

**LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL
DEL ESTADO POR EL USO DE LA FUERZA ARMADA
(LA CONFORMACION DEL HECHO ILICITO
INTERNACIONAL)**

por CESAREO GUTIERREZ ESPADA

SUMARIO

INTRODUCCION

- I. EL CONTENIDO CONCRETO DE LA NORMA QUE PROHIBE EL USO DE LA FUERZA ARMADA
 1. La Carta de la Organización de Naciones Unidas.
 2. La evolución del sistema: una práctica desestabilizadora.
 3. La incidencia que la evolución padecida por el sistema ha ejercido y ejerce sobre la norma y aun sobre la esencia misma de la prohibición como norma de Derecho internacional general.
 4. Su incidencia sobre la naturaleza imperativa de la norma.
- II. CUESTIONES CONECTADAS CON LAS CONDICIONES EN QUE EL USO DE LA FUERZA ES IMPUTABLE O ATRIBUIBLE AL ESTADO
 1. La imputación o atribución al Estado de los comportamientos contrarios a una norma internacional, requisito indispensable para comprometer su responsabilidad internacional.
 2. Son imputables al Estado los hechos de sus órganos o de personas o entidades que ejercen prerrogativas propias del poder público.
 3. Son imputables *al Estado* los hechos de personas «que actúan por *su* cuenta». Los supuestos de *agresión indirecta*.

III. EL USO DE LA FUERZA ARMADA Y LAS CIRCUNSTANCIAS DE EXCLUSIÓN DE LA ILICITUD

1. **Introducción**
2. **Aproximación a los factores de exclusión de la ilicitud que pasan por la reformulación sustantiva de la prohibición del uso de la fuerza.**
3. **La aplicación de las causas técnico-jurídicas de exclusión de la ilicitud.**
 - A) *La legítima defensa.*
 - B) *El estado de necesidad.*
 - C) *Otras causas (las contramedidas, el consentimiento).*

CONCLUSION

A los alumnos, todos, que me honraron asistiendo a mis exposiciones con una atención y una cordialidad que no he olvidado.

«Llegada la guerra, el cuadro se entenebrece visiblemente y por todos los lados, y el conocimiento, sentimiento y respeto del Derecho internacional sufren el máximo eclipse de que la realidad de la vida puede dar testimonio.

Sólo cabe negarlo alistándose en las filas de los apologistas de la fuerza, que es divinidad a que han rendido culto, no sólo gentes de incipiente cultura y entusiastas profesionales de las armas, sino algunos de los hombres que han impreso con mayor energía el sello de su personalidad soberana en la marcha de las ideas a través de la historia.

Nada más lejos de mi ánimo como adoptar, frente al problema que examino, una posición que sería tan cómoda como, para mí, poco honrada; porque ni pienso que la guerra sea, por sí misma, un bien, fuente continua o expresión necesaria del Derecho, a la manera en que pensaron De Maistre, Proudhon o Hegel, ni he creído nunca que, en todo caso, debe ser proscrita y maldecida».

JOAQUÍN FERNÁNDEZ PRIDA: *La crisis del Derecho internacional*, discurso pronunciado el día 23 de mayo de 1915 en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, y publicado en Madrid, Imprenta Clásica Española, 1915 (pp. 29-30).

INTRODUCCION

1. Cuando un *Estado* quebranta la norma que prohíbe el uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales (1) comete, según el DIP contemporáneo, un hecho ilícito internacional que genera su responsabilidad jurídica.

2. Sin hecho ilícito internacional no existe *propiamente responsabilidad internacional* (2), y para que de hecho ilícito de un *Estado* podamos hablar será

(1) No es mi propósito, por tanto, estudiar el tema de la *amenaza* del uso de la fuerza.

Tampoco del empleo de lo que podríamos denominar *fuerza no armada*. Sobre el uso de la *fuerza económica* vid. *ad ex.* RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J.: *Uso de la fuerza por los Estados*, Málaga, Organización Sindical, 1974, 353 ss.; FARER, T.J.: «Political and economic aggression in contemporary international law», en A. Cassese (Edt.) *The current legal regulation of the use of the force*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1986, 121-31; DE GUTTRY, A.: «Some recent cases of unilateral countermeasures and the problems of their lawfulness in international law», *Italian Y.I.L.* 7 (1986-87) 169-89; YOUSIF ELAGAAB: *The legality of non-forcible countermeasures in international law*, Oxford, Clarendon Press, 1988 (en especial 190-213); GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El uso de la fuerza y el Derecho internacional después de la descolonización*, Valladolid, Univ. de Valladolid, 1988, 35 ss. (y la bibliografía que se cita); NEFF, S.C.: «Boycott and the Law of Nations: Economic warfare and modern international law in historical perspective», *B.Y.I.L.* LIX (1988), 113-49; PUEYO LOSA, J. «Represalias, uso de la fuerza y crímenes internacionales en el actual orden jurídico internacional», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1988*, 45-147 (en 111 ss.); y también, aunque su enfoque es de mayor alcance y objetivos, LORI F. DAMROSCH: «Politics across borders: nonintervention and nonforcible influence over domestic affairs», *A.J.I.L.* 83 (1989), n.º 1, 1-50.

Asimismo, tampoco abordo el problema de la responsabilidad de las *Organizaciones internacionales*. Sobre éstas, y desde un planteamiento general, vid. *ad ex.* PÉREZ GONZÁLEZ, M.: *Las organizaciones internacionales y el derecho de la responsabilidad*, Anteproyecto de Ponencia al XIV Congreso del IHLADI, Madrid, Secretaría General, 1985; ID.: «Les organisations internationales et le droit de la responsabilité», *R.G.D.I.P.* 92 (1988), n.º 1, 63-102.

(2) No puedo entrar en el tratamiento de la denominada *responsabilidad internacional por hechos ilícitos* («por hechos no prohibidos por el Derecho internacional», en la terminología de la CDI), ni sobre la naturaleza jurídica de dicha figura.

Sobre este tema vid. *ad ex.* DUPUY, R.J.: «Le fait générateur de la responsabilité Internationale des Etats», *RdC* 188 (1984-V), 9-134 (en 61 ss.); ZEMANEK, K.: «La responsabilité internationale des Etats pour faits internationalement illicites ainsi que pour faits internationaux licites», *Responsabilité internationale*, Cours et Travaux (Institut des Hautes Etudes Internationales), Paris, Pédo-

preciso la existencia de un comportamiento contrario a lo exigido por una norma internacional dada, la que prohíbe el uso de la fuerza armada en nuestro caso, esto es, un *elemento objetivo*; pero también que ese comportamiento sea imputable o atribuible a ese Estado, es decir, un *elemento subjetivo*; y, en fin, para cerrar el círculo, que ese comportamiento aparentemente contrario a una norma internacional e imputable a un Estado dado no resulte «justificado» por la presencia de *una causa de exclusión de la ilicitud*.

3. Y este será el esquema que seguiré en el presente Curso: I. Cuestiones conectadas con el contenido concreto de la norma que prohíbe a los Estados el uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales; II. cuestiones conectadas con las condiciones en que el uso de la fuerza armada es imputable a un Estado dado; III. aspectos relativos a las causas que permitirían excluir la ilicitud de un comportamiento en principio contrario a dicha norma.

4. Y sólo me queda por añadir, para cerrar estas palabras introductorias, una afirmación que es en el fondo la confesión de lo que me atrevería a calificar de inevitable disculpa: No voy a tratar en profundidad todos y cada uno de los problemas que las cuestiones apuntadas plantean. Ni los objetivos del Curso me permitirían contar con el tiempo necesario, ni, por lo demás, creo poseer la madurez precisa para hacerlo. Me limitaré, por tanto, a analizar en cada una de ellas los temas más importantes y actuales que suelen plantearse respecto de este sector.

De tal modo, que una acomodación perfecta del título de este Curso a su contenido real me obligaría a «estirar» su de por sí ya largo título, para convertirlo en algo parecido a lo que sigue: *algunos problemas seleccionados sobre la responsabilidad internacional del Estado por el uso de la fuerza armada en el DIP contemporáneo (La conformación del hecho ilícito internacional)*.

I. EL CONTENIDO CONCRETO DE LA NORMA QUE PROHIBE EL USO DE LA FUERZA ARMADA EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

«Procelosas y oscuras son las aguas...»

5. Un Estado comete un hecho ilícito internacional cuando incumple lo dispuesto por una norma internacional. En nuestro caso, un Estado incurre en un hecho ilícito cuando incumple la norma que prohíbe el uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales.

ne, 1987, 1-88 (en 9-14, 16-18, 26-32, 42-46, 54-56, 73-74, 83); ID.: «Causes and forms of international liability», *Contemporary intern. law. Essays in honour of Georg Schwarzenberger on his eightieth birthday*, ed. por Bing Cheng y E.D. Brown, Londres, Stevens, 1988, 319-32; BOYLE, A.: «State responsibility for injurious consequences of acts not prohibited by intern. law: A necessary distinction?», *I.C.L.Q.* 39 (1990) n.º 1, 1-26; BARBOZA, J.: «La responsabilité 'causale' à la CDI», *A.F.D.I.* XXXIV (1988), 513-22.

Pero aquí empieza el problema precisamente, porque ¿cuál es el contenido concreto de una disposición tan sucintamente «rotulada» con la afirmación de que está prohibido utilizar la fuerza armada en las relaciones internacionales? No en vano un buen conocedor del tema, en su vertiente teórica y en su tratamiento actual en el marco de la ONU, como Tullio TREVES ha podido escribir recientemente que, siendo el principio de prohibición de la fuerza uno de los pilares del DIP contemporáneo: «no es menos cierto que su interpretación es difícil, como lo demuestra no sólo la existencia de una abundante literatura sino (sobre todo, añadiría yo) las discusiones sobre la excepción más importante a la aplicación del principio, esto es, como se sabe, la legítima defensa» (3).

1. La Carta de la Organización de Naciones Unidas

6. En el Derecho internacional clásico, esto es y por entendernos, en el DIP hasta la primera guerra mundial, el uso de la fuerza armada por los Estados constituía, desde sus manifestaciones menores hasta la guerra misma, un atributo de su soberanía o, si se prefiere, uno más entre los procedimientos que los Estados tenían para resolver sus controversias con otros Estados.

Es decir, en dicho período el DIP *no sancionaba* en términos jurídicos la utilización por los Estados de la fuerza armada para la resolución de sus controversias con otros Estados o en defensa de sus intereses. Baste la cita de un «elemento revelador» de esta situación: El 18 de octubre de 1907 se adopta, en La Haya, el *Convenio relativo a la limitación del empleo de la fuerza para el cobro de deudas contractuales* (Convenio DRAGO-PORTER), en cuya virtud (art. 1, párr. primero): «las Potencias contratantes convienen en no recurrir a la fuerza armada para el cobro de deudas contractuales reclamadas al Gobierno de un país por el Gobierno de otro, como debidas a nacionales suyos» (4).

Parece evidente entonces (5), al considerarse necesario proscribir expresamente el empleo de la fuerza armada *en este supuesto concreto*, que los Estados de la época se consideraban autorizados a desencadenarlo en defensa de sus derechos e intereses (6).

(3) «La Déclaration des N.U. sur le renforcement de l'efficacité du principe du non-récours à la force», *A.F.D.I.* XXXIII (1987), 379-98 (en 380).

(4) El texto del Convenio en RAVENTOS, M. y OYARZÁBAL, I.: *Colección de textos internacionales*, t. I, Barcelona, Boch, 1936, 611-12.

(5) STARACE, V.: «La responsabilité résultant de la violation des obligations à l'égard de la communauté internationale», *RdC* 153 (1976-V), 263-318 (en 276).

(6) El sistema normativo del momento imponía únicamente, en este sentido, dos límites: *De una parte*, el Estado que decidía acudir a la guerra, forma extrema y más radical del uso de la fuerza, debía manifestar expresamente su intención (*declaración de guerra*); *de otra*, una vez declarada ésta, los participantes se hallaban jurídicamente obligados a desarrollar las hostilidades acatando las normas del *ius in bello*, reguladas principalmente en los Convenios de La Haya (1899, 1907).

Con todo, debe observarse que aún a falta de declaración formal de guerra, la situación bélica que se desarrollaba *de facto* ponía en funcionamiento las normas del *ius in bello* (vid. *ad ex.* CASSESE, A.: *Il Diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Bolonia, Il Mulino, 1984, 243 ss.).

7. El fin de la primera guerra mundial marcó el inicio de un proceso progresivo tendente a la eliminación de la guerra, del uso de la fuerza armada más en general, que culmina en el plano jurídico con la adopción en 1945 de la Carta de Naciones Unidas. En ese proceso, integrado por varias fases y esfuerzos (7), es necesario destacar dos etapas esenciales: una la constituida por el Pacto de la SdN (1919), la otra por el Pacto de París o de BRIAND-KELLOG (1928):

— El Pacto de la SdN limita en el plano jurídico, sin llegar a su total prohibición, el recurso a la *guerra*. De hecho, el sistema establecido por el Pacto admitía supuestos en los que la *guerra* era un recurso lícito del Estado y otros supuestos en los que no lo era desde el punto de vista del Derecho internacional (8). El Pacto se ocupó, asimismo, de establecer para los supuestos de guerra permitidas, una *moratoria de guerra*, es decir, la demora en su desencadenamiento por un plazo de tres meses desde la fecha, según los casos, del Informe del Consejo de la SdN o de la sentencia arbitral o judicial pronunciada respecto del conflicto en cuestión; el objetivo de esta llamativa disposición es evidente: se trataba de dar tiempo a las partes, para provocar con el transcurso del tiempo el enfriamiento de la tensión y, simultáneamente, estimular la reflexión de los implicados sobre las consecuencias de lo que se les venía encima.

Limitación, pues, pero no *prohibición* de la *guerra* por el sistema jurídico internacional que emana del Pacto de la Sociedad de Naciones. Comentaristas del mismo hablaron, en tal sentido, de que en el Pacto había aparecido una *grieta*. Pero fue posible, asimismo, hablar de una *segunda grieta* en la construcción que el Pacto llevó a cabo en relación con el problema del uso de la fuerza: es dudoso en efecto que éste prohibiera un recurso a la fuerza armada no constitutivo de una guerra en debida forma. Con otras palabras, es dudoso que el Pacto prohibiera las represalias armadas (9).

(7) *Vid. ad. ex.* CALEGOROPOULOS-STRATIS, S.: *Le recours à la force dans la société internationale*, Lausanne-Paris, Ed. LEP-LGDJ, 1986, 44 ss.

(8) La guerra es *lícita* cuando las partes en un conflicto se niegan a seguir el Informe del Consejo de la SdN (si éste no fue adoptado por unanimidad de sus miembros), o cuando la diferencia versa sobre una cuestión que, por pertenecer al ámbito de la competencia interna de los Estados, el Consejo no entraba a analizar. En estos casos, con todo, se aplicaba la *moratoria* a que me he referido en el texto.

La guerra *se permite o tolera*, tras la autorización del Consejo, para la ejecución del Informe unánime del Consejo o de una sentencia arbitral o judicial que uno de los implicados se niega a seguir. La citada *moratoria* se aplica igualmente.

Finalmente, la guerra se admite como *sanción* del sistema instaurado en el Pacto contra el Estado que no recurre a los procedimientos de arreglo pacíficos en él establecidos (Consejo, arbitraje, TPJI); que recurre a la violencia contra un Estado que se conforma a la decisión unánime del Consejo o a una sentencia arbitral o judicial; y contra el Estado que recurre a la violencia sin respetar la *moratoria de guerra* a la que me he referido.

(9) El asunto de Corfú (1923), cuyo desencadenamiento se encuentra en el asesinato en territorio griego del general italiano TELLINI, que formaba parte de una Comisión internacional encargada de fijar con precisión las fronteras de la zona (en particular las de Albania), es sumamente ilustrativo al respecto. *Vid. ad ex.* *Oeuvres de H. Rolin. Tome I: H. Rolin et la sécurité collective dans*

— El Pacto de París (1928) cerró inequívocamente la primera de las dos citadas *grietas* que al Pacto de la SdN se imputaban. La *guerra* se prohíbe de manera categórica como medio de resolución de los conflictos internacionales. No resulta tan claro, sin embargo, que el Pacto BRIAND-KELLOG prohibiese también las represalias armadas (10).

8. En conclusión: A partir de la primera guerra mundial se inicia un proceso de limitación progresivo del uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales. Podría decirse entonces por entendernos, que al comenzar la segunda guerra mundial existe ya un sentimiento generalizado de que en virtud del Derecho consuetudinario el recurso a la *guerra*, forma extrema del uso de la fuerza armada, es antijurídico con la única excepción de la legítima defensa.

Quedan, no obstante, aspectos dudosos respecto de ciertos usos de la fuerza: siendo la tendencia, claramente visible, hacia una total prohibición de todo tipo de fuerza armada, no parece pese a todo claramente determinada la licitud o ilicitud de ciertos supuestos: en particular, la *legítima defensa preventiva*, esto es, la defensa armada ante la inminencia de un ataque armado que aún no se ha verificado *in actu*; el derecho a proteger por la fuerza la *vida y bienes de los propios nacionales* amenazados en un Estado extranjero y, supuesto más amplio, en caso de la *intervención de humanidad*; y, en fin, la licitud o no de las *represalias armadas* (11).

9. Los desastres de la segunda guerra mundial llevaron a los integrantes de la coalición que resultó vencedora a la idea, proyectada en la Conferencia de Dumbarton-Oaks (1944) por Estados Unidos, Gran Bretaña, China y la Unión Soviética, de adoptar un nuevo modelo para mantener la paz y seguridad internacionales, basado en dos pilares esenciales: de un lado, la absoluta prohibición para los Estados de usar o amenazar con el uso de la fuerza armada en sus relaciones internacionales; de otro, e indisolublemente unido con el anterior, que los *cuatro grandes* (a los que poco después se añadiría Francia), la Organización universal prevista en definitiva, asegurarían la salvaguardia de la paz internacional interviniendo en nombre de la comunidad internacional en su conjunto en los momentos de crisis.

La Conferencia de San Francisco, que en 1945 alumbró la Carta de Naciones Unidas, aceptó el proyecto establecido en tal vital cuestión. El conjunto, por tanto, de los participantes en esa Conferencia, la inmensa mayoría de los Estados existentes en esa época, aceptó el sistema con una sola pero importante

l'entre-deux-guerres, textos elegidos por M. Waelbroeck, Bruselas, Bruylant-Univ. de Bruxelles, 1987 40-54 («L'incident de Corfu») y 55-61 («L'attitude de l'Italie fasciste»); GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado...* (nota 19), 129 y nota 122 de la misma; ID.: *El uso...* (nota 1), 12-13 (y la bibliografía citada).

(10) BROWNLIE, I.: *International law and the use of force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1968 (reimp. de la ed. de 1963), 19 ss., 40 ss., 84 ss., 231 ss., 265 ss., 272 ss.; DINSTEIN, Y.: *War, aggression and self-defence*, Cambridge, Grotius Publications Lmted, 1988, 81-83 (en 83).

(11) CASSESE, A.: *Il Diritto internazionale...* cit. (nota 6), 251.

modificación: la Carta dispuso expresamente que, de modo provisional y únicamente hasta que la ONU se pusiera en marcha, un Estado podría usar la fuerza armada como respuesta estrictamente defensiva y proporcional para hacer frente a un *ataque armado «in actu»* que contra él se había desencadenado por parte de otro Estado.

El sistema previsto, pues, en la Carta de Naciones Unidas (en esencia arts. 2.4, 51, 39 ss.) era verdaderamente revolucionario: *Por una parte*, los Estados sólo por medios pacíficos pueden resolver sus conflictos, y por ningún motivo, con la excepción ya apuntada de la legítima defensa frente a un ataque armado *in actu*, hacer uso de la amenaza o del empleo de la fuerza armada; *por otra*, esta enorme restricción a la capacidad de acción individual de los Estados se acompaña y complementa con algo que resultaba en consecuencia absolutamente preciso: una autoridad internacional, la ONU, asume sobre sus hombros la delicada función de «agente o policía internacional».

10. El nuevo sistema de seguridad colectiva sustituye y acaba con el régimen, basado en la autotutela, del Derecho internacional clásico y cierra el proceso progresivo iniciado, como se ha indicado, a fines de la primera guerra mundial. La Carta de Naciones Unidas, entonces, resuelve los puntos dudosos que restaban a propósito de ciertos usos de la fuerza en los años a ella precedentes, y decide, a la postre, su «exclusión en general» del mundo del Derecho (12), su ilegalidad jurídica internacional: me refiero al tema de la *legítima defensa preventiva* (13), las *represalias armadas* (14), la *protección de los nacionales en el extranjero* (15) y la *intervención de humanidad* (16).

Sólo la legítima defensa como respuesta a un genuino y previo ataque armado justifica el empleo individual por los Estados y hasta la intervención de Naciones Unidas, del uso de la fuerza armada. Esta es, en efecto, para un sector doctrinal que instituciones de prestigio, como la CDI y su entonces Relator del tema Roberto AGO, han calificado de *mayoritaria* o dominante, la interpretación que la Carta merece.

Es cierto, sí, que otra corriente doctrinal, minoritaria, ha entendido (interpretando el texto mismo de la Carta) que la definición que ésta ofrece del concepto de legítima defensa demuestra, en efecto, un sentido más restrictivo que

(12) MACDONALD, R.ST.J.: «The Nicaragua case: new answers to old questions», *A.C.D.I.-C.Y.I.L.* XXIV (1986), 127-60 (en 129-31).

(13) *Vid. ad ex.* LAMBERTI ZANARDI, P.L.: *La legittima difesa nel Diritto internazionale*, Milán, Giuffrè, 1972, 191 ss. (sobre todo 204 ss).

(14) *Vid. ad ex.* DE GUTTRY, A.: *Le rappresaglie non comportanti la coercizione militare nel Diritto internazionale*, Milán, Giuffrè, 1985, 9-11, 31 (y la bibliografía que en ellas se cita).

(15) *Vid. ad ex.* el «diálogo» al respecto entre H. WEHBERG (L'interdiction du recours à la force. Le principe et les problèmes qui se posent», *RdC* 78, 1951-I, 7-121, en 59 ss.) y A. VERDROSS («Idées directrices de l'ONU», *RdC* 83, 1953-II, 1-77, en 14; *ID.*: *Derecho internacional público*, traduc. española, Madrid, Aguilar 1978, 1.ª reimpr. de la 6ª ed., 535).

(16) *Vid. ad ex.* BEYERLIN, U.: «Humanitarian intervention», *Encyclopedia of PIL*, ed. por R. Bernhardt, Instalment 3 (1982), 211-15 (en 213).

el alcance del concepto en el DIP consuetudinario, pero no ha tenido por resultado alterar o modificar este último, a cuyo amparo los Estados podrían, con base repito en la legítima defensa, reaccionar por la fuerza no sólo frente a un ataque armado *in actu* sino también para reaccionar por la fuerza, de un lado, ante un ataque armado aún no desencadenado pero inminente (legítima defensa preventiva) y, de otro, para hacer frente a situaciones de desconocimiento o seria amenaza por un Estado de los derechos de otro que no se concreten en un ataque armado (por ejemplo, para proteger la vida de sus nacionales en un Estado extranjero). En mi opinión, y aparte interpretaciones más o menos sutiles o ingeniosas de la Carta y sus trabajos preparatorios, ¿qué sentido tendría la prohibición del uso de la fuerza contenida en el artículo 2.4 de la Carta, y que sus redactores, como ha sido bien demostrado por la doctrina (17), intentaron ampliar al máximo, si interpretamos el artículo 51 de la misma conforme a la tesis minoritaria a la que acabo de aludir? Los esfuerzos realizados por sus redactores para prohibir generalizadamente el uso individual de la fuerza armada en las relaciones internacionales, marcados en la letra y en el espíritu de toda la Carta, hacen difícilmente aceptable la tesis de que junto al Derecho convencional de legítima defensa estricto y limitado de la Carta, sus redactores, prácticamente todos los Estados de la sociedad internacional del momento dejaron subsistir un amplio concepto de legítima defensa que, por lo demás, la propia práctica internacional venía reduciendo desde la segunda mitad del siglo XX. Ian BROWNLIE, en efecto, ha señalado con toda claridad cómo desde 1920 al menos la práctica internacional comienza a circunscribirse el concepto de legítima defensa al de una reacción armada contra un uso *actual o inminente* de la fuerza, del mismo modo que el autor británico reseña cómo a partir de 1930 aproximadamente la legítima defensa se centra, aun más, en la reacción frente a un ataque armado *actual* (18). La conclusión, en suma, de que la Carta de las Naciones Unidas al incorporar en su texto los artículos 2.4 y 51 no hizo sino cristalizar una costumbre en formación parece la más armónica en la lógica de los desarrollos del tema del uso de la fuerza antes de la Carta de Naciones Unidas, con ocasión de los trabajos preparatorios de la misma y, finalmente, en relación con el resultado alcanzado en su propio texto. Por lo demás, después de su entrada en vigor, son incontables los apoyos expresos que respecto de esta opinión han aportado la doctrina, instituciones científicas y numerosos Estados en los más diversos foros internacionales.

Esta parece ser también a mi juicio, según tuve oportunidad de exponer en otro lugar (19), la conclusión de la CDI tras estudiar el tema de la legítima

(17) *Ad ex.* VIRALLY, M.; «Article 2, paragraph 4», *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, dirigida por J.P. Cot y A. Pellet, Paris-Bruselas, Economica-Bruylant, 1985, 113-25.

(18) *International law...* (nota 10), 231 ss., 265 ss., 272 ss.

(19) GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en Derecho internacional (Reflexiones sobre la interpretación y consecuencias que pueden derivarse, en tal materia, de la aceptación por la CDI del estado de necesidad)*, Madrid, Tecnos, 1987, 126 ss. (y 102 ss., 114 ss., 117 ss., 120 ss.); asimismo, ID.: *El uso...* (nota 1), 16.

defensa en su Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Es cierto que la Comisión, una vez descritas las dos corrientes doctrinales existentes a propósito del artículo 51 de la Carta, afirma que ella no se propone entrar a fondo en el tema, ni pronunciarse sobre cuestiones tales como la legítima defensa preventiva y otras posibles (20); ahora bien, a lo largo de todos sus comentarios al artículo 34 de su Proyecto la CDI alude con reiterada frecuencia a que la legítima defensa sólo cabe frente a un ataque armado (21), siguiendo estrechamente el hilo argumental urdido por el Relator, Sr. AGO, el cual sí se pronuncia decididamente a favor de la tesis mayoritaria a que antes me refería (22). La Comisión no da, pues, su apoyo *expressis verbis* a ésta, pero a la vista del tenor general de su exposición sobre el tema parece posible sospechar que para ella la legítima defensa se configura estrictamente como una reacción de fuerza ante un ataque armado; sólo razones de mandato, no interpretar ni entrar a fondo en el artículo 51 de la Carta, parecen haberla impulsado a no decirlo así expresamente. Creo, en fin, que el TIJ ha seguido en el *asunto sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella* (Nicaragua c. Estados Unidos 1986), una concepción, y aun una manera de redactar ésta, muy parecida a la de la CDI que acabamos de examinar: también el Tribunal destaca expresamente que no se pronunciará *in concreto* sobre la legítima defensa preventiva; también, por último el Tribunal establece en los pasajes pertinentes de su sentencia una estrechísima y constante conexión de la *legítima defensa* como respuesta a la existencia de una *genuina agresión armada* (23). Creo, por tanto, que no debe malinterpretarse la neta separación que el TIJ ha reconocido en general entre el artículo 51 de la Carta y el derecho consuetudinario a propósito de la legítima defensa (24).

11. Considero, pues, que la norma que la Carta estableciera, condensación de todo un precipitado anterior, prohibió todo uso de la fuerza armada salvo en legítima defensa ante un ataque armado, y aún en este último supuesto sólo hasta el momento en que el sistema de seguridad colectiva establecido en la propia Carta se pusiera en marcha.

(20) Comentarios 19-21 al art. 34 de su Proyecto (*Anuario CDI* 1980, II, Segunda Parte, 57-58).

(21) Por ejemplo, los comentarios, 1, 3, 5, 8, 9, 17 al art. 34 de su Proyecto citado en la nota anterior.

(22) AGO, R.: «Adición al octavo informe», *Anuario CDI* 1980, II, Primera Parte, 66-70, párrs. 108-14.

(23) *CIJ Recueil* 1986, 103-6, 110, 118-23, 126-7 (en particular párrs. 194-5, 211, 229, 232, 247-49).

(24) *Vid.* en *CIJ Recueil* 1986, 92 ss., párrs. 172-82.

Como recientemente se ha puesto de manifiesto, el hecho (que el TIJ ha reconocido) de qué norma consuetudinaria y norma convencional puedan «vivir» autónomamente: «rien n'indique que ce droit coutumier soit plus permissif que l'art. 51» (REGOURD, S.: «Raids anti-terroriste et développements récents des atteintes au principe de non-intervention», *A.F.D.I.* XXXII, 1986, 79-104, en 92).

La prohibición es, en consecuencia, absoluta y pretende abarcar todo uso, grave o no, directo o indirecto de la fuerza armada. O, como en su día se pusiera de relieve en la *Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, que aspiraba a precisar y desarrollar los principios básicos del sistema de la Carta, no sólo la agresión «pura y dura», en cuanto al volumen de la fuerza empleada y a su utilización directa por las fuerzas armadas de un Estado, y que concretara por fin la *Definición de la agresión* (Res. 3.314, XXIX, 14 diciembre 1974), constituye un quebrantamiento de la prohibición del uso de la fuerza, sino que también se exige a los Estados (que de otro modo incumplirían asimismo la citada prohibición):

- «el deber de abstenerse de organizar o fomentar la organización de fuerzas irregulares o de bandas armadas, incluidos los mercenarios, para hacer incursiones en el territorio de otro Estado».
- «(...) el deber de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otro Estado, o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos, cuando los actos a que se hace referencia en el presente párrafo impliquen el recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza» (25).

12. El sistema previsto por la Carta, sin embargo, fracasó netamente por varias razones, dos de las cuales la doctrina viene sistemáticamente recordando (26): 1.^a) el desacuerdo entre Occidente y el grupo de Estados «socialistas» muy al poco de la entrada en vigor de la Carta, provocó la frecuentísima utilización del «mecanismo» que la propia Carta había establecido del derecho de veto de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad y la consiguiente paralización del sistema de seguridad colectiva; 2.^a) asimismo, el «ejército» de la ONU que la Carta había bosquejado como brazo armado que la Organiza-

(25) Res. 2625 (XXV), 24 de octubre 1970, párrs. noveno y décimo del «principio relativo a la prohibición del uso o amenaza de la fuerza».

En términos análogos, más sucintamente, el párr. segundo del «principio relativo a la prohibición de la intervención». (Principio que, a su vez, reproduce fórmulas ya empleadas en la Res. 2.131, XX, 21 de diciembre 1965, párr. n.º 2).

Asimismo, la Res. 36/103, de 19 diciembre 1981; la Res. 40/61, de 9 diciembre 1985; la Res. 42/22, de 18 noviembre 1987; y aún otros textos internacionales (*vid. infra* notas 244, 246-49).

(26) ALBERT, CH.: *Du droit de se faire justice dans la société internationale depuis 1945*, Paris, LGDJ, 1983, 483-87, 492-95.

Creo, asimismo, que A. CASSESE (*Il Diritto...* cit. en nota 6, 253) es más completo y también más profundo en su reflexión sobre las causas del fracaso del sistema de Naciones Unidas cuando, junto a estas razones, añade alguna otra, muy en particular el hecho de que la Carta de la ONU sólo pretendió la instauración de un estado «de paz negativa», entendiendo como la ausencia de guerra, y no de un más perfecto estado «de paz positiva», a saber, la introducción de un sistema de disposiciones destinadas a la consecución de un orden económico y social justo, que previniera dentro de lo posible la degeneración de las tensiones políticas en conflictos armados.

ción pudiera en su caso utilizar contra el Estado culpable de violar el sistema por ella establecido, jamás pudo articularse según lo previsto a falta del indispensable acuerdo al respecto entre las Superpotencias.

La quiebra del sistema de seguridad colectiva inicialmente previsto provocó tres fenómenos cuya valoración no parece desde luego positiva: i) la legítima defensa que se articuló como un mecanismo absolutamente excepcional, ha sido invocada en la práctica de manera generalizada; ii) las dos Superpotencias han articulado bloques contrapuetos que, en el plano militar, se autoprotegen mediante organizaciones de legítima defensa colectiva, con lo que la comunidad internacional retorna al viejo sistema de las alianzas políticas y militares (27); iii) comienzan a emerger tendencias, que hoy aparecen plenamente cuajadas, por las que los Estados intentan ensanchar, en la práctica internacional, el concepto de legítima defensa para incluir en ella, y hacerlas así formalmente lícitas, las principales modalidades de uso de la fuerza armada distintas de la guerra y no cubiertas por el artículo 51 de la Carta (28).

No es que la ONU quede ya *totalmente* al margen del tema del uso de la fuerza, pero su actuación en el mismo se aparta notablemente del sistema de seguridad colectiva que la Carta estipuló: Piénsese en la polémica Resolución 377 «Unidos para la paz» de la Asamblea General (3 noviembre 1950) o en el sistema vigente de «Operaciones para el mantenimiento de la paz». En este orden de ideas, de no abandonar el «seguimiento» de la paz en el mundo pero desde enfoques o perspectiva más realistas, podría seguramente citarse asimismo la Res. 43/51, de 5 diciembre 1988, de la Asamblea General que contiene una *Declaración sobre la prevención y eliminación de las controversias y situaciones susceptibles de amenazar la paz y seguridad internacionales y sobre el papel de la ONU en este campo* (29).

(27) Como G.C. BERKHOF ha escrito: «If, for instance, a country faces an immediate threat of invasion and requests the assistance of the U.N., forces cannot be deployed forthwith to discourage the potential aggressor. This, in turn, means that States in relative areas must either individually or collectively maintain 'sufficient military forces to repel possible attacks'. As 'sufficiency' is not easy to define and most forces are suitable for both offence and defence, this has on many cases led to regional arms races constituting a threat to stability and thus to international peace and security» («Maintaining international peace and security: The military dimension», *N.I.L.R.* XXXV, 1988, n.º 3, 297-310, en 298).

(28) *Vid. infra* parágrafos 48 ss., 50 ss.

(29) No es infrecuente en los últimos años la preocupación doctrinal por analizar, dadas las indeseables consecuencias de su fracaso, si sería posible revitalizar el sistema de seguridad colectiva previsto en la Carta. Los resultados a que algunos autores llegan, después de ese esfuerzo, no son muy optimistas, aunque se han barajado propuestas tendentes a articular un sistema de fuerzas armadas funcional y operativo bajo control de la ONU o, con menos ambición, a «resucitar» la Resolución «Unidos para la paz» (*vid. ad ex.* BERKHOF, G.C.: *op. cit.* en nota 27).

Sobre algunas cuestiones recientes a que la controvertida resolución de 1950 ha dado lugar *vid.* LEPRETTE, A.: «Le Conseil de Sécurité et la Résolution 337-A 1950», *A.F.D.I.* XXXIV (1988), 424-35.

13. Para concluir: el fracaso del sistema previsto por la Carta en relación con el uso de la fuerza en las relaciones internacionales está en la misma base de una práctica internacional en este punto cuyas precisas y reiteradas ondas han, indudablemente, quebrantado la imagen cristalina, nítida en su pureza y sencillez, que sobre el uso de la fuerza quedó reflejada en las aguas de la Carta. Añadiré de inmediato que, como se vislumbrará a lo largo de otras páginas de este Curso, todos los diversos grupos de Estados existentes en la sociedad internacional contemporánea han arrojado con mayor o menor reiteración piedrecitas o piedras, que todo dependerá de su volumen y peso, a este estanque (30).

2. La evolución del sistema: Una práctica desestabilizadora

14. El sistema previsto por la Carta sobre el uso de la fuerza armada pronto se vio sometido a una aplicación en la práctica muy alejada de los objetivos que el mismo pretendió alcanzar.

Las relaciones internacionales de postguerra comenzaron a vivir situaciones turbulentas, que, en muchas ocasiones, llegaban a poner en peligro el mantenimiento de la paz y ante las cuales debían enfrentarse numerosos y diversos Estados, u otros actores a veces, a sabiendas de que el sistema de seguridad colectiva ideado al hilo de la absoluta prohibición del uso individual de la fuerza armada salvo en genuina legítima defensa no resultaba ya suficientemente operativo.

La sociedad internacional contemporánea ha debido enfrentarse, en efecto, al reto de toda una serie de problemas o factores que han puesto, insisto, a numerosos Estados pertenecientes a los diversos grupos ante dilemas realmente importantes. Y me refiero a factores como los planteados:

- Por la exigencia de los pueblos coloniales en autodeterminarse;
- por la aparición y consolidación (al hilo de la división ideológica-política primero, o de la descolonización enseguida o de otros problemas) de conflictos particulares localizados en diversas regiones del mundo (vga. en el Próximo Oriente).
- por los intentos de algunos Estados encaminados a impedir la consolidación, o el nacimiento mismo, en países de su zona de influencia de regímenes políticos considerados indeseables;
- por la existencia de violaciones brutales y masivas de los derechos humanos de parte de su propia población por los Gobiernos mismos de algunos Estados;

En relación con la Res. 43/51 citada *vid.* TREVES, T.: «La prevention des conflits internationaux dans la Déclaration adoptée en 1988 par l'Assemblée Générale l'ONU», *A.F.D.I.* XXXIV (1988), 436-53.

(30) Podrá deducirse de las páginas que siguen. En síntesis *vid. ad ex.* GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado de necesidad...* (nota 19), 97 ss.; *ID.*: *El uso...* (nota 1), 19 ss., 45 ss.

- por una relativa frecuencia de situaciones en las que nacionales de un Estado residentes en el territorio de otro, convulsionado por conflictos internos o la aparición de actitudes xenófobas, veían amenazadas sus vidas y propiedades;
- o, en fin, por la innegable y actualísima realidad de fenómenos como el terrorismo internacional y el apoyo de ciertos Estados a su macabra labor.

15. Enfrentados a estos problemas, y como la práctica internacional demuestra, los Estados no han vacilado en reaccionar mediante el uso de la fuerza armada, amparándose básicamente ya en un concepto de *legítima defensa* netamente más amplio que el estipulado en el sistema de la Carta y que ésta reconoció como la única excepción a la prohibición del uso individual de la fuerza; ya acudiendo al concepto de *represalias*, que el DIP admite, para utilizar incluso la fuerza armada; ya apoyándose en la existencia de una figura autónoma, que les autorizaría, para llevar a cabo misiones armadas a fin de proteger *la vida de sus nacionales en el extranjero*, o, en fin, y en un sentido más amplio, llevar a cabo una *intervención de humanidad* en favor de la población de un Estado que su propio Gobierno extermina o atormenta.

Podrían llenarse algunas páginas para exponer el volumen y variedad de la práctica internacional a este respecto (31), pero me limitaré aquí a recordar sólo algunos de los supuestos, entre los más sobresalientes, demostrativos de estas tendencias y sin perjuicio de que en otras páginas del Curso pueda hacerse mención de otros:

—Tendremos, en primer lugar, ocasión de ver después la utilización por los Estados del concepto de *legítima defensa* para justificar acciones de fuerza en apoyo del *derecho de libre determinación de los pueblos coloniales*; o en casos de *agresión indirecta* (32). Calientes están aún, en relación con esta última figura, los debates ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a propósito de la invocación por Israel y Africa del Sur de su derecho de legítima defensa en orden a penetrar por la fuerza en el territorio de Estados vecinos que apoyan, o aun meramente les sirven de base o refugio, a bandas o grupos armados que llevan a cabo actos de fuerza armada en sus respectivos territorios (33).

—Es asimismo conocido el asunto (1981) en el que Israel invocó el concepto de *legítima defensa (preventiva)* frente a Iracq para justificar la destrucción

(31) *Vid. ad ex.* en general GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado de necesidad...* cit. (nota 19), 97 ss., 110 ss., 120 ss.; ID.: *El uso...* (nota 1), 22 ss., 32 ss., 38ss.; SIMÓN, D. Y SICILIANOS, L.A.: «La contre-violence unilatérale. Pratique étatique et Droit international», *A.F.D.I.* XXXII (1986) 53-78; REGOURD, S.: *op. cit.* (nota 24); y, más sesgadamente, LABAYLE, H.: «Droit international et lutte contre le terrorisme», *A.F.D.I.* XXXII (1986), 105-38.

(32) *Vid. infra* parágrafos 20 y 38 ss. respectivamente.

(33) Sobre estos supuestos y sus debates en el Consejo de Seguridad *vid. ad ex.* CASSESE, A.: «Article 51», *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, dirigida por J.P. Cot y A. Pellet, Paris-Bruselas, Económica-Bruylant, 1985, 769-90 (en 780 ss.).

de la central nuclear de Osiraq *en construcción*, por si una vez terminada se utilizaba para la consecución del arma atómica que *eventualmente pudiera* ser destinada para su empleo contra el Estado hebreo (34).

— Igualmente se alegó el concepto de *legítima defensa* por parte de los Estados Unidos de América para justificar su *raid* aéreo de 14 de abril de 1986 sobre las ciudades libias de Trípoli y Bengassi, como respuesta al *atentado terrorista* en una discoteca de Berlín (muy poco antes sendos atentados se habían producido también en los aeropuertos de Roma y Viena) en la que, entre otras personas, murieron nacionales estadounidenses; atentado *patrocinado, si no ordenado*, según los Estados Unidos, por el Gobierno de la Jamahiriya Árabe Libia (35).

— En 1984, los Estados Unidos justificaron su invasión de la isla de Granada (36) de modo muy concreto. Así, el entonces Subsecretario de Estado, hacía saber en su Declaración ante el Comité de Asuntos Exteriores de la Casa Blanca (2 noviembre 1983) que la acción de los Estados Unidos se amparaba,

(34) Sobre la posición israelí en el Consejo de Seguridad: S/PV/2.228, 36.

Asimismo *ad ex.*: FISCHER, G.: «Le bombardement par Israël d'un réacteur nucléaire irakien», *A.F.D.I.* XXVII (1981), 157-57 (en 163 ss.); D'AMATO, A.: «Israel's air strike upon the Iraqi nuclear reactor», *A.J.I.L.* 77 (1983), n.º 3, 584-88; VAGTS, D.F.: «International law under time pressure: Grading the Grenada take-home examination», *A.J.I.L.* 78 (1984), n.º 1, 169-72; SCHACHTER, O.: «International law in theory and practice. General Course in PIL», *RdC* 178 (1982-V), 9-396 (en 152).

(35) *Vid. Keesing's. Record of World Events 1986*, 34.262 ss., 34.456 ss.

Vid. la Declaración a la nación del Presidente REAGAN de 14 de abril 1986 (*Department of State Bulletin* n.º 2.111, 26 de junio de 1986) y las intervenciones del representante de los Estados Unidos ante el Consejo de Seguridad, en especial los días 15 de abril y siguientes (S/PV/2.674, 2.675, 2.682).

Asimismo *vid. ad ex.* DÍAZ BARRADO, C.M.: «La prohibición del uso de la fuerza en el Derecho internacional contemporáneo. Un caso práctico: La operación armada de los Estados Unidos de América en la Rep. Árabe de Libia. Abril de 1986», *Cuadernos de Investigación Histórica Brocar*, Universidad de Zaragoza, n.º 12, diciembre 1986, 11-41 (sobre todo 37 ss.); REGOURD, S.: *Op. cit.* (nota 24), 87; SIMÓN, D. y SILICIANOS, L.A.: *op. cit.* (nota 31), 61-62, 71; LABAYLE, H.: *op. cit.* (nota 31), 134 ss.; COCUZZA, C.: «State involvement in terrorist activities and economic sanctions: The Libyan case» *Italian Y.I.L.* 7 (1986-87), 190-215.

Asimismo *vid. infra* nota 227.

(36) *Vid. ad ex.*: ROUSSEAU, CH.: «Chronique des faits internationaux», *R.G.D.I.P.* 88 (1984), n.º 2, 484 ss., 487 ss.

Véase también: AUDEOUD, O.: «L'intervention américano-caraibe à la Grenade». *A.F.D.I.* XXIX (1983), 217-28; BOYLE, F.A. CHAYES y otros: «International lawlessness in Grenada», *A.J.I.L.* 78 (1984), n.º 1, 172-75; J. NORTON MOORE: «Grenada and the international double standard», *A.J.I.L.* 78 (1984), n.º 1, 145-68; VAGST, D.F.: *op. cit.* (nota 34), 169 ss.; JOYNER, CH. C.: «Reflections of the lawfulness of invasion», *A.J.I.L.* 78(1984), n.º 1, 131-44; DOSWALCD-BECK, L.: «The legality of the Unites States intervention in Grenada», *N.I.L.R.* XXXI (1984), n.º 3, 355-77; SCHACHTER, O.: *op. cit.* (nota 34), 147-48, 158-60; DÍAZ BARRADO, C.M.: «Aspectos jurídicos de la intervención militar en la isla de Granda», *Revista CIDOB d'Afers internacionals* n.º 7 (1986), 91-104; GREEN, L.C.: «The rule of law and the use of force. The Falklands and Grenade», *The peaceful settlement of disputes*, Proceedings o the 1984 Conference of the Canadian Council of Intern. Law, Ottawa (Ontario), 253-80; WEILER, J.H.H.: «Armed intervention in a dichotomized world: The case of Grenade», en A. Cassese (Edt): *The current legal regulation of the use of the force Dordrecht*, M. Nijhoff, 1986, 241-68.

inter alia, «en los principios bien establecidos de Derecho internacional relativos a la protección de los propios nacionales...» (37).

Y, con mayor detalle, uno de los asesores jurídicos del Departamento de Estado, afirmó en una carta (de 10 de febrero de 1984) dirigida al Presidente del Comité sobre Granada de la Sección de Derecho y Práctica Internacionales de la Asociación Americana de Abogados:

«La tercera base para la participación de los Estados Unidos fue la necesidad de proteger a los mil ciudadanos estadounidenses en Granada cuya seguridad estaba amenazada a juicio de las autoridades pertinentes de los Estados Unidos por las condiciones de anarquía existentes en la isla... La protección de los nacionales constituye una justificación restrictiva y bien establecida del uso de la fuerza que no se ha considerado en conflicto con la Carta de Naciones Unidas... Nosotros no consideramos que la acción en Granada sea una manifestación del derecho inherente de legítima defensa reconocido por el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas... Nosotros no afirmamos que el artículo 2.4 ha caído en desuso o ha sido desvirtuado por la práctica de los Estados; lo seguimos considerando por el contrario como un principio importante y vivo del Derecho internacional. Ni planteamos nuevas interpretaciones del artículo 2.4. No defendemos una amplia doctrina de "intervención humanitaria". Nosotros nos basamos por el contrario en la justificación más restrictiva y bien establecida de la protección de los nacionales estadounidenses»(38).

Ya la vista de estas explicaciones, nace para el lector la duda, que considero conveniente resaltar, de si el juez S.M. SCHWEBEL no ha sostenido algo muy parecido (respecto del juego en abstracto del principio de protección de los nacionales en el extranjero) en ciertos pasajes de su Opinión disidente a las sentencias del TIJ de 1984 y 1986 en el asunto sobre las *actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (39).

— Veremos, asimismo, cómo un sector doctrinal destaca y apoya una determinada práctica estatal que considera no ilícitas las *represalias armadas* contra Estados que *permiten (o incluso meramente padecen) el que su territorio sirva de base y/o refugio a bandas armadas* que hostigan al Estado vecino (40).

(37) Y K.W. DAM añadía: «Nuestros objetivos son precisos y limitados (evacuar a los nacionales extranjeros y cooperar en el restablecimiento del orden); no abrigando la intención de imponer a los granadinos forma particular alguna de Gobierno... Finalmente, hemos dejado claro que nos retiraremos tan pronto como las circunstancias lo permitan, y en cualquier caso en el momento mismo en que las autoridades de Granada los soliciten» (Declaración reproducida en su mayor parte por NASH LEICH, M.: «Contemporary practice of the United States relating to international law», *A.J.I.L.* 78 (1984), n.º 1, 200 ss. (en 203-204).

(38) Carta de D. ROBINSON, reproducida en su mayor parte por NASH LEICH, M.: «Contemporary practices of the United States...», *A.J.I.L.* 78 (1984), n.º 3, 655 ss. (en 661-65).

(39) *Vid. infra* nota 224.

(40) *Vid. infra* parágrafo 60.

— En fin, un sector doctrinal, en buena parte estadounidense, y una escasa práctica contemporánea de los Estados han defendido, con requisitos estrictos, la no ilicitud de las *intervenciones (armadas) de humanidad* en Estados que practican una política de maltrato brutal de su propia población. Y ello con base al razonamiento de que si bien la Carta de Naciones Unidas persigue como uno de sus objetivos básicos el mantenimiento de la paz, *igualmente persigue otros no menos básicos, y entre éstos destaca con luz propia el respeto en el mundo de los derechos y libertades del hombre*. En casos, por tanto, en los que el desprecio de éstos por un Estado alcance límites insostenibles, el artículo 2.4 de la Carta debe ceder su lugar puntero para permitir que el incumplimiento de ese otro objetivo comunitario no se produzca (41).

16. A la vista de una práctica internacional en la que es moneda corriente observar un recurso a la fuerza armada tan reiterado y que desborda ampliamente la prohibición establecida en la Carta, el paso ineludible por dar a continuación consiste en preguntarnos hasta qué punto esta práctica contemporánea ha modificado la norma en cuestión, e, incluso, en reflexionar por la incidencia que los citados comportamientos estatales ejercen sobre la vigencia de su consideración como norma de Derecho internacional general.

3. La incidencia que la evolución padecida por el sistema ha ejercido y ejerce sobre la norma y aun sobre la esencia misma de la prohibición como norma de Derecho internacional general

17. Personalmente, defendí no hace mucho la idea de que el reiterado incumplimiento de la prohibición del uso de la fuerza armada, tal y como estableciera la Carta de Naciones Unidas, era fuente de una apreciable «erosión» de la concepción de dicho principio como una norma imperativa del Derecho internacional, cuando no de su misma naturaleza jurídica. Sostenía, asimismo,

(41) *Vid. ad ex.* FRANCK, TH.M. y RODLEY, N.S.: «After Bangla-Desh: The law of humanitarian intervention by military forces», *A.J.I.L.* 67 (1973), n.º 2, 275-305 (en 285 ss.); BROWNIE, I.: «Humanitarian intervention», *Law and civil war in the modern world*, ed. por J. Norton Moore, Baltimore-Londres, The John Hopkins University Press, 1974, 217-28 (en 224); FARER, T.J.: «The regulation of foreign intervention in civil armed conflict», *RdC* 142 (1974-II), 292-406 (en 398 ss.); PILLITU, P.A.: *op. cit.* (*infra* en nota 218), 221 y nota 247 de la misma; JHABVALA, F.: «Unilateral humanitarian intervention: Some conceptual problems», *New directions of international law. Essays in honour of Wolfgang Abendroth. Festschrift zu seine 75 Geberstag*, Franckfurt-Nueva York, Campus Verlag, 1982, 459-78 (471 ss.); ALIBERT, CH: *op. cit.* (nota 26), 249-50, 251 ss., 296 ss.; SCHACHTER, O.: *op. cit.* (nota 34), 343-44; RONZITTI, N.: *Rescuing nationals abroad through military coercion and intervention on ground of humanity*, Dordrecht-Boston-Lancaster, M. Nijhoff, 1985, 89-114 (108-10 sobre todo); GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado...* (nota 19), 116-20; VERWEY, D.W.: «Humanitarian intervention under international law», *N.I.L.R.* XXXII (1985), n.º 3, 357-418; ID.: «Humanitarina intervention», en A. Cassese (Edt): *The current legal regulation of the use of the force*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1986, 57-78; DÍAZ BARRADO, C.M.: «La pretensión de justificar el uso de la fuerza con base en consideraciones humanitarias», *R.E.D.I.* XL (1988), n.º 1, 41-77.

que el *reforzamiento verbal* del principio contrastaba, y desde luego no había impedido, una práctica estatal debilitadora del mismo, que básicamente intentaba cobijarse jurídicamente ensanchando el concepto de legítima defensa que cristalizó con la Carta de la ONU (42).

Lamentablemente (y lo digo por la posibilidad de imputar las reflexiones antes reseñadas a una concepción puramente personal, «misántropa» y pesimista, de las relaciones internacionales), es ésta una preocupación que parece compartir un sector de la doctrina contemporánea. En tal sentido, me gustaría citar los desarrollos que en su globalidad han efectuado, entre otros, D. SIMON y L.A. SICILIANOS (43) recientemente y en particular compartir con ellos las ideas concretas que ambos autores han manejado cuando escriben en su trabajo:

«La Cour de La Haye procède en effet (se refiere a la sentencia sobre el fondo, 1986, en el asunto que enfrentó a Estados Unidos y Nicaragua) à la réaffirmation solennelle d'un principe essentiel de l'ordre juridique international et n'hésite pas à condamner formellement une grande puissance pour la violation de ce principe (...). Pourtant, de façon à peu près simultanée, le principe consacré par l'article 2.4 de la Charte des Nations Unies est soumis à une contestation sans précédent, qui se manifeste par une multiplication de comportements étatiques impliquant l'usage de la force armée, dont le moins qu'on puisse dire est qu'ils relativisent dangeusement la portée effective du principe. Une série d'événements récents met en évidence le développement d'une pratique de plus en plus fréquente consistant de la part des Etats, à ne pas reculer devant l'emploi des armes en temps de paix, sous forme d'opérations militaires plus ou moins ponctuelles présentées comme la réponse inévitable à des actions jugées illicites au regard du droit international.

»(...) Ces différentes hypothèses de recours à la force, dont la licéité est pour le moins sujette à caution, pourraient être analysées à première vue comme une multiplication des violations, dans la pratique, d'un principe de droit international dont l'existence et la valeur ne seraient pas pour autant contestées. Tout au plus, pourrait-on considérer que la fréquence des infractions remet en cause l'effectivité de la règle elle-même. Cette conclusion n'est cependant recevable ni sur un plan théorique —dans la mesure où elle repose sur une confusion entre la validité normative et l'efficacité réelle— ni sur un plan pratique, dans la mesure où les Etats s'emploient précisément à présenter leur comportements comme compatible avec le droit international.

»Il est clair, en effet, que les Etats situent leurs interventions armées par rapport à un principe de prohibition du recours à la force dont ils

(42) GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado...* (nota 19) 95 ss., sobre todo 120-23.

(43) *Op. cit.* (nota 31).

admettent la positivité, en légitiment leur action sur le fondement d'autres règles du droit international qui justifieraient de façon ponctuelle et temporaire une dérogation limitée au nom de la défense d'intérêts supérieurs juridiquement protégés.

»Toutefois, la répétition des précédents et l'affirmation réitérée du caractère licite de l'emploi de la force conduisent véritablement à s'interroger sur les effets d'une pratique qui limite objectivement la portée d'un principe, pourtant simultanément reconnu comme l'une des bases fondamentales de l'ordre juridique international. Cette contradiction ne conduit-elle pas à une position nuancée quant à la fonction de la prohibition du recours à la force dans le droit international contemporain?» (44).

18. ¿Ha modificado, por tanto, la práctica internacional contemporánea la norma de la Carta en cuya virtud está prohibido todo uso individual de la fuerza armada directa o indirecta salvo en legítima defensa frente a un real, *in actu*, y verdadero ataque armado a gran escala?

19. En mi opinión, creo que puede admitirse una alteración de la norma inicial, que ha asimilado por tanto los cambios y debe entenderse en consecuencia que ha sufrido la reformulación consiguiente, en un doble sentido: *de una parte*, no quebrantan la norma los actos de apoyo armado, no consistentes en una intervención militar directa, que los Estados lleven a cabo en ayuda de un pueblo colonial que lucha por su libre determinación; *de otra*, el concepto de legítima defensa se ha ampliado (estrechándose en consecuencia el alcance de la prohibición) hasta cubrir ciertos supuestos de la denominada *agresión indirecta*. Veamos uno y otro caso.

i) El derecho de libre determinación de los pueblos coloniales.

20. Según el artículo 2.4 de la Carta, la fuerza armada sólo estaba prohibida *en las relaciones internacionales*, no cubriendo por tanto el empleo de medidas armadas por un Estado *in foro domestico*. En ese momento, una *colonia* se encontraba plenamente enmarcada en el sistema jurídico-político y territorial del Estado metropolitano, de ahí que las tensiones entre la metrópoli y su colonia constituían un asunto interno que dicho Estado podía resolver a su modo, incluyendo la utilización de la fuerza armada para «resolver» el problema (45). Como cuando la Carta se redactó los movimientos de desasosiego y agitación ya comenzaban a apuntar en el seno de los imperios coloniales, A. CASSESE

(44) D. SIMÓN Y L.A. SICILIANOS: *op. cit.* (nota 31), 53, 54-55.

(45) *Ad ex.* CASSESE, A.: *Il Diritto...* (nota 6), 160-61, 252-53; ID.: «Return to Westphalia? Considerations on the gradual erosion of the Charter system», en A. Cassese (ed.): *The current legal regulation of the use of the force*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1986, 504-23 (en 514); SHAW, M.: «The international status of national liberation movements», *Third World attitudes toward international law. An introduction*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1987, 141-55 (en 147); ABI-SAAB, B.: «Wars of national liberation and the laws of war», *Third World...*, edit. por F.E. Snyder y S. Satharithal, Dordrecht, M. Nijhoff, 1987, 125-40 (en 125-26).

pudo afirmar que «las Naciones Unidas nacieron con esta especie de pecado original consistente en permitir a las Potencias coloniales el uso de la fuerza para reprimir las tensiones en sus colonias» (46).

Cuando algunos años después, la Asamblea General de las Naciones Unidas acepta en su Res. 1.514 (XV), de 15 de diciembre 1960, el derecho inalienable de todo pueblo colonial a su libre determinación (que en esa Resolución equivalía pura y simplemente a su derecho a la independencia política total), los Estados que fueron surgiendo de ese proceso descolonizador se esforzaron tenazmente, con el pensamiento seguramente puesto en las colonias que quedaban, en concretar este derecho en varios extremos. Uno de ellos consistía, a su juicio, en admitir que en roman paladino si un pueblo colonial tiene derecho a su libre determinación la negativa de la Potencia administradora a hacerlo posible legítima a ese pueblo a luchar, por cualquier medio, para conseguirlo y a pedir y recibir ayuda de Estados amigos en ese propósito.

Los trabajos preparatorios de la *Declaración de principios* de 1970 (Res. 2.625-XXV) y los relativos a la *Definición de la Agresión* de 1974 (Res. 3.314-XXIX) demuestran fehacientemente la intensidad y ardor con que los Estados nacidos de la descolonización se dedicaron a esta tarea:

— En los trabajos del Comité Especial encargado de elaborar la *Declaración de Principios* (47), la tesis de los Estados afroasiáticos, que el grupo socialista apoyó firmemente, sostuvo que la represión por la fuerza que la Potencia colonial llevara a cabo del derecho a la libre determinación del pueblo colonial constituía, reconocido ya este derecho en el plano jurídico, en uso ilícito de la fuerza contrario a las disposiciones de la Carta, contra la que ese pueblo, en ejercicio del derecho de legítima defensa, podía levantarse en armas y pedir y recibir ayuda a estos efectos de los Estados amigos, ayuda que en ningún caso podría ser considerada ya como contraria a las normas del DIP, en concreto las relativas al uso de la fuerza y al principio de no intervención.

Los Estados del grupo occidental y algunos Estados hispanoamericanos se oponían rotundamente, sin negar el derecho de libre determinación, a expandir tan peligrosamente el concepto de legítima defensa, derecho por lo demás que, en su opinión, regía únicamente relaciones entre Estados no entre un Estado y un pueblo colonial.

El resultado de la *Declaración de Principios* constituyó una solución de compromiso entre ambas posturas, contenida en el párrafo quinto del *principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos* en el que se reconoce la legitimidad de la lucha del pueblo colonial y su derecho a pedir y recibir ayuda, pero sin mencionarse no obstante el término *legítima defensa*:

(46) *Il Diritto...* (nota 6), 253.

(47) *Vid. ad ex.* PÉREZ VERA, E.: *Naciones Unidas y los principios de la coexistencia pacífica*, Madrid, Tecnos, 1973, 78 ss.; TANCA A.: «The prohibition of force in the United Nation Declaration of Friendly Relations of 1970», en A. Cassese (Edt): *The current legal regulation of the use of the force*, Dordrecht, M. Nijhoff, 397-412 (en 404 ss.).

«Todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive a los pueblos antes aludidos en la formulación del presente principio de su derecho a la libre determinación y a la libertad y a la independencia. En los actos que se realicen y en la resistencia que opongan contra esas medidas de fuerza con el fin de ejercer su derecho a la libre determinación, tales pueblos podrán pedir y recibir apoyo de conformidad con los propósitos de la Carta de Naciones Unidas».

También durante los trabajos preparatorios que condujeron a la *Definición de la Agresión* (Res. 3.314-XXIX de 14 diciembre 1974) polemizaron ardorosamente ambas concepciones (48), sin que a la postre ninguna de las dos cediera en sus respectivos planteamientos. Es cierto que la Definición de la Agresión fue finalmente adoptada por consenso, consenso que abarca, obvio es, al artículo 7 de la misma con el que se pretendió resolver este problema:

«Nada de lo establecido en esta Definición, y en particular en el artículo 3, podrá perjudicar en forma alguna el derecho a la libre determinación, la libertad y la independencia, tal como surge de la Carta, de pueblos privados por la fuerza de ese derecho, a los que se refiere la Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, en particular los pueblos que están bajo regímenes coloniales y racistas u otras formas de dominación extranjera; ni el derecho de esos pueblos a luchar con tal fin y pedir y recibir apoyo, de acuerdo con los principios de la Carta y en conformidad con la Declaración antes mencionada».

Pero esta disposición aporta poco, en precisión, a lo ya dispuesto en la Res. 2.625 (XXV) (49) y fue valorada por quienes la habían adoptado de diferente modo. Hasta tres interpretaciones de ella parece posible apreciar: 1.^a La de aquellos Gobiernos que sostienen, pura y simplemente, que el citado artículo consagra el derecho de los pueblos coloniales a luchar por todos los medios,

(48) Vid. en general sobre este punto SCHWEBEL, S.M.: «Aggression, intervention and self-defence in modern international law», RdC 136 (1972-II), 411-98 (en 483 ss); RIFAAT, A.M.: *International aggression. A study of the legal concept: Its development and definition in international law*, Estocolmo-Atlantic Highlands, Almqvist and Wiksell-Intern. Humanities Press, 1979, 277; FERENCZ, B.B.: *Defining international aggression. The search for world peace. A documentary history and analysis*, Dobbs Ferry, Oceana, 1974, vol. 2, 47 ss.

(49) Vid. ad ex. DELBRÜCK, J.: «Peacekeeping by the United Nations and the rule of law», *Declaration on Principles. A quest for universal peace. Liber amicorum discipulorumque prof. B.V.A. Röling*, Leyden, Sijthoff, 1977, 73-99 (en 95); RANDELZHOFFER, A.: «Use of force», *Encyclopedia of PIL*, ed. por R. Bernhardt, Instalment 4 (1982), 265-75 (en 272); FERENCZ, B.B.: *op. cit.* (nota 48), 48 ss.; EIDE, A.: «Outlawing the use of force: The efforts by the United Nations», *The U.N. and the maintenance of intern. peace and security*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1987, 99-146 (129-30).

incluso armados, y a recibir también de terceros Estados este tipo de ayuda, en ejercicio de su derecho a la libre determinación; 2.^a la de quienes apoyando este mismo derecho, tenían que el artículo 7 no lo hubiera endosado en sus estrictos términos; 3.^a quienes, por último, contestaban en general la licitud del uso de la fuerza en tal tesitura y sostienen en particular que ese artículo no lo autoriza en modo alguno (50).

La conclusión sobre el estado actual de la cuestión puede seguramente ser la siguiente:

— Parece evidente que un sector estrictamente minoritario, representado por los Estados del grupo occidental (51), acepta que en virtud del derecho de libre determinación un pueblo colonial tiene derecho a luchar contra una potencia colonial que reprima por la fuerza ese derecho (52) e incluso a pedir y recibir ayuda exterior, pero ese apoyo y ayuda de Estados terceros no puede lícitamente tomar la forma de ayuda de carácter militar o armado.

Por no poner sino un ejemplo, en un marco «oficial», de la concreta actitud del grupo occidental: En relación con la Res. 33/44, de 23 de noviembre de 1979, sobre *la importancia para la garantía y observancia efectiva de los derechos del hombre, de la realización universal del derecho de los pueblos a la autodeterminación y la rápida concesión de independencia a los pueblos coloniales*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas por 105 votos a favor, 20 en contra y 16 abstenciones, el grupo occidental votó en contra y en particular el bloque de los Estados miembros de las Comunidades Europeas; pues bien, Bélgica justificó en nombre de los Diez, entonces, esta posición como, entre otras razones, un rechazamiento del párrafo 2 de la Resolución, que decía así: «2. Reafirma la legitimidad de la lucha de los pueblos por su independencia, integridad territorial y unidad nacional y la liberación de la dominación colonial y extran-

(50) Entre las intervenciones que pueden clasificarse en el primero de los grupos citados: Sres. Rakotosihanaka (Madagascar), Job (Yugoeslavia), Kolesnik (Unión Soviética), Mesloub (Argelia) con más dudas. *En el segundo grupo*: Sres. Siage (Siria), Bojilov (Bulgaria) y Hassouna (Egipto). *Y en el tercero*: Sres. Rosentock (Estados Unidos), Wang (Canadá) y, más ambiguamente, Sir L. Mckyntre (Australia) y Steel (Reino Unido).

Todas estas intervenciones pueden verse en el Informe del Comité Especial sobre la Definición de la Agresión (período de sesiones 11 marzo a 12 abril 1974) en el que presentó el resultado final de sus trabajos: Doc. A/9619, 15, 26, 37, 38; 20, 29, 40; 24, 35, 33 y 32 respectivamente (Documento reproducido, incluyendo las intervenciones de las diversas delegaciones, por B.B. FERENZC: *op. cit.* en nota 48, 556 ss., 569 ss.).

(51) *Vid ad ex.* VIRALLY, M.: «Panorama du Droit international contemporain. Cours général de DIP», RdC 183 (1983-V), 9-382 (en 67-68, 104-105); ID.: «Article 2, paragraph 4» cit. (nota 17), 122-23; THÜRER, D.: «Self-determination», *Encyclopedia of PIL*, ed. por R. Bernhardt, Installment 8 (1985), 470-76 (en 473-74); CASESE, A.: «Article 51» cit. (nota 33), 786-87; ID.: «Return to Westphalia...» (nota 45), 514; WILSON, H.H.: *International law and the use of force by national liberation movements*, Oxford, Clarendon Press, 1988, 91-136.

(52) *Vid. infra* parágrafo 28 *in fine* y nota 103.

jera y de la ocupación extranjera por todos los medios a su alcance, *incluyendo la lucha armada* (53) (54).

Lógicamente, asimismo un sector de internacionalistas occidentales, sustentada en el plano jurídico dicha tesis. Su núcleo argumental ha sido meridianamente expuesto por el juez SCHWEBEL en su Opinión disidente a la sentencia del TIJ respecto del fondo del asunto (1986) entre Nicaragua y los Estados Unidos de América:

«In contemporary international law, the right of self-determination, freedom and independence of peoples is universally recognized; the right of peoples to struggle to achieve these ends is universally accepted; but what is *not* universally recognized and what is *not* universally accepted is any right of such peoples to foreign assistance or support which constitutes intervention. That is to say, it is lawful for a foreign State or movement to give to a people struggling for self-determination moral, political and humanitarian assistance; but it is not lawful for a foreign State or movement to intervene in that struggle with force or to provide arms, supplies

(53) Doc: A/C. 3/34/SR.40, 12-13; también en SALMÓN, J.J.A. y VINCINEAU, M.: «La pratique du pouvoir exécutif et le contrôle des Chambres Législatives en matière de Droit international, 1979-80», *R.B.D.I.* XVI (1981-82), n.º 2, 575 ss. (en 632-33).

(54) No me resisto a transcribir un párrafo, estrechamente conectado con el tema, y obra de una internacionalista británica:

«How does the support of the Western including, there in reason to believe, material support for the Mohadeen of Afganistan against the Russians in that country, square with the Western view that while there is a right to self-determination, external military support for wars of national liberation is still contrary to the Charter? I imagine that if our Foreign Offices were pressed to articulate an answer, it would be that (a) in most remaining Western colonial situations, there is an intention to move to granting such full independence, or, alternatively, the peoples of the territory concerned, have indicated that they wish to remain in a constitutional link with the colonial power (as is the case in Gibraltar and Puerto Rico). The use of force by external elements is thus particularly inappropriate. In Afghanistan, by contrast, one had independent government —indeed a member State of the U.N.— invaded by another country which installed a government of its own choice. Aid to those seeking to restore the status quo ante is thus a form of collective self-defence rather than a prohibited use of external force in support of self-determination.

But I freely concede that this explanation is speculation on my part, as the Western governments concerned have neither been asked with sufficient accuracy, nor chosen to answer in strictly legal terms, these underlying questions» (R. HIGGINS: «The attitude of Western States towards legal aspects of the use of force», en A. Cassese (Edt): *The current legal regulation of the use of the force*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1986, 435-52 (en 450).

Tal vez la actitud, al menos de los Estados Unidos (el más importante en la ayuda), pueda explicarse en términos de la *Doctrina Reagan* de apoyar movimientos rebeldes contra regímenes comunistas. *Vid.* sobre la denominada Doctrina Reagan en este contexto: BEITZ, CH. R.: «The Reagan doctrine in Nicaragua», *Problems of international justice*, ed. por S. Luper-Foy, Boulder (Colorado)-Londres, Westview Press, 1988, 182-95 (en 183 ss.); también, FRANCK, TH. M.: «Porfiry's proposition: The role of legitimacy and exculpation in combating terrorism», *International law at a time of perplexity. Essays in honour of SH. Rosenne*, ed. por Y. Dinstein, Dordrecht, M. Nijhoff, 1989, 149-96 (en 180 ss).

and other logistical support in the prosecution of armed rebellion. This is true whether the struggle is or is proclaimed to be in pursuance of the process of decolonization or against colonial domination» (55).

—No obstante ello, la gran mayoría de la sociedad internacional (Tercer Mundo y grupo socialista), la doctrina de ese ámbito (56) e incluso un cierto sector de la doctrina occidental (57) sostiene que el texto pertinente de la *Declaración de Principios* reconoce, como expresamente han afirmado, por lo demás, Res. posteriores de la Asamblea General de Naciones Unidas (58), el derecho a la lucha armada del pueblo colonial y, en lógica consecuencia, el derecho a pedir y recibir ayuda de Estados terceros, apoyo que puede concretarse en: desde el reconocimiento y ayuda en el plano político a los movimientos de liberación nacional en lucha, pasando por la ayuda financiera y humanitaria, hasta el apoyo militar en forma de suministro de armas o concesión de facilidades en su territorio (59).

No está admitida por tanto la tesis más radical del Tercer Mundo: que la lucha del pueblo colonial lo es en legítima defensa y, en consecuencia, (en aplicación de la legítima defensa colectiva) Estados terceros podrían intervenir militarmente de modo directo en auxilio de un pueblo colonial contra el Estado metropolitano que reprime por la fuerza ese derecho (60).

(55) «Dissenting opinion», *CIJ Recueil* 1986, 259-394 (en 351, párr. 179).

(56) *Vid. ad ex.* WILSON, H.A.: *op. cit.* (nota 51), 91 ss.

(57) *Ad ex.* RUBINO, P.: «Colonisism and the use of force by States», en A. Cassese (ed): *The current legal regulation...*, 133-45 (en 133-34); TANCA, A.: *op. cit.* (nota 47), 404 ss.; RÖLING, B.V.A.: «The 1974 U.N. Definition of aggression», en Cassese (ed): *The current legal...*, 413-21 (en 416); CALOGEROPOULOS-STRATIS, S.: *op. cit.* (nota 7), 97-107; SIMÓN, D. y SICILIANOS, L.A.: *op. cit.* (nota 31), 58; EIDE, A.: *op. cit.* (nota 49), 106 ss., 108 ss.

(58) *Vid. ad ex.* ABI-SAAB, G.: *op. cit.* (nota 45), 138 y nota 18 de la misma; SHAW, M.: *op. cit.* (nota 45), 147, 155 y nota 20 de las mismas.

(59) TANCA, A.: *op. cit.*, (nota 47), 407; ABI-SAAB, G.: *op. cit.* (nota 45), 131 y notas 18 y 19 de la misma; véase también la posición afirmativa pero razonablemente equilibrada en cuanto a la «seguridad» de una situación colonial en EIDE, A.: *op. cit.* (nota 49), 108, 113 ss., 118.

(60) *Vid.* CASSESE, A.: «Article 51» *cit.* (nota 33), 786-87; ID.: «Return to Westphalia...» *cit.* (nota 45), 514.

Internacionalistas provenientes del Tercer Mundo lo reconocen así: «A very pertinent and timely question... is whether the assistance provided by third parties to liberation movements can take the form of direct military intervention against the colonial or alien government. The answer to this question depends on the legal basis of the *ius ad bellum* of the liberation movement. If it is self-defence, then such as intervention would be legally permissible on the basis of the collective self-defence, as specifically provided for in art. 51 of the Charter. If it is merely an extension of art. 1, paragraph 2 (self-determination), it would be logically inadmissible to extend to third parties this exception to art. 2, paragraph 4, of the Charter. As has been mentioned above, the United Nations organs have not pronounced themselves as the proper legal basis of the *ius ad bellum* of liberation movements» (G. ABI-SAAB: *op. cit.* en nota 45, 139 y nota 19 de la misma).

Parece, pues, discutible la afirmación de Hanna BOKOR-SZEGÖ («The attitude of socialist States toward international regulation of the use of force», en A. Cassese —Edt—: *The current legal regulation of the use of the force*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1986, 453-77, en 468) de que sólo tendría

— Posiblemente, por tanto, podría aceptarse el éxito de las tesis del Tercer Mundo que en este caso parecen consolidarse y, consecuentemente, la aparición de un nuevo supuesto que la Carta no había recogido en que el uso de la fuerza armada *al menos* no es ilícito (61).

Ayudan a la sensación de triunfo de esta interpretación factores diversos. Citemos, a título de ejemplo, dos:

1.º De una parte, y aunque una lectura más amplia y profunda permitiría hacer matizaciones (62), la Resolución adoptada por una institución privada pero de peso científico evidente, como el IDI, sobre el principio de no intervención en las guerras civiles (63), permite ser utilizada como un apoyo formal a esta idea, al entender que «no son guerras civiles en el sentido de la presente Res. los conflictos de descolonización» (art. 1.2.c), con lo que los principios sobre no intervención que en la Res. se contienen (64), esto es, la prohibición de toda intervención de terceros en favor de cualquiera de los bandos en lucha no se aplican a los conflictos de descolonización. No es que se afirme que en estos últimos se aplicará el principio contrario, pero la exclusión de los conflictos de descolonización de dichos principios puede reconfortar a quienes sostienen la licitud de la fuerza y el apoyo armado de terceros a un pueblo colonial en lucha.

2.º La posibilidad de que ésta sea una interpretación correcta podría encontrar un cierto apoyo en determinados pasajes de la sentencia del TIJ en el asunto entre Nicaragua y los Estados Unidos (1986) (65).

carácter *teórico o académico* decidir si la fuerza del pueblo colonial se basa en el derecho de libre determinación o en la legítima defensa.

(61) He escrito *al menos* por utilizar la idea que representa el *mínimo común denominador* entre quienes sostienen el *derecho* a la fuerza del pueblo colonial y los que no entienden que dicho pueblo tenga, precisamente, un *derecho*, aunque admiten que *de hecho* el uso de la fuerza que llevan a cabo no es un ilícito.

En este sentido, se ha apuntado recientemente:

«To my mind, the aforementioned views of the Western countries show that no *general rule* on the *right* of liberation movements to use force has evolved. This however does not mean that the attitude of the majority of member States of the U.N. should be discarded out of hand or neglected. Possibly, a way of taking account of both the majority and the minority opinion may consist in saying that, although liberation movements have not a right proper, their use of force does not however amount to a breach of the international, ban on the use of force. In other words, liberation movements' use of force could be equated to that of insurgents in civil strife: both categories have neither a right to use force nor a duty to refrain from using it» (A. CASSESE: «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 Giuffrè, 1987, III, 49-64, en nota 1 de la p. 52).

(62) *Vid.* GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado de necesidad...* cit. (nota 19), 100-101.

(63) *Annuaire de l'IDI* 56 (1975), 544 ss.

(64) Y que, según O. SCHACHTER (*op. cit.* en nota 34, 162), aunque no refleje en todos sus puntos el Derecho en vigor (tan alejado a este respecto del Derecho internacional tradicional), «sí es una convincente interpretación de la regla general que proclama la no intervención y debería tener su influencia sobre la práctica estatal».

(65) En el mismo sentido RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J.: «El Derecho internacional en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el as. Nicaragua-Estados Unidos» *Cursos de Derecho*

En dichos pasajes, el Tribunal rechaza la existencia de una norma de DIP que permita un derecho de intervención en apoyo de la «oposición interna de otro Estado», lo que constituiría «una modificación fundamental del Derecho internacional consuetudinario relativo al principio de no intervención», no sin antes haber explicitado netamente que «el Tribunal no se está refiriendo al proceso de descolonización. Esta cuestión no está en causa en el presente asunto» (*CIJ Recueil 1986*, pp. 108-10, párrafos 206 y 209); y, como el juez SCHWEBEL manifestara en su Opinión disidente:

«Yet the implication, or surely a possible implication, of the juxtaposition of the Court's statement is that the Court is of the view that there is or may be not a general but a particular right of intervention provided that it is in furtherance of the "process of decolonization". That is to say, by these statements, the Court may be understood as inferentially endorsing an exception to the prohibition against intervention, in favour of the legality of intervention in the promotion of so-called "wars of liberation", or, at any rate, some such wars, while condemning intervention of another political character» (66).

21. Pero el derecho de libre determinación que los pueblos coloniales tienen y sus corolarios, esto es, la legitimidad de su lucha y la no ilicitud del apoyo armado de Estados terceros, no puede transvasarse, en el estado actual del DIP, a otras situaciones en las que se ha manejado también el concepto de libre determinación pero referido al pueblo (población) de un Estado.

No debe olvidarse que, emboscándose en esta perspectiva y naturalmente coloreada de modo diferente según el cristal con el que se observa, ambas Superpotencias han llevado a cabo políticas de intervención en Estados situados en su zona de influencia, y que algunos califican de *intervención ideológica* (67) cuando no de *intervención pro-democrática* (68). Si en un momento dado pudo

internacional Vitoria-Gasteiz 1987, 15-63 (uso fuerza: en 54-63), en 62; también E.V. ROSTOW señala el hecho y denuncia, en un trabajo yo creo que desmesurado en su crítica al Tribunal, lo que él denomina «the most fundamental error in the Court's Nicaragua opinion» («Disputes involving the inherent right of self-defence», *The ICJ at a crossroad*, ed. por Lori f. Damrosch, Dobbs Ferry, Transnational Publishers Inc., 1987, 264-87, en 285-86); y asimismo el juez SCHWEBEL citado en la nota que sigue.

(66) *CIJ Recueil 1986*, 351, párr. 179.

(67) SIMÓN, D. y SICILIANOS, L.A.: *op. cit.* (nota 31), 59.

(68) Así REISMANN (*vid.* GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado...* cit. en nota 19, 114-16).

Por su parte, CH. R. BEITZ (él en relación con Nicaragua, REISMANN pensando seguramente en la isla de Granda) llega a plantearse la posibilidad de si la intervención de Estados Unidos en Nicaragua podía justificarse en base a ideas conectadas con la *intervención de humanidad*. A juicio de este autor, las intervenciones de humanidad en un país en el que el Gobierno del Estado maltrata tan brutalmente a un sector de su población que lleva a ésta incluso a rebelarse contra el poder establecido exigiría ciertos requisitos: 1) El régimen establecido debe ser tiránico (grandes y sistemáticas violaciones de los derechos humanos); 2) insurgencia empeñada en conseguir un régimen

hablarse de la *doctrina Brezhnev o de la soberanía limitada*, que ganó celebridad con motivo del asunto checoslovaco (1968), es en la actualidad cada vez más frecuente en la doctrina occidental destacar la analogía que con esta conocida doctrina guarda en algunas de sus manifestaciones la política de los Estados Unidos, desde la llegada al poder de la Administración Reagan, en relación con el subcontinente americano (69).

Y naturalmente tampoco debe olvidarse que el TIJ rechazó netamente posiciones de esta naturaleza en el *asunto sobre las actividades militares y paramilitares de los Estados Unidos en Nicaragua y contra Nicaragua* (1986). Aunque Estados Unidos se abstuvo en este caso de formular en términos jurídicos su postura al respecto, estaba claro que en los comportamientos estadounidenses respecto del país centroamericano latía subyacente, como doctrina de esa gran potencia ha expresado recientemente con meridiana claridad (70), la concreta ideología política del Gobierno de Nicaragua; por tal razón, el TIJ consideró conveniente aludir expresamente a ello en una declaración de neta condena (71).

basado en el respeto a los derechos humanos y representativo de un movimiento interno con genuino y sustancial apoyo popular; 3) razonable expectativa de que la intervención pueda conseguir llevar al poder al movimiento de oposición en circunstancias en que será capaz de gobernar efectivamente sin medidas represivas; 4) la intervención no deberá perjudicar de manera significativa en otras partes del mundo. Puede ser conveniente añadir, que BEITZ (pues menos mal, podría añadirse) cree que la doctrina Reagan no es aplicable al caso de Nicaragua.

(69) *Ad ex.* CASSESE: *Il Diritto...* (nota 6), 277-88; CHARVIN, P.: «La doctrine américaine de la souveraineté limitée», *R.B.D.I.* XX (1987), n.º 1, 5-27; HIGGINS, R.: *op. cit.* (note 54), 437-40.

En su discurso sobre el estado de la Unión (febrero 1985), el Presidente REAGAN afirmó:

«Our mission is to nourish and defend freedom and democracy... We must not break faith with those who are risking their lives —on every continent, from Afghanistan to Nicaragua— to defy soviet-supported aggression and secure rights which have been ours from birth» (U.S. Congress House, «Message from the President of the United States transmitting a report of the state of the Union», february 6, 1985 —Housde Doc. 99-25—, 7-8).

Sobre la valoración de esta posición y su comparación con posiciones anteriores de la Administración americana véase CH. R. BEITZ (*op. cit.* en nota 54).

(70) Como es sabido, los Estados Unidos no reconocieron la jurisdicción del TIJ en el asunto. Explicando esta actitud, CH. R. BEITZ (cit., 185) ha escrito lo siguiente: «The U.S. defense was that the Court was unlikely to render an impartial verdict. A more accurate statement of the administration's position would be that it thought the conventional prohibition of intervention unjustifiably restrictive».

(71) «El Congreso de los Estados Unidos ha expresado asimismo en su conclusión que el Gobierno de Nicaragua había tomado 'medidas que revelaban su intención de establecer una dictadura comunista totalitaria'. Sea cual sea la definición que merezca el régimen de Nicaragua, la adhesión de un Estado a una doctrina particular no implica una violación del derecho internacional consuetudinario; llegar a otra conclusión implicaría privar de su sentido al principio fundamental de la soberanía estatal sobre el que reposa todo el derecho internacional, y la libertad de que los Estados gozan para elegir sus sistema político, social, económico y cultural. En consecuencia, la elección política interna de Nicaragua, incluso suponiendo que responda a la descripción efectuada en las conclusiones del Congreso, no puede legitimar en un plano jurídico las diversas conductas que se reprochan al Estado demandado. El Tribunal no puede concebir que se haya creado una regla nueva que otorgue un derecho de intervención a un Estado en contra de otro por el hecho de que ésta

Asimismo, y para acabar este punto, tampoco debe confundirse el derecho a la libre determinación de los *pueblos coloniales* y sus consecuencias en el plano jurídico internacional con ciertas situaciones en las que podría admitirse se plantea también *latu sensu* un tema de *descolonización*. Me refiero, en particular, a la eventual legitimidad del uso de la fuerza armada directamente llevada a cabo por un Estado (ex-colonia) contra otro no en base al concepto de legítima defensa colectiva (en ayuda por tanto de un pueblo colonial al que la Potencia colonialista impide por la fuerza su derecho a la libre determinación), sino para completar su propia independencia. Casos como los de Goa (India-Portugal, 1961) o de las islas Malvinas (Argentina-Reino Unido, 1982) son supuestos de la práctica en tal sentido.

La evolución sufrida al respecto es interesante. Si en el caso de Goa, el Tercer Mundo (o un sector del mismo, por ejemplo las significativas posiciones de Ceylan /Sri-Lanka en la actualidad/ o de la entonces Rep. Arabe Unida) apoyó la acción india con base en el principio de libre determinación; en el supuesto de las Malvinas la situación se planteó de modo distinto. Resulta fácil aceptar la tesis de que la ONU apoyó las pretensiones argentinas en la medida en que la Asamblea General, en su Res. 49 (1976), animó al Reino Unido a continuar un proceso cuyo desenlace natural no era otro que el de pasar a ser, las islas, de *Falklands* a *Malvinas*; y en este sentido, por ejemplo, se ha podido afirmar que «la Resolución indica claramente que la comunidad internacional esperaba que Gran Bretaña reconocería eventualmente la soberanía argentina sobre las islas Falklands» (72). Es cierto, asimismo, que las intervenciones habidas en el Consejo de Seguridad tras la ocupación por Argentina de las islas (Tercer Mundo incluido) revelan la condena de toda manifestación residual de colonialismo, pero igualmente revelan la no admisión, con todo, de las intervenciones armadas directas del Estado particularmente afectado, y su desencadenamiento se considera contrario a la norma de la Carta que prohíbe el uso de la fuerza (73). Resta, no obstante, en este tema un punto dudoso. Habida cuenta de que en el caso de las Malvinas «es el territorio de las islas lo que constituye un *territorio colonial...*» (74), sin que exista una población genuinamente colonial en cuyo

haya optado por una ideología o un sistema político particular» (*CIJ Recueil* 1986, 133, párr. 263; véase en general 130 ss., párrs. ss.) (la traducción es mía).

(72) SOCARRAS, P.M.: «The Argentine invasion of the Falklands: International norms of signality», *International incidents. The law that counts in world politics*, ed. por W.M. Reisman y A.R. Willard, Princeton, Princeton Univ. Press, 1988, 115-43 (en 137). *Vid.* en general: SÁNCHEZ, M.: «Self-determination and the Falkland islands dispute», en *Third World attitudes toward intern law. An introduction*, ed. por F.E. Snyder y S. Satharithai, Dordrecht, M. Nijhoff, 1987, 101-24; GUSTAFSON, L.S.: *The sovereignty dispute over the Falklands (Malvinas) islands*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1988.

(73) *Ad ex.* SCHACHTER, O.: *op. cit.* (nota 34), 141-43; RUBINO, P.: *op. cit.* (nota 57), 142; GREEN, L.C.: *op. cit.* (nota 36), 253 ss.; SOCARRAS, P.M.: *op. cit.* (nota 72), 136-38.

(74) ALIBERT, CH.: *op. cit.* (nota 26), 180 (el subrayado es mío).

nombre el derecho a su autodeterminación pueda invocarse, creo que no se es imprudente sino juiciosamente cauto cuando, como interrogante, uno se pregunta «cual sería la posición de la comunidad internacional, y especialmente del Tercer Mundo, respecto de conflictos interestatales en los que apareciera implicado *no sólo una porción de territorio, sino también la población de ese territorio*» (75).

ii) La aplicación de la legítima defensa a ciertos supuestos de *agresión indirecta*.

22. En el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas se contempla únicamente la hipótesis de un ataque armado «en debida forma», esto es, llevado a cabo por las fuerzas armadas regulares de un Estado en un momento determinado. En tal caso, como es sabido, la Carta (art. 51) autoriza a los Estados, hasta que el Consejo de Seguridad tome las medidas pertinentes, a responder por la fuerza proporcionalmente al ataque recibido en legítima defensa (individual o colectiva).

Muy poco después de la adopción de la Carta, sin embargo, la práctica internacional comenzó a dejar ver que el uso de la fuerza armada de un Estado contra otro tenía lugar a menudo sin seguir el «esquema de libro» previsto por la Carta sino de una manera más insidiosa, denominada habitualmente como *agresión armada indirecta*. La expresión, posiblemente, recubre dos modalidades de uso de la fuerza que tienen diferente intensidad: *de un lado*, un Estado puede enviar fuerzas armadas irregulares (voluntarios, mercenarios), esto es, no pertenecientes a sus fuerzas armadas, a otro Estado para cometer en él actos armados; *de otro*, un Estado (sin ser el autor del envío de dichos grupos) puede animar, financiar, suministrar armas, organizar o apoyar a un movimiento armado que lucha en el interior de su propio país contra el régimen establecido (76).

Ambos tipos de conducta se engloban en el término de *agresión indirecta* en tanto en cuanto constituyen acciones por parte de un Estado en las que el uso de la fuerza armada no es llevado a cabo por él mismo de manera abierta y directa, pero entre ambas existe una cierta diferencia:

—En el caso del envío por un Estado de esos grupos armados, aunque ciertamente no se evoca el supuesto de hecho expresamente previsto en el artículo 51 de la Carta (pues el ataque armado no se realiza de golpe sino «sorbito a sorbito», ni en un período de tiempo dado sino gradualmente), lo cierto es que la activa participación del Estado exige indefectiblemente una estrecha rela-

(75) RUBINO, P.: *op. cit.* (nota 57), 143.

(76) *Vid. ad ex.* CASSESE, A.: *Il Diritto...* (nota 6), 262-65; ID.: «Article 51» cit. (nota 33), 778-82, 785-86; LAMBERTI ZANARDI, P.L.: «Indirect military aggression», en A. Cassese (Edt): *The current legal regulation of the use of the force*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1986, 111-19; ID.: «Aggressione armata indiretta ed elemento soggettivo dell'illecito internazionale», *Le droit intern, à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de R. Ago*, Milán, 1987, III, 153-66 (en 154 ss).

ción (en las tácticas y estrategias, planes y objetivos) entre los grupos armados y el Estado mismo que los envía, por lo que tales grupos pasan *de facto* a actuar como órganos del Estado en cuestión, de ahí que si los actos de fuerza por ellos cometidos revisten por su gravedad y amplitud las características de un genuino ataque armado el Estado mismo es responsable por ellos; en rigor sólo *aparente o formalmente* estaríamos ante una agresión armada *indirecta*.

— En el segundo supuesto, la ayuda prestada por un Estado a un movimiento armado interno, nacido o establecido en otro, en su lucha contra el Gobierno de ese Estado puede en sí constituir un hecho ilícito internacional, pero el uso de la fuerza armada de tales grupos es obra de éstos no del Estado que les alienta y apoya, que no comete así una agresión armada, con la única excepción, en supuestos extremos, en que pueda demostrarse el control absoluto de dichos grupos por parte del Estado en cuestión; aparte estos supuestos extremos, de prueba compleja, estos casos no comportarían una agresión armada *strictu sensu o propiamente dicha*.

Ante una práctica internacional en la que la *agresión indirecta* del tipo expuesto era moneda corriente, la pregunta que surgió de inmediato fue la de si jurídicamente era correcto invocar el derecho de *legítima defensa* también en los casos de agresión indirecta. Naturalmente, distintas son las consecuencias que se derivan de apostar ya por una respuesta positiva ya por la negativa: una respuesta positiva, un *sí* al empleo de la legítima defensa en tales casos supone ampliar la excepción prevista por la Carta en relación con la norma que prohíbe el uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales e, inevitablemente, por tanto, erosionar o debilitar la prohibición; la respuesta negativa a una válida invocación supone justamente lo contrario: robustecer el principio que prohíbe el uso de la fuerza armada.

23. Las posiciones al respecto de los diversos grupos de Estados en que la sociedad internacional aparece en la actualidad dividida no concordaban en este punto. Con todo, el TIJ ha sostenido, y aludiendo a su carácter consuetudinario, la legitimidad según el DIP contemporáneo para alegar la legítima defensa frente a ciertos supuestos de *agresión indirecta*.

Me parece, sin embargo, preferible profundizar en esta cuestión al hilo de los problemas conectados con el tema de la *imputación o atribución* a un Estado de actos de fuerza armada que él mismo no lleva a cabo directamente (77).

24. ¿Y qué incidencia ejercen esas otras «manifestaciones» del uso de la fuerza a las que antes me refería sobre la prohibición cristalizada con la Carta de la ONU? Recuérdese: la «intervención ideológica», la legítima defensa preventiva o frente al terrorismo, las represalias armadas, las intervenciones de humanidad.

¿De algún modo han alterado sustancialmente el contenido de esa norma de Derecho internacional general? Dicho de otro modo, el punto crucial para

(77) *Vid. infra* parágrafos 38 ss.

llevarnos a una respuesta afirmativa consistiría en desentrañar si la licitud jurídica del uso de la fuerza en tales manifestaciones ha pasado a convertirse asimismo en una norma de Derecho internacional general, modificando simultánea y consecuentemente el alcance de la prohibición existente con anterioridad.

El nacimiento de una norma consuetudinaria necesita en DIP, como es sabido, la presencia de dos elementos: una práctica general, constante y uniforme de una parte (el elemento material), realizada, de otra, con el convencimiento de su obligatoriedad jurídica (el elemento espiritual u *opinio iuris*). ¿Reúnen las «manifestaciones» apuntadas ambos requisitos?:

—Que una práctica existe es evidente, sin que, por otra parte, sea *a priori* determinante para negar en rotundo su validez el que los precedentes sean contrarios a normas de Derecho internacional en vigor. De otro modo estaríamos negando a la costumbre su capacidad, que en rigor posee, de cambio o modificación del Derecho existente; y podría recordarse al efecto, valga por todos los posibles ejemplos, que normas consuetudinarias hoy general e indiscutiblemente consideradas como tales, por ejemplo en Derecho del mar, tienen su origen en actos unilaterales de Estados ribereños que en su momento desbordaban muy cumplidamente los límites jurídicos del ordenamiento internacional de la época.

Pero en cualquier caso la práctica existente no es general, ni tampoco siempre constante y uniforme. Ya me he referido al supuesto de las denominadas *intervenciones ideológicas*, y en cuanto a otras «manifestaciones» como la *legítima defensa preventiva*, la aplicación del concepto de *legítima defensa como respuesta al terrorismo*, las *represalias armadas* o las *intervenciones de humanidad* ya se tendrá oportunidad más adelante de hacer las precisiones de detalle que avalen esta afirmación general.

—Según algún autor reciente, lo que en rigor brillaría por su ausencia en todos estos comportamientos estatales es el convencimiento de su obligatoriedad jurídica, la *opinio iuris*. Partiendo de que los Estados implicados explican su conducta como conforme con el principio de prohibición del uso de la fuerza, justificándola básicamente con interpretaciones subjetivas del mismo o explotando las virtualidades derogatorias que respecto de él puedan ser extraídas de otras reglas del Derecho internacional, se ha sostenido que dichos planteamientos formalmente respetuosos con el principio mismo, y no exentos de mala fe ciertamente, se transforman en una especie de «“boomerang jurídico” que impide a los Estados —que los ejecutan y justifican de ese modo— invocar la cristalización progresiva de una nueva regla» (78). Creo, con todo, que la conclusión es matizable. De lo que se trataría tal vez no es de crear una *regla nueva* sino de *ampliar las excepciones de la vieja regla*.

(78) D. SIMÓN y L.A. SICILIANOS: *op. cit.* (nota 31), 69-72.

En cualquier caso, si estas «manifestaciones» no han conseguido convertirse en jurídicas, y a lo sumo podría hablarse de la existencia de precedentes que nos alertan sobre una eventual costumbre en formación (cuya «fuerza» por lo demás se ve debilitada por una reacción netamente mayoritaria contraria a su generalización), la conclusión no puede ser otra sino la de entender que, aparte los supuestos mencionados anteriormente (lucha colonial y en ciertos casos de agresión indirecta) y las reservas que haré en el párrafo siguiente, en la actualidad el Derecho internacional general prohíbe todo uso directo o indirecto de la fuerza armada salvo en estricta legítima defensa.

25. Mención aparte debe hacerse de las «manifestaciones» del uso de la fuerza que tienen que ver con la *protección de los nacionales en el extranjero*.

Veremos en su momento los detalles pertinentes (79), pero ya puede adelantarse aquí que un número minoritario de Estados (del grupo occidental) sostiene la licitud, según el DIP, del uso puntual y limitado del uso de la fuerza armada con el objetivo de proteger la vida de sus nacionales amenazados en un Estado extranjero por la situación de caos o desorden en él existentes o que han sido objetivo de grupos terroristas.

Habida cuenta de que se trata de una situación idéntica (posición minoritaria frente a un rechazo ampliamente mayoritario) a la que puede observarse respecto de las «manifestaciones» contemporáneas de usos limitados de la fuerza a las que me he referido en el párrafo anterior, lo congruente en principio sería respecto de este supuesto concreto extraer idéntica conclusión: tales acciones, reveladoras a lo sumo de que pueda estar «bullendo» el inicio de una costumbre en formación, no son normas jurídicas mientras que sí lo sigue siendo en cambio la prohibición del uso de la fuerza salvo en estricta legítima defensa.

Entiendo, sin embargo, que existen factores que fuerzan, en este supuesto y tal vez en algún otro, a mantener la *existencia de ciertas dudas al respecto*, no a reconocer nada más ni avanzar un paso más, pero sí desde luego a defender en este punto la presencia de una cuestión abierta. Dos factores podrían citarse, siendo el segundo de ellos, en mi opinión, el más importante y significativo:

— Cuando con motivo de la crisis de los rehenes entre Irán y Estados Unidos (1979-80) y este último país una vez ya en marcha su demanda contra Irán ante el TIJ, emprendió una incursión armada con el objetivo de rescatar a sus nacionales (y que, como es sabido, fracasó), el Tribunal en su sentencia sobre el caso se limitó a manifestar su preocupación o inquietud por la acción de los Estados Unidos estando el procedimiento judicial en curso. A mí me parece, desde luego, que la sorpresa manifestada por buena parte de la doctrina que se ocupó de este asunto por la cautela con que el Tribunal afrontó este particular aspecto del caso está absoluta y plenamente justificada (80).

(79) Vid. *infra* párrafos 47, 56.

(80) *CIJ Recueil 1980*, 3 ss. (en 43-44).

Vid. ad ex. ROUSSEAU, CH.: «Chronique des faits internationaux», *R.G.D.I.P.* 84 (1980),

— Como se verá más tarde en detalle (81), en el marco de su Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos la CDI ha dejado, en mi opinión, como cuestión abierta la eventual invocación, cuando se den los requisitos pertinentes, del estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud respecto de acciones de fuerza limitadas y temporales tendentes a proteger la vida de los nacionales de un Estado en el extranjero; siendo posible, incluso, sostener lo mismo respecto de las incursiones que con los mismos condicionantes se realicen en territorio extranjero para impedir acciones terroristas o de grupos armados.

En tanto en cuanto, pues, *lo jurídico* se ha planteado en tales términos de duda y reflexión ese tipo de comportamientos, me parece de justicia reseñar ese dato y considerarlo significativo en orden a sostener que la licitud del uso de la fuerza armada en dichas situaciones no es en la actualidad una cuestión que tenga una respuesta categórica en términos jurídicos.

4. Su incidencia sobre la naturaleza imperativa de la norma

26. La existencia de concepciones y aún prácticas minoritarias que definen una relajación de la prohibición de la fuerza armada en las relaciones internacionales no tiene por qué quebrar ni alterar la naturaleza jurídica de ésta en la medida en que aparezca claramente, como creo es el caso, un apoyo general de la sociedad internacional en favor de la misma. Ahora bien, dudo que pueda utilizarse argumentación idéntica respecto de la consideración de la norma que prohíbe el uso de la fuerza como norma imperativa, toda ella, de Derecho internacional.

Es sabido que el concepto de Derecho imperativo o *ius cogens* internacional se formaliza por vez primera en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) en cuyo artículo 53 se define («para los efectos de la presente Convención») como norma imperativa de Derecho internacional general «una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter». No debe confundirnos la referencia que dicho artículo apunta del hecho de que la definición lo es «para los efectos de la pre-

n.º 3, 876 ss. (en 889-92); JEFFERY, A.: «The american hostages in Thera: The ICJ and the legality of rescue missions», *I.C.L.Q.* 30 (1981), n.º 3, 717-29; STEIN, T.L.: «Contempt, crisis and the Court: The world Court and the hostages rescue attempt», *A.J.I.L.* 76 (1982), n.º 3, 499-531; M. GIULIANO-T. SCOVAZZI-T. TREVES: *Diritto internazionale*, Milán Giuffrè, 1983 (2.º ed.), Il. 534; CARRILLO SALCEDO, J.A.: *El Derecho internacional en un mundo en cambio*, Madrid, Tecnos, 1984, 156, 179-80; SCHACHTER, O.: *op. cit.* (nota 34), 146-47, 154-55; RONZITTI, N.: *Rescuing...* (nota 41), 41-49; FROWEIN, J.A.: «The present state of research carried out by the english-speaking section of the Centre for Studies and Research», *The legal aspects of international terrorism*, Centre for Studies... Hague Academy of International Law 1988, Dordrecht, M. Nijhoff, 1989, 55-96 (en 66).

(81) *Vid. infra* párrafo 56.

sente convención»; quiero decir que el concepto de *ius cogens* mantenido en el Convenio de 1969 no puede circunscribirse a una manifestación particular por importante que sea del DIP sino que tiene un alcance más general, como se desprende del dato de que la CDI haya defendido esta vez en el marco de su Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos una definición idéntica de norma imperativa (82).

27. La norma que prohíbe el uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales ha sido calificado en su globalidad como una de estas normas imperativas del Derecho internacional general.

Y no es difícil ilustrar esta afirmación general con algunos datos: Dicha norma fue citada entre otras por la CDI como un pertinente ejemplo de ellas en los comentarios a su Proyecto definitivo de artículos sobre el Derecho de los tratados (83), y lo fue asimismo por numerosas delegaciones participantes en la Conferencia de Viena que adoptó sobre dicha materia el Convenio de Viena de 1969 (84). Ha sido calificada *expressis verbis* de norma de *ius cogens* por la misma Comisión en sus comentarios al artículo 33 de su Proyecto de artículos sobre responsabilidad (85). El sector del mantenimiento de la paz constituye uno de los ámbitos en los que la CDI considera que existen obligaciones internacionales de importancia esencial para la comunidad internacional cuya violación grave, como veremos, supone la comisión de un hecho ilícito internacional especial o particularmente serio (un *crimen internacional*) (86). Y, en fin, es así calificada desde luego por la doctrina que admite la existencia de normas imperativas en el DIP contemporáneo (87).

(82) Proyecto de arts. sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (*Anuario CDI*, 1980, vol. II, Segunda Parte, 29 ss.), art. 29.2

(83) «La Comisión señaló que las normas de la Carta por las que se prohíbe el uso de la fuerza constituyen por sí mismas un ejemplo patente de normas de derecho internacional que tienen carácter de *ius cogens*» (comentario 1 al art. 50 de su Proyecto, *Anuario CDI* 1966, vol. II, 195 ss., en 271).

(84) *Ad ex.* las de la URSS, Cuba, Líbano, Sierra Leona, Polonia, Uruguay, Chipre, Checoslovaquia, Rep. Federal Alemana, Ecuador, Ucrania, Filipinas, Suiza, Noruega, Malasia, en la primera parte de la Conferencia (*Conférence des N.U. sur le Droit des traités. Première session, Vienne 26 mars-24 mai 1968. Documents officiels. Comptes rendus Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances des Commission pléniere. Doc: A/CONF.39/11*, Naciones Unidas, Nueva York, 1969, 319, 322, 323, 326, 328, 329, 332, 345, 346, 347, 350, 351/pár. 20: Filipinas; pár. 26: Suiza/353 y 354). O las de Ecuador, Italia, Bielorrusia y Nepal en la segunda sesión (*Conférence... Deuxième session, Vienne 9 avril-22 mai 1969...* cit., Naciones Unidas, Nueva York, 1970, 103, 111, 112 y 114).

(85) Comentario 37 al art. 33 de su Proyecto (*Anuario CDI* 1980, II, Segunda Parte, 49).

(86) Art. 19.3.a. del Proyecto (*Anuario CDI* 1976, II, Segunda Parte, 94 ss).

(87) Aunque la crítica de un sector doctrinal en cuanto a la operatividad del *ius cogens* sigue vigente, creo que K. ZEMANEK («Causes and forms...» cit. en nota 2, 323) tiene razón cuando afirma que esa crítica no se refiere tanto al concepto mismo que parece universalmente admitido (con la excepción, quizás, de Francia, que tanto en el Convenio de Viena de 1969 como en el CV de 1986, votó en contra de su adopción sobre la base de que en ambos se admitía la existencia del *ius cogens*), cuanto sobre la determinación precisa del mismo.

Pero es que podría decirse algo más. La norma que prohíbe el uso de la fuerza parece entenderse, incluso, como una especie de *primus inter pares*, como la norma imperativa por excelencia: así el Relator Especial, Sr. AGO, la separó de las restantes obligaciones esenciales para la comunidad internacional en el proyecto de artículo por él presentado a propósito de la distinción entre *crímenes* y *delitos* internacionales (88). La práctica contemporánea ofrece igualmente datos que apoyan esta afirmación (89). Y, por último, parece evidente la tendencia doctrinal a ratificar este punto de vista (90); basten, en este último aspecto, apuntar expresamente dos datos: i) Vincenzo STARACE, por ejemplo, ha sostenido incluso, en la Academia de La Haya, que en rigor de todas las obligaciones esenciales para la comunidad internacional cuya violación grave daría lugar a un crimen internacional que enuncia el artículo 19 de Proyecto de la CDI sobre la responsabilidad del Estado, únicamente la relativa a la prohibición del uso de la fuerza revela el consentimiento de la comunidad internacional *en su conjunto* en su carácter fundamental y en que su violación grave comportaría un crimen internacional (91). (ii) Es más, un cierto sector doctrinal no vacila siquiera en asignar consecuencias jurídicas distintas a la violación de esa norma respecto de las que se derivan del quebrantamiento no ya de normas «ordinarias» sino de otras normas que como aquélla se mantiene pertenecen igualmente al

(88) *Vid.* art. 18.2 y 18.3, así como los comentarios 150 ss., propuestos por el Relator a la Comisión, *Anuario CDI* 1976, vol. II, Primera Parte, 57-59.

(89) Por ejemplo, en el *Memorandum*, de 29 diciembre 1979, sobre la intervención soviética en Afganistán, enviado por R. B. OWEN, asesor jurídico del Departamento de Estado, al Secretario de Estado (W. CHRISTOPHER) de los Estados Unidos de América, puede leerse:

«Si bien no puede decirse que exista un acuerdo generalizado sobre cuáles son en concreto las normas imperativas de Derecho internacional, sí hay unanimidad (*there is universal agreement*) en que el artículo 2.4 de la Carta constituye un ejemplo paradigmático (*the exemplary illustration*) de una norma imperativa» (M. NASH LEICH: «Contemporary practice of the United States relating to international law», *A.J.I.L.* 74, 1980, n.º 2, 418 ss., en 419).

(90) El carácter de norma principal del DIP contemporáneo de la que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales ha sido mantenida desde hace años; no es ocioso reseñar cómo, tras la tragedia de la segunda guerra mundial y el consecuente y vehemente impulso hacia «un nuevo orden mundial», se entendió que el *fin de los fines* de la ONU era el *mantenimiento de la paz* (BEDJAGUI, M.: «Article 1», *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, dirigida por J.P. Cot y A. Pellet, París-Bruselas, Economica-Bruylant, 1985, 23-30, en 24; PELLET, A.: «Le glaive et la balance. Remarques sur le rôle de la CIJ en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationale», *Intern law at a time of perplexity. Essays in honour of S. Rosenne*, ed. por Y. Dinstein, Dordrecht, M. Nijhoff, 1989, 539-66, en 541).

Vid. ad ex.: KUNZ, J.L.: «La crise et les transformations du Droit des gens», *RdC* 88 (1955-II), 91-101 (en 70); HENKIN, L.: «Intern., law and the behavior of nations», *RdC* 114 (1965-I), 171-276 (en 225); GOODRICH, L.M.-HAMBRO, E.-SIMONS, A.P. *Charter of the U.N. Commentary and documents*, Nueva York-Londres, Columbia Univ. Press, 1969 (3.ª ed. revisada), 25-26; RIFAAT, A.M.: *op. cit.* (nota 48), 117-19; CASSESE, A.: *Il Diritto...* (nota 6), 82 ss.; SCHACHTER, O.: *op. cit.* (nota 34), p. 133.

(91) *Op. cit.* (nota 5), 294 ss., 300 ss., 305 ss.

Véase, por el contrario, la opinión de GAJA, G.: «*Ius cogens* beyond the Vienna Convention», *RdC* 172 (1981-III), 211-316 (en 287 ss.).

ius cogens. Así, autores del mundo «socialista» han distinguido, en efecto, en relación con las consecuencias, tres tipos de hechos internacionalmente ilícitos: los que constituyen violaciones «normales» del Derecho internacional, los que suponen el quebrantamiento de normas imperativas, y aquéllos que, en concreto, vulneran la norma que prohíbe el uso de la fuerza (92).

28. Pese a tales manifestaciones que asignan en general a la norma que prohíbe el uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales el carácter de norma imperativa, creo que es posible profundizar en este análisis reflexionando sobre algunas matizaciones que podrían hacerse.

Parece poderse sostener que la exigencia, para entender que estamos ante una norma imperativa, de que dicha norma sea aceptada por la *comunidad internacional en su conjunto*, quiere decir que dicha aceptación debe integrar a todos los grupos de Estados que hoy existen en la sociedad internacional contemporánea. Las ideas que Roberto AGO expusiera tras la adopción del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados (93), y, después, en el marco de los trabajos de la CDI sobre la responsabilidad (94), se ha ido abriendo camino en ésta así como en la doctrina proveniente de concepciones jurídicas distintas (95); de modo que parece admitido que la existencia de una norma imperativa de Derecho internacional depende de que «estén de acuerdo todos los

(92) *Vid. ad ex.*: NAGY, K.: «Forms of legal relationship in international responsibility», *Questions of international law*, vol. 2, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1981, 129-45 (en 139-40). Véase también GRAEFRATH, B. y STEINIGER, P.A.: «Codification de la responsabilité internationales des Etats», *Rév. de Droit et le Législation de la Rép. Démocratique Allemande* 1973, Heft 2, 27-35 (en 30-31) (Traduc. al francés del original alemán publicado en *Neue Justiz* 1973, Heft 8, 225-28, en 227-28).

(93) «La convicción del carácter imperativo de una norma deberá ser compartida por *todos los componentes esenciales de la comunidad internacional*, esto es, los Estados occidentales y socialistas, los Estados desarrollados y en desarrollo» («Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne», *RdC* 134, 1971-III, 297-332, en 323).

(94) R. AGO: «Quinto informe sobre la responsabilidad de los Estados. Doc: A/CN.4/291 y add. 1-2», *Anuario CDI* 1976, vol. II, Primera Parte, 3 ss. (en p. 42, nota 195 de la misma). *Vid.* también *infra* nota 96.

(95) *Vid.* el comentario 61 al art. 19 de su Proyecto, *Anuario CDI* 1976, vol. II, Segunda Parte, 118.

Doctrinalmente, *vid. ad ex.* ALEXIZDE, L.: «Legal nature of *ius cogens* in contemporary international law», *RdC* 172 (1981-III), 223-70 (248 ss.); KRECA, M.: «Some general reflections of *ius cogens* as notion of international public law», *New Directions in international law. Essays in honour of W. Abendroth. Festschrift zu seinem 75 Geberststag*, Frankfurt Main-Nueva York, Campus Verlag, 1982, 27-40 (en 34, 40 y notas 38 y 39 de ésta). Y, desde la perspectiva «occidental»: RONZITTI, N.: «Trattati contrari a norme imperative del Diritto internazionale?», *Studi in onore di Giuseppe Sperduti. Fonti e rapporti fra ordinamenti. L'individuo nel Diritto internazionale. Altri contributi*, Milán, Giuffrè, 1984, 211-72 (en 220-21); ID: *Rescuing...* cit. (nota 41), 74 ss.; FOIS, P.: «La funzione degli accordi di codificazione nella formazione dello *ius cogens*», *Le Droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de R. Ago*, Milán, Giuffrè, 1987, I, 287-306 (en 292); MACDONALD, R.ST.J.: «Fundamental norms in contemporary international law», *A.C.D.I.-C.Y.I.L.* XXV (1987), 115-49 (en 129 ss).

principales grupos de Estados. La palabra "todos" es esencial, ya que cada grupo principal de Estados debe dar su consentimiento» (96). Es cierto que, como Jorge CARDONA ha puesto de manifiesto, resulta difícil pensar que el concepto de comunidad internacional en su conjunto suponga una operación aritmética de grupos de Estados, y que más coherente parece exigir, para poder hablar de obligación esencial para toda la comunidad internacional, que en dicha calificación haya participado todo el conjunto de Estados que representen el colectivo de *intereses relevantes* para la configuración de la obligación fundamental de que se trate (97). En nuestro caso, dada la generalidad y universalidad del interés protegido por la norma que prohíbe el uso de la fuerza parece claro que su imperatividad debe pasar por la aceptación de los tres principales grupos de Estados a estos efectos: el occidental, el «socialista» y el Tercer Mundo.

Y sentado esto, la pregunta central consiste en saber si *todos* estos grupos de Estados consideran como imperativa la norma que prohíbe el uso de la fuerza armada salvo en genuina legítima defensa. Habida cuenta de las distintas posiciones que los grupos de Estados existentes mantienen a propósito del contenido concreto de dicha norma en varios aspectos (luchas coloniales, agresión indirecta, legítima defensa preventiva, protección de los nacionales en el extranjero...) y que cabría describir en el sentido de que, en conjunto, los Estados del grupo occidental parecen patrocinar una interpretación más flexible de la prohibición en el DIP contemporáneo, creí en su momento que era legítima una sensación de perplejidad y desasosiego ante las afirmaciones puras y duras del carácter imperativo global o total de la norma que prohíbe el uso de la fuerza armada (98). Debo confesar con la más rotunda sinceridad que no veo razones para modificar dos años después la conclusión a la que había llegado. Y puede ser interesante recordar que incluso en tiempos tan cercanos como aquellos en los que se llevaron a cabo los trabajos preparatorios que condujeron a la Declaración sobre el reforzamiento del principio de prohibición del uso de la fuer-

(96) «La Comisión nunca ha considerado que los Estados deban ser unánimes al calificar un hecho ilícito internacional de crimen internacional. *Se han dado las mismas explicaciones acerca del concepto de 'norma imperativa'* en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los tratados. La palabra 'todos los componentes esenciales de la comunidad internacional' se refieren no a Estados, sino a los principales grupos de Estados. Ello significa que un hecho internacionalmente ilícito no puede ser considerado crimen internacional, a menos que esten de acuerdo todos los principales grupos de Estados. La palabra 'todos' es esencial, ya que cada grupo principal de Estados debe dar su consentimiento...» (Sr. AGO, ses. 1413, párr. 3, en *Anuario CDI* 1976, vol. I, 312).

(97) J. CARDONA LLORENS: «La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional (el 'crimen internacional')», *Anuario de Der. Internac.* (Univ. de Navarra) VIII (1985), 265-336 (en 283).

(98) GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *op. cit.* (nota 19), 95-123.

También G. GAJA (*op. cit.* en nota 91, 287-89) se ha mostrado pesimista sobre la existencia de normas imperativas, en especial la que atañe al uso de la fuerza, sobre todo por el requisito de *universalidad* que se exige.

za (1987) las dos concepciones básicas, una más favorable a la interpretación flexible de la prohibición y la otra más firme, se manifestaron incluso propiciaron, en aras del consenso, la adopción de un párrafo «asténico» sobre la legítima defensa (99). Es precisamente en este sentido, que un activo e importante participante en dichos trabajos, que presidió incluso la fase final de las tareas del pertinente Comité, el profesor italiano T. TREVES, ha podido escribir:

«En relit  dans les discussions qui aboutirent à l'adoption de la formule contenue au paragraphe 13 de la Déclaration, tout comme dans celles ayant abouti dans sa formulation équivalente du document de Stockholm, on cherchait, d'un coté à marquer des points en faveur de la thèse d'après laquelle la Charte des Nations Unies ne dit pas tout sur la légitime défense, et de l'autre coté, à accréditer la position d'après laquelle dans le droit coutumier il n'y a rien de plus en matière de légitime défense que ce que l'on trouve dans la Charte. Comme elle était arrivé à Stockholm le compromis obtenu semble ne pas permettre d'en tirer des arguments en faveur de l'une ou de l'autre opinion» (100).

Junto a estas consideraciones cabe añadir otras: la impresión de que es difícil admitir, o es legítimo dudar, (de) que la norma que prohíbe el uso de la fuerza armada sea *en su globalidad* una norma imperativa podría encontrar apoyo en algunas posiciones asumidas en los últimos años por la CDI y aun tal vez por el TIJ:

— De un lado, en el marco de sus trabajos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la CDI ha considerado dudoso, siguiendo en lo esencial las ideas de su entonces Relator Sr. AGO, que salvo las violaciones más graves de la norma, y la *agresión* es el ejemplo paradigmático, est n protegidas por el *ius cogens* internacional también todas las obligaciones internacionales que de la misma se derivan para los Estados. Tendremos oportunidad de examinar en detalle sus ideas más adelante (101).

— De otra parte, en el marco del *asunto sobre las actividades militares y paramilitares de los Estados Unidos en Nicaragua y contra Nicaragua* (1986), el TIJ ha distinguido netamente entre formas graves de violación de la norma y otras que no revisten esa gravedad; y ello en términos que recuerdan o hacen pensar, al menos en mi opinión, en la distinción entre obligaciones esenciales para la comunidad internacional y otras que no son tan esenciales (102). Y debo

(99) «Los Estados tienen el derecho inherente de legítima defensa individual o colectiva en caso de agresión armada, tal como éste derecho se enuncia en la Carta de las Naciones Unidas (*Declaración sobre el reforzamiento de la eficacia del principio de no recurso al uso o a la amenaza de la fuerza en las relaciones internacionales*, A/Res. 42/22, de 18 de noviembre 1987, n.  13).

(100) TREVES, T.: *op. cit.* (nota 3), 394.

(101) *Vid. infra* párrafo 55.

(102) *Vid. infra* párrafo 30.

añadir que me parece significativo que otros autores, como J.A. CARRILLO SALCEDO o J. FROWEIN, hayan creído, y en su momento se detallará, que apurar el zumo de esa distinción que el Tribunal efectúa les impulsaba a sugerir que ciertos usos menores de la fuerza contrarios en principio a la norma podrían ser lícitos en determinadas circunstancias.

Por tanto, en cuanto al carácter imperativo de la norma lo más prudente es reconocer que evidentemente la misma posee un núcleo protegido por el *ius cogens* y respeto del que *todos* están de acuerdo: una *agresión*, esto es, la *agresión armada*, quebranta el Derecho internacional imperativo; y posiblemente tal vez otras formas graves del uso de la fuerza armada cuya identificación, en la actualidad, no se me alcanza del todo clara. Supongo que la utilización sistemática de la fuerza armada por una Potencia administradora para impedir a un pueblo colonial su derecho a la libre determinación cabría en la categoría de formas graves de uso de la fuerza; a fin de cuentas privar por la fuerza a un pueblo colonial de su derecho a la libre determinación es ya, según el artículo 19 del Proyecto de la CDI un *crimen internacional*. *A fortiori* debe serlo si esa acción coercitiva se vertebra precisamente mediante el empleo continuado de la violencia militar. Aunque queda la duda, y de ahí la cautela con la que me expreso, de si en tal supuesto no estaríamos más bien, dada su mayor especificidad, ante la violación no ya estrictamente de la norma de la que me vengo ocupando sino de la que consagra el derecho de los pueblos coloniales a su libre determinación (103).

Otras manifestaciones menores de la fuerza quebrantarían, desde luego, la prohibición, caso de no existir causas de exclusión de la ilicitud, pero no comportarían claramente la violación de obligaciones imperativas por lo que sus consecuencias deberían ser diferentes.

29. La naturaleza imperativa o no de una norma dada es decisiva a la hora de calificar un comportamiento estatal contrario a la misma. Las violaciones graves de una norma imperativa constituyen un hecho ilícito internacional particularmente grave constitutivo en la terminología de la CDI un *crimen internacional*, mientras que la violación de una norma internacional no imperativa implicando asimismo la comisión de un hecho ilícito internacional no revestiría la gravedad de aquél siendo un simple *delito internacional*.

En efecto, la CDI ha roto la unidad de la teoría clásica de la doctrina relativa a la responsabilidad internacional, basada en una función estrictamente reparatoria, distinguiendo entre normas más o menos importantes cuya violación debe consecuentemente reprimirse por el Derecho con más o menos rigor. Nace así la distinción de los hechos ilícitos internacionales entre *crímenes* y *delitos* y, por tanto, de una responsabilidad internacional cualificada en relación con la responsabilidad internacional derivada de la violación de normas ordinarias (o, incluso, de las violaciones no graves de normas imperativas).

(103) *Vid.* sobre este punto A. CASSESE («Remarks...» cit. en nota 61, 52-54) y las diferencias de opinión que mantiene con STARACE, V. (*op. cit.* en nota 5, 299).

La existencia de una responsabilidad internacional de carácter cualificado en atención a la naturaleza jurídica de la norma violada ya fue planteada por la doctrina soviética de los años sesenta (104), y fue aceptada por el Relator Sr. AGO y acogida a la postre por la CDI en el artículo 19 de su Proyecto sobre la responsabilidad. Distinción entre *crímenes* y *delitos* que en el fondo constituye un epifenómeno de algo más profundo que P.M. DUPUY ha señalado: el cambio de las concepciones entre los miembros de la sociedad internacional sobre las funciones del Derecho (105).

Debe apuntarse, en fin, que el reconocimiento de los *crímenes internacionales* no debe confundirse, en abstracto, con el concepto de *ius cogens*. Es decir,

(104) Vid. por todos TUNKIN, G.I.: «Alcuni nuovi problemi della responsabilità dello Stato nel Diritto internazionale», *Comunicazioni e Studi* XI (1960-62), Milán Giuffrè, 1963, 1-49; ID.: *DIP Problèmes théoriques*, traduc. al francés, Paris, Pedone, 1965, 191 ss., 193 ss., 202 ss.

(105) DUPUY, P.M.: *op. cit.* (nota 2), 31-32, 55 ss. (en particular 78-79):

«Si el Derecho internacional de la responsabilidad evoluciona hoy, a través de los interrogantes sobre la identidad y los caracteres de sus hechos generadores, es también porque la homogeneidad de las concepciones que tienen los miembros de la comunidad internacional en cuanto a las funciones del Derecho no está ya asegurada en cuanto a las funciones del en el mismo grado que hace algunos decenios.

Durante un tiempo que, a escala histórica, es finalmente muy breve, apenas cerca de un siglo, se ha podido creer, bajo el efecto conjugado de la evolución política de los Estados en primer lugar occidentales y de la rigurosa formalización asegurada por la escuela del voluntarismo positivista, que la institución de la responsabilidad internacional había realizado su unidad: Alrededor de una concepción depurada del hecho generador, de su imputación a la persona estatal y de la función esencialmente reparatoria que le era asignada. Pero esta unificación, que correspondía a un cierto estadio de evolución de la sociedad internacional, atestigua hoy toda su precariedad.

La responsabilidad reparatoria, fundada sobre la comisión de un hecho ilícito, constituye aún hoy sin duda y para mucho tiempo, el núcleo duro del sistema internacional de la responsabilidad. Ella traduce en efecto un cierto equilibrio, al mismo tiempo que una garantía para la soberanía del Estado y su salvaguardia patrimonial. Todos siguen más que nunca atados a ella, en el Este como en el Oeste, en el Sur como en el Norte. Pero la responsabilidad es hoy también solicitada para alcanzar otros fines y cumplir otras funciones.

Y es que más allá del culto inalterable de la soberanía, común a todos los Estados, los unos y los otros no comparten ya las mismas convicciones en cuanto a la neutralidad de las normas y su papel regulador de la coexistencia entre soberanías iguales que le ha sido asignada durante mucho tiempo por las naciones occidentales.

La Carta de Naciones Unidas, ya, había entendido refundar los derechos y las obligaciones de los Estados sobre un cierto número de valores y objetivos comunes, el mantenimiento de la paz y el arreglo pacífico de las controversias...

Correlativamente, instituyó un órgano de seguridad colectiva y un sistema original de sanciones, que muchos, privilegiando sin duda su finalidad social sobre su análisis jurídico, han considerado que constituía un verdadero régimen particular de responsabilidad, respecto de los hechos ilícitos atentatorios de la paz internacional.

Seguidamente, la llamada a una ética de la comunidad internacional, incluso si se debe en parte —como en 1945— a preocupaciones tácticas, se encontrará ampliada por las reivindicaciones que emanan de los nuevos Estados. La afirmación, primeramente incierta pero siempre ampliada, de la existencia de normas de *ius cogens* y del alcance *erga omnes* de las obligaciones que estas instituyen han renovado los criterios y los términos de la legalidad internacional, desdoblándola a menudo por la referencia a una legitimidad que le sería superior» (El subrayado es del original).

toda violación de una obligación internacional protegida por el *ius cogens* no supone la comisión de un *crimen*; sólo las violaciones más graves del Derecho imperativo comporta esa calificación. Del texto del propio artículo 19 del Proyecto de la CDI ya se deduce claramente, aunque la CDI lo ha destacado expresamente en sus comentarios (106). No debe extrañar tal hecho a los juristas contemporáneos, pues a fin de cuentas en los Derechos internos, de los que se transvasa al Derecho internacional el concepto de *ius cogens*, no todas las normas imperativas son sancionables penalmente. Sabido es que en el campo de las relaciones personales o familiares, en temas relacionados con la conducta sexual, o en el ámbito económico, el Derecho interno se niega a considerar jurídicamente vinculantes los compromisos privados contrarios al orden público o las buenas costumbres sin que los actos a los que las partes se han comprometido sean penalmente sancionables (107).

30. En el caso de la norma que prohíbe el uso de la fuerza armada, sin embargo, parece como si las nociones de *crimen* e *ius cogens* se consideraran superponibles o solapadas.

La violación grave de las obligaciones imperativas en el campo de la prohibición del uso de la fuerza constituyen un *crimen internacional*, de los que se da como ejemplo la *agresión*; y al mismo tiempo hemos señalado cómo parece que únicamente el núcleo duro de la prohibición (la agresión y tal vez otras formas graves) aparecen cubiertas por el *ius cogens* internacional (*vid. supra* párrafo 28 *in fine*).

Tenemos, pues, que una genuina agresión es un *crimen internacional*, mientras que las violaciones menores de la prohibición, constituyendo un hecho ilícito internacional (de no existir circunstancias de exclusión de la ilicitud), tendrían que ser calificadas de simple *delito internacional*. Las consecuencias de uno y otro no serían las mismas.

Ahora bien, no parecen netamente perfilados los supuestos de esos otros usos de la fuerza que, no constituyendo una agresión, pudieran ser lo suficientemente graves para merecer la consideración de crimen internacional. Algún autor ha sostenido que todas las manifestaciones del uso de la fuerza prohibidas por la Resolución 2.625 están amparadas por el *ius cogens* y, por tanto, habría que entender que su violación grave comportaría un *crimen* (108). No estoy tan seguro de ello, y en cualquier caso siempre quedaría por descubrir o determinar las violaciones *graves* de tales disposiciones.

(106) Artículo 19, párrafo 3, letras a-d del Proyecto de la Comisión (*Anuario CDI* 1976, II, Segunda Parte, 119 —párr. 66— y 108 —en párrs. 33-34—).

Vid. también las intervenciones de los Sres. AGO (Relator Especial), USTOR y EL-ERIAN (*Anuario CDI* 1976, I, 75, 84-85, 86-87).

(107) RIGAUX, F.: «Le crime d'Etat. Réflexions sur l'article 19 du Projet d'articles sur la responsabilité des Etats», *Le Droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Milán, Giuffrè, 1987, III, 301-26.

(108) STARACE, V.: *op. cit.* (nota 5), 298.

Tal vez puedan ser útiles al respecto algunos datos manifestados recientemente: Los términos empleados por el TIJ en el asunto de Nicaragua (1986) permiten diferenciar entre los supuestos de agresión armada (directa o indirecta) de, por ejemplo, el suministro de armas, facilidades o apoyo logístico a grupos armados. En principio también en este caso existe una violación de la prohibición, pero ésta no puede equipararse en gravedad a la que implique una agresión (109). ¿No podría en términos análogos pensarse que la financiación por un Estado a grupos terroristas de otro, o incluso la instigación a que cometan actos de terrorismo, siendo violaciones de la norma constituyen formas menores de uso de la fuerza? ¿No ha sostenido la CDI, por ejemplo, que las incursiones armadas puntuales, limitadas y tendentes a proteger la vida de los nacionales en el extranjero o para evitar acciones de grupos armados desde un Estado vecino, constituyen manifestaciones del uso de la fuerza de gravedad no comparable a la derivada de un acto de agresión? (*vid. infra* párrafo 56).

De hecho, de seguir lo que parece la opinión del TIJ, todos los supuestos que a continuación se reproducen serían formas *menos graves* del uso de la fuerza, pues dice el TIJ:

«As regards certain particular aspects of the principle in question, it will be necessary to distinguish the most grave forms of the use of force (those constituting an armed attack) from other less grave forms. In determining the legal rule which applies to these latter forms, the Court can again draw on the formulations contained in the Declaration on Principles... (General Assembly res. 2.625, XXV, referred to above). As already observed, the adoption by States of this text affords an indication of their *opinio iuris* as to customary international law on the question. Alogside certain description which may refer to aggression, *this text includes others which refer only to less grave forms of the use of force. In particular, according to this resolution:*

“Every State has the duty to refrain from the threat or use of force to violate the existing international boundaries of another State or as a means of solving international disputes, including territorial disputes and problems concerning frontiers of States.

.....
States have a duty to refrain from acts of reprisal involving the use of force.

.....
Every State has the duty to refrain from any forcible action which deprives peoples referred to in the elaboration of the principle of equal rights and self-determination of that right to self-determination and freedom and independence.

(109) *CIJ Recueil* 1986, 101 (párr. 191), 103-4 (párr. 195).

Every State has the duty to refrain from organizing or encouraging the organization of irregular forces or armed bands, including mercenaries, for incursion into the territory of another State.

Every State has the duty to refrain from organizing, instigating, assisting or participating in acts of civil strife or terrorist acts in another State or acquiescing in organized activities within its territory directed towards the commission of such acts, when the acts referred to in the present paragraph involve a threat or use of force.”

Moreover, in the part of this same resolution devoted to the principle of non-intervention in matters within the national jurisdiction of States, a very similar rule is found:

“Also, no State shall organize, assist, foment, finance, incite or tolerate subversive, terrorist or armed activities directed towards the violent overthrow of the régime of another State, or interfere in civil strife in another State”» (110).

II. CUESTIONES CONECTADAS CON LAS CONDICIONES EN QUE EL USO DE LA FUERZA ARMADA ES IMPUTABLE O ATRIBUIBLE AL ESTADO

«... por las que nautas de corajudo pecho o hábiles en artificios miles...».

1. La imputación o atribución al Estado de los comportamientos contrarios a una norma internacional, requisito indispensable para comprometer su responsabilidad internacional

31. La existencia de un hecho ilícito internacional requiere no sólo una conducta consistente en la violación de una obligación internacional del Estado, sino, asimismo, que «la conducta consistente en una acción o una omisión sea atribuible al Estado según el Derecho internacional» (111).

Ciertamente, el Estado es una persona jurídica o, si se prefiere, según los términos de la CDI, «una entidad real organizada». Pero reconocer esa «realidad» no empece el tener en cuenta una verdad elemental: los Estados no pueden actuar por sí mismos «físicamente». En definitiva, entonces, los comportamien-

(110) *CIJ* Recueil 1986, 101-102, párrs. 191 y 192.

No veo del todo claro que el privar *por la fuerza* a un pueblo colonial de su derecho a la libre determinación pueda calificarse de un tipo de *fuerza menos grave* (véase *supra* parágrafo 28 *in fine* y nota 103).

(111) Art. 3 del Proyecto de la CDI sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Yearbook of ILC*, 1973, vol. II, Primera parte, 179.

tos de un Estado sólo pueden tener lugar por medio de seres humanos o de grupos de seres humanos (112).

La doctrina de la atribución o imputación (113) como elemento constitutivo del hecho ilícito internacional no pretende, pues, sino contestar a esa cuestión: ¿Cuáles son las personas cuyos comportamientos contrarios al DIP deben entenderse y en qué circunstancias como de un Estado?

32. El Proyecto de artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aborda el problema de la atribución al Estado de los hechos ilícitos internacionales en sus artículos 5 a 15, enmarcando las soluciones propuestas con un doble planteamiento: *Positivo*, para indicar cuándo una acción u omisión contraria al Derecho internacional es atribuible al Estado; y *negativo*, para señalar también expresamente en qué supuestos no lo es (114):

(i) Respecto del *enfoque positivo* de esta cuestión, y dejando al margen el problema particular de los movimientos insurreccionales (arts. 14 y 15), la CDI ha entendido que sólo se consideran como del Estado los hechos de sus órganos formales tanto «centrales» (legislativos, ejecutivos, judiciales) (115) como «periféricos» (entidades públicas territoriales) (116) cuando actúan en su calidad de tales; y, también, los hechos de entidades, personas u órganos de otro Estado o de una Organización internacional que, aún sin tener la condición formal de órgano del Estado, ejercen de hecho o por disposición del propio Derecho interno funciones propias del poder público y, por lo tanto, puede decirse que «sustituyen o complementan» la actuación de sus órganos. En concreto son tres los supuestos que cabe distinguir a estos efectos: a) los hechos de órganos de una entidad, pública o privada, que esté facultada por el Derecho interno para ejercer prerrogativas del poder público, cuando obra en calidad de tal (117); b) la conducta de personas o grupos que actúan de hecho por cuenta del Estado, o ejercen prerrogativas del poder público en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias que justifican esa «sustitución» (118); c) el comportamiento de los órganos de otro Estado o de una Organización internacional puestos a su disposición, cuando ejercen prerrogativas del poder público del Estado al que tal comportamiento se atribuye (119).

(112) Comentario n.º 5 de la CDI al art. 3 de su Proyecto, *Yearbook ILC* cit., 181.

(113) Sobre el por qué de haber preferido, la CDI, el término *atribución* y no el de *imputación*, y otros comentarios, *vid.* RUILOBA SANTANA, E.: «Consideraciones sobre el concepto y elementos del acto ilícito internacional», *Symbolae García Arias*, Zaragoza, Facultad de Derecho de la Universidad, 1973-74, 381-405 (en 385 ss.); CONDORELLI, L.: «L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: Solutions classiques et nouvelles tendances», *RdC* 189 (1984), 9-222 (en 41-43).

(114) *Vid.* en *Anuario CDI* 1973, vol. II, 195-202 (arts. 5-6); *Anuario CDI* 1974, vol. II, Primera parte, 281-95 (arts. 7-9); *Anuario CDI* 1975, vol. II, 65-114 (arts. 10-15).

(115) Arts. 5 y 6.

(116) Arts. 5 y 7.1.

(117) Art. 7.2.

(118) Arts. 8.a y 8.b.

(119) Art. 9.

Dos observaciones adicionales cabe hacer respecto de estos extremos: *Primera*, que los hechos de los órganos formales del Estado o de entidades facultadas jurídicamente para el ejercicio de prerrogativas del poder público que actúan en su calidad de tales, son atribuibles al Estado aunque el órgano se haya excedido en sus competencias o haya contravenido las instrucciones concernientes a su actuación (120); y *segunda*, que supuestos de la práctica reciente han aconsejado expandir el concepto de *atribución*, imputándose en su caso al Estado hechos de órganos o personas que tradicionalmente no se consideraban a tales efectos, como sucede respecto de la «puesta a disposición» de un Estado de órganos de otro o de una Organización internacional y, asimismo, con relación al fenómeno de las entidades facultadas para ejercer prerrogativas del poder público (121).

(ii) La regulación, en el Proyecto de la CDI citado, del concepto de atribución se complementa *desde un punto de vista negativo* con otras disposiciones en virtud de las que se estipula la no imputación al Estado del comportamiento de personas o grupos que no actúan por cuenta del mismo (122), ni de los órganos de otro Estado o de una Organización internacional llevados a cabo en su territorio, siempre que, claro es, no incurran en el supuesto concreto al que ya me he referido en el párrafo anterior (123). Dada la índole y propósito del presente Curso, resulta ahora conveniente aproximar el objetivo a la primera de las disposiciones acabadas de mencionar.

La CDI sostiene en su Proyecto que la conducta de una persona o grupo de personas no es atribuible al Estado cuando éstas no actúan por cuenta de éste (124); de *personas* sin más, por tanto de personas físicas como de las personas jurídicas. Y ello no sólo en base a su tenor literal, sino también con apoyo en los trabajos preparatorios (125).

(120) Art. 10.

Vid. sin embargo las reflexiones sobre el mismo de L. CONDORELLI, (*op. cit.* en nota 113, 80-84), que apuntan a que el art. 10 no es tan rotundo como una primera lectura sugeriría.

(121) *Vid.* los comentarios de la CDI a los arts. 7.2 (párrafos 14-15) y 9 de su Proyecto.

(122) Art. 11.

(123) Arts. 12 y 13 (*vid. supra* nota 121).

(124) Art. 11.1 y 11.2.

La formulación última, tan adjetiva y abstracta, del párr. 2 de este artículo, fue preferida por la CDI a fórmulas más concretas y descriptivas, como las sugeridas por el propio Relator Sr. AGO o por el Sr. TAMMES (*vid. Anuario CDI 1975*, I, ses. 1.308, párrs. 1 y 22; o, también, en el párr. 37 de los comentarios de la CDI al art. 11 del Proyecto), porque no quiso «tocar, siquiera sea de manera indirecta, la determinación del contenido de las obligaciones que ligan a un Estado con Estados extranjeros en materia de protección de estos últimos, de sus representantes y de sus nacionales, contra los actos perjudiciales que emanan de personas que no actúan por cuenta del Estado» (párr. 37 citado).

Naturalmente, la no imputación al Estado de los hechos de un grupo de personas que no actúan *por su cuenta*, no supone que el Estado sea siempre irresponsable; lo será si con ocasión de tales hechos sus órganos quebrantan las obligaciones que el DIP les impone en virtud de los arts. 5 a 10 del Proyecto.

(125) Para evitar, precisamente, una interpretación restrictiva del mismo, que dejara fuera de

Tras un minucioso estudio de la jurisprudencia internacional, la práctica y la doctrina, la CDI llega a la conclusión de que el hecho de una persona privada *que no actúa por cuenta del Estado* al no poder ser atribuido a éste no puede como tal comprometer su responsabilidad. Y si a veces se invoca una responsabilidad internacional *del Estado* con ocasión del comportamiento de personas privadas «esta responsabilidad tiene únicamente como base el comportamiento internacionalmente ilícito observado por órganos del Estado en relación con los actos de la persona privada» (126). Por tal razón la regla de no atribución al Estado de los comportamientos de tales personas contenida en el párrafo 1 del artículo 11, se completa con la cláusula del párrafo 2 que tiene por misión no excluir la responsabilidad del Estado cuando, con motivo de acciones u omisiones de personas privadas, sus órganos u otros agentes por los que deba responder incumplen las normas del Derecho internacional existentes que se refieran a la actuación de los mismos (127). Esta regla no tiene, además, excepción alguna: la CDI ha rechazado la corriente doctrinal que, basándose en las ideas de *solidaridad del grupo social* o de *garantía*, sostenía ya en un plano general ya en ciertos supuestos (por ejemplo respecto de los daños contra representantes del Estado u otras personas especialmente protegidas por el Derecho internacional), la atribución al Estado de los hechos de personas privadas (128). O, por emplear los términos de la propia Comisión:

su cobertura los comportamientos de las *personas jurídicas*, la CDI forzó al Relator Especial, profesor AGO, a modificar el párrafo 1 del artículo por él propuesto, sustituyendo las palabras *particulares o grupos de particulares* por las de *personas o grupos de personas*. Véanse las intervenciones de los Sres. TAMMES, KEARNEY (*Anuario CDI* 1975, I, ses. 1.308, párrs. 22, 26, 31), ELÍAS, SAHOVIC, VALLAT (*ibidem* ses. 1.309, párrs. 24, 39, 48), USHAKOV (ses. 1.310, párr. 28), USTOR (ses. 1.311, párr. 3), AGO (ses. 1.311, párr. 22), y la decisión final del Comité de Redacción (ses. 1.345, párrs. 10-13).

Y obsérvese, consecuentemente, que la atribución al Estado del comportamiento de las personas jurídicas se basa en las mismas reglas que respecto de las personas físicas, rechazándose de este modo la idea propuesta en el seno de la Comisión por el Sr. PINTO de establecer reglas particulares de atribución al Estado de los hechos de ciertas personas jurídicas, que habrían llevado incluso en tales supuestos a la atribución automática al Estado de los hechos de esas entidades. La opinión del Sr. PINTO (*Anuario CDI* 1975, I, ses. 1.309, párrs. 15-19) fue expresamente rechazada por otros miembros de la Comisión (HAMBRO, VALLAT, USTOR), incluyendo al Relator, Sr. AGO (*Anuario* cit., ses. 1.309, párrs. 36, 58 y ses. 1.311, párrs. 4, 17-18).

(126) Párr. 35 de los comentarios al art. 11 de su Proyecto de artículos.

(127) Véase *supra* el párrafo final de la nota 124.

(128) El Sr. TAMMES estimaba, con todo, que la tesis de la solidaridad colectiva del grupo social es «bastante atractiva por su sencillez», aunque reconocía igualmente que sólo era aceptada por un reducido número de Estados (*Anuario CDI* 1975, I, ses. 1.308, párr. 19).

La idea de que el Estado debe responder internacionalmente de cualquier hecho dañoso para un Estado extranjero o sus nacionales, realizado por particulares y que ha tenido lugar en su territorio, pudo considerarse como rechazada y errónea ya en el primer tercio de la actual centuria:

1) Fue sostenida dicha tesis, con fundamentos diversos, en el supuesto específico de los daños causados por particulares a Estados o súbditos extranjeros con ocasión de guerras civiles o disturbios:

— Así por ejemplo, para C. WIESSE la responsabilidad del Estado en tales casos se fundamen-

«La Comisión estima, en particular, que no sería en modo alguno oportuno introducir una excepción a esa norma para los actos que afecten a ciertos intereses determinados (la seguridad de los Estados extranjeros, por ejemplo) o para los comportamientos adoptados en circunstancias especiales, tales como un motín u otras formas de disturbios internos. La Comisión no cree tampoco que fuera útil seguir la sugerencia de ciertos autores, consistente en imponer al Estado la obligación de ofrecer una ver-

taba en la culpa en que éste había incurrido al no haber impedido la guerra o los desórdenes (*Le droit international appliqué aux guerres civiles*, Lausanne, 1898, 45, 52).

BRUSA, por el contrario, en el marco de los trabajos del IDI sobre el tema, veía en el provecho obtenido por el Estado de la confiscación de bienes y propiedades de los extranjeros para reprimir a los rebeldes la base de su responsabilidad («Rapport et projet de Résolution présentés au nom de la Commission sur la responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers en cas d'émeute ou de guerre civile», *Annuaire de l'IDI* [sesiones de Copenhague a Edimburgo, 1897 a 1904], nueva ed. abreviada, Bruselas-París, 1928, 340 ss., en 345 ss).

—Y P. FAUCHILLE, asimismo en el seno de la citada Institución, justificó la responsabilidad del Estado en la idea del *riesgo estatal*, compensación justa al provecho que el Estado obtiene del trabajo y bienes de los extranjeros residentes en su territorio (véase su intervención y propuesta de enmienda, que finalmente retiró, en *Annuaire de l'IDI* cit., 612-13; también en su *Traité de DIP*, I, Primera Parte, París, 1922/8.^a ed. refundida, completa y puesta al día del *Manuel de DIP* de H. Bonfils/, 521-22, n.º 289-90).

Ni la propuesta de Brusa ni la de Fauchille fueron tenidas en cuenta por el IDI (véase su Res. sobre el tema en el *Annuaire*... cit. 640-42). Aún concretada al supuesto de existencia de disturbios o guerra civil, no deja de ser curioso advertir cómo alguna de estas doctrinas fundamenta la responsabilidad absoluta del Estado con argumentos totalmente extrapolables, teóricamente, a supuestos en los que no existen ni disturbios ni guerra civil. Tal es el caso de la teoría del *riesgo estatal* formulada por Fauchille.

2) En un plano más general, también fue mantenida a lo largo del siglo XIX por un sector doctrinal la tesis de que, pudiendo presumirse que el Estado conoce todos los sucesos que tienen lugar en su territorio, debe éste en consecuencia ser responsable *prima facie* cuando de los hechos acaecidos dentro de ese espacio geográfico y llevados a cabo por particulares resulten perjuicios para un Estado extranjero o sus nacionales. Recuérdese que no mucho después de ser formulada por Hugo GRÓCIO, otro célebre jurista de la época, Samuel PUFENDORF, había criticado la tesis de la culpa como fundamento de la responsabilidad del Príncipe, abogando por una *presunción de culpa* de los soberanos respecto de los hechos de sus súbditos (*vid.* GARCÍA-MORA, R.: *International responsibility for hostile acts of private persons against foreign States*, La Haya, M. Nijhoff, 1962, 25-26).

3) Sin embargo, ya a principios del siglo XX, Dionisio ANZILOTTI sentó la bases de una nueva concepción del tema, al afirmar que el Estado nunca es responsable por el hecho del individuo como tal, sino únicamente de los hechos propios, es decir, de los de sus órganos. Las acciones u omisiones de los particulares constituyen simplemente la ocasión que da lugar, eventualmente, a un comportamiento de los órganos del Estado contrario a lo establecido por el ordenamiento jurídico internacional: el deber de prevenir y/o reprimir las conductas de personas privadas perjudiciales para un Estado extranjero o sus nacionales. La concepción del maestro italiano se abrió vigorosamente camino en la doctrina del Derecho internacional, hasta el punto que en 1928 Clyde EAGLETON podía calificar dicha teoría como «la más armónica en relación con la práctica internacional del momento» (*The responsibility of States in international law*, Nueva York, 1928/Kraus Reprint Co., Nueva York, 1970, 77).

Para la evolución de la responsabilidad internacional del Estado a este respecto desde GRÓCIO hasta ANZILOTTI, véase EAGLETON, C.: *op. cit.* 76-77; y, más amplia y analíticamente, en COHN, G.: «La théorie de la responsabilité internationale», *RdC* 68 (1939-II), 209-325 (en 240-56).

dadera garantía en relación con las consecuencias perjudiciales para Estados extranjeros, sus representantes y sus nacionales, de actividades de personas privadas; esa garantía debería entrar en juego incluso cuando no pudiera reprocharse al Estado ningún incumplimiento de sus obligaciones internacionales con ocasión de los hechos de que se tratara. Una garantía de este tipo puede tener cabida en una convención especial, destinada a prevenir o a reprimir los actos de ciertas categorías particulares de personas. Pero no se puede hacer de ella una regla general sin transtornar el equilibrio de las relaciones jurídicas internacionales» (129).

La conclusión es evidente: La CDI ha confirmado el principio básico del que anteriormente hemos hablado, y que proclamaba —y proclama— la no atribución al Estado de los hechos que personas privadas llevan a cabo en perjuicio de Estados extranjeros o de sus nacionales. Más aún, la Comisión ha sostenido expresamente el carácter consuetudinario de dicha norma y su perfecta adecuación, tal y como aparece formulada, a las necesidades de la vida internacional actual (130).

En los comentarios al artículo 11 de su Proyecto, la CDI afirma que, desde comienzos del decenio de 1930, ya no se encuentra en la jurisprudencia arbitral internacional fallos de interés respecto del problema de la atribución al Estado de hechos de personas privadas (131). La afirmación podría, sin duda, aplicarse también a la jurisprudencia del TIJ. Desde 1949, año en el que este órgano judicial decide el *asunto sobre el canal de Corfú* (en el que, dicho sea de paso, tampoco se planteó este problema concreto), el Tribunal no había vuelto a ocuparse directamente de la responsabilidad internacional hasta que en 1980 tuvo que pronunciarse sobre el *asunto relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* (132). Y en este caso, precisamente, el TIJ se enfrentó de lleno con un supuesto de hechos de personas privadas lesivos para un Estado extranjero. La sentencia dictada a este propósito resulta de enorme interés, primero en un plano general, al haber sido emitida en pleno proceso de codificación y desarrollo progresivo del tema de la responsabilidad, pero también en un plano más concreto al haber podido el Tribunal manejar en su decisión los artículos que la CDI había adoptado unos años antes a propósito de cuestiones como las que fueron objeto del caso. Nada resulta, en efecto, más útil y clarificador para el internacionalista que comprobar la ponderación que el juez internacional hace del resultado, por provisional que sea aún en este caso, del «proceso legislativo» (133).

(129) Párr. 35 de los comentarios al art. 11 de su Proyecto.

(130) Véase nota anterior.

(131) párr. 17 de los comentarios al art. 11 de su Proyecto de artículos.

(132) *Asunto relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, CIJ Recueil 1980, 3 ss.

(133) La sentencia del TIJ en este caso ha sido comentada abundantemente por la doctrina. Al margen de otros comentarios en los que no se abordan, o se lleva a cabo marginal o incidental-

Tres son, fundamentalmente, los aspectos de interés directo para nuestro trabajo que pueden destacarse de la doctrina sentada por el TIJ en el citado asunto:

1.º Que los hechos de los particulares no son en sí mismos imputables al Estado, salvo que se demuestre que éstos han obrado por cuenta del mismo, en la medida en que un órgano competente de dicho Estado les hubiera encargado de una operación determinada (134).

2.º Que a propósito de los hechos de los particulares, los ataques a la misión diplomática y establecimientos consulares de los Estados Unidos en Irán en el caso concreto, el Estado (iraní) es responsable cuando sus órganos incumplieron las obligaciones establecidas por el Derecho internacional, en particular por los Convenios de Viena sobre misiones diplomáticas (1961) y sobre misio-

mente, los argumentos del Tribunal acerca del problema concreto de la responsabilidad internacional, pueden consultarse los siguiente: BRETTON, PH.: «L'affaire des otages américains devant la Cour Internationale de Justice», *J.D.I.* 1980, n.º 4, 787-828 (en 811-26); COUSSIRAT-COUSTÈRE, V.: «L'arrêt de la Cour sur le personnel diplomatique et consulaire américain à Téhéran», *A.F.D.I.* XXVI (1980), 202-24 (en 214-20); FERRARI BRAVO, L.: «La Corte Internazionale di Giustizia e la questione degli ostaggi americani a Teheran. Problemi in tema di giurisdizione e di responsabilità internazionale», *L.C.I.* XXXVI (1981), n.º 3, 377-394 (en 387 ss); ZOLLER, E.: «L'Affaire du personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran», *R.G.D.I.P.* 84 (1980), n.º 4, 973-1.026 (en 1.007 ss).

Sabido es, por último, que este caso terminó «fuera» del TIJ (*vid.* su Orden de 12 de mayo de 1981, *CIJ Recueil* 1981, 45; también, WEGEN, G.: «Discontinuance of international proceedings: The hostages case», *A.J.I.L.* 76, 1982, n.º 4, 717-36), merced a un acuerdo entre las partes implicadas en cuya elaboración Argelia desempeñó un papel muy activo. Dicho acuerdo, que plantea interesantísimas cuestiones conectadas, entre otras, con el concepto y naturaleza de los tratados, con el tema del poder del Estado de disponer de los intereses de sus nacionales frente a otro Estado o con la posibilidad que tienen los particulares de obtener del propio Estado el resarcimiento de los daños que eventualmente se deriven de la regulación de sus intereses a nivel internacional, ha sido objeto de atención por la doctrina; véase, por ejemplo, AUDIT, B.: «Les Accords d'Alger du 19 janvier 1981 tendant au règlement des différends entre les Etats-Unis et l'Iran», *J.D.I.* 1981, n.º 4, 713-787; JUILLARD, P.: «La role joué par la République Populaire et Démocratique d'Algérie dans le règlement du contentieux entre les Etats-Unis d'Amérique et la République Islamique d'Iran», *A.F.D.I.* XXVII (1981), 19-44; RADICATI DE BROZOLO, L.: «La soluzione delle controversie tra stati e stranieri mediante accordo internazionale: Gli accordi tra Stati Uniti ed Iran», *R.D.I.* LXV (1982), n.º 2, 299-343.

(134) *Asunto...* cit. (nota 132), párr. 58.

En el caso concreto planteado, el TIJ consideró que no tenía información adecuada para establecer un vínculo entre los ocupantes de las misiones diplomáticas y consulares de los Estados Unidos y un órgano competente del Estado iraní, porque consideró que sería llegar demasiado lejos valor las declaraciones del Imán Khomeini de atacar a los Estados Unidos en escuelas y universidades como una autorización para que las masas actuaran por cuenta del Estado. Ni siquiera la aprobación oficial del hecho realizado inmediatamente de haberse éste producido (pues parece probado que el Imán felicitó por teléfono a los ocupantes) se consideró susceptible de modificar el carácter *inicialmente* independiente y no oficial del ataque llevado a cabo por la multitud (*Asunto...* cit., 58-59)

nes consulares (1963) (135), de tomar las medidas apropiadas para proteger los locales, personas y archivos de tales ataques y, posteriormente, de persuadir u obligar a aquéllos a su desalojo (136).

3.º Que la responsabilidad inicial del Estado (iraní) por hechos de sus órganos se ve de nuevo comprometida cuando, con actos posteriores de apoyo y felicitación a los ocupantes, ese Estado decide perpetuar la ocupación. De este modo, «los militantes, los autores de la invasión, se convierten *entonces* en agentes del Estado (iraní) cuyos actos comprometen su responsabilidad internacional (137).

Sentencia pues clarificadora, en cuanto permite comprobar la aplicación en la década de los ochenta de las normas básicas del Derecho internacional en materia de atribución al Estado de los hechos de personas privadas, resultando confirmado que, según disponen los artículos 5 y 11 del Proyecto de la CDI, los hechos de estas personas constituyen únicamente una ocasión para que, eventualmente, los órganos del Estado puedan cometer una acción u omisión contrarias a sus obligaciones internacionales. Resulta de gran interés comprobar, asimismo, cómo los órganos del Estado que inicialmente pudieron, con ocasión de hechos de particulares, incumplir —como es el caso— o no obligaciones internacionales, se convierten en «cómplices» de aquéllos en la medida en que *transformen*, con su aprobación y ánimo, a los particulares en personas que actúan en su nombre o por su cuenta (art. 8.º del Proyecto de la CDI). Se observará, igualmente, que la sentencia del TIJ confirma también la decisión de la Comisión de no establecer normas particulares de atribución al Estado cuando los sujetos pasivos de los hechos son personas que gozan de una protección internacional especial, como es el caso de los agentes diplomáticos y consulares.

Naturalmente, también la sentencia del TIJ en el *as. sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (1986) se ha planteado el tema de la imputación o atribución; pero de ello tendremos oportunidad de tratar después (138).

33. Las normas sobre imputación contenidas en el Proyecto de artículos de la CDI han sido entendidas como expresión del Derecho internacional consuetudinario: por la propia Comisión, ya lo he señalado (139), pero también por la doctrina que ha ido comentando tales trabajos (140).

(135) Según, BASSIOUNI, M.C., «Protection of diplomats under islamic law». *A.J.I.L.* 74, 1980, n.º 3, (509-33), las sanciones, o, mejor dicho, las omisiones de Irán constituyen no sólo la violación de obligaciones de Derecho internacional sino también del propio Derecho interno iraní.

(136) *Asunto...* cit. párrs. 61, 63, 66. Véase GRZYBOWSKI, K.: «The regime of diplomacy and the Tehran hostages», *I.C.L.Q.* 30 (1980), n.º 1, 42-58.

(137) *Asunto...* cit. (nota 132), párrs. 69-74 (el subrayado es mío).

(138) *Vid. infra* párrafos 35, 37, 38 ss.

(139) *Supra* notas 129 y 130.

(140) CHRISTENSON, G.A.: «The doctrine of attribution in State responsibility», en Lillich, R.B. (edt): *International law of State responsibility for injuries to aliens*, Charlottesville, University

Ahora bien, las normas de Derecho internacional general, salvo las protegidas por el Derecho internacional imperativo, pueden ser modificadas por otras normas posteriores tanto generales como particulares, ya consuetudinarias ya convencionales. Y esta afirmación, que reposa en el presupuesto de que no existen, que se sepa, razones en favor del carácter *imperativo* de *ius cogens* de las normas sobre la imputación, provocan de inmediato dos tipos de consideraciones:

—Según la primera, nada impediría que otras normas internacionales, acordadas entre dos o más Estados o quizás de carácter más general, estipulasen condiciones distintas a las establecidas en el Proyecto de la CDI en materia de imputación. Por pura hipótesis, piénsese tal vez en un acuerdo entre dos Estados por el que ambos decidiesen ser responsables en el plano internacional recíprocamente por toda violación del Derecho internacional cometida por particulares sin tener en cuenta (o alterándolos) los parámetros en que a dicho efecto se mueve el Derecho internacional general que la CDI ha recogido; o, siguiendo en el plano de la hipótesis, que considerasen imputables únicamente los hechos de, digamos, sus órganos formales.

—Según la segunda (que ya no juega en el campo de lo hipotético), doctrina reciente ha destacado como en algunos sectores (como el Derecho del mar, el Derecho del Espacio o en materia de protección del medio ambiente) existen en la actualidad claras tendencias en materia de imputación que se apartan de las reglas clásicas y que, L. CONDORELLI por ejemplo, se han calificado de «desviacionistas» (141).

Esas tendencias inciden básicamente en el campo de la responsabilidad por hechos de los particulares y en síntesis establecen para el Estado un modelo de responsabilidad más estricto o riguroso que el modelo clásico (142). De hecho,

Press of Virginia, 1983, 321-60 (en 323); CONDORELLI L. y DIPLA, H.: «Solutions traditionnelles et nouvelles tendances en matière d'attribution à l'Etat d'un fait internationalement illicite dans la Convention de 1982 sur le Droit de la mer, *Le Droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de R. Ago*, Milán Giuffrè, 1987, 65-98 (en 66); CONDORELLI, L.: *op. cit.* (nota 113), 49 ss.

(141) CONDORELLI, L.: *op. cit.* (nota 113), 163.

(142) *Vid. ad ex.* CONDORELLI, L. y DIPLA, H.: *op. cit.* (nota 140), 66, 84-95, 97 (en general 70 ss.); y sobre todo CONDORELLI, L.: *op. cit.* (nota 113), 76-80, 117-167.

Yo mismo, hace ya diez años, y en el marco concreto del Derecho del Espacio, señalaba que con el principio 5 de la *Declaración sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre* (A/Res. 1962, XVIII, de 13 diciembre 1963), principio que más tarde pasó a ser el art. VI del *Tratado sobre los principios jurídicos...* (A/Res. 2222, XXI, 19 dic. de 1966):

«(...) la Declaración confirma la internacionalización de las actividades espaciales. Se permite a los particulares llevarlas a cabo, con lo que se rechaza la tesis soviética de limitar su realización exclusivamente a lo Estados, pero siempre y cuando éstos asuman internacionalmente la responsabilidad por las actividades espaciales de aquéllos. No se trata tan sólo de declarar la norma de Derecho internacional general relativa a la responsabilidad del Estado por hecho de los particulares..., sino de una afirmación de la máxima diligencia posible; más aún que independientemente de esto,

una de las críticas de fondo que recientemente se han formulado en cuanto al tratamiento asignado por la CDI al tema de la imputación, es la de haber centrado su atención sobre todo en las normas clásicas sobre el tema dejando sin explorar las nuevas tendencias. O, por emplear las mismas palabras de L. CONDORELLI:

«Ces développements nous amènent tout droit à la conclusion suivante. Les principes proposés par la Commission du Droit International en matière d'imputation sont le fruit d'une réflexion très approfondie, axée essentiellement sur le droit de la coexistence. Après en avoir pris connaissance dans le prochain chapitre, il nous faudra alors en tester la validité pour ce qui est notamment des domaines où le droit international tend plus particulièrement à se développer de nos jours: ce qui nous imposera d'accorder, dans notre troisième chapitre, une attention spéciale, quoique non exclusive, à la partie du droit international qui vise à réaliser la coopération entre Etats» (143).

La situación actual es, en efecto, más rica como el citado autor ha puesto lúcidamente de relieve (144).

el respeto de los principios contenidos en la Declaración por los particulares es de incumbencia del Estado. Si se me permite jugar con las palabras, cabría pensar que esa *autorización y vigilancia constante* que el principio 5 de la Declaración impone al Estado juega más *en su beneficio* (dadas las consecuencias que los hechos de los particulares en este campo pueden representarlo) y como *corolario* de la imputación que se le hace de dichos hechos que como *carga* o *causa* generadora de la responsabilidad» (GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *La responsabilidad...* cit. en nota, 2, 40-41).

(143) CONDORELLI, L.: *op. cit.* (nota 113), 45 ss (En 46-47).

(144) CONDORELLI cit. (174-176):

«Il nous reste enfin à nous pencher sur le deuxième pilier du système de l'imputation, toujours en quete de suggestions à en tirer quant aux tendances actuelles de l'ordre juridique international. Il s'agit ici du principe relatif aux comportements de particuliers, lequel —nous le savons— présente deux volets connexes: le premier excluant l'imputation à l'Etat des faits des particuliers qui n'agissent pas pour son compte; le deuxième envisageant la possibilité que le fait du particulier —tout en n'étant pas imputable à l'Etat— mette en évidence le manquement de la part de celui-ci à l'une ou à l'autre de ses obligations internationales relatives soit au contrôle d'un certain espace territorial, soit à la surveillance d'une activité déterminée.

La présentation de ces concepts, telle qu'elle résulte du libellé de l'art. 11 de la première partie du projet de la CDI, détermine chez le lecteur l'impression que la Commission a envisagé en quelque sorte l'existence d'un rapport de priorité entre les deux volets décrits, c'est-à-dire d'un ordre ne répondant pas à des simples nécessités expositives. On serait même tenté de dire que l'art. 11, paragraphe 1, semble jouer le rôle de règle et l'art. 11, paragraphe 2, celui d'exception: la règle serait que le comportement d'un particulier ne peut en principe pas déclencher la responsabilité internationale d'un Etat même si ce comportement lèse un bien qu'une norme internationale entend protéger (sauf, bien entendu, lorsque le particulier en question a agi pour le compte de l'Etat); l'exception serait représentée par les cas où le fait du particulier dévoile le manquement de l'Etat à ses obligations en matière de prévention et/ou de répression.

Sans doute, à d'autres époques l'impression signalée correspondait pleinement à la réalité. Mais, de nos jours, tant la multiplication incessante des tâches de l'Etat (et l'abolition des anciennes lignes de démarcation entre domaine de l'Etat et domaine des particuliers) que l'impressionnant

34. Apuntado en una mera síntesis el planteamiento general sobre la imputación, procederé seguidamente a tratar *algunas de las cuestiones* más relevantes o actuales conectadas con las condiciones en que comportamientos contrarios a la prohibición del uso de la fuerza armada son imputables al Estado.

Por lo demás añadiré que el tratar de la atribución o imputación a un Estado de ciertas conductas contrarias a la prohibición y no llevadas a cabo *por él* directamente no pretendo referirme a un tema importante sin duda, también complejo y poco analizado, con perfiles propios, como el relativo al problema de la *complicidad* de un Estado en los hechos internacionalmente ilícitos cometidos por otro, o, por utilizar el título del documentado y muy reciente trabajo de John QUIGLEY (y al que, efusivamente, reenvío al curioso lector): *Complicity in international law: A new direction in the law of State responsibility* (145).

2. Son imputables al Estado los hechos de sus órganos o de personas o entidades que ejerzan prerrogativas propias del poder público

35. Según las normas sobre imputación que hemos examinado, son atribuibles al Estado ante todo los hechos de sus órganos formales, esto es, de aquellas personas o entidades que, según el sistema interno, aparezcan integrados en la estructura orgánica del Estado en cuestión (art. 5 del Proyecto de la CDI). Los comportamientos de tales personas son, por decirlo así, acciones u omisiones llevadas a cabo «directamente por el Estado mismo».

développement horizontal et vertical du droit international, mais surtout le fait évident que la panoplie de normes internationales demandants aux Etats de contrôler les diverses activités privées s'enrichit de plus en plus et avec un rythme irrésistible, poussent à se demander si on n'est pas en train d'assister à une véritable remise en question du rapport traditionnel de priorité. On dirait en somme que ce qui représentait naguère l'exception tend maintenant à devenir sinon *la* règle, au moins une autre règle ayant un rang identique à celui de la première. Ajoutons que la valeur de cette remarque est d'autant plus rehaussée si l'on se souvient de la tendance que nous avons relevée spécialement dans le chapitre précédent: celle aboutissant à la formation de dispositions tant coutumières que conventionnelles qui, sous la pression de nouveaux besoins sociaux, apportent des dérogations significatives au principe d'après lequel les faites de particuliers ne sont jamais imputables aux Etats.

On pourrait résumer la situation par les termes suivants: du fait de l'évolution de la société internationale, la portée du premier volet relatif aux comportements des particuliers apparaît soumise à un processus d'érosion progressive, tandis que croît sans cesse la rôle du deuxième volet au fur et à mesure que s'épaissit le *corpus* de normes internationales mettant en cause la responsabilité des Etats lors d'actes de particuliers capables de porter atteinte à des biens protégés par ces normes. En effet, il est encore vrai que la plupart des dits actes de particuliers continuent à ne pas être imputables aux Etats, du moins en règle générale (une règle qui, nous le savons, souffre de plus en plus d'exception); mais il devient chaque jour plus vraisemblable que ces actes non imputables, du fait même de leur perpétration, amènent à présumer que l'Etat concerné a violé une obligation internationale relative à la surveillance des individus soumis à sa juridiction ou à son contrôle: autrement dit, l'engagement de la responsabilité internationale des Etats dans ces cas ne représente plus une lointaine éventualité, mais une forte probabilité».

(145) En B. Y. I. L. LVII (1986), 77-131.

Si dichos órganos formales llevan a cabo conductas contrarias a la norma que prohíbe el uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales, dicho comportamiento al ser atribuible al Estado «perfecciona» un hecho ilícito internacional y genera la responsabilidad internacional de éste. Naturalmente estoy hablando del tema de la responsabilidad *del Estado* por hechos ilícitos internacionales cometidos por personas que son *órganos suyos*; no entro en la cuestión de la eventual responsabilidad *personal* de esas personas-órganos ante las *leyes y tribunales internos del Estado en el que pudieran haber llevado a cabo su acción* (146).

La afirmación teórica podría ilustrarse con dos supuestos, a título de ejemplo, presentes en la práctica internacional:

— Si un Estado envía agentes de sus servicios de seguridad exterior a un Estado extranjero con la misión de llevar a cabo determinados actos de terrorismo, lo que en efecto hacen, nos encontraríamos ante el supuesto al que anteriormente me he referido, lo que provocaría la comisión de un hecho ilícito internacional y la consecuente responsabilidad internacional del Estado que ordenó esa acción.

Así el Secretario General de la ONU, a solicitud de los Estados implicados (Francia y Nueva Zelanda), consideró en su Informe (*Ruling*) de 6 de julio de 1986 sobre el hundimiento del buque *Rainbow Warrior* que: «El Primer Ministro de Francia debería presentar al Primer Ministro de Nueva Zelanda sus excusas formales y sin reserva por el ataque, contrario al Derecho internacional, sobre el “Rainbow Warrior” por agentes de los servicios franceses que tuvo lugar el 10 de julio de 1986» (147).

— En su sentencia sobre el *as. de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (1986), el TIJ ha considerado que «involve the responsibility of the United States in a more direct manner» la siembra de minas en puertos de Nicaragua y ataques armados de índole menor llevados a cabo contra ese país, en la medida en que fueron objeto de acción directa por parte del personal militar o encuadrado en el sistema orgánico de los Estados Unidos (148).

(146) Sobre esta cuestión *vid. ad ex.* MIGLIORINO, L.: «Giurisdizione dello Stato territoriale rispetto ad azioni non autorizzate di agenti di Stati stranieri», *R.D.I.* LXXI (1988), n.º 4, 784-801.

(147) El 10 de julio de 1985 un navío civil, el *Rainbow Warrior*, fue hundido en el puerto de Auckland, en Nueva Zelanda, a causa de varios artefactos explosivos puesto en su casco por dos submarinistas, que resultaron ser el mayor Alain Mafart y la capitana Dominique Prieur de las fuerzas armadas francesas.

Francia y Nueva Zelanda solicitaron la mediación del Secretario General de Naciones Unidas (a cuyas conclusiones acordaron obligarse en Derecho), para resolver todos los aspectos de tan turbio asunto. El *ruling* del Secretario General puede consultarse en *I.L.M.* XXVI (1987), n.º 5, 1346-73.

Asimismo, Francia y Nueva Zelanda dieron cumplimiento a la decisión del Secretario General concluyendo tres canjes de notas (*vid. en R.G.D.I.P.*, 90, 1986, n.º 4, 1094-98).

(148) *Vid. CIJ Recueil 1986*, 45 ss., 48 ss., en especial párrs. 75, 80, 81, 86.

Véase, asimismo, el párrafo 4 de la parte dispositiva de su fallo (*CIJ Rec. 1986*, 146).

Vid. infra párrafo 37.

36. De conformidad también con las normas relativas a la imputación al Estado de los hechos de personas o grupo de personas que no son órganos del mismo, la regla general del artículo 11 del Proyecto de la CDI, en cuya virtud los comportamientos de los particulares no comprometen la responsabilidad del Estado y sólo constituyen *la ocasión* en la que los órganos de éste pueden verse llevados a incumplir obligaciones internacionales establecidas, ha sido confirmada por la jurisprudencia internacional. Así, los actos de fuerza armada que un grupo de personas llevaran a cabo en relación con un Estado extranjero sólo serían imputables a un Estado si con ocasión de tales actos dicho Estado hubiese quebrantado el DIP.

En este sentido, y una vez que el TIJ consideró que las fuerzas de la *contra* no podían calificarse de órganos *de facto* de los Estados Unidos (sobre lo que volveremos más tarde), entendió que los hechos contrarios al derecho humanitario cometidos en el desarrollo de sus actividades armadas por tales fuerzas no eran imputables a dicho Estado *per se*, aunque sí resultaba procedente analizar «los actos ilícitos de los que el citado Estado pudiera ser directamente responsable *en relación* con las actividades de la *contra*» (149).

No conectada estrictamente con el tema del uso de la fuerza armada pero muy rica en la argumentación doctrinal en este punto (lo que impulsó al juez AGO a lamentar, en su Opinión individual a la sentencia del Tribunal en el caso de Nicaragua contra los Estados Unidos (1986), que el TIJ no hubiera aludido en su sentencia a su jurisprudencia anterior (150), resulta la sentencia del Tribunal en el *as. sobre el personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teheren* (1980). En diversos pasajes de su sentencia, como sucintamente ya he

(149) *CIJ Recueil* 1986, 65, párr. 116.

Actos ilícitos que el TIJ consideró, por 14 a 1, que Estados Unidos había cometido cuando «al producir en 1983 una manual titulado *Operaciones psicológicas en guerra de guerrillas* y al distribuirlo entre las fuerzas *contra*, incitaron a éstas a cometer actos contrarios a los principios generales del derecho humanitario...» (Párrafo 9 de la parte dispositiva del fallo, p. 148; véanse también pp. 65-69, párrs. 117-22) (la traducción es mía).

(150) En *CIJ Recueil* 1986, 190, párrs. 18 y 19.

«J'éprouve surtout quelque regret que l'arrêt ne se soit pas référé expressément au précédent de l'arrêt du 24 mai 1980 sur l'affaire relative au *personnel*... La Cour me semble avoir perdu de vue qu'elle avait alors du faire face à une situation sous bien d'aspects analogue à la situation actuelle. Dans la présente affaire l'arrêt est effectivement parvenu à des conclusions semblables quant la non-imputabilité —aux Etats-Unis d'Amérique cette fois— des agissements perpétrés par les rebelles au gouvernement sandiniste dans les hostilités menées par eux en territoire nicaraguayenne et quant à l'imputabilité aux Etats-Unis des seuls comportements dument prouvés que des organes de cet Etat auraient eus 'en relation' avec des agissements des *contras*. Pour conclure, c'est la deuxième fois en un très bref laps de temps que la Cour a eu à faire à des questions de responsabilité internationale et, plus spécifiquement, à des cas où les principes à appliquer concernent des problèmes d'imputabilité, l'un des aspects les plus délicats de toute la théorie de la responsabilité. Je ne puis que regretter qu'elle n'ait pas saisi l'occasion pour souligner par des références appropriées, qui elle confirme sa prise de position précédente et l'argumentation théorique développé à son appui, afin de bien marquer ainsi la continuité et la solidité de sa jurisprudence».

señalado con anterioridad (151), el Tribunal destacó sin equívocos cómo en la medida en que un grupo de *meros particulares* se comporta de modo contrario al Derecho internacional, ese hecho no puede comportar *per se* la responsabilidad del Estado, a no ser que con ocasión de tales hechos los órganos de éste se hubiesen conducido de modo incompatible con sus obligaciones internacionales. Sólo entonces el Estado en cuestión comete un hecho ilícito internacional en la medida en que sus *órganos* han quebrantado las normas jurídicas internacionales. De este modo, el hecho de la ocupación de los locales diplomáticos y consulares de los Estados Unidos en Therán y otras ciudades iraníes por una multitud de personas (los «militantes») no compromete en principio y *per se* la responsabilidad del Gobierno de Irán, aunque éste sí es responsable «por su propia conducta» en la medida en que sus fuerzas armadas y de policía no adoptaron las medidas adecuadas, a las que estaba obligado según los Convenios de Viena de 1961 y 1963 sobre relaciones diplomáticas y consulares, de protección de la embajada y consulados de los Estados Unidos y de su personal (152).

37. Recordaré, por último, que la CDI ha tenido en cuenta, como se indicó (153), a la hora del estudio del concepto de atribución, ciertos supuestos, más propios de la práctica internacional contemporánea, en cuya virtud personas o entidades que no tienen la cualidad formal de órganos del Estado son autorizadas, por disposición del ordenamiento jurídico interno, para ejercer prerrogativas propias del poder público.

Si una de estas entidades actuando en su calidad de tal quebrantara la norma que prohíbe el uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales sus actos serían imputables al Estado mismo. En este contexto, el TIJ, en el ya tantas veces citado asunto entre Nicaragua y los Estados Unidos (1986), no sólo atribuyó a los Estados Unidos los actos llevados a cabo *directamente* por sus órganos, personal militar o de otro tipo encuadrado en su estructura orgánica, y, también, los comportamientos de sus órganos *en relación* con los actos de la *contra*, sino asimismo los actos llevados a cabo por personas o grupos que, sin ser estrictamente agentes u órganos suyos, aparecían *como entidades públicas habilitadas, en su ordenamiento jurídico interno, para ejercer prerrogativas propias del poder público* (154). Comentando los pasajes pertinentes de la sentencia, el juez AGO señalaba en su Opinión individual:

«Je relève là une conformité avec les dispositions de l'article 7 (*Attribution à l'Etat du comportement d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique*) du projet de la Commission du Droit International. La première des deux hypothèses..., la seconde à des

(151) *Vid. supra* parágrafo 32 y notas 132-37.

(152) *CIJ Recueil 1980*, 298 ss. (párrs. 56 ss.) y 39 ss. (párrs. 893 ss.).

(153) *Vid. supra* nota 117.

(154) *Vid. CIJ Recueil 1986*, 48 ss., párrs. 81 ss. (en especial 50, párr. 86).

agissements de membres de la CIA, des UCLA's ou d'autres organismes du même genre. Bien que la Cour n'ait pas esquissé, comme il aurait été intéressant de le faire, une justification théorique de ses conclusions dans ces deux hypothèses, je ne puis que me joindre à elle pour les reconnaître fondées» (155).

3. La imputación al «Estado» de los hechos de personas que actúan por «su» cuenta. Los supuestos de «agresión indirecta»

38. De mismo modo que se ha indicado que «no se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas que no actúe por cuenta del Estado» (art. 11.1 del Proyecto de la CDI), también debe entenderse, según el Derecho internacional, que los comportamientos de esa persona o grupo de personas son imputables a un Estado cuando «conste que esa persona o grupo de personas actuaba de hecho por cuenta de ese Estado» (art. 8.a del citado Proyecto).

De modo que, cuando bandas armadas de particulares llevaran a cabo actos de fuerza armada en un Estado *por cuenta* de otro sus actos se considerarán como de éste, que habrá cometido así un hecho ilícito internacional, un *delito* o un *crimen* según el uso de la fuerza armada de que se trate.

El supuesto reseñado es importante y actual en la medida en que, como ya se ha señalado (156), la utilización por los Estados del uso de la fuerza armada en la práctica internacional desde la segunda guerra mundial se lleva a cabo en muchas ocasiones no abierta y francamente, esto es, utilizando sus fuerzas armadas para invadir el territorio de otro Estado en un ataque armado de envergadura, sino de manera más sutil, insidiosa y continuada, empleando grupos o bandas armadas desconectadas del aparato estatal o por medio del control de las fuerzas rebeldes o grupos armados levantados en armas contra el Gobierno de su país. Son los supuestos de *agresión indirecta* en los que merece la pena detenerse.

39. La cuestión central que en este tema se planteaba era, como se recordará, la de si los Estados objeto de una agresión indirecta estaban amparados por el Derecho internacional para utilizar, contra el Estado que alentaba dicha situación, el concepto de legítima defensa que la Carta había pensado para el supuesto normal de ataques armados a gran escala cometido por el ejército de un Estado contra otro.

En términos generales, puede decirse que los grupos de Estados que integran la estructura actual de la sociedad internacional se han dividido en su respuesta a este problema:

De un lado, *el grupo de Estados occidentales* ha apoyado desde siempre la legítima defensa como respuesta a todo tipo de agresión armada tanto directa

(155) *CIJ Recueil* 1986, 188, párr. 15.

(156) *Vid. supra* párrafos, 22-23.

como indirecta. Ya en 1947, con motivo de las denuncias de Grecia contra Estados vecinos (Albania, Bulgaria, Yugoslavia) por apoyar a determinados grupos armados (comunistas) que operaban en territorio griego, la posición de ciertas delegaciones en la ONU, como la de Estados Unidos, dejó translucir planteamientos más concretos que ésta y otras delegaciones occidentales manifestaron posteriormente en otras sedes (157). Así el 17 de setiembre de 1947, en la 82.ª sesión de la Asamblea General, el representante de los Estados Unidos tras señalar que de acuerdo con el Informe de la Comisión de investigación enviada por el Consejo de Seguridad, los disturbios en Grecia se debían fundamentalmente al ilegal apoyo y asistencia de Yugoslavia, Albania y Bulgaria a los grupos armados en lucha con el Gobierno griego, concluyó afirmando la existencia de «un principio de derecho internacional universalmente aceptado en cuya virtud si una nación arma o asiste de otro modo a fuerzas rebeldes en lucha contra otro Gobierno comete un acto *hostil y agresivo*» (158).

De otro, *los Estados del grupo «socialista»* que inicialmente se mostraban reticentes a la invocación de la legítima defensa en casos de *agresión indirecta*, han ido poco a poco acercándose a la tesis occidental, como doctrina reciente de Estados de dicho grupo ha admitido (159). Doctrina occidental, asimismo reciente (160) nos recordaba cómo en las intervenciones soviéticas en Checoslovaquia (1968) y Afghanistan (1979), que la Unión Soviética justificó con el apoyo de sus colegas de grupo en el concepto de legítima defensa colectiva (art. 51 de la Carta), lo más que estos Estados pudieron alegar (y aún ésto es objeto de serias dudas) fue una *agresión indirecta* de ciertos países en apoyo de elementos contrarrevolucionarios y subversivos.

Por último, *los Estados del Tercer Mundo* se han opuesto siempre a que sea posible invocar generalizadamente la legítima defensa como respuesta a toda *agresión armada indirecta*, provocando así, por la vía de estrangular el ensanchamiento de las excepciones, el robustecimiento de la prohibición de la fuerza armada en las relaciones internacionales. Su posición al respecto resulta claramente visible en sus propuestas e intervenciones tanto en los trabajos preparatorios de la Res. 2.625 (XXV) como en los relativos a la *Definición de la Agresión* aneja a la Resolución 3.314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, de la Asamblea General de Naciones Unidas:

(157) *Vid. ad ex.* CALOGEROPOULOS-STRATIS, S.: *op. cit.* (nota 7), 64; SINGH, N. y MCWHINNEY, E.: *Nuclear weapons and contemporary international law*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1989 (2.ª ed. revisada), 97-98.

(158) *Official Records of the second session of the General Assembly. Plenary meetings*, 1, p. 20 (el subrayado es mío).

(159) *Ad ex.* BOKOR-SZEGÖ, H.: *op. cit.* (nota 60), 466.

(160) CASSESE, A.: *Il Diritto...* (nota 6), 263-65; SCISO, E.: «L'aggressione indiretta nella definizione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite», *R.D.I.* LXVI (1983), n.º 2-3, 253-90 (en 281-82); ID.: «Legittima difesa ed aggressione indiretta secondo la Corte Internazionale di Giustizia», *R.D.I.* LXX (1987), n.º 3-4, 627-40 (en 635-36).

— *Durante los trabajos preparatorios de la Res. 2.625*, Los Estados occidentales apoyaron claramente la licitud de la legítima defensa (individual o colectiva) de un Estado frente a otro que llevaba a cabo actividades subversivas y, en general, del tipo conectado con la *agresión indirecta propiamente dicha*: el Reino Unido en 1964 (161) o seis Estados occidentales en 1966 pueden citarse significativamente a este respecto (162).

Frente a tales posiciones, los Estados del Tercer Mundo, e incluso algún Estado socialista, mantuvieron en sus intervenciones en el seno del Comité Especial que era inadmisibles el juego del derecho de legítima defensa frente a agresiones indirectas, a causa del peligro de ensanchar enormemente los supuestos en los que el citado derecho podía válidamente ejercerse a tenor del artículo 51 de la Carta. En este sentido, por ejemplo, República Árabe Unida, Ghana, India, Líbano, Argelia o México (163), o, entre los Estados socialistas, Checoslovaquia (164).

Debe recordarse, por último, que el grupo occidental reaccionó a tales críticas retirando su propuesta y que la *Declaración de Principios* de 1970, prohibiendo si la organización, fomento o ayuda en actividades subversivas en general realizadas en otros Estados (165), no se pronuncia sobre la pertinencia o no de invocar la legítima defensa frente a acciones de esa naturaleza, precisándose en el párrafo que cierra el principio dedicado al uso de la fuerza:

«Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se interpretará en el sentido de que amplía o disminuye en forma alguna el alcance de las disposiciones de la Carta relativas a los casos en que es legítimo el uso de la fuerza.»

— Con motivo de los trabajos relativos a la *Definición de la Agresión* (Res. 3.314, XXIX, de 14 de diciembre de 1974), de nuevo el Tercer Mundo se opone a ensanchar el concepto de legítima defensa y permitir su aplicación a la agresión indirecta. Para ser más concreto, y propuesta ya en 1970 (166), pronto se admitió por todos que el envío de grupos irregulares por un Estado al territorio de otro que llevasen a cabo actos de fuerza armada equiparables en su intensidad y alcance a un genuino ataque armado en el sentido del artículo 51 de la Carta, sí constituía una agresión armada capaz de por tanto generar una res-

(161) Doc: A/AC.119/L.8.

(162) Doc: A/AC.125/L.13.

(163) Doc: A/AC.125/SR.14, p. 12; doc:...SR.15, 5, 8, 10; doc:...SR.16, 7, 16.

(164) Doc: A/AC.125/SR.14, 10.

(165) Vid. párrs. octavo y noveno del *Principio de que los Estados, 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*.

(166) Informe del Comité Especial sobre Definición de la Agresión, doc: A/8.019, 65.

puesta en legítima defensa (167). Pero sí hubo serias divergencias entre los diversos grupos de Estados en cuanto a la licitud o no de la legítima defensa en casos de agresión indirecta propiamente dicha, esto es, el apoyo o sostén de un Estado a bandas armadas que operan autónoma e independientemente en el territorio de un Estado contra cuyo régimen combaten.

En este último caso, Occidente (con la excepción seguramente de Francia) e incluso, parece, que la propia Unión Soviética (168) consideraba tales hechos como una *agresión armada*, y, en consecuencia, merecedora de una respuesta basada en la legítima defensa. El Proyecto que sobre la Definición de la agresión presentaron seis Estados del grupo occidental (Australia, Canadá, Italia, Japón, Reino Unido y Estados Unidos) es muy claro y demostrativo de la generosidad con que este grupo interpretaba el recurso a la legítima defensa a todo tipo de agresión indirecta, y ello en la medida en que los actos que a continuación se reproducen eran, todos ellos, constitutivos de una *agresión armada*:

«6. El hecho de organizar, apoyar o dirigir bandas armadas o fuerzas irregulares o voluntarios que procedan a incursiones o infiltraciones en otro Estado;

7. el hecho de organizar, apoyar o dirigir luchas civiles violentas o actos de terrorismo en otro Estado; o

(167) Informes del Comité, doc: A/8.419, 34; doc: A/8.719, 15; doc: A/9.010, 17.

Vid. *ad ex.* LAMBERTI ZANARDI, P.L.: «Indirect...» (nota 76), 111-19; ID.: «Aggressione...» (nota 76), 159.

(168) Que agresión indirecta (art. 3.g de la Definición) sólo se produce *por el envío* por un Estado está claro en la tesis de Francia ante la Sexta Comisión de la Asamblea General en su 29ª sesión (doc: A/C.6/SR. 1.441), país que, interpretando el art. 3.g, insistió en que el hecho de organizar o asistir en la organización de tales bandas no constituye una agresión armada; era necesario, asimismo, a su juicio, la participación del Estado en el envío de las mismas a otro Estado. Es tesis que sostiene, recuérdese, el TIJ en el asunto que enfrentó a Nicaragua contra los Estados Unidos (1986).

Asimismo, en la 28ª sesión de la Sexta Comisión (20 noviembre 1973), el representante de la URSS apuntó que para existir una agresión armada según el art. 3.g debe existir *a direct link* entre las bandas y un Estado y «a certain degree of intensity of the action of those bands» (Doc: A/C.6/SR. 1.443; *vid.* también GORBIEL, A.: «The notion of armed aggression», *Studies in International Relations* n.º 10, Polish Institute of International Affairs, Varsovia, 1978, 76-91, en 85 y nota 15 de la misma).

En cualquier caso, me parece que la exigencia de una «conexión directa» no parece ser tan concreta en sus exigencias como requerir (a los efectos de la existencia de una agresión armada) el que un Estado *haya enviado* los grupos armados en cuestión. Esa «conexión directa» puede nacer de una dirección estrecha por parte de un Estado de bandas *que él no ha enviado*. Esta última interpretación de la posición soviética podría, creo, verse avalada por la versión del Proyecto de la URSS (doc: A/8.719, 8), que enumeraba entre los actos constitutivos de una agresión armada:

«El uso por un Estado de la fuerza armada consistente en el *envío* a territorio de otro Estado de bandas armadas, mercenarios, terroristas o saboteadores, *así como su implicación* en otras formas de actividad subversiva con fines de provocar la agitación interior en otro Estado» (los subrayados son míos).

8. el hecho de organizar, apoyar o dirigir actividades subversivas tendientes a derribar violentamente el gobierno de otro Estado» (169).

El Tercer Mundo, por el contrario, se mostró inequívoco en su rechazo del recurso a la legítima defensa en estos supuestos concretos de agresión indirecta. Y así el Proyecto presentado en 1969, en el seno del Comité Especial sobre la Definición de la agresión, por 13 Potencias en este ámbito (170), al que más tarde apoyaron otros 7 Estados (20, pues, sobre un total de 35) (171), mantenía:

«Cuando un Estado es víctima en su propio territorio de actos subversivos o de terrorismo, o de los dos a la vez, cometidos por fuerzas irregulares, voluntarios o bandas armadas organizadas o apoyadas por otro Estado, puede adoptar todas las medidas razonables y apropiadas para preservar su existencia e instituciones, sin invocar el derecho de legítima defensa, individual o colectiva, contra otro Estado según el artículo 51 de la Carta» (172).

La Resolución 3.314 adoptó una fórmula de compromiso incluyendo entre los actos de *agresión armada*: el envío por un Estado o en su nombre de estos grupos armados o su implicación sustancial en ello (173). La respuesta de la Res. 3.314 no es clara en relación con el problema planteado (174). Una interpretación que se ha avanzado del artículo 3.g de la Definición de la Agresión entiende que dicho texto sólo considera agresión armada el envío de bandas armadas por un Estado o su implicación sustancial *en dicha acción*, esto es, en el envío (175), con lo que el apoyo (del tipo que sea) a grupos armados autóno-

(169) Doc: A/8.719, 13.

(170) Doc: A/AC.134/L.16 y add. 1-2 (en Doc: A/7.620, 6 ss.).

(171) Doc: A/8.719, 23.

(172) Doc: A/8.719, 10.

(173) El texto *español* del art. 3.g dice así: «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».

Este es el texto *inglés*: «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».

Y el texto *francés*: «L'envoi par un Etat ou en son nom de bandes ou groupes armés, de forces irrégulières ou de mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre 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».

(174) RÖLING, B.V.A.: «The 1974...» cit. (nota 57), 416.

(175) Después de transcribir el texto francés del art. 3.g de la Definición de la Agresión, P.L. LAMBERTI ZANARDI escribe: «The use of the word 'action' rather than 'actes' makes it clear that what is being referred to is the *sending* rather than the *acts* of the armed bands» (el subrayado es mío) («Indirect...» cit. en nota 76, 119 y nota 21 de la misma; ID.: «Aggression...» cit. en nota 76, 161 y nota 18 de la misma).

mos e independientes que operan en el ámbito interno de un Estado en lucha contra su régimen no constituye una *agresión armada* (176).

Otra interpretación posible es que la *implicación sustancial* no se refiere a la acción de enviar sino a los actos que los grupos armados (enviados o autóctonos) llevan a cabo; según dicha tesis un apoyo sustancial a dichas bandas también constituiría un supuesto (indirecto) de *agresión armada* (177). En mi opinión, la naturaleza de solución de compromiso entre las tesis del Tercer Mundo, socialistas y occidentales que este texto supone, el tenor literal del artículo 3.g en su versión española (y quizás inglesa también), y aun una interpretación lógica y basada en el sentido común parecen sugerir que la segunda de estas dos interpretaciones puede ser la correcta (178).

Naturalmente, de prosperar la primera, la mayor parte o gran parte al menos de los supuestos de agresión indirecta no generarían el derecho de legítima defensa (tesis muy cercana a la del Tercer Mundo), de ser la segunda se daría apoyo, en parte al menos, a la tesis del grupo occidental.

40. Resulta necesario apuntar, por último, que la filosofía subyacente a la tesis del Tercer Mundo en este tema parece haber sido recogida por el TIJ en su sentencia de 27 de junio de 1986 en el *as. sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (1986).

El TIJ parece aceptar la tesis restrictiva que algunos autores ofrecían en cuanto a la interpretación del artículo 3.g de la Definición de la Agresión. Así, ante la alegación de los Estados Unidos de que sus actividades en relación con Nicaragua estaban justificadas, en aplicación del concepto de legítima defensa colectiva, por la agresión armada que a su juicio Nicaragua había llevado a cabo en América Central, y muy en especial respecto de El Salvador (179), con su apoyo total a la guerrilla de este país, el TIJ afirma:

(176) A salvo, claro es, que se demuestre un control tan intenso de un Estado respecto de tales grupos, nacidos independientemente de la voluntad de ese Estado, que puedan asimilarse (como en el supuesto del *envío*) a órganos *de facto* suyos. El problema está, como LAMBERTI ZANARDI recalca con acierto, en la dificultad de la prueba y en la extensión e intensidad del control requerido para alcanzar ese objetivo («Indirect...» cit., 115; «Aggressione...» cit., 161-62).

(177) SCISO, E.: «L'aggressione...» (nota 160), 266 ss. (sobre todo 271-72, 290); ID.: «Legittima...» cit. (nota 160), 630 ss.

(178) Debe observarse que, en el supuesto en que los grupos armados que actúan en un Estado, utilicen el territorio de otro Estado vecino o se produzca a través de éste la «alimentación» de sus acciones, sin que el Estado territorial pueda (dados los medios de que dispone) controlar o impedir esas acciones de las bandas armadas, difícilmente cabe hablar de su implicación sustancial en el tema, por lo que el concepto de *legítima defensa* no podría jugar; cuestión distinta sería la eventual invocación de otro concepto; el del *estado de necesidad* (vid. *infra* sobre todo el párrafo 56).

(179) El TIJ, que es más explícito respecto de El Salvador, es sumamente lacónico respecto de los ataques militares y paramilitares presuntamente llevados a cabo por Nicaragua contra Honduras y Costa Rica, limitándose a afirmar que no está «tan perfectamente informado al respecto como hubiera deseado», pero admite que algunas incursiones parecen imputables al Gobierno de

«In the case of individual self-defence, the exercise of this right is subject to the State concerned having been the victim of an armed attack. Reliance on collective self-defence of course does not remove the need for this. There appears now to be a general agreement on the nature of the acts which can be treated as constituting armed attacks. In particular, it may be considered to be agreed that an armed attack must be understood as including not merely action by regular armed forces across an international border, but also “the sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to” (*inter alia*) an actual armed attack conducted by regular forces, “or its substantial involvement therein”. This description, contained in article 3, paragraph (g), of the Definition of Aggression annexed to General Assembly resolution 3.314 (XXIX), may be taken to reflect customary international law. The Court sees no reason to deny that, in customary law, the prohibition of armed attacks may apply to the sending by a State of armed bands to the territory of another State, if such an operation, because of its scale and effects, would have been classified as an armed attack rather than as a mere frontier incident had it been carried out by regular armed forces. But the Court does not believe that the concept of “armed attack” includes not only acts by armed bands where such acts occur on a significant scale but also assistance to rebels in the form of the provision of weapons or logistical or other support. Such assistance may be regarded as a threat or use of force, or amount to intervention in the internal or external affairs of other States» (180).

Es decir, para el TIJ parecen hipótesis distintas y separadas de una parte el *envío de bandas armadas o la implicación en esta acción*, que califica como formando parte del Derecho internacional consuetudinario, y de otra la *asistencia mediante el suministro de armas, la asistencia logística o de otro tipo* que no constituye agresión armada (181) (y obsérvese que el Tribunal lo afirma ca-

Nicaragua, añadiendo que «no ignora que la FDN opera en la frontera entre Nicaragua y Honduras, y ARDE en la frontera costarricense» (*CIJ Recueil* 1986, 87, párr. 164).

P.M. EISEMANN ha calificado esta última afirmación del TIJ de «sybilline» y dado que la FDN y ARDE son dos de los grupos que integran la *contra*, se pregunta: «La Cour veut-elle dire que la lutte contre les opposants armés installés dans la zone frontalière impliquait nécessairement des pénétrations sur les Etats voisins dont le sol pouvait servir de sanctuaire?» («La'arret de la CIJ dans l'affaire des activités militaires... Nicaragua c. Etats-Unis —fond—, arret du 27 juin 1986», *A.F.D.I.* XXXII, 1986, 153-91, en 182).

(180) *CIJ Recueil* 1986, 103-104, párr. 195.

(181) Me resulta difícil interpretar de otro modo la opinión del TIJ en su sentencia sobre este punto: Porque de aceptar que el Tribunal admitió que el art. 3.g de la Definición considera como agresión armada tanto el *envío* como la implicación sustancial *en los actos* de los grupos armados (aún si no han sido enviados por él o en su nombre), ¿por qué no pasó a examinar expresamente el sentido y concepto de *implicación sustancial* para examinar si Nicaragua, que no había enviado bandas a El Salvador, sí se había implicado sustancialmente con su ayuda a la guerrilla Salvadoreña? (lo que el juez SCHWEBEL le reprocha no haber hecho en su Opinión disidente); o es que, como sugiere R. ST. J. MACDONALD, el TIJ consideró (lo que creo no sería razonable) que la *asistencia*

tegoricamente y en general, sin detenerse en matices sobre la intensidad sustancial o no de esta asistencia) (182).

Tras haber considerado probado que la participación nicaraguense en El Salvador se limitó a un flujo intermitente de armas entre 1979 y 1981, con dudas incluso de si podía jurídicamente imputarse a Nicaragua ese fenómeno habida cuenta de la situación de caos y desorden en América Central en esos momentos, el TIJ sostiene que ese país no cometió una agresión armada, y afirmó que tampoco la hubiera cometido aun si el flujo de armas hubiese sido probado y su volumen y frecuencia llegara al máximo posible. Por tal razón, entre otras, Estados Unidos no podía alegar en términos de Derecho el concepto de legítima defensa colectiva (183).

Posiblemente, y a la vista de su estudio sobre los actos de fuerza de la *contra* y la implicación en ellos de los Estados Unidos, el TIJ parece aceptar que una implicación de un Estado en *los actos* de grupos armados (que él no envió ni participó de manera sustancial en su envío) hasta el extremo de convertir a dichos grupos en órganos *de facto* suyos también sería un caso de agresión armada de este Estado (184). Pero obsérvese que el TIJ coloca entonces el listón para considerar probado tal hecho mucho más alto de lo que en un sentido natural de los términos cabría entender por *implicación sustancial de un Estado en los actos de fuerza armada* cometidos por grupos armados internos que él no creó ni envió. En concreto, el TIJ consideró, y volveremos sobre esto detalladamente más tarde, que la *contra* no podía calificarse de órgano *de facto* de los Estados Unidos en la medida en que aunque se demostró que este país había financiado, entrenado, equipado, armado y organizado a algunas de las facciones que la integraban, este Estado no fue responsable de su creación, ni dirigía total y absolutamente la táctica y estrategia de las fuerzas de la *contra* (185). P.L. LAMBERTI ZANARDI identifica el criterio decisivo utilizado por el TIJ (y que califica de *molto restrittivo*) para considerar que estamos ante órganos *de facto* en términos tales como *control total* o *completa dependencia* (186).

En resumen, estimo que la conclusión que puede obtenerse es la siguiente: El TIJ parece haberse inclinado por una concepción al menos muy cercana a

mediante la entrega de armas, logística o de otro tipo (así, en general, sin ponderación o matiz alguno) no supone una *implicación fundamental* en los actos de fuerza que llevan a cabo grupos armados internos?

El mismo MACDONALD parece a la postre apuntar la interpretación que yo sugiero cuando escribe: «The Court's view is apparently that a State is either guilty of sending irregular force or it is not» («The Nicaragua...» cit. en nota 12, 149); asimismo, GILL, T.D.: «The law of armed attack in the context of the Nicaragua case», *Hague Yearbook of Intern. Law*, 1988, 30-58 (en 50).

(182) En el mismo sentido, LAMBERTI ZANARDI, P.L.: «Aggressione...» (nota 76), 162-63; también GILL, T.D.: *op. cit.* (nota anterior), 50.

(183) *CIJ Recueil* 1988, 82 ss., 103-104, 119, 123, 126-127 (párrs. 152-60, 195, 230, 238, 247).

(184) *CIJ Recueil* 1986, 62y 64 (párrs. 109 y 114).

(185) *CIJ Recueil* 1986, 53-63 (párrs. 92-112).

(186) «Aggressione...», cit. (nota 76), 164.

la que sobre la legítima defensa en casos de agresión indirecta mantuvo el Tercer Mundo (187). La legítima defensa, a juicio del Tribunal, debe interpretarse restrictivamente, y en supuestos de agresión indirecta sólo puede aplicarse en los casos más extremos: en aquéllos en los que un Estado se implica sustancial y profundamente en un uso indirecto de la fuerza armada, ya enviando bandas armadas que realicen actos de fuerza equiparables a un ataque armado en el sentido del artículo 51 de la Carta (o participando sustancialmente en ese envío), o, en su caso, controlando hasta extremos tales a grupos armados internos ajenos a él en su origen que pueda decirse (y ello en la medida en que éstos están respecto de dicho Estado en una relación de absoluta dependencia) que éstos son *de facto* órganos suyos. T.J. FARER ha sabido encontrar un gráfico ejemplo de lo que parece ser la concepción subyacente en la tesis del Tribunal: «What will suffice... is a level of collaboration exemplified by the Bay of Pigs, that is, where the rebels are organized, trained, armed and then *launched by their patron* in an assault of such dimensions...» (188).

41. En mi opinión, la posición del TIJ puede matizarse. En atención a los hechos que el Tribunal considera probados, su solución respecto a Nicaragua parece adecuada. No estoy tan seguro, sin embargo, de que pueda categóricamente afirmarse que una implicación sustancial *no sólo ya en el envío de bandas armadas* (implicación sustancial en el envío es un concepto que, como MACDONALD ha señalado con acierto, el TIJ no aclara ni precisa (189) sino *asimismo en los actos* de grupos armados no enviados por un Estado no pueda constituir una agresión armada (190). La tesis del TIJ sobre la legítima defensa me parece «muy restrictiva» (191), y creo que ciertas opiniones doctrinales en tal sentido (192) o las que manifestaron los jueces SCHWEBEL Y JENNINGS a tal efecto

(187) En su Opinión disidente, el juez S.M. SCHWEBEL llegó incluso, más radicalmente, a afirmar: «It will be observed that the essential legal rationale of the Judgement of the Court in the current case appears to be will expressed by the Thirteen Powers proposals...», *CIJ Recueil* 1986, 343, párr. 164.

188 «Drawing the right line (Appraisals of the ICJ's decision Nicaragua v. United States—merits—)», *A.J.I.L.* 81 (1987), n.º 1, 112-16 (en 113) (el subrayado es mío).

(189) MACDONALD, R. ST. J.: «The Nicaragua...» (nota 12), 149.

(190) La idea de que un apoyo, armado o de otro tipo, a fuerzas rebeldes internas por parte de un Estado no constituye, sin que se efectúe matiz de ningún tipo en sus afirmaciones, una *agresión armada*, ha sido mantenida por el juez RUDA (Opinión individual, *CIJ Recueil* 1986, 175-76 párrs. 9-15) y también por el juez NAGENDRA SINGH (Opinión individual, *CIJ Recueil* 1986, 154), aunque éste último es más lacónico y menos «gráfico».

(191) GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado...* (nota 19), 114; ID.: *El uso...* (nota 1), 30.

PUEYO LOSA, J. comparte el calificativo: «En todo caso hay que admitir que nos parece, desde luego, sumamente restrictiva la tesis del TIJ, a la hora...» (*op. cit.* en nota 1, 94).

(192) SCISO, E.: «L'aggressione...» y «Legittima...» cit. (nota 160); MACDONALD, R. ST. J.: «The Nicaragua...» (nota 12), 147 ss., 154, 158-159; CASSESE, A.: «The international community's legal response to terrorism», *I.C.L.Q.* 38 (1989), n.º 3, 589-608 (en 599); GILL, T. D.: *op. cit.* (nota 181), sobre todo 50-52; PUEYO LOSA, J.: *op. cit.* (nota 1), 80 ss., 94, 95; COCUZZA, C.: *op. cit.* (nota 35), 203 ss. (en 205 sobre todo).

me parecen más ajustadas a la turbulenta realidad del mundo en que vivimos. El juez británico ha expresado con mucha precisión el fondo del pensamiento de quien esto escribe:

«It may readily be agreed that the mere provision of arms cannot be said to amount to an armed attack. But the provision of arms may, nevertheless, be a very important element in what might be thought to amount an armed attack, where it is coupled with other kinds of involvement. Accordingly, it seems to me that to say that the provision of arms, coupled with "logistical or other support" is not armed attack is going much too far. Logistical support may itself be crucial. According to the dictionary, logistics covers the "art of moving, lodging, and supplying troops and equipment" (*Concise Oxford English Dictionary*, 7 th. ed., 1982). If there is added to all this "other support", it becomes difficult to understand what it is, short of direct attack by a State's own forces, that may not be done apparently without a lawful response in the form of collective self-defence; nor indeed may be responded to at all by the use of force or threat of force, for, to cite the Court again, "States do not have a right of "collective" armed response to acts which do not constitute an "armed attack" (see par. 211).

»This look to me neither realistic nor just in the world where power struggles are in every continent carried on by destabilization, interference in civil strife, comfort, aid and encouragement to rebels, and the like. The original scheme of the U.N. Charter, whereby force would be deployed by the U.N. itself, in accordance with the provisions of Chapter VII of the Charter, has never come into effect. Therefore an essential element in the Charter design is totally missing. In this situation it seems dangerous to define unnecessarily strictly the conditions for lawful self-defence, so as to leave a large area both a forcible response to force is forbidden, and yet the U.N. employment of force, which was intended to fill taht gap, is absent» (193).

Es cierto que la estricta postura que el Tribunal sustenta (agresión indirecta si hay *envío*, no agresión indirecta si sólo se da una asistencia en forma de *suministro de armas, apoyo logístico o de otro tipo*) es sólo aparente. Natural-

(193) Sir R. JENNINGS, *CIJ Recueil* 1986, 543-44.

S.M. SCHWEBEL: «Dissenting opinion», *CIJ Recueil* 1986, 340, 341 ss. (344 en particular), párrs. 161, 162 ss. (en párr. 166).

El juez Schwebel no sólo disiente en término *jurídicos* sino asimismo en su versión de los *hechos* de Nicaragua que el TIJ considera probados: véase su «Factual appendix» a su Opinión disidente (*CIJ Recueil* 1986, 395-527, párrs. 1-227).

Para un enfoque similar al suyo tanto de los *hechos* como del *Derecho*: NORTON MOORE, J.: «The secret war in Central America and the future of world order», *A.J.I.L.* 80 (1986), n.º 1, 43-127; ID.: «The *Nicaragua* case and the deterioration or world order», *A.J.I.L.* 81 (1987), 1, 151-59.

mente, hay que entender que si la asistencia a un grupo armado que un Estado no ha enviado, es de tal naturaleza que dicho grupo pasa a convertirse en órgano *de facto* de ese Estado, será imputable a éste (en la medida en que los actos armados alcancen el nivel de un genuino ataque armado) la comisión, precisamente, de un hecho ilícito internacional de tal naturaleza.

El problema radica, empero, en que, a mi juicio, el TIJ ha interpretado con rigor excesivo los requisitos necesarios para considerar que un grupo armado actúa de hecho por cuenta de un Estado. El TIJ no considera probado, como ya he puesto de manifiesto, que la *contra* sea un órgano *de facto* de los Estados Unidos porque los elementos de que disponía «no bastan para demostrar su total dependencia respecto de la ayuda de los Estados Unidos» (194). Y sin embargo, el mismo Tribunal afirma poco antes:

«However, it is in the Court's view established that the support of the United States authorities for the activities of the *contras* took various forms over the years, such as logistic support, the supply of information on the location and movements of the Sandinista troops, the use of sophisticated methods of communication, the deployment of field broadcasting networks, radar coverage etc. The Court finds it clear that a number of military and paramilitary operations by this force were decided and planned, *if not actually by United States advisers, then at least in close collaboration with them, and on the basis of the intelligence and logistic support which the United States was able to offer*, particularly the supply aircraft provided to the *contras* by the United States.

»To sum up, despite the secrecy which surrounded it, at least initially, the financial support given by the Government of the United States to the military and paramilitary activities of the *contras* in Nicaragua is a fully established fact (...)

»On the other hand, the Court holds it established that the United States authorities largely financed, trained, equipped, armed and organized the FDN» (195).

Lo que a mí me parece es que Estados Unidos se implicó sustancialmente en los actos armados de la *contra*. Porque ¿en qué consiste entonces, si ésto no, una implicación sustancial? Lo que a mí me parece, asimismo, es que una lectura reposada de los trabajos preparatorios de los artículos 8 y 11 del Proyecto de la CDI, en los que se ocupa del problema de la imputación a un Estado de

(194) *CIJ Recueil* 1986, 62, párr. 110.

Un poco antes, el Tribunal deja claramente establecida la altura del listón: «Nor does the evidence warrant a finding that the United States gave 'direct and critical combat support', at least if that form of words is taken to mean that this support was *tantamount to direct intervention by the United States combat forces*, or that *all contra operations reflected strategy and tactics wholly devised by the United States*» (*CIJ Recueil* 1986, 62, párr. 108; el subrayado es mío).

(195) *CIJ Recueil* 1986, 61-61, párrs. 106, 107, 108. (Los subrayados son míos).

los actos de personas privadas siempre que actúan *por cuenta* de éste y no se trate de acciones autónomas de meros particulares (y que según se ha apuntado ya reflejan Derecho internacional general) parecen llevar a la conclusión de que la implicación de un Estado en actos de grupos armados, análoga a la de los Estados Unidos en el caso en cuestión, admite la imputación a dicho Estado de los actos de esas personas privadas. Basta comparar, a estos efectos, los datos que el TIJ consideró probados con los comentarios que el artículo 11 del Proyecto realizaron tanto el Relator Especial como luego la propia CDI:

—Decía el Sr. AGO:

«En cambio, para que el Estado pueda incurrir en una responsabilidad debida a otras causas, una responsabilidad que emane directamente de acciones cometidas por los grupos o bandas mencionados, es preciso que la situación sea distinta. Para ello las relaciones de esos grupos con el gobierno del país en que tienen su base han de ser de naturaleza diferente y más estrecha. En el caso en que se compruebe que el gobierno *alienta e incluso fomenta la organización* de esos grupos, que los *ayuda financieramente, los adiestra, los arma, coordina sus acciones con las de sus propias fuerzas para posibles operaciones etc.*, dichos grupos dejan de ser particulares desde el punto de vista del derecho internacional (...). Esos grupos entran entonces en la categoría de los organismos vinculados de hecho si no formalmente con la organización del Estado a los que se suele denominar “órganos de hecho” analizados en la sección 5 del presente capítulo (...)» (196).

—Y la CDI, haciendo suya esta tesis, pasa a recoger prácticamente en su literalidad, al comentar el artículo 11 de su Proyecto, los términos citados en los que el Relator se expresó (197).

Que la *redacción* (y dejo aparte los trabajos preparatorios) de los artículos 8 y 11 del Proyecto de la CDI apunta a una conclusión más «flexible» que la sugerida en la interpretación que emana de la decisión del TIJ en el asunto de Nicaragua ha sido reconocido por doctrina reciente entre la que merece la pena citar *expressis verbis* el caso de L. CONDORELLI:

«Soit dit en passant, le langage choisi par la Cour, afin d'indiquer quand le fait d'un individu est attribuable à l'Etat, semble donner raison à ceux qui souhaiteraient voir la Commission du droit international employer, pour caractériser la situation, un langage moins vague que celui utilisé jusqu'à présent dans les articles 8 et 11: au lieu de dire que le particulier doit avoir agi “pour le compte” de l'Etat, il pourrait être préférable de dire

(196) «Cuarto Informe sobre la responsabilidad de los Estados. Doc: A/CN.4/264 y ad. 1)», *Anuario CDI* 1972, vol. II, 75 ss (en p. 128, párr. 136).

(197) *Vid.* el comentario 32 a dicho artículo, *Anuario CDI* 1975, vol. II, 86.

(comme le suggère le professeur Riphagen) “de concert et à l’instigation” d’un organe de l’Etat, voire même —afin d’être encore plus précis— “conformément aux instructions et sous l’autorité” (ou le “contrôle effectif”) de cet organe» (198).

Podría, en fin, de cara a enriquecer (si éste es el término) estas cuestiones, plantear la siguiente posibilidad: De aceptar como una especie de *fait accompli* que la interpretación jurisprudencial de los artículos 8 y 11 *endurece* los requisitos para considerar a un grupo de personas como órganos *de facto* de un Estado, y de aceptar la tesis de que la Resolución 3.314 (XXIX) considera asimismo como un supuesto de *agresión indirecta* una implicación sustancial de un Estado en los actos de las bandas o grupos armados, ¿sería factible mantener que en dicha Resolución se incluye al hilo de una norma primaria una concepción específica sobre *imputación* más flexible que la que se deduciría de los artículos 8 y 11 del Proyecto de la CDI según el TIJ los ha interpretado?

42. En conclusión, la imputación a un Estado de los actos armados llevados a cabo en un Estado por grupos o bandas armadas es interpretada muy restrictivamente por el TIJ.

Sólo cuando éste *envía* esos grupos, o sólo cuando ejerce un control *absoluto* sobre grupos armados que él no ha enviado cabe hablar de la comisión por su parte de un hecho ilícito internacional y, más en concreto, si es que los actos armados alcanzan el nivel requerido, un supuesto de *agresión* que da pie al Estado agredido a recurrir a la legítima defensa individual o colectiva.

Y puede resultar de interés en este contexto destacar, que contrasta netamente con esta situación la tendencia existente, al hilo de acciones armadas punitivas que se han dado en la práctica contemporánea, por ejemplo el *raid* de los Estados Unidos contra Libia (y ello al margen de su licitud aun de apreciarse una conexión cierta entre el terrorismo y el Estado atacado):

«a minimizar el problema de la imputación (...) contentándose con indicios que en muchas ocasiones poco prueban para justificar dichas operaciones punitivas. Tal actitud, sean cuales sean sus explicaciones políticas, es difícilmente conciliable con las exigencias del artículo 11 de la primera parte del Proyecto de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados» (199).

(198) *Op. cit.* (nota 113), 101-102.

Véase también DINSTEN, Y.: «The international legal response to terrorism», *Le droit international à l’heure de sa codification. Etudes en l’honneur de R. Ago*, Milán, Giuffrè, 1987, II, 139-52 (en 144-45 y nota 21 de las mismas); ID.: *War...* (nota 10), 189-90. Estoy dispuesto a suscribir, sin que sirva de precedente, las palabras del profesor israelí que dicen así: «Arms shipment alone may not be equivalent to an armed attack. But when the overall policy of the Arcadian government discloses that it conspires with armed bands fighting against Utopia, Arcadia is definitely committing an armed attack» (*War...* cit. en nota 10, 190).

(199) SIMÓN, D. y SICILIANOS, L.A.: *op. cit.* (nota 31), 68.

III. EL USO DE LA FUERZA ARMADA Y LAS CIRCUNSTANCIAS DE EXCLUSIÓN DE LA ILICITUD

«... se deslizan hacia el hogar del sol,
oteando incesantes los caminos y pasos que ra-
zonen las estelas trazadas...»

1. Introducción

43. El análisis de la comisión de un hecho ilícito internacional, en conexión con la norma que prohíbe el uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales, sólo quedaría completo tras considerar que, aun dándose los elementos *objetivo* y *subjetivo* a los que me he referido en los epígrafes I y II, sería posible concluir con la inexistencia de un hecho ilícito internacional si existe alguna causa que excluya la ilicitud de ese comportamiento en apariencia contrario a la citada norma internacional.

En este sentido, la CDI ha incorporado a la primera parte de su Proyecto de artículos un conjunto de causas o circunstancias que excluyen la ilicitud de un determinado comportamiento estatal (200). Directamente conectadas con el tema del uso de la fuerza, se encuentran la *legítima defensa* (201), el *estado de necesidad*, las *contramedidas* y aun el *consentimiento* del Estado «víctima».

Lo que, en este apartado, me propongo es reflexionar sobre la eventualidad de la aplicación de dichas causas técnico-jurídicas de exclusión de la ilicitud para «justificar» el uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales. Pero antes de acometer este esfuerzo, me parece oportuno hacer algunas consideraciones en esta misma sede a propósito de algo que pudo tratarse, y sólo se sugirió, en conexión con el contenido concreto de la norma citada. Me refiero a la existencia de determinados supuestos que, según algunos, encarnarían excepciones a la prohibición de la fuerza en las relaciones internacionales *del tipo* de las conectadas con la cuestión del uso de la fuerza por los pueblos coloniales, y que, de aceptarse, vendrían en rigor a constituir, por su generalidad y alcance, más un factor de *reformulación* de la norma misma que a incardinarse en el marco, más modesto y limitado, de las circunstancias técnico-jurídicas de exclusión de la ilicitud.

(200) Arts. 29-35, *Anuario CDI* 1979, II, Segunda Parte, 127 ss.; *Anuario CDI* 1980, II, Segunda Parte, 33 ss.

(201) Debo admitir que la *legítima defensa*, que es desde luego una circunstancia técnico-jurídica de exclusión de la ilicitud, es asimismo algo más, estando embebida en el contenido mismo de la prohibición del uso de la fuerza. Me ha parecido, sin embargo, que su tratamiento, analizando como se ha dicho las demás causas recogidas en el Proyecto de la CDI, podía hacerse al hilo de éstas.

2. Aproximación a los factores de exclusión de la ilicitud que pasan por una reformulación sustantiva de la prohibición del uso de la fuerza

44. Hemos tenido oportunidad de examinar cómo puede darse por establecido que la norma que prohíbe todo uso individual de la fuerza directo o indirecto en las relaciones internacionales salvo en estricta legítima defensa ha sufrido una reformulación en su contenido, en el sentido de que la fuerza armada empleada por un pueblo colonial en lucha por su libre determinación, así como el apoyo incluso armado pero no consistente en una intervención militar directa por parte de terceros Estados, no violan la prohibición (202).

Y tuvimos oportunidad, asimismo, de reseñar cómo la «reformulación» de la norma no alcanza a otros supuestos conectados con el principio de libre determinación en sentido amplio que avalaría las que en ocasiones se han denominado intervenciones *ideológicas* o *pro-democráticas* (203).

45. Pero, asimismo, se ha mantenido doctrinalmente al hilo de una práctica internacional minoritaria la no ilicitud en el DIP contemporáneo de acciones de fuerza armada constitutivas de una *intervención de humanidad* o destinadas a *proteger la vida de los propios nacionales en el extranjero*.

De ser ciertos ambos supuestos, se habría producido, a mi juicio, dados los perfiles propios y autónomos así como su alcance y generalidad, una verdadera redefinición de la norma que nos ocupa en un sentido análogo, *mutatis mutandis*, al operado en el supuesto al que antes me he referido de las «guerras coloniales».

Y la interrogante por responder, aunque sea en términos de síntesis, es si en efecto puede afirmarse que en uno y otro caso el DIP contemporáneo admite el uso de la fuerza armada.

46. La licitud de las intervenciones militares de uno o varios Estados contra otro que comete lo que en terminología actual podrían denominarse violaciones groseras y sistemáticas de los derechos humanos de la población que en su territorio vive, fue aceptada por un notable número de autores antes de la primera y aun entre las dos guerras mundiales (204), aunque chocó claramente tras la adopción de la Carta de Naciones Unidas, con la centralización del uso de la fuerza por parte de la Organización. La interpretación del texto de los artículos 2.4 y 51 de la Carta, tal y como, aparte su tenor literal, fueron elaborados por sus redactores, revelan el establecimiento de un sistema en el que juega un papel predominante la prohibición del uso individual de la fuerza en las relaciones internacionales; no es, entonces, extraño que se haya interpretado este

(202) *Vid. supra* parágrafo 20.

(203) *Vid. supra* parágrafo 21.

(204) *Vid. ad ex.* POTTER, P.B.: «L'intervention en Droit international moderne». *RdC* 32 (1930-II), 611-89 (en 652-53); STOWELL, E.C.: «La théorie et la pratique de l'intervention», *RdC* 40 (1932-II), 91-151 (en 138 ss); LE FUR L.: «L'intervention par cause d'humanité», *Vitoria et Suarez. Contribution des théologiens au Droit international moderne*, Paris, Pédone, 1939, 227-47 (en 230-31, 231 ss).

hecho de manera directa como un rechazamiento deliberado y perentorio por parte de la Carta a la figura concreta de la *intervención de humanidad* (205).

Pero la defensa de esta venerable figura no ha perdido por ello el apoyo de voces incondicionales y autorizada. Si la Carta de Naciones Unidas, se ha dicho, persigue como uno de sus objetivos básicos el mantenimiento de la paz, igualmente persigue otros no menos básicos, y entre estos destaca con luz propia el respeto en el mundo de los derechos y libertades del hombre. En casos, por tanto, en los que el desprecio de éstos por un Estado alcance límites insostenibles, el artículo 2.4 de la Carta debe ceder su lugar puntero para permitir que el incumplimiento de ese otro objetivo comunitario no se produzca (206). El problema central, llegados a este punto, resulta el mismo que esta figura planteaba para los autores de otras épocas: ¿Quién puede intervenir? Nadie se opondría, seguramente, y ahí está para demostrarlo el caso de aquellos autores que contrarios a la intervención de humanidad descentralizada la aceptan ante una decisión colectiva de Naciones Unidas (207), a que esta Organización fuese la encargada de llevar a cabo (*per se* o delegándola) tal tarea, evitándose así el riesgo de abusos o de mixtificación (208) que una intervención de carácter

(205) En este sentido, por ejemplo, BEYERLIN, U.: *op. cit.* (nota 16), 213.

(206) Que el dilema se plantea es reconocido incluso por quienes, como I. POGANY, son contrarios a la «supervivencia» de esta institución («Humanitarian intervention in international law: The french intervention in Syria re-examined», *I.C.L.Q.* 35, 1986, n.º 1, 182-90, en 182-83). Haciendo hincapié en la protección actual a este respecto de los derechos humanos *vid. ad ex.*: OPPENHEIM, L. y LAUTERPACHT, H.: *Tratado de DIP*, Barcelona, Bosch, 1961, tomo I, vol. 1, 331-32; PÉREZ VERA, E.: «La protection d'humanité en Droit international», *R.B.D.I.* V (1969), n.º 2, 401-24 (en 418-19); LILICH, R.B.: «Forcible self-help by States to protect human rights» *Iowa Law Review* 53 (1967), n.º 2, 325 ss.; ID.: «Humanitarian intervention: A reply to I. Brownlie and a plea for constructive alternatives», *Law and civil war in the modern world*, ed. por J. Norton Moore, Baltimore, The John Hopkins Univ. Press, 1974, 229-51 (en 235 ss); NORTON MOORE, J.: «Toward an applied theory for the regulation of intervention», *Law and civil...* cit., 24-25; y los autores citados por LILICH y MOORE. Con más matices, A.J. RODRÍGUEZ CARRIÓN: *op. cit.* (nota 1), 318 ss., 335 ss.

(207) BOWETT, D.W.: «The interrelation of theories of intervention and self-defence», *Law and civil war in the modern world*, ed. por J. Norton Moore, Baltimore-Londres, The Johns Hopkins Univ. Press, 1974, 38-50 (en 45) SKUBISZEWSKI, K.: «Uso de la fuerza por parte de los Estados, Seguridad colectiva. Derecho de guerra y de neutralidad», *Manual de DIP*, ed. por M. Soerensen, traduc. al español, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, 697-98; BROWNLIE, I.: «Humanitarian intervention», *Law and civil war...* cit., 217-28 (en 226-27); RÖLING, B.V.A.: «International law and the maintenance of peace», *N.Y.I.L.* IV (1973), 1-103 (en 89); ID.: al hilo de la discusión en el IDI del principio de no intervención, *Annuaire de l'IDI*, 56 (1975), 156; DELBRÜCK, J.: «Collective security», *Encyclopedia of PIL*, ed. por R. Bernhardt, Instalment 3 (1982), 104-14 (en 112); EIDE, A.: *op. cit.* (nota 49), 118-19.

La decisión «colectiva» como condición de licitud de la intervención de humanidad ya fue exigida por autores muy anteriores: Así LE FUR, L.: *op. cit.* (nota 204) 240 ss.; GARCÍA ARIAS, L.: «La intervención por causa de humanidad», *Grundprobleme des internationalen Rechts. Festschrift für J. Spiropoulos*, Bonn, Schimelbusch and Co., 1957, 163-71.

(208) «On the other hand —or perhaps for this very reason— clear examples of what is called 'humanitarian intervention' are very rare. Indeed, I have not found any, but only mixed cases where

no centralizado podría comportar. A. EIDE ha descrito recientemente en este sentido una exposición razonable de la situación en los términos siguientes:

«If the United Nations or the relevant regional organization expressly endorses the call for humanitarian intervention, and if the principle of proportionality is maintained in the pursuit of such intervention, it would probably be in conformity with the emerging international legal order. The aim and consequence of the intervention must be to restore to the people concerned the possibility, through free and democratic processes, to choose their own political and social system. Since, however, it is easier to allege that this is the intention of the intervening power, it is essential to require in addition that authorization is provided by agencies of the international community» (209).

El problema estriba, con todo, en que difícilmente puede esperarse de la ONU que consiga articular un sistema propio de intervención humanitaria allí donde y cuando se necesite; ¡no ha podido siquiera «mantenello» en relación con el sistema de seguridad colectiva para el mantenimiento de la paz, objetivo básico y primario de la Organización! El problema estriba, también, en que la ONU ni siquiera ha sabido reaccionar ante situaciones gravísimas de atentado brutal a los derechos humanos de sectores enteros de la población de un Estado por parte de su propio Gobierno; ¿tendré que citar casos?: posiblemente sí pues tal vez ya ni se recuerdan (Indonesia, 1965; Bangla-Desh, 1971; Burundi, 1972...). No es por ello extraño que un sector internacional contemporáneo haya insistido en la necesidad de considerar que las intervenciones de humanidad, al margen incluso de una decisión de Naciones Unidas, no pueden calificarse de contrarias a la Carta ni ilícitas en general (210).

El sector doctrinal del que hablo se ha preocupado, sin embargo, de establecer toda una serie de criterios que condicionen la licitud de intervenciones de este tipo, y que eviten, en consecuencia, un abuso o distorsión de la figura: Existencia de una inmediata y extensa amenaza a los derechos humanos fundamentales, agotamiento sin resultado de otros medios para la protección de esos derechos, mínimo efecto sobre las estructuras de autoridad del Estado en el que se interviene, un uso de la fuerza estrictamente necesario para la consecución de los objetivos perseguidos, carácter limitado de la intervención, informe inme-

the humanitarian motive is one among several. States don't send their soldiers into other States it seems, only in order to save lives. The lives of foreigners don't weigh that heavily in the scales of domestic decision-making. So we shall have to consider the moral significance of mixed motives. It is not necessarily an argument against humanitarian intervention that it is at best, partially humanitarian, but it is a reason to be skeptical and to look closely at the other parts» (WALZER, M: «The theory of aggression», *Problems of international justice*, ed. por S. Luper-Foy, Boulder (Colorado)-Londres, Westview Press, 1988, 151-81, en 174).

(209) EIDE, A.: *op. cit.* (nota 49), 119.

(210) *Vid. ad ex.* la lista de autores que cita LILICH, R.B.: «Humanitarian...» cit. (nota 206), 237-38 y 241.

diato al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y, cuando sea el caso, a la organización regional pertinente (211). No deja, sin embargo, de resultar penoso, como si la figura llevase sobre sus hombros alguna maldición, que el bienintencionado encorsetamiento de la misma en toda una serie de condiciones podrá quizá evitar los abusos, pero habrá dejado al mismo tiempo fuera de las intervenciones humanitarias *legales* los casos de violaciones más flagrantes y graves de los derechos humanos: violaciones crónicas de éstos, aquéllas que sólo podrían, seguramente, erradicarse con la absoluta remoción del régimen político creador de la barbarie, y la ocupación dilatada del Estado para borrar lenta y definitivamente todas las secuelas del terror. Y lo mismo podría decirse de los intentos de reducir la permisibilidad de las intervenciones de humanidad a los casos de violación masiva de algunos derechos humanos tan básicos como la vida misma; si la intervención de humanidad se reduce, como parece implícita en las tesis de muchos de los autores que la defienden, a los casos más brutales de genocidio, ¿no estaremos empujando a esos Gobiernos a procurar el mismo genocidio a través de técnicas más sutiles pero no menos eficaces, como la malnutrición, el analfabetismo, la (in) asistencia sanitaria...?

Es evidente que el problema de la licitud jurídica o no de intervenciones de esta naturaleza ha sido reabierto por los embates de un sector doctrinal contemporáneo empapado hasta la médula de la mejor intención; y puede ser significativo, en este contexto, que el IDI haya sacado de su Resolución sobre el *principio de no intervención en las guerras civiles*, cuyo principio fundamental consiste en la prohibición general de intervenir en ayuda de ninguno de los bandos en lucha, el tema de la intervención de humanidad, a fin de pronunciarse sobre él jurídicamente en otro momento. Más recientemente, el IDI de nuevo ha vuelto sobre el tema al tratar de la *salvaguardia de los derechos del hombre y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados*, admitiendo la posibilidad de intervenciones urgentes en un Estado en caso de grave peligro de atentados contra el derecho a la vida (212).

(211) *Vid. ad ex.* GERARD, A.: «L'opération Stanleyville-Paulis devant le Parlement Belge et les Nations Unies», *R.B.D.I.* III (1967), 1, 242-69 (en 251 ss.); PÉREZ VERA, E.: *Op. cit.* (nota 206), 416 ss.; LILICH, R.B.: «Forcible...» (nota 206), 347-51; ID.: «Humanitarian...» (nota 206), 248; NANDA, V.: «The United States' action in the 1965 Dominican crisis: Impact on world order. Part I», *Denver Law Journal*, 43 (1966), 439 ss. (en 475); NORTON MOORE, J.: «Towards...» *cit.* (nota 206), 25-26.

Vid. también BEITZ, CH.R.: *op. cit.* (nota 54).

(212) Los Sres. MÜNCH, O'CONNELL y RÖLING se mostraron favorables a la admisión de la intervención de humanidad en el contexto de estos trabajos (*Annuaire de l'IDI* 56, 1975, 138, 140, 156). Más tarde, el barón VON DER HEYDTE propuso la incorporación en el Preámbulo de la Resolución en estudio de una disposición reservando el análisis de esta figura para otra sesión del Instituto (*Annuaire de l'IDI* *cit.*, 421). El Relator del tema, SR. SCHINDLER, aceptó dicha sugerencia en el Proyecto de Resolución que propuso al Instituto (*Annuaire...* 442). Finalmente, éste adoptó (por 23 votos contra 1 y 10 abstenciones) la incorporación de esa reserva en el Preámbulo de la Resolución (*Annuaire...* 473). Dicha disposición dice así: «Reservando el estudio ulterior de las cuestiones

Con todo, sin embargo, una generalizada intervención de humanidad me parece en la realidad de las cosas más un *pium desiderium* que una institución con bases firmes en el DIP contemporáneo; y el haber llegado a conclusión tal no es el resultado de la ponderación tanto de los argumentos técnico-jurídicos basados en la interpretación de las disposiciones de la Carta al respecto o de las dificultades mismas de definir el marco en que una intervención humanitaria eficaz sería lícita, cuanto de una visión de conjunto de la práctica de los Estados en relación con la protección de los derechos humanos en otros países. La práctica, que doctrina reciente ha examinado (213), nos permite ver, sí, algunos supuestos de intervenciones humanitarias; pero frente al dato se levanta, inmenso, el otro que nos demuestra la total indiferencia y pasividad de los Estados, de las Organizaciones regionales directamente interesadas y aún de la propia ONU ante genocidios horribles por un Gobierno de parte de su propia población.

47. La licitud de las intervenciones armadas para la *protección de la vida de los nacionales en el extranjero* ha sido invocada en diversos casos de la práctica internacional contemporánea que numerosa doctrina ya ha analizado.

No obstante, es un hecho que tanto la doctrina como los Estados han justificado dichas intervenciones con base en argumentos diferentes:

— La doctrina básicamente ha amparado la licitud de un uso de la fuerza con tales características ya en el concepto de *legítima defensa*, ya en la noción de *necesidad*, ya en lo que presumiblemente sería una «*reviviscencia*» del *derecho de intervención en tales casos* (214).

— En la práctica, asimismo, los Estados han justificado su intervención ya amparándose en causas muy concretas que excluirían la ilicitud de un comportamiento que de no existir éstas implicaría indudablemente un hecho ilícito internacional, como el previo *consentimiento* prestado por el Estado en el que se actúa, la *legítima defensa*, una *situación de necesidad*, y también en la existencia de un *instituto autónomo que permitiría las intervenciones precisamente de esta naturaleza* (215).

Una clara conclusión emerge de todo ello: de la minoría de Estados que han llevado a cabo intervenciones de esta clase sólo en una ínfima parte se ha

nacidas del peligro de exterminio de un grupo étnico, religioso o social, o de otras graves violaciones de los derechos humanos en el curso de una guerra civil» (*Annuaire...* 544). Vid. también DE VISSCHER, P.: «L'IDI et le principe de non-intervention dans les guerres civiles (1900-1975)», *Mélanges Fernand Dehousse*, Paris-Bruselas, Nathan-Labor, vol. 1, 1979, 39-44 (en 39, 41, 44-45).

IDI (1988): Vid. *infra* parágrafo 52 y notas 268-70.

(213) Vid. *supra* nota 41.

(214) Vid. los autores citados en cada grupo por GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado...* (nota 19), 105 (y la nota 48 de la misma).

(215) Para los diferentes supuestos vid. *ad ex.* GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado...* (nota 19), 107-108.

En relación con el último de los argumentos utilizados véanse las alegaciones invocadas para justificar la intervención de los Estados Unidos en la isla de Granada citados *supra* en parágrafo.

sostenido la existencia de una excepción autónoma y bien perfilada de carácter general que operaría reformulando el contenido de la norma que prohíbe el uso de la fuerza. De otra parte, sólo una minoría de la doctrina que justifica estas intervenciones se apoya en esta concreta argumentación.

Personalmente he entendido (216), y sigo haciéndolo, que dado el carácter minoritario de las posiciones que defienden la licitud de estos supuestos, unido a la desuniformidad de las fundamentaciones alegadas, me parece muy dudosa la formación de una norma de Derecho internacional consuetudinario que haya en consecuencia establecido con carácter general una reformulación de la norma que prohíbe el uso de la fuerza armada en el sentido de que ésta no prohíbe las intervenciones militares puntuales, limitadas y proporcionadas, destinadas a la protección de los nacionales en el extranjero. Cuestión distinta es (y a ello parece juiciosamente referirse C.M. DÍAZ BARRADO cuando señala «que el objetivo de la acción armada que se realiza, es decir, proteger la vida de los nacionales del estado que actúa, aparece siempre ligada a *determinadas circunstancias jurídicas* que tal y como ha dicho la Comisión de Derecho Internacional excluyen la ilicitud de un hecho que, en ausencia de ellas, constituiría un hecho internacionalmente ilícito. En consecuencia sería la presencia o no de tales circunstancias lo que determina la licitud del uso de la fuerza en defensa de los nacionales en el extranjero») (217), que al hilo de causas concretas y técnico-jurídicas de exclusión de la ilicitud pueda sostenerse, en determinadas situaciones en las que los requisitos exigidos para la existencia de las mismas se den, la no ilicitud de tales intervenciones. En su momento haremos referencia a ello cuando aborremos el examen de éstas: de la legítima defensa, del estado de necesidad, de las contramedidas, del consentimiento del Estado que «sufre» un uso de la fuerza armada con dicha finalidad y objetivos.

Sólo añadiré, por último, que incluso entre quienes defienden la licitud de este supuesto particular de uso de la fuerza armada, ésta ampararía únicamente el objetivo de la protección de *la vida* y no de los *bienes o intereses* de sus nacionales en el extranjero. Tal es la tesis de la mayoría de la doctrina que defiende esta posibilidad (218), apareciendo como una especie de *rara avis* las posiciones

(216) GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado...* (nota 19) 105 (en nota 48), ID.: *El uso...* (nota 1), 33.

(217) DÍAZ BARRADO, C.M.: *op. cit.* (nota 41), 65 (el subrayado es del original).

Pese a su mayor «flexibilidad» (que personalmente no comparto), la idea está presente también en quien ha entendido muy recientemente: «... although an intervention to protect nationals can, under certain circumstances, be legal as the lawful exercise of a right not prohibited by the Charter, it can better be justified as an exception to the prohibition of force in international relations» (RABY, J.: «The state of necessity and the use of force to protect nationals», *A.C.D.I.-C.Y.I.L.* XXVI (1988), 253-72, en 253). Véase también el texto correspondiente a *infra* nota 307.

(218) *Vid.* al respecto las ya aisladas y extremas opiniones de BOWETT, D.W.: *Self-defence in international law*, Manchester-Nueva York, Manchester Univ. Press-F.A. Praeger, 100 ss.; y de FAWCETT, J.E.S.: «Intervention and international law. A study of recent cases», *RdC* 103 (1961-II), 344-423 (en 405). Y, en sentido contrario, la tesis mayoritaria de: GLASER, S.: «Quelques remarques

de quíenes aún hoy siguen aferrados, aún con «más delicadez y precauciones» (219), a la opinión contraria (220).

3. La aplicación de las causas técnico-jurídicas de exclusión de la ilicitud al uso de la fuerza armada

A) La legítima defensa

48. Según la Carta de Naciones Unidas, recuérdese, la legítima defensa implica el uso de la fuerza armada por un Estado contra otro para rechazar o detener un ataque armado lanzado por éste y hasta el momento en el que el Consejo de Seguridad de la ONU haya tomado en sus manos la situación. La Carta, como es sabido, reconoce asimismo el derecho de legítima defensa colectiva, esto es, la ayuda al Estado agredido por parte de terceros Estados y aun la respuesta militar directa de estos últimos contra el agresor.

El supuesto en el que se pensaba era obviamente el caso-tipo en el que las fuerzas armadas regulares de un Estado atacaban militarmente a otro, ya pe-

sur l'état de nécessité en Droit international», *Rév. Droit Pénal et de Criminologie*, n.º 65, marzo 1952, 570-603 (en 603); WALDOCK, H.: «General Course of PIL», *RdC* 106 (1962-II), 1-251 (en 240-41): ID.: «The regulation of the use of force by individual States in international law», *RdC* 81 (1952-II), 455-514 (en 503); FITZMAURICE, G.: «The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law», *RdC* 92 (1957-II), 1-223 (en 172-74); En Minutas de octubre de 1956 a propósito de la proyectada (y luego consumada) intervención en Suez (1956), que pueden consultarse en MARSTON, G.: *op. cit.* (*infra* nota 235), 785-86, 791, 800-801, 806-7; SOERENSEN, M.: «Principes de DIP», *RdC* 101 (1960-III), 1-251 (en 245 en relación con p. 220); BRIERLY, J.L.: *The law of nations. An introduction to the international law of peace*, Oxford, Clarendon Press, 1963 (6ª ed. a cargo Waldock) 427-28; GREIG, D.W.: *International law*, Londres, Butterworths, 1970, 673; WENGLER, W.: «L'interdiction de recourir à la force. Problèmes et tendances», *R.B.D.I.* VII (1971), n.º 2, 401-50 (en 416 ss.); RÖLING, B.V.A.: con ocasión del tema del principio de no intervención, *Annuaire de l'IDI* 55 (1973), 593 (en n.º 11); JEFFERY, A.: *op. cit.* (nota 80), 728; PILLITU, P.A.: *Lo stato di necessità nel Diritto internazionale*, Perugia, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Perugia, 1981, 234; DOSWALD-BECK, L.: *op. cit.* (nota 36), 361.

Recuérdese, por último, que durante los trabajos del IDI a propósito del principio de no intervención en las guerras civiles, el Relator Sr. SCHINDLER, que se había manifestado contrario a la licitud de intervenciones de esta naturaleza (*vid supra* nota 212), se declaró dispuesto, ante la opinión de otros miembros del Instituto, a incluir en la Resolución correspondiente una disposición que salvaba la licitud de la intervención de un Estado en el territorio de otro «en casos de urgencia extrema y cuando no existe otro medio», siempre que se tratase de «acciones limitadas en el tiempo y en el espacio, sobre el territorio de otro Estado *con el fin de salvar vidas humanas*» (*Annuaire de l'IDI* 55, 1973, 563). (El subrayado es añadido).

(219) GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El uso...* (nota 1), 32 (en nota 18).

(220) Así, BOWETT, D.W.: *The use of force for the protection of nationals abroad*, en A. Cassese (Edt): *The current legal regulations of the use of the force*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1986, 39-55 (en 48-49).

netrando por la fuerza en su propio territorio ya tomando como blanco sus fuerzas navales o aéreas en un ataque de envergadura o importancia (221).

Sólo ante una situación de esta naturaleza el Derecho internacional amparaba el uso individual y provisional de la fuerza armada por parte de un Estado. Ahora bien, en la actualidad, y como el TIJ ha reconocido en el asunto que enfrentó a Nicaragua contra los Estados Unidos (1986), cabe añadir al supuesto reseñado la consideración de que los actos armados, análogos por su gravedad y volumen a un genuino ataque armado, que lleven a cabo contra un Estado grupos o bandas armadas irregulares *enviados por otros*, o que, sin haberlo hecho, se encuentran respecto de un Estado dado en una posición tal de absoluta

(221) En la *Definición de la agresión* (Res. 3.314, XXIX, 14 diciembre 1974) pueden encontrarse formulaciones concretas de la situación apuntada. Así, claramente, en las letras *a*, *b*, y *d* de su art. 3:

— «La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda conexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él».

— «El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado».

— «El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea».

Personalmente no me parece posible sostener la existencia de una *agresión armada y por tanto el derecho del Estado afectado a desencadenar una respuesta armada global* en legítima defensa, si el ataque se verifica sobre un navío o aeronave aislada. Véase en este sentido, *ad ex.*, GUTIÉRREZ, C.: *El estado...* (nota 19), 72-73 (y la bibliografía citada); también N. SINGH y E. MCWHINNEY, (*op. cit.* en nota 157, 98), por no mencionar sino un sólo ejemplo de doctrina reciente, parecen sostenerlo:

«It may be mentioned, however, that a mere attack on a vessel or an aircraft belonging to the signatories (se refiere a la Carta de la ONU) would not *ipso facto* give rise to the right of self-defence, unless it was a part of a general armed attack or the commencement of hostilities».

Cuestión distinta es, y no siempre se distingue con corrección entre uno y otro plano, que el navío o aeronave atacado pueda defenderse, en legítima defensa, ante un ataque armado contra él desencadenado, con los requisitos al respecto estipulados por las normas del Derecho internacional en estos casos. Para un supuesto de la práctica reciente en tal contexto *vid. ad ex.* RATNER, S.R.: «The Gulf of Sidra incident of 1981: The lawfulness of peacetime aerial engagements», en W.M. Reisman y A.R. Willard (Edts): *International incidents. The law that counts in world politics*, Princeton, Princeton University Press, 1988, pp. 181-201 (en particular *id.* pp. 194, 196-197, 198).

(222) El TIJ hace uso, en este sentido, como sabemos ya, del art. 3, letra g. de la Definición de la Agresión anteriormente citada.

En concreto sobre la interpretación del Tribunal a propósito de dicha disposición y acerca de otras interpretaciones más flexibles *vid. supra* parágrafos 40 ss.

(223) En este sentido, netamente, el Sr. AGO, al proponer el artículo relativo a la legítima defensa en el marco del Proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos («Adición al octavo informe. Doc: A/CN.4/318 y add. 5-7», *Anuario CDI* 1980, II, Primera Parte, 64 ss., 67 ss., párrs. 106 ss. y 110 ss.), y la propia CDI al aprobar en primera lectura el art. 34 de su Proyecto sobre la legítima defensa (comentarios 16 ss. al art. 34, *Anuario CDI* 1980, II, Segunda Parte, 55 ss.).

Y puede ser interesante recordar que incluso en tiempos tan cercanos como aquéllos en los que se llevaron a cabo los trabajos preparatorios que condujeron a la *Declaración sobre el reforzamiento de la eficacia del principio de no recurso al uso o a la amenaza de la fuerza en las relaciones*

dependencia que puedan ser considerados como *órganos de facto* del mismo, dan lugar, asimismo, a la lícita invocación de la legítima defensa (222).

49. Es cierto que existen dos concepciones diferentes sobre el alcance de la *legítima defensa* (223): una restringiendo su operatividad jurídica a la existencia de un ataque armado en el sentido al que anteriormente me he referido, y la otra sustentando que la noción de *legítima defensa* referida en el artículo 51 de la Carta no engloba *toda la legítima defensa* que el Derecho internacional general permitiría (224).

Pero también lo es que la primera de esas posiciones domina claramente tanto en la doctrina como en las manifestaciones de la práctica internacional. E igualmente que, aun condicionados por su mandato (caso de la CDI) y por las exigencias y circunstancias concretas del asunto (caso del TIJ), de las opiniones de una y otro en el marco del *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado* y en el *as. sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* parece desprenderse, al menos me lo parece a mí, como interpretación natural subyacente a sus respectivos enfoques un apoyo a la primera de las dos concepciones apuntadas (225).

Añadiría aquí, por si sirviera para avalar la conclusión que he mencionado,

internacionales (A/Res. 42/22, de 18 noviembre 1987), las dos concepciones básicas, una más favorable a la interpretación flexible de la prohibición y la otra más firme, se manifestaron, e incluso propiciaron (en aras del consenso) la adopción de un desustanciado párrafo sobre la legítima defensa, en el que no cabe encontrar argumentos, como reconociera Tullio TREVES, en favor de una u otra tesis (*vid. supra* nota 99).

Seguramente desde una reflexión análoga a la del internacionalista italiano el profesor J.J.A. SALMÓN ha comentado el art. 34, relativo a la legítima defensa, del Proyecto de artículos de la CDI al que antes me refería, en el sentido de que con la formulación concreta que la Comisión ha dado en él a esta figura, «la CDI ait trouvé expédient d'éviter la division en adoptant un texte purement formel qui camoufle les opinions contradictoires...» (J.J.A. SALMÓN: «Les circonstances excluant l'illégalité», en *Responsabilité internationale*, Cours et Travaux (IHEI), Paris, Pédone, 1987, pp. 89-225, en 170, 168) (subrayado).

(224) Una posición oficial en este sentido, junto con otros argumentos, tendente a justificar el *raid aéreo* de los Estados Unidos sobre las ciudades libias de Trípoli y Bengassi (1986) con base en la legítima defensa fue empleada por el representante de los Estados Unidos ante el Consejo de Seguridad en su sesión de 14 abril de 1986 (cit. en *Department of State Bulletin*, 26 junio 1966, n.º 2.111, p. 18). *Vid.* al respecto, por ejemplo, REGOURD, S.: *op. cit.* (nota 24), 91-93.

Recuérdese, asimismo, la posición del juez SCHWEBEL en el *asunto sobre las actividades militares y paramilitares de los Estados Unidos en y contra Nicaragua*:

— Así, tras dudar en atención a la práctica de los Estados de que el art. 2.4 de la Carta sea una norma de Derecho consuetudinario, y pese a admitir que para un sector doctrinal ese artículo expresa una norma de *ius cogens*, el juez SCHWEBEL afirma: «That is not to say that art. 2, paragraph 4, and article 51 of the Charter occupy the whole field of the use of force in international relations. It is not to say, for example, that necessarily there is no scope to self-defence or to protection of nationals apart from article 51 and article 2, paragraph 4» (*CIJ Recueil 1984*, p. 615, párrafo 88).

— Véase también su Opinión disidente a la sentencia del TIJ de 27 de junio de 1986 (*CIJ Recueil 1986*, pp. 347-48, párrafos 172-73).

(225) *Vid.* GUTIÉRREZ, C.: *El uso...* (nota 1), 15-16; ID.: *El estado...* (nota 19), 127-28. Más en general *vid. supra* párrafo 10.

en particular con relación al TIJ, el pasaje siguiente de su sentencia en el citado caso que considero significativo:

«The Court has recalled above (paragraphs 193 to 195) that for one State to use force against another, on the ground that State has committed a wrongful act of force against a third State, is regarded as lawful, by way of exception, *only when the wrongful act provoking the response was an armed attack*. Thus the lawfulness of the use of force by a State in response to a wrongful act of which it has not itself been the victim *is not admitted when this wrongful act is not an armed attack*. In the view of the Court, under international law in force today —*whether customary international law or that of the U.N. system*— States do not have a right of “collective” armed response to acts which do not constitute an “armed attack”» (226).

50. Siendo esto así, no parece admisible acudir a la legítima defensa como respuesta a actos de otros Estados que, aún siendo eventualmente contrarios al DIP, incluso a la norma que prohíbe el uso de la fuerza armada, y pudiendo ser inequívocamente imputados a éstos, no constituyan un ataque armado en el sentido al que anteriormente me he referido.

Puede ser útil recordar en este momento algunos casos de la práctica:

—No parece, por tanto, posible la correcta invocación de la legítima defensa como reacción al hecho de que un Estado haya instigado, organizado o apoyado la comisión de atentados terroristas concretos en otro. Tal fue, sin embargo, la justificación intentada, como ya se ha puesto de manifiesto, por los Estados Unidos en relación con su *raid* aéreo sobre Libia en 1986; o la esgrimida por Israel respecto de su ataque aéreo a Túnez (octubre 1985), país acusado por el Gobierno hebreo de acoger a organizaciones terroristas, con el objetivo de destruir la sede de la OLP y de paso, supongo, ver de acabar con la vida de algunos de sus dirigentes (227).

—Tampoco es posible invocar correctamente la legítima defensa como reacción frente a un Estado que se limita a *suministrar armas, apoyar logísticamente o de otro modo* a grupos armados que actúan en territorio de otro y que él ni ha enviado ni pueden considerarse como órganos *de facto* suyos. En tal sentido, y aun de haberse probado con seguridad total, Nicaragua no habría cometido un ataque armado contra El Salvador (228), ni los Estados vecinos de África del Sur, habrían hecho lo propio en los últimos años en relación con

(226) *CIJ Recueil* 1986, 110, párr. 211 (los subrayados son añadidos).

(227) *Vid. supra* nota 35. Asimismo, ROUSSEAU, CH.: «Chronique des faits internationaux», *R.G.D.I.P.* 90 (1986), n.º 4, 981-84; *Keesing's contemporary archives. Record of world events* 1986, 34.262 ss. y 34.456 ss.; COCUZZA, C.: *op. cit.* (nota 35), 200 ss. (sobre todo 208-209).

Y en relación con el *raid* israelí, ROUSSEAU, CH.: «Chronique...», *R.G.D.I.P.* 90 (1986), n.º 2, 457; *Keesing's...* 1985, 34.076-77.

(228) *CIJ Recueil* 1986, 103 y 119, párrafos 195 y 230.

este último país (229) (dejando aparte incluso, en este último supuesto, lo que podríamos llamar «el factor colonial»).

— Del mismo modo, si un Estado no puede invocar la legítima defensa frente a otro, desde cuyo territorio grupos armados se infiltran a no ser que sean enviados por él o actúen *de facto* como órganos suyos, menos aun será posible dicha cobertura jurídica en relación con Estados que ni siquiera son capaces de impedir que grupos armados utilicen su territorio como base desde la que llevar a cabo sus misiones y a la que regresar una vez «desempeñadas»; y ello por dos razones: la inexistencia de una *conexión* entre él y ellos o de su imposibilidad real de evitar sus acciones, de una parte, y, de otra, porque en tal supuesto las características propias de un genuino *ataque armado* no aparecerán con claridad.

Pues aun en un supuesto tal (que inevitablemente nos hace pensar en un caso actual: las relaciones entre Israel y el Líbano) (230) se ha sostenido doctrinalmente la admisibilidad de la legítima defensa. Por no citar sino una opinión muy reciente (231) en la que se expone con meridiana claridad dicha tesis, pueden recordarse los términos en los que se ha expresado Yoram DINSTEIN:

«Evidently, when terrorist organize within the territory of one country with a view to striking against another, the local Government may not be aware of what is happening (especially when the terrorists operate in remote and sparsely populated areas). Even when the local Government gets wind of their presence, it may be militarily incapable of putting an end to the terrorists' activities. After all, Governments do not always succeed in suppressing terrorism although it is directed against themselves. By the same token, and *a fortiori*, the local Government may prove unable to deal with the terrorists' menace to another State. But the local Government incurs an international legal obligation to exercise due diligence—that is, to take all reasonable measures called for by the circumstances—so as to prevent terrorists from mounting attacks against a foreign State or to prosecute and punish them after a crime has been committed.

If a Government does not condone the operations of terrorists from within its territory against a foreign State, but militarily it is too weak to eliminate these operations, its international responsibility (if engaged at all) may be nominal. Still, it does not follow that the victim State must sit idly by, absorbing devastating blows while sustaining itself with the noble thought that no sovereign nation is to blame for the turn of events. Terrorist acts are armed attacks—which justify recourse to counterforce by way

(229) *Vid. ad ex.* R. REGOURD: *op. cit.* (nota 24), 83-87.

(230) *Vid. ad ex.* HUFFORD, D.B. y MALLEY, R.: «The war in Lebanon: The waxing and waning of international norms», en W.M. Reisman y A.R. Willard (Edts), *International incidents. The law that counts in world politics*, Princeton, 1988, 144-80.

(231) Para una relación de bibliografía menos reciente sobre este punto *vid. ad ex.* GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado...* cit. (nota 19), 113 y nota 76 de la misma.

of self-defence— even if conducted only from, and not by, another State. This is an extraordinary case demanding, and getting, an extraordinary solution in international law. Self-defence is permitted against the terrorists'—bases inside the territory of another State (provided it is directed against the guilty terrorists rather than against the ineffective local Government). In a sense, the State exercising self-defence does what the local Government should have done "had it possessed the means and disposition to perform its duty" (C.C. Hyde)» (232).

Y no sólo doctrinalmente. Tras un ataque contra objetivos de la OLP en Beirut (julio 1981), el representante de Israel se explicó así en la 2292ª sesión plenaria del Consejo de Seguridad:

«si un Estado no quiere o no puede impedir que desde su territorio se ataque a otro Estado, éste está legitimado para adoptar todas las medidas necesarias en su propia defensa (...) (en ejercicio) de su derecho natural de legítima defensa, que todo Estado soberano tiene, un derecho preservado asimismo por el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas» (233).

— En la medida en que la puesta en peligro de la vida de los nacionales en el extranjero no parece reunir las características que definen a un ataque armado, ni siquiera en el caso de una política de xenofobia auspiciada por el Gobierno del Estado (no digamos ya en casos de secuestros o atentados de un grupo terrorista ajeno al Estado o en circunstancias de disturbios internos), las intervenciones militares de protección o rescate no podrían encontrar cobertura jurídica en el concepto de *legítima defensa* (234), aunque así se hayan intentado justificar tales actos en supuestos de la práctica internacional más o menos recientes: Por ejemplo, con motivo de la intervención en Suez (1956) por el Reino Unido, en el caso de la intervención en Uganda (Entebbe, 1976) por Israel, o en relación (al menos ante el Consejo de Seguridad) con la acción militar de los Estados Unidos destinada al rescate de sus rehenes en Irán (1980) (235).

(232) DINSTEIN, Y.: *op. cit.* (nota 198), 144-45; *vid. también* ID.: *War...* (nota 10), 208-12.

(233) Doc. O.N.U. S/PV 2292 (1981).

(234) *Vid. ad ex.* GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado...* cit. (nota 19), 105 y nota 48 de la misma.

(235) Para un relación bibliográfica respecto de cada uno de los casos citados *vid. ad ex.* GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado...* cit. (nota 19), 105-106, en notas 49, 54 y 57.

Una aportación reciente que clarifica, tras la publicación (levantado el secreto oficial) de documentos y correspondencia en torno al caso, el supuesto de Suez, es la de G. MARSTON: «Armed intervention in the 1956 Suez Canal crisis: The legal advice tendered the British Government», *The I.C.L.Q.* 37 (1988), part 4, 773-817.

Véase también, para la incursión israelí en Uganda, DINSTEIN, Y.: *War...* (nota 10), 212-15. Puede ser de interés reseñar que H.T. (¿Hubert Thierry?), recensionando esta obra del profesor Dinstein, señala (respecto del fundamento de la *legítima defensa* en cuanto a la intervención israelí en Entebbe):

«Du même le Professeur Dinstein considère que l'emploi de la force par un Etat sur son territoire contre les nationaux d'un autre Etat, vaut attaque armée ouvrant droit à l'exercice de la légi-

— Es admitido, incluso por quiénes mantienen la existencia de un concepto consuetudinario de legítima defensa más «flexible» que el adoptado en la Carta de Naciones Unidas, que el artículo 51 de ésta, debido a los términos *en caso de ataque armado*, «has rouled out expressly... the exercise of the right in the event of a mere threat...» (236).

Si entendemos, como lo hemos hecho, que con la Carta cristalizan los aspectos básicos del Derecho internacional general sobre el uso de la fuerza (237), si atendemos al dato de que la Carta de la ONU es en la actualidad prácticamente universal, si, en fin, observamos que no existe una práctica contemporánea consolidada que «conteste» esa situación, lo lógico es concluir que la legítima defensa como respuesta (armada) a un ataque armado que no haya sido ya desencadenado constituye una reacción que «desborda» el concepto hoy por hoy admitido de legítima defensa. La práctica contemporánea que al efecto se ha citado no es desde luego suficiente, por su volumen y aún por la «pureza» de su contenido en un caso al menos, a mi juicio, para alterar la situación descrita. Son dos básicamente los precedentes alegados: Israel-Estados árabes en la «guerra de los seis días» (1967); Israel-Irak, con ocasión de la destrucción del reactor nuclear iraquí de Osiraq en 1981 (238).

Naturalmente, y ello es una cuestión distinta, un ataque armado se produce desde el momento mismo en que se desencadena y no es necesario, por tanto, sin caer así en la *legítima defensa preventiva*, a que el ataque «penetre» en la esfera de soberanía territorial del Estado agredido o «impacte» en sus fuerzas aéreas o navales. En este sentido, un sector doctrinal que ha intentado profundizar en estas ideas, observa que en la medida en que un cuidadoso análisis del artículo 51 revela la exigencia de éste en la realidad de un ataque armado pero no en la violación «física» de la soberanía territorial del Estado (239), sostiene, en términos que me parecen razonables, la licitud de responder en legítima de-

time défense. À cet égard, nulle personne sensée se saurait regretter l'opération d'Entebbe, et il suffit de se mettre à la place des passagers de l'avion détourné pour approuver des deux mains ceux qui les ont secourus. Mais la légitime défense était-elle bien le fondement juridique de cette opération?» (A.F.D.I. XXXIV, 1988, 1.064). *Vid. infra* parágrafo 56 y notas 301 y 302.

(236) SINGH, N. y MCWHINNEY, E.: *op. cit.* (nota 157), 87 (en general 87-92).

(237) *Vid. supra* nota 225.

(238) En este sentido, por ejemplo, BROWNLIE, I.: «The United Nations Charter and the use of force 1945-85», en A. Cassese (Edt): *The current legal regulation of the use of the force*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1986, 491-504, en particular pp. 498-99; GUTIÉRREZ ESPADA, C: *El uso... cit.* (nota 1), 48-49.

A. CASSESE afirma sin embargo: «podría quizás sentarse la conclusión de que está emergiendo un consenso en el sentido de que el art. 51 permite la legítima defensa preventiva, pero estrictamente condicionada a (i) una sólida y consistente evidencia de la inminencia de un ataque armado en gran escala, y (ii) que no existe medio pacífico alguno de prevenir tal ataque ya porque serían inútiles dadas las circunstancias del caso, ya por falta de tiempo para recurrir a ellos, ya porque hayan sido agotados» («Return to Westphalia?...» cit. en nota 45, 515-17).

(239) N. SINGH y E. MCWHINNEY, E.: *op. cit.* (nota 157), 96.

fensa en el momento mismo en que ese Estado conoce o comprueba *el acto o paso necesario o definitivo por parte del Estado agresor para que la comisión de un ataque armado se produzca* (240).

En todos estos supuestos, en fin, entiendo que el DIP no considera aceptable la utilización de la fuerza por un Estado contra otro invocando en concreto el concepto de *legítima defensa*, al estar ausentes las condiciones requeridas que conforman o definen esta particular figura. Quiero destacar, con todo, que en alguno de estos casos el Estado contra el que se reacciona apoyándose en la legítima defensa puede ser culpable de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, incluso culpable de haver violado la norma que prohíbe el uso de la fuerza, pero su violación no implicando, repito, un ataque armado impide utilizar en particular la figura de la legítima defensa como justificación de las reacciones armadas llevadas a cabo contra él:

— Por ejemplo, es indudable que Irán al ocupar los locales diplomáticos y consulares de los Estados Unidos en Teherán y otras ciudades y retener prolongadamente como rehenes a su personal, cometió un hecho ilícito internacional que el TIJ declaró, lo sabemos, como tal (241).

— Del mismo modo si un Estado, como los Estados Unidos en relación con la *contra*, llevase a cabo una política concretada en el *suministro de armas, apoyo logístico o de otro tipo* a grupos armados que cometen en el territorio de otro actos armados, aun no cometiendo una agresión armada sí estaría violando el principio que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales (242).

— ¿Qué decir, en fin, del terrorismo internacional? La comunidad internacional ha reaccionado claramente ante este fenómeno, y lo ha hecho desde una respuesta *de reacción, descentralizada o sectorial, y jurídica*, en el sentido de ir adoptando convenios internacionales que consagran, no sin limitaciones y ambigüedades, la obligación estatal de juzgar o extraditar al terrorista en diversos sectores a medida que éstos iban siendo alcanzados por la sombra ominosa y parece que siempre creciente del terrorismo internacional, pero eludiendo tajantemente las conexiones estatales con el fenómeno (243). Es cierto que en los últi-

(240) *Vid. ad ex.* JIMÉNEZ DE ARECHAGA, E: «International law in the past third of a century», *RdC* 159 (1978-I), 1-344 (en 97-98); SINGH, N. y MAWHINNEY, E.: *op. cit.* (nota 157), 96-97.

(241) *CIJ Rec. 1980* en especial 32, 35, 35-36, 37, 38 ss. (párrafos 67, 74, 76, 79, 83 ss).

(242) *CIJ Rec. 1986* en especial 123 y 118-19 (párrafos 238 y 228).

(243) Así en el sector de la *navegación aérea*: Convenio sobre las infracciones cometidas a bordo de aeronaves (Tokio, 14 sept. 1963); Conv. sobre la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 16 dic. 1970); Conv. sobre la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 23 sept. 1971); Protocolo sobre la represión de los actos de violencia en los aeropuertos utilizados por la aviación civil internacional, complementario del Convenio de Montreal de 1971 (Montreal, 24 febrero 1988).

En el campo del *Derecho diplomático y consular*: Conv. sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 14 dic. 1973).

mos años han ido apareciendo declaraciones de condena en general del fenómeno terrorista sin atender a su actuación en tal o cual sector concreto, y la continuidad en este enfoque básicamente *jurídico*, en textos internacionales de indudable significación: Por ejemplo, la Resolución 40/61, de 9 de diciembre de 1985, de la Asamblea General de la ONU, el Documento final de la sesión de Estocolmo (1987) o el Documento final de la sesión de Viena (1989), ambos en el marco de los trabajos de la Conferencia de Cooperación y Seguridad en Europa, son referencias significativas, entre otras de carácter colectivo pero más restringido, en tal contexto (244). Con todo, las lagunas e insuficiencias de esta reacción comunitaria han propiciado reacciones unilaterales, incluyendo el

En el sector de *la navegación marítima*: Conv. para la represión de actividades ilícitas contra la seguridad de la navegación marítima (Roma, 10 marzo 1988); Protocolo para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas situadas en la plataforma continental (Roma, 10 marzo 1988).

Y, *con carácter más general*, pudiera citarse también el Convenio internacional contra la toma de rehenes (Nueva York, 17 dic. 1979).

Vid. ad ex. REGOURD, S.: *op. cit.* (nota 24); LABAYLE, H.: *op. cit.* (nota 31); FRANCONI, F.: «Le crisi Stati Uniti-Libia e la risposta militare al terrorismo» *R.D.I.* LXXI (1986), n.º 2-3; FITZGERALD, G.F.: «Aviation terrorism and the international Civil Aviation Organization», *A.C.D.I.-C.Y.I.L.* XXV (1987), 219-41; BIN CHENG: «Aviation, criminal jurisdiction and terrorism: The Hague extradition/prosecution formula and attacks at airports». *Contemporary problems of intern. law. Essays in honour of G. Schwarzenberger on his eightieth birthday*, ed. por Bin Cheng y E.D. Brown, Londres, Stevens, 1988, 25-52; RAIMONDI, G.: «Un nuovo accordo contro il terrorismo internazionale: La Convenzione di Roma del 10 marzo 1988 sulla repressione degli atti illeciti diretti contro la sicurezza della navigazione marittima», *R.D.I.* LXXI (1988), n.º 2, 379-81; ROZZITI, N.: «La repressione di attacchi terroristici contro le piattaforme fisse installate sul fondo marino», *R.D.I.* LXXI (1988), n.º 2, 381-83; WILLIAMS, SH.A.: «International law and terrorism: age-old problems, different targets», *A.C.D.I.-C.Y.I.L.* XXVI (1988), 87-117; PANZERA, A.F.: «Gli accordi di Roma per la repressione di atti illeciti contro la sicurezza della navigazione marittima e delle installazioni fisse collocate sulla piattaforma continentale», *L.C.I.* XLIII (1988), n.º 4, 421-29; HAECK, L.: «Le droit international et le terrorisme aérien», *Annals of Air and Space Law*, XIII (1988), 11-32; CASSESE, A.: *op. cit.* (nota 192), 591-96; MOMTAZ, D.: «La convention pour la repression d'actes illicites contre la securité de la navigation maritime», *A.F.D.I.* XXXIV (1988), 598-600.

(244) Res. sobre las medidas tendentes a prevenir el terrorismo internacional que pone en peligro o «anienta» vidas humanas inocentes, o compromete las libertades fundamentales, y sobre el estudio de las causas y formas de terrorismo y de actos de violencia que tienen su origen en la miseria, desilusiones, dolor o desesperación y que impulsan a ciertas personas a sacrificar vidas humanas, incluso las propias, para intentar conseguir cambios radicales, puntos 1 y 6 en particular.

— Documento final de Estocolmo (19 septiembre 1986): *Conferencia sobre las medidas tendentes a fortalecer la confianza, seguridad y desarme en Europa convenida de acuerdo con las disposiciones pertinentes del Documento de conclusiones de la sesión de Madrid de la Conferencia sobre Cooperación y Seguridad en Europa*, en especial párrafo 25 (*I.L.M.* XXVI —1987—, n.º 1, 190-95).

— Documento de conclusiones (sesión de Viena, 17 enero 1989) *de los representantes de los Estados participantes en la Confederación sobre Cooperación y Seguridad en Europa, realizado sobre la base de las disposiciones del Acta Final relativa a la continuación de la Conferencia*, párrafos 8-10 (*I.L.M.* XXVIII —1989—, n.º 2, 527-66).

O, en un nivel más reducido, básicamente occidental, cabe recordar la *Declaración de Bonn* (*I.L.M.* XVII —1978—, n.º 5, p. 1.285) o la *Declaración de Tokio sobre el terrorismo internacional* (*I.L.M.* XXV —1986—, n.º 4, 1.004 ss., en especial p. 1.005).

uso de la fuerza armada, contra los Estados sospechosos de inducir, organizar o apoyar a grupos o personas individuales en la realización de actividades terroristas (245).

Por mi parte, ya he puesto de manifiesto que, incluso fehacientemente probadas, las acciones de estos Estados no darían pie a la correcta invocación contra ellos de una respuesta en *legítima defensa*, aunque con la misma convicción entiendo que sus conductas quebrantarían las obligaciones de Derecho internacional que prohíben todo uso directo o indirecto de la fuerza que la Resolución 2.625 ha recogido expresamente (246) y han recordado algunos de los documentos anteriormente reseñados (como la Res. 40/61 de la Asamblea General o los Documentos de Estocolmo y Viena) (247), y aún otros que no lo han sido hasta ahora como la *Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención e interferencia en los asuntos internos de los Estados* (Res. 36/103 de 19 de diciembre de 1981 (248) o la *Declaración sobre el reforzamiento de la eficacia del principio de no recurso al uso o la amenaza de la fuerza en las relaciones internacionales* (Res. 42/22 de 18 de noviembre de 1987 (249).

(245) Vid. LABAYLE, H.: *op. cit.* (nota 31), 134 ss.; también CASSESE, A.: *op. cit.* (nota 192), 596 ss.

(246) En concreto, el párrafo décimo del principio relativo al uso de la fuerza: «Todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otro Estado, o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos, cuando los actos a que se hace referencia en el presente párrafo impliquen el recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza».

(247) Así la Res. 40/61 párrafo sexto: «Pide a todos los Estados que se conformen a la obligación que les incumbe en virtud del Derecho internacional de abstenerse de organizar o animar actos de terrorismo sobre el territorio de otro Estado, ayudar o participar en ellos, o tolerar en su territorio actividades organizadas con miras a la ejecución de tales actos».

Doc. Final de la Sesión de Estocolmo párrafo 25: «(Los representantes de los Estados) enfatizan la necesidad de adoptar medidas resolutivas para prevenir y combatir el terrorismo, incluido el terrorismo en las relaciones internacionales. Expresan su determinación de tomar medidas efectivas, tanto a nivel nacional como por medio de la cooperación internacional, para la prevención y supresión de todos los actos de terrorismo. Tomarán todas las medidas apropiadas para prevenir que sus territorios efectivos no se utilicen para la preparación, organización o comisión de actividades terroristas. Ello incluye asimismo medidas de prohibición en sus territorios de actividades ilegales, incluyendo actividades subversivas, de personas, grupos y organizaciones que instigan, organizan o se implican en la perpetración de actos terroristas, incluso las dirigidas contra otros Estados y sus ciudadanos».

Doc. Final de la Sesión de Viena párrafo 10.c: «Los representantes de los Estados manifiestan su intención de impedir en sus territorios actividades ilegales de personas, grupos u organizaciones que instiguen, organizan o se implican en la perpetración de actos subversivos o de terrorismo u otras actividades dirigidas hacia el derrocamiento violento del régimen de otro Estado participante».

(248) Punto II, letra m: «El deber de todo Estado de abstenerse de hacer uso de prácticas terroristas como política de Estado contra otros Estados (...) y de impedir que se preste asistencia o se utilice o se tolere a los grupos terroristas, saboteadores o agentes subversivos contra terceros Estados».

(249) Punto I, 6: La Asamblea General «declara solemnemente» que «Los Estados den cumplimiento a la obligación que les impone el Derecho internacional de abstenerse de organizar, fo-

La reiteración del fenómeno terrorista, su gravedad, la siempre difícil de probar pero probable implicación de ciertos Estados en este fenómeno, la ausencia total de una respuesta internacional en el plano institucional contundente y eficaz al mismo, espolean sin duda a ahondar la llaga de este tema, e impulsan a preguntarse: si un Estado, agotados obvio es todos los medios efectivos y pacíficos, no puede ampararse en la *legítima defensa* para responder a retos de esta naturaleza que reposan en la siembra del terror sobre seres inocentes, ¿no existe vía alguna por la que el ordenamiento jurídico internacional pudiera regular acciones excepcionales y puntuales para los supuestos más graves?; ¿acaso el DIP debería por el contrario callar a fin de no perturbar el reposo de una bella ilusión, la prohibición de la fuerza en las relaciones internacionales? Volveré sobre esta idea ulteriormente (*infra* párrafo 52).

51. Aun de entender que el artículo 51 de la Carta cristalizó *el principio básico* de que sólo ante un ataque armado cabe reaccionar lícitamente en legítima defensa, es lo cierto que éste no explicita pormenorizadamente *las condiciones o modalidades* de ejercicio de esta excepción a la prohibición del uso de la fuerza. De hecho, la Carta se limita a establecer que «las medidas tomadas por los miembros en el ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad...» (250).

mentar y apoyar actos paramilitares, terroristas o subversivos, incluidos los actos de mercenarios, en otros Estados, o participar en ellos, o tolerar en su territorio actividades organizadas con miras a la perpetración de tales actos».

(250) Tal vez sea éste el sentido en el que pudiera interpretarse un pasaje de la sentencia del TIJ en el asunto que enfrentó a Nicaragua y Estados Unidos (1986) (en orden al tema de si la exigencia de información inmediata *al Consejo de Seguridad* de las medidas adoptadas en legítima defensa forma parte en los mismos términos del Derecho internacional consuetudinario): el núcleo básico, la esencia, del principio que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales es idéntico tanto en la Carta como en el Derecho consuetudinario; las modalidades concretísimas de su ejercicio, en ciertos aspectos, pueden no ser absolutamente las mismas:

«At this point, the Court may consider whether in customary international law there is any requirement corresponding to that found in the treaty law of the U.N. Charter, by which the State claiming to use the right of individual or collective self-defence must report to an international body, empowered to determine the conformity with international law of the measures which the State is seeking to justify on that basis. Thus art. 51 of the U.N. Charter requires that measures taken by States in exercise of this right of self-defence must be 'immediately reported' to the Security Council».

Y el TIJ afirma: «(...) in customary international law it is not a condition of the lawfulness of the use of force in self-defence that a procedure *so closely dependent on the content of a treaty commitment and of the institutions established by it*, should have been followed. *On the other hand, if self-defence is advanced as a justification for measures which would otherwise be in breach both of the principle of customary international law and that of the Charter*. Thus for the purpose of enquiry into the customary law position, the absence of a report may be one of the factors indicating whether the State in question was itself convinced that it was acting in self-defence» (*CIJ Recueil 1986* p. 105, párrafo 200; el subrayado es mío). En contra *vid.* DINSTEIN, Y.: *War...* cit. (nota 10), 197 ss.

¿Cuáles son, entonces, según el Derecho internacional consuetudinario no explicitado en la Carta las condiciones de ejercicio de dicha figura? Cabría comentar sucintamente tres aspectos fundamentales:

(i) De una parte, ya no puede admitirse la idea, defendida en su momento en la práctica internacional; de que las condiciones de ejercicio de la legítima defensa, en su volumen y duración cuando no la decisión sobre su existencia, pueden ser fijadas o apreciadas unilateralmente por el Estado que la pone en práctica. En el pasado, en efecto, algunos Estados pretendieron que el ejercicio del derecho de legítima defensa no era una cuestión justiciable, siendo inidónea su determinación judicial. Por ejemplo, Japón al invadir Manchuria (1931) y Alemania en la Segunda Guerra Mundial reclamaron el poder supremo de determinar según su propio criterio cuándo el derecho de legítima defensa podía ser ejercido y en qué momento podía detenerse su ejercicio. Mucho más recientemente, Oscar SCHACHTER ha creído ver en las explicaciones dadas al Congreso de los Estados Unidos por el Asesor Jurídico del Departamento de Estado sobre la negativa del Gobierno a aceptar la jurisdicción del TIJ en el asunto entre Nicaragua y los Estados Unidos (1986), ecos de las citadas posiciones (251).

Ya el Tribunal Internacional de Nuremberg, sin embargo, rechazó este punto de vista: «It was further argued that Germany alone could decide, in accordance with the reservations made by many of the signatory powers at the time of the conclusion of the Kellog-Briand Pact, whether preventive action was a necessity, and that in making her decision her judgement was conclusive. But whether action taken under the claim of self-defence was in fact aggressive or defensive must ultimately be subject to investigation and adjudication if international law is ever to be enforced» (252).

Hoy, la legítima defensa, que ha encontrado acogida en un tratado internacional como la Carta, es indudablemente un concepto jurídico, cuya apreciación en última instancia reposa en el regazo del Consejo de Seguridad. Como acertadamente se ha escrito al respecto:

La Carta de las Naciones Unidas «has made the Security Council responsible not only for controlling, but also for pronouncing its verdict on the exercise of the right, both initially and until such time as the Council has been able to take measures necessary for maintaining peace. It would, therefore, not be incorrect to conclude that, by virtue of judicial decisions and in accordance with both customary and conventional law, the right of self-defence is now subject to judicial determination as to the validity of its exercise (253). The verdict of the Security Council, or of any military

(251) «Self-defence and the rule of law», *A.J.I.L.* 83 (1989), n.º 2, pp. 259-77, en 261-63. *Vid.* también del mismo autor: «Disputes involving the use of force», *The I.C.J. at a crossroad*, ed. por Lori F. Damrosch, Dobbs Ferry, Transnational Publishers Inc., 1987, 223-41 (en 229-31).

(252) Tomo la cita de GREEN, L.C.: *International law through the cases*, Londres, Stevens, 1970 (3.ª ed.), 719.

(253) *Vid. supra* nota 250.

tribunal established after the termination of hostilities (...), on the ground of self-defence would be binding. In view of the defective legal machinery for the enforcement of international law it is possible that in a particular case the Security Council may not be able to come to a finding and the Tribunals may never be set up after the conflict, but this does not mean that the exercise of the right of self-defence remains above the law» (254).

(ii) La legítima defensa está condicionada en su ejercicio por las notas de *necesidad y proporcionalidad*. El TIJ ha sostenido en el *asunto sobre las actividades militares y paramilitares de los Estados Unidos en Nicaragua y contra Nicaragua* (1986), y de acuerdo por lo demás con las concepciones de las dos partes en el caso, que el determinar la licitud o no de una respuesta armada defensiva frente a una agresión «depends on observance of the criteria of the necessity and the proportionality of the measures taken in self-defence» (255).

La noción de *necesidad*, más simple, apunta indudablemente a la idea de que el Estado que responde por la fuerza armada a una agresión del mismo tipo lo hace precisamente porque es ésta la única salida posible para repeler dicha acción. En cuanto al requisito de la *proporcionalidad* en la reacción defensiva, su conformación es más difícil de establecer en sus concretos términos desde una perspectiva global y válida para todos los casos. Al estudiar la legítima defensa como circunstancia de exclusión de la ilicitud, la CDI se abstiene de referirse a estas cuestiones «que deben encontrar su solución en el marco de cada caso particular» (256). Pero el Relator Especial, Sr. AGO, aporta algunas reflexiones de interés al respecto, entre las que aparece como parámetro básico el que la proporcionalidad es un criterio que establece la relación entre la acción en legítima defensa y el objetivo de ésta: detener y repeler la agresión. Sería equivocado creer que dicha noción liga o relaciona el comportamiento de la agresión y la respuesta en *legítima defensa*. «Es muy posible (afirma el Relator)

(254) N. SINGH y E. MCWHINNEY: *op. cit.* (nota 157), 104-105.

«No por ello (podría decirse también) el Derecho abdica de su papel de decidir en última instancia y a la luz de todas las circunstancias si esta decisión (la legítima defensa) estaba o no justificada» (J.L. BRIERLY: «Règles générales du Droit de la paix», *RdC* 58 (1936-IV), 5-237 (en 131).

En el mismo sentido, y adoptada ya la Carta de la ONU: BRIERLY, J.L.: *The law of nations. An introduction to international law of peace*, Oxford, Clarendon Press, 1949 (4 ed.), 295-97, y también en su 6 ed. (revisada por H. Waldock), 1963, 407-408; WEHBERG, H.: *op. cit.* (nota 15), 46-47; JIMÉNEZ DE ARECHAGA, E.: «La legítima defensa individual en la Carta de las Naciones Unidas», *Estudios de Derecho internacional. Homenaje al profesor C. Barcia Trelles*, Univ. de Santiago de Compostela-Zaragoza (Octavio Félez im.), 1958, 325-38 (en 336); MCDUGAL, M.S. y FELICIANO, F.P.: *Law and minimum world public order. The legal regulation of international coercion*, New Haven, Yale Univ. Press, 1961, 218-20; WALDOCK, H.: «General Course of Public International Law», *RdC* 106 (1962-II), 1-251 (en 230-310; OPPENHEIM, L. y LAUTERPACHT, H.: *op. cit.* (nota 206), en tomo II, vol. 1, 1966, 165.

(255) *CIJ Recueil*, 103, párr. 194.

(256) Comentario 22 al art. 34 de su Proyecto de arts. sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionales ilícitos, *Anuario CDI* 1980, vol. II, 2.ª Parte, 58.

Vid. DINSTEN, Y.: *War...* cit. (nota 10), 216 ss.

que la acción necesaria para detener y repeler la agresión deba adquirir proporciones que no correspondan a las de la agresión sufrida. Lo que cuenta a este respecto es el resultado que debe alcanzarse mediante la acción «defensiva» y no de las formas, la sustancia y la intensidad de la acción misma. Un empleo limitado de la fuerza armada puede bastar a veces al Estado agredido para resistir a un empleo también limitado de esa fuerza por el Estado agresor, pero no ocurre siempre así» (257).

En un caso de la práctica internacional contemporánea (la invasión israelí del Líbano en junio de 1982), en el que por lo demás es muy dudosa la válida invocación que hizo Israel de la legítima defensa, se consideró, incluso por Estados del grupo occidental, que la respuesta del Estado hebreo, que inicialmente pretendía (¡únicamente!) ocupar una franja de seguridad de 40 kms de anchura para alejar de territorio israelí las bases de grupos armados palestinos que el Líbano se demostraba incapaz de controlar, pero que poco a poco rebasó esa pretensión adentrándose en profundidad en territorio libanés, no se conformaba (y ello de admitir como válida su aplicación en tal caso) a los criterios de proporcionalidad exigidos por el concepto de la legítima defensa (258).

Sería posible apuntar, asimismo, que el criterio de la *proporcionalidad* tendría también su palabra que decir no sólo en relación con el *volumen* de la respuesta defensiva sino igualmente respecto de la *naturaleza de las armas* que el Estado que actúa en legítima defensa debe emplear. Creo, en efecto, razonables afirmaciones doctrinales del tipo siguiente:

«Thus, if the attack was with conventional weapons, the right of self-defence would entitle the use of similar weapons to repel it. In the circumstances, the use of nuclear weapons to repel an attack with conventional weapons appear to exceed the right, since the quantum of force used would be out of proportion to the nature of attack necessary to repel (...). However, it would appear to be legitimate to repel a nuclear attack with nuclear weapons if self-defence is to be effective. This would be the conclusion, irrespective of the legality of nuclear weapons. In short, the fundamental rule based on the general principles of law in this respect is that the force

(257) «Por ejemplo, en el caso de 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 que ese Estado no estuviera autorizado a emprender una acción armada única y de mayor envergadura para poner fin a esa escalada de comportamientos consistentes en agresiones. Si, convencidos de esto, se llegara al extremo opuesto de querer excluir totalmente la influencia de la exigencia de la proporcionalidad en la legitimidad de una reacción armada en concepto de legítima defensa, se correría el riesgo de justificar hechos como el bombardeo masivo y mortífero de vastas extensiones del territorio de un Estado, ejecutado para lograr la evacuación de una pequeña isla ilícitamente ocupada por fuerzas de este último. Hasta los ordenamientos jurídicos internos castigan el exceso de legítima defensa» (R. AGO: «Adición al octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados. Doc: A/CN.4/318/Add. 5-7», *Anuario CDI* 1980, vol. II, 1.ª Parte, 73-74, párrafo 121).

(258) *Vid.* HUFFORD, D.B. y MALLEY, R.: *op. cit.* (nota 230), 155 ss., y en 176-80.

used in self-defence must be proportionate to and commensurate with the quality and character of the attack it is intended to meet and what is done in excess is not protected» (259).

(iii) Por último, el TIJ ha sostenido, tras comprobar que ni El Salvador, ni Honduras, ni Costa Rica, solicitaron formalmente la puesta en práctica del concepto de legítima defensa (colectiva) (260), que una petición formal en este sentido es exigible tanto por el art. 51 de la Carta como por el Derecho internacional general (261). El Tribunal, cuya opinión ha sido «contestada» por tres de sus componentes, concluye así su razonamiento:

«At all events, the Court finds that in customary international law, whether of a general kind or that particular to the inter-american legal system, there is no rule permitting the exercise of collective self-defence in absence of a request by the State which regards itself as the victim of an armed attack. The Court concludes that the requirement of a request by the State which is the victim of the alleged attack is additional to the requirement that such a State should have declared itself to have been attacked» (262).

(259) N. SINGH y E. MCWHINNEY: *op. cit.* (nota 157), 100, 102.

En general sobre el criterio de *proporcionalidad-naturaleza de las armas* véase GREENWOOD, CH.: «Self-defence and the conduct of international armed conflict», *International law at a time of perplexity. Essays in honour of S. Rosenne*, ed. por Y. Dinstein, Dordrecht, M. Nijhoff, 1989, 273-88 (279 ss.).

(260) *Vid. CIJ Recueil 1986*, 87-88 (párrs. 165-66) y 120-23 (párrs. 232-37).

(261) *Vid. CIJ Recueil 1986*, 104-105, párrs. 196 ss.

(262) Sin embargo, algunas de las Opiniones disidentes a la sentencia del Tribunal manifestaron su desacuerdo sobre esta tesis, desacuerdo que parece, asimismo, compartido por algún autor (DINSTEIN, Y.: *War...* cit. en nota 10, 197-99). Los tres jueces los que me refería se expresaron así:

— S. ODA, con base sobre todo en la diferencia existente entre las versiones inglesa y francesa del art. 51 y los trabajos que condujeron a una y otra, parece sugerir que el concepto de legítima defensa colectiva podría no exigir necesariamente el requisito de haber sido solicitada por el Estado agredido. *Vid. CIJ Recueil 1986* 254-56 (párrafo 93), 256 (párrafo 93 *in fine*), 257-58 (párrafo 96 *in fine*).

S.M. SCHWEBEL sostiene por su parte que el art. 51 de la Carta no prohíbe recurrir a *acciones clandestinas* de legítima defensa colectiva (*vid. CIJ Recueil 1986* 373-76, párrafos 221-27). Y en concreto, el juez citado se manifiesta en el sentido de que un Estado puede solicitar de un tercero el juego del concepto de legítima defensa colectiva *sin hacer pública* su petición:

«Moreover, in the Court's view, apparently the only kind of declaration that a State in under armed attack which counts is one, formally and publicly made; and the only kind of request for assistance that appears to count is one formally and publicly made. But where is it written that, where one State covertly promotes the subversion of another by multiple means tantamount to an armed attack, the latter may not informally and quietly seek foreign assistance? It may be answered that it is written in article 51 of the U.N. Charter that measures taken by members in the exercise of the right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council. That answer, which is not insubstantial, nevertheless is, in my view, insufficient, for reasons explained below (see para. 221-227 of this opinion)» (*CIJ Recueil 1986* 356, párrafo 191).

52. El concepto de *legítima defensa*, por tanto, ha adquirido en D.I.P. un contorno preciso que hace lícito el uso de la fuerza armada en situaciones muy concretas. El T.I.J., aun reconociendo (al admitir su invocación *en ciertos supuestos* de agresión —armada— indirecta) lo que en cierto modo es una extensión de la figura respecto de lo establecido en la Carta, no ha dejado por ello de interpretar en términos restrictivos el concepto mismo (263).

La consecuencia que de ello, obviamente, se desprende es que un uso individual de la fuerza armada que desbordara los contornos jurídicos de la figura no estaría amparado por el Derecho o, por mejor decir, sería contrario al Derecho. Un Estado, por tanto, sea cual sea el peligro en el que él o sus nacionales se encuentren, que no se halle en una situación de genuina *legítima defensa*, no puede jurídicamente intentar evitarlo mediante el empleo de la fuerza armada, por limitado, temporal y puntual que éste sea. Tendrá que utilizar los medios pacíficos a su alcance, en su caso podrá desencadenar represalias de carácter no armado, podrá acudir ante la ONU, pero si ninguna de esas medidas «funciona» (o si la situación de desarrolla con tal rapidez que ni siquiera le es posible intentarlo), no tendrá otra salida que contemplar como el peligro en cuestión atraviesa el puente entre la potencia y el acto, esto es, se desarrolla y consuma. Y si la consumación del mismo imputable a otro Estado supone la comisión por parte de éste de un hecho ilícito internacional, el Estado afectado deberá comenzar el «eterno retorno»: acudir a los procedimientos de arreglo pacífico, represalias de carácter no armado... a fin de intentar obtener la reparación pertinente.

La realidad de las relaciones internacionales nos demuestra, con todo, supuestos brutales que forzosamente impulsan a toda conciencia civilizada, también los internacionalistas, supongo, la tienen, a una dolorosa reflexión. Con demasiada frecuencia hemos tenido oportunidad de conocer el secuestro de per-

Asimismo Sir. R. JENNINGS participa también tanto de la opinión del Sr. Schwebel como de las preocupaciones del Sr. Oda (*vid. CIJ Recueil 1986 544-46*). Merce la pena en concreto apuntar el pasaje siguiente:

«Another matter which seems to call for brief comment, is the treatment of collective self-defence by the Court. The passages beginning with parag. 196 seem to take a somewhat formalistic view of the conditions for the exercise of collective self-defence. Obviously the notion of collective self-defence is open to abuse and it is necessary to ensure that it is not employable as a mere cover for aggression disguised as protection, and the Court is therefore right to define it somewhat strictly. Even so, it may be doubted whether it is helpful to suggest that the attacked State must in some more or less formal way have 'declared' itself the victim of an attack and then have, as an additional 'requirement', made a formal request to a particular third State for assistance. Thus the Court says: ... It may be readily be agreed that the victim State must both be in a real need of assistance and must want it and that the fulfilment of both these conditions must be shown. But to ask that these requirements take the form of some sort of formal declaration and request might sometimes be unrealistic» (*CIJ Recueil 1986, 544-45*).

(263) Comparto, entonces, en este sentido la afirmación de que «en resumen, la Corte ha reiterado la concepción restrictiva del concepto de legítima defensa», efectuada por RORDRÍGUEZ CARRIÓN, A.J.: *Op. cit.* (nota 65), 59.

sonas inocentes por grupos terroristas que con fines políticos presionan a tal o cual Estado con la amenaza, y su dramática realización en ocasiones, de dar muerte a esas personas de no aceptarse sus peticiones. Las situaciones de esta naturaleza pueden evolucionar hasta desarrollos extremos en los que la vida de personas inocentes se encuentre real e inmediatamente amenazada y un uso puntual, limitado y provisional de la fuerza sea la única salida por intentar ya para salvar esas vidas. Personalmente me encuentro preparado para aceptar una incursión armada puntual, provisional y limitada en un país con el propósito, repito, en estas situaciones extremas, de salvar a esas personas de una muerte segura.

Pero es que creo que la reflexión puede llevarse más allá. ¿Acaso el D.I.P. no debería regular esos supuestos?; ¿acaso el D.I.P. no debería entender que en tales supuestos excepcionales incluso un uso de la fuerza armada, condicionado estrictamente por los requisitos de tiempo y proporción llevado a cabo por el Estado afectado, no debe considerarse antijurídico?. El Derecho interno contiene, como es sabido, cláusulas de esta naturaleza. Recientemente, TH.M. FRANCK, lo cito como ejemplo concreto de lo que algunos (y no me incluyo necesariamente entre ellos en esta hipótesis específica) barajan como alternativas razonables:

«For example, an agreement between even ten or fifteen democratic States to use various coercive measures, including but not limited to military force, against States that commit, support, or condone terrorist acts against a party to the agreement, or harbour such terrorists, could also include a process for collectively deciding, on the basis of evidence, whether an accused State had committed the acts alleged, whether extenuating circumstances apply and what counter-measures are indicated. Such a multilateral determination could legitimate either a collective response or merely legitimize a multilateral one by the injured complainant State» (264).

Partiendo del supuesto de que moralmente el uso de la fuerza así descrito no es condenable, y entendiendo que la misma CDI se había planteado la cuestión en el marco del estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud, me pareció, mientras la cuestión no se cerrara, que acaso el *estado de necesidad* podría jugar como válvula de escape por la que el D.I.P. acogiera, regulándola, la respuesta excepcional a estas situaciones excepcionales. Al menos, en aquellos supuestos en los que el Estado sobre el que se lleva a cabo la intervención está absolutamente al margen de la amenaza terrorista contra personas inocentes llevada a cabo por un grupo terrorista. Si el Estado en cuestión aparece aparece implicado en el tema, la respuesta en su caso debería acogerse en términos

(264) *Op. cit.* (nota 54), 195.

de *contramedidas (represalias)*, esto es, de respuesta desencadenada frente a un Estado autor de un hecho ilícito previo (265).

Más recientemente, el profesor CARRILLO SALCEDO ha abordado el tema desde otro enfoque: Si el D.I.P. obliga a los Estados a cooperar en la lucha contra el terrorismo y a impedir que desde o en su territorio se cometan actos tales, ello conduciría a todo Estado en cuyo territorio se lleva a cabo un supuesto de la naturaleza tratada a resolver el secuestro a a consentir que el Estado afectado lo resuelva. Y de no hacerlo así, incurriría en un hecho ilícito internacional, contra el que debería admitirse la licitud de represalias que podrían incluir el uso de la fuerza armada puntual y proporcional con el objetivo de salvar la vida de personas inocentes (266). Yo no sé, dado el carácter genérico de estas obligaciones, que en todo caso se aceptan como existentes (267), si el D.I.P. es ya en la actualidad tan concreto como para obligar a los Estados a prestar su consentimiento al Estado afectado, aunque apurar el efecto útil de esas obligaciones sin duda se movería en ese sentido; yo no sé, en el marco de las posiciones tradicionales, si aun de admitir esas obligaciones concretas el único resultado sería, de ser incumplidas, la comisión de un nuevo hecho ilícito internacional, contra el que sólo restaría reaccionar de forma no armada; lo que sí sé es que moralmente la intervención no es condenable y creo que el D.I.P. debiera moverse en el sentido de reconocerlo así. Es esto, seguramente, lo que los profesores CARRILLO y FROWEIN sugieren en su trabajo. Y si es así creo que lo que menos importa es que la cobertura concreta que se utilice sea el *estado de necesidad*, las *represalias* o incluso uno y otra, complementariamente, según las circunstancias del caso.

Puede ser interesante añadir un dato más que revela la actualidad del problema. El Proyecto de resolución revisada n.º 5 (Roma, septiembre 1988) del I.D.I. sobre el tema de «la salvaguardia de los derechos del hombre y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados» contempla la posibilidad de aceptar intervenciones de urgencia en un Estado en caso de peligro grave de atentado contra el derecho a la vida (268). Es claro que con ello

(265) GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado...* (nota 19), en especial 123 ss. *Vid. infra* parágrafos 56 (*in fine*), 57, 58 ss.

(266) CARRILLO SALCEDO, J.A.: «Bilán de recherches de la section de langue française du Centre d'Etude et de Recherche de l'Académie», *Les aspects juridiques du terrorisme international*, Centre d'Etude... de l'Académie de Droit International de la Haye (1988), Dordrecht, M. Nijhoff, 1989, 19-53 (en 28-34); FROWEIN, J.A. «The present...» (nota 80), 64 ss.

(267) *Vid. supra* los textos citados en notas 246-49.

(268) Art. 4: «la salvaguardia del derecho a la vida puede exigir, en una situación de peligro grave de atentado a este derecho, medidas de urgencia/de carácter colectivo/adequadas para remediar la situación y adoptadas con base en el respeto de las reglas y principios del derecho internacional y especialmente de las enunciadas en los arts. 5 y 6 de la presente resolución.

Dichas medidas se comunicarán inmediatamente a la Organización de Naciones Unidas» (*Annuaire de l'IDI* vol. 63-I, 1989, 399-400).

Si la idea base ya figuraba en el art. 4 del Proyecto de resolución n.º 4 (El Cairo, 1987), éste se modifica en varios extremos en la versión de Roma.

se apunta a la *intervención de humanidad* aunque no parece necesariamente excluirse su aplicación en el caso de que el peligro recaiga sobre la vida de un colectivo más concreto de personas (vga. los nacionales de otro Estado) (269). Y lo más llamativo consiste en que se deja abierta incluso tal cuestión (tal vez ya cerrada en el Plenario de Santiago de Compostela de este verano) sobre la exigencia del carácter *colectivo* de la intervención (270). En todo caso, si aceptamos el que un Estado pueda intervenir en caso de que el derecho a la vida de la población o parte de ella de un Estado se vea amenazada, ¿podemos negarle esa posibilidad al Estado cuyos nacionales se encuentren precisamente ante una amenaza inmediata de perder la propia?

En conclusión: De aceptar la tesis que sugiero, como contribución a la reflexión desde todas las perspectivas sobre el tema, es cierto que se habrán ampliado, aunque sólo excepcional, puntual y condicionadamente, los supuestos en los que el D.I.P. admitiría el uso de la fuerza armada. Y podría pensarse que ello fomentaría los abusos, pero a mi juicio es difícil negar la afirmación de que tampoco la estricta prohibición ha conseguido precisamente impedirlos o evitarlos.

Podría admitirse tal vez, se me ocurre, que si las relaciones internacionales se encuentran en la actualidad en una clara tendencia hacia la distensión, al menos en cuanto a la confrontación ideológico-política entre el Este y el Oeste, no sería éste el momento de ensanchar las excepciones. En tal caso, sin embargo, creo que estaríamos ligando el contenido del D.I.P. al estado de las relaciones internacionales demasiado estrechamente. Es evidente que el fenómeno del poder influye en el contenido del D.I.P., del mismo modo que no puede negarse la necesidad de mantener un permanente contacto entre la norma y la realidad social; pero de ahí a condicionar tan estrechamente la conformación del Derecho internacional al estado en el que en una circunstancia histórica dada se encuentren las relaciones Este-Oeste me parece media una buena distancia.

Recuérdese que en su Resolución de 1975 sobre el *principio de no intervención en las guerras civiles* (por la que se prohíbe toda intervención de Estados en tal tesitura), el IDI incluyó en el Preámbulo de la misma una disposición del tenor siguiente: «Reservando el estudio ulterior de las cuestiones nacidas del peligro de exterminio de un grupo étnico, religioso o social, o de otras graves violaciones de los derechos humanos en el curso de una guerra civil». *Vid. supra* parágrafo 46.

(269) *Vid. ad ex.* los comentarios de L. HENKIN en *Annuaire de l'IDI* 63-I, 1939, en 416, 418.

(270) Así K. M'BAYE propone suprimir la exigencia del carácter *colectivo* de la intervención; J.F. LALIVE propone añadir al término colectivo las palabras «...preferentemente de carácter colectivo»; P. DE VISSCHER no tiene una posición definitiva sobre la conveniencia de exigir o no el carácter colectivo de la intervención (*Annuaire de l'IDI* cit., 494, 430, 424 respectivamente).

El Relator, Sr. SPERDUTI, al comentar la revisión n.º 5 del Proyecto de resolución (Roma, 1988), con referencia a su art. 4 y tras reproducir las ideas fundamentales de uno de los miembros, el Sr. de VISSCHER, aclara lo siguiente:

«Lo términos 'de carácter colectivo' han sido puestos entre corchetes para dejar abierta la elección apropiada. Conviene, por otra parte, señalar como propuesta alternativa la de M. Lalive, consistente en añadir después de 'medidas de urgencia' las palabras 'preferentemente de carácter colectivo'» (*Annuaire...* cit., 396-97).

Quizás, incluso, cabría argumentar con otra idea: la prohibición debe seguir a ultranza, y las situaciones excepcionales se tolerarían políticamente pero quedarían al margen del Derecho. Como jurista debo confesar que el argumento me resulta desagradable y perturbador. La tolerancia política, en ciertos casos, del uso de la fuerza no permitiría, por definición, condicionar y regular precisamente el empleo de la misma; ello sin contar con la dosis de ficción y aun si se me apura de cierto cinismo presente en una eventual argumentación de esta naturaleza.

* * *

¿Cuál sería, entonces, la mejor solución?: ¿*reafirmamos* la prohibición y expulsamos, en su nombre, del mundo del Derecho «todo lo demás»? o ¿la aceptamos plenamente admitiendo la realidad de *situaciones excepcionales, regulándolas y limitándolas*? Sinceramente confiese que es difícil inclinarse tajantemente por una u otra de estas posibilidades. Pero plantearse la cuestión es obligado, máxime cuando existen otras causas técnico-jurídicas de exclusión de la ilicitud que tienen, en principio, su palabra que decir en este asunto.

B) *El estado de necesidad*

53. La CDI, no sin cierta sorpresa, ha incorporado el estado de necesidad a la lista de circunstancias que excluyen la ilicitud del comportamiento estatal (271). No sin cierta sorpresa, porque como ha escrito Denis ALLAND la aceptación del estado de necesidad en el art. 33 del Proyecto de la CDI representa «la volonté de redorer le blason d'une notion longtemps décriée dont la reconnaissance en droit international est très discutée (...)» (272).

Y la CDI, siguiendo la orientación marcada por el Sr. AGO, ha admitido sin equívocos ni vacilaciones, aunque con límites y requisitos estrictos (273), el juego del estado de necesidad respecto del conjunto de las obligaciones jurídicas internacionales que se refieren básicamente a tres ámbitos: en materia de obligaciones o deudas financieras de los Estados, respecto de las normas relativas al trato que los Estados deben dispensar a los extranjeros que residen en su territorio y, finalmente, en lo que atañe a las medidas de conservación del medio ambiente natural y mantenimiento del equilibrio ecológico (274).

Ahora bien, la polémica sobre el papel del estado de necesidad en el DIP no ha girado, sin embargo, por lo común en torno a las esferas que hemos mencionado. Ha sido, precisamente, en relación con las obligaciones internacionales más importante, cual la del mantenimiento de la paz entre los Estados y del

(271) Vid. GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado...* (nota 19), 21 ss.

(272) ALLAND, D.: «La légitime défense et les contremesures dans la codification du Droit international de la responsabilité», *J.D.I.* (1983), n.º 4, 728-62 (736-37).

(273) Vid. GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El Estado...* (nota 19), 43 ss.

(274) Vid. *ad ex.* GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado...* (nota 19), 69 ss.

respeto mutuo de su integridad territorial e independencia política con las que el debate sobre la admisibilidad del estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud ha tenido lugar históricamente. Y va a ser en esta sede, paradójicamente, en la que ni el Relator Especial ni la propia CDI han sido capaces de llegar a una conclusión definitiva acerca del Estado del DIP contemporáneo.

54. Un sector doctrinal contemporáneo ha creído, interpretando el propio art. 33 del Proyecto, que nunca sería posible alegar un estado de necesidad para justificar un comportamiento contrario (gravemente o no) a la norma que prohíbe el uso de la fuerza, en la medida en que el propio texto de éste prohíbe su invocación para eludir el cumplimiento de obligaciones derivadas de una norma imperativa de DIP.

Así, François RIGAUX, por ejemplo, ha mantenido expresa y recientemente esta opinión (275).

55. Creo, sin embargo, que las conclusiones del profesor de Lovaina pasan por alto diversos factores que intentaré analizar a continuación.

Es cierto que el art. 33 prohíbe alegar un estado de necesidad para eludir el cumplimiento de obligaciones derivadas de una norma imperativa de Derecho internacional. Norma imperativa que el art. 29.2 del Proyecto de la CDI define en los mismos términos que empleara en su día el art. 53 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados (1969), es decir:

«(...) Para los efectos del presente proyecto de artículos, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter».

Estoy, pues, de acuerdo con F. RIGAUX en que, según su texto, el estado de necesidad no sólo no puede invocarse para justificar un comportamiento constitutivo de un *crimen internacional* (es decir, la violación grave de una norma imperativa) sino tampoco para justificar una conducta contraria sin más a una norma imperativa. Ahora bien y aun así, no puedo compartir sin más la idea de que, según la CDI, el estado de necesidad no puede «jugar» en su caso como circunstancia de exclusión de la ilicitud de ciertos comportamientos contrarios a la prohibición del uso de la fuerza armada en las relaciones interna-

(275) «Même si certains commentaires peuvent faire croire que seuls les crimes internationaux ne son jamais excusables par l'état de nécessité, l'exclusion de la cause d'excuse est plus étendue, puisqu'elle vise toutes les normes impératives du droit international général sans se limiter à celles qui sont pénalement sanctionnées. Cela confirme l'idée avancée ci-dessus, à savoir qu'il existe trois degrés d'illicéite, et non seulement deux; la catégorie des délits internationaux se subdivise-elle-même en deux classes: ceux qui sont excusables en raison de l'état de nécessité et ceux qui ne peuvent l'être parce que l'obligation transgressée découle d'une norme impérative du droit international général. Quant aux crimes d'Etat, ils ont toujours ce dernier caractère et ne sont en aucun cas excusables» (*Op. cit.* en nota 107, 313-314).

cionales. Me baso para ello en la idea de que la Comisión parece mantener que sólo el núcleo duro de esta norma, el que prohíbe la *agresión* u otras violaciones graves, está protegido por el *ius cogens* internacional. Para demostrar esta afirmación parece procedente analizar la posición del Relator, los debates de sus informes por los miembros de la Comisión y, finalmente, las conclusiones a las que ésta, creo, ha llegado en su Proyecto de artículos.

(i) Posición del Relator

Para el Relator Especial, la respuesta a esa interrogante pasa por unas consideraciones del tenor siguiente: la actual estructura del Derecho internacional, que admite la existencia de normas imperativas, aporta un primer punto de reflexión y aun un primer límite, en principio, a la invocación del estado de necesidad para excluir la ilicitud de hechos contrarios a la norma que prohíbe el uso de la fuerza. El estado de necesidad no podría ser invocado para justificar el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas de *ius cogens*, porque sería absurdo, entiende el Sr. AGO:

«... que la obligación que prohíbe todo recurso a la fuerza *que constituya una agresión* tuviera, por su carácter imperativo, el poder de hacer que fuera nulo todo acuerdo derogatorio celebrado entre dos Estados y que, por consiguiente, se negara todo efecto de excusa al consentimiento previamente otorgado por el Estado que es víctima del recurso a la fuerza, pero que pudiera reconocerse dicho efecto de excusa ante la invocación por un Estado que fuera su autor de un estado de necesidad, aunque fuera real. Sería igualmente absurdo, por otra parte, si bastara que un Estado que hubiera cometido una acción que el Derecho internacional actual calificara de 'crimen internacional' sostuviera que había actuado en 'estado de necesidad' (e incluso suponiendo que lo pudiera probar) para que esa acción dejara de tacharse de ilicitud... Por lo tanto podemos afirmar sin la sombra de una duda que, cualquiera que sea la extensión del efecto que el derecho internacional actual reconoce como excusa al 'estado de necesidad', éste no podría jamás constituir una circunstancia excluyente de la ilicitud de un comportamiento estatal no conforme a la obligación de abstenerse de todo uso de la fuerza *que constituya un acto de agresión* contra otro Estado» (276).

Algunas consecuencias de interés pueden extraerse de estas frases del Relator: parece que la norma que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales impediría, en su opinión, la alegación del estado de necesidad sólo respecto del núcleo que sanciona las violaciones más graves de la misma, es decir, el núcleo que prohíbe la agresión. Podría pensarse, entonces, que, en última instancia, para el Relator Especial el estado de necesidad en esta materia encontraría un límite no ya tanto en el carácter de *ius cogens* que la norma toda pudie-

(276) «Adición al octavo informe», 41 (párr. 55) (El subrayado es añadido).

ra en su caso tener, sino en relación con las violaciones más graves de esa norma, es decir, con otras palabras, respecto de aquellas acciones u omisiones que en dicho sector de problemas constituyen un *crimen internacional*; conceptos ambos interrelacionados desde luego pero que no se confunden conceptualmente (277). El Relator Especial no parece con todo situarse en este camino, que ha sido en efecto seguido por algún autor (278), aunque en este punto llegue a idénticos resultados: lo que el Relator sugiere más bien es que el carácter imperativo no puede predicarse del conjunto de la norma que prohíbe el uso de la fuerza, sino únicamente respecto de la prohibición de sus violaciones más graves, en concreto de la agresión. Es decir, el *ius cogens* vendría a coincidir con el *crimen internacional* en lo que atañe a la norma citada. Las violaciones de menor entidad no es ya que no serían *crímenes* sino que tampoco, parece querer decir el Relator, podrían considerarse contrarias al *ius cogens* contemporáneo. Creo que su pensamiento puede interpretarse así sin violencia porque está formulado con suficiente claridad:

«Se impondría evidentemente una conclusión negativa en cuanto al reconocimiento de esta posibilidad excepcional de exclusión de la ilicitud si en la interpretación de la regla de *ius cogens* que prohíbe la agresión se adoptara un concepto que incluyera toda forma de acción cometida por la fuerza en territorio extranjero. Sin embargo, se correría así posiblemente el riesgo de ampliar más allá de lo que es actualmente aceptado por la convicción jurídica de los Estados, ya sea del concepto de *agresión* o el de *norma imperativa* de conformidad con los términos del art. 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (279).

(277) *Vid. supra* parágrafo 24 y nota 106.

(278) PILLITU, P.A.: *op. cit.* (nota 218), 268-72.

(279) «Adición al octavo informe», 44, párr. 59 (subrayado añadido).

En otro lugar, el Relator alude a la prohibición de ciertas acciones limitadas que entrañen el uso de la fuerza en territorio extranjero, para decir: «prohibición que hemos considerado firmemente establecida por el sistema de la Carta, pero a la cual, como hemos indicado, vacilamos en atribuir el mismo carácter de *ius cogens* que, a nuestro parecer, debe reservarse a la prohibición de la agresión».

Y, al defender su proyecto ante los miembros de la CDI: «En lo concerniente al *ius cogens*, no se ha de pensar que el único ejemplo posible sea el de la agresión. Ningún Estado podrá invocar el estado de necesidad como justificación para cometer un genocidio o para aplicar una política de *apartheid*, etc. ¿Qué puede decirse de los casos de empleo de la fuerza armada que no sean en forma de agresión? Por supuesto, la propuesta del Sr. Ago es quizá prudente, pero ¿cabe en realidad afirmar actualmente que algunas prohibiciones mencionadas por miembros de la Comisión dependen del *ius cogens*? Sin duda hay comportamientos que entrañan el empleo de la fuerza en territorio de otro Estado que están comprendidos de modo manifiesto en el '*ius cogens*', pero en otros casos menos evidentes, ¿se puede llegar a excluir por completo la posibilidad de invocar al estado de necesidad?... La Comisión puede escoger entre la solución prudente propuesta por el Sr. Ago y una solución más prudente aún pero quizá excesiva» (Sr. AGO, ses. 1.618, párr. 46, en *Anuario CDI* 1980, I, 182) (subrayado añadido).

(ii) Posiciones de los miembros de la CDI

Muy pocos miembros de la Comisión aludieron expresamente a esta candente cuestión que el Relator sí planteó en todos sus crudos términos: los Sres. Sir F. VALLANT y FRANCIS manifestaron explícitamente que el estado de necesidad no debería poder invocarse para escapar al respeto de la obligación que prohíbe a los Estados el uso de la fuerza en las relaciones internacionales (280); también el Sr. SAHOVIC pareció defender este punto de vista (281); el Sr. JAGOTA, por último, aludió a este problema para poner de manifiesto que la Comisión tenía el deber de pronunciarse sobre el asunto puesto a la luz por los Informes del Sr. AGO, es decir, sobre si es legítimo acudir al estado de necesidad para justificar el incumplimiento de la citada obligación en aquellos casos en los que el uso de la fuerza es limitado y controlado o, si se me permite la expresión, «responsable» (282).

El resto de los miembros de la Comisión no se manifestó, entiendo yo, expresa y directamente sobre esta particular cuestión, lo que por lo demás no deja de resultar llamativo (283).

(iii) Posición de la CDI en su Proyecto de artículos

Parece evidente la intención de la CDI de suavizar en su proyecto de artículos el carácter de los comentarios vertido por el Relator en su informe a propósito de esta cuestión. Esa intención se manifiesta: a) en los retoques dados al texto del artículo que sobre el estado de necesidad patrocinara el Sr. AGO; y b) en los comentarios que al art. 33 de su proyecto ha hecho la comisión.

a) En el proyecto de arts. presentado por el Relator, se establecía que no podría invocarse el estado de necesidad, «si la obligación internacional con que

(280) Ses. 1.615; párrs. 25 ss.; 1.616, párr. 8, respectivamente (*Anuario CDI* 1990, I, 168, 170).

(281) El resumen que de sus intervenciones se efectúa en las actas resumidas (ses. 1.615, párr. 8; *Anuario CDI* cit. 166) no me parece del todo claro, pero el Relator alineó al Sr. Sahovic entre quienes propugnaron la no aplicación del estado de necesidad respecto de la norma que prohíbe el uso de la fuerza (Sr. AGO: ses. 1.618, párr. 17, *Anuario CDI* 1980, I, 179).

(282) Ses. 1.617, párr. 15 (*Anuario CDI* cit., 174). *Vid.*, asimismo, por lo que al Sr. JAGOTA se refiere, su artículo citado en *infra* nota 297.

(283) *Vid. ad ex.* el tenor de las respectivas intervenciones de los Sres. SACHWEBEL ses. 1.614, párr. 18-20; ses. 1.616, párrs. 9-13), YANKOV (ses. 1.617, párrs. 1-9), PINTO (ses. 1.618, párrs. 1-8), DÍAZ GONZÁLEZ (ses. 1.614, párrs. 1-4), CALLE y CALLE (ses. 1.616, párrs. 14-19), BARBOZA (ses. 1.617, párrs. 19-30).

El Sr. BARBOZA que ha tenido, con posterioridad, la posibilidad de aclarar algunas de sus ideas sobre el estado de necesidad no ha dejado sin embargo, a mi juicio, fijada netamente su posición a este particular respecto: De una parte, parece apuntar la posibilidad de invocar lícitamente el estado de necesidad para eludir la norma que prohíbe el uso de la fuerza, cuando afirma que si consideramos el concepto de *represalias* como formando parte del más amplio de *necesidad* cabría pensar que pueden llevarse a cabo represalias armadas; de otra sostiene que esa interpretación no es admisible dado que las represalias armadas (*represalias* en concreto, obsérvese) han sido expresamente prohibidas por la Res. 2.625 (XXV) de 24 de octubre de 1970 (BARBOZA, J.: «Necessity — revisited — in international law», *Essays in international law in honour of judge Manfred Lachs*, La Haya-Boston-Lancaster, M. Nijhoff, 1984, 27-43, en 38).

el acto del Estado no se halle en conformidad resulta de una norma imperativa de derecho internacional general y, *en particular, si ese acto entraña el incumplimiento de la prohibición de la agresión*»(284). La Comisión, por el contrario, formuló así esta idea: «Si la obligación internacional con la que el hecho del Estado no está en conformidad dimana de una norma imperativa de derecho internacional general» (285). El Presidente del Comité de Redacción, Sr. VEROSTA, explicó la modificación efectuada de la siguiente manera:

«Sin embargo, en el apartado *a* del párr. 2 no se incluye la referencia al 'incumplimiento de la prohibición de la agresión', que figuraba en el texto anterior, pues se ha considerado que no sólo era innecesaria, habida cuenta del carácter global del apartado *a* del párr. 2, sino que podía también suscitar diferencias de interpretación respecto de la prohibición del uso de la fuerza en el derecho internacional» (286).

b) También en los comentarios al art. 33 de su proyecto la CDI limó ciertas aristas que se encontraban en los que el Relator dedicó a esta cuestión en su informe. Me llamarón la atención fundamentalmente las dos siguientes:

— En su Informe, el Relator se preguntaba si el hecho de que el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas mencionara únicamente la legítima defensa como excepción a la prohibición del uso de la fuerza podría interpretarse en el sentido de que el estado de necesidad hubiese sido implícitamente rechazado para jugar tal papel. La respuesta a esta autointerrogante que el profesor AGO ofreció fue la siguiente: «Por pertinente que pueda ser, sobre todo a causa de su simplicidad, es suposición, *sólo es una suposición*, y sería arbitrario de nuestra parte, en el marco de la realización de nuestra tarea actual, transformarla *sin otra certidumbre*. El hecho de que se haya considerado indispensable salvaguardar especial y explícitamente, ante la prohibición general del recurso a la fuerza, el derecho a emplear la fuerza en 'legítima defensa' *no trae como consecuencia lógica y necesaria que se haya querido así excluir de manera absoluta la eliminación de la ilicitud de un comportamiento no conforme a esta prohibición en virtud de la existencia de otras circunstancias*. En todo caso, la Carta no hace explícitamente esa exclusión, por lo que sólo implícitamente los órganos competente, al interpretarlas, podrían haber extraído la conclusión de esa exclusión al considerar casos concretos» (287). Tras lo cual, el Relator pasa a examinar seguidamente el contenido a este respecto de la práctica seguida por los Estados.

Pues bien, la CDI se hace, en sus comentarios al art. 33 del Proyecto, idéntica pregunta, siendo su respuesta propia del más lacónico espartano: «La Co-

(284) Art. 33.a del Relator (subrayado añadido).

(285) Art. 33.2.a de la CDI.

(286) Ses. 1.635, párr. 47, en *Anuario CDI* 1980, I, 272 (subrayado añadido).

(287) «Adición al octavo Informe», 44, párr. 59 (subrayado añadido).

misión ha estimado que no debía adoptar una posición sobre esta cuestión. La tarea de la interpretación de las disposiciones de la Carta incumbe a otros órganos de la Organización» (288).

— Con ocasión del examen de la práctica internacional posterior a la Carta y a los fines de saber si los Estados miembros de la Organización han considerado posible invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de actos de fuerza limitados y controlados, el Relator se ocupa del envío de tropas por Bélgica al Congo en 1960 para proteger la vida de nacionales belgas y de otros países europeos alegando una situación de extrema necesidad. El profesor AGO señala cómo en el Consejo de Seguridad las opiniones se dividieron en dos bandos, favorable y contrario a la licitud de la intervención, pero sin que en ningún caso se tomara posición, a favor o en contra, respecto a la posible invocación del estado de necesidad, concentrándose los debates en la determinación y evaluación de los elementos de hecho. Su conclusión final es la siguiente: «Destaquemos solamente (*lo que no deja de tener importancia*) que el principio de la excusa de necesidad mismo no fue objeto de denegación alguna» (289).

En sus comentarios al art. 33 del Proyecto, la CDI sigue fielmente el desarrollo ya expuesto del Relator sobre esta cuestión, pero finaliza así su comentario: «Por consiguiente, sólo cabe destacar que el principio de la causa justificativa de necesidad como tal no fue rechazado» (290).

¿Puede entonces deducirse, a la vista de esa intención de suavizar los términos, que la CDI ha llegado hasta el punto de considerar que el estado de necesidad no puede invocarse como causa de exclusión de la ilicitud no sólo respecto de los usos más graves de la fuerza, constitutivos de una verdadera agresión, sino también de aquellos usos menos graves, localizados, controlados y limitados? Creo que no. Y lo creo así en atención a los siguientes extremos:

— El esquema adoptado por la CDI en sus comentarios a este punto sigue en lo esencial el patrocinado por el Relator Especial, en particular al distinguir entre usos de la fuerza constitutivos de violaciones graves de la norma que venimos estudiando y aquellos otros de carácter menos grave (291).

— Afirma, como hizo el Sr. AGO, tras estudiar la práctica internacional posterior a la Carta en busca de aclaraciones a si el estado de necesidad puede invocarse lícitamente respecto de los usos menores de la fuerza, que la práctica existente no sirve de gran ayuda a la hora de llegar a una respuesta concreta (292).

— Aunque moderando el tenor de las expresadas por el Relator, la CDI deja también traslucir que existen dudas sobre si cualquier uso de la fuerza en

(288) Comentario 24 al art. 33, *Anuario CDI* 1980, II, Segunda Parte, 43.

(289) «Adición al octavo Informe», 46 (párr. 64) (subrayado añadido).

(290) Comentario 25 al art. 33 de su Proyecto, *Anuario CDI* 1980, II, Segunda Parte, pág.

44.

(291) *Vid.* comentarios 22-26 al art. 33, *Anuario...* cit. 41-44.

(292) Comentario 26 al art. 33, *Anuario...* cit., 44.

violación de la norma que la prohíbe iría o no contra el *ius cogens*, siendo particularmente claro, a su juicio, que sí lo serían los usos de la fuerza constitutivos de una agresión (293).

—Por último, aunque finalmente la Comisión (tras explicar que le ha parecido prudente no enumerar las normas de *ius cogens* respecto de las que no puede invocarse un estado de necesidad) afirma que no existen dudas acerca del carácter imperativo de la norma que prohíbe utilizar la fuerza en menoscabo de la integridad territorial e independencia política de los Estados, ejemplifica seguidamente esta afirmación con usos de la fuerza que por su naturaleza (agresiones, conquistas, anexiones) entran claramente en las violaciones más importantes y graves de la norma citada (294).

La CDI no afirma, pues, que el estado de necesidad pueda invocarse para justificar usos menos graves de la fuerza, pero tampoco ha podido sentar tajantemente que esté ya prohibido por el DIP contemporáneo la alegación del mismo como causa de exclusión de la ilicitud en tales supuestos concretos.

Aparte el caso de la aplicación del estado de necesidad en otros concretos sectores del DIP, que la CDI afirma sin titubeo alguno, la Comisión no ha ofrecido la misma rotundidad en cuanto al problema del uso de la fuerza.

El análisis de los comentarios de la CDI sobre este aspecto dejan en curioso lector una cierta sensación de perplejidad y desasosiego, pero teniendo presente la posición de conjunto de la Comisión sobre el tema concreto que estamos analizando, la posición y comentarios asumidos por ésta en otras causas de exclusión de la ilicitud, los debates que a tal propósito tuvieron lugar de los informes del Relator Especial, la posición de los Gobiernos ante el art. 33 propuesto por la Comisión (295), y todas las circunstancias en suma pertinentes creo posible destacar que en relación con el punto concreto de si el estado de necesidad puede invocarse para justificar comportamientos de un Estado contrarios a la norma que prohíbe la fuerza deben tenerse en cuenta tres conclusiones fundamentales: 1.^a) La citada norma tiene para la Comisión un nùcleo imperativo básico, por lo que las violaciones menores de la misma no atentaría contra el *ius cogens*; ello explicaría por qué la CDI tras destacar la importancia que tiene el declarar el carácter imperativo de esa norma, dado que en el pasado los Estados han pretendido justificar su incumplimiento invocando precisamente el estado de necesidad, ejemplifica estos casos con violaciones de la misma (agresiones militares de gran envergadura, conquistas y anexiones) que entran claramente en ese núcleo imperativo al que me ha referido. 2.^a) La Carta de Naciones Unidas no prohíbe *per se* el estado de necesidad en esta materia, y la práctica internacional existente a raíz de ésta, aun esbozando la formación de una cierta tendencia, no es lo suficientemente rica y concluyente para poder pronunciarse a

(293) Vid. comentarios 23 y 24 al art. 33 de su Proyecto, *Anuario CDI...* cit., 42-43.

(294) Vid. comentario 37 al art. 33 del Proyecto, *Anuario...* cit., 49.

(295) Vid. GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado...* (nota 19), 87-88 (y notas 68 y 69 de las mismas).

favor o en contra de la posible invocación en esta sede del estado de necesidad. 3.^a) La cuestión está, pues, como resumen y corolario, abierta en la actualidad.

Quizás sean éstas, entre otras, las ideas que han llevado a A.J. RODRÍGUEZ CARRIÓN a afirmar, con el rigor y profundidad que nos ha demostrado otras veces:

«En algún sentido, las corrientes ampliadoras en la interpretación de la prohibición, que con frecuencia se autodenominan de realismo jurídico, no deben sentirse excesivamente insatisfechas con la lectura de los comentarios de la Comisión» (296).

Me gustaría añadir que estas conclusiones básicas han sido compartidas por otros autores, incluso por aquéllos que se oponen tajantemente a la posibilidad de aplicar el estado de necesidad en relación con la norma que prohíbe el uso de la fuerza armada (297).

Esta interpretación de la posición a la que entiendo ha llegado la CDI sobre el núcleo imperativo básico de la norma que prohíbe el uso de la fuerza armada, estaría en armonía con la impresión que anteriormente reseñé de que es difícil admitir que *todos* los grupos de la sociedad internacional contemporánea coinciden en que sólo en estricta o genuina legítima defensa sería posible el empleo de la fuerza, con lo que la naturaleza imperativa de dicha norma necesitaría demostración adicional (298).

56. Por tanto, pues, si nunca podría invocarse el estado de necesidad para eludir un uso de la fuerza protegido por el *ius cogens* (vga. para justificar una verdadera *agresión*), sí está abierta en la actualidad la alegación de un estado

(296) «El elemento objetivo de la responsabilidad internacional por la violación de la obligación de abstenerse a recurrir a la fuerza», Jornadas de Profesores de Derecho Internacional (Alicante, septiembre 1989) (en prensa), 1-36 (en p. 24 del manuscrito).

(297) Así, la interpretación que he mantenido de que según la CDI la norma que prohíbe el uso de la fuerza tiene un núcleo imperativo básico, ha sido apuntada asimismo por SALMON, J.J.A.: «Faut-il codifier l'état de nécessité en Droit international?», *Essays in international law in honour of judge M. Lachs*, ed. por J. Makarczyk, La Haya-Boston-Lancaster, 1984, 235-70 (en 258-61); ID.: *op. cit.* (nota 223), La Haya-Boston-Lancaster, 1984, 235-70 (en 258-61); ID.: *op. cit.* (nota 223), 149-57, 162; RONZITTI, N.: *Rescuing...* (nota 41), 74-76; RABY, J.: *op. cit.* (nota 217), 267-68, 269 ss. Desde otro enfoque, pero sosteniendo igualmente el juego del estado de necesidad en relación con la *agresión*, PILLITU, P.A.: *op. cit.* (nota 218), 272-73.

Que estamos, asimismo, ante una cuestión abierta (según la CDI), ha sido parece reconocido por SALMON, J.J.A.: «¿Faut-il...», 262-63, 267; ID.: *op. cit.* (nota 223), 149-57; RONZITTI, N.: *Rescuing...* (nota 41), 13-14, 73; PILLITU, P.A.: *op. cit.* (nota 218), 273 y nota 372 de la misma; JAGOTA, S.P.: «State responsibility: Circumstances precluding wrongfulness», *N.Y.I.L.* XVI (1985), 249-77 (en 268-69 y nota 45 de las mismas); LATTANZI, F.: *Garanzie dei diritti dell'uomo nel Diritto internazionale generale*, Milán, Giuffrè, 1983, 456 ss.; ZEMANEK, K.: «La responsabilité...» cit. (nota 2), 41-43. También E. DAVID da por hecho la posible alegación del estado de necesidad respecto de la norma que prohíbe el uso de la fuerza («La guerre du golfe et le droit international», *R.B.D.I.* XX, 1987, n.º 1, 153-83, en 180-82); RABY, J.: *op. cit.* (nota 217) 269 ss.

(298) *Vid. supra* parágrafo 28.

de necesidad respecto de ciertos usos menores de la fuerza que no atentarían a ese núcleo imperativo básico (299).

¿Cuáles son, por último, estos *usos menores* de la fuerza respecto de los que la posibilidad de invocar el estado de necesidad es una cuestión abierta? Un examen interrelacionado de las ideas manejadas por el Relator y asumidas en esencia por la Comisión revela fundamentalmente dos supuestos: i) las intervenciones de un Estado para resguardar la vida de sus nacionales atacados o detenidos en otro por fuerzas o grupos hostiles que no dependen del Estado territorial y no están bajo su control; y ii) aunque no están incluidos los supuestos de incursiones en territorio de un Estado extranjero, para impedir la acción de bandas o grupos armados que operan desde el mismo, en los casos en que ese Estado incumple deliberadamente o por negligencia inexcusable su deber de impedir tales hechos, sí lo estarían entonces, aquéllos en que este factor ilícito no está presente, es decir, incursiones en territorio extranjero para impedir la acción de grupos armados que allí operan cuando el Estado desde el que se mueven y en el que se cobijan no está en condiciones de controlar de manera efectiva ese uso de su territorio (300).

Obsérvese, por tanto, una idea de interés. Vimos en su momento la inidoneidad de invocar el concepto de *legítima defensa* en situaciones como las apuntadas (301) la CDI considera abierta la cuestión, de darse los requisitos de un *estado de necesidad*, sobre la posibilidad de invocar éste como causa de exclusión de la ilicitud de acciones armadas (302).

(299) Sobre la tesis que defiende la imposibilidad de alegar el estado de necesidad como justificación del uso de la fuerza armada, con base en otros requisitos exigidos por el art. 33 del Proyecto de la CDI *vid. ad ex.* GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado...* (nota 19), 91 ss., 94-95; muy recientemente, RABY, J: *op. cit.* (nota 217), 264 ss.

(300) R. AGO: «Adición al octavo informe», 44-47 (párrs. 60-66) en relación con la p. 42 (párr. 56).

La CDI no apunta al respecto nada nuevo, limitándose a suscribir las ideas del Relator; *vid. Anuario CDI* 1980, II, Segunda Parte, 42 (comentario 23 al artículo 33 de su Proyecto).

(301) *Vid. supra* parágrafo 50.

(302) Puede ser interesante recordar que la defensa del *estado de necesidad* en relación con la *protección de los nacionales en el extranjero* (y no la *legítima defensa*) ha sido sustentada doctrinalmente:

S. GLAESNER, por ejemplo, que rechaza la noción de estado de necesidad en general, acepta esta figura en un sólo caso: «cuando se trata de la salvaguardia de la persona humana» (*op. cit.* en nota 218, 603); W. WENGLER también se inscribe en la línea del estado de necesidad en este punto (*op. cit.* en nota 218, 416 ss.); F. LATTANZI, por su parte, ha creído comprobar en los debates habidos (a propósito de los arts. 33 y 34 del Proyecto de la CDI) en la Sexta Comisión de la Asamblea General, indicaciones favorables a la licitud en el DIP contemporáneo del recurso limitado y temporal a la fuerza armada para socorrer a individuos objeto de graves y sistemáticas violaciones de sus derechos a la vida e integridad física (*op. cit.* en nota 294, 484-85); también JIMÉNEZ PIERNAS, C.B. parece aceptar la noción de *necesidad* como el fundamento, posiblemente, más adecuado a estos supuestos: «El particular ante el Derecho de la responsabilidad internacional: Los problemas previos del 'standard' mínimo y la protección diplomática», *Curso de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz* 1987, 65-116 (en 89); y, asimismo, en su documentada y rigurosamente construida mo-

Obsérvese, asimismo, que el juego del *estado de necesidad* presupone por parte del Estado en que se actúa una posición «de inocencia». Si el estado en cuestión, al hilo del tema que provoca en su caso una acción de fuerza, ha cometido un hecho ilícito internacional previo, este uso de la fuerza ya no tendría cabida técnica en esta figura. Serían otras en su caso las circunstancias pertinentes: la *legítima defensa*, las *represalias* (de admitir, como se verá, su licitud). Debo añadir que, de forzar o apurar el efecto útil de las obligaciones internacionales que los Estados tienen de no permitir que en o desde su territorio se cometan actos terroristas o de carácter armado contra otros Estados o sus nacionales, las acciones de fuerza de un Estado con el fin de intentar el rescate de sus nacionales en peligro o de erradicar los grupos armados que operan desde territorio de otras cabalgarían sobre el filo de la navaja entre el estado de necesidad y las represalias, en tanto en cuanto, de forzar repito el efecto útil de dichas obligaciones, ciertamente generales a veces y poco concretas en los principios secundarios, cabría siempre imputar al Estado territorial su obligación de elimi-

nografía sobre *La conducta arriesgada y la responsabilidad internacional del Estado*, Alicante, Publicaciones de la Universidad, 1988, 128; RABY, J.: *op. cit.* (nota 217).

Asimismo, la pertinencia del *estado de necesidad* (y no la *legítima defensa*) para «cubrir» incursiones contra un Estado que *sin culpa* ve como desde su territorio se ataca a otro, también se ha sostenido doctrinalmente:

BOWETT, D.W.: *op. cit.* (nota 218) 56; PANZERA, A.F: *Attività terroristiche e Diritto internazionale*, Nápoles, Jovene, 1978, 103-104; el mismo I. BROWNLIE que acepta la tesis de la legítima defensa en estos casos cuando la complicidad del Estado territorial y la gravedad del ataque son inequívocos (*op. cit.* en nota 10, 372 y ss.; ID.: «International law and activities of armed bands», *I.C.L.O.* 7, 1958, n.º 4, 712-35, en 731) afirma que si el Estado territorial no puede evitar o controlar las acciones de esos grupos cabría un derecho de legítima defensa *pero no en su sentido técnico jurídico* (*op. cit.* en nota 10, 375); P.L. LAMBERTI ZANARDI admite que de aceptarse la existencia del estado de necesidad éste sería la cobertura jurídica más adecuada para las acciones de fuerza en tales supuestos (*op. cit.* en nota 12, 32-33).

Puede ser interesante recordar que la aceptación de un *hot pursuit* de las tropas turcas sobre los rebeldes kurdos se sometió por el Gobierno de Irak (1983-84) a la presencia de dos requisitos concretos: la existencia de una situación de extrema *necesidad* y el carácter *limitado y temporal* de la intervención (*vid.* GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado...* cit. en nota 19, 113 y nota 75 de la misma).

Y la misma CDI en su Proyecto ha efectuado útiles referencias a este extremo: Al distinguir la *legítima defensa* del *estado de necesidad*, afirma la Comisión que en el caso de la primera existe una agresión armada previa por parte del estado contra el que el agredido se defiende legítimamente, mientras que en el segundo este puede invocarse frente a un Estado que no ha creado en absoluto el peligro ni ha cometido hecho ilícito alguno; y añade la CDI: «Esto no significa ciertamente que el peligro grave e inminente no pueda provenir del territorio del Estado de que se trate, de la esfera en la que se ejerza su soberanía, que no pueda ser debido, por ejemplo, a actos realizados en ese territorio por particulares que no actúen por cuenta del Estado del territorio o que no estén sometidos a su control. Lo que importa para que sea posible incluir un caso en la esfera del estado de necesidad y no en la legítima defensa es que, *en el origen del peligro grave e inminente no esté un hecho atribuible al Estado y que constituya de parte de éste un incumplimiento de una obligación internacional respecto del Estado que se ve obligado a actuar por 'necesidad'*» (Comentario 3 al art. 34 de su Proyecto, *Anuario CDI* 1980, II, Segunda Parte, 51 y nota 174 de la misma) (subrayado añadido).

Y más adelante insiste: «Algunos autores, anglosajones en su mayoría, hablan por ejemplo de *self-defence* para indicar las condiciones en que tiene lugar un comportamiento cuya finalidad

nar por sí mismo el peligro en cuestión o consentir que el Estado amenazado por él lo elimine por su cuenta (303).

Por último, la eventual acción de fuerza en *estado de necesidad* sólo tendría cabida en esta circunstancia concreta de desencadenarse *sin el consentimiento* del Estado territorial. De mediar éste, nos encontraríamos ante otra causa de exclusión de la ilicitud de la que trataré más adelante.

57. En conclusión, me limito a afirmar que la posibilidad del juego del estado de necesidad como circunstancia que excluya la ilicitud de ciertos usos de la fuerza armada no es una cuestión que tenga una respuesta categórica en el DIP.

Se ha sostenido, recientemente, que la práctica internacional permite ya reconocer la aceptación del estado de necesidad como causa justificadora de los usos de la fuerza a que nos hemos referido antes, en la medida en que la citada práctica revela la decisión de los Estados de invocar, como legítima defensa en la mayoría de los casos, acciones de fuerza que escaparían al concepto técnico-jurídico de esta figura, y que en realidad sólo podrían cobijarse bajo los conceptos de autotutela en parte y en parte de estado de necesidad (304). La CDI, sin embargo, ha sido más prudente. La Comisión se ha fijado, para llegar a sus conclusiones, en que la práctica alegada, fundamentalmente en el marco de las intervenciones destinadas a salvar vidas humanas, no es tajantemente decisiva ni por lo que al número de precedentes y Estados implicados se refiere ni suficientemente clara y uniforme en cuanto a la base concreta utilizada para justificar tales acciones. A la luz de los datos de la práctica, me parece que la posición de la CDI constituye una interpretación no sólo más prudente, sino también más objetiva y razonable de la realidad de las cosas.

es la de conjurar un peligro, una amenaza procedente, en muchos casos, no del Estado con respecto al cual se observa ese comportamiento, sino de personas o grupos de particulares, o que, en todo caso, son ajenos a los órganos de ese Estado. Sin embargo, no es ésta la opinión dominante. *Según ésta, la legitimidad de una acción estatal emprendida en casos y con fines semejantes debe explicarse fundándose en otras bases*» (Comentario 16 al art. 34 de su Proyecto, *Anuario...* cit., 56).

El Relator Especial ya se había manifestado en el mismo sentido: «Adición al octavo Informe», 64-65, en especial párr. 106.

Sí me gustaría resaltar una excepción a la eventual posibilidad de aplicar el estado de necesidad en este último supuesto. Si como parece un *pueblo colonial* puede pedir y recibir apoyo armado (excluida una intervención militar directa) de Estados amigos con el fin de conseguir su libre determinación (*vid. supra* párrafo 20), parece consecuente afirmar que un Estado no podría alegar un estado de necesidad (ni la legítima defensa) para penetrar en un Estado vecino que no puede impedir o tolera tales «infiltraciones». En este sentido, debo manifestar que los planteamientos que al respecto efectué en trabajos anteriores era, en este aspecto concreto, en exceso dubitativos (*vid. GUTIÉRREZ ESPADA, C.: El estado...* cit., en nota 19, 132-33).

(303) Sé que estas afirmaciones tendrían que desarrollarse y argumentarse. Su íntimo sentido posiblemente se alcanzará de leerse en conexión con la aportación de los profesores CARRILLO y FROWEIN (*op. cit.* en nota 266).

(304) PILLITU, P.A.: *op. cit.* (nota 218), 192 ss., 201 ss., 273.

Creo, en fin, que la CDI ha aceptado, en relación con la norma que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales y al hilo de su examen de las causas de exclusión de la ilicitud más directamente conectadas con ellas dos ideas fundamentales: 1.^a) Que la práctica contemporánea muestra elementos preocupantes de relajamiento de dicha prohibición, en un mundo como el actual en el que es ya un dato de hecho asumido por todos que el órgano encargado de controlar y dirigir el respeto de esa prohibición se ha demostrado incapaz de cumplir eficazmente esa función. Y 2.^a) que el concepto de *legítima defensa*, única excepción prevista a esta norma, tiene por fin en el DIP contemporánea tras un trabajoso de elaboración un concepto preciso y técnico, que sería peligroso desnaturalizar haciéndole jugar, por decirlo así, el papel de «esponja» de ese relajamiento. El mensaje, importante, que la CDI parece transmitirnos nos estaría diciendo: si la práctica de los Estados sigue debilitando, en la línea de los últimos años, *la norma que prohíbe el uso de la fuerza salvo en legítima defensa*, lo más realista sería reconocer que junto a ésta los Estados parecen dispuestos a admitir la existencia de otras causas de exclusión de la ilicitud para justificar ciertas acciones contrarias a la misma, por ejemplo el estado de necesidad (305).

Y si es cierto que, como D. SIMÓN y L.A. SICILIANOS han mantenido, puede lamentarse que una regla tan fundamental como la que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales de lugar a la aplicación de nociones tan inciertas, que participan de una «normativité molle» que el jurista debe deplorar por su imprecisión y ambigüedad, también lo es posiblemente que:

«certain infléchissement du droit international, en vue de son adaptation à l'évolution du rapports interétatiques, est-il le prix à payer pour éviter sa violation systématique par des États qui jugent leur comportement légitimes au regard des impératifs supérieurs de leur sécurité» (306).

Si, por lo que al estado de necesidad se refiere, lo que se pretende es cerrar la cuestión, eliminar toda duda posible y reforzar verbalmente la prohibición de la fuerza armada, puede naturalmente hacerse. Y debería hacerse, si eso es lo que se quiere. ¿Cómo?... bueno no es difícil: eliminando el art. 33 del Proyecto *in toto* en su segunda lectura, o incluirse en los comentarios aclaraciones expresas sobre su imposible invocación respecto de *cualquier* uso de la fuerza; podrían, en su caso, adoptarse medidas de esta naturaleza en una eventual Conferencia de Coficiación del tema de la responsabilidad internacional de los Esta-

(305) *Vid. ad ex.* GUTIÉRREZ ESPADA, C: *El estado...* (nota 19), 124 ss.

(306) *Op. cit.* (nota 31), 78.

Y ambos autores concluyen su trabajo en términos que personalmente suscribo: «En tout état de cause, l'intangibilité du principe d'interdiction de l'emploi de la force, solennellement réaffirmée par le Conseil de Sécurité, l'Assemblée Générale et la CIJ, confirme l'illicéité des ripostes militaires en dehors des exceptions rigoureusement circonscrites par le droit international; la seule atténuation qui semble être reconnue, encore que dans des conditions très spécialement délimitées, pourrait se situer sur le terrain de la responsabilité internationale, si l'évolution indiquée devait se prolonger».

dos. Lo que en todo caso debemos saber, lo pensé en su día y sigo haciéndolo hoy, en que de hacerlo de este modo, corremos el riesgo, si la tendencia sociológica en materia de uso de la fuerza se mantiene, de tener en su día que convertir la legítima defensa en una especie de *umbrella concept* que desnaturalizaría el sentido propio y bien delimitado que en sentido técnico tiene.

Creo que J. RABY ha venido a suscribir muy recientemente lo mismo, cuando afirma:

«Nevertheless, necessity as a legal concept has a place in international law and may be invoked by States, whenever the right factual circumstances are present, to justify use of force to rescue their nationals facing imminent danger. Necessity as a legal concept overcomes not only the difficulties raised by relying on a vision of self-defence that seems overstretched, outdated, and conceptually incorrect, but it is also preferable to the concept of intervention as a self-standing right.

The concept of intervention for the protection of nationals as a self-standing right will always subject to criticism because of its reliance on a textual interpretation of the Charters. Necessity, on the other hand, recognizes that certain international obligations can be violated whenever one State uses force on another State's territory; but, at the same time, it takes account that, in certain situations, a State has no other choice but to disregard international law. It is a concept closer to the present reality of international legal order and more in conformity with the State behaviour since 1945. Moreover, it possesses the indisputable advantage of being a flexible concept which will adapt itself to the varying circumstances of an ever-changing international community» (307).

C) *Otras causas (las contramedidas; el consentimiento)*

— Contramedidas

58. En DIP, un Estado puede, en ciertas circunstancias, ignorar el cumplimiento de obligaciones internacionales que tiene respecto de otro Estado como respuesta a un hecho internacionalmente ilícito cometido por éste, a fin de reprimir o hacer cesar la violación previamente cometida de una norma interna-

(307) *Op. cit.* (nota 217), 270.

Asimismo, J. PUEYO LOSA parece de acuerdo en dar a cada concepto su propia naturaleza y precisión (*op. cit.* en nota 1, 97-105); y en concreto afirma: «Estimamos con todo, por nuestra parte, no sólo conveniente integrar, en términos generales —como la hace la CDI...— 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 entrañarían un cierto uso de la fuerza sobre territorio extranjero —incursiones con fines humanitarios...— 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 a que tradicionalmente ha deparado el recurso a este principio» (*op. cit.*, 104).

cional, conseguir en su caso la reparación pertinente o ambas cosas a la vez. Tradicionalmente, las conductas de respuestas de un Estado en una situación como la descrita se decían adoptadas como *represalia* o *en represalia*.

La CDI, en el marco de su Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícito ha recogido esta figura, que ha englobado en el concepto más amplio de *contramedidas*, como una de las circunstancias de exclusión de ilicitud (308). En efecto, el art. 30 de su Proyecto (*contramedidas respecto a un hecho internacionalmente ilícito*) dice así:

«La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación de ese Estado para con otro Estado quedará 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».

59. Las represalias como causa de exclusión de la ilicitud plantean importantes y diversos problemas, que no pretendo abordar aquí pero sí mencionar *en passant*. Dos son las cuestiones básicas en este orden de ideas.

— En primer lugar, se abre la duda de si las represalias deben constituir una respuesta siempre sucesiva al intento, por parte del Estado «afectado», de obtener la reparación propia del hecho internacionalmente ilícito cometido por otro en su perjuicio, o si, por el contrario, *represalias* y *reparación* viven su propia vida, admitiéndose por tanto la posibilidad de reaccionar *en represalia* automáticamente a la «aparición» del hecho ilícito internacional sin perjuicio de que la reclamación de la *reparación* del perjuicio causado siga su específico planteamiento y ulterior desarrollo.

Doctrinalmente, han podido citarse tres tesis diferentes: para la *primera*, «reparación» y «represalias» constituyen posibilidades alternativas para el afectado, que dispone de una libertad de elección: reaccionar desencadenando una medida de represalia o demandar la reparación pertinente; para la *segunda*, la facultad de acudir inmediatamente a esta figura se circunscribe *únicamente* a la previa violación de ciertas normas internacionales; para la *tercera*, en fin, las

(308) La lectura de art. 30 del Proyecto de la CDI revela con claridad que el término *contramedidas* es un concepto más amplio que el de *represalias* (vid. en particular los comentarios 21-22 al art. 30, *Anuario CDI* 1979, II, Segunda Parte, 145).

Sobre el concepto, origen, y primeros empleos del término *contramedidas* véase LEBEN, CH.: «Les contremesures étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale», *A.F.D.I.* XXVIII (1982), 9-77 (en 15-17).

El término ya fue utilizado por el Tribunal arbitral en la s. de 9 diciembre 1978 en el *as. del Acuerdo relativo a los servicios aéreos entre Estados Unidos y Francia de 27 de marzo de 1946*, *Recueil des Sentences Arbitrales* XVIII (1980), 417 ss. y 454 ss. (textos inglés y francés respectivamente), en especial párrs. 80 ss.; asimismo, el TIJ en el *as. sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* ha utilizado el término de *contramedidas*, pero yo creo que en un sentido más estricto, superponible al tradicional de *represalias* (vid. *CIJ Recueil* 1986, *ad ex*, 127, párr. 243).

Sobre el concepto de *represalias* en general, vid. *ad ex*. PUEYO LOSA, J.: *op. cit.* (nota 1), 56-61.

represalias constituyen siempre y en todo caso un «orden sucesivo de reacción» (309).

No me parece que la CDI haya fijado una posición clara al respecto. Es cierto que cuando, en 1979, la Comisión adoptó en primera lectura el art. 30 de su Proyecto, diversos pasajes de sus comentarios apuntan a una inclinación de la misma por la *segunda* de las tesis referidas. Baste citar el párr. 4 de sus comentarios al citado artículo:

«Sólo en determinados supuestos el derecho internacional confiere al Estado lesionado por un hecho internacionalmente ilícito cometido en perjuicio suyo —y a veces también de otros sujetos de derechos internacional— la facultad de recurrir, en contra del Estado culpable de ese hecho, a una medida que se traduzca, como acaba de señalarse, en la lesión de un derecho subjetivo internacional de ese Estado. Cuando la consecuencia que el derecho internacional hace depender de una infracción no es más que el nacimiento en favor del Estado lesionado, del derecho a exigir una reparación, toda acción consistente en reaccionar ante esa infracción de una forma que no esté en conformidad con lo que exige una obligación internacional sigue siendo cabalmente un hecho internacionalmente ilícito, un hecho que la situación existente en ese caso concreto no justifica. Lo mismo ocurre, evidentemente, en los casos en que el derecho internacional, si bien no excluye en principio la facultad de aplicar una medida de sanción contra el Estado autor de la violación de una obligación internacional determinada, impone al Estado víctima de esa violación el deber de no recurrir a tal medida sin haber tratado previamente de obtener una reparación adecuada. Dicho de otro modo, el hecho de haber sufrido la violación de una obligación internacional por parte de otro Estado dista mucho de autorizar pura y simplemente *en todos los casos* al Estado lesionado a violar a su vez una obligación internacional con respecto al Estado autor de la violación inicial. Lo que en determinados supuestos pasa a ser legítimo, no llega a serlo en otros» (310).

(309) ALLAND, D.: *op. cit.* (nota 272), 742-44.

(310) *Anuario CDI* 1979, II, Segunda Parte, 138-39.

Asimismo, al enumerar las condiciones requeridas por el DIP para el ejercicio legítimo de una contramedida, la CDI menciona: «A saber, que la infracción a la que responda la acción de represalia no sea de *aquellas cuya única consecuencia es el nacimiento del derecho del perjudicado a obtener una reparación, que...*» (Comentario II al art. 30 en nota 595, *Anuario CDI* 1979, II, Segunda Parte, 141). (Subrayado añadido).

Esta interpretación es compartida por otros autores, como ALLAND, D.: *op. cit.* (nota 272), 744-45; SALMON, J.J.A.: *op. cit.* (nota 223), 177-78.

Según PUEYO LOSA, J., al admitirse por el Sr. RIPHAGEN las represalias en ciertos casos, la CDI se acercaría a la segunda de las tesis citadas («El derecho a las represalias en tiempos de paz. Condiciones de ejercicio (Reflexiones a la luz de los trabajos de la CDI en materia de responsabilidad de los Estados)», *R.E.D.I.* XL 1988, n.º 1, 9-40, en 29-30). Pero yo no aprecio que las medidas provisionales que pueden tomarse dependan de la *naturaleza* de la norma (*vid. infra* nota 312).

Pero aparte del hecho de que la CDI en ningún momento aclara cuáles son esas normas que dan pie a una respuesta inmediata en represalias (311), me parece observar en el conjunto de artículos propuestos por el Relator, Sr. RIPHAGEN, en relación con la segunda parte del Proyecto de la CDI, que el internacionalista holandés ha diseñado un régimen único para las represalias, sin distinguir (por el momento) entre diversos tipos de normas a este respecto (312). Es cierto, con todo, que el trabajo de la CDI en relación con la segunda parte de su Proyecto (las consecuencias de los hechos ilícitos internacionales) está en curso, no habiéndose la Comisión pronunciado aún en primera lectura sobre el grueso del Proyecto del Relator, y aun habiéndose nombrado un nuevo Relator, el profesor G. ARANGIO RUIZ, con lo que pueden producirse alteraciones en las propuestas antes de que la Comisión se pronuncie (313). Quiero decir simplemente que la cuestión está abierta todavía a nuevos desarrollos.

— Es evidente, asimismo, que las represalias deben guardar una *proporcionalidad* entre la reacción y la ofensa. Ya en el asunto relativo a la *responsabilidad de Alemania por daños causados en las colonias portuguesas del Africa meridional (incidente de Nauliaa)* (1928), clásico en la materia, el Tribunal arbitral consideró que las represalias estaban sujetas en el Derecho internacional a tres condiciones: la comisión por el Estado contra el que se reacciona de un hecho ilícito internacional previo, haber intentado infructuosamente la reparación pertinente, y, en fin, la *proporcionalidad* entre la reacción y el daño sufrido (314).

La CDI ha ratificado, en efecto, tal requisito al hilo del art. 30 de su Proyecto de artículos (315). Y asimismo el art. 9 del Relator sobre la segunda parte

(311) J.J.A. SALMON lo ha expresado gráficamente:

«La Commission n'est pas plus explicite. Faut-il une norme permissive pour pouvoir exercer une contre-mesure or certains sont-elles prohibitives? On reste sur sa faim» (*op. cit.* en nota 223, 178).

Véase en el mismo sentido ALLAND, D.: *op. cit.* (nota 272), 746.

(312) *Vid.* los arts. 8 y ss., del Proyecto del Relator (*Anuario CDI* 1985, II, Primera Parte, 4 ss.).

El hecho de permitir *medidas cautelares* tampoco se basa en la *naturaleza de la norma* (art. 10).

(313) En 1985, la CDI se limitó a un intercambio general de opiniones sobre el Proyecto de artículos que, en versión revisada, presentara el Relator ese año (*vid. Anuario CDI* 1985, II, Segunda Parte, 20 ss., en 22-26).

En 1986, la Comisión no pasó de un debate general sobre la tercera parte del Proyecto: «Modo de 'hacer efectiva' la responsabilidad internacional y solución de controversias» (*Anuario CDI* 1986, II, Segunda Parte, 37 ss.).

En 1987, la CDI sólo pudo nombrar al nuevo Relator (*Anuario CDI* 1987, II, Segunda Parte, 56, párr. 220).

Y en 1988, la Comisión debe debatir el Informe Preliminar del nuevo Relator, Sr. ARANGIO-RUIZ (*Vid. MCCAFFREY, S.M.*: «The fortieth session of the International Law Commission», *A.J.I.L.* 83, 1989, n.º 1, 153-71, en 170).

(314) *Rec. de Sentences arbitrales*, Naciones Unidas, II, 1.012 ss. (en 1.027).

(315) *Vid. Anuario CDI* 1979, II, Segunda Parte, 140, párr. 7.

del Proyecto de la CDI, en el que se faculta a un Estado lesionado a adoptar medidas de *represalia* se condiciona expresamente esta facultad en el párrafo 2 del mismo:

«El ejercicio de este derecho por el Estado lesionado no deberá ser, en sus efectos, manifiestamente desproporcionado a la gravedad del hecho internacionalmente ilícito cometido» (316).

Resulta evidente, por lo demás, que la proporcionalidad no es fácil de concretar, debiendo destacarse como principio básico que la exigencia de *proporción* entre las represalias y el daño sufrido como consecuencia del hecho ilícito internacional previo no conduce a exigir una igualdad mecánica entre ambos. Ya el Sr. RIPHAGEN había señalado que la proporcionalidad entre el hecho internacionalmente ilícito y la respuesta que desencadena nunca es *cuantitativa*, sino que por el contrario «es siempre ‘cualitativa’, puesto que afecta a la ‘balanza de la justicia’ (*sic*)» (317). La sentencia arbitral (1978) en el *asunto del Acuerdo relativo a los servicios aéreos entre los Estados Unidos y Francia de 27 de marzo de 1946* ha aportado algunos elementos que pueden arrojar luz sobre estas ideas:

«Se admite por lo general que las contramedidas deben ante todo guardar una cierta proporción con la violación invocada; se trata, obvio es, de una regla conocida. En el curso de los debates relativos al presente caso, las dos partes reconocieron que dicha regla era de aplicación al respecto y aun ambas la invocaron. En general, se ha sostenido que la apreciación de la ‘proporcionalidad’ concreta de las contramedidas no es una tarea fácil y solamente puede llevarse a cabo de modo aproximado. Según el Tribunal, constituye uno de los problemas esenciales, en un litigio entre Estados, el tener en cuenta no solamente los daños sufridos por las compañías interesadas, sino también la importancia de las cuestiones de principio que se

Asimismo, al hilo de las condiciones exigidas en DIP en orden a la legitimidad de las represalias, señala que: «... se haya respetado la proporcionalidad entre reacción y ofensa» (p. 141, en nota 595).

(316) *Anuario CDI* 1985, II, Primera Parte, 11.

El Sr. RIPHAGEN comenta así el párr. 2 de su art. 9: «El elemento de ‘proporcionalidad’ se establece en el párr. 2 del art. 9 teniendo en cuenta el propósito de una medida de represalia que va más allá de simplemente restablecer el equilibrio en la relación entre el Estado autor y el Estado lesionado. No debe existir una desproporción manifiesta entre los efectos de la represalia y la gravedad del hecho internacionalmente ilícito a que se responde. Ciertamente, la represalia es un incumplimiento deliberado de una obligación internacional cuyos efectos se dirigen al Estado autor; concordantemente, su justificación también se debe medir de acuerdo con la intención y/o efectos —en suma la gravedad— del hecho internacionalmente ilícito en relación con el Estado lesionado» (*Anuario...* cit., 12).

(317) «Informe preliminar sobre el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional (Segunda parte del Proyecto de arts.), doc: A/CN.4/330», párr. 95 (*Anuario CDI* 1980, II, Primera parte, 113 ss., en p. 135).

derivan de la violación que se alegó. En el presente caso, no basta, entiende el Tribunal, comparar los daños sufridos por la Pan Am como consecuencia de la suspensión de los servicios y los sufridos por las compañías francesas afectadas por las contramedidas en cuestión; es también preciso tener en cuenta la importancia de las posiciones de principio adoptadas al prohibir las autoridades francesas las rupturas de cargo. Si se pondera la importancia que este principio reviste en el marco general de la política de transportes aéreos adoptada por el Gobierno de los Estados Unidos y puesta en práctica con la conclusión de numerosos acuerdos internacionales con Francia y otros países, no cabría calificar de desproporcionadas en relación con las de Francia las medidas tomadas por los Estados Unidos. Ninguna de las partes ha presentado al Tribunal elementos que permitan afirmar o rechazar la existencia de la proporcionalidad en estos términos, y el Tribunal puede por tanto considerarse satisfecho con una apreciación aproximada de esta cuestión» (318).

60. Pero el problema que ahora nos importa es el de saber si en el ejercicio de medidas de represalia un Estado podría utilizar medidas de fuerza armada no constitutivas, naturalmente, de una *agresión* o acto de fuerza de gravedad similar.

De hecho, y emboscándose en no pocas ocasiones en conceptos formalmente más «respetables» como la *legítima defensa* (vga. el *raid* aéreo de los Estados Unidos contra Libia en 1986), la práctica contemporánea, que doctrina reciente ha analizado, demuestra la existencia de acciones armadas de un Estado contra otro en el que se refugian o desde el que «golpean» grupos armados de los que no existen pruebas fehacientes de haber sido *enviados* por este Estado o actuar *de facto* como órganos suyos (319).

Por lo demás, sabido es que un cierto sector doctrinal ha sostenido la legitimidad (si no la conveniencia), en el marco del *ius ad bellum* me refiero (320) de un sistema de represalias armadas toleradas o razonables (321). Estos auto-

(318) *Rec. Sentences Arbitrales*, XVIII (1980), 417 ss. y 454 ss., en párr. 83 (subrayado añadido).

(319) *Vid. ad ex.* ALIBERT, CH.: *op. cit.* (nota 26), 29-58; BARSOTTI, R.: «Armed reprisals», en A. Cassese (Edt): *The current legal regulation of the use of the force*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1986, 79-110; REGOURD, S.: *op. cit.* (nota 24).

(320) SIMÓN, D. y SICILIANOS, L.A.: *op. cit.* (nota 31).

Las represalias armadas en el marco del *ius in bello* plantean, naturalmente, problemas específicos. *Vid.*: HAMPSON, F.J.: «Belligerent reprisals and the 1977 Protocols to the Geneva Conventions of 1949», *I.C.L.Q.* 37 (1988), n.º 4, 818-43; GREENWOOD, C.: «The twilight of the law of belligerent reprisals» *N. Y.I.L.* XX (1989), 35-70.

(321) FALK, R.A.: «The Beirut raid and the international law of retaliation», *A.J.I.L.* 63 (1969), n.º 3, 440 ss.; BOWETT, D.W.: «Reprisals involving recourse to armed force», *A.J.I.L.* 66 (1972), n.º 1, 1-36 (en 26 ss.).

Vid. también el pensamiento de VENEZIA, J.C.: «La notion de représailles en DIP», *R.G.D.I.P.* 64 (1960), n.º 3, 465-98 (en 493 ss., 498); VON GLAHN, G.: *Law among nations: An introduction*

res se basan, por lo común, en el tratamiento que en el Consejo de Seguridad de la ONU se ha dado a algunos de estos supuestos de la práctica (322), y en el que si bien cuando problemas de este tipo surgen en términos generales se condena el uso de la fuerza armada en represalia, cuando se discute el tema en situaciones específicas, como las relaciones entre Israel y el Líbano, se «ha demostrado una tendencia a condenar las represalias desproporcionadas pero no las proporcionadas» (323).

Con todo, y haciendo abstracción de las condiciones y limitaciones en que el Consejo de Seguridad (y él evidentemente las conoce) debe actuar (324), la licitud de las represalias armadas, como respuesta a la comisión por otro Estado de un hecho ilícito internacional previo en general, es sostenida por la mayoría de la sociedad internacional contemporánea y por la mayoría de la doctrina. El dato se refuerza si atendemos al hecho de que contemporáneamente a las tesis del citado sector doctrinal y aun después, se han emitido importantes afirmaciones reafirmando la ilicitud en general de las represalias armadas en respuesta a la comisión por otro Estado de un hecho internacionalmente ilícito:

—Cronológicamente, la *Declaración de Principios* de 1970 (Res. 2.625/XXV es el primer texto solemne en que se afirma *expressis verbis* «que los Estados tienen el deber de abstenerse de actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza» (325). Afirmación en la que, según la CDI, ha «cristalizado oficialmente la evolución de la convicción jurídica de los Estados en esta materia (...). Por consiguiente, ningún Estado víctima de la violación de una obligación internacional puede ya reaccionar legítimamente mediante el empleo de represalias armadas contra el Estado autor de la violación, ya que el derecho internacional prohíbe de ahora en adelante a los estados que ejerzan por sí mismos

to public international law, Nueva York-Londres, MacMillan Co. and Collier-MacMillan Ltd, 1965, 500 ss.; MOSLER, H.: «The international society as a legal community», *RdC* 140 (1974-IV), 1-320 (en 287); RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J.: *op. cit.* (nota 1), 196-209.

(322) En los comentarios al art. 30 de su Proyecto, la CDI destaca el dato: «Sólo recientemente se ha puesto en tela de juicio, a raíz de las dificultades con que ha tropezado el CdS para desempeñar el papel que le ha asignado la Carta» (*Anuario CDI* 1979, II, Segunda Parte, 141, en nota 591).

(323) HAMPSON, F.J.: *op. cit.* (nota 320), 836. También, BOWETT, D.W.: *op. cit.* (nota 321), 12, 21; TUCKER, R.: «Reprisals and self-defense: The customary law», *A.J.I.L.* 66 (1972), n.º 3, 586-96 (en 594 ss). *Vid.* también DINSTEIN, Y.: *War...* cit. (nota 10), 208-12.

(324) Es en este sentido en el que J.J.A. SALMON (*op. cit.* en nota 223, 186) ha destacado cómo: «On fait également état du fait que de très nombreuses représailles par Israël ou d'autres n'ont pas été condamnées par le Conseil de Sécurité. Ceci est vrai, mais on sait que le Conseil est paralysable par le veto et préfère parfois une résolution plus faible (exigeant la cessation d'une action sans la qualifier) plutôt que pas de résolution du tout».

(325) Párrafo sexto del principio de que los Estados, 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.

individualmente represalias que impliquen el empleo de la fuerza armada contra otros Estados» (326).

—Según se ha señalado, la propia Comisión al adoptar en primera lectura el art. 30 de su proyecto (1979) destaca en sus comentarios netamente la ilicitud de las represalias armadas (327).

—Algo después, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha reafirmado esta expresa prohibición en su *Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención o interferencia en los asuntos internos de los Estados*, manifestando:

«El deber de todo Estado de abstenerse de la intervención armada, de la subversión, de la ocupación militar o de cualquier otra forma de intervención o ingerencia militar, política o económica en los asuntos internos de otro Estado, *incluidas las represalias que impliquen el uso de la fuerza*» (328).

—Finalmente, podría añadirse que algunos de los miembros de la CDI han considerado conveniente hacer constar, *expressis verbis* y con precisión, en el proyecto de artículos el presupuesto del que el Relator claramente parte en los artículos que propone sobre la segunda parte del proyecto de la CDI, de modo que el reconocimiento que en él se hace de la facultad de ejercer represalias vaya acomañado en su texto de la indicación de que habrá de tratarse de represalias *que no impliquen el uso de la fuerza armada* (329).

La lectura que en su momento hice del párrafo 249 de la sentencia del TIJ en el *as. sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (1986) me hizo creer que en dicho párrafo el Tribunal se había limitado (en un contexto más amplio: las represalias de terceros) a recordar la prohibición de las *represalias armadas* en el DIP contemporáneo (330). Por esa razón

(326) Comentario 10 al art. 30 de su Proyecto (*Anuario CDI* 1979, II, Segunda Parte, 141).

(327) Comentario 10 cit. al art. 30 y, también, comentarios 5 y 11 (*Anuario...* 139, 141-142).

(328) Res. 36/103, de 19 diciembre 1981, II, c.

(329) *Vid. ad ex.* las intervenciones de los Sres. FLITAN (ses. 1.893, párr. 3, *Anuario CDI* 1985, I, 104), y del Sr. BARBOZA (ses. 1.897, párr. 30, *Anuario...* 131-32).

Para la visión del Relator sobre el presupuesto de que están prohibidas las represalias armadas véase su «Cuarto Informe sobre el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional (segunda parte del Proyecto de arts.), doc: A/CN.4/366 y add. 1)», párr. 81 (*Anuario CDI* 1983, II, Primera Parte, 3 ss. en p. 16).

Digo *expressis verbis* y con precisión, porque se ha considerado que dicha prohibición figura implícita en la formulación, amplia y general, del art. 4 del proyecto de la CDI en su Segunda parte, que ésta adoptó en 1983 (como art. 5 entonces): «Las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado enunciadas en las disposiciones de la presente parte estarán sujetas, según corresponda, a las disposiciones y procedimientos de la Carta de las Naciones Unidas relativas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales» (*Anuario CDI* 1983, II, Segunda Parte, 48). En tal sentido, por ejemplo, SIMMA, B.: op. cit. (nota 343 *infra*), 833.

(330) «The acts of which Nicaragua is accused, even assuming them to have been established and imputable to that State, could only have justified proportionate counter-measures on the part of the State which had been the victim of these acts, namely El Salvador, Honduras or Costa Rica.

califiqué de «sorprendente» la interpretación que a un internacionalista estadounidense le sugería el mismo, en el sentido de preguntarse si el TIJ había admitido la licitud de represalias armadas proporcionadas no ya por el tercero pero sí por el propio Estado víctima del hecho ilícito internacional previamente cometido (331). Debo confesar, no obstante, que una reconsideración más profunda del asunto me deja con mayores dudas.

De una parte, queda absolutamente claro que las represalias de Estados terceros no son admisibles, en concreto (éste era el supuesto del caso) si suponen el uso de la fuerza. También queda claro que el Estado directamente afectado sí podría adoptar contramedidas proporcionadas. Ahora bien, dado que (de haberse probado absolutamente) Nicaragua suministrara *armas, apoyo logístico o de otro tipo* a rebeldes en El Salvador, Honduras o Costa Rica, ¿ha querido el Tribunal decir que estos Estados hubieran podido en represalias reaccionar *del mismo modo* en relación con Nicaragua? Si esto es lo que el Tribunal dice, está en efecto reconociendo que el Estado afectado puede «represaliar» violando (sin llegar a una *agresión armada*) la norma que prohíbe el uso de la fuerza, norma, recuérdese, por cuya violación condenó a los Estados Unidos por su política de ayuda a la *contra*. De ser ésta la interpretación, lo que se preguntan y aun parecen sugerir algunos internacionalistas (332), tendríamos que la norma general que prohíbe las represalias armadas que impliquen el uso de la fuerza debería, en una nueva lectura, entenderse tal vez en el sentido de que la prohibición de ejercer *represalias consistentes en un uso de la fuerza armada* apunta o se refiere a usos de ésta que pudieran calificarse quizás de *más directos* o quizás de *tener una finalidad netamente punitiva o represiva* (333).

They could not justify counter-measures taken by a third State, The United States, and particularly could not justify intervention involving the use of force». (*CIJ Recueil* 1986, 127, párr. 249).

«Les faits reprochés au Nicaragua, à supposer même qu'ils aient été établis et qu'il lui soient imputables, n'auraient pu justifier des contre-mesures proportionnées que de la part de l'Etat qui en aurait été victime, c'est-à-dire El Salvador le Honduras ou le Costa Rica. Ils ne sauraient justifier des contre-mesures prises par un Etat tiers impliquant l'usage de la force».

(331) Me refería, entonces, a J. LAWRENCE HARGROVE (*Vid.* GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El uso...* cit. en nota 1, 34).

(332) Ya he citado el caso de J. LAWRENCE HARGROVE («The Nicaragua judgement and the future of the law of force and self-defence», *A.J.I.L.* 81, 1987, n.º 1, 135-43, en 138, 142); véase también: SOHN, L.B.: «The I.C.J. and the scope of the right of self-defence and the duty of non-intervention», *International law at a time of perplexity. Essays in honour of S. Rosenne*, ed. por Y. Dinstein, Dordrecht, M. Nijhoff 1989, 869/78 (en 877-78); CARRILLO SALCEDO, J.A.: *op. cit.* (nota 266), 32; FROWEIN, J.A.: «The present...» (nota 80), 67-68; asimismo PUEYO LOSA, J. (*op. cit.* en nota 1, 72-73, 76 ss.) admite la ambigüedad de la sentencia en este punto.

(333) Al hilo de esta idea me viene a la mente la posición de dos autores recientes, que ya he citado, y que mantienen la tesis de que fuera de los usos de la fuerza armada que afectan al núcleo duro de la prohibición, sería posible («s'agissant des modalités moins graves de l'emploi de la force...») que certaines paramètres puissent permettre d'envisager une atténuation de la responsabilité de l'Etat». Esos parámetros son, a juicio, la genuina *necesidad* y exquisita *proporcionalidad* en el uso de la fuerza en cuestión. Y en relación con el primero de ellos escriben:

Es evidente que me parece prematuro inclinarse por ofrecerse una respuesta categórica a este dilema, bastando con apuntar la reflexión. Reflexión que por lo demás se plantea al hilo de un pasaje de la sentencia oscuro en su sentido último y que descansa en una interpretación implícita, indirecta o basada en definitiva más en su silencio que en una neta toma de posición por parte del Tribunal.

— El consentimiento

61. La CDI ha reconocido como norma de Derecho internacional general, sustentada en la práctica internacional, en la jurisprudencia y por la doctrina, que el desconocimiento de un Estado de una obligación internacional que tiene respecto de *otro* pierde su carácter ilícito si *éste* ha prestado válidamente su consentimiento a la conducta o comportamiento del primero.

En este sentido, el Sr. AGO y la Comisión (salvo uno de sus miembros) consideró que en un supuesto tal un hecho internacionalmente ilícito excepcionalmente deja de serlo por la concurrencia de esta circunstancia de exclusión de la ilicitud (334).

62. Y para ejemplificar los supuestos de la práctica en los que esta circunstancia se ha dado, tanto el Sr. AGO como la CDI mencionan, entre otros, casos del siguiente tenor:

— La entrada de tropas extranjeras en el territorio de un Estado, por ejemplo, es normalmente considerada como una violación grave de la soberanía del Estado y con frecuencia incluso como un acto de agresión. Sin embargo, es evidente que esa acción pierde tal carácter y pasa a ser perfectamente lícita si tiene lugar a petición o con el acuerdo del Estado.

— También se ha alegado el consentimiento o la petición del Gobierno del Estado cuya soberanía se habría violado en otro caso cuando se trataba de justificar el envío de tropas al territorio de otro Estado para ayudar a éste a reprimir disturbios internos, una rebelión o una insurrección.

«En primer lieu, une réaction inspirée par un objectif punitif ne peut permettre d'atténuer la gravité d'une intervention armée: la condamnation des représailles armées par le droit international exclut formellement l'usage de la force afin de sanctionner *a posteriori* un comportement illicite qui a pris fin» (D. SIMÓN y L.A. SICILIANOS: *op. cit.* en nota 31, 74, 75) (el subrayado es mío).

(334) La CDI señala cómo para algunos autores, como STRUPP, GUGGENHEIM o STEINIGER, sostienen por el contrario que el *consentimiento* no es en rigor una *causa de exclusión de la ilicitud* pues si hay consentimiento del Estado contra el que se ha observado un determinado comportamiento, no hay obligación de proceder de otro modo y simplemente normal que no haya violación alguna de esa obligación (comentario 10 al art. 29 de su Proyecto, *Anuario CDI* 1979, II, Segunda Parte, 133, en nota 565; también en 130, nota 155). Dicho de otro modo, estos autores («de cuya posición estaba próxima la de un miembro de la Comisión») parecen entender que *toda* norma *primaria* está formulada con una especie de reserva mental: hay (o no hagas) esto o lo otro, en relación con los demás, *salvo que estos consientan* (demasiada reserva... me parece).

Ya el Relator, Sr. AGO, había apuntado esta tendencia y la había rechazado: «Octavo informe...», párrs. 67 y 55 (*Anuario CDI* 1979, II, Primera Parte, 34 y 30 respectivamente).

—El consentimiento del Estado cuya soberanía se había violado ha sido igualmente aducido como justificación del envío de tropas a territorio extranjero a fin de liberar a rehenes (335).

Es de interés destacar que la conclusión global de la Comisión al hilo de todos estos supuestos, de los que da ejemplos concretos, es que parece unánime la opinión de los Estados en que, de existir un consentimiento *real y genuino* del Estado que tenga soberanía sobre los lugares en los que las incursiones se realizan, éstas deben considerarse lícitas.

63. Naturalmente, para operar como circunstancia de exclusión de la ilicitud, el *consentimiento* debe reunir toda una serie de requisitos que la Comisión, siguiendo las directrices del Informe del Sr. AGO (336), sintetiza así:

«No obstante para que se produzca tal efecto, el consentimiento del Estado debe: *ser válido en derecho internacional, constar claramente, haber sido manifestado realmente (lo que excluye el consentimiento meramente prematuro), ser atribuible al Estado en el plano internacional y ser anterior a la comisión del hecho a que se refiere.* Por otra parte, el consentimiento sólo puede invocarse como circunstancia excluyente de la ilicitud de un hecho de otro Estado *dentro de los límites que el Estado que manifiesta ese consentimiento se propone atribuirle en cuanto a su alcance y duración*» (337).

El desarrollo de estos requisitos merecería, desde luego, un amplio comentario que no puedo realizar aquí por lo que remito al lector a la bibliografía ya existente (338).

Sí me detendré algo más en un aspecto particular del problema que aparece en estrecha y directa conexión con el tema del presente Curso.

64. La CDI, al hilo de estudiar las posibles excepciones al principio de que el consentimiento del Estado excluye la ilicitud, sostiene que la única excepción real al mismo tiene que ver con el *ius cogens* internacional. Merece la pena, para mejor entender lo que diré después, reproducir su razonamiento básico:

«Sólo queda por examinar el caso en que un Estado da su consentimiento a un comportamiento de otro Estado que sea incompatible con una

(335) Comentarios 5, 6 y 7 al art. 29 de su Proyecto (*Anuario CDI* 1979, II, Segunda Parte, 131-32).

En relación con los desarrollos, más detallados, del Relator *vid.* «Octavo informe...», *Anuario CDI* 1979, II, Primera Parte, 31-32.

(336) «Octavo informe...», *Anuario CDI* 1979, II, Primera Parte, 34 ss. en párrafos 69-72).

(337) Comentario 11 al art. 29 de su Proyecto (*Anuario CDI* 1979, II, Segunda Parte, 133).

(338) *Ad ex.* ALAIMO, M.L.: «Natura del consenso nel illecito internazionale», *R.D.I.* LXV (1982), n.º 1-2, 257-87; DOSWALD-BECK, L.: «The legal validity of military intervention by invitation of the government», *B.Y.I.L.* LVI (1985), 189-252; SALMON, J.J.A.: *op. cit.* (nota 223), 95-101; DÍAZ BARRADO, C.M.: *El consentimiento, causa de exclusión de la ilicitud del uso de la fuerza en Derecho Internacional*, Zaragoza, Prensas Universitarias, 1989, 2 vols (el segundo de *Apéndices, textos y documentos*).

obligación establecido por una norma de *ius cogens*. Esta es la única excepción verdadera al principio general del consentimiento como circunstancia que excluye la ilicitud. Es indudable que la existencia de normas de *ius cogens* influye en el principio aquí examinado. Si se admite la existencia en derecho internacional de normas de *ius cogens*, es decir, de normas imperativas a las que no cabe hacer ninguna excepción, se debe admitir también que el comportamiento de un Estado incompatible con una obligación establecida por una de esas normas seguirá siendo un hecho internacionalmente ilícito aunque el Estado lesionado haya dado su consentimiento a la observancia de tal comportamiento. Las normas de *ius cogens* son normas cuya aplicabilidad a ciertos Estados no puede excluirse por medio de acuerdos particulares. En otras palabras, por su naturaleza misma esas normas hacen inútil la tentativa de dos Estados de reemplazarlas en sus relaciones entre sí por otras que no tengan el mismo contenido. Por tanto, no puede afectarlas tampoco esa forma particular de acuerdo que existe entre el Estado que observa un comportamiento incompatible con la obligación creada por una norma imperativa y el Estado que consiente en él. Pese a ese acuerdo, la obligación sigue imponiéndose a las partes que han concertado el acuerdo y, por consiguiente, el comportamiento incompatible con lo que la obligación exige supone una violación de esta obligación y constituye un hecho internacionalmente ilícito, cuya ilicitud subsiste incluso respecto del Estado que ha dado su consentimiento» (339).

En tal sentido, la CDI ha resaltado expresamente la excepción, incorporándola a un párrafo 2 específicamente a ella dedicado (y escindiendo en dos párrafos, pues, el presentado por el Relator), en el art. 29 de su proyecto.

De entender, por tanto, como se manifiesta generalizadamente, que la norma que prohíbe el uso de la fuerza armada tiene *en su globalidad* naturaleza imperativa, la conclusión resultante apuntaría, sin duda, a que los Estados no pueden por medio de acuerdos particulares permitir a un Estado extranjero el uso (puntual, limitado, temporal o no) de la fuerza armada. Personalmente no me parece razonable sostener que el DIP contemporáneo prohíbe, por ejemplo, a un Estado que concierte un tratado internacional, o preste su consentimiento, permitiendo a otro una intervención militar temporal y limitada, y condicionada a evitar situaciones de grave peligro sobre sus nacionales. Es más, creo que la CDI ha admitido, sin problemas (en sus comentarios al art. 29 de su proyecto), esa posibilidad (340). ¿No es éste un indicio adicional que refuerza la creencia

(339) Comentario 21 al art. 29 (*Anuario CDI* 1979, II, Segunda Parte, 136-37).

Las ideas del Relator en «Octavo informe...», párr. 75 (*Anuario CDI* 1979, II, Primera Parte, 37).

(340) La CDI admite, incluso, el supuesto de que acuerdos en este sentido puedan ser válidos entre los Estados implicados, mientras que en las relaciones entre ellos y el resto de la sociedad internacional, la obligación internacional suspendida en el acuerdo entre algunos Estados siga ple-

de que la prohibición del uso de la fuerza tiene un núcleo duro, amparado por el Derecho internacional imperativo, y un entorno cuya imperatividad al menos resulta dudosa?

Cuestión distinta sería, en mi opinión, la licitud del consentimiento de un Estado para que otro cometiera una *agresión* o la *ocupación* de su territorio. Y no pienso ya en supuestos como los ocurridos en Checoslovaquia (1968), en los que la intervención militar de la Unión Soviética y otros Estados del Pacto de Varsovia fue demandado por *una facción* del Partido comunista que gobernaba el país, y en los que por tanto el consentimiento del Estado no cumpliría los requisitos formales exigidos, sino que «imaginando» un posible ejemplo (tampoco la Comisión se ha resistido a la tentación de «imaginar» hipótesis) de lo que quiero decir formularía la interrogante que sigue: ¿Podría admitirse como lícito si en un Estado que hubiera vivido, como Polonia el mes de junio, un proceso de consulta *popular*, parcialmente al menos, libre que concluyó con un aplastante triunfo del hacia muy poco ilegal y perseguido sindicato «Solidaridad», el Gobierno que convocó las elecciones y *formalmente* sigue en el poder reclamase «la ayuda fraterna» de países amigos? (341).

Se habrá observado, con lo que termino, que he entrecomillado los términos «imaginando» e «imaginar» al proponer el ejemplo apuntado y recordar otros que la CDI sugiere en otros contextos, como hipótesis de comportamientos en los que la prestación de consentimiento del Estado lesionado eludiría obligaciones derivadas de normas de *ius cogens*. Lo he hecho así con la intención de descubrir al lector la cautela con la que esas ideas son propuestas y deben ser leídas. La misma Comisión ha expresado, asimismo, su cautela en este punto concreto, en los términos siguientes:

«Estas consideraciones han conducido a la Comisión a reconocer una excepción al principio básico desarrollado en el presente comentario, a pesar de que el reconocimiento generalizado de la existencia de normas de *ius cogens* es demasiado reciente para que la práctica de los Estados o la

namente vigente a nivel general *Vid.* el comentario 20 al art. 29 de su Proyecto, *Anuario CDI* 1979, II, Segunda Parte, 136 y nota 579 de la misma.

En el mismo sentido, el Relator: «Octavio informe...», párr. 74, *Anuario CDI* 1979, II, Primera Parte, 37 y nota 171 de la misma.

(341) K. ZEMANEK («La responsabilité...») cit. en nota 2, 39-40) se plantea esta situación, pensando en el caso de la invasión de Checoslovaquia (1968) por el Pacto de Varsovia con toda seguridad. Ya he apuntado, sin embargo, que en tal supuesto el consentimiento no se prestó válidamente por no reunir los requisitos exigidos.

Escribía, en concreto, el internacionalista austriaco:

«Ce paragraphe reprend la définition du *ius cogens* de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Si on considère par exemple que 'l'interdiction du recours à la menace ou à l'emploi de la force' et 'la non-intervention dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un Etat' font partie de *ius cogens* —ce qui est opinion commune— alors le consentement et même l'invitation d'un gouvernement ne peuvent pas être invoqués comme justification d'une agression ou invasion 'fraternelle'».

jurisprudencia internacional revelen ya la adopción de posiciones respecto de situaciones concretas que apoyen la conclusión a que lleva la lógica de los principios» (342).

CONCLUSION

65. Y bien... He llegado al final de lo que me proponía al comenzar este curso: hablarles de cuándo se comete, en relación con la prohibición del uso por los Estados de la fuerza armada, una violación del DIP, o, en otras palabras, *cómo se conforma, en este concreto y particular ámbito, un hecho internacionalmente ilícito.*

Y tal vez haya podido demostrar en su desarrollo, a través de los tres apartados que lo estructuran, que en efecto:

«procelosas y oscuras son las aguas
por las que nautas de corajudo pecho o hábiles en artificios miles
se deslizan hacia el hogar del sol, oteando incensante los caminos y,
pasos que razonen las estelas trazadas...»

66. De tener oportunidad semejante a la que los *Cursos de Vitoria-Gasteiz* me han tan amable y generosamente ofrecido, podría apurar el tratamiento *en vertical* que aquí he intentado rematando el zurcido con una segunda parte, en la que se abordarían *las consecuencias* que se derivan, en el Derecho de la responsabilidad internacional, de la comisión de un hecho ilícito internacional respecto de la norma que prohíbe a los Estados el uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales. Y tal vez pueda hacerlo en otro momento.

Claro que sería prudente esperar, si se me permite decirlo así, «a que los humores se reposen». Porque es lo cierto que las consecuencias que se derivan de la violación de las normas de *ius cogens* y de los *crímenes internacionales* es materia que se elabora aún, y no sin alborotada ebullición, en la redoma de la doctrina, de la política y de la diplomacia.

67. Pero éste es el gran problema. Es menester, para orientar su ruta con cuidado, que los *nautas* de los que el poema habla sepan que *deben razonar las estelas trazadas.*

«...pues sólo así escaparán a las tormentas que las nubes redondas
destinan
con minucioso celo
a quiénes no saben explicar en el juicio el porqué de su acción»

(Carlos González Ecija: *Las rutas de Mithril*, 1989, 41).

(342) Comentario 22 al art. 29, *Anuario CDI* 1979, II, Segunda Parte, 137.

En el mismo sentido, el Relator: «Octavo informe...», *Anuario...* 1979, II, Primera Parte, 38.

En principio, naturalmente, todo es muy simple. Si el Estado comete, al quebrantar esa norma, un simple *delito*, *reparación* y punto. ¿Y si lo que se comete es un *crimen*?... ¡Ah!, entonces *sanciones*, *actio popularis*, *represalias de terceros*: *Sanciones*; pero, ¿existe esa posibilidad en nuestros días? (343). *Represalias de terceros*, ¡por supuesto!; pero, ¿descentralizadas e individuales? o, ¿coordinadas y centralizadas?, y ¿quién será el coordinador? (344).

¡Ah! y hay más: *Reponsabilidad penal de las personas-órganos* del Estado que deciden la comisión de un *crimen internacional*. Los trabajos en curso de la CDI parecen apuntarlo; pero *paralelamente* al tema de la responsabilidad *del Estado* por ese *crimen*; es decir, *por separado*, se trata de otra cuestión. ¡Y qué cuestión!, porque, ¿quién procesará y castigará a esas personas?: ¿Su Estado, todo Estado, un Tribunal Internacional...? (345).

(343) Además, claro, de los Informes del Relator (Sr. RIPHAGEN) y de los que irá proporcionando el nuevo Relator (Sr. ARANGIO-RUIZ), *vid. ad ex.*:

SCHWELB, E.: «The *actio popularis* and international law», *Israel Yearbook of Human Rights*, 1972, 45-56; BERNARDINI, A.: «Qualche riflessione su norme internazionali de *ius cogens* e giurisdizione della Corte nella Convenzione de Vienna sul diritto dei trattati», *Comunicazioni e Studi* XIV, 1975, 81-100; SEIDL-HOHENVELDERN, I.: «*Actio popularis* im Völkerrecht?», *Comunicazioni e Studi*, XIV, 1975, 803-13; STARECE, V.: *op. cit.* (nota 5); MAREK, K.: «Criminalizing State responsibility», *R.B.D.I.* XIV (1978-79), n.º 2, 460-85; JUSTE RUIZ, J.: «Las obligaciones *erga omnes* en DIP», *Estudios de Derecho internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Madrid, Tecnos, 1979, I, 219-34; ID.: «*Derecho internacional público?*, Valencia, Nomos, 1986, 191 ss.; DUPUY, P.M.: «Action publique et crime international: À propos de l'art. 19 du projet de la Commission du Droit International sur la responsabilité internationale de l'Etat», *R.G.D.I.P.* 84 (1980), n.º 2, 449-86; ID.: «Observations sur la pratique récente des 'sanctions' de l'illicite», *R.G.D.I.P.* 87 (1983), n.º 3, 505-58; ID.: *op. cit.* (nota 2), 55 ss., 78 ss., 81 ss., 91 ss., 98 ss., 105 ss.; CARRILLO SALCEDO, J.A.: *la distinción entre crímenes y delitos internac. Una posible aportación iberoamericana a la codificación y desarrollo progresivo del Der. de la responsabilidad internac. de los Estados*, Madrid, Secretaria IHADI, 1979; ID.: *El Derecho internac. en un mundo en cambio*, Madrid, Tecnos, 1984, 136 ss.; ID.: *op. cit.* (nota 266); GOUNELLE, M.: «Quelques remarques sur la notion de *crime intern.* et sur l'évolution de la responsabilité internationale de l'Etat», *Mélanges offerts à P. Reuter*, Paris, Pédone, 1981, 315-26; CARDONA LLORENS, J.: *op. cit.* (nota 97); COCUZZA, C.: *op. cit.* (nota 35); CASSESE, A.: «Remarks...» (nota 61); CONFORTI, B.: «In tema di responsabilità degli Stati per crimini internazionali», *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de R. Ago*, Milan, Giuffrè, III, 99-112; RIGAUX, F.: *op. cit.* (nota 107); SAHOVIC, M.: «Le concept du crime international de l'Etat et développement du Droit international», *Le Droit... Etudes en l'honneur de R. Ago*, III, 363-70; DINSTEIN, Y.: *War...* (nota 10), 104 ss., 112 ss.; DOXEY, M.: «International sanctions in recent State practice: trends and problems», *Contemporary problems of intern. law. Essays in honour of G. Schwarzenberger on his eightieth birthday*, ed. por Bin Cheng y E.D. Brown, Londres, Stevens, 1988, 53-69; PUEYO LOSA, J.: *op. cit.* (nota 310); ID.: *op. cit.* (nota 1), 116-47; SACHARIEW, K.: «State responsibility for multilateral treaty violations: Identifying the 'injured State' and its legal status», *N.I.L.R.* XXXV (1988), n.º 3, 273-91; SIMMA, B.: «Bilateralism and community interest in the law of State responsibility», *International law at a time of perplexity. Essays in honour of S. Rosenne*, ed. por Y. DINSTEIN, Dordrecht, M. Nijhoff, 1989, 821-44; FROWEIN, J.A.: «The present...» (nota 80), 71 ss.

(344) *Vid.* los autores citados *supra* en nota 343; también DE GUTTRY, A.: *op. cit.* (nota 1), 181 ss.

(345) Además, claro, de los Informes del Relator (SR. THIAM), *vid. ad ex.*:

STARACE, V.: *op. cit.* (nota 5), 283 ss.; COCUZZA, C.: *op. cit.* (nota 35), 209 ss.; EIDE, A.: *op.*

68. ¿Tienen los eventuales reos la voluntad de crear los procedimientos y «mecanismos» que aseguren un juicio imparcial y, cuando procedan, las sanciones (al Estado y a las personas) que la violación que la norma que prohíbe el uso de la fuerza armada merece?

Status Stati lupus... escribí una vez en latín macarrónico. Hoy podría decir, invocando de nuevo el perdón de la lengua latina, algo que más que una frase de efecto con la que cerrar mi intervención es la purga de mi corazón; porque uno llega a pensar, si bien lo mira, que siendo como son sus creadores y su razón de ser,

Status iuris gentium lupus.

cit. (nota 49), 130 ss.; DAVID, E.: «L'actualité juridique de Nuremberg», *Le procès de Nuremberg. Conséquences et actualisation*, Bruselas, Bruylant-Université de Bruxelles, 1988, 89-176; DINSTEIN, Y.: *War...* (nota 10), en 126-39; FROWEIN, J.A.: «The present...» (nota 80), 78 ss.