del suministro de armas, la asistencia (apoyo) logística o de otro tipo. Y ello tal como lo demuestra al afirmar, por un lado, que la asistencia prestada por los EE.UU. a los *contras* (a través de actividades de organización, formación, equipamiento, financiación, aprovisionamiento, y apoyo logístico) no autoriza a concluir que estas fuerzas están hasta tal punto sometidas a los EE.UU., como para afirmar que los actos por ellos cometidos serían imputables a ese Estado, siendo, por tanto, solo los *contras* responsables de sus actos (100), y al entender, por otro, que no ha habido un acto de agresión armada por parte de Nicaragua respecto a El Salvador por razón de un posible suministro de armas practicado por Nicaragua a la guerrilla salvadoreña, y en tanto como afirmaría expresamente «ne peut souscrire à l'idée qu'en droit international coutumier la fourniture d'armes à l'opposition dans un autre Etat équivaudrait à une agression armée contre celui-ci. Même à l'époque où le flux d'armes était à son maximum, et à supposer, encore une fois, que le Gouvernement nicaraguayen en eût été responsable, cela ne constituerait pas une agression armée» (101), y de ahí que el comportamiento de los EE.UU., respecto a Nicaragua no pueda encontrar, a juicio del Tribunal, su justificación en el derecho de legítima defensa colectiva (102).

(99) C.I.J., Recueil 1986, pfo. 195.

(100) *Id.* pfo., 116. También en otros párrafos entiende el Tribunal que es «... impossible d'assimiler, juridiquement parlant, la force *contra* aux forces des Etats-Unis» (pfo. 110).

(101) *Id.* pfo., 230. En esta misma línea mantiene el Tribunal en el pfo. 247 que «si la notion d'agression armée englobe l'envoi de bandes armées par un Etat sur le territoire d'un autre Etat, la fourniture d'armes et le soutien apporté à ces bandes ne sauraient être assimilés à l'agression armée». Si la asistencia más amplia prestada por los EE.UU., a la *contra* no les hacía responsable de un acto de agresión armada, parece razonable como dice LAMBERTI ZANARDI, que la asistencia más limitada prestada por Nicaragua a la guerrilla salvadoreña, aunque ilícita, no podría tener el valor de transformar a los rebeldes salvadoreños en órganos de hecho del gobierno de Nicaragua, no constituyendo así sus acciones militares un ilícito internacional de Nicaragua y en particular un ataque armado de Nicaragua contra El Salvador.

(102) Ver CIJ, Recueil 1986, pfos. 238 y 247. Comportamiento de los EE.UU., que se cifrará tanto en las actividades de colocación de minas en las aguas interiores y territoriales de Nicaragua y en ciertos ataques contra los puertos, las instalaciones petrolíferas y una base naval de ese país, como en los actos de asistencia a los *contras*.

A la vista de estas construcciones, doctrinales y judiciales, hay que entender que al ligar exclusivamente la expresión «participación sustancial» a la acción de enviar, la significación jurídica del término adquiere sólo valor a los efectos de determinar si esa participación es tan relevante como para transformar a los grupos armados enviados al territorio de otro Estado de órganos privados en órganos de hecho del Estado, y por tanto a los efectos de determinar si el Estado es responsable de un acto de agresión armada por los actos de fuerza (ataque armado) cometidos por esos grupos o bandas armadas; operación interpretativa por la que, en definitiva, no sólo se vendría a descartar la idea de que una participación sustancial en los actos de fuerza cometidos a través de una actividad de apoyo o asistencia, y aún de mera tolerancia, pueda constituir en cuanto tal un acto de agresión armada, sino también a afirmar —si se quiere ser congruente con el conjunto de la línea argumental— que un tal tipo de participación tampoco tendría el valor de llegar a hacer responsable al Estado que asiste de un acto de agresión armada por los propios actos de fuerza cometidos por tales grupos o bandas armadas.

Pero se trata, a nuestro juicio, de una construcción argumental excesivamente forzada, no sólo por la fragilidad que en sí misma encierra la interpretación de estos preceptos a la luz del texto y el contexto, sino también por la propia fragilidad de los resultados a los que se llega. Ciertamente, por lo que se refiere, ante todo, a esta última consideración, entendemos que el marcar una diferencia tan tajante entre una participación sustancial en la acción de envío y una participación sustancial en los actos de fuerza constituye, en efecto, una operación demasiado forzada y en definitiva frágil, toda vez que nos parece excesivamente sutil el intento de discernir donde se agota un acto de apoyo y asistencia a bandas armadas y donde comienza un auténtico acto de participación en la acción de envío de tales bandas, a los efectos de determinar la responsabilidad internacional del Estado por los actos de ataque armado cometidos por estas; constituye esta una operación que vendría a difuminarse en buena parte de los casos, y que conduciría, en efecto, a resultados demasiado forzados, y por tanto frágiles, sobre todo cuando no se define lo que es una participación sustancial en la acción de envío, y se afirma, por el contrario, *a priori* y de manera categórica que una actividad de asistencia en el orden organizativo, financiero o militar no involucra al Estado que asiste en las acciones de fuerza hasta el grado de hacerle responsable de un acto de agresión armada.

Y la fragilidad de tales construcciones se demuestra cuando, sobre la base, en efecto, de silenciar que hechos y operaciones expresas y concretas representarían un supuesto de participación sustancial en la acción de envío, se ven forzadas, en última instancia, a admitir que ciertas actividades de asistencia y apoyo fácilmente pueden ser expresivas de un comporta-

miento activo del Estado que les ligue directamente a los actos de fuerza cometidos por tales bandas armadas, haciéndole así responsable de un acto de agresión armada; lo que genera, por tanto, un cierto desvanecimiento y confusión en tales planteamientos, sobre todo si se atiende a su radical negativa inicial a admitir cualquier relación entre la expresión participación sustancial y las actividades de apoyo y asistencia prestadas por un Estado a las bandas o grupos armados en cuestión (103).

En esta línea cabría destacar también que el propio T.I.J. en su sentencia de 1986 en el asunto entre Nicaragua y EE.UU., aunque afirmó de manera tan categórica, como ya vimos, que la asistencia mediante el suministro de armas, o la asistencia logística o de otro tipo no representa un supuesto de agresión armada, vendría, sin embargo, a estimar, en otros pasajes, que, concretamente, la participación de los EE.UU. en la organización, formación, equipamiento, financiación y aprovisionamiento de los *contras*, así como en la selección de sus objetivos militares o paramilitares y en la planificación de todas sus operaciones «parece insuficiente en sí misma», para que puedan ser atribuidos a los EE.UU. los actos cometidos por los *contras* en el curso de sus operaciones militares o paramilitares contra Nicaragua (104), y de tal forma que no se puede claramente establecer que los EE.UU. ejerzan de hecho sobre los *contras* una autoridad tal como para considerar que estas fuerzas actúan en su nombre (105); matizaciones éstas de las que cabría deducir que el Tribunal, si bien está exigiendo, a estos efectos, que exista, como dice LAMBERTI ZANARDI,

(103) En este sentido cabría destacar como, por ejemplo, LAMBERTI ZANARDI, después de haber afirmado, como vimos, que la noción de «participación sustancial» parece requerir un comportamiento activo por parte del Estado —de ahí que no constituya un acto de agresión un comportamiento de mera tolerancia o de aquiescencia respecto a las actividades de los grupos armadas—, procede a entender, desde una perspectiva más general, que el término «sustancial» adquiere significación jurídica siempre que esa participación sea tan relevante como para transformar a los grupo armados enviados al territorio de otro Estado de órganos privados en órganos de hecho del Estado, y para finalmente admitir que la noción de agresión armada indirecta incluida en la Definición de la agresión, se refiere no sólo al envío de bandas armadas sino también a las actividades de asistencia que reúnan las características capaces de transformar los actos militares de los individuos en actos atribuibles al Estado que asiste (*op. cit.*, pp. 161-162). Incluso y de una manera más expresa este autor admite ya desde un principio que si bien la mera actividad de asistencia y tolerancia por parte de un Estado no constituye un ataque armado, puede ocurrir que la asistencia prestada por el Estado sea de tal relevancia que los grupos privados pierdan su independencia y caigan, por el solo hecho de la asistencia prestada, bajo el control y la dirección del Estado que le asiste. De ahí que, en definitiva, se este procediendo a reconocer que la expresión «participación sustancial» puede jugar también —a la hora de determinar su significación jurídica— por relación a los actos de fuerza cometidos por las bandas o grupos armados, y por tanto a los efectos de valorar los actos de asistencia y apoyo que un Estado pueda haber prestado a tales movimientos.

(104) C.I.J., Recueil, 1986, pfo. 115.

(105) *Id.*, pfo. 109.

un control total del Estado sobre los grupos privados, y, por tanto, una completa dependencia de estos respecto al Estado que asiste (106), estaría aceptando que, aún bajo otra intensidad o medida, la valoración de esos distintos actos de asistencia y apoyo podrían servir o bien para asimilar a los contras a un órgano del Gobierno de los Estados Unidos o bien para considerarles como actuando en nombre de ese gobierno. De no ser así cabría preguntarse, además, con el Juez Ruda, porque el Tribunal se siente obligado a analizar con tal detalle los hechos del caso relativos a la asistencia (107).

Pero como ya avanzábamos la fragilidad de estas construcciones argumentales, por la que se niega radicalmente que en sí mismas las actividades de asistencia y apoyo prestadas por un Estado a bandas armadas puedan constituir un acto de agresión armada, viene dada también, a nuestro juicio, por la dificultad que entraña el querer hacer una interpretación firme y definitiva —a la luz del texto y el contexto— de unos preceptos (como el art. 3, g de la Res. 3314 —XXIX— de la AGNU) en los que se encierra una vaguedad y abstracción deliberada (108), y en tanto precisamente que formulas de compromiso, adoptadas por consenso, entre posiciones estatales tan divergentes. El consenso en tanto que técnica de negociación y de adopción de decisiones representa, sin duda, un esfuerzo colectivo por alcanzar un texto capaz de reconciliar puntos de vista fuertemente divergentes. Ahora bien, si las ventajas de esta técnica son evidentes, sus inconvenientes no lo son menos, según advierte CASESSE, en la medida en que frecuentemente las diferencias existentes no son superadas más que en el papel, por medio de fórmulas de compromiso extraordinariamente vagas que cada uno es libre de interpretar a su manera (109); renaciendo consecuentemente las diferencias ideológicas y políticas en torno a los mismos en el momento de su aplicación e interpretación.

Por todo ello entendemos que sólo desde el análisis tanto de la práctica estatal como de las posiciones mantenidas por otros foros internacionales

(106) LAMBERTI ZANARDI, *op. cit.*, p. 164.

(107) Opinión individual del Juez Ruda (pfo. 12) en C.I.J., Recueil 1986.

(108) Desde luego creemos que resulta demasiado endeble el argumento —utilizado, como ya vimos, por algunos autores— de la interpretación gramatical del texto contenido en el art. 3,g) de la Definición de la Agresión, y para decir que al emplearse el término «acción» cuando se habla de «sustancial participación», dicho término viene exclusivamente referido a la acción de enviar. Sobre todo cuando en los textos español e inglés se dice, respectivamente: «El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos» y «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 the acts listed above, or its substantial involvement therein.»

(109) CASESSE, *op. cit.*, pp. 180-181.

les en estos últimos tiempos será posible contribuir a matizar y determinar el sentido y significado de estas normas.

Y en este sentido adquiere, ante todo, una especial relevancia el hecho de que de las declaraciones de los Estados en el seno del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y de las propias Resoluciones de este órgano trascienda una actitud de condena por las acciones de fuerza desarrolladas por algunos Estados contra otros acusados de prestar apoyo y asistencia a bandas armadas por medio de actividades concretadas en un suministro de armas o en el hecho de servir su territorio de refugio y santuario para las mismas; acciones, como decimos, casi siempre fundamentadas en un supuesto de legítima defensa.

Y ello tal como lo demuestran, por ejemplo, los debates celebrados con ocasión de los ataques practicados —en base a tales argumentos— tanto por Israel contra el Líbano o Túnez como por Sudáfrica contra sus Estados vecinos. Así, por lo que se refiere al *raid* israelí sobre los campos palestinos en el Líbano, ocurrido el 2 de diciembre de 1975, todos los Estados miembros del Consejo de Seguridad, incluidos los EE.UU. manifestaron su condena, sobre la base de la inaplicabilidad del art. 51 de la Carta y de la correspondiente violación de la soberanía del Líbano. Y en cuanto al *raid* israelí sobre la sede de la O.L.P. en Túnez (1985), acusado de procurar un santuario a los terroristas y no impedir los ataques armados a partir de su territorio, y por el cual Israel invocó el art. 51 de la Carta, el Consejo de Seguridad adoptó una resolución condenando enérgicamente el acto de agresión armada perpetrado por Israel contra el territorio tunecino en violación flagrante de la Carta de las Naciones Unidas. Habiéndose producido también en dicho marco la misma condena unánime por los *raids* sudafricanos dirigidos, sobre todo después de 1976, contra sus Estados vecinos (110). Posición de la que se deriva, por tanto, una negativa a admitir que tales actividades representen un supuesto equiparable al de agresión armada y que operen, por tanto, la entrada en juego de un supuesto de legítima defensa (111).

(110) Ver sobre todas estas operaciones y los debates a que ha dado lugar en el seno del Consejo de Seguridad, entre otros, CASSESE, *op. cit.*, pp. 780 y ss., y REGOURD, *op. cit.*, pp. 84 y ss.

(111) Aunque no negamos que esta postura del Consejo de Seguridad pueda ser valorada también desde reflexiones como las de SCISO cuando advierte que la posición de rechazo del Consejo de Seguridad en estos casos se debe a que «nei casi considerati manca proprio un illecito imputabile allo Stato contro cui la pretesa misura di legittima difesa era diretta», pero ello como consecuencia de que «nel contesto delle lotte di autodeterminazione dei popoli... e sulla base del diritto statutario, sviluppato attraverso l'attività degli organi delle Nazioni Unite, l'appoggio degli Stati —almeno in queste forme— ai popoli in lotta per l'affermazione del loro diritto all'autodeterminazione deve considerarsi legittimo» (*op. cit.*, p. 639).

Pero es que además constituye éste un planteamiento al que ha venido a ajustarse el T.I.J., en su reciente sentencia de 1986 en el asunto entre Nicaragua y EE.UU. —aunque desde una construcción no exenta de una cierta ambigüedad—, cuando no sólo procede a constatar, con carácter general, como ya vimos, que los actos de asistencia financiera, logística y de otro tipo no son subsumibles bajo la categoría de agresión armada, sino también a manifestar, por relación a los EE.UU., que el apoyo prestado por este país a las actividades militares y paramilitares de los *contra*, bajo la forma de apoyo financiero, entrenamiento, suministro de armas, informaciones y apoyo logístico, se presenta sólo como una violación clara del principio de no intervención (112), y, en esta misma línea, por relación a Nicaragua que las actividades consistentes en el suministro de armas y el sostenimiento a bandas armadas podrían representar una violación de los principios de prohibición del uso de la fuerza y de no intervención en los asuntos internos de los Estados, es decir un comportamiento ilícito pero de una gravedad menor que la agresión armada (113); actividades, por tanto, que representarían un uso menor de la fuerza, frente a las cuales tampoco, como ya hemos visto, se permitiría una reacción consistente en contramedidas armadas (al menos de tipo colectivo) (114).

Por todo ello hay que entender que la operación de extender el supuesto de legítima defensa a estos supuestos no habrá alcanzado tampoco su reconocimiento en el actual orden jurídico internacional dadas las permanentes condenas que de tales actos, así como el rechazo que de tales pretensiones jurídicas, se ha venido produciendo tanto por la generalidad de los Estados como por un sector mayoritario de la doctrina —aunque desde formulaciones y planteamientos no siempre coincidentes—.

Y, como ya hemos advertido, de llegar a producirse esa interpretación extensiva del art. 51 de la Carta para hacer frente a tal tipo de actividades de asistencia a bandas armadas practicadas por los Estados, se estaría dando paso al mismo resultado que el que representaría la recuperación de la figura jurídica de la represalia armada, pues en las reacciones por medio

(112) C.I.J., Recueil 1986, pfo. 242; ver también en este mismo sentido pfos. 241 y 246.

(113) *Id.*, pfo. 247.

(114) A nuestro juicio en esta sentencia del Tribunal cabría descubrir dos órdenes de planteamientos —desarrollados, como decimos, con una cierta ambigüedad— desde los que se procede a valorar la significación jurídica de los actos de asistencia prestados por un Estado a bandas armadas. Por un lado se valoran tales actos en orden a determinar la posible vinculación existente entre tales bandas armadas y el Estado que asiste, y desde aquí si este es responsable de los actos de fuerza cometidos por tales grupos armados y por tanto de un acto de agresión armada; y por otro se procede a afirmar que estas actividades por sí mismas tampoco son equiparables a un supuesto de agresión armada, sino constitutivas de un acto de intervención o un uso menor de la fuerza.

de la fuerza a estos pretendidos supuestos de agresión armada indirecta, sólo cabe descubrir un tipo de medidas que por el fin y el momento por el que se rigen participan de la naturaleza de las represalias. Una operación, por tanto, que sólo sería posible a costa de tergiversar y desnaturalizar dicha institución y de una voluntad de escamotear un evidente objetivo —circunvalado por una posición retórica y farisaica de condena de las represalias armadas— de redimensionalizar el uso de la fuerza de acuerdo con viejos parámetros y principios.

Ya hemos visto que desde las diferencias más típicas y características que separan un supuesto de legítima defensa de una represalia armada, los actos que venimos analizando se acercarán bastante fielmente a este último tipo de medidas. Ciertamente los actos de apoyo y ayuda que un Estado pueda prestar a ciertos grupos o bandas armadas —y que no determinen un vínculo tan sustancialmente estrecho entre el Estado y tales bandas como para considerar que actúan en su nombre o representan auténticos órganos de facto del Estado— no representan en sí mismos un peligro inminente para la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de aquel otro Estado que padece los actos de fuerza cometidos por ciertas fuerzas armadas; de ahí que, aunque, desde luego, puedan estas actividades representar, p.e., un acto de intervención en los asuntos internos de otro Estado, cualquier reacción armada frente a tales actos —no al acto mismo de fuerza sino al propio acto de apoyo—, no tendrá, desde luego, un fin defensivo, sino un fin de castigo y/o ejemplificador en orden a que tal tipo de apoyos o ayudas cesen, es decir, en definitiva, el fin y sentido propio de la represalia.

A tenor de un planteamiento como este, podría, en efecto ocurrir —y como de hecho, en buena medida, ocurre— que cuando un Estado es víctima de un ataque armado por parte de grupos o bandas armadas que actúan a título individual y no por cuenta de un Estado, este podría reaccionar frente a tales actos, a través, en primer lugar, de medidas de fuerza, aunque no ejercidas en base a un estado de legítima defensa (115). Pero

(115) A este respecto recuerda LAMBERTI ZANARDI que es necesario distinguir, en cuanto a su valoración jurídica, las acciones de los grupos armados y las actividades de apoyo o asistencia practicadas por un Estado, y ello sobre todo para determinar que si los grupos armados actúan a título privado, de modo independiente y sin ser controlados y dirigidos, por tanto, por un Estado —esto es sin ninguna conexión, incluso no oficial, con la organización militar del Estado—, el comportamiento de estos grupos armados no podrá constituir un ilícito internacional porque dicho acto no podrá ser atribuido a un Estado, es decir porque falta el elemento subjetivo del ilícito (la atribución de tal comportamiento individual a un Estado) (*op. cit.*, p. 156). Y en esta línea entiende AGO que «incurren en un error los tratadistas que como, por ejemplo, Cheng y Schwarzenberger, influidos por una antigua terminología oficial actualmente superada, incluyen en la esfera de la legítima defensa medidas adoptadas contra particulares, buques mercantes o

a partir de aquí, y a raíz desde luego de haberse producido tales ataques, el Estado víctima estaría, además, legitimado, en virtud de un supuesto de legítima defensa, para recurrir al uso de la fuerza armada contra aquel Estado acusado, no de haber decidido el envío de dichas bandas armadas o de haber participado sustancialmente en dicha decisión, sino sólo de prestar apoyo o asistencia a tales grupos armados o simplemente de tolerar la presencia de estos en su territorio.

En todo caso hay que admitir que nos parece, desde luego, sumamente restrictiva la tesis del T.I.J., a la hora de valorar, en cuanto a su significación y consecuencias jurídicas, las actividades de apoyo y asistencia prestadas por un Estado a bandas armadas que cometan actos de fuerza equiparables a auténticos ataques armados, y en orden a responsabilizarle, en definitiva, de un auténtico acto de agresión armada por el hecho de poder llegar a considerar a dichas bandas como órganos *de facto* del Estado o como bandas que actúan en su nombre.

Pero en aquellos casos en que fuese posible responsabilizar auténticamente a un Estado de un acto de agresión armada indirecta por los actos de fuerza cometidos por grupos o bandas armadas, el Estado víctima podría ejercer, en legítima defensa, medidas de fuerza armada no sólo contra los propios actos de fuerza realizados por las bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios, sino también sobre el propio territorio del Estado responsable de tales actos, cuando tenga lugar una sucesión y pluralidad de actos de fuerza; y ello en tanto que único medio de respuesta plenamente eficaz para detener las lesiones que sufre el Estado víctima. Pero se trata, en cualquier caso, de una posibilidad en la que habría que seguir percibiendo siempre un sentido defensivo y no aflictivo u ofensivo.

Hay que recordar, con AGO, por relación a la exigencia de *proporcionalidad* que debe caracterizar a la acción ejecutada en estado de legítima defensa, que en el caso de una acción cuyo fin específico es detener y repelear una agresión armada, no es en absoluto seguro que esa acción deba revestir proporciones más o menos idénticas a las de la acción agresiva; su licitud, por lo tanto, no debe medirse más que con arreglo a su aptitud para alcanzar el resultado buscado. De ahí que en el caso en que un Estado sufriera, de parte de otro Estado, una *sucesión de actos* distintos de agresión armada, la exigencia de la proporcionalidad no significaría, sin duda,

aeronaves privadas en circunstancias que no entrañan ninguna responsabilidad internacional de su Estado nacional» (*op. cit.*, p. 56, nota 210). Bien es cierto, como ya veremos, que las medidas de fuerza que podría ejercer el Estado víctima sobre esas bandas que actúan a título privado y autónomo podrían incluso desarrollarse sobre el territorio de un Estado vecino en virtud de un *estado de necesidad* y al efecto de perseguir, p.e., a aquellas bandas que hubiesen penetrado tras el ataque en dicho Estado limítrofe.

que ese Estado no estuviera autorizado a emprender una acción armada única y de mayor envergadura para poner fin a esta escalada de comportamientos consistentes en agresiones. Lo que ligado a esa otra exigencia de la *inmediatez* que caracteriza a la legítima defensa, quiere decir también que si la acción agresiva se traduce en una pluralidad de *actos sucesivos*, la exigencia del carácter inmediato de la acción ejecutada en legítima defensa deberá apreciarse con arreglo al conjunto de esos actos (116).

Consideraciones ambas que en la práctica suscitan, por relación a los casos particulares que nos ocupan, la cuestión de determinar el ámbito espacial sobre el que podrá tener lugar esa acción ejercida en legítima defensa. Esto es la cuestión de si un Estado que sufre esa serie de actos armados sucesivos por parte de tales fuerzas armadas irregulares o mercenarios debe confinar su defensa a su propio territorio o puede extenderlo hasta el territorio del Estado responsable de tales actos y por tanto de una agresión armada indirecta. Desde luego aquí estamos de acuerdo con el Juez Schwebel cuando afirma que el resultado de confinar las hostilidades al territorio del Estado víctima reforzaría la «victimización»: «potential aggressors would be the likelier to estimate that their aggression will be free of significant cost. The potential aggressor might reason that it has little to loose in launching covert aggression, as by concealed support of insurgents operating against the government of a neighbouring State. If the aggression succeeds, the aggressor's purposes are achieved; if not, the aggressor cannot suffer in its territory» (117).

Ahora bien, aún admitiendo, en efecto, la necesidad de valorar adecuadamente la naturaleza e intensidad de algunos de estos actos de asistencia a bandas armadas de acuerdo con las realidades del actual juego de las relaciones internacionales, y en orden a determinar la posible responsabilidad internacional del Estado por los actos de fuerza cometidos por tales bandas o grupos armados, no creemos que en sí mismas aquellas actividades de asistencia que no hacen responsables al Estado de los ataques armados perpetrados —sobre todo un suministro de armas o la mera tolerancia...— pudiesen resultar equiparables a un acto de agresión armada, que abriese, por tanto, también para el Estado víctima un estado de legítima defensa.

En todo caso, lo que hay que evitar es, como dice AGO (118), cualquier tendencia, incluso inconsciente a considerar la legítima defensa como una forma de sanción propiamente dicha, como las represalias. Posi-

(116) AGO, Adición al octavo informe..., *cit.*, pp. 72-73 (pfs. 121 y 122).

(117) Opinión disidente del Juez Schwebel (pf. 220, y en general pfs. 215-220), C.I.J., Recueil, 1986.

(118) AGO: «Adición al octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados», *cit.*, p. 73.

bilidad que abiertamente tomaría forma de admitirse que esos actos de asistencia y apoyo representan por sí mismos actos equiparables a un ataque armado, y que por tanto operan la entrada en juego de un estado de legítima defensa.

Pero es que, además, de aceptarse esa interpretación extensiva de la legítima defensa, y por tanto esa dimensión aflictiva de la misma, estimamos que desde aquí se habrían dado ya los pasos más apropiados para conseguir en un futuro y con éxito el salto mortal hacia una redimensión en esta misma línea de los supuestos más típicos de la institución de la legítima defensa, tanto por relación a los casos de agresión armada indirecta como directa. De tal modo que la institución de la legítima defensa fácilmente abriría una capacidad de reacción armada no sólo de tipo defensivo sino también de castigo. La *decisión* en sí misma, por ejemplo, de enviar fuerzas armadas regulares o irregulares, y aún la sustancial participación en dicha decisión, constituirían también un aspecto o dimensión del acto de agresión armada que mantendrían abierto ese estado de legítima defensa en orden a aplicar *ex post facto* esa medida de fuerza de carácter aflictivo. Por donde, como ya repetidamente hemos puesto de manifiesto, a través de la legítima defensa se estaría, de nuevo, procediendo a admitir, la figura de la represalia armada en el Derecho Internacional.

Desde luego, hay que admitir —como vendría a recordar AGO (119)— que el Estado que utiliza la fuerza contra otro Estado en concepto de legítima defensa frente a un ataque ilícito de este último realizado por la fuerza, podrá, posteriormente, adoptar medidas de «sanción» por la infracción así sufrida, pero ello bien entendido en el sentido de que tales medidas no forman parte en modo alguno de la acción de legítima defensa, pues estas tienen un objetivo diferente y de estar justificadas, lo estarían por otros motivos.

En efecto, es en sí mismo el acto de ataque armado desarrollado por fuerzas regulares o irregulares el que opera la entrada en juego de la legítima defensa, cualesquiera otros aspectos o dimensiones de la infracción cometida podría generar otras consecuencias jurídicas a la luz de la responsabilidad internacional del Estado por el acto ilícito cometido, pero ya no a título y en el marco de la acción de legítima defensa.

En cualquier caso, y por encima de cualesquiera hipótesis y pretensiones, cabe, concretamente, constatar que todo uso de la fuerza desarrollado por un Estado, frente a otro en virtud de un pretendido estado de legítima defensa, como reacción frente a los actos de apoyo o asistencia prestados

(119) AGO, R., «Adición al octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados», *cit.*, p. 58.

por este último a bandas armadas que ejerzan, a título individual y autónomo, actos de ataque armado, será considerado como un acto ilícito y por tanto prohibido por el Derecho Internacional.

C) *Uso de la fuerza armada en operaciones destinadas a salvar la vida de nacionales en el extranjero: represalia armada, legítima defensa, estado de necesidad*

Ahora bien, si la interpretación restrictiva del principio de prohibición del uso de la fuerza del art. 2.4 de la Carta, así como de la excepción de legítima defensa del art. 51, constituye, a primera vista, un punto de partida básico en el sistema internacional contemporáneo en orden a conseguir los objetivos de mantenimiento de la paz perseguidos en la Carta, no se puede desconocer, desde una perspectiva realista del actual juego de las relaciones internacionales, que los Estados, en virtud de las deficiencias que caracterizan el sistema institucional internacional, se verán privados en ciertos casos de una capacidad de respuesta efectiva frente a una lesión de sus derechos e intereses.

Nos referimos a aquel otro tipo de supuestos por los cuales la vida de los nacionales de un Estado es amenazada en territorio extranjero por individuos o grupos terroristas, o a las actividades de bandas armadas que ejercen actos de fuerza sobre un Estado desde un territorio vecino.

Pues bien, ante el creciente desarrollo de acciones de este tipo perpetradas por individuos o bandas armadas terroristas, los Estados en orden a reaccionar frente a estos atentados y para proteger sus derechos e intereses suelen recurrir a medidas de fuerza que suscitan un difícil encuadramiento legal —medidas de autotutela con empleo limitado de la fuerza—; pues, en efecto, cabe descubrir hoy ciertas *zonas grises* del Derecho internacional, al decir de MALANCZUK, que no permiten ofrecer una protección efectiva al Estado lesionado en estos casos (120).

Ciertamente los Estados que padecen tal tipo de actividades ejercieran ciertas incursiones armadas en territorio extranjero bien con el fin de proteger la vida de sus nacionales —u otros particulares— atacados o retenidos por fuerzas o grupos hostiles que no dependen de ese Estado y que no están bajo su control, o bien para perseguir a aquellas bandas armadas que hubiesen franqueado su frontera y que seguidamente se hubiesen refugiado en un territorio vecino, así como para impedir la acción perjudicial de un grupo armado que se preparase para atacar su Estado desde ese otro territorio vecino; siendo las características comunes a estos distintos casos,

(120) MALANCZUK, *op. cit.*, p. 729. Ver en este mismo sentido CASESSE, *op. cit.*, p. 519.

como señala AGO, por un lado la existencia de un peligro grave e inminente para el Estado o algunos nacionales, peligro del cual el territorio de un Estado extranjero es el escenario o el lugar de origen —y que este tendría el deber de conjurar con sus propias acciones, pero que dejaría subsistir dada la falta de voluntad o de posibilidad por su parte—, y por otro el carácter limitado de estas acciones de reacción en cuanto a la duración y a los medios empleados en función de su objetivo, restringido a la eliminación del peligro temido (121).

Y aunque, concretamente, la legalidad de tales operaciones de rescate no es generalmente aceptada por la doctrina, no podemos dejar de admitir, con MALANCZUK, que ante todo y desde un punto de vista moral y político hay muchos casos en que el recurso a medidas de autotutela armada serían difíciles de condenar (122).

Pero además, si no perdemos de vista la realidad del orden internacional contemporáneo, habría que admitir también que la respuesta a la pregunta de si un Estado puede recurrir a la amenaza o al empleo de la fuerza para asegurar el respeto de sus derechos no debería ser demasiado generalizada y abstracta, en virtud de la variedad de supuestos de empleo de la fuerza que, aún sin constituir estrictamente un supuesto de ataque armado, nos ofrece lamentablemente el actual juego de las relaciones internacionales.

Siendo así que, aunque haya que admitir el riesgo que podría entrañar abrir ciertas «fisuras» en el principio de prohibición del recurso a la fuerza y por tanto en la figura de las represalias, tiende a detectarse una actitud más cautelosa tanto de la doctrina como de ciertos órganos de las Organizaciones internacionales e incluso de la jurisprudencia internacional a la hora de enjuiciar el tipo de operaciones anteriormente referidas (123).

(121) AGO, Adición al octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados, *cit.*, p. 42.

(122) MALANCZUK, *op. cit.*, p. 731.

(123) En este sentido ha dicho MALANCZUK, que tales operaciones han encontrado «approval or understanding by other States under certain circumstances and have met a relative lack of condemnation by organs of the United Nations although they have not been approved as being lawful» (*op. cit.*, p. 731). Y en esta línea ha dicho CARRILLO, que responder a la pregunta de si un Estado puede recurrir a la amenaza o al empleo de la fuerza para asegurar el respeto de sus derechos y el cumplimiento de una norma jurídica internacional es extremadamente difícil, como lo prueba la cautela del T.I.J., en su sentencia de 24 de mayo de 1980 en el asunto del personal diplomático y consular de los EE.UU., en Teherán, con relación a la acción militar llevada a cabo por los EE.UU. en territorio iraní en la noche del 24 al 25 de abril de 1980, y a la declaración del Presidente de los EE.UU., formulada el 25 de abril en la que trató de justificar jurídicamente la acción en cuestión como una intervención humanitaria, ordenada en función de los riesgos que la situación en Iran implicaba para los rehenes y, en última instancia, como ejercicio del derecho de legítima defensa por parte de los EE.UU., (*op. cit.*, p. 156). Resulta además llamativo, como sigue diciendo este autor, el contraste entre la prudencia del T.I.J., en su sentencia de 24

En cualquier caso estos Estados han procedido a justificar sus reacciones armadas en base al Derecho de la Carta de las Naciones Unidas: en los casos de intervenciones en territorio extranjero realizadas a título de *hot pursuit* de ciertas bandas armadas que realizaban sus actividades a partir de bases situadas en dicho territorio extranjero, los gobiernos autores de dichas intervenciones han justificado su acción a título de legítima defensa o en base a haber aplicado una sanción, una contramedida coercitiva; y por lo que se refiere a aquellas otras operaciones en que se han emprendido acciones armadas en territorio extranjero con fines llamados humanitarios, como salvar la vida de nacionales o extranjeros amenazada por insurgentes o grupos hostiles, o para liberar a los rehenes de terroristas que han desviado aviones, la justificación invocada por los gobiernos autores de los correspondientes *raids* ha sido a veces el *consentimiento* del Estado en cuyo lugar tuvo el ataque o incursión (Mogadiscio-1977, Larnaca-1978) o la *legítima defensa* (Entebbe-1976) (124).

Ahora bien hay que advertir que en algunos de estos casos se ha hablado de legítima defensa para indicar las condiciones en que tiene lugar un comportamiento cuya finalidad es la de conjurar un peligro, una amenaza procedente, en muchos casos, no del Estado respecto del cual se observa ese comportamiento, sino de personas o grupos de particulares que no guardan relación alguna con la organización de ese Estado. De ahí que estimemos con AGO que es absolutamente necesario aislar de la manera más nítida la noción de legítima defensa propiamente dicha del conjunto de conceptos diferentes que es corriente reunir bajo la etiqueta común de la idea de autoprotección: «la legítima defensa... es una noción forjada claramente por la teoría general del Derecho para indicar la situación de un sujeto que se ve compelido por necesidad a defenderse mediante el empleo de la fuerza y en particular mediante... la utilización de las armas contra una agresión de otro sujeto». Ahora bien «a nadie se le ocurre negar con esta afirmación —sigue diciendo el Relator Especial— que los Estados puedan recurrir en otras condiciones a ciertos comportamientos justificados por un estado de necesidad y aún de peligro extremo...» (125).

En efecto, a tenor precisamente de tales consideraciones, cabría destacar, como ya avanzamos, que en buena parte de los casos que se examinan, el Estado que sufre el perjuicio no ha cometido una infracción internacional previa y el Estado autor del comportamiento correspondiente no pre-

de mayo de 1980 y la resuelta afirmación que por el contrario el Tribunal hizo en su sentencia de 1949 en el asunto del Estrecho de Corfú (p. 179, nota 43).

(124) Cfr. AGO, Adición al octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados, *cit.*, pp. 45-46.

(125) AGO, Adición al octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados, *cit.*, p. 69.

tende de ningún modo hacerse pasar por víctima de un hecho internacionalmente ilícito cometido por el otro Estado; esto es, en buena parte de estos supuestos, el Estado no buscaría invocar el ejercicio legítimo de una sanción (represalia) frente a otro Estado sino única y exclusivamente justificar el haber lesionado ciertos derechos subjetivos de aquel en tanto que única vía para poder salvaguardar ciertos intereses nacionales que resultan amenazados. Por donde nos encontraríamos aquí más ante un supuesto de «estado de necesidad» que ante un caso de ejercicio de un derecho de represalia o de legítima defensa (126).

Así y por lo que se refiere a algunos de aquellos casos en que se ha alegado por un Estado la licitud de intervenciones militares practicadas en territorio extranjero en persecución de bandas armadas o grupos irregulares de particulares que han cometido actos de fuerza en este Estado para replegarse, una vez realizada su misión, más allá de las fronteras de otro Estado vecino, dicha alegación se ha efectuado, como recuerda GUTIERREZ ESPADA, cuando ni parecía clara la responsabilidad del Estado territorial en tales incursiones, ni estas parecían tener, por su continuidad en el tiempo, intensidad del ataque y alcance de los medios empleados, los visos de constituir un genuino ataque armado (127). Por donde en tales supuestos no parece posible fundamentar, de acuerdo con las consideraciones realizadas más atrás, en un estado de legítima defensa los ataques practicados por el Estado víctima sobre el territorio vecino (128). Y también en aquellos otros casos en que un Estado desarrolla una intervención militar sobre un Estado extranjero con el único objetivo de proteger la vida de sus nacionales cabe descubrir algunos supuestos en los que no parecería percibirse que dicho Estado extranjero hubiese cometido ninguna infracción, y desde aquí que hubiese fundamento para argumentar un estado de legítima defensa, sino, y por el contrario un estado de necesidad toda vez que se trata de un supuesto en el que, como dice VERDROSS, no entran en conflicto dos «derechos» sino, por una parte, un derecho y, por otra, un simple interés; esto es una situación por la cual «un Estado hace valer la existencia de un interés cuya importancia es para él esencial hasta el punto de obligar a ceder a la obligación que de otro modo tendría de respetar un derecho subjetivo determinado de otro Estado, siendo ese res-

(126) Ciertamente como dice AGO, «algunos de los datos de hecho invocados por quienes hablaban de legítima defensa... podían tener más relaciones con el estado de necesidad que con el de legítima defensa» (Adición al octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados, *cit.*, p. 46).

(127) GUTIERREZ ESPADA, *op. cit.*, pp. 111-112.

(128) Bien es cierto que de darse las circunstancias contrarias, esto es que el Estado vecino fuese responsable de los actos de fuerza cometidos por tales bandas armadas, y que dichos actos constituyan un auténtico ataque armado, la persecución armada sobre el territorio extranjero podría encontrar su fundamento en la legítima defensa.

peto, en tales circunstancias, incompatible con la salvaguardia de dicho interés» (129).

Por ello antes que desdibujar y desnaturalizar una vez más la excepción de la legítima defensa, sería más realista admitir —a tenor de la práctica de los Estados—, como dice GUTIERREZ ESPADA, otras causas de exclusión de la ilicitud para justificar ciertas acciones contrarias a la norma que prohíbe el uso de la fuerza, por ejemplo el estado de necesidad: «la invocación, excepcional y condicionada, por los Estados del estado de necesidad... en estos supuestos iría despejando una situación de incertidumbre, consolidando una práctica internacional contemporánea clara, reabsorbiendo en última instancia parte de esa inmensa hemorragia que el “aluvión” de excepciones ha causado en el principio» (130).

No podemos entrar ahora en el análisis de la extensa literatura jurídica existente en torno a la cuestión de la admisibilidad de la excusa de necesidad —constituyendo, además, el análisis realizado por AGO, a este respecto en su «Adición al octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados» un excelente trabajo en este punto—, sino que nos limitaremos a recordar que en tanto la idea de que la «necesidad» puede excepcionalmente excusar un comportamiento del Estado contrario a una obligación internacional estaba explícitamente admitida por los autores clásicos de nuestra disciplina, después de la segunda guerra mundial las opiniones doctrinales se encuentran profundamente divididas. Por un lado, la mayoría de los autores de esta época que se muestran favorables al reconocimiento de esta causa de exclusión de ilicitud, lo hacen propugnando, en términos generales, un concepto restrictivo del estado de necesidad; e invocando, por su parte, aquellos que en la actualidad adoptan una postura contraria a la excusa de necesidad el temor al abuso en el empleo de esta figura (131).

Ahora bien, aquellos que adoptan una postura negativa en relación con el reconocimiento del estado de necesidad como principio del Derecho internacional general si bien manifiestan su temor al posible uso y abuso

(129) VERDROSS, A., «Règles générales du droit international de la paix», *R. des C.*, T. 30, 1929-V, pp. 488-489. Ver también en este mismo sentido SCHWARZENBERGER, G., «The fundamental principles of International Law», *R. des C.*, T. 87, 1955-I, p. 343. Por su parte entiende AGO, que «quien invoca a título de excusa una situación de ‘necesidad’ quiere por esa vía justificar su actitud, consistente no en presentar por su parte una pretensión contra otro sujeto, sino en su carencia de respeto a la pretensión legítima de dicho sujeto frente a él» (Adición a octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados, cit., p. 20). Bien es cierto que esta tesis según la cual la situación del estado de necesidad se describe como un conflicto entre un interés por un lado y un derecho subjetivo por otro, no encuentra el respaldo unánime de la doctrina ni de la propia CDI; habiéndose advertido a este respecto por GUTIERREZ ESPADA que parece razonable dudar de la pertinencia de esta tesis «so pena de admitir que un *interés* por esencial que éste sea, debe primar sobre el derecho subjetivo de otro Estado» (*op. cit.*, p. 66).

(130) GUTIERREZ ESPADA, *op. cit.*, pp. 124-125.

(131) Para un análisis de estas distintas posiciones doctrinales clásicas y modernas ver AGO, Adición al octavo informe..., cit., pp. 49 y ss.

por los Estados de este principio con fines inadmisibles y a menudo inconfesables no dejan de admitir, sin embargo el posible reconocimiento de una función limitada de este principio en algunas esferas limitadas con sujeción a condiciones sumamente restrictivas y definidas. Y por su parte, aquellos que aceptan la excusa de necesidad como constitutiva de un principio admitido por el Derecho Internacional, lo hacen también bajo condiciones de aplicación muy restrictivas, a fin de evitar que esta excusa termine convirtiéndose en pasaporte para violaciones fáciles del Derecho Internacional. Por donde, como dice AGO (132), ambas posiciones vendrían a confluir en la necesidad de fijar límites y condiciones sumamente rigurosos al principio del «estado de necesidad».

Ciertamente, para poder imaginar que una situación de necesidad constituye una circunstancia excluyente de la ilicitud de un comportamiento del Estado no conforme a una obligación internacional respecto de otro Estado, es preciso que tal situación sea sumamente grave y que lo sea además de manera irrefutable, debiendo, pues, cumplirse un conjunto de condiciones particularmente rigurosas (133): ante todo la excusa de necesidad sólo puede admitirse eventualmente en Derecho Internacional a condición de que tenga un carácter absolutamente excepcional, de donde se deriva que el interés en quebrantar, en caso necesario, el derecho subjetivo de otro Estado debe ser, a su vez, de los que revisten importancia excepcional para el Estado que pretende hacerlo valer, sin que por ello haya que reducir exclusivamente esos intereses al de la «existencia» del Estado (134); además, la amenaza, el peligro en que se halle ese interés esencial del Estado, debe ser extremadamente grave, y su supervivencia debe ser absolutamente independiente de la voluntad del Estado cuyo interés se halle amenazado; ese acto debe representar también para el Estado autor el único medio de conjurar el peligro extremadamente grave e inminente que percibe,

(132) AGO, Adición al octavo informe..., *cit.*, p. 53.

(133) Como advierte AGO, es preciso que la cuestión del «estado de necesidad» se plantee en términos precisos y completos, y que aparezca, pues, contenida dentro de los confines que le son necesariamente propios: «es innecesario decir que quien quisiera pedir a la práctica de los Estados y a la jurisprudencia internacional la absolución para todo Estado que pretendiera liberarse del respeto a una obligación internacional, por importante que fuese, alegando simplemente un interés en actuar de tal modo —interés respecto del cual se arrogase además el derecho a calificarlo unilateralmente como esencial o incluso vital para sí—, fracasaría inevitablemente, so pena de reducir a la nada todo el sistema de las relaciones jurídicas internacionales» (Adición al octavo informe..., *cit.*, p. 21).

(134) Como dice AGO, los casos en que el estado de necesidad ha sido invocado alegando un interés del Estado distinto de la preservación de su propia existencia han terminado por ser más frecuentes y menos discutidos que los otros. Por ello podríamos hablar, en términos generales, de un interés «esencial» del Estado, sin que sea necesario ni oportuno establecer categorías de intereses que pudieran denominarse esenciales, habiendo de evaluarse esos en función del caso particular en que se considere dicho interés y no determinarse previamente en abstracto (Adición al octavo informe..., *cit.*, pp. 21-22).

ocurriendo que una vez alejado el peligro toda persistencia de ese comportamiento no conforme a la obligación internacional le devolvería su carácter ilícito (135).

Por último, como ya vimos, habría de excluirse la posibilidad de que el estado de necesidad funcionase como circunstancia excluyente de la ilicitud de un comportamiento no conforme a una obligación derivada de una norma de *ius cogens* o de determinadas normas de Derecho internacional humanitario; y por ello las razones imperativas a que ha respondido, concretamente, la afirmación definitiva de la prohibición del recurso a la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de todo Estado impide la posibilidad de aceptar la «necesidad» como justificación de una violación de esa prohibición y un recurso al empleo de fuerza fuera de los casos en que se admite tal circunstancia. Lo que representa un argumento, como ha dicho AGO, que debería permitir a ciertos autores superar los temores suscitados por los abusos bien conocidos del estado de necesidad que se han producido cuando se le ha invocado como pretexto para justificar ataques armados dirigidos contra otros Estados, intervenciones armadas en los asuntos internos de otros Estados o actos análogos (136).

Ahora bien, aún sobre la base de los planteamientos que en orden a calificar estas acciones de los Estados en territorio extranjero han sido he-

(135) Evidentemente también, el interés protegido por el derecho subjetivo atribuido al Estado extranjero que se sacrifica a la salvaguardia de un interés esencial del Estado obligado debe ser inferior a ese otro interés; puntualización que resulta particularmente importante hoy en tanto no se estima ya que el único interés en función del cual puede invocarse la excusa de necesidad es la propia existencia del Estado. Cabe apuntar, además, que aunque todas las condiciones anteriormente referidas se reúnan en un caso concreto, el acto del Estado resultaría ilícito cuando la obligación que se infringe hubiera sido concebida especialmente para que tenga validez también, o particularmente, en situaciones anormales de peligro para el Estado obligado o para sus intereses esenciales, o con la intención manifiesta de excluir la ilicitud de un incumplimiento de dicha obligación por razón de necesidad.

(136) AGO, Adición al octavo informe..., *cit.*, pp. 22-23. En el art. 33 (Estado de necesidad) del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados aprobado por la CDI en primera lectura se dispone: «1. Ningún Estado podrá invocar un estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho de ese Estado que no este en conformidad con una obligación internacional del Estado a menos que: a) ese hecho haya sido el único medio de salvaguardar un interés esencial del Estado contra un peligro grave e inminente; y b) ese hecho no haya afectado gravemente un interés esencial del Estado para con el que existía la obligación.

2. En todo caso, ningún Estado, podrá invocar un estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud: a) si la obligación internacional con la que el hecho del Estado no esté en conformidad dimana de una norma imperativa de Derecho internacional general; o b) si la obligación internacional con la que el hecho del Estado no esté en conformidad ha sido establecida por un tratado que, explícita o implícitamente, excluya la posibilidad de invocar el estado de necesidad con respecto a esa obligación; o c) si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.»

chas por la propia C.D.I., esta no ha podido llegar a una conclusión definitiva. Ciertamente, la C.D.I. afirma que la práctica de las Naciones Unidas no parece suficientemente rica y concluyente para dar sobre la base de la práctica estatal existente una respuesta definitiva a la pregunta de si la ilicitud de un comportamiento no conforme con la prohibición de ciertas acciones limitadas que entrañan uso de la fuerza en territorio extranjero podría o no quedar excluida en casos excepcionales, esto es, cuando se reunieran todas las rigurosas condiciones que se exigen para el reconocimiento de un estado de necesidad. La respuesta a esta pregunta depende esencialmente de la interpretación que deba darse a ciertas disposiciones de ese instrumento convencional que es la Carta, correspondiendo por tanto a los diferentes órganos encargados de esa interpretación la tarea de dar tal respuesta (137).

Estimamos, con todo, por nuestra parte, no solo conveniente integrar, en términos generales —como hace la C.D.I. en la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados— el concepto de necesidad en la lista de excepciones posibles a la ilicitud de un comportamiento estatal, sino también determinar concretamente la licitud de ciertas acciones limitadas que entrañan un cierto uso de la fuerza sobre territorio extranjero —incursiones con fines humanitarios destinadas a salvar la vida de nacionales y/o extranjeros amenazada por insurgentes o grupos hostiles, o con el fin de liberar a los rehenes de terroristas que han desviado aviones—, siempre y cuando estas operaciones puedan ser justificadas por un «estado de necesidad» y cumpliéndose la totalidad de las condiciones rigurosas anteriormente vistas, al objeto de evitar los posibles abusos que tradicionalmente ha deparado el recurso a este principio (138).

Y a este respecto creemos que son oportunas las propias observaciones de AGO, en el sentido de que «sin duda hay que eliminar la aplicabilidad de este concepto allí donde sea realmente peligrosa, pero no donde mantenga su utilidad como ‘válvula de seguridad’ que permita hacer frente a las consecuencias inevitablemente enojosas del anhelo de conformidad a todo precio con las prescripciones de las normas jurídicas». Ciertamente, estimamos que hay que evitar que la exigencia esencial del cumplimiento del derecho no acabe por llevarnos a situaciones que el adagio *summum ius, summa injuria* caracteriza perfectamente. Además, el concepto de estado de necesidad está ya demasiado enraizado tanto en la conciencia de los miembros de la comunidad internacional como en la de los miembros de

(137) Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 32.º período de sesiones (1980), *ACDI*, 1980, Vol. II, segunda parte, p. 43.

(138) Ver sobre este planteamiento, así como para un análisis exhaustivo tanto sobre la labor de la CDI en este campo como sobre el régimen jurídico de la figura la obra de GUTIERREZ ESPADA: *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en derecho internacional*, cit.

las sociedades estatales: «expulsado por la puerta, volvería por la ventana en caso necesario, con formas distintas a las suyas propias», y se obtendría de esta forma solemne la desventaja de desnaturalizar y oscurecer otros conceptos cuya delimitación exacta no es menos esencial (139).

Bien es cierto que un destacado sector doctrinal sigue manteniendo una posición contraria a la admisión de una exclusión de la ilicitud en tales casos, advirtiéndose, por ejemplo, por PASTOR RIDRUEJO la idea de que no sólo la admisión del uso de la fuerza por motivos humanitarios supondría una profundización de la desigualdad real de los Estados, toda vez que, en la realidad de las cosas, sólo los Estados más fuertes podrían prevalerse de este derecho frente a los Estados más débiles, sino que también la paz y seguridad internacionales son hoy valores de importancia primordial cuyo mantenimiento debe primar sobre cualquier otra consideración (140). Pero, frente a tales consideraciones, entendemos que cuarteada la prohibición de la fuerza desde el punto de vista sociológico, como observa REMIRO BROTONS, y no siendo posible aislar la norma del contexto histórico en que debe actuar, el recurso a la fuerza aparece, bajo ciertas circunstancias, como razonable, no ya al analizar el comportamiento de los Estados atendiendo a la pluralidad de factores que lo determinan, sino al examinar ese comportamiento desde un punto de vista jurídico: «el uso de la fuerza para replicar a los usos de la fuerza que no se concretan en un ataque armado y que la sociedad internacional organizada es incapaz de detener y reprimir no puede ser prohibido por el Derecho. Poner la otra mejilla será una actitud evangélica o —más probablemente— la irremediable calamidad de la inferioridad; no ponerla difícilmente ha de ser considerado antijurídico» (141).

d) *Uso de la fuerza armada e intervención ideológica*

Si las intervenciones armadas practicadas con renovada frecuencia por los Estados durante estos últimos tiempos, han sido, en última instancia, justificadas con base, según hemos visto, en el ejercicio de un derecho de legítima defensa individual o colectiva —centrándose, por tanto, la cuestión en torno a la significación y alcance de la noción de «ataque armado»— es posible también descubrir no sólo una cierta práctica estatal de intervención armada en apoyo a fuerzas de la oposición a determinados Gobiernos acusados de represivos y despóticos, sino también ciertos análisis doctrinales justificando una reinterpretación del art. 2.4 de la Carta en

(139) AGO, Adición al octavo informe..., *cit.*, p. 54.

(140) PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1986, pp. 554-555.

(141) REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público*, Madrid, 1984, p. 189.

orden a legitimizar aquellas intervenciones armadas que tienen como causa la defensa de los valores democráticos y la protección de los derechos humanos. Adquiriendo también en este punto la sentencia de 1986 del T.I.J. en el asunto entre Nicaragua y los EE.UU., una gran significación en tanto procede a descalificar cualquier posible recurso a tal tipo de argumentaciones, adelantándose así a cualquier eventual intento de los Estados de fundamentar formalmente y en el plano jurídico ciertos actos de intervención en tal orden de teorías.

Ciertamente, es posible constatar, como recuerda el propio T.I.J. en el asunto de Nicaragua, que en los últimos años se habrá producido un cierto número de casos de intervenciones extranjeras —armadas o no— en apoyo a la oposición interna al Gobierno de un Estado, justificadas, en el plano político al menos, con base en ciertos valores políticos y morales que clamarian por un restablecimiento de los principios democráticos y los derechos humanos en el país.

Planteamientos que sirven precisamente, en el ámbito doctrinal, a autores como REISMAN para defender el derecho del Estado a usar la fuerza armada para derrocar a un gobierno despótico en otro país. Ante la debilidad e incapacidad de las Naciones Unidas para prevenir y hacer frente a las violaciones al art. 2.4 de la Carta, considera este autor que dicho precepto deberá ser reinterpretado a la luz del principio que el considera como el postulado fundamental de la legitimidad política en el siglo xx: «the enhancement of the ongoing right of peoples to determine their own political destinies» (142). En efecto, cuando un gobierno represivo priva a su pueblo de su derecho a la libre elección, el art. 2.4 antes que ser interpretado mecánicamente debería servir de base a un posible reconocimiento del uso de la fuerza por un Estado cuando de lo que se trata es de impedir la progresiva violación de los derechos humanos por un gobierno represivo y, en definitiva, de instaurar un auténtico y legítimo procedimiento constitucional en el país (143).

Ciertamente en la medida en que el art. 2.4 de la Carta no es un modelo de claridad, como afirma SCHACHTER, cierto sector doctrinal, basándose en la frase según la cual se prohíbe el uso o amenaza de la fuerza «contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier

(142) REISMAN, W.M., «Coercion and self-determination: construing Charter Article 2(4)», *AJIL*, 1984, p. 643.

(143) La cuestión crítica en un sistema descentralizado como el de la sociedad internacional, no es, para este autor, el determinar si ha habido un acto de coerción, sino el precisar «wether it has been applied in support of or against community order and basic policies, and wether it was applied in ways whose net consequences included increased congruence with community goals and minimun order» (*op. cit.*, p. 645).

Estado», habrá entendido que en algunas circunstancias el uso de la fuerza para un «benign purpose» (p.e. la defensa de los derechos humanos) no podría considerarse como afectando a «la integridad territorial o la independencia política» (144). Y en esta misma línea otras frases de la norma de la Carta que prohíbe el recurso a la fuerza como «o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas», habrán sido interpretadas también en el sentido de que en tanto la Carta no prohíbe el uso de la fuerza como tal, sino su empleo en una forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas, el uso de la fuerza para la protección de los derechos humanos o de la libre determinación, propósitos mencionados en los pfs. 2 y 3 del art. 1 de la Carta, no constituirían una violación de la prohibición general enunciada en el pfo. 4 del art. 2 (145).

En cualquier caso es posible, efectivamente, constatar en la práctica internacional la existencia de ciertos actos de intervención armada en apoyo a las fuerzas de oposición al Gobierno de un Estado que presuntamente se presentaría como no representativo y despótico. Y a este respecto cabría recordar por lo que se refiere concretamente a los graves problemas que caracterizan al Sistema Interamericano, que el liderazgo de los EE.UU., incidiría, como dice PEREZ GONZALEZ, con especial negatividad en el devenir de los asuntos continentales, a través precisamente de una política que, pese a su adaptación plástica a las sucesivas coyunturas (doctrina Monroe, doctrina del destino manifiesto, políticas del *big stick* y de la diplomacia del dólar, política del buen vecino, Alianza para el progreso, doctrina Johnson, política Carter de los derechos humanos, doctrina Reagan) le permitiría a la Potencia dominante casar su defensa de las instituciones democráticas y de *self-government* con su intervención —directa o indirecta— contra los gobiernos o movimientos discordantes con sus propias posiciones, conduciendo, en definitiva, a la distorsión de un Sistema paradójicamente apoyado en principios como los de no intervención, respeto a la soberanía, libre elección de sistema político y socioeconómico y arreglo pacífico de las controversias (146).

(144) SCHACHTER, O., «The legality of pro-democratic invasion», *AJIL*, 1984, pp. 648-649.

(145) Cfr. STONE, J., *Aggression and World Order. A Critique of the United Nations theories of Aggression*, Londres, 1985, p. 43.

(146) PEREZ GONZALEZ, M., «Las relaciones interamericanas en perspectiva crítica: postulados jurídicos y designios políticos», *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor D. Antonio Truyol Serra*. T. II, Madrid, 1986, pp. 936-937. EE.UU., se ha mostrado dispuesto, como observa por su parte REMIRO, a aceptar la prevalencia del principio de no intervención sobre cualquier tipo de legitimismo democrático en todos aquellos casos en los que la quiebra del orden constitucional interno no ha supuesto una amenaza para su posición dentro de Sistema y para los reales fundamentos de este, mas cuando el cambio interno, constitucional o no, se ha significado como un reto a su preponderancia, Estados Unidos ha luchado

Y precisamente el desarrollo de un tal tipo de acciones ha llevado al Tribunal de La Haya, como ya avanzamos, en su sentencia de 1986 en el asunto entre Nicaragua y los EE.UU., a examinar si existen signos de una práctica estatal que se conduciría bajo la creencia de que existe una cierta suerte de Derecho general que autorizaría a los Estados a intervenir, directamente o no, con o sin uso de la fuerza armada, en apoyo a la oposición interna de otro Estado, cuya causa pareciera particularmente digna en razón de valores políticos y morales con los cuales ella se identificaría; derecho general que, en caso de poder ser probada su existencia, supondría una modificación fundamental del Derecho internacional consuetudinario relativo al principio de no intervención (147).

Concretamente, y en muy diversas ocasiones, las autoridades de los EE.UU., han justificado —en el plano político, básicamente— sus actos de intervención en un Estado extranjero en consideraciones relativas a su política interior, ideología, nivel de armamento, y a la orientación dada a su política exterior. Así y por lo que se refiere al asunto particular de Nicaragua, en una Conclusión Oficial del Congreso de los EE.UU., de 29 de junio de 1985 —tal como advierte el propio T.I.J. en su sentencia (148)— parece establecerse un cierto nexo entre las actividades desarrolladas por los EE.UU. contra Nicaragua (concretamente su asistencia a la «contra») y algunas cuestiones relativas a las características del Gobierno de aquel país, esto es a su composición, su ideología, sus alineaciones políticas, su carácter totalitario, los derechos humanos, etc; características de la política interior y exterior del Gobierno de Nicaragua que reflejarían a juicio de los EE.UU., una violación de sus compromisos solemnes con el pueblo nicaraguense, los EE.UU. y la OEA, recogidos en la Resolución de 23 de junio de 1979 adoptada en la XVII reunión consultiva de los Ministros de Asuntos Exteriores de la OEA, y ello en la medida en que aquel Gobierno —según se apunta en esa Conclusión oficial del Congreso norteamericano—: a) ha descartado de la vida política a los miembros demócratas del gobierno de reconstrucción nacional; b) no es un gobierno elegido libremente, en condiciones que garanticen la libertad de prensa, de reunión y de organización —no considerándolo como tal sus vecinos, Costa Rica, Honduras y El Salvador—; c) ha adoptado medidas significativas en orden a constituirse en una dictadura comunista totalitaria, particularmente creando comités de vigilancia del F.S.L.N. en los cuarteles y pro-

por implicar a la OEA en una cruzada de supuesta afirmación democrática, pretendiendo camuflar las exigencias de intervención, originadas por su propia política, tras el biombo de la acción colectiva. (*La Hegemonía norteamericana, factor de crisis de la OEA*, Real Colegio de España en Bolonia, 1972, p. 179).

(147) CIJ, Recueil, 1986, pfo. 206.

(148) CIJ, Recueil, 1986, pfo. 169.

mulgando leyes que violan los derechos del hombre y extendiendo abusivamente los poderes del ejecutivo; d) ha cometido contra sus ciudadanos graves atrocidades, tal como lo testimonian los informes de la Comisión interamericana de derechos humanos de la OEA; e) y se ha alineado con la Unión Soviética y sus aliados, principalmente con la República Democrática de Alemania, Bulgaria, Libia, y la Organización para la Liberación de Palestina.

Ahora bien, frente a cualquier posible recurso en el plano jurídico a tal tipo de alegaciones, lo que conduciría a un derecho a ejercer contramedidas en virtud de una nueva regla de *intervención ideológica*, el T.I.J. ha afirmado que el Derecho Internacional contemporáneo no prevee un derecho general de intervención de esta clase en favor de la oposición existente en otro Estado, y de ahí que «les actes constituant une violation du principe coutumier de non-intervention qui impliquent, sous une forme directe ou indirecte, l'emploi de la force dans les relations internationales, constitueront aussi une violation du principe interdisant celui-ci» (149).

Aunque cada Estado puede hacer su propia apreciación sobre la situación de los derechos humanos en otro país, el empleo de la fuerza no constituye el método más apropiado para verificar y asegurar el respeto de esos derechos; por donde la protección de los mismos, como dice el Tribunal por relación concretamente al supuesto nicaraguense y a las actividades de los EE.UU., «n'est en aucune façon compatible avec le minage

(149) CIJ, Recueil, 1986, pfo. 209. En este sentido sigue diciendo el Tribunal que la orientación que un Estado de a su política interna pertenece a su competencia exclusiva, en tanto ello no suponga la violación de una obligación de Derecho internacional: «chaque Etat possède le droit fondamental de choisir et de mettre en oeuvre comme il l'entend son système politique, économique et social»; razón por la cual la adhesión de un Estado a una doctrina particular no constituye una violación de Derecho internacional consuetudinario, intentar afirmar otra cosa «reviendrait à priver de son sens le principe fondamental de la souveraineté des Etats sur lequel repose tout le droit international, et la liberté qu'un Etat a de choisir son système politique, social, économique et culturel» (pfo. 258). Por tanto, cualquiera que fuese, por relación al supuesto particular de Nicaragua, la política interna de este país, ello no podría servir para legitimar en el plano jurídico las actividades desarrolladas por los EE.UU. contra aquél, aún en el caso de que el Gobierno de Nicaragua pudiese ser calificado, como lo hace el Congreso de los EE.UU., como una «dictadura comunista totalitaria». El Tribunal no puede concebir la creación de una nueva regla de Derecho internacional «faissant droit à une intervention d'un Etat contre un autre pour le motif que celui-ci aurait opté pour une idéologie ou un système politique particulier» (pfo. 263). Y estas mismas consideraciones resultarían pertinentes en orden a rechazar cualquier posible justificación de una acción de intervención con base en la política exterior o las alianzas desarrolladas por un Estado, pues «la souveraineté d'un Etat s'étend à l'evidence au domaine de sa politique extérieure et... il n'existe pas de règle de droit international coutumier empêchant un Etat de choisir et de conduire une politique extérieure coordonnée avec celle d'un autre Etat»; argüir tal tipo de consideraciones equivaldría, como dice el Tribunal, a predicar la existencia de una nueva regla de «intervención ideológica» «qui aurait été d'une nouveauté frappante» y «dont la définition serait discrétionnaire» (pfos. 265-266).

de ports, la destruction d'installations pétrolières, ou encore l'entraînement, l'armement, et l'équipement des *contras*» (150).

En definitiva, la idea de que una intervención armada no supone una violación de la integridad territorial o la independencia política de un Estado cuando esta se ejerce en pro de una buena causa como la democracia y los derechos humanos, supone, al decir de SCHACHTER, «an Orwellian construction of those terms»; introducir una nueva base normativa en orden a legitimar estos actos de guerra y agresión «would give powerful states an almost unlimited right to overthrow governments alleged to be unresponsive to the popular will or to the goal of self-determination. The implications of this interstate violence in a period of superpower confrontation and obscurantist rhetoric are ominous» (151).

Ahora bien, en cualquier caso hay que advertir además, con el T.I.J., que este tipo de alegaciones no habrán sido avanzadas nunca en el plano jurídico por los Estados intervinientes, es decir mediante la invocación de un derecho nuevo de intervención o de una excepción nueva al principio que la prohíbe; se trata más bien, como dice el propio Tribunal, de la exposición de consideraciones de política internacional y no de la afirmación de reglas del Derecho Internacional actual (152). Más si esto es cierto, las consideraciones que en este punto hace el Tribunal adquieren, como ya observamos, una importante significación al adelantarse así a cualquier eventual intento de los Estados de fundamentar formalmente y en el plano jurídico ciertos actos de intervención en tal orden de teorías.

(150) CIJ, Recueil, 1986, pfo. 268. Igualmente cualquier alegación en torno a la progresiva militarización de un país como base para justificar una intervención, es, a juicio del Tribunal, no pertinente e inútil, en tanto no existen en Derecho internacional otras reglas que las que el Estado interesado «peut accepter, par traité ou autrement, imposant la limitation du niveau d'armement d'un Etat souverain, ce principe étant valable pour tous les Etats sans distinction» (pfo. 269).

(151) SCHACHTER, *op. cit.*, p. 649.

(152) Concretamente, y por lo que se refiere al asunto de Nicaragua, es cierto, como observa el Tribunal, que si los EE.UU. han avanzado tal tipo de alegaciones en el plano político, en el plano jurídico han justificado expresa y exclusivamente su intervención en las reglas clásicas y concretamente en la legítima defensa colectiva contra una agresión armada (pgfo. 208). En este mismo sentido recuerda SCHACHTER, que aquellos Estados, como los EE.UU., que han desarrollado intervenciones militares en otros países como Vietnam, Grenada, Nicaragua, etc., no han justificado tales acciones sobre la base de tal tipo de argumentaciones, sino recurriendo normalmente a la institución de la legítima defensa colectiva, esto es, al art. 51 de la Carta (*op. cit.*, p. 649).

IV. REPRESALIAS ECONOMICAS, NO INTERVENCION Y CRIMENES INTERNACIONALES

Si se excluye el recurso a la fuerza armada el único medio que parece ofrecer algún grado de eficacia para reaccionar frente a una (presunta) violación de una obligación internacional vendrá dado por el recurso a medidas de naturaleza económica; pudiendo éstas presentarse tanto como medidas de retorsión o de represalia, en tanto en las primeras es posible también descubrir, en ciertos casos, una auténtica dimensión afflictiva (bloqueo de las relaciones comerciales, congelación de capitales, suspensión de ayudas financieras, limitación de los créditos...). Ciertamente como advierte MILLER «les sanctions économiques demeurent sans doute (pour un Etat) l'instrument le plus adéquat et le moins coûteux pour exprimer officiellement sa condamnation et son opposition» (153).

1. Represalias económicas y principios de prohibición del uso de la fuerza y de no intervención

A) *Las represalias económicas a la luz del principio de prohibición del uso de la fuerza*

La licitud de las represalias de orden económico encuentran su reconocimiento tanto en la mayoría de la doctrina como en la propia práctica estatal.

Ahora bien no hay que olvidar los planteamientos que a este respecto han sido avanzados por los países en desarrollo, con el apoyo en muy buena medida de los países socialistas, en orden a procurar una interpretación extensiva del art. 2.4 de la Carta, esto es integrando en la prohibición del uso de la fuerza las medidas políticas no militares y las medidas económicas (154); esto es atribuyendo a la palabra «fuerza» no solo el sentido de «fuerza armada» sino también cualesquiera otros tipos de fuerza entre los Estados, y particularmente la fuerza económica (155). Más una tal interpretación de este precepto de la Carta habrá sido combatida insistentemente por los Estados occidentales y por una buena parte de la doctrina.

(153) MILLER, «When Sanctions Worked», *cit.*, p. 128.

(154) Para una relación doctrinal en apoyo de esta tesis ver, LEBEN, *op. cit.*, pp. 63-64; y MALANCZUK, *op. cit.*, pp. 735-736 (nota 122).

(155) Ver concretamente, y a parte de la bibliografía ya citada, el interesante trabajo de BUCHHEIT, L.C., «The Use of Nonviolent Coercion: A Study in Legality Under Article 2(4) of the Charter of the United Nations», en *Economic Coercion and the New International Economic Order* (Lillich, ed.), Charlottesville, 1976, pp. 41-69. Este autor aunque concluye advirtiendo que «the examination of the language and historical background of article 2(4) provides no clear indication of its intended meaning», estima que «the vagueness of article 2(4)'s prohibition requires

Y aunque se trata de un tema sobre el que ya existe una amplia literatura jurídica, cabría recordar algunos de los argumentos que insistentemente se han venido formulando por la doctrina. Durante la Conferencia de San Francisco en 1945 la propuesta brasileña de declarar ilegal no sólo «la amenaza o el uso de la fuerza» sino también la amenaza o el uso de la coerción económica resultaría claramente rechazada; ciertamente del análisis de los trabajos preparatorios de la Conferencia de San Francisco no cabría deducir algún signo en favor de una tal tesis. Y la idea de que el art. 2.4 de la Carta se limita al uso de la fuerza militar sería confirmada en el Comité Especial sobre las Relaciones de amistad en 1965 y también en la Declaración sobre las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados contenida en la Resolución 2625 (XXV) de la AGNU, estableciéndose en dicha Resolución una separación tajante entre el principio de prohibición del uso de la fuerza y el principio de no intervención, siendo —como veremos— en el contexto de este último principio en donde podría encontrar fundamento la prohibición de la coerción económica. Por lo demás la definición de la agresión de 1974 adoptada por la AGNU en su Resolución 3314 (XXIX) se refiere sólo al uso de la fuerza armada (156).

Por todo ello, y a tenor de las condiciones y características de la sociedad y el Derecho internacional actual, no parece que podamos afirmar hoy la existencia de una prohibición absoluta de la coerción o presión económica en el juego de las relaciones internacionales por la vía del art. 2.4 de la Carta, y en tanto que medio de reacción frente a la violación por otro u otros Estados de sus obligaciones jurídico-internacionales (157).

thats its present scope be determined by reference to modern notions of what are permissible and impermissible forms of coercion, and it is in this respect that the argument for a broad reading of article 2(4) is most compelling» (p. 68).

(156) Ver de entre la amplia literatura jurídica que se ha ocupado de esta cuestión: BOWETT, D. W., *Self-Defence in International Law*, Manchester, 1958, pp. 106 y ss; BROWNIE, I., *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1963, pp. 362 y ss; O'CONNELL, D.P., *International Law*, Vol. 1, London, 1970, p. 304; id «Economic coercion and reprisals by states», en *Economic Coercion and the New International Economic Order*, cit., pp. 7-18; DE LANIS, J. A., «'Force' under article 2(4) of the United Nations Charter: The Question of Economic and Political Coercion», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1979, pp. 101 y ss; MADREY, W.C., «Economic Sanctions against South Africa: Problems and Prospects for Enforcement of Human Rights», *Virginia Journal of International Law*, 1982, pp. 353 y ss; LILLICH, R.B., «Economic Coercion and the International Legal Order», en *Economic Coercion and the New International Economic Order*, cit., pp. 73-86 y «Economic Coercion and the 'New International Economic Order' a second look at some first impressions», loc. cit., pp. 107-118.

(157) En este sentido advierte, por ejemplo, BOWETT, que «there has been no agreement within the United Nations that economic reprisals are illegal under the Charter. Indeed, given the rather low level of compliance accorded by States to the prohibition of armed reprisals, it would seem excessively optimistic to argue that economic reprisals are illegal *per se*» («Economic coercion and reprisals by states», cit., p. 15).

La prohibición absoluta del recurso a la fuerza, integrando también aquí la fuerza económica, si bien se nos presenta como un ideal a alcanzar, no parece posible todavía en un medio social que por su carácter tan fuertemente descentralizado aún ha de recurrir a mecanismos o procedimientos de autotutela en orden a asegurar la aplicación efectiva del Derecho. En efecto, en un orden social internacional con unas características como estas el juego de una prohibición absoluta del recurso a la fuerza determinaría, en última instancia, una revitalización del recurso a la fuerza armada, toda vez que habiendo en cualquier caso el Estado lesionado de recurrir a un medio de reacción para hacer frente al hecho ilícito, y presentándose cualesquiera de estos medios como ilícitos, obviamente el Estado lesionado recurriría al más expeditivo y eficaz: la fuerza armada (158).

B) *Las represalias económicas a la luz del principio de no intervención*

Ahora bien no es posible silenciar tampoco el hecho de que amparados los Estados en su derecho a ejercer represalias económicas frente a una (presunta) violación por otros Estados de una obligación jurídico-internacional, se podría estar produciendo en muchos casos un grave atentado al principio de no intervención (159).

Las medidas coercitivas que no implican el uso de fuerza armada, aunque no aparecen prohibidas por el art. 2.4 de la Carta, encontrarán, con todo, un límite bajo el principio de no intervención, y concretamente en el importante conjunto de Resoluciones de la AGNU por las que se condena el uso de medidas económicas y políticas, o de cualquier otra naturaleza, para coaccionar a otro Estado a subordinar el ejercicio de sus derechos soberanos y para obtener de él ventajas de cualquier orden. Pudiendo recordar a este respecto las Resoluciones 2131 (XX) de 21 de di-

(158) En este sentido observa MALANCZUK que «an interpretation of art. 2.4 extending the provision to other forms of force would deprive States of responding by coercion other than armed force to an international offence committed by another State which is not acceptable in present International Law» (*op. cit.*, p. 737); estimando por su parte LEBEN, que el hecho de considerar la coerción no militar como lícita podría reforzar el respeto por los Estados del principio de la prohibición del uso de la fuerza armada: «face à une crise (qui ne met pas leurs intérêts vitaux en danger), les Etats se trouvent devant le choix soit de recourir à une arme interdite par la Charte (la force militaire), soit à une arme licite (la force non armée). L'efficacité moindre de celle-ci peut être compensée, dans l'esprit des gouvernants, par le fait qu'elle est légale et qu'elle ne les met pas à leur tour en position de transgresseurs du droit international. Si en revanche les deux catégories de force son interdites de la même façon, il n'y a aucune raison pour ne pas utiliser immédiatement la plus efficace» (*op. cit.*, p. 67).

(159) Como dice LEBEN, «Le droit international maintient toujours dans la compétence des Etats le pouvoir de recourir a la contrainte non militaire, d'une façon largement discrétionnaire, et en tout cas lorsqu'ils jugent (par eux-mêmes) qu'ils réagissent à une violation antérieure des règles internationales», *op. cit.*, p. 63.

ciembre de 1965 en la que se contiene la Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y la protección de su independencia y soberanía, y la 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970 en la que se recoge la Declaración sobre los principios que rigen las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, disponiéndose concretamente en el marco del principio de no intervención que «ningún Estado puede aplicar o fomentar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquier otra índole para coaccionar a otro Estado a fin de lograr que subordine el ejercicio de sus derechos soberanos y obtener de él ventajas de cualquier orden». Resoluciones a las que habría que sumar la 3171 (XXVIII) de 17 de diciembre de 1973, sobre la Soberanía permanente, sobre los recursos naturales, y la 3281 (XXIX) de 12 de diciembre de 1974, en la que se contiene la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados, en cuyo art. 32 se dispone que «ningún Estado podrá emplear medidas económicas, políticas o de ninguna otra índole, ni fomentar el empleo de tales medidas, con el objeto de coaccionar a otro Estado para obtener de él la subordinación del ejercicio de sus derechos soberanos».

Ahora bien aunque el ejercicio de represalias económicas encuentra un límite en el principio de no intervención, no hay que dejar de reconocer la dificultad que encierra el determinar el punto en el que se agota una medida de represalia, de acuerdo con la finalidad y proporcionalidad por la que ha de regirse, y se inicia o comienza un acto de intervención por tanto ilícito.

Las medidas de represalia económica podrán, en efecto, servir en muchos casos de plataforma para el ejercicio de actos de intervención encubiertos. Y en esta línea entendemos con GONZALEZ CAMPOS y SANCHEZ RODRIGUEZ, que ciertas medidas económicas pueden ser contrarias a los intereses de los países en desarrollo, al poner en peligro su soberanía económica, toda vez que al no existir control internacional y dado que son medidas de carácter unilateral, pueden propiciar formas de «coacción económica», pudiendo pensarse, en definitiva, que algunas medidas de autotutela de orden económico son contrarias a los principios rectores del nuevo orden económico internacional que han sido plasmados en la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados (160); hay que destacar, además, que tales medidas de carácter económico no deberían afectar los intereses de las poblaciones, y ello en la línea de lo dispuesto por el T.I.J. en su opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas

(160) *Op. cit.*, p. 316. Sobre la necesidad en estos casos de hacer intervenir mecanismos o procedimientos de decisión colectiva ver *infra*, epígrafe 2.C.b).

para los Estados de la presencia de Africa del Sur en Namibia al sostener que el no reconocimiento de la administración del territorio por Sudáfrica no debe tener la consecuencia de privar al pueblo de Namibia de ninguna de las ventajas derivadas de la cooperación internacional (161).

Y bien es cierto que aún dando por supuesto el derecho de los Estados a ejercer represalias de orden económico, ello no impide, como se ha dicho, que los sujetos del orden jurídico internacional no puedan legítimamente aspirar a definir reglas por las que se prohíban ciertas formas de coerción no militar, y concretamente ciertas categorías de coacción económica. En este sentido destacan sobre todo las propuestas de *lege ferenda* desarrolladas por autores como BOWETT, LILLICH, FRANCK y CHESLER, y SCHACHTER, por las que se busca definir ciertas modalidades de acciones económicas entre los Estados que podrían ser contrarias al Derecho internacional (162). A través de tales propuestas se busca construir un auténtico «orden público económico» parecido al que pueda existir en los sistemas jurídico internos, y por el que se reglamentarían las prácticas económicas desleales, restrictivas, anticoncurrenciales, monopolísticas, etc., —una empresa, al decir de LEBEN, «de longue haleine»—.

Mas, no hay que olvidar que, desde una constatación realista de la situación actual de las relaciones internacionales, una de las características principales de la misma es, como dice LEBEN, «la pression de chacun contre tous: pressions des pays industrialisés sur les pays en développement, et tentatives de contrepressions de ceux-ci sur ceux-là, pressions entre pays créanciers, entre pays industrialisés eux-mêmes...». Buscar poner término a esta «jungla», querer «civilizar» las relaciones económicas internacionales y hacerlas más justas es ciertamente uno de los objetivos más importantes de los futuros decenios, más «prétendre que d'ores et déjà le droit international traduit un tel idéal relève de l'illusion ou de la théorie politique» (163).

Y resulta, sin duda, sumamente elocuente a este respecto la posición que recientemente ha tomado el T.I.J. en su sentencia sobre el asunto entre Nicaragua y los EE.UU., al haber respondido simplemente, a las denuncias de Nicaragua sobre el hecho de que Estados Unidos había adoptado un conjunto de medidas económicas que constituían una forma indirecta de intervención en sus asuntos internos (164), «que el Tribunal no puede considerar las medidas económicas puestas en causa como violaciones del

(161) *CIJ, Recueil*, 1971, p. 56, pfo. 125.

(162) Ver los trabajos de estos autores incluidos en la obra de LILLICH (ed): *Economic coercion and the New International Economic Order*, cit.

(163) *Op. cit.*, 69.

(164) *CIJ, Recueil*, 1986, pfo. 123.

principio consuetudinario de no intervención» (165). Lo que representa, sin duda, como dice EISEMANN, una interpretación restrictiva de la intervención, que deja «*prudemment fermée la boîte de Pandore, évitant que toute pression d'ordre économique ne puisse être présentée comme une 'intervention'*» (166).

2. Represalias económicas y crímenes internacionales

A) *Reacciones de los Estados por violación de normas que afectan a intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto*

Ahora bien un exponente singular de estos casos en que la política intervencionista de un Estado podría quedar fácilmente solapada tras el ejercicio de medidas de represalia económica, viene dado por la práctica que ciertos Estados occidentales vienen desarrollando desde estos últimos años —desde sobre todo la segunda mitad de la pasada década—, y por la cual estos recurren al ejercicio de contramedidas de orden económico, y en buena parte concretamente de medidas de represalia, dictadas no para defender sus propios derechos subjetivos, ni en ejecución de una decisión emanada de un órgano de las Naciones Unidas, sino para defender de manera individual y autónoma intereses generales de la comunidad internacional, esto es, para defender, en palabras de DUPUY, «*ne pas leurs droits, mais le Droit*» (167).

Como es sabido, la norma principal que rige en materia de responsabilidad internacional es la de que sólo el Estado cuyo derecho soberano haya sido violado está facultado para exigir la responsabilidad internacional y por tanto la reparación. Pero, como decimos, es posible comprobar, ciertamente, que durante estos últimos años ciertos países occidentales habrán procedido a adoptar en distintos casos sanciones económicas contra Estados acusados no de haber infringido un daño directo a sus derechos e intereses, esto es sin que se hubiese producido un atentado directo a sus derechos subjetivos, y sin que se hubiese producido, además, un mandato expreso de la ONU como el que podría tener lugar a través del Consejo de Seguridad y por la vía del art. 42 de la Carta, sino contra Estados acusa-

(165) *Id.* pfo. 245.

(166) EISEMANN, *op. cit.*, p. 184.

(167) DUPUY, P.M., «Observations sur la pratique récente des sanctions de l'illicite», *RGDIP*, 1983, p. 534. Desde una posición más matizada entiende SCHACHTER que ningún Estado ha reclamado un derecho a ejercer represalias alegando que otro ha violado una obligación *erga omnes*, si bien es posible constatar que los terceros Estados han aplicado medidas de retorsión contra Estados acusados de haber violado una regla fundamental del Derecho internacional (*op. cit.*, pp. 183-184).

dos de haber violado normas que tienen por objeto la defensa de ciertos intereses fundamentales de la colectividad internacional.

En efecto estos Estados han invocado, en términos generales, para justificar sus reacciones en estos casos la idea de defensa de un interés de la comunidad internacional, y en esta línea la necesidad de salvaguardar principios fundamentales del Derecho Internacional como el no recurso a la fuerza y prohibición de la agresión, la no intervención en los asuntos internos de los Estados, el respeto del derecho de los pueblos a disponer de sí mismos, la garantía de los derechos y libertades fundamentales de los individuos, así como la necesidad de reaccionar frente a actos de terrorismo internacional (168).

De acuerdo, pues, con esta práctica parece que un Estado —cualquier Estado— no sólo estaría capacitado para reaccionar frente a aquellos actos ilícitos por los cuales otro Estado ha violado una norma que directamente le vincula al primer Estado, al Estado lesionado, sino que resultaría también legitimado para reaccionar, de manera individual y autónoma, contra hechos ilícitos que aún no habiéndole generado un daño propio representan una violación de normas que interesan a toda la comunidad internacional y que como tales constituirían por tanto hechos ilícitos *erga omnes*, es decir hechos ilícitos para con todos los miembros de la comunidad internacional.

Y a este respecto cabría recordar, entre algunos de los casos más destacados de la práctica durante estos últimos años, la crisis afgana con motivo de la intervención soviética en aquel país (diciembre de 1979); suceso a raíz del cual algunos Estados, efectivamente, estimaron estar legitimados para reaccionar frente a un tal hecho ilícito: frente a un hecho como el de la intervención soviética en Afghanistan que aunque no les generaba un daño material propio, constituía una violación de obligaciones esenciales para la comunidad internacional en su conjunto, obligaciones tales como las que se derivan de los principios de no agresión y autodeterminación de los pueblos (169). Concretamente los EE.UU. (el Presidente Carter) adoptarían, a partir de enero de 1980, una serie de medidas contra la URSS, pudiendo destacar, sobre todo, el embargo de cereales —mediante la prohibición de exportar 17 millones de toneladas de grano con destino al Gobierno de Moscú—, el bloqueo a la exportación de productos de alto contenido tecnológico, la reducción de los derechos de pesca concedidos

(168) Cfr. DUPUY., *op. cit.*, p. 535.

(169) Ver CARELLA, *La responsabilità dello Stato per crimini internazionali*, Napoles, 1985, pp. 202-203. Sobre las Resoluciones de la AGNU en las que se protestaba por la violación de principios fundamentales de la Carta por tal hecho, ver ROUSSEAU, *RGDIP*, 1980, pp. 840 y ss.

a la URSS en la zona económica exclusiva norteamericana, y la limitación a las exportaciones de fosfatos (170); medidas análogas, consistentes sobre todo en restricciones a los intercambios comerciales, suspensión de la aplicación de acuerdos de pesca, suspensión de intercambios culturales y científicos, y reducción del personal diplomático, fueron adoptadas también por otros países como Bélgica, Holanda, Reino Unido, Canadá y Nueva Zelanda (171); países todos ellos, como decimos, que no habrían sufrido un daño material directo por tal acto de invasión e intervención.

Cabría recordar igualmente que con ocasión del asunto de las Islas Malvinas (abril de 1982) se produciría también —a parte de la reacción del Reino Unido— la suspensión por los EE.UU. de todas las exportaciones militares con destino a Argentina, así como de los créditos y garantías a la exportación acordados por el Export-Import Bank; reacciones a las que se unirían también las de otros países como la República Federal de Alemania, Francia, Nueva Zelanda, Australia, Japón y Canadá (172).

Y junto a estos casos cabría recordar también aquellos otros supuestos en que las reacciones de Estados occidentales —mediante la adopción de medidas de retorsión o de represalia— se habrá producido frente a Estados acusados de violar los derechos humanos. Tal es el caso de la política desarrollada por el Gobierno y el Congreso norteamericano a partir fundamentalmente de 1977, en el marco de la denominada Política Carter de Derechos humanos, mediante la puesta en práctica de un conjunto de medidas, relativas sobre todo a ayuda militar y económica, contra ciertos Gobiernos acusados de atentar contra los derechos humanos. Cabría recordar, así, la interrupción de la asistencia económica a Uganda practicada por los EE.UU. en 1978 (a través de la Uganda Embargo Act) —después

(170) Ver ROUSSEAU, *RGDIP*, 1980, pp. 844 y ss.

(171) Ver ROUSSEAU, *RGDIP*, 1980, p. 837. Hay que recordar también con motivo de este suceso la decisión de los EE.UU. de no participar en los Juegos Olímpicos de Moscú, y la petición dirigida por el Gobierno de los EE.UU. al Senado de paralizar el examen del acuerdo SALT II para su eventual ratificación. Sobre la crisis afgana y las medidas adoptadas por los distintos Estados, ver el debate en el marco de la American Society of International Law sobre «Legal Responses to the Afghan/Iranian Crises», *Proceeding ASIL*, 1980, pp. 248-274; PAARBELRG, R. L., «Lessons of the Grain Embargo», *Foreign Affairs*, 1980, pp. 144-162; WILES, P., «Conséquences économiques de l'affaire afghane», *Futuribles*, mai, 1980, pp. 73-83; DUPUY, P. M., «Observations sur la pratique récente des sanctions de l'illicite», *RGDIP*, 1983, ppl 506-507; CABELLA, *op. cit.*, pp. 202-203.

(172) Ver ROUSSEAU, *RGDIP*, 1982, pp. 724 y ss. y 745 y ss. Ver también sobre el conjunto de medidas aplicadas por los EE.UU. contra Argentina, *International Legal Materials*, 1982, pp. 682-684. Y para una visión doctrinal, VERNANT, J., «Politique et diplomatie: la crise des îles Falkland», *Défense Nationale*, juin, 1982, pp. 103-110; FREEDMAN, L., «The War of Falkland Islands: 1982», *Foreign Affairs*, 1982, pp. 196-210; DUPUY, P. M., *op. cit.*, p. 512; ACEBEDO, D., «The U.S. Measures Against Argentina Resulting from the Malvinas Conflict», *AJIL*, 1984, pp. 323 y ss.

de la interrupción de todas las importaciones provenientes de este país (sobre todo de café)—, así como la supresión de asistencia en materia de seguridad a Argentina y Etiopía, y de ayuda militar a Chile y Uruguay (1976), y las medidas contenidas en la International Development and Food Assistance Act de 1978 y en la Foreing Assistance and Related Programs Appreciations Act de 1979 por las que se suspendían diversas categorías de ayuda (alimenticia particularmente) a Vietnam, Camboya, Uganda, Cuba, Laos y Mozambique (173).

Además de estos supuestos en materia de derechos humanos sobresalen también en esta línea otros dos recientes casos de la práctica internacional. Nos referimos en primer lugar al *suceso del personal diplomático y consular de los EE.UU. en Teherán* que tendría lugar a finales de 1979, mediante el asalto a la Embajada norteamericana en aquel país y la toma como rehenes de los diplomáticos en cuestión. En este caso, a parte de las contramedidas aplicadas por el Estado lesionado (EE.UU.) —de orden económico y diplomático fundamentalmente—, se producirían reacciones por parte de otros terceros Estados como Francia, prohibiendo la exportación de mercancías con destino a Irán —con exclusión de los productos alimenticios y de medicamentos—, la República Federal de Alemania, el Reino Unido, Canadá, Australia y Japón (174); países que en buena medida procederían a fundamentar la aplicación de estas medidas en la grave violación que de los más elementales derechos humanos se habría producido en el caso en cuestión (175).

El segundo suceso se refiere a la *crisis polaca* que tendría lugar en 1981 con ocasión de la imposición de la ley marcial en aquel país el 13 de diciembre de dicho año. En esta ocasión los EE.UU. recurrirían una vez más a la imposición de sanciones económicas contra Polonia y la URSS, suspendiendo los vuelos de la compañía nacional polaca LOT y de la soviética AEROFLOT, interrumpiendo el envío de productos alimenticios, y excluyendo a los barcos pesqueros polacos de su zona económica exclusiva (176). El Presidente Reagan, en su discurso de 17 de diciem-

(173) Ver en general sobre todas estas medidas adoptadas por los EE.UU. en el marco de la política Carter de Derechos Humanos, SCHACHTER, O., «Les aspects juridiques de la politique américaine en matière des droits de l'homme», *AFDI*, 1977, pp. 53-74; y CARELLA, *op. cit.*, pp. 200-201.

(174) ROUSSEAU, *RGDIP*, 1980, pp. 880 y ss. Para un análisis general de las medidas estatales adoptadas en el asunto del personal diplomático y consular de los EE.UU. en Teherán, ver CARSWELL, R., «Economic Sanctions and the Iran Experience», *Foreign Affairs*, 1981-82, pp. 247-265.

(175) Cfr. CARELLA, *op. cit.*, p. 201. Los propios EE.UU. acusaban a Irán de la violación de normas internacionales generales correspondientes a los arts. 9 y 10 del Pacto de derechos civiles y políticos.

(176) Ver ROUSSEAU, *RGDIP*, 1982, 3, p. 606. Sobre el conjunto de medidas adoptadas por los EE.UU. contra el gobierno de Polonia y la URSS, ver *International Legal Materials*, 1982,

bre de 1981, justificaría la adopción de tales medidas contra el gobierno polaco y soviético en el hecho de que se habría producido una grave lesión a los derechos civiles más elementales del pueblo polaco. Este mismo tipo de medidas serían impuestas también por otros países occidentales (177).

Y junto a esta política desarrollada por los Estados occidentales en materia de derechos humanos, cabría recordar también las medidas aplicadas durante estos últimos años por los EE.UU. contra aquellos países acusados de aportar una ayuda activa al *terrorismo internacional*, suspendiendo concretamente el envío de materiales militares a Libia, Siria, República Democrática del Yemen, e Irak (178).

En todos estos casos, y a parte de las medidas adoptadas por los Estados directamente lesionados, esto es por el Gobierno de los EE.UU. en el caso de personal diplomático y consular en Teherán, y de las acciones emprendidas por el Reino Unido contra Argentina en el asunto de las Islas Malvinas —constitutivas de acciones de retorsión o de represalia emprendidas por la lesión de un particular derecho subjetivo—, las medidas de sanción adoptadas por los demás Estados serían aplicadas, como ya hemos dicho, no como reacción a un atentado que hubiese venido a lesionar directamente sus derechos subjetivos sino en defensa de los intereses de la comunidad internacional en su conjunto; y sin que por lo demás se aplicasen en virtud de un mandato expreso de la ONU.

Por donde esta práctica estatal parece partir de la idea de que existen en el orden jurídico internacional una serie de hechos ilícitos especialmente graves, por afectar a principios y normas que interesan a la comunidad internacional en su conjunto, y que como tales atribuirían el derecho para cada uno de los miembros de la comunidad internacional de reaccionar frente a los mismos.

Lo que, a todas luces, nos sitúa ante la problemática que la figura de los *crímenes internacionales* ha venido generando sobre todo en estos últimos años a raíz de su tratamiento, fundamentalmente, por la Comisión de Derecho Internacional en el marco de sus trabajos de codificación de

pp. 853-866. Para una apreciación doctrinal sobre el caso, ver PORTERS, R., «La crise polonaise et les relations économiques Est-Ouest», *Politique Etrangère*, 1982, pp. 75-88, y DUPUY, *op. cit.*, pp. 511-512.

(177) CARELLA, *op. cit.*, pp. 203-204.

(178) Ver sobre el conjunto de medidas aplicada por los EE.UU., *International Legal Materials*, 1982, pp. 853-855. Desde un punto de vista doctrinal, ver sobre todo el debate en el marco de la American Society of International Law sobre «Controlling Transnational Terrorism the relevance of international law», *Proceedings ASIL*, 1978, pp. 343-351; FLORES, D., «Export Controls and the U.S. Effort to combat international terrorism», *Law and Policy International Business*, 1981, pp. 521-590.

la responsabilidad de los Estados; figura recogida en el art. 19 de la primera parte del Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, y en el que se dispone: «El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto, constituye un crimen internacional.»

Concepto de crimen internacional en el que, como ha señalado CASSESE (179), cabría distinguir tres elementos básicos: primero, la existencia de una clase especial de normas dirigidas a proteger valores fundamentales de la comunidad internacional, y que consecuentemente sientan obligaciones *erga omnes*; segundo, la garantía de este derecho corresponderá no sólo al Estado que haya podido sufrir un daño por su violación sino también a otros sujetos internacionales; tercero, la existencia de un «régimen especial de responsabilidad» por las violaciones de estas obligaciones; es decir, el hecho de que la respuesta legal a estas violaciones no vendrá dada exclusivamente por una demanda de reparación, sino que podrá englobar una amplia gama de sanciones o remedios.

Pero ¿encuentra, realmente, la figura del crimen internacional un auténtico reconocimiento en el Derecho internacional general actual? ¿Es posible en el Derecho internacional general descubrir una figura como la de crimen internacional y determinar las consecuencias jurídicas propias que hayan de derivarse de tales hechos ilícitos especialmente graves?

Debemos, en efecto, dar respuesta a estas preguntas para poder determinar la licitud de esa práctica estatal, de ese tipo de represalias o medidas sancionatorias aplicadas por los Estados en los casos anteriormente vistos.

Y ante todo, creemos ya oportuno avanzar la opinión de que en la actualidad, tal como vendría a confirmarlo la propia C.D.I. en el marco de sus trabajos sobre la responsabilidad de los Estados, es posible defender la idea de que en función del objeto de la obligación internacional violada, y más concretamente en función de la importancia que la comunidad internacional atribuye al respeto de las obligaciones que tienen un determinado objeto, tiende a reconocerse una diferencia entre tipos distintos de hechos internacionalmente ilícitos. Ciertamente se tiende a distinguir cada vez más dos categorías diferentes de hechos internacionalmente ilícitos del Estado: una categoría más restringida que comprende infracciones particularmente graves, que se suelen denominar «crímenes internacionales» y

(179) CASSESE, A., «Remarks on the present legal regulation of crimes of States», *Le Droit International à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Milán, 1987, p. 49.

una categoría mucho más extendida, que comprende toda una serie de infracciones menos graves (180).

Ahora bien ya desde aquí habría que adelantar que obviamente tal diferenciación, o el valor de tal diferenciación, no deberá ser simplemente descriptivo o didáctico, sino normativo. Ciertamente el hecho de establecer una distinción entre los crímenes internacionales, por un lado, y las demás violaciones internacionales, por otra, sólo encontraría su auténtica justificación —y valor, insistimos, desde el punto de vista normativo— si, como admite la propia C.D.I., en el Derecho Internacional es posible descubrir a su vez la aplicación de regímenes diferentes de responsabilidad internacional aplicables a esas categorías diferentes de hechos internacionalmente ilícitos. Es decir el establecimiento de una distinción entre hechos internacionalmente ilícitos basada en la importancia diferente —y diferente para la comunidad internacional en general— del objeto de las obligaciones violadas, tiene su auténtico sentido si ello se refleja en las consecuencias jurídicas que se atribuyen respectivamente a los hechos internacionalmente ilícitos que entren en una u otra de esas dos categorías, así como en la determinación del sujeto o de los sujetos autorizados a dar efectividad a esas consecuencias (181).

De ahí que resulte necesario constatar no sólo la existencia de diferentes hechos internacionalmente ilícitos, sino también, y en función de ello, de regímenes diversos de responsabilidad internacional, en orden a que podamos hablar realmente y desde un punto de vista normativo de la existencia de crímenes internacionales.

B) *Crímenes internacionales y consecuencias jurídicas*

a) Determinación de la existencia de hechos ilícitos graves

Y a este respecto, como ya avanzamos, creemos que desde luego se puede afirmar que la necesidad de distinguir, dentro de la categoría general de hechos internacionalmente ilícitos de los Estados, una categoría aparte que abarque los casos de ilicitud excepcionalmente graves, se ha hecho sentir de manera cada vez más evidente a partir de la segunda guerra mundial.

Ciertamente, tal como se señala por la C.D.I., han aparecido normas nuevas de derecho internacional, se han afirmado definitivamente normas en via de formación, y otras que ya existían han adquirido un nuevo giro y una significación más marcada, por las que se imponen a los Estados

(180) Ver *ACDI*, 1976, Vol. II, segunda parte (comentarios al art. 19), p. 95-96.

(181) *Id.*, p. 96.

obligaciones cuyo respeto responden a un interés colectivo acrecentado de toda la comunidad internacional; llegándose desde aquí al convencimiento de que una violación de las obligaciones impuestas por normas de esta naturaleza no debería ser considerada y tratada del mismo modo que cualquier otra obligación, sino que habría de representar un hecho internacionalmente ilícito más grave, una transgresión que debe calificarse de otra manera y que además debe estar sujeta a un régimen distinto de responsabilidad (182).

Y sobre todo dos circunstancias parecen tener, a juicio de la C.D.I., una importancia considerable como prueba directa o indirecta de ese convencimiento: a) la distinción consagrada recientemente en el marco de las normas de derecho internacional, de una categoría especial de normas calificadas de imperativas o de *ius cogens*, y b) el hecho de que la Carta de las Naciones Unidas atribuya consecuencias que se determinan especialmente a la violación de ciertas obligaciones internacionales (183).

En consecuencia, como dice la C.D.I., parece imposible negar que a la condena, hoy unánime y prioritaria, de cualquier forma de atentado directo contra la paz y la seguridad internacionales, los Estados también asocian en la actualidad una reprobación casi universal de otros actos. El Derecho internacional contemporáneo ha llegado a condenar definitivamente el hecho de que ciertos Estados mantengan por la fuerza a otros pueblos bajo una dominación colonial o impongan por la fuerza regímenes internos basados en la discriminación y la segregación racial más absoluta, así como otras prácticas que atentan a la vida y la dignidad del ser humano, o incluso que pongan gravemente en peligro por sus actos la protección y la conservación del medio humano. La comunidad internacional en su conjunto —y no solo algunos de sus componentes— estima ahora que tales hechos infringen principios solemnemente enunciados en la Carta, y aún fuera de esta, principios que actualmente están tan profundamente arraigados en la conciencia universal que se han convertido en normas especialmente esenciales del Derecho internacional general. Las manifesta-

(182) *Id.*, pp. 90-100. En efecto, diversas circunstancias han hecho patente la necesidad de lograr que no sólo el derecho interno de los Estados, sino, sobre todo, el derecho de la comunidad internacional misma, enuncie normas imperativas para la salvaguardia y el respeto de los derechos fundamentales de los pueblos y del ser humano, factores que indujeron a la afirmación más enérgica de la prohibición de ciertos crímenes como el genocidio, el apartheid y otras prácticas inhumanas del mismo orden. También la solidaridad de grandes sectores de la población mundial en la lucha de liberación librada por los pueblos sometidos a dominación colonial, y la firmeza con que estos pueblos están decididos a defender el bien supremo de la libertad que ahora han adquirido, son los elementos decisivos que han llevado al reconocimiento afirmado del derecho de todo pueblo a constituirse en entidad política independiente y a la prohibición en general de toda acción que ponga en peligro la independencia de otro Estado.

(183) *Id.*, p. 100.

ciones del parecer de los Estados son suficientes para sacar la conclusión de que, en opinión general, algunos de esos hechos constituyen efectivamente crímenes internacionales, es decir hechos ilícitos internacionales más graves que otros y que, como tales, deben acarrear consecuencias jurídicas más severas (184).

b) Consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos graves

Pero constatado este sentimiento generalizado de la comunidad internacional hay que determinar ahora, como ya advertíamos al principio, si las normas de Derecho internacional general relativas a la responsabilidad de los Estados no prevén más que un *régimen único* de responsabilidad aplicable a todas las hipótesis de hechos internacionalmente ilícitos del Estado, cualquiera que sea el objeto de la obligación vulnerada por ese hecho, o si cabe distinguir la existencia de *dos regímenes* de responsabilidad absolutamente diferentes, según esas distintas categorías de hechos internacionalmente ilícitos que veíamos anteriormente.

Pues ya se ha advertido que la figura o institución de crimen internacional sólo tiene sentido y auténtica significación desde un punto de vista normativo si es posible confirmar que esos hechos ilícitos más graves generan unas consecuencias jurídicas propias y específicas, esto es un régimen de responsabilidad internacional distinto al que se deriva de los hechos ilícitos internacionales normales.

Y a este respecto la C.D.I. en la primera parte del Proyecto de artículos relativo a la responsabilidad de los Estados, estimaría que —frente a la tesis clásica, según la cual las normas de Derecho internacional general relativas a la responsabilidad de los Estados no preveían más que un régimen único de responsabilidad aplicable a todas las hipótesis de hecho internacionalmente ilícito del Estado, cualquiera que sea el objeto de la obligación vulnerada por ese hecho— hoy parece existir una corriente de opinión, que cada vez cuenta con mayor número de partidarios, según la cual se admite que el Derecho internacional general preve dos regímenes de responsabilidad absolutamente diferentes. Uno se aplicaría al caso de la violación por el Estado de una de las obligaciones cuya observancia reviste importancia fundamental para la comunidad internacional en su conjunto: las obligaciones, por ejemplo, de abstenerse de todo acto de agresión, de no perpetrar genocidio, de no practicar el *apartheid*, etc. El otro régimen se aplicaría en cambio en los casos de que el Estado sólo haya dejado de respetar una obligación de una importancia menor y menos general (185).

(184) *Id.*, p. 108.

(185) *Id.*, pp. 95-96.

Reflexión esta de la C.D.I. que le conduciría a entender que si, en función del objeto de la obligación internacional violada, es posible distinguir dos categorías distintas de hechos internacionalmente ilícitos, necesariamente calificados de manera distinta, ello tendrá también una repercusión innegable en la definición del régimen de responsabilidad vinculado al hecho internacionalmente ilícito resultante de tal violación. Las formas de responsabilidad aplicables a la violación de ciertas obligaciones de importancia esencial para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional diferirán lógicamente de las que se aplican a la violación de obligaciones cuyo objeto es distinto; y también serán distintos los sujetos respectivamente autorizados a hacer efectivas esas diversas formas de responsabilidad (186).

Por todo ello la C.D.I. procedería a subrayar en esta Primera parte, de forma rotunda y tajante, que «sería absolutamente erróneo creer que existe en el derecho internacional actual un solo régimen de responsabilidad que se aplica en general a todo tipo de hecho internacionalmente ilícito, independientemente de su mayor o menor gravedad, y de que lesione los intereses vitales de toda la comunidad internacional o simplemente los interesados de un miembro determinado de esa comunidad» (187).

Sin embargo la C.D.I. llegaba a esta conclusión sin ni siquiera puntear o perfilar el contenido de este nuevo régimen de responsabilidad internacional, justificando su planteamiento en el hecho de que esta labor correspondería a los trabajos a desarrollar en el marco de la segunda parte del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados; fase esta última en la que la C.D.I. no parece haber llegado todavía a conclusiones demasiado claras y precisas.

Y a este respecto quisiéramos advertir, ante todo, que una operación como la desarrollada por la Comisión de Derecho Internacional, y en general por otros análisis científicos, proclamando de una forma tan vaga y abstracta la vigencia en el Derecho positivo de una figura o institución como la de crimen internacional, resulta, a nuestro juicio, sumamente delicada, en tanto ello supone dejar la puerta abierta a una peligrosa y fácil reconducción e interpretación de la misma por los Estados de acuerdo con sus propios intereses.

Ciertamente quisiéramos advertir que el perder de vista durante el análisis científico el carácter puramente programático o retórico de ciertos principios o instituciones o la ambigüedad de ciertas normas, entraña el

(186) *Id.*, p. 115.

(187) *Id.*, p. 116.

riesgo de que a lo largo de dicho análisis se convierta en auténtico derecho vigente y efectivo lo que no es más que derecho deseable.

Y si bien a un resultado como este puede llegarse desde un laudable interés en querer ver efectivamente proclamados en el seno de la comunidad internacional unos valores éticos y de justicia, no hay que perder de vista los riesgos que tal actitud entraña, pues, si en su momento las construcciones formalistas de la doctrina del siglo XIX contribuyeron a reforzar los vaciados normativos generales y abstractos de un orden jurídico internacional particularmente útil para encubrir los objetivos de estabilidad y por tanto de poder, de colonización y de dominio, de las principales potencias, también en la actualidad el distorsionar en tal sentido la realidad jurídica internacional contribuiría a consolidar ciertos *procesos de mitificación* que es posible detectar en el orden normativo.

Ciertamente al producirse una *permanente referencia ritual* de los Estados a los principios o instituciones míticas proclamadas, éstas tienden a presentarse como una realidad objetiva, como una realidad viva, que no nacerá más que, como se ha dicho, para favorecer en muchos casos la institucionalización de las relaciones hegemónicas mediante la transfiguración, la idealización del estado real de las relaciones internacionales (188).

No se trata, pues, de convertir, como ya hemos dicho, durante el análisis científico, en efectivo y real lo que sólo opera como manifestación de lo deseable, sino de captar y valorar desapasionadamente el fenómeno jurídico, evitando que el idealismo desvanezca y empañe la auténtica realidad del orden internacional.

De acuerdo con tales reflexiones, insistimos, una vez más, en que se hace necesario, en orden a admitir y reconocer la figura del crimen internacional desde un punto de vista normativo, determinar de forma precisa la existencia de unas consecuencias jurídicas propias y específicas para este tipo de hechos ilícitos más graves.

C) *Legitimación para reaccionar frente a un crimen internacional*

Y sobre todo la cuestión principal que habrá que plantearse —más tarde o más temprano—, como señalaría McCAFFREY, en el seno de la C.D.I., es la de saber a favor de quién o de qué se han establecido tales obligaciones *erga omnes*, esto es determinar cuáles serán los sujetos legitimados para reaccionar frente a estos hechos ilícitos más graves. Cabe considerar que se han establecido a favor de la comunidad internacional en

(188) Cfr. CAHING, G., «Apport du concept de mythification aux méthodes d'analyse du Droit International», en *Le Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, cit., pp. 107 y 113.

su conjunto, en tanto pues que colectividad, o a favor de todos los Estados, en el sentido de a cada Estado individualmente. La primera solución significa que como la obligación se ha establecido a favor de la colectividad de los Estados, sólo puede responder tal colectividad como un todo. La segunda solución significa que como la obligación se ha establecido a favor de cada Estado individualmente, es lícito que cada Estado responda por sí mismo (189).

Ciertamente entendemos, en la línea de un cierto sector doctrinal que la cuestión que suscita un mayor interés en materia de crímenes internacionales es la de determinar si cualquier Estado, aunque no haya sido directamente lesionado o dañado por el ilícito, puede intervenir a los fines de restablecer el orden violado, pues no parece, como dice CONFORTI, que en el estado actual del Derecho internacional y en una materia de contornos tan inciertos como el de la responsabilidad de los Estados, se pueda diferenciar de otro modo los regímenes de responsabilidad por crímenes y delitos: esto es manteniendo, p.e., que en el primer caso y a diferencia del segundo, la reacción pueda ser más grave y más desproporcionada respecto a la ofensa sufrida (190). En efecto, si, como advierte CARELLA, la diferencia entre crímenes e ilícitos internacionales normales no puede basarse en la mayor o menor extensión de la responsabilidad impuesta al Estado autor del ilícito frente al Estado directamente lesionado, donde adquiere su auténtico sentido el problema de los crímenes internacionales es en la cuestión de la «legitimación para reaccionar» (191).

Y a este respecto cabría recordar, en primer lugar, que, en términos generales, ante la existencia de un hecho ilícito internacional parece fácil, según advierte RIPHAGEN, dar una respuesta a la cuestión de qué Estado tiene derecho a exigir una reparación, a invocar la reciprocidad, a suspender la cooperación o a tomar represalias con respecto al Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito, pues si bien la norma o la obligación puede expresarse en términos abstractos, la violación es siempre concreta y por consiguiente es fácil asignar la lesión a un Estado determinado.

A la larga todo Estado tiene interés en el cumplimiento de cualquier norma de Derecho Internacional, incluida la norma *pacta sunt servanda*, pero ello en modo alguno autoriza —y mucho menos obliga— a cada Estado a exigir el cumplimiento por cualquier otro Estado de sus obligaciones internacionales y aún menos a adoptar contramedidas en caso de incumplimiento de esas obligaciones. La norma principal será la de que sólo

(189) Ver *ACDI*, 1985, Vol. I, p. 97.

(190) CONFORTI, B., «In tema di responsabilità degli Stati per crimini internazionali», en *Le Droit International à l'heure de sa codification*, cit., p. 100.

(191) CARELLA, *op. cit.*, pp. 129 y ss., y 175 y ss.

el Estado cuyo derecho soberano derivado del Derecho internacional general haya sido violado o que sea parte en un tratado que estipule en su favor la obligación violada está facultado para exigir una reparación, para invocar la reciprocidad, para suspender la cooperación gubernamental activa o para tomar represalias (192).

Ahora bien el monopolio que corresponde al Estado directamente perjudicado por el hecho internacionalmente ilícito de otro (Estado) en orden a ejecutar contra este último medidas de represalia ya no parece resultar tan estricto en el Derecho Internacional actual. Sería posible, ciertamente, constatar en el Derecho Internacional contemporáneo ciertas excepciones a esa norma principal; excepciones procedentes fundamentalmente de la Carta de las Naciones Unidas, de la noción de crímenes internacionales y de otros regímenes objetivos. Concretamente cabría distinguir tres hipótesis fundamentales: a) puede haber más de un Estado «directamente» perjudicado, b) la norma primaria cuya violación constituye el hecho ilícito figura en un tratado multilateral, y c) el hecho ilícito es la violación de una obligación que protege un interés fundamental que no es un interés exclusivo de un Estado determinado (crimen internacional, art. 19 de la primera parte del Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados) (193).

Siendo esta última hipótesis la que nos interesa especialmente ahora, en tanto trasciende —como ya advertíamos— la progresiva afirmación de que determinadas obligaciones *erga omnes* tienen un alcance tal que su violación debe considerarse como una infracción cometida contra todos los miembros de la colectividad internacional. Ciertamente si como se desprende del p.2 del art. 19 de la primera parte del proyecto de artículos preparado por la C.D.I. la comunidad internacional en su conjunto puede reconocer la existencia de intereses fundamentales de dicha comunidad, de suerte que la violación de una obligación de carácter tal, esencial para la salvaguardia de tales intereses, se reconoce como un crimen internacional, en muchos de estos casos, como dice RIPHAGEN, el «interés lesionado» será un «interés no asignado» a ningún Estado en particular, sino a todos

(192) RIPHAGEN, Cuarto informe sobre el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional, *ACDI*, 1983, Vol. II, primera parte, p. 23.

(193) Cfr. RIPHAGEN, «Informe preliminar sobre el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional», *cit.*, p. 125. Dice a este respecto GARZON CLARIANA, que si bien el sujeto facultado para adoptar contramedidas es, como regla general, el perjudicado por la infracción, «excepcionalmente cabe que reaccionen otros sujetos, en aquellos supuestos en que el hecho ilícito crea una nueva relación jurídica entre estos y el culpable, por ejemplo por tratarse de la infracción de un Convenio multilateral o de hechos que afectan a intereses fundamentales de la Comunidad internacional en su conjunto» («La aplicación forzosa del Derecho Internacional» en *Instituciones de Derecho Internacional Público* —Diez de Velasco, M—, T.I., Madrid, 1988, pp. 644).

los Estados; y ello tal como se dispone en el art. 5.e) de la segunda parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, al estimar que «si el hecho internacionalmente ilícito constituye un crimen internacional», por «Estado lesionado» habrá que entender a «todos los demás Estados».

Las obligaciones *erga omnes* tienden, como observa ALLAND, a «universaliser le rapport juridique: tout Etat se voit par définition attribuer un intérêt pour agir, qui découle de ce qu'on lui attribue un intérêt juridiquement protégé d'ordre universel» (194), o como dice PEREZ GONZALEZ a desrelativizar o a desbilateralizar la relación de responsabilidad, descubriendo en todo caso un interés jurídico en recabar el respeto de la obligación y, en su caso, un derecho de acción en caso de incumplimiento (*actio popularis*) (195).

Por ello, y como ya hemos avanzado, la cuestión principal que se nos plantea aquí es la de determinar si el sujeto legitimado para reaccionar frente a los crímenes internacionales será la comunidad internacional en su conjunto, en tanto pues que colectividad (y por tanto la colectividad como un todo), o cada Estado individualmente, cada Estado por sí mismo.

a) Legitimación de los Estados para reaccionar individual y autónomamente

Y en este sentido la práctica más reciente, como acabamos de ver, muestra que son muchos los casos en que los Estados han recurrido al ejercicio de «contramedidas» económicas, y en buena parte a medidas de represalia, dictadas no para defender sus propios derechos subjetivos, ni en ejecución de una decisión emanada de un órgano de las Naciones Unidas, sino como reacción a la violación de una norma que protege intereses fundamentales de la Comunidad internacional.

Ciertamente en las distintas declaraciones a través de las cuales los Estados han buscado justificar la adopción de tales medidas se observa una referencia a la idea de que habiendo sido violadas normas de Derecho

(194) ALLAND, *op. cit.*, p. 757.

(195) PEREZ GONZALEZ, M., «El acto ilícito internacional: elementos» en *Instituciones de Derecho Internacional Público*, cit., p. 556. Advierte, sin embargo, RUILOBA SANTANA, que si la «regla general ha venido siendo la de responsabilidad relativa, lo que comporta que únicamente el Estado directamente perjudicado se encontraba legitimado para poner en marcha el mecanismo sancionador o exigir una reparación, constituye un paso hacia adelante, sin embargo, la admisión del concepto de 'obligaciones *erga omnes*'. Pero la figura se mueve todavía dentro de un planteamiento relativista: no son tanto obligaciones frente a la comunidad internacional, como ente social distinto, cuanto obligaciones frente a todos y cada uno de sus miembros» («Consideraciones sobre el concepto y elementos del acto ilícito en Derecho Internacional», *Temis*, 1973-1974, p. 393).

Internacional que afectan e interesan a la comunidad internacional en su conjunto todos los Estados, cualquier Estado estaría legitimado para reaccionar frente a tales ilícitos en tanto las obligaciones *erga omnes* que han sido violadas generarán la aparición de nuevos derechos subjetivos para todos los Estados (196).

Cabría recordar a este respecto y entre otras declaraciones de estos Estados en los distintos casos anteriormente referidos, como con ocasión, por ejemplo, del embargo decretado por los EE.UU. a Uganda en 1977, el Presidente Carter afirmaría en una Conferencia celebrada el 23 de febrero de 1977 y en orden a justificar las medidas adoptadas en tutela de los derechos humanos, que los EE.UU. tenían una responsabilidad y un «derecho legítimo» para reaccionar frente a las violaciones de los derechos humanos.

También con ocasión del *asunto del personal diplomático y consular de los EE.UU. en Teherán*, el delegado noruego ante el Consejo de Seguridad destacaría que dicho asunto «concernía no sólo a Irán y los EE.UU. sino a la comunidad internacional en su conjunto»; habiendo señalado, por su parte, el Ministro de Asuntos Exteriores del Reino Unido en la Cámara de los Comunes el 12 de mayo de 1980 que el asunto en cuestión no se presentaba sólo como una disputa entre los EE.UU. e Irán en la cual los demás Estados representaban un papel de meros espectadores, sino que los sucesos ocurridos en Teherán constituían una afrenta a un sector del Derecho Internacional en la cual los intereses de todos los Estados están envueltos.

Y del mismo modo en el *asunto de las Islas Malvinas* el delegado de la República Federal de Alemania en el Consejo de Seguridad afirmaría al respecto que dada la creciente interdependencia de nuestro mundo, cada violación de la paz que se produce afecta a la comunidad internacional en su conjunto. En general los Estados al justificar sus reacciones se refirirían a la importancia que entraña la norma sobre el uso de la fuerza y la consiguiente gravedad de su violación, lo que justificaba la reacción de cada componente de la comunidad internacional (197).

Para un cierto sector doctrinal —americano y europeo— estos datos de la práctica permiten afirmar, que la figura del crimen internacional

(196) Como dice CARELLA, la reacción a estos crímenes internacionales ha sido frecuentemente acompañada de declaraciones por las cuales los Estados no lesionados materialmente han señalado que se había producido una lesión de un interés individual, haciendo por tanto expresa referencia a la titularidad de un derecho en el caso (*op. cit.*, p. 223). En definitiva parece que los Estados cuando reaccionan ante un crimen internacional lo hacen en virtud de la existencia de un derecho subjetivo.

(197) Cfr. respecto a todos estos casos y declaraciones CARELLA, *op. cit.*, pp. 200-205 y 223-224.

constituye ya auténtico Derecho positivo, conformado por una vía consuetudinaria (198).

A nuestro juicio, y aún a pesar de que estos casos de la práctica internacional resultan sin duda inquietantes desde un punto de vista político, no hay que dejar de advertir que estos actos se reducen a un cierto número de sanciones económicas impuestas exclusivamente por los Estados occidentales a partir de mediados de los años 70 (199).

De ahí que no admitamos, en la misma línea de las reflexiones realizadas por un destacado sector doctrinal, que estas manifestaciones de la práctica internacional puedan ser consideradas como suficientes para conformar una norma consuetudinaria en la materia. Además creemos, con CASSESE, que aún admitiendo que estos ejemplos (por relación concretamente a las reacciones frente a violaciones de los derechos humanos) prueben que los miembros de la comunidad mundial buscan castigar al Estado delincuente mediante la imposición de sanciones propias y particulares, no se puede olvidar su escasez, si los comparamos con el inmenso número de casos donde similares violaciones de los derechos humanos han tenido y tienen lugar. De ahí que, como sigue afirmando este autor, el carácter aislado y esporádico de estas sanciones podría permitir estimar que los Estados han estado y están motivados exclusivamente por consideraciones políticas a la hora de reaccionar en este sentido y que la adopción de «sanciones económicas» no puede ser considerada como indicativa de una tendencia real en la comunidad internacional (200).

La práctica no sólo resulta *escasa*, sino que tampoco se nos presenta, en efecto, como *constante*; pero es que además es posible descubrir una actitud de protesta por parte de otros muchos miembros de la comunidad internacional frente a este tipo de contramedidas económicas aplicadas por los Estados occidentales que vienen, en suma, a impedir cualquier posible cristalización de una norma consuetudinaria en la materia. No parece que sea una mera coincidencia, como dice CASSESE, que las denominadas sanciones económicas hayan sido tomadas exclusivamente por los países occidentales contra los Estados socialistas o del Tercer Mundo. La consecuencia que podría derivarse de este hecho es que sólo un sector de la comunidad internacional las considera apropiadas; y ello tal como por lo demás lo pone de manifiesto el hecho de que las protestas deriven no sólo de los Estados afectados sino también de Estados de otras áreas políticas e ideológicas contra esta clase de sanciones (201).

(198) Cfr. en este sentido, p.e., CARELLA, *op. cit.*, p. 192 y ss. y 215 y ss.

(199) Cfr. CONFORTI, *op. cit.*, pp. 100-111.

(200) CASSESE, *op. cit.*, p. 56.

(201) CASSESE, *op. cit.*, pp. 55-56. De donde se deriva, como sigue diciendo este autor, que la comunidad internacional en su conjunto está lejos de considerar esta clase de respuesta a graves

Y un signo inequívoco de la actitud de protesta de los países en vías de desarrollo frente a estas acciones de los Estados occidentales, viene dado por las medidas económicas regionales que se han venido adoptando tanto, por ejemplo, en el medio latinoamericano como islámico, y por la que se busca, en efecto, responder al uso de la fuerza económica ejercida por los Estados occidentales.

Así, p.e., en dos importantes decisiones adoptadas en 1982 por el Sistema económico latinoamericano (S.E.L.A.) —una sobre la Imposición de medidas económicas de carácter coercitivo y la otra sobre la Seguridad económica regional— después de definirse las medidas económicas de carácter coercitivo impuestas por los Estados occidentales como «instrumentos de presión política» contra los países en vías de desarrollo, y como constitutivas de actos en sí mismos «ilegítimos y arbitrarios» en cuanto no solo violan la Carta de las Naciones Unidas y concretamente el art. 41 por el que se concentra la competencia para emanar sanciones económicas en el Consejo de Seguridad, sino también otros instrumentos jurídicos internacionales como la Carta de Derechos y deberes económicos de los Estados (art. 32), se declararía la necesidad de los países del S.E.L.A. de procurar su propia solidaridad regional en orden a reaccionar contra las medidas económicas coercitivas aplicadas por terceros Estados occidentales en contra de las normas de derecho internacional, y mediante la adopción de actos y medidas antisancionatorias de contestación y resistencia a las acciones de los países occidentales.

Sin duda constituyen estas acciones una manifestación relevante de las diferencias que los distintos sistemas regionales observan en materia de sanciones económicas. Lo que habrá llevado a autores como PANEBIANCO a advertir acerca de la existencia en el Derecho internacional general actual de un doble régimen jurídico en materia de sanciones económicas (202). Y lo que en cualquier caso es expresivo de una actitud de rechazo y protesta desde los países en desarrollo hacia las medidas económicas adoptadas por los Estados occidentales.

violaciones de los derechos humanos, concretamente, como reacciones autorizadas. En este mismo sentido dice Conforti que se trata en efecto de manifestaciones de la práctica que han suscitado siempre *las protestas* —y en añadidura la acusación de agresión económica— de no solo los destinatarios de tales sanciones sino también de otros numerosos Estados socialistas y del Tercer Mundo (*op. cit.*, p. 110). Bien es cierto que para aquel otro sector de la doctrina al que el análisis de esta práctica sirve precisamente para afirmar de manera tajante que se ha producido ya la cristalización de una *norma consuetudinaria* en la materia, uno de los argumentos principales se centrará precisamente en la ausencia de protestas respecto a tales actos (Cfr. a este respecto, p.e., CARELLA, *op. cit.*, p.).

(202) PANEBIANCO, M., «Le sanzioni economico-politiche delle organizzazioni internazionali regionali», en *Le Droit International à l'heure de sa codification*, *cit.*, pp. 223 y ss.

Pero aún sobre la base de estas consideraciones generales, que permiten, en efecto, descubrir ya la actitud de condena que los países en desarrollo mantienen respecto a estas acciones occidentales, cabría aludir a los actos concretos de protesta que en la mayoría de los casos habrán emanado de los países socialistas y en desarrollo.

Así en el asunto de los rehenes norteamericanos en Teherán, cabría destacar la actitud de condena que mantendría la URSS en el curso de los debates que tendrían lugar en el seno del Consejo de Seguridad con motivo de este suceso, calificando de ilícitas las medidas de sanción económica impuestas por terceros Estados a Iran, y en tanto sólo sería lícito recurrir a medidas de coerción económica bajo autorización expresa del Consejo de Seguridad de acuerdo con el art. 41 de la Carta (203). Cabría recordar, además, las reacciones de la Conferencia islámica en este asunto, a través de distintas Resoluciones, aprobadas por los Ministros de Asuntos Exteriores, por las que se venía a «condenar firmemente cualquier amenaza o uso de la fuerza o cualquier otra forma de intimidación, de ingerencia o de imposición de sanciones económicas por parte de un país o grupo de países, a título individual o colectivo, contra Irán» (204).

También en el asunto de la *crisis polaca* habría que recordar que el COMECON, se expresaría en varias ocasiones sobre las sanciones económicas impuestas por la CEE y otros Estados occidentales, definiendo tales sanciones y restricciones al comercio con los países socialistas como una presión política hacia estos, condenando, así, p.e., en una declaración de 1982, tales acciones como flagrantes violaciones de normas internacionalmente reconocidas, y como medidas que no tiene sino por fin acrecentar la tensión internacional e impedir el desarrollo de la cooperación en el mundo (205).

(203) Entendemos que la URSS estaría condenando claramente las reacciones individuales de terceros Estados no directamente lesionados por el hecho ilícito, en tanto ello sólo es posible sobre la base de una decisión colectiva y de un mandato institucional de la ONU (de acuerdo con el Cap. VII de la Carta). Bien es cierto que otros autores como Carella estiman, por el contrario, que la contestación por parte de la URSS no se fundaba sobre la calidad de «terceros» de los Estados que habían reaccionado frente al ilícito iraní, sino sobre la afirmación de que sólo es lícito recurrir a medidas de coerción económica bajo la autorización expresa del Consejo de Seguridad de acuerdo con el art. 41 de la Carta. La prueba sigue diciendo Carella de que no se intentaba contestar la legitimación de los terceros Estados para reaccionar viene dada por el hecho de que sobre la base del argumento anteriormente expuesto resultarían reputadas ilícitas también las represalias adoptadas por los EE.UU., aún siendo el Estado que había sido objeto de un daño material directamente causado por el ilícito (*op. cit.*, pp. 202-203).

(204) Ver PANEBIANCO, *op. cit.*, pp. 245-246.

(205) Ver PANEBIANCO, *op. cit.*, pp. 241-242. Por su parte y en otro sentido dice Carella que las medidas adoptadas por terceros Estados contra Polonia no fueron objeto de un debate en el seno de la comunidad internacional (*op. cit.*, p. 204).

En cuanto al *asunto de las Islas Malvinas*, hay que recordar que durante los debates que en torno a este caso tendrían lugar en el Consejo de Seguridad, diversos Estados se opusieron a las medidas adoptadas contra Argentina bien, como manifestarían los delegados de Ecuador, El Salvador y Venezuela porque tales medidas representaban una auténtica agresión económica contra el pueblo argentino, como por el hecho, según manifestarían por su parte los Estados socialistas, de que la coerción económica era ilícita porque había sido adoptada en violación de los requerimientos de la Carta, esto es sin autorización del Consejo de Seguridad (206).

Además, serían también muchas en este caso las reacciones de protesta que se producirían por parte de distintas organizaciones de países latinoamericanos contra las medidas aplicadas por los Estados occidentales y la CEE frente a Argentina.

Así la Organización de Estados Americanos en distintas Resoluciones adoptadas en 1982 (concretamente en una Resolución adoptada el 28 de abril de 1982) vendría a «deplorar la adopción por parte de los miembros de la CEE y de otros Estados de medidas coercitivas de carácter económico y político que perjudican al pueblo argentino», señalando que tales medidas constituyen un grave precedente en cuanto que no se fundan en la R. 502 (1982) del Consejo de Seguridad y en tanto son incompatibles con la Carta de la ONU. Y en esta misma línea Resoluciones del Sistema Económico latinoamericano y de la Asociación Latinoamericana de Integración, organizaciones que además procederían a adoptar por su parte medidas económicas en favor de Argentina con el fin de contrarrestar las medidas aplicadas por los Estados occidentales (207).

Por todo ello, cabe afirmar, a nuestro juicio y como ya avanzamos, que el hecho de que nos encontremos ante una práctica escasa, una práctica no constante, y ante una práctica que ha sido objeto de firmes y permanentes protestas por parte de los países socialistas y en desarrollo impide afirmar que esta haya servido ya para conformar una norma consuetudinaria en la materia, esto es un régimen general sobre la figura del crimen

(206) No podemos compartir de nuevo aquí la idea de Carella de que tales protestas no afectan a la posible consideración como legítimas de las medidas adoptadas por terceros Estados por efecto de que éstas nunca se fundaron expresamente sobre consideraciones relativas al hecho de que habían sido adoptadas por Estados no lesionados materialmente (*op. cit.*, p. 206); frente a una interpretación como esta entendemos que en el mismo hecho de calificarlas de agresión económica se está implícitamente negando la posibilidad de que terceros Estados puedan reaccionar individualmente y en virtud de un derecho subjetivo frente a tales ilícitos. Además y por su parte Argentina en una nota transmitida el 26 de abril de 1982 al Comité de representantes permanentes de la CEE, manifestaba que las medidas adoptadas por los EE.UU. eran ilegítimas porque la CE no era parte directa en la controversia de fondo.

(207). Ver PANEBIANCO, *op. cit.*, pp. 242 y ss.

internacional en Derecho Internacional. Régimen en virtud del cual los sujetos legitimados para reaccionar serían todo los Estados, cualquier Estado, y en tanto que titulares de un auténtico derecho subjetivo (208).

Aún, en última instancia, y en orden a descubrir las posiciones de los Estados sobre esta materia, no hay que olvidar que sus Declaraciones en el marco de la VI Comisión de la AGNU en torno a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de los Estados, y concretamente respecto a la figura de crímenes internacionales, podría resultar también sumamente esclarecedora y probablemente expresiva de la *opinio iuris*.

Y en este sentido bien es cierto que un buen número de Estados se habrán venido manifestando en este marco a favor de admitir una excepcional legitimación de «todos los Estados» para reaccionar frente a las violaciones de normas que tengan por objeto la tutela de intereses esenciales para la comunidad internacional. Así, y entre los Estados —representando los principales componentes de la comunidad internacional— cabría destacar a Afghanistan, Argelia, Argentina, Bielorrusia, Brasil, China, Chipre, Egipto, Etiopía, Finlandia, Francia, Grecia, India, Indonesia, Iran, Italia, México, Países Bajos, RFA, RDA, Reino Unido, Rumanía, Sierra Leona, Tailandia, Trinidad y Tobago, URSS, Zaire.

Ahora bien si de entre este número de Estados es posible distinguir un número reducido de ellos que expresamente, en efecto, se habrán pronunciado en favor de una legitimación de los terceros Estados para recurrir individualmente a medidas de represalia cuando se hayan violado nor-

(208) Aún para aquellos autores como Carella que defienden la consolidación de esta norma consuetudinaria en la materia, esta práctica más reciente, que se produce a partir de mediados de los años 70, y por la que se vendría a manifestar el consenso de los componentes occidentales de la comunidad internacional, vendría a completar un proceso ya iniciado por otros miembros de la sociedad internacional a este respecto. Los Estados socialistas en primer lugar, seguidos de los países en vías de desarrollo, han sostenido, dice esta autora, la existencia de ilícitos que justifiquen reacciones generalizadas. Y en apoyo de su tesis dice Carella que difícilmente ha tenido lugar la aplicación de represalias, pero esta circunstancia no debe conducir a engaños. Esto se explica fácilmente considerando que las condiciones de insuficiente desarrollo económico de estos países les impedía, por razones más socioeconómicas que jurídicas, recurrir al arma de la coerción económica, a la cual podían por el contrario recurrir fácilmente los Estados occidentales (*op. cit.*, p. 217). Ahora bien frente a tales planteamientos creemos, con Conforti, que no puede establecerse una relación entre el comportamiento de occidente y el de otros países, para afirmar que la idea de crímenes, en cuanto ilícitos contrarios a normas fundamentales de la comunidad internacional moderna y no perseguibles exclusivamente por los Estados directamente lesionados o dañados, se había difundido, antes de los años 70, por la propia iniciativa de los países en vías de desarrollo y de los países socialistas respecto a normas como el *apartheid*, el colonialismo, la autodeterminación de los pueblos. Entendemos, en efecto, con Conforti, que ya entonces en la actitud de aquellos países se percibía la estrecha relación entre la intervención de la comunidad internacional en su conjunto y las Naciones Unidas (*op. cit.*, p. 110).

mas que afectan a intereses generales de la Comunidad internacional, no hay que dejar de destacar que la mayor parte de las referencias que se hacen, por estos Estados en sus declaraciones, a la legitimación de «todos los Estados» para reaccionar, o bien suponen una clara alusión a la comunidad de Estados como tal y no a cada Estado individualmente considerado, o bien representan todavía unas referencias vagas y abstractas de las que no es posible deducir todavía una interpretación unívoca en torno a quien sería el auténtico sujeto legitimado a tal fin: la colectividad en cuanto tal, o bien cada Estado por sí mismo.

Así y entre el primer grupo de Estados cabría destacar a la RFA, que en 1981 procedería a declarar que «en el mundo actual hay circunstancias, por excepcionales que sean, en las que un tercer Estado puede tener derecho a adoptar una posición no neutral respecto de un hecho internacionalmente ilícito, aunque este no le cause un perjuicio inmediato ni vaya dirigido contra él. Si se violan normas de derecho internacional, cuya observancia es de interés para la comunidad de Estados en su totalidad, los terceros Estados pueden tener perfecto derecho, aunque no se vean inmediatamente afectados, a adoptar contramedidas o a participar en ellas. Pero como decimos frente a este tipo de declaraciones expresas, las demás referencias a la legitimación de «todos los Estados», no pueden ser consideradas como manifestaciones claras y precisas del sujeto o sujetos que se estima como legitimados para reaccionar.

b) Legitimación de los Estados para reaccionar en el marco de la comunidad internacional organizada

En cualquier caso hemos visto que tiende a constatarse una afirmación progresiva de que ciertas obligaciones calificadas de *erga omnes* tienen un alcance tal que la violación de una de ellas debe considerarse como una infracción cometida contra todos los miembros de la colectividad internacional y no sólo contra el Estado o los Estados directamente afectados por esa violación, pero no se puede desconocer el riesgo que entraña, como dice AGO, el hecho de llevar el reconocimiento de ese principio —cuyo valor estriba en afirmar la necesidad de una solidaridad general— hasta el extremo de considerar que todo Estado está autorizado a reaccionar contra la violación de ciertas obligaciones cometidas en perjuicio de otro Estado y a aplicar individualmente al Estado autor de la violación medidas de represión (209).

Nosotros creemos, con un cierto sector doctrinal, que solo en un cuadro institucional, solo sobre la base de procedimientos orgánicos, o sea de

(209) AGO, Octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados, *ACDI*, 1979, Vol. II, primera parte, p. 43.

deliberaciones colectivas se podrá asegurar el mínimo de garantía de objetividad en el que un régimen de responsabilidad por crímenes, de carácter general, debe inspirarse. Y más concretamente el sistema de las Naciones Unidas representaría en principio, como veremos y según el derecho actual vigente, el único sistema en el que los crímenes internacionales pueden encontrar sanciones de carácter general.

Nosotros compartimos la posición de aquel sector doctrinal que sostiene una concepción «publicista» del crimen y sus consecuencias. Y de acuerdo con esta posición cuando se habla de reacciones a los hechos ilícitos particularmente graves ejercitables «por todos los Estados», se quiere aludir no a una facultad de acción individual, sino al poder de intervención de la comunidad de Estados organizada.

Ciertamente la existencia de normas que tutelan intereses fundamentales de la comunidad internacional no comportan de modo automático la posibilidad para cualquier Estado de reaccionar e intervenir en caso de violación: sería ciertamente muy formalista, como dice CONFORTI, sostener que tratándose de obligaciones *erga omnes*, y por tanto de obligaciones que podrían no provocar un daño directo a un Estado determinado (piénsese, por ejemplo, en la obligación de respetar ciertos derechos humanos fundamentales frente a los propios ciudadanos), todos los Estados puedan considerarse lesionados y actuar a todos los efectos (210).

Siendo, además esta la posición que en última instancia parece prevalecer en el seno de la Comisión de Derecho Internacional. La definición de crimen internacional enunciada en el art. 19 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados significa que la comunidad en su conjunto resulta lesionada por un hecho ilícito cometido contra una obligación internacional tan esencial para la salvaguarda de intereses fundamentales de la comunidad en su conjunto. De ahí que, como dice RIPHAGEN, ha de presumirse que la comunidad internacional organizada, (es decir la Organización de las Naciones Unidas), tiene un papel que desempeñar en la determinación de las consecuencias jurídicas especiales originadas por tal hecho (aún cuando se considere que no está en juego el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales) (211).

(210) CONFORTI, *op. cit.*, p. 103. En este sentido ha entendido también Picone, que la existencia de obligaciones *erga omnes* comporta por definición la atribución de derechos «colectivos» a todos los Estados, pero no necesariamente la atribución a todos y cada uno de los Estados de la legitimación para reaccionar por sí mismos en orden a procurar la tutela de tales obligaciones («Obblighi reciproci ed obblighi erga omnes degli Stati nel campo della protezione internazionale dell'ambiente marino» —Starace, V.ed—, Milán, 1983, p. 78.)

(211) RIPHAGEN, Tercer informe sobre el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional, *cit.*, p. 57.

En cualquier caso parece que hay pocas probabilidades, como advierte el Relator Especial RIPHAGEN, de que los Estados acepten en general una norma como la contenida en el art. 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados sin garantías legales de que no serán acusados por otro Estado o por todos los demás de haber cometido un crimen internacional ni se verán ante demandas o contramedidas de cualquier Estado o de todos los demás sin una determinación independiente y autorizada de los hechos y del derecho aplicable; ocurriendo por ello que los Estados no aceptaran una obligación de apoyar contramedidas adoptadas por otro Estado ni una obligación de participar en contramedidas colectivas sin una declaración independiente y autorizada y un debate y una decisión colectiva sobre la distribución de la carga del cumplimiento (212).

De ahí que si, como ya hemos visto, el art. 5.e (y el art. 9) del Proyecto de artículos contenido en el Sexto Informe de Riphagen parecería permitir que en caso de crímenes internacionales *cualquier Estado* puede considerarse Estado lesionado al decirse que «si el hecho internacionalmente ilícito constituye un crimen internacional» se considerará como Estado lesionado a «todos los demás Estados», abriéndose así por tanto la posibilidad de intervenciones autónomas de terceros Estados para reprimir tales crímenes internacionales, no hay que silenciar con todo que, en última instancia, en el art. 14 de dicho Proyecto —en el que se recogen las consecuencias jurídicas expresas de un crimen internacional— se dispone que las reacciones a los crímenes internacionales —esto es el ejercicio de los derechos dimanantes por la comisión de un crimen internacional— estarán sujetas «*mutatis mutandis*, a los procedimientos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales» (art. 14.3).

Habiendo advertido en este sentido Riphagen, en el comentario a dicho precepto, que «debe reconocerse que un Estado individual considerado como un Estado lesionado disfruta de esa condición como miembro de la Comunidad internacional en su conjunto sólo en virtud del aptd. e del art. 5, y debe ejercer sus nuevos derechos y cumplir sus nuevas obligaciones *dentro del marco de la comunidad organizada de Estados*. De ahí que el p. 3 del art. 14 estipule —aunque como una norma residual según vamos a ver— la aplicación *mutatis mutandis* de los procedimientos establecidos en la Carta de las N.U. para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (213).

(212) RIPHAGEN, Cuarto Informe..., *cit.*, p. 13. A este respecto observa ALLAND que «à la crainte que pouvait susciter une réaction toujours légitime des Etats à la violation d'une obligation *erga omnes*, sorte de dangereux blanc-seing d'ordre public, la Commission veut en effet fournir une réponse institutionnelle, substituée à la réponse individuelle: tels seraient les termes du régime dualiste de réaction qui s'ébauche» (*op. cit.*, p. 759).

(213) ACIDI, 1985, Vol. II, primera parte, p. 15.

El art. 14 en su p.1 dispone que «un crimen internacional da origen a todas las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito y, además, a los derechos y obligaciones que determinen las normas aplicables aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto». Desde aquí se deduce que las consecuencias jurídicas (adicionales) de un crimen internacional sólo pueden determinarse por la comunidad internacional en su conjunto, siempre y cuando previamente esta reconozca determinados hechos internacionalmente ilícitos como constitutivos de crímenes internacionales. Además todos los Estados distintos del Estado autor deben ejercer un cierto grado de solidaridad cuando se vean confrontados a la comisión de un crimen internacional. Y aquí también tanto la naturaleza de las medidas de solidaridad como los procedimientos internacionales para la «organización» de esa solidaridad —es decir su puesta en práctica— son susceptibles de determinación por la comunidad internacional en su conjunto siempre y cuando esta reconozca determinados hechos internacionalmente ilícitos como constitutivos de crímenes internacionales.

Ciertamente, ante todo, la determinación de las consecuencias jurídicas que hayan de derivarse de un crimen internacional y de los procedimientos necesarios para el ejercicio de las mismas podrán ser determinadas por normas específicas aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto; por donde late aquí la idea de procurar un procedimiento organizado y colectivo a la hora de reaccionar frente a la comisión de un crimen internacional, tal como por lo demás lo pone de manifiesto el hecho de que en ausencia de tales disposiciones específicas los Estados deben, en cualquier caso, ejercer, como hemos visto, sus nuevos derechos y cumplir sus nuevas obligaciones dentro del marco de la comunidad organizada de Estados. De ahí que en el pfo. 3 del art. 14 se diga que «Salvo que una norma aplicable de derecho internacional general disponga otra cosa, el ejercicio de los derechos dimanantes del párrafo 1 de este artículo y el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de los párrafos 1 y 2 de este artículo están sujetos, *mutatis mutandis*, a los procedimientos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales» (214).

(214) Cabría, por lo demás, hacer alusión también aquí a la posición de la jurisprudencia internacional en torno a esta materia. Y a este respecto parece oportuno señalar que hasta ahora las instancias judiciales y arbitrales internacionales sólo han reconocido al Estado directamente lesionado en sus propios «intereses jurídicos» el derecho de presentar una reclamación para exigir la responsabilidad del Estado autor del hecho internacionalmente ilícito. Ver para un análisis detallado sobre la posición del T.I.J., AGO, Quinto Informe sobre la responsabilidad de los Estados, *cit.*, pp. 30 y ss. Desde una interpretación distinta ver CARELLA, *op. cit.*, pp. 209 y ss. Por otra parte hay que recordar también, una vez más, que el T.I.J. en su reciente sentencia de 1986 en el asunto entre Nicaragua y EE.UU., vendría a descalificar cualesquiera medidas aplicadas por un Estado, entrañen o no el uso de la fuerza armada, contra otro Estado que tuviesen

c) Relación entre la figura de crimen internacional y el sistema de la Carta de las Naciones Unidas

Desde este enfoque parece que la responsabilidad por crímenes, y por tanto la aplicación de sanciones frente al Estado autor de tales crímenes, nos remite directamente al sistema de la Carta de las Naciones Unidas y concretamente a su Capítulo VII, esto es al sistema de seguridad colectiva y en particular a los arts. 41 y 42 (215).

La Carta de las Naciones Unidas asigna a los órganos de la Organización una capacidad para no solo autorizar, sino realmente encomendar a un Estado miembro que no sea víctima directa de una determinada infracción internacional así como a un grupo y a veces a la totalidad de los Estados miembros que apliquen ciertas medidas de sanción que no impliquen el uso de la fuerza contra el Estado que haya cometido una infracción de un contenido y una gravedad determinados. Esas sanciones pueden representar, como algunas de las enumeradas en el art. 41 de la Carta, medidas indudablemente desfavorables para los intereses del Estado al que se apli-

como causa la defensa de valores democráticos y la protección de los derechos humanos. Tal como ya recogíamos más atrás, por relación al supuesto de «intervención ideológica» el Tribunal entiende que el Derecho Internacional contemporáneo «ne prévoit aucun droit général d'intervention de ce genre en faveur de l'opposition existant dans un autre Etat», por donde «les actes constituant une violation du principe coutumier de non-intervention qui impliquent, sous une forme directe ou indirecte, l'emploi de la force dans les relations internationales, constitueront aussi une violation du principe interdisant celui-ci». Pero es que además el T.I.J., en este caso al analizar los argumentos sostenidos por los EE.UU., para justificar su asistencia a la *contra* nicaragüense —argumentos fundados en el hecho de que Nicaragua venía sosteniendo una conducta similar mediante, sobre todo, su apoyo a la oposición armada salvadoreña— manifestaría que estos hechos sólo justificarían contramedidas proporcionadas por parte del Estado que se considera víctima, del Estado lesionado, y nunca la adopción de contramedidas por un Estado tercero —como, en el caso, por parte de los EE.UU.— (CIJ, Recueil, 1986, pfo. 249).

(215) Cfr. CONFORTI, *op. cit.*, p. 104. Además hay que tener en cuenta, como dice este autor, que en el fondo de las protestas de los países socialistas y en vías de desarrollo frente a las reacciones de los Estados occidentales, ha permanecido siempre la tesis de que la sede legítima para emanar sanciones está en la ONU y sobre todo en el Consejo de Seguridad, según la URSS y los demás países socialistas, y en la AGNU y en el C. de S. para los países en vías de desarrollo (p. 111). Pero es que además y junto a esto creemos que esta idea es posible encontrarla también entre los propios países occidentales cuando han reaccionado en la forma apuntada anteriormente; pues en muchos de sus argumentos se encuentra la idea de que han actuado a tenor de una resolución del Consejo de Seguridad (incluso de una resolución no aprobada por imposición del veto por un Estado) o, por razón de que la ONU no ha podido reaccionar, y si bien aquí se plantea la capacidad de acción sustitutoria de los Estados, en el fondo parece estar siempre presente, como decimos, este sentimiento de que la sede legítima para reaccionar está en la ONU. Ciertamente no hay que olvidar que en la mayoría de los casos de la práctica internacional que hemos señalado más atrás, los Estados vendrían a reconocer explícita o implícitamente que la sede legítima para emanar este tipo de sanciones estaría en el Consejo de Seguridad, habiendo ejercido este tipo de medidas en substitución del Consejo y como consecuencia de su falta de operatividad y eficacia. En última instancia, en efecto, se produce un reconocimiento del papel que a las Naciones Unidas corresponde en este ámbito.

quen, sin que ello suponga necesariamente y en todo caso que haya una falta de conformidad, en relación con ese Estado, con las exigencias de una obligación internacional. Ahora bien esto no impide que a menudo ocurra de otro modo: así mediante la interrupción de las relaciones económicas con un Estado con el que el Estado que pone en práctica esa medida, está obligado por un tratado de colaboración económica o de comercio (hecho que en otras condiciones supondría probablemente un acto internacionalmente ilícito), del mismo modo que mediante la interrupción de las comunicaciones ferroviarias, marítimas o aéreas con un Estado con el que se haya concertado uno de los múltiples acuerdos de cooperación en estos campos, o también de medidas como la prohibición del comercio de armas u otros materiales con un Estado con el que se está obligado por tratado a proporcionar esos suministros.

Y entre los supuestos que en virtud del Cap. VII de la Carta posibilitan la intervención sancionatoria del Consejo de Seguridad cabe desde luego incluir algunos de los ilícitos indicados como crímenes por el art. 19 de la CDI: sobre todo los actos de agresión y la amenaza del uso de la fuerza, a los que parece expresamente limitarse el art. 39 de la Carta; pero también, si se tiene presente la práctica del Consejo de Seguridad, crímenes como el *apartheid* y la violación del principio de autodeterminación de los pueblos. La discrecionalidad de la que goza el Consejo de Seguridad en la determinación de los supuestos de agresión y de la amenaza a la paz permite que cualesquiera de los crímenes indicados a título de ejemplo en el art. 19.3, o uno cualquiera de los hechos ilícitos calificados como crímenes en el sentido del art. 19.2, pueda producir las consecuencias previstas en el Cap. VII (216).

Ahora bien no hay que dejar de advertir que el intentar establecer una relación tan directa entre la figura de los crímenes internacionales y el sistema de la Carta podría constituir una operación discutible, y a nuestro juicio y en las circunstancias actuales, difícil de realizar.

Como hemos visto la comunidad internacional en su conjunto es la que tiene que determinar y aplicar las consecuencias jurídicas adicionales especiales de esas graves violaciones, pero habría que advertir, con McCAF-FREY, que ni siquiera las Naciones Unidas están facultadas, en virtud de la Carta, para castigar a un Estado miembro ni, para el caso, a un Estado no miembro, por lo menos conforme a la definición ordinaria de las medidas punitivas. El único fin de las medidas y acciones que puede adoptar el Consejo de Seguridad en cumplimiento de los arts. 41 y 42 de la Carta es el de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales (217).

(216) Cfr. CONFORTI, *op. cit.*, p. 106, nota 15.

(217) *ACDI*, 1985, Vol. I, p. 98.

En este mismo sentido se habrá venido manifestando un cierto sector doctrinal, declarando, p.e., CONFORTI, que en realidad el sistema de seguridad colectiva de la Carta se inspira en una lógica distinta de la que parece sostener al art. 19 del proyecto de la C.D.I. (218), pues, ciertamente, como habrán destacado ciertos miembros de la C.D.I. como CASTAÑEDA o REUTER, se hace necesario distinguir entre la coerción, que constituye una manifestación del poder ejecutivo, y la sanción que es una manifestación del poder represivo. La cuestión de saber si una acción coercitiva ordenada por el Consejo de Seguridad constituye una sanción en el sentido puramente técnico del término o bien una medida política o militar destinada a poner fin a una violación de la paz o a una agresión, es una cuestión que muchos internacionalistas como Kelsen se han planteado, como recuerda Castañeda. Según Kelsen el sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas persigue una finalidad deliberadamente política: su finalidad esencial es mantener la paz sin tener en cuenta la letra del derecho. Así un acto que no sea ilícito, como ciertas medidas económicas, puede dar lugar a una acción coercitiva porque constituya una amenaza a la paz; por el contrario en un caso de violación grave y flagrante del derecho internacional, el Consejo de Seguridad bien podría estimar que el mejor medio para salvaguardar la paz consiste en no ordenar una acción coercitiva. Desde aquí Kelsen ha llegado a la conclusión de que el sistema de seguridad colectiva de las Naciones y cualquier acción coercitiva ordenada en el marco de ese sistema persigue la finalidad no de restablecer el orden jurídico que ha sido violado, sino sencillamente de restablecer la paz y estas dos cosas pueden muy bien no ser sinónimas (219). De ahí que como, por su parte, ha advertido DUPUY el papel del Consejo de Seguridad no es hacer respetar el derecho sino salvaguardar la paz, lo cual desde luego no es la misma cosa (220).

Por ello y aunque la responsabilidad por crímenes internacionales, derivada de la existencia de obligaciones *erga omnes*, sólo nos parece posible sobre la existencia de procedimientos institucionalizados capaces de dictar sanciones colectivas, no hay que olvidar, como dice CONFORTI, los límites que las actuales formas de organización de la comunidad internacional encuentran, siendo así que de producirse una acentuación de dichos límites ello puede conducir a posiciones del todo escépticas también por lo que se refiere a la oportunidad de atribuir a las Naciones Unidas la función

(218) CONFORTI, *op. cit.*, p. 106. En esta misma línea DUPUY al entender que la Carta no otorga al Consejo un poder de castigar sino de utilizar vías de ejecución contra los Estados recalcitrantes para prevenir o restablecer la paz internacional; su función, como sigue diciendo este autor, sería más de policía que de represión (*op. cit.*, p. 472).

(219) *ACDI*, 1976, Vol. I, pp. 252-253.

(220) DUPUY, *op. cit.*, p. 529.

de abatir y reprimir los crímenes internacionales. Si los Estados y particularmente las Grandes Potencias no superan, como sigue diciendo CONFORTI, la actual fase de desconfianza hacia los mecanismos institucionales ofrecidos por las Naciones Unidas, y si tales mecanismos no resultan ampliados y multiplicados (p.e. desarrollándose una serie de competencias sancionatorias de la Asamblea General, obviamente con la oportuna modificación del sistema de votación en el seno de la misma) será difícil dar a las consecuencias del crimen internacional una caracterización cierta y diversa de la mera posibilidad de dictar condenas morales (221).

D) *El crimen internacional como figura de iure condendo*

A tenor de todas estas consideraciones, podemos concluir que ni la práctica desarrollada por los Estados occidentales desde estos últimos años permite afirmar que ha cristalizado una norma consuetudinaria al respecto —norma por la cual los Estados estarían legitimados para reaccionar individual y autónomamente frente a la comisión de hechos ilícitos graves que podríamos calificar de crímenes internacionales— ni el grado de organización de la sociedad internacional, ni la naturaleza de las competencias atribuidas a una organización universal como las Naciones Unidas, permite, verdaderamente, hacer frente a tales hechos ilícitos desde respuestas colectivas y organizadas de la Comunidad internacional.

De ahí que, a nuestro juicio, la figura de los crímenes internacionales asuma sólo una relevancia de *iure condendo*, subordinada, por tanto, a la creación de mecanismos convencionales idóneos para realizar el proceso de institucionalización del que serían expresión (222).

En cualquier caso lo que no es posible defender en el actual orden jurídico internacional es una capacidad individual y autónoma de los Estados para reaccionar frente a presuntos hechos ilícitos especialmente graves, esto es frente a actos constitutivos de lo que podría denominarse un crimen internacional. Y desde aquí hay que admitir en consecuencia que dado, a su vez, el estado actual de organización de la comunidad internacional, es probable que en muchos casos no sea posible dar respuesta alguna a estos hechos ilícitos (223).

(221) CONFORTI, *op. cit.*, p. 107.

(222) Razón por la cual admitiríamos la crítica de aquellos autores como Carella que dicen (*op. cit.*, p. 186 y 188) que de acuerdo con esta concepción doctrinal no se estaría admitiendo la existencia de una diferencia de regímenes de responsabilidad en el plano del Derecho Internacional general, esto es independientemente de los procedimientos institucionalizados —ya existentes o a introducir— de verificación y actuación.

(223) Cfr. McCAFFREY, *ACDI*, 1985, Vol. I, p. 97.

Y constituye ésta una conclusión que sin duda a más de uno podría resultar descarnada, en tanto se admite la posibilidad de que graves violaciones de normas que interesan a toda la comunidad internacional puedan resultar impunes.

Pero en la construcción de las normas jurídico internacionales no hay que perder de vista la realidad del medio internacional sobre la que éstas operan y, por tanto los límites que en ningún caso por ahora podrá sobrepasar el ordenamiento jurídico internacional: concretamente los límites que se derivan de la tensión o contradicción que se produce entre una progresiva afirmación de intereses colectivos o comunitarios y el destacado papel que las soberanías estatales juegan todavía en el medio internacional y por tanto de la escasa institucionalización de la misma.

En el orden internacional actual, como ya hemos visto, es posible constatar una fuerte tensión entre la idea de soberanía estatal y los objetivos de cooperación internacional, esto es, entre los fuertes individualismos estatales de una sociedad tan estrechamente relacional todavía, y los intereses colectivos de una sociedad internacional crecientemente interdependiente; tensión que lamentablemente tenderá a resolverse la mayoría de las veces en favor de los individualismos frente a las solidaridades, dadas las diferencias que dividen a los miembros de la sociedad internacional.

Sólo desde una perspectiva realista como ésta, puede captarse adecuadamente el papel que desempeña en el orden internacional contemporáneo la idea de comunidad internacional. Como ya se ha puesto de manifiesto, es cierto que en el Derecho Internacional contemporáneo tiende a percibirse, frente a los exclusivos y estrechos individualismos del pasado, una definida dimensión comunitaria. Pero, pese a ello, habría que advertir que la noción de comunidad internacional no debe ser entendida, al decir de CARRILLO, como una realidad que haya venido a desplazar a los Estados soberanos, sino «como un marco de referencia que simboliza la progresiva toma de conciencia de intereses comunes, colectivos, que van más allá de los intereses nacionales de los Estados individualmente considerados» (224); procediendo, por lo demás, resaltar que la declaración de tales intereses colectivos parece sobrepasar sólo muy levemente los niveles meramente programáticos y de buenas intenciones, no correspondiéndose, por tanto, con una solidaridad auténticamente efectiva.

Por encima de cualesquiera declaraciones retóricas, la cuestión está en saber, como plantearía DE VISSCHER, en los años cincuenta, si las relaciones internacionales nos ofrecen en su condición presente verdaderas solidaridades; y aún hoy siguen resultando válidas, a nuestro juicio, las re-

(224) CARRILLO SALCEDO, *op. cit.*, p. 231.

flexiones de este destacado autor, al advertir que si en el Estado son los intereses vitales (los más profundamente políticos) los que ponen en movimiento las solidaridades supremas, todo lo contrario ocurre en lo que respecta a la comunidad internacional: si en cuestiones de menos importancia (de carácter económico o técnico, por ejemplo), aparecen en ellas solidaridades de orden secundario, cuanto más importante es la cuestión de que se trata menor es la acción que la comunidad ejerce sobre sus miembros; en definitiva «la comunidad internacional es un orden en potencia en el espíritu de los hombres pero no se corresponde a un orden efectivamente establecido» (225). De ello da buena prueba el hecho de que ante cuestiones especialmente sensibles en que pugnan los intereses de los Estados industrializados y de los Estados en desarrollo, los primeros, como advierte PASTOR, tienden a hacer perdurar los patrones del Derecho Internacional clásico, mientras que los segundos querrian implantar principios y soluciones del Derecho Internacional contemporáneo (226).

Y a caso, si las nuevas instituciones jurídicas se basan sobre una solidaridad internacional todavía extraordinariamente limitada y poco efectiva, si el Derecho internacional es producto, con frecuencia, de una operación de ajuste o acomodación de intereses contrapuestos con un resultado de prevalencia de los intereses de los más fuertes y por tanto de los individualismos estatales sobre cualquier orden de valores solidarios, ¿resulta legítimo predicar los valores de «solidaridd» «comunidad internacional» «Humanidad» en orden a sancionar la violación de unas normas en las que muchas veces tales valores solo adquieren una dimensión retórica y programática, y por parte precisamente de aquéllos que más contribuyen a impedir cualquier dimensión práctica y efectiva de tales solidaridades? ¿En virtud de qué justo y legítimo título —cabría preguntarse con sorpresa y admiración contenida— podrían reclamar ciertos Estados constituirse en garantes de ciertos intereses básicos y fundamentales de la Comunidad internacional, cuando son precisamente ellos los que a través de sus conductas impiden cualquier consecución práctica de una auténtica solidaridad internacional?

Ciertamente hay que ser consecuentes con la propia realidad del medio internacional, y aceptar las limitaciones que el sistema jurídico internacional necesariamente ha de encontrar a la luz de tales realidades.

Y a tenor de tales razonamientos y en virtud de las características peculiares del ordenamiento jurídico internacional, cabría afirmar con CON-

(225) DE VISSCHER, *Teorías y realidades en Derecho Internacional Público*, cit., pp.95-96 y 106.

(226) PASTOR, *op. cit.*, pp. 69-70.

FORTI, que nada excluye que las normas que tutelan intereses fundamentales estén desprovistas de normas secundarias de carácter general (227).

Y es este desde luego un resultado que nosotros consideramos preferible a una descentralización anárquica de la tutela del orden público internacional. Un tal tipo de acciones ejercidas en defensa —aparentemente— de obligaciones internacionales esenciales para la salvaguarda de los intereses fundamentales de la comunidad internacional (crímenes internacionales) sin la intervención de órganos representativos de la Comunidad (p.e., órganos de las Naciones Unidas), entrañan el riesgo de abrir, como dice DUPUY, «une brèche béante dans tout le droit de la responsabilité sinon même au-delà en ébranlant la notion même d'illicite. Il est à redouter que les Etats iront opportunément puiser dans ce concept inespéré le "blanc-seing d'ordre public" au nom duquel ils légitimeront aisément des actions que la stricte légalité interdit» (228). Una acción como la ejercida por los Estados occidentales en defensa de la norma, no podrá ser considerada como dice este autor, más que como una acción aleatoria, precisamente porque ella no puede extraerse del contexto estratégico, diplomático y político en el que se inscribe. Adoptada no por un órgano representativo del conjunto de la Comunidad en nombre de la cual ella se ejerce, sino solo por algunos de sus miembros, pertenecientes al bloque occidental y ligados en función de su historia, de su ideología y de sus propios objetivos económicos y estratégicos, se presenta como una acción que a todas luces pierde su calidad de «acción pública» con la vocación universal que ella pretende revestir, para no aparecer más que como una desviación demasiado subjetiva de la norma en beneficio de intereses particulares (229).

Por ello es comprensible que una colectividad como la internacional, dedicada a la búsqueda de una organización más estructurada y de un esbozo por lo menos de institucionalización, haya tomado otra dirección, es decir, se haya inclinado hacia un sistema que reserva a instituciones internacionales distintas de los Estados la tarea previa de determinar la existencia de una infracción de una obligación de importancia esencial para toda la colectividad internacional y después de tomar una decisión acerca de las medidas que deben adoptarse y de su ejecución (230).

De no ser así puede fácilmente comprenderse, como dice SCHACHTER, que «collective 'self-help' measures, outside of the framework of international institutions or judicial proceedings might contribute further to

(227) CONFORTI, *op. cit.*, p. 103.

(228) DUPUY, *op. cit.*, p. 270.

(229) *Id.*, p. 542.

(230) Cfr. AGO, Octavo Informe sobre la responsabilidad de los Estados, *cit.*, p. 43.

international anarchy»; razón por la cual, añade este autor, «the role of international organizations may be a significant element in strengthening the grounds for such collective self-help, but this depends on the quality of the fact-finding and appraisal by the international body» (231).

De ahí que se venga insistiendo a nivel doctrinal en la necesidad —como dice CARRILLO— de que toda controversia que surja acerca de la existencia de un crimen internacional sea sometida al T.I.J., sin perjuicio de las competencias que corresponden al Consejo de Seguridad y, en el terreno de la sanción, en la necesidad de que la adopción de medidas coercitivas no se deje al arbitrio de los Estados sino que se encomiende a un órgano internacional en el marco de sus propias competencias (232).

(231) SCHACHTER, «International Law in Theory and Practice», *cit.*, p. 184.

(232) CARRILLO SALCEDO, La distinción entre crímenes y delitos internacionales. Una posible aportación iberoamericana a la codificación y desarrollo progresivo del Derecho de la responsabilidad internacional de los Estados (Anteproyecto de Ponencia. XII Congreso del IH-LADI (Venezuela, 1980), Madrid, 1979.

