

**¿PODEMOS ARMAR A LOS REBELDES?
LA LEGALIDAD INTERNACIONAL DEL ENVÍO DE
ARMAS A GRUPOS ARMADOS NO ESTATALES A LA
LUZ DE LOS CONFLICTOS LIBIO Y SIRIO**

***CAN WE ARM THE REBELS? THE INTERNATIONAL
LEGALITY OF ARMS TRANSFERS TO NON-STATE
ARMED GROUPS IN THE LIGHT OF THE LIBYAN AND
SYRIAN CONFLICTS***

Ángel Sánchez Legido*

Sumario: I. EL NOVEDOSO DEBATE EN TORNO A LA ASISTENCIA MILITAR A LOS GRUPOS ARMADOS NO ESTATALES. II. LOS INTENTOS DE PROHIBICIÓN GLOBAL DE LAS TRANSFERENCIAS DE ARMAS NO AUTORIZADAS A ACTORES NO ESTATALES. III. LA REGLA DE BASE A TENOR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: ASISTENCIA MILITAR, USO DE LA FUERZA Y NO INTERVENCIÓN. IV. ARMAS, MATERIAL MILITAR DEFENSIVO Y EQUIPAMIENTO NO LETAL. V. AUTORIZACIÓN POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. VI. INTERVENCIÓN INDIRECTA EN LEGÍTIMA DEFENSA. VII. INTERVENCIÓN POR INVITACIÓN: LA LICITUD DE LOS SUMINISTROS DE ARMAS A GRUPOS ARMADOS NO ESTATALES A PETICIÓN DEL GOBIERNO. VIII. RECONOCIMIENTO DE LOS REBELDES Y LICITUD DE LA INTERVENCIÓN INDIRECTA. IX. INTERVENCIÓN HUMANITARIA ARMADA INDIRECTA EN EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER. X. CONSIDERACIONES FINALES

RESUMEN: Las recientes reticencias de los Estados occidentales a enviar tropas sobre el terreno en los conflictos ocurridos en los últimos años en Libia y Siria han llevado a varios de ellos a plantear de manera creciente la oportunidad de transferir armas y asegurar otro tipo de asistencia militar a los grupos armados de oposición. Si las llamadas intervenciones armadas indirectas se habían caracterizado tradicionalmente por su clandestinidad, al menos en Europa el debate se ha proyectado ahora de manera abierta y pública en la escena diplomática e intergubernamental, lo que representa una oportunidad con escasos precedentes para valorar lo que los Estados creen que es o quieren que sea el régimen legal aplicable. La

Fecha de recepción del original: 25 de noviembre de 2014. Fecha de aceptación de la versión final: 4 de febrero de 2015.

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho de Albacete (UCLM). Angel.slegido@uclm.es. La presente contribución se inscribe en el marco del proyecto de investigación DER2012-35049, financiado por el MINECO. Para su elaboración el autor desarrolló durante el verano de 2014 una estancia en la Bodleian Law Library (University of Oxford), para cuya realización disfrutó de una beca CYTEMA-Puente concedida por Resolución del Vicerrector de la UCLM de 21 de marzo de 2014.

práctica desarrollada en ese contexto no parece implicar un replanteamiento general de la rigurosa doctrina desarrollada por la Corte Internacional de Justicia en los asuntos Nicaragua y República Democrática del Congo, quizá con la salvedad que representa la mayor permisividad que parece detectarse en lo que se refiere a las transferencias de equipamiento militar no letal o de protección. Sin perjuicio de lo anterior, la mencionada práctica pone de manifiesto que el ámbito de la intervención armada indirecta refleja las mismas tensiones y los mismos dilemas que los llamados usos más graves de la fuerza en cuestiones tales como la posible virtualidad legitimadora del reconocimiento de los grupos de oposición, el alcance de la legítima defensa en caso de ataques de grupos terroristas o, muy especialmente, las medidas reactivas admisibles bajo la cobertura de la Responsabilidad de Proteger en caso de parálisis del Consejo de Seguridad.

ABSTRACT: Recent Western reluctance to send troops on the ground in the last years conflicts in Libya and Syria have led some of them to increasingly pose the opportunity to transfer arms and offer other military assistance to armed opposition groups. As opposed to the traditionally covert nature of that kind of transfers, at least in Europe the debate has now developed openly and publicly in the diplomatic and intergovernmental scene. This represents an opportunity with few precedents to assess what the States believe or want to be the legal regime of the so-called indirect military intervention. The practice developed in this context does not seem to imply a general challenge to the rigorous doctrine developed by the International Court of Justice in the Nicaragua and Democratic Republic of Congo cases, perhaps with the exception that represents the greater permissiveness that may be detected relating to transfers of non-lethal or protective military equipment. Notwithstanding, the practice shows that the area of indirect military intervention reflects the same tensions and dilemmas that are present in connection with more grave uses of force on issues such as the possible legitimizing virtuality of recognition of opposition groups, the scope of self-defense in case of attack from terrorist groups and, in particular, what are the permissible reactive measures under the cover of the Responsibility to Protect in case of paralysis of the Security Council.

PALABRAS CLAVE: Transferencias de armas; Intervención armada indirecta; No intervención; Uso de la Fuerza; Grupos Armados no Estatales; Reconocimiento; Legítima defensa; Consejo de Seguridad; Responsabilidad de Proteger.

KEYWORDS: Arms Transfers; Indirect Armed Intervention; Non Intervention; Use of Force; Non State Armed Groups; Recognition; Self-Defense; Security Council; Responsibility to Protect.

I. EL NOVEDOSO DEBATE EN TORNO A LA ASISTENCIA MILITAR A LOS GRUPOS ARMADOS NO ESTATALES

En lo que seguramente pueda ser calificado como un fenómeno sin precedentes, en los últimos años y en el contexto de conflictos armados surgidos a partir de la llamada Primavera Árabe, hemos sido testigos del desarrollo entre Estados preferentemente occidentales de debates abiertos, públicos y transparentes en torno a la legalidad internacional de la asistencia militar a favor de Grupos Armados no Estatales -GANEs, en lo sucesivo- implicados en tales conflictos¹. Obviamente, el fenómeno de las

¹ Si bien desde perspectivas sociológicas la doctrina ha tratado de ofrecer una tipología de los diferentes grupos o actores no estatales susceptibles de operar en el marco de conflictos armados internos o internacionales, a los efectos aquí perseguidos, orientados a clarificar cuándo pueden ser lícitas las

transferencias de armas a actores de ese tipo no tiene precisamente nada de novedoso. Las transferencias encubiertas (*covert transfers*) han sido –y todo parece indicar que siguen siendo– una frecuente forma de intervención exterior en los conflictos armados internos. Lo que en cambio no había sido hasta ahora en modo alguno habitual es que los Estados más decididamente interesados en la intervención planteen en foros internacionales la legalidad de las transferencias con antelación –teóricamente al menos– a su materialización. Cabe registrar al menos tres ocasiones en que ello parece haber sido así.

Sucedió en primer lugar en el contexto del conflicto libio, caracterizado como es sabido por el rápido y decidido ejercicio por el Consejo de Seguridad de sus atribuciones de acuerdo con el Capítulo VII de la Carta². En ese marco se planteó, en un primer momento (abril de 2011), la posibilidad recurrir al expediente del reconocimiento del Consejo Nacional de Transición (CNT en lo sucesivo) con la finalidad de extender la excepción relativa al equipo militar no letal prevista respecto del embargo de armas decretado en la Resolución 1970 (2011)³. Y, más adelante, Francia, apoyada por Estados Unidos y Reino Unido, mantuvo que la autorización de adoptar todas las medidas apropiadas para proteger a la población y las zonas pobladas incorporada en la Resolución 1973 (2011) comportaba no solo la posibilidad del uso directo de la fuerza, sino también el envío de armas, incluso letales pero de carácter supuestamente defensivo, a los rebeldes que combatían contra el régimen de Gadafi, pretensión que sería contestada por Rusia⁴.

Volvió a ocurrir, en segundo lugar, de una manera más intensa, pública y abierta, en la que podríamos calificar como la primera parte del conflicto sirio, protagonizada por el enfrentamiento entre una heterogénea y abigarrada coalición de grupos rebeldes, agrupados en torno al llamado Ejército Libre Sirio (ELS en lo sucesivo), de un lado, y las fuerzas gubernamentales del régimen de Bachar al-Asad, también apoyadas por

transferencias de armas destinadas a tales grupos, es suficiente por una parte con adoptar una posición puramente negativa, en virtud de la cual se entiende por Grupo Armado no Estatal todo aquél que no es susceptible de ser calificado como órgano o agente del Estado de conformidad con las reglas internacionales en materia de responsabilidad internacional del Estado; y, por otra parte, con subrayar que el problema se plantea muy especialmente cuando la transferencia de armas no cuenta, o no está claro si cuenta, con el consentimiento del Estado en cuyo territorio opera el grupo en cuestión. Entre los intentos de clasificar diferentes tipos de grupos armados no estatales puede verse POLICZER, P., y YANKEY-WAYNE, V., *Armed Groups and the Arms Trade Treaty: Challenges and Opportunities*, Latin American Reserach Centre, University of Calgary, Armed Groups Project Working Paper 12, Apr. 2009.

² Sobre la intervención en el conflicto libio y la actuación del Consejo de Seguridad, puede verse ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., “La situación en Libia y el Consejo de Seguridad”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, pp. 52-59; o FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., “Intervención en Libia: La Responsabilidad de Proteger a debate”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 22 (2011), pp. 76 y ss.

³ B. WATERFIELD, “Lybia: legal implications of arming the rebels”, *The Telegraph*, 30.III.2011.

⁴ PH. GÉLI, “La France a parachuté des armes aux rebelles libyens”, *Le Figaro*, 28.VI.2011; CHARBONNEAU, L., ‘Arming rebels doesn’t violate UN sanctions: France’, *Reuters*, 29 Jun. 2011, <http://www.reuters.com/assets/print?aid=USTRE75S7XR20110629>; L. ABU-AUN, “Russia: arming Libya rebels is crude violation”, *Reuters*, 30.VI.2011. Entre las armas enviadas a los rebeldes se incluían, según las fuentes citadas, lanzacohetes, fusiles de asalto, ametralladoras y misiles antitanque.

Hezbollah y algunos otros grupos no estatales, de otro. Frente a -y en buena medida motivado por- lo ocurrido en el conflicto libio, la parálisis del Consejo de Seguridad derivada de la oposición de dos de los miembros permanentes, y la consiguiente imposibilidad de poner en marcha un embargo global, la Unión Europea había decretado el 9 de mayo de 2011 un embargo regional vinculante para sus miembros y operativo en un primer momento respecto de todas las partes implicadas en el conflicto⁵. A medida sin embargo que el desarrollo del conflicto parecía desequilibrarse a favor de las fuerzas gubernamentales, la reiterada petición de envío de armas por parte de diversos representantes de los grupos opositores⁶, fue favorablemente acogida por Reino Unido y Francia, Estados que presionaron insistentemente para que se levantara el embargo respecto de las fuerzas de oposición. Ante el rechazo opuesto en el seno mismo de la UE a la citada propuesta⁷ se encontró como solución de compromiso en el Consejo de Asuntos Exteriores el acuerdo de no prorrogar el embargo pero asumiendo sus miembros algunas condiciones. Entre ellas, que provisionalmente no se procedería a enviar armas a Siria, que en su caso las transferencias que pudieran tener lugar en el futuro, irían dirigidas únicamente a la Coalición Nacional de Fuerzas de Oposición y Revolucionarias (Coalición de Oposición Siria, COS, en lo sucesivo), se destinarían solo a la protección de la población civil, y se deberían adoptar las debidas cautelas y garantías para evitar su desvío a usuarios o usos no deseables, tras una adecuada evaluación de riesgos a fin de asegurar el respeto de la normativa europea en materia de control de exportaciones de equipamiento y tecnología militar⁸. Fuera de la Unión Europea, los ministros de exteriores del Grupo de Amigos de Siria, reunidos en Qatar, acordaron suministrar urgentemente todo el material y equipamiento necesario a la oposición en orden a hacer frente a los ataques del régimen.

Más recientemente, tras el periodo de calma sin duda más aparente que real derivado del acuerdo de desarme de las armas químicas alcanzado con el gobierno sirio en septiembre y octubre de 2013, la cuestión se ha vuelto a suscitar bajo los ciertamente

⁵ Decisión 2011/273/PESC y Reglamento del Consejo 442/2011. Inicialmente el embargo fue decidido por un periodo de 12 meses, siendo renovado en dos ocasiones. La primera en julio de 2012 hasta el 1 de marzo de 2013 (Decisión del Consejo 2012/739/PESC) y la segunda en febrero de 2013, a petición de Reino Unido sólo por tres meses, hasta el 1 de junio de 2013 (Decisión del Consejo 2013/109/PESC). Para un examen más amplio del conjunto de medidas restrictivas adoptadas por la UE contra el régimen sirio, véase FERRER LLORET, J., “La Unión Europea ante la crisis siria: Limitaciones e incoherencias de la acción exterior europea en el Mediterráneo”, *RGDE*, vol. 33/(2014), pp. 31 y ss.

⁶ R. ABOUZEIZ, «Il nous faut des armes», le cri de désespoir de l'Armée syrienne libre”, *Slate*, 16.IV.2012; ‘Free Syrian Army Chief: “We Need Arms and Aid”’, *BBC News* (online), 6 March 2013 <http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-21681863>; C. ZÜND, “Le chef de l’opposition syrienne à Paris pour réclamer des armes”, *Le temps*, 25.VII.2013.

⁷ Especialmente intensa fue la respuesta austriaca, concretada en un informe de 13 de mayo de 2014 rubricado *Austrian Position on Arms Embargo*, en el que se incidía en la incompatibilidad con el Derecho Internacional de la propuesta franco-británica. El informe está disponible en la edición electrónica de *The Guardian* de 15 de mayo de 2013. Desde fuera de la UE y esgrimiendo similares argumentos, manifestó también su rechazo al levantamiento del embargo el ministro de exteriores ruso S. LAVROV. “Russia warns against lifting embargo on military supplies to Syrian opposition”, *Russia Today*, 22.IV.2013, disponible en <http://rt.com/politics/military-opposition-syrian-supplies-195/>.

⁸ Del compromiso de los Estados miembros de la Unión Europea se “tomaba nota” en una “Declaración sobre Siria” del Consejo de Asuntos Exteriores de la Unión. Press Release, Council declaration on Syria, 3241st FOREIGN AFFAIRS Council meeting, Brussels, 27 May 2013.

diferentes parámetros que en el complejo laberinto sirio representa la progresiva fortaleza alcanzada por el inicialmente llamado Estado Sirio de Iraq y el Levante (ISIL) –rebautizado después como Estado Islámico *a secas*–, el control alcanzado por sus grupos armados de una importante porción del territorio sirio y su firme avance por territorio iraquí. En agosto de 2014, ante las cada vez más alarmantes noticias que revelaban los mencionados extremos y las graves violaciones de los Derechos Humanos y del DIH que acompañaban a su avance, y en respuesta a la petición de ayuda militar por parte de las autoridades regionales kurdas, la entonces Alta Representante de la UE para la acción exterior y la política de seguridad, C. Ashton, convocaba de urgencia una reunión extraordinaria del Consejo de Asuntos Exteriores de la UE para abordar, además de las crisis de Gaza y Ucrania, la situación en Siria. A su conclusión, se emitía una nota de prensa en la que los ministros de Exteriores “daban la bienvenida a la decisión anunciada por varios Estados miembros a título individual de responder positivamente a la petición de las autoridades nacionales kurdas de suministrar urgentemente material militar”. Eso sí, la declaración se acompañaba de la precisión según la cual tal respuesta se desarrollaría “de acuerdo con las capacidades y el derecho interno de los EEMM” y “con el consentimiento de las autoridades nacionales iraquíes”, representadas por el nuevo gobierno de Hein al Abadi, a cuya designación como primer ministro se daba también la bienvenida⁹. A renglón seguido, al mismo tiempo que varios Estados Europeos iban anunciando su participación en la campaña estadounidense de bombardeos contra las posiciones yihadistas, eran también varios los Estados que anunciaban su disposición a armar y/o entrenar a las milicias kurdas¹⁰.

II. LOS INTENTOS DE PROHIBICIÓN GLOBAL DE LAS TRANSFERENCIAS DE ARMAS NO AUTORIZADAS A ACTORES NO ESTATALES

Casualmente, los anteriores debates coincidían parcialmente en el tiempo con –y de paso influían en– el desarrollo de los trabajos preparatorios y los debates relativos al

⁹ Council of EU, Foreign Affaires, 3332nd Council Meeting, Brussels, 15 August 2014, Press Release 12491/14, pp. 7 y 8.

¹⁰ A esa decisión, que Francia había adelantado previamente a la celebración del Consejo de Asuntos Exteriores (TERUEL, A., y FARIZA, I, “Francia anuncia la entrega de armas a los kurdos de Irak”, *El País*, 13.VIII.2014), se sumarían posteriormente Reino Unido (P. WINTOUR, Britain to arm Kurds fighting Isis in northern Iraq, *The Guardian*, 4.IX.2014), Italia, Albania, Dinamarca, Canadá, Croacia (*World Bulletin*, Eight nations supplying Iraqi Kurds with arms, 27.VIII.2014) Australia, Grecia (*AFP*, “Reino Unido se une a los bombardeos de la coalición contra yihadistas”, 26.IX.2014) o Bulgaria (*EFE*, “Bulgaria dona fusiles a los kurdos para luchar contra los yihadistas”, 30.IX.2014). Incluso Alemania, inicialmente reticente a equipar militarmente a los *peshmergas* (“Germany to supply arms to Kurds fighting IS in Iraq”, BBC News, 1.IX.2014) y hasta Irán (R. COLLARD, “The Enemy of My Enemy: Iran Arms Kurds in Fight Against ISIS”, *Time*, 27.VIII.2014) parecen haber acabado sumándose a la iniciativa. España, por su parte, anunció en un primer momento la posibilidad de enviar hasta 25.000 fusiles *CETME* (GONZÁLEZ, M., “España baraja entregar 25.000 fusiles a los opositores al Estado Islámico”, *El País*, 13.IX.2014) concretando sin embargo más tarde su contribución a la coalición contra el Estado Islámico en, entre otras cosas, el envío de 300 militares con la misión de formar, no a los milicianos kurdos, sino al ejército iraquí (*Solicitud al Congreso de los Diputados para participación de unidades militares españolas en el marco de la Coalición para la lucha contra el Estado Islámico*, Referencia del Consejo de Ministros, Madrid, viernes, 10.X.2014)

Tratado sobre comercio de armas (TCA) desarrollados bajo los auspicios de Naciones Unidas. Durante su elaboración, cerca de una treintena de las delegaciones participantes y tres organizaciones o grupos regionales plantearon en algún momento la conveniencia de introducir en su articulado una disposición por la que, bien se proscibiera el envío de armas a grupos o actores no estatales sin la autorización de las autoridades gubernamentales de los Estados implicados, bien se afirmara la legalidad únicamente de las transferencias de armas a las propias autoridades gubernamentales o a otras entidades debidamente autorizadas por ellas¹¹. Se reactivaba de ese modo una vieja idea que se remonta como mínimo a la propuesta canadiense de Convención Global sobre prohibición de envío de Armas Pequeñas y Ligeras a los Grupos Armados no Estatales de 2008¹², y que constituyó la antesala de los debates sobre el tema en el seno de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras en todos sus aspectos de 2001¹³ primero, y en la Conferencia de Revisión del Programa de Acción allí adoptado (PoA) celebrada en 2006¹⁴ después.

¹¹ Entre quienes apoyaron la inclusión de la prohibición se encuentran Bahamas, Brasil, Cuba, Indonesia, Liberia, Mali, Turquía, Jamaica, China, India, Nigeria, Zimbabue, Argentina, Chile, Colombia, Guatemala, México, Perú, Trinidad y Tobago, Perú, Angola, Bielorrusia, Costa de Marfil, Corea del Norte, India, Nicaragua, Rusia, Siria, el Grupo Africano, CARICOM y ECOWAS. Sobre las diferentes posiciones estatales sobre este tema, HOLTOM, P., *Prohibiting Arms Transfers to Non-State Actors and the Arms Trade Treaty*, UNIDIR Resources, disponible en http://www.sipri.org/research/armaments/transfers/publications/other_publ/other%20publications/Prohibiting%20Arms%20Transfers.pdf; o SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Hacia una regulación global del comercio internacional de armas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 158 y ss.

¹² Presentada en una reunión celebrada en Oslo en el verano de 1998 a la que asistieron veintidós gobiernos, la Convención reflejaba el compromiso de “no transferir armas a los grupos de oposición en orden a derrocar regimientos impopulares” y prohibía a los Estados autorizar el suministro, clandestino o transparente, de armas a actores no estatales situados en otro Estado que no hubieran obtenido autorización por parte de las autoridades del Estado de importación. Sobre la citada propuesta, LUMP, L., ‘Curbing the proliferation of small arms and light weapons’, 5th Conference of the Center for Preventative Action, Council on Foreign Relations, Dec. 1998, <http://www.prio.no/NISAT/Publications/Curbing-the-Proliferation-of-Small-Arms-and-Light-Weapons2/>; y HOLTOM, P., *Prohibiting...*, cit., pp. 6-7.

¹³ La prohibición del envío de armas a actores no estatales constituyó una de las cuestiones más polémicas de la Conferencia, convirtiéndose, junto al intento de introducir reglas sobre la posesión civil de armas, en el tema de fondo de las dos principales líneas rojas enérgicamente defendidas por la delegación estadounidense. Sobre el tratamiento de este tema en la Conferencia de 2001, ATWOOD, D. y GREEN, O. “Reaching consensus in New York: The 2001 UN Small Arms Conference”, *Small Arms Survey 2002. Counting the Human Cost*, pp. 219 y ss.

¹⁴ La prohibición de suministro de armas a los GANes volvió a ser uno de los principales temas de debate en la Conferencia de Revisión de 2006, identificándose nuevamente el rechazo a la misma como una de las líneas rojas de la delegación estadounidense. Véase, *Statement by Robert G. Joseph, Undersecretary of State for Arms Control and International Security, at the United Nations Conference to Review Progress Made in the Implementation of the Programme of Action to Prevent, Combat and Eradicate the Illicit Trade in Small Arms and Light Weapons in All Its Aspects*, June 27, 2006, disponible en <http://www.un.org/events/smallarms2006/pdf/arms060627usa-eng.pdf>. Para un análisis más amplio del tratamiento del tema en la Conferencia de Revisión de 2006, MCDONALD, G., HASSAN, S. y STEVENSON, CH., “Back to Basics: Transfer controls in global perspective”, *Small Arms Survey 2007: Guns and the City*, Cambridge, 2007, pp. 117 y ss.

De manera muy similar a como había ocurrido en todos esos foros¹⁵, y aunque con un grado de enconamiento mucho menor debido a que desde el principio los dos sucesivos presidentes de los órganos preparatorios y de negociación se mostraron muy condescendientes respecto de la posición del único país que una vez más exteriorizó formalmente una posición contraria a la prohibición¹⁶, el resultado de los debates sobre el tema volvió a ser la ausencia de toda referencia en el TCA finalmente adoptado por la Asamblea General¹⁷ a la legalidad o ilegalidad del suministro de armas a actores no estatales¹⁸.

Como consecuencia, las únicas prohibiciones expresas de suministro de armas a actores no estatales existentes en Derecho internacional son limitadas, por sectoriales, por parciales, y/o por tener una vocación meramente regional. Comenzando por esto último,

¹⁵ A los mencionados en el texto pueden añadirse los debates desarrollados en el seno del *Small Arms Consultative Work Process*, grupo constituido en 2003 a iniciativa de la Universidad de Bradford y las ONG's International Alert y Saferworld, y que, con la participación de representantes de 30 gobiernos de diversas regiones del mundo, tenía por finalidad enriquecer el debate y tratar de acercar posturas sobre el tema con vistas a la Conferencia de Revisión del PoA de 2006. En el desarrollo de sus trabajos, la inmensa mayoría de los participantes defendieron nuevamente la prohibición, si bien ante el rechazo de una minoría los debates se centraron en intentar definir los llamados *hard cases*, es decir los supuestos y las condiciones en que excepcionalmente podría admitirse armar a este tipo de grupos. El informe final, titulado *Developing International Norms to Restrict Salw Transfers to Non-State Actors* y publicado en enero de 2006 está disponible en <http://www.saferworld.org.uk/resources/view-resource/181-developing-international-norms-to-restrict-small-arms-and-light-weapons-transfers-to-non-state-actors>.

¹⁶ La delegación estadounidense no necesitó esta vez tener que incluir la cuestión entre sus líneas rojas, finalmente referidas al rechazo a incluir las municiones en el ámbito de aplicación del tratado así como al rechazo al reconocimiento de una preeminencia absoluta de las consideraciones relativas a la posible violación de los derechos humanos y del DIH sobre las relativas a una indefinida seguridad. Le bastó anunciar su rechazo a la prohibición durante el desarrollo de la Primera Comisión Preparatoria, en julio de 2010, para que el tema brillara por su ausencia en todos los *papers* presentados desde entonces por la presidencia. HOLTOM, P., *Prohibiting...*, cit., p. 6. Del desarrollo de los trabajos llama extraordinariamente la atención el sorprendente silencio mantenido por los Estados miembros de la Unión Europea, especialmente teniendo en cuenta el compromiso que habían asumido con anterioridad de orientar sus esfuerzos a la consecución de un consenso en los foros regionales e internacionales pertinentes para que, entre otras cosas, “los países exportadores se comprometan a proporcionar armas de pequeño calibre únicamente a los gobiernos”. Acción Común 1999/34/PESC del Consejo, de 17 de diciembre de 1998, (art. 3).

¹⁷ Resolución 67/234B de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 2 de abril de 2013. Tras un proceso de manifestación del consentimiento sorprendentemente rápido y por ello esperanzador, las cincuenta ratificaciones requeridas se alcanzaron en apenas año y medio, lo que permitirá su entrada en vigor el 24 de diciembre de 2014.

¹⁸ Teniendo en cuenta lo que más adelante se dirá sobre la regla de base en Derecho Internacional General sobre la legalidad del envío de armas a actores no estatales, derivada en parte del artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas, algunos autores han señalado que, aunque no expresamente, la prohibición estaría implícita en la obligación de no autorizar las transferencias que supongan “una violación de sus obligaciones internacionales pertinentes en virtud de los acuerdos internacionales en los que es parte” (art. 6.2 TCA). En este sentido, SMITH, B. y LANG, A., “Syria: The legality of arming the rebels after the lifting of the EU arms embargo”, House of Commons Library, SNIA/6667, 18.VI.2013; CLAPHAM, A., *Weapons and armed non-State actors*, en CASEY-MASLEN (ed.), *Weapons Under International Human Rights Law*, Cambridge, 2014, pp. 166; o CASSEY-MASLEN, “The Arms Trade Treaty: A major achievement”, en OUP Blog, disponible en <http://blog.oup.com/2013/04/un-arms-trade-treaty-pil/>.

en el ámbito convencional, en efecto, los únicos tratados¹⁹ que contemplan una prohibición expresa y más o menos inequívoca son, por comprensibles razones de dramático empirismo, los tratados africanos sobre armas pequeñas y ligeras adoptados, respectivamente, en el seno de la Comunidad Económica de Estados del África Occidental (ECOWAS/CEDEAO) y entre un grupo de países centroafricanos en el seno del Comité Consultivo Permanente de las Naciones Unidas sobre Cuestiones de Seguridad²⁰.

El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, por su parte, además de decretar en alrededor de una decena de ocasiones embargos de armas operativos exclusivamente o no respecto de grupos no estatales en países o territorios determinados²¹, ha adoptado también sendas resoluciones prohibiendo, de un lado, la transferencia de armas y materiales conexos de todo tipo “a los miembros de Al-Qaida y otros grupos asociados enumerados en las listas elaboradas en aplicación del modelo antiterrorista onusiano²² y, de otro, el suministro a agentes no estatales de cualquier tipo de material susceptible de ser empleado para desarrollar o fabricar armas de destrucción masiva (NBQ)²³.

El último instrumento “prohibicionista” digno de mención, la iniciativa sobre MANPADS adoptada en el seno del Acuerdo de Wassenaar²⁴, añade a su carácter sectorial y parcial, restringido a los dispositivos antiaéreos portátiles de uso personal, y a su ámbito de aplicación espacial limitado a los 42 Estados fabricantes y exportadores

¹⁹ El Protocolo sobre armas de fuego de 2001 adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas y elaborado en el seno de la Comisión sobre Prevención del Delito y de la Justicia Penal del ECOSOC, califica sí como tráfico ilícito la transferencia de armas “si cualquiera de los Estados Partes interesados no lo autoriza” (art. 3.e), y además cuenta ya con un número significativo de Estados parte (111). Sin embargo, no se debe olvidar la estrechez del concepto de ilicitud que maneja el protocolo, ya que esa calificación supone la obligación de tipificar el tráfico ilícito como delito, únicamente “cuando esos delitos (...) entrañen la participación de un grupo delictivo organizado” y que en la definición que de tales grupos se formula no parecen tener cabida los propios Estados (arts. 3.1 y 2.a de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional). Añádase que, según el artículo 4.2 del Protocolo, el mismo no se aplica “a las transferencias entre Estados ni a las transferencias estatales cuando la aplicación del protocolo pudiera perjudicar el derecho de un Estado Parte a adoptar medidas en aras de la seguridad nacional en consonancia con la carta de las NNUU”.

²⁰ Véase, respectivamente, el art. 3.2 de la Convención sobre armas pequeñas y ligeras de la Comunidad Económica de Estados de África Oriental, de 4 de julio de 2006, y el art. 4 de la Convención de Kinshasa sobre el control de armas ligeras y de pequeño calibre, de 30 de abril de 2010. Sólo la primera de ellas se encuentra en vigor. Sobre los citados instrumentos, puede verse AUTOR, *Título..., cit.*, pp. 54 y ss., y la bibliografía allí citada.

²¹ Se trata de los embargos decretados contra actores no estatales en Angola (Resolución 864 /1993), Ruanda y Estados vecinos (Resolución 1011/1995), Sierra Leona (Resolución 1171/1998), Afganistán (Resolución 1333/2000), República Democrática del Congo (Resolución 1493/2003), Liberia (Resolución 1521/2003), Iraq (Resolución 1546/2004), Darfur (Resolución 1556/2004), Líbano (Resolución 1701/2006) o Somalia (Resolución 1744/2007). Pueden consultarse en la base de datos del SIPRI sobre embargos de armas en la dirección de internet <http://www.sipri.org/databases/embargoes>.

²² Resolución 1390 (2002), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4452ª sesión, celebrada el 16 de enero de 2002.

²³ Resolución 1540 (2004), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4956ª sesión, celebrada el 28 de abril de 2004.

²⁴ Elements for Export Controls of Man portable Air Defence Systems (Agreed at the 2003 Plenary), disponible en http://www.wassenaar.org/2003Plenary/MANPADS_2003.htm.

de armas que integran el citado mecanismo, el carácter político y la consiguientemente deliberada exclusión de vinculatoriedad jurídica característica del mismo.

III. LA REGLA DE BASE A TENOR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: ASISTENCIA MILITAR, USO DE LA FUERZA Y NO INTERVENCIÓN

La constatada ausencia y las resistencias a formular una prohibición expresa, jurídicamente obligatoria y de carácter general, tanto desde el punto de vista de las armas consideradas como de los agentes no estatales destinatarios afectados, no debe sin embargo llevar a equívocos sobre el estatus quo vigente en la materia en el Derecho Internacional contemporáneo. La regla de base presenta un marcado carácter prohibicionista y es el resultado de la interpretación por la Corte Internacional de Justicia en los asuntos Nicaragua y Congo de dos principios estructurales del Derecho Internacional proclamados muy escueta y parcialmente en la Carta de Naciones Unidas (arts. 2.4 y 2.7), a la luz de la apreciación realizada de los mismos por los Estados, especialmente, en diversas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas y, más en particular aún, en la célebre Declaración sobre los Principios²⁵. Una declaración respecto de la que, en relación con un significativo número de sus disposiciones, y en especial, las relativas a los principios mencionados²⁶, el órgano judicial principal no ha dejado de insistir en su carácter consuetudinario²⁷.

La mencionada doctrina se puede resumir de la siguiente manera:

- Entrenar y armar a grupos armados que operan en el territorio de otro Estado, aun cuando no es por sí solo un factor de atribución del comportamiento de los hechos cometidos por tales grupos al Estado que presta tal asistencia, representa una violación, al mismo tiempo, del principio de no intervención en los asuntos internos²⁸ y de prohibición del uso de la fuerza²⁹.

²⁵ 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. Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

²⁶ Los pasajes más relevantes de la Declaración sobre los Principios a los efectos que nos interesan son los siguientes: “Todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otros Estados (...) cuando los actos a que se hace referencia en el presente párrafo impliquen el recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza” (principio de prohibición del uso de la fuerza, pfo. noveno); y “(t)odos los Estados deberán también abstenerse de organizar, apoyar, fomentar, financiar, instigar o tolerar actividades armadas, subversivas o terroristas encaminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado, y de intervenir en las luchas interiores de otro Estado” (principio de no intervención, pfo. segundo)

²⁷ De manera meridianamente clara, la CIJ señaló en el asunto del Congo, tras referirse a los dos pasajes reproducidos en la nota anterior, que “(t)hese provisions are declaratory of customary international law”. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2005*, para. 162, pp. 226-227.

²⁸ “It has to consider whether there might be indications of a practice illustrative of belief in a kind of general right for States to intervene, directly or indirectly, with or without armed force, in support of an internal opposition in another State, whose cause appeared particularly worthy by reason of the political

- La intervención militar o armada indirecta, pese a representar una violación del principio proclamado en el art. 2.4 de la Carta, constituye un uso menos grave de la fuerza armada o, en otros términos, una violación *minoris generis* de la prohibición del uso de la fuerza, contraria sí al Derecho Internacional, pero que no tiene la consideración de “ataque armado”³⁰. La fundamental consecuencia de tal argumentación es que la intervención armada indirecta, es decir, armar, instruir o entrenar a grupos armados que realizan actos de fuerza de cierta intensidad, no activa o hace operativa la que es considerada como única o principal excepción a la prohibición del uso de la fuerza susceptible de apreciación unilateral, es decir, la legítima defensa.

No puede ignorarse que la mencionada doctrina, incluso en su significado más elemental (armar a grupos armados opositores constituye como regla general una violación del Derecho Internacional) puede ser impugnada, y de hecho lo ha sido, por el difícil contraste de compatibilidad al que se enfrenta con la práctica internacional, es decir, con lo que frecuentemente hacen los propios Estados, sea unilateral o descentralizadamente, sea en el seno de instituciones internacionales. Comenzando por esto último, podría argumentarse que no tendría sentido que el Consejo de Seguridad decretara embargos de armas por los que se prohíbe la transferencia de armas a actores no estatales, exclusiva o adicionalmente a las destinadas a las autoridades estatales, si esa prohibición existiera ya en virtud del Derecho Internacional General. Tal

and moral values with which it was identified. For such a general right to come into existence would involve a fundamental modification of the customary law principle of non-intervention” (...) “The Court therefore finds that the support given by the United States, up to the end of September 1984, to the military and paramilitary activities of the contras in Nicaragua, by financial support, *training, supply of weapons*, intelligence and logistic support, constitutes a clear breach of the principle of non-intervention”. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986*, paras. 206 y 242, pp. 108 y 124-125, respectivamente. “In the case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), the Court made it clear that the *principle of non-intervention prohibits a State “to intervene, directly or indirectly, with or without armed force, in support of an internal opposition in another State”*, ICJ, *Armed Activities (Congo, 2005)*, cit., para. 164, p. 227. Todas las cursivas de los textos reproducidos son del autor.

²⁹ “The Court therefore finds that no such general right of intervention, in support of an opposition within another State, exists in contemporary international law. The Court concludes that acts constituting a breach of the customary principle of non-intervention will also, if they directly or indirectly involve the use of force, constitute a breach of the principle of non-use of force in international relations”. ICJ, *Military Activities (Nicaragua, 1986)*, cit., para. 209, pp. 109-110. Y, en el mismo sentido, ICJ, *Armed Activities (Congo, 2005)*, para. 164, p. 227.

³⁰ ICJ, *Military Activities (Nicaragua, 1986)*, cit, paras. 191, 193-195, 211, 230, 247. De acuerdo con este último apartado, “(s)o far as regards the allegations of supply of arms by Nicaragua to the armed opposition in El Salvador, the Court has indicated that while the concept of an armed attack includes the dispatch by one State of armed bands into the territory of another State, the supply of arms and other support to such bands cannot be equated with armed attack. Nevertheless, such activities may well constitute a breach of the principle of the non-use of force and an intervention in the internal affairs of a State, that is, a form of conduct which is certainly wrongful, but is of lesser gravity than an armed attack”. La distinción entre dos tipos de violaciones del principio de prohibición del uso de la fuerza a los efectos del ejercicio del derecho de legítima defensa sería reiterada, aunque en un supuesto de uso directo de la fuerza y no de intervención indirecta, en el asunto relativo a las plataformas petrolíferas. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2003*, para. 51, pp. 186-187.

argumentación, sin embargo, olvida en nuestra opinión que, al margen de que a tales embargos podría atribuirse un valor de reafirmación y no de impugnación de la norma, este tipo de resoluciones tienen al menos un doble valor añadido que refuerza y no merma la vigencia de la norma. Por una parte, los embargos suponen extender la prohibición a supuestos a los que, o no llega o no está del todo claro si llega, la regla general, por ejemplo por mediar consentimiento del gobierno (por ejemplo, para armar a paramilitares) o por referirse a dispositivos respecto de los que pueda dudarse si tienen la condición de armamentos³¹. Por otra, no debe olvidarse que las resoluciones del Consejo de Seguridad que adoptan sanciones acostumbran a constituir comités encargados de supervisar de modo más o menos sistemático y exhaustivo su cumplimiento.

En segundo lugar, constituye una constante que en modo alguno acabó con la Guerra Fría y sus características guerras *proxi*, como pone de manifiesto el propio conflicto sirio³², que muchos Estados no renuncian a intervenir intensamente en conflictos internos desarrollados en otros países, armando y asistiendo a los grupos rebeldes o de oposición. Y de ahí que no falten quienes han cuestionado que la práctica confirme la regla y que, por tanto, la norma en vigor en Derecho Internacional General abone la idea de la ilegalidad de la asistencia armada a los grupos opositores³³. Sin embargo, como de manera convincente ha demostrado O. CORTEN, la anterior argumentación, que sobrevuela no sólo éste sino todos los demás aspectos de la prohibición formulada en el art. 2.4 de la Carta, se basa en una concepción metodológica (el denominado por el citado autor *extensive approach*) que, entre otras cosas, privilegia lo que los Estados, especialmente los más poderosos, hacen, sobre el consenso y la convicción general resultante de los posicionamientos más mayoritarios y representativos que hacen la generalidad de los Estados en el seno de instituciones internacionales globales, en particular, la Asamblea General de Naciones Unidas³⁴. Independientemente de la postura que se adopte sobre el particular, quizá no convenga olvidar cuál es el criterio asumido por la CIJ en lo que a la formación de la norma internacional respecta, el cual enfatiza el significado jurídico de la práctica de los Estados, esto es, lo que revela su comportamiento sobre lo que creen o quieren que sea el Derecho³⁵. Y si la *opinio iuris* en contra de la legalidad de las transferencias de armas a actores no estatales se deduce positivamente, entre otras cosas, de numerosas resoluciones de la Asamblea General de

³¹ En este sentido, FLORQUIN, N., y DEDREY WARNER, E., “Engaging non-state armed groups or listing terrorists? Implications for the arms control community”, en K. Vignard (ed.), *Engaging non-State Armed Groups*, Unidir Disarmament Forum, 1, 2008, pp. 16 y ss.

³² Para un repaso a los diferentes actores implicados, por activa y por pasiva, en las transferencias de armas destinadas a territorio sirio, véase DE GROOF, M., “Arms Transfers to the Syrian Arab Republic” Group for Research and Information on Peace and Security (GRIP) (2013), 18 (www.grip.org/fr/node/1132).

³³ LOWE, V., “The principle of non-intervention: Use of Force”, en V. Lowe y C. Warbrick (eds.), *The United Nations and the principles of International Law*, 1994, p. 66.

³⁴ CORTEN, O., *The Law against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, 2010, pp. 7 y ss.. Puede verse, también, del mismo autor, “The controversies over the customary prohibition on the use of force”, *EJIL*, vol. 16 (2005), pp. 803 y ss..

³⁵ Vid., por todos, HUESA VINAIXA, R., *El nuevo alcance de la opinio iuris en el Derecho internacional contemporáneo*, Valencia, 1991.

Naciones Unidas, la existencia de una costumbre favorable a esa legalidad queda descartada si se repara en que en la abrumadora mayoría de los casos de la práctica esas transferencias son clandestinas (*covert transfers*), sin que sea desmesurado pensar que la conciencia de su ilegalidad sea un factor determinante de esa realidad. En otros términos, la *opinio iuris* que cabe extraer de la práctica opera tanto a favor de la ilegalidad de las transferencias como en contra de su legalidad.

El tercer elemento de la práctica que podría esgrimirse es la ya conocida ausencia, después de reiterados intentos, de una formalización escrita de la prohibición, especialmente a través de compromisos convencionales de vocación universal. Sin embargo, el análisis de cómo se desarrollaron esos intentos, ya sea en el marco de los trabajos de Naciones Unidas relativos a las armas pequeñas y ligeras (PoA), o los más recientes del TCA³⁶, deja a las claras dos cosas: por una parte, que quienes han impedido la positivación escrita de la norma han constituido siempre una minoría; y por otra, que su rechazo ha venido motivado, no por una impugnación general de la norma, sino por la invocación de unos *hard cases* o supuestos excepcionales de difícil concreción en los que deberían considerarse legítimas las transferencias de armas. En este sentido, podría decirse recordando una célebre afirmación del Tribunal de La Haya³⁷, que esa ausencia de previsión en un instrumento universal refuerza y no debilita la regla prohibitiva general.

Lamentablemente, sin embargo, no por considerar que existe casi plena unanimidad sobre el sentido de la regla general vigente en Derecho internacional el tema queda solucionado. Especialmente si se repara en que, como vamos a ver a continuación, las incertidumbres sobre el contenido y alcance de la propia regla y las dudas sobre las posibles excepciones aplicables y el contenido de las mismas, amenaza muy seriamente con reducir e incluso hasta con vaciar el significado o la eficacia de la regla general. En las siguientes líneas se analizarán los diferentes motivos esgrimidos en la doctrina y en la práctica estatal para justificar legalmente la asistencia militar y especialmente el envío de armas a actores no estatales, incluyendo los que derivan de las dos excepciones más amplia e inequívocamente admitidas al principio de prohibición del uso de la fuerza.

IV. ARMAS, MATERIAL MILITAR DEFENSIVO Y EQUIPAMIENTO NO LETAL

En la práctica relativa a los embargos de armas acordados estos últimos años es apreciable una clara tendencia a excluir de su alcance determinado material y algunos dispositivos identificados por su condición no letal o no mortífero y/o por su carácter exclusivamente defensivo o de protección. Así, por ejemplo, en la Resolución 1970 del Consejo de Seguridad se excluía del embargo de armas a Libia “los suministros de

³⁶ Ver supra, epígrafe II.

³⁷ “If a State acts in a way prima facie incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State's conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule”. *Military Activities* (Nicaragua, 1986), cit., para. 186, p. 98.

equipo militar no letal con fines exclusivamente humanitarios o de protección” previamente aprobados por el Comité establecido en esa misma resolución (Res 1970, para. 9.b)³⁸. De manera similar, en la Decisión del Consejo de la Unión Europea de 2011 se excluía del ámbito de aplicación del embargo de armas a Siria los “equipos militares no letales o de equipos que puedan utilizarse para la represión interna y que estén destinados exclusivamente a uso humanitario o de protección”³⁹. Al amparo unas veces de esas excepciones, y de forma unilateral y plenamente descentralizada otras, diversos Estados se han planteado la posibilidad de suministrar equipo de este tipo a Grupos armados no estatales, han reconocido haberlo hecho o, simplemente, se ha revelado con posterioridad su realización.

El tipo de material entregado con base en su carácter no letal y en su finalidad defensiva o humanitaria incluiría, a tenor de la práctica, no sólo utensilios tales como chalecos antibalas, uniformes, cascos, botas militares, o sacos y barreras para la construcción de posiciones defensivas⁴⁰, sino también equipos de comunicaciones, teléfonos vía satélite o vehículos sin capacidad de combate⁴¹.

La ausencia de una definición de lo que se entiende por armas en el ámbito del *ius ad bellum* dificulta indudablemente la tarea de dar una respuesta clara e indubitada a la cuestión de si el suministro de este tipo de material constituye una violación del principio de prohibición del uso de la fuerza. Es indudable, sí, que armar a los rebeldes se considera una violación del citado principio en la Declaración de la Resolución 2625 y, como hemos visto, así ha sido considerado por la Corte Internacional de Justicia. Pero ni en la citada Declaración ni en los pronunciamientos del órgano judicial principal de Naciones Unidas está claro si el material de protección o no letal constituye o no armamento. El recurso a otros sectores próximos del Derecho internacional podría sin embargo resultar de utilidad a estos efectos. Así, en ámbitos vinculados con el Derecho internacional del desarme, y ante la imposibilidad de alcanzar una definición general omnicompreensiva, se ha recurrido a listados de artilugios, dispositivos y mecanismos que, con carácter general, parecen incorporar la necesidad de que los mismos dispongan de un potencial como mínimo ofensivo, lesivo y/o destructivo⁴².

³⁸ La excepción es en realidad una fórmula habitual en la práctica totalidad de embargos de armas decididos por el Consejo de Seguridad, el cual supedita casi siempre la operatividad de la excepción a su previa autorización por el correspondiente Comité de sanciones. Véanse, entre otros, los relativos a Afganistán (Resolución 1333/2000, para. 6), Sudán (Resolución 1556/2004, para. 9), Costa de Marfil (Resolución 1572/2004, para. 8.b), o República Centroafricana (Res. 2127/2013, para. 54.b).

³⁹ Decisión 2011/273/PESC del Consejo, de 9 de mayo de 2011, relativa a la adopción de medidas restrictivas contra Siria, art. 2.1.b. DO L 121, de 10.V.2011, pp. 11 y ss..

⁴⁰ Los citados materiales son los que varios países declararon haber enviado a los rebeldes libios. *Final Report of the Panel of Experts established pursuant to Security Council resolution 1973 (2011) concerning Libya*, UN Doc. S/2012/163, 20 Mar. 2012, Para. 79-85.

⁴¹ HENDERSON, CH., “The Provision of Arms and ‘non-lethal’ assistance to governmental and opposition forces”, *UNSW Law Journal*, Vol. 36 (2), pp., PP. 659-660.

⁴² En alguno de los muchos documentos de trabajo presentados por la presidencia durante el desarrollo de los trabajos preparatorios del TCA se trató de ensanchar su ámbito de aplicación eliminando de las siete categorías del Registro de Armas Convencionales de Naciones Unidas (UNROCA) las referencias a la naturaleza ofensiva, de ataque o de guerra de los dispositivos en él contemplados, a fin de incluir otros vehículos blindados, aviones, helicópteros o buques militares. Y lo propio cabe decir del intento de

Por su parte, en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario y, más concretamente, dentro del sector relativo a la regulación de los métodos y medios de combate -el tradicionalmente llamado “Derecho de La Haya”- no existe tampoco una definición expresa, si bien a partir de los principios de proporcionalidad y necesidad podría defenderse una concepción maximalista basada en incluir todo tipo de equipos y materiales susceptibles de reforzar la posición de cualquiera de las partes beligerantes de cara a la consecución de la victoria militar, mediante el debilitamiento o neutralización del enemigo o su material⁴³. No obstante, incluso en ese ámbito y a partir de esos mismos principios parece tener mayor predicamento una posición más restrictiva que pone el énfasis en la capacidad de los dispositivos en cuestión de causar daños o sufrimientos a bienes y personas. En esta línea, algún autor ha recordado la distinción entre los términos ingleses de “arms” y “weapons”, identificando el primero con los dispositivos específicamente fabricados para matar o herir, y el segundo con cualquier dispositivo construido, adaptado o usado para matar, dañar, desorientar, incapacitar o afectar la conducta de una persona contra su voluntad, o para dañar o destruir material o edificios⁴⁴.

De lo anterior cabría concluir que el material no letal o de estricta protección seguramente no merezca normativamente la calificación de armamento⁴⁵. Y, con ello, que su suministro a grupos de oposición muy probablemente no deba considerarse como una violación del principio de prohibición del uso de la fuerza. Eso no significa, sin embargo, que el suministro de este tipo de material resulte compatible con otras normas de Derecho internacional. Hay que recordar, en este sentido, que bajo el paraguas del

excluir de la definición de “armas pequeñas y ligeras” la exigencia de que las mismas revistan carácter letal, tal como hacen el Protocolo sobre armas de fuego de 2001 y el Instrumento sobre identificación y localización de armas pequeñas y ligeras ilícitas de 2005, adoptado en el marco del PoA. Finalmente, sin embargo, el TCA no incorpora definición alguna de lo que debe entenderse por armas, remitiéndose a las listas nacionales que aprueben los Estados parte y que no podrán ser más restrictivas que las descripciones utilizadas en el Registro de Armas Convencionales y en los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas relativos a armas pequeñas y ligeras (art. 5.3). Por tanto, el mínimo obligatorio parece exigir que los dispositivos revistan una naturaleza destructiva, lesiva u ofensiva. Sobre todo ello, SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Hacia una regulación global...*, cit., pp. 101 y ss.

⁴³ El principio de proporcionalidad, que prohíbe el empleo de medios de combate que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios se encuentra formulado en los artículos 23.e del Reglamento sobre las Leyes y Usos de la Guerra terrestre, anejo al Convenio de La Haya de 1907, y 35.2 del Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a los conflictos armados internacionales de 1977. Sobre el principio de necesidad, S. OETER, “Methods and Means of Combat”, en FLECK, D. (Ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3ª edición, Oxford, 2013.

⁴⁴ “Editor’s Preface”, en CASEY-MASLEN, S. (ed.), *Weapons under International Human Rights Law*, 2014, pp. xv y ss.. Esa capacidad destructiva, lesiva o de causación de daños es considerada como elemento definitorio del concepto de armas a los efectos de la aplicación del mecanismo de revisión de las armas nuevas del artículo 36 PAI en la mayor parte de los manuales, directrices o instrucciones nacionales que han tratado de delimitar su alcance objetivo. Véase, ICRC, *A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare. Measures to Implement Article 36 of Additional Protocol I of 1977*, Ginebra, 2006, pp. 9-10.

⁴⁵ Lo que no significa que no tenga la consideración de “material militar”, de “material susceptible de ser usado a efectos de represión interna” o de “material de doble uso” y que su transferencia pueda estar sometida a mecanismos nacionales o internacionales de control, como ocurre por ejemplo en el seno de la Unión Europea.

principio de no intervención, en la *Declaración sobre los Principios* se prohíbe, entre otras cosas, apoyar o financiar “actividades armadas subversivas o terroristas encaminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado, y de intervención en las luchas interiores de otro Estado”. Y que, por ello, en el asunto Nicaragua, la CIJ consideró que el simple envío de fondos por parte de Estados Unidos a los *contras*, si bien no podía considerarse como una amenaza o uso de la fuerza contra Nicaragua, constituía indudablemente un acto de intervención en los asuntos internos de este país⁴⁶.

La anterior afirmación, válida para el material no letal de carácter protector o defensivo, quizá deba matizarse respecto del material no letal “destinado exclusivamente a uso humanitario”, expresión cuya ambigüedad permitiría dar cobertura a materiales tales como los equipos de comunicaciones o los dispositivos de visión nocturna que no son susceptibles de causar por sí daños o lesiones, pero sí de reforzar la capacidad ofensiva frente al enemigo, sobre la base del destino humanitario o de protección de civiles que el usuario final presuntamente les dará. Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá en torno a la llamada intervención humanitaria y la responsabilidad de proteger, no puede olvidarse que en el asunto Nicaragua, y en relación con la previsión en la legislación estadounidense de la posibilidad de enviar alimentos, vestido, medicinas y otra asistencia que no incluía el suministro de armas, municiones, vehículos o material susceptible de ser utilizado para causar “daños corporales graves o la muerte”, la CIJ reconoció que tal modalidad de asistencia humanitaria podría ser compatible con el principio de no intervención, pero sólo si la misma se ajustaba a ciertos requisitos relativos a la finalidad de protección de la vida y la salud, su distribución de forma no discriminatoria y de acuerdo a consideraciones exclusivas de necesidad, y garantizando la atención prioritaria a los casos más urgentes⁴⁷. A tenor de la citada doctrina, el suministro de material no letal esgrimiendo la finalidad humanitaria, pero limitándolo a una sola de las partes contendientes, debería ser calificada como una violación del principio de no intervención⁴⁸.

V. AUTORIZACIÓN POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS

En la que constituye una de las dos excepciones incuestionablemente admitidas a la prohibición del uso de la fuerza, hoy está fuera de duda que el órgano al que la Carta de Naciones Unidas confiere la responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales puede autorizar el uso de la fuerza armada cuando, dentro de muy amplios márgenes de apreciación, considera que una situación constituye una

⁴⁶ ICJ, *Military Activities (Nicaragua, 1986)*, cit., para. 228, p. 109. Como se ha señalado entre la doctrina, desde el punto de vista de la jurisprudencia de la Corte y los instrumentos de la Asamblea General relativos a la no intervención, no se hace ninguna distinción entre los dos tipos de apoyo, armas o asistencia no letal. La clave, desde esta perspectiva, es si la asistencia puede influenciar el resultado del conflicto. Y la implicación no es otra que afirmar que el suministro de asistencia no letal, como chalecos antibalas o vehículos blindados, constituye una violación del principio de no intervención. RUYSS, T., “Of Arms, Funding and “Nonlethal Assistance” – Issues Surrounding Third-State Intervention in the Syrian Civil War”, *Chinese JIL*, vol. 15 (2014), pp. 54-55

⁴⁷ ICJ, *Military Activities (Nicaragua, 1986)*, para. 243, p. 125.

⁴⁸ En este sentido, HENDERSON, CH., “The provision...”, cit., p. 650.

amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión. La activación del sistema de seguridad tras el desbloqueo de la situación de parálisis a que lo condujo el esquema rígidamente bipolar de la Guerra Fría ha supuesto, además, una reinterpretación de la Carta que implica, en lo que se refiere a las medidas coercitivas que comportan el uso de la fuerza, que tales medidas no son ejercidas por el propio Consejo de Seguridad a través de fuerzas puestas a su disposición por los Estados miembros, sino de manera menos institucionalizada por coaliciones de Estados dispuestos a y capaces de ejercer la coerción armada autorizada por dicho órgano.

La discrecionalidad con la que habitualmente se mueve y quiere moverse el Consejo de Seguridad explica que la activación del artículo 42 de la Carta se realice a través de resoluciones que, utilizando una fórmula de considerable amplitud, autoriza a todos los Estados a adoptar “todas las medidas necesarias” para la consecución de la finalidad perseguida, sea poner fin a una invasión (Conflicto Irak-Kuwait) o a una crisis humanitaria (Bosnia, Somalia, Ruanda), restaurar la democracia o el orden público (Timor, Albania o Liberia), garantizar la aplicación forzosa de sanciones económicas decididas por el propio Consejo de Seguridad o asegurar la protección de los civiles y las zonas pobladas por civiles (Libia).

Dos son las cuestiones que cabe plantear aquí en lo que se afecta a la relación entre el sistema de seguridad colectiva de la Carta y la prohibición de la intervención armada indirecta. La primera se refiere, en abstracto, a si dentro de las atribuciones del Consejo de Seguridad en virtud del artículo 42 de la Carta cabe considerar incluida la posibilidad de exceptuar dicha prohibición o, en otros términos, de autorizar el envío de armas o el entrenamiento militar a Grupos Armados no Estatales implicados en una contienda interna. La respuesta parece que debe ser necesariamente positiva por, al menos, dos razones. Por una parte, un argumento *a fortiori*, según el cual si hoy está generalmente aceptado que el artículo 42 permite al Consejo de Seguridad autorizar usos graves de la fuerza armada, susceptibles de ser calificados como ataque armado o agresión de no mediar esa autorización, no parece que pueda dejar de admitirse que la autorización se limite a medidas que por ser consideradas usos menos graves de la fuerza armada no son susceptibles de catalogarse como ataques armados o actos de agresión. Por otra parte, la práctica internacional parece avalar una interpretación extensiva de las atribuciones del Consejo de Seguridad sobre la base del Capítulo VII, hasta el punto de considerar incluidas dentro de sus atribuciones en ese marco la creación de tribunales penales internacionales o, no sin controversia, el desarrollo de funciones legislativas en el ámbito de la lucha contra el terrorismo internacional. En este sentido, algún autor ha sugerido que la antes señalada excepción respecto del material no letal defensivo o de protección incluida en algunas de las Resoluciones del Consejo de Seguridad que establecen embargos de armas debería interpretarse como una autorización implícita para el envío de tal tipo de dispositivos⁴⁹.

La segunda cuestión a apuntar aquí suscita el tema de si debe entenderse que todas o algunas de las autorizaciones para “adoptar todas las medidas necesarias” sobre la base

⁴⁹ HENDERSON, CH, “The Provision...”, cit., pp. 656-657.

del art. 42 de la Carta deben considerarse como una autorización no solo para la intervención armada directa, sino también para actuaciones indirectas tales como el suministro de armas o el entrenamiento militar a los GANes. Aunque con perfiles ciertamente específicos⁵⁰, la cuestión se planteó con ocasión de la crisis libia ante la pretensión francesa de ampararse en la resolución 1973, ya no sólo para justificar los ataques llevados a cabo por aviones de combate *Rafale* en el marco de la “operación *Harmattan*”, sino también para dar cobertura a su pretensión, al parecer finalmente materializada de manera efectiva, de suministrar armas a las milicias del CNT, propuesta que sería también apoyada por Estados Unidos y Reino Unido⁵¹. La actuación francesa fue objeto de protestas por parte de Rusia, China e India, aunque no porque consideraran que la autorización de adoptar “todas las medidas necesarias” no fuera susceptible de cubrir las transferencias de armas, sino por entender, de una parte, que la Resolución 1973 no había levantado el embargo de armas decretado por la resolución 1970; y, por otra, que toda esa actuación no estaba dirigida a proteger a los civiles y a las zonas civiles, sino a favorecer y apoyar a los grupos rebeldes en su objetivo de acabar con el régimen de M. Al Gadafi. Seguramente sea esta última la perspectiva adecuada para responder a la cuestión planteada: la autorización de adoptar “todas las medidas necesarias” incluye actuaciones de intervención armada indirecta si no cabe deducir que la intención del Consejo de Seguridad era descartarlas, el suministro de armas es adecuado para conseguir la finalidad para la que se autorizó el uso de la fuerza y, por supuesto, si con ese uso menor de la fuerza se persigue efectivamente esa finalidad y no otra distinta.

VI. INTERVENCIÓN INDIRECTA EN LEGÍTIMA DEFENSA

Argumentos parecidos a alguno de los apuntados en relación con la autorización del Consejo de Seguridad podrían utilizarse respecto de la segunda excepción indiscutiblemente admitida a la prohibición del uso de la fuerza. El recurso al derecho de legítima defensa como título legitimador de una intervención armada indirecta puede sustentarse, en efecto, en un argumento *a fortiori*, de acuerdo con el cual si un ataque armado justifica una respuesta armada *majoris generis* proporcional a dicho ataque, también justificaría un uso menor de la fuerza. La cuestión habría sido abordada más directamente por la CIJ en el asunto relativo a las actividades armadas en el territorio del Congo tras el reconocimiento por la Corte de que la República Democrática del

⁵⁰ La especificidad del precedente viene determinada, por una parte, porque existía un embargo de armas decretado tres meses antes (Resolución 1970) y, por otra, porque en el propio apartado de la Resolución 1973 por la que se autorizaba la adopción de todas las medidas necesarias, se hacía la salvedad, de significado dudoso, en virtud de la cual esa autorización era “pese a lo dispuesto el párrafo 9 de la resolución 1970 (2011)”.

⁵¹ Al respecto, HOLTOM, P., “Prohibiting...”, cit., pp. 14-15; o HENDERSON, CH., “International measures for the protection of Civilians in Libya and Côte d’Ivoire”, *ICLQ*, vol. 60 (2011), p. 767. Aunque las autoridades francesas solicitaron confidencialidad cuando notificaron los suministros realizados en abril de 2011 al Panel de Expertos sobre Libia, diversos medios de comunicación informaron que los envíos afectaron a lanzacohetes, fusiles de asalto, metralletas y sobre todo misiles antitanque. GELIE, PH., “La France a parachuté des armes aux rebelles libyens”, *Le Figaro*, 28.VI.2011; CHARBONNEAU, L., “Arming Rebels doesn’t violates U.N. sanctions: France”, Reuters, 29.VI.2011.

Consejo había sido objeto de un ataque armado, de no ser porque acabó estimando que los hechos alegados por Uganda relativos a la participación de tropas congoleñas en los ataques de los rebeldes anti-ugandeses y, especialmente, el entrenamiento, suministro de armas, equipamiento y financiación a los insurgentes no podía considerarse probado. No obstante, podría entenderse la aceptación por la Corte de la intervención armada indirecta en estos casos cuando afirma que:

“It follows that any military action taken by the DRC against Uganda during this period could not be deemed wrongful since it would be justified as action taken in self-defence under Article 51 of the United Nations Charter”⁵²

Aceptar esa posibilidad no supone, sin embargo, una autorización en blanco para el suministro ilimitado e incondicionado de armamentos a los grupos de oposición respecto del Estado “agresor”. Los mismos límites y requisitos a los que se supedita el uso “mayor” de la fuerza en legítima defensa, en particular, los derivados de los principios de necesidad y proporcionalidad y la notificación inmediata al Consejo de Seguridad, deben entenderse operativos respecto de los actos de intervención armada indirecta pretendidamente realizados bajo esa cobertura. Y desde esta perspectiva, no parece que deba dejar de considerarse no solo la idoneidad de los suministros de armas como vía de respuesta para repeler un ataque armado previo, sino también su proporcionalidad teniendo en cuenta el coste para la seguridad humana que comporta el riesgo, en absoluto meramente hipotético a la luz de las experiencias libia y siria, de que las armas dirigidas a actores no estatales acaben en manos no deseadas o sean utilizadas para violar los derechos humanos o el Derecho Internacional humanitario. En otros términos, a la hora de valorar la proporcionalidad de la respuesta, no debe descartarse que lo que técnicamente es un uso “menor” de la fuerza armada sea potencialmente en muchos casos una intervención con mayores y peores consecuencias que una intervención armada directa.

La cuestión ha vuelto a ponerse de actualidad como consecuencia del inesperado giro experimentado por el conflicto sirio ante el auge del Estado Islámico (IS, en lo sucesivo). En un contexto caracterizado por las reticencias de los Estados occidentales a enviar tropas sobre el terreno –reticencias, por lo demás, más que comprensibles a tenor del elevadísimo coste en términos de bajas en los conflictos de Afganistán e Irán- el fortalecimiento de los grupos de oposición al EI, en particular las milicias kurdas (*peshmergas*), se ha convertido junto a los bombardeos a distancia en una de las principales opciones barajadas por la coalición internacional. En un contexto caracterizado por la deslegitimación de quien era hasta hace poco el principal enemigo en Siria, y el consiguiente rechazo por los miembros de esa coalición a buscar su autorización para justificar una intervención en Siria, la mayor parte de sus integrantes han optado por centrar sus actuaciones en territorio iraquí con el beneplácito del nuevo gobierno de Haider al-Abadi. Sin embargo, Estados Unidos, apoyado al menos por fuerzas de Arabia Saudí, Jordania, Qatar, Bahrein y Emiratos Árabes Unidos, no ha dudado en extender sus operaciones al territorio sirio, tanto a través de bombardeos

⁵² ICJ, *Armed Activities (Congo, 2005)*, cit., para 304, p. 269. Las cursivas son del autor.

aéreos, tripulados o no, y navales, como mediante el suministro de armas a los grupos del Kurdistán sirio opuestos al EI.

El recurso a la legítima defensa como expediente para justificar la operación resulta meridianamente claro en la carta enviada al Consejo de Seguridad por la representante permanente de Estados Unidos en Naciones Unidas. En ella, recuerda la petición del gobierno iraquí para que Estados Unidos lidere los esfuerzos internacionales para atacar al EI en Iraq. Pero, a continuación, añade que el EI es una amenaza no solo para Iraq, sino también para otros países, incluyendo a Estados Unidos, esgrimiendo entonces el artículo 51 de la Carta para justificar el recurso a la legítima defensa,

*“when, as is the case here, the government of the State where the threat is located is unwilling or unable to prevent the use of its territory for such attacks”*⁵³

De este modo, en un caso en que se invoca para justificar usos graves y menos graves de la fuerza armada se vuelve a plantear la cuestión del alcance, requisitos y límites de la legítima defensa, y más particularmente, si la noción de ataque armado identificada como supuesto de hecho necesario para la activación del derecho de legítima defensa puede venir constituido por un ataque procedente, no de un Estado, sino de un actor no estatal y, más concretamente, un grupo terrorista. Como es sabido, una respuesta negativa podía desprenderse, al menos implícitamente y entre otras cosas, de la insistencia de la CIJ en los asuntos *Nicaragua* y *Congo* en atribuir los actos de violencia de grupos insurgentes a un Estado como paso previo para entender justificada una respuesta armada en legítima defensa contra dicho Estado⁵⁴. La duda, sin embargo, quedó sembrada a partir del momento en que Estados Unidos apeló al derecho de legítima defensa para justificar su respuesta de guerra global contra el terror tras el 11-S, la generalizada falta de oposición a esa actitud por la inmensa mayoría de Estados, y el aval que a la misma se dio en el preámbulo de unas Resoluciones del Consejo de Seguridad (1368 y 1373) que, pese a todo, en su parte dispositiva fundamentaban la legalidad de la respuesta armada en Afganistán, no en el artículo 51 de la Carta sino en el 42, esto es, en el sistema de seguridad colectiva⁵⁵.

⁵³ La carta, de 23 de septiembre de 2014, está disponible en la siguiente dirección de internet: <http://www.businessinsider.com/the-syria-strikes-and-international-law-2014-9>

⁵⁴ Precisamente por ello, los dos citados asuntos constituyen los casos de referencia a la hora de desentrañar el alcance, no siempre bien comprendido, de los títulos de atribución contemplados en los artículos 5 y sobre todo 8 del Proyecto de Artículos de la CDI en materia de responsabilidad internacional del Estado. Sobre el particular, GUTIERREZ ESPADA, *El hecho ilícito internacional*, Madrid, 2005, pp. 94 y ss.; y BALLESTEROS MOYA, V., *La atribución al Estado del comportamiento de los particulares en el ámbito de la responsabilidad internacional* (en prensa).

⁵⁵ Para hacerse una perspectiva sobre la cuestión a raíz del 11-S, pueden consultarse las contribuciones publicadas bajo el título “El Orden Internacional tras los atentados del 11 de septiembre de 2011” en *REDI*, vol. 53 (2001), en particular, las de REMIRO BROTONS, A., “Terrorismo mantenimiento de la paz y nuevo orden”, pp. 153-157; GONZÁLEZ VEGA, J.A., “Los atentados del 11 de septiembre, la operación Libertad duradera y el derecho de legítima defensa”, pp. 250-257; y ALCAIDE FERNÁNDEZ, “La guerra contra el terrorismo: ¿una OPA hostil al Derecho de la comunidad internacional”, pp. 298-302.

Es cierto, sin embargo, que la duda quedó acrecentada cuando, en el dictamen sobre la legalidad del muro, la propia Corte eludió rechazar tajantemente esa interpretación, limitándose a afirmar que en el caso concreto, y tratándose de presuntos ataques terroristas procedentes de un territorio sometido al control de Israel, la legítima defensa invocada por dicho Estado para justificar la construcción del muro no resultaba operativa⁵⁶. Sin que pueda ahora entrarse en un examen más en profundidad del debate planteado, no puede dejar de señalarse que, en la situación de incertidumbre así reinante sobre el estado del Derecho Internacional⁵⁷, el precedente que representa el caso sirio adquiere una notoria relevancia, y en este sentido, las posiciones favorables a esa extensión de la legítima defensa, limitadas a Estados Unidos y el puñado de Estados árabes que intervienen abiertamente en Siria contra el IS⁵⁸, se encuentra claramente contrarrestada por la posición de los Estados miembros de la Unión Europea, quienes de manera implícita parecen considerar como un impedimento para esa intervención la ausencia de invitación, por lo demás no pedida, del gobierno sirio. No se olvide, además que, tomando en consideración las víctimas occidentales del IS, dos de esos Estados europeos como mínimo, pueden considerarse legítimamente tan objetivo de dicho grupo como los propios Estados Unidos.

⁵⁶ “Article 51 of the Charter thus recognizes the existence of an inherent right of self-defence in the case of armed attack by one State against another State. However, Israel does not claim that the attacks against it are imputable to a foreign State; The Court also notes that Israel exercises control in the Occupied Palestinian Territory and that, as Israel itself states, the threat which it regards as justifying the construction of the wall originates within, and not outside, that territory. The situation is thus different from that contemplated by Security Council resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001), and therefore Israel could not in any event invoke those resolutions in support of its claim to be exercising a right of self-defence; Consequently, the Court concludes that Article 51 of the Charter has no relevance in this case”. *CJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, para. 139, p. 62. Téngase en cuenta que, incluso quienes defienden el derecho de legítima defensa frente a ataques dirigidos por grupos terroristas, supeditan ese derecho a que el Estado en cuyo territorio actúan esos grupos no pueda o no quiera actuar contra los mismos.

⁵⁷ En esa situación no ha dejado de verse una suerte de escisión entre la academia, especialmente europea, y las cancillerías. Resulta muy recomendable, para calibrar el estado de la cuestión, el debate suscitado recientemente en el *American Journal of International Law* a partir, de una parte, de la propuesta de Principios sobre la cuestión de D. Bethlehem, orientados a racionalizar y reglamentar un derecho de legítima defensa que se da por supuesto incluso en ausencia de consentimiento del Estado del territorio cuando éste no puede poner fin a la actuación del actor no estatal, y de otra, las respuestas, notablemente críticas, de D. Tladi, D. Akande y Th. Liefländer. D. BETHLEHEM “Self-Defense Against an Imminent or Actual Armed Attack by Nonstate Actors”, 106 *AJIL* 769, 773 (2012); D. AKANDE Y TH. LIEFLÄNDER, “Clarifying Necessity, Imminence, and Proportionality in the Law of Self-Defense”, *AJIL*, vol. 107 (2013), pp. 563 y ss.; D. TLADI, “The Non-consenting Innocent State: The Problem with Bethlehem Principle 12”, *AJIL*, vol. 107 (2013), pp. 569 y ss.

⁵⁸ A los Estados mencionados que parecen adherirse a la tesis de la legítima defensa directa contra actores no estatales, habría que sumar Turquía, cuyo Parlamento autorizó el 2 de octubre de 2014 el despliegue de fuerzas para desarrollar operaciones fronterizas e intervenir en países extranjeros para “afrentar la inestabilidad regional”. Los recelos que mantiene sin embargo respecto de los grupos armados turcos del norte de Iraq le han llevado a rechazar la posibilidad de suministrarles armamento y apoyo logístico. HALDUN SOLMARZTURK, E., “Will Turkey Fight Islamic State?”, Chatham House, 8.X.2014, disponible en www.chathamhouse.org. No obstante, los avances del Estado Islámico en la zona de Kobane han llevado a Turquía a permitir a los *peshmerga* iraquíes el acceso a Siria por su territorio para unirse a los combates contra el mencionado grupo. “Syria IS: Iraqi Peshmerga fighters enter Kobane”, BBC News, 30.X.2014.

VII. INTERVENCIÓN POR INVITACIÓN: LA LICITUD DE LOS SUMINISTROS DE ARMAS A GRUPOS ARMADOS NO ESTATALES A PETICIÓN DEL GOBIERNO

En relación con lo que se acaba de señalar, otro aspecto relativamente novedoso suscitado en la segunda fase del conflicto sirio se refiere a la virtualidad justificadora que respecto de las transferencias de armas a grupos armados no estatales pueda tener el consentimiento del gobierno del Estado en cuyo territorio operan. Como se acaba de señalar, salvo en el caso de Estados Unidos, la contribución occidental y especialmente europea a la respuesta armada contra el EI se ciñe por ahora al territorio iraquí y se funda en el consentimiento del gobierno de Bagdad. Dicha asistencia se concreta especialmente, ante la notoria debilidad de las fuerzas armadas iraquíes, en actuaciones susceptibles de caracterizarse como actuaciones armadas indirectas, basadas unas veces en el entrenamiento de las tropas regulares iraquíes (opción elegida por España), y otras en el apoyo en forma de instrucción y sobre todo equipamiento a las milicias del Kurdistán iraquí (*peshmerga*).

Considerada en ocasiones como una excepción adicional al artículo 2.4 de la Carta⁵⁹ y, en otras, como un elemento del contenido de la propia norma en cuya virtud, en ausencia de un elemento de coerción, no hay violación de la prohibición del uso de la fuerza, resulta realmente difícil encontrar alguna voz disonante que cuestione que, como regla general, la llamada intervención armada por invitación está admitida en Derecho internacional. Diversas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y, en especial, la que aprobó la Declaración sobre la Definición de la Agresión⁶⁰, cuyo contenido además ha sido reproducido en la definición del crimen de agresión aprobada en Kampala durante la Conferencia de Revisión del Estatuto de la CPI; la práctica de los Estados, quienes recurren constantemente al consentimiento de las autoridades gubernamentales –se haya prestado éste real y válidamente o no– para justificar sus intervenciones⁶¹, y quienes rarisísimamente condenan el suministro de armas a gobiernos reconocidos⁶²; su reconocimiento expreso por la Corte Internacional de Justicia en los asuntos Nicaragua o Congo⁶³, y la posición de la generalidad de la doctrina⁶⁴, constituyen todos ellos elementos que avalan esa interpretación.

⁵⁹ DÍAZ BARRADO, C.M., *El consentimiento, causa de exclusión de la ilicitud del uso de la fuerza*, en *Derecho internacional*, t. I, Zaragoza, 1989, pp. 77 y ss.. La mencionada interpretación se funda en la consideración del consentimiento como causa de exclusión de la ilicitud en los proyectos de la CDI sobre responsabilidad internacional de los Estados (art. 20) y de las organizaciones internacionales (art. 20). Según la propia CDI, la citada regla no fue contestada por ningún Estado. Esq. 120.

⁶⁰ Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, *Definición de la Agresión*, art. 3.e).

⁶¹ DÍAZ BARRADO, C.M., *El consentimiento...*, cit., pp. 145 y ss.; GRAY, CH., *International Law and the use of force*, 3ª ed., Oxford, 2008, pp. 85-88.; A. CASSESE, *International Law*, 2ª ed., Oxford, 2004, p. 90; o LIEBLICH, E., *International Law and Civil Wars: Intervention and Consent* (Routledge, 2013), pp. 149-150.

⁶² ROTH, B.R., *Governmental Illegitimacy in International Law*, Oxford, 1999, pp. 185-186.

⁶³ En el asunto Nicaragua, la CIJ admitió en un *obiter dictum* la licitud de la asistencia al gobierno al interrogarse sobre qué quedaría del principio de no intervención si esa asistencia, “which is already allowable at the request of the government of a State, were also to be allowed at the request of the opposition. *Military Activities (Nicaragua, 1986)*, cit., par. 246, p. 126. Y de manera más clara aún,

Sin embargo, también aquí hay problemas y dudas en cuanto al alcance de esa fuerza legitimadora que respecto del uso de la fuerza se asigna con carácter general al consentimiento estatal. En particular, la doctrina iusinternacionalista se ha mostrado tradicionalmente dividida a la hora de responder a la cuestión de si, en una situación de guerra civil, subsiste esa regla general y, en caso afirmativo, hasta cuándo. Dejando a un lado posicionamientos algo más minoritarios, anteriores por lo demás a la proclamación de la Declaración 2625⁶⁵, y tal y como ha señalado E. LIEBLICH⁶⁶, las posiciones doctrinales han oscilado entre, por una parte, quienes han defendido la exigencia de un *estricto abstencionismo*⁶⁷ fundamentado en una interpretación de los correlativos principios de no intervención y autodeterminación (interna) en el sentido de reservar al propio pueblo, por sí solo y aunque sea con la violencia, la resolución de sus asuntos y su propio futuro, y por otra, quienes abogan por una suerte de *presunción a favor del gobierno*⁶⁸, o de una benevolente neutralidad pro-gubernamental⁶⁹, en cuya virtud se permitiría al gobierno solicitar y obtener asistencia, aún iniciados los enfrentamientos.

Unas y otras posturas, tienden sin embargo a aproximarse debido a las tradicionales dificultades para determinar cuándo debe entenderse iniciada una guerra civil⁷⁰, de un

recuérdese que una parte sustancial de la controversia en el asunto del Congo se centró precisamente en valorar si la presencia de tropas ugandesas en territorio congoleño estaba amparada por el consentimiento de las autoridades de Kinsasha y, en caso afirmativo, hasta cuándo. *Armed Activities (Congo, 2005)*, paras. 43, 45-54, 92 a 105, 110 y 111.

⁶⁴ Véanse, por todos, DOSWALD-BECK, L., "The Legal Validity of Military Intervention by Invitation of the Government, *BYBIL*, vol. 56 (1985), pp. 189 y ss.; y CORTEN, O., *The Law...*, cit., pp. 309-310 y la bibliografía allí citada, así como, en la doctrina española, MARQUEZ CARRASCO, M.C. *Problemas actuales sobre la prohibición del recurso a la fuerza en Derecho Internacional*, Madrid, 1998, pp. 186 y ss.

⁶⁵ Es el caso de R. PINTO, para quien del principio de no intervención entendido en clave de igualdad soberana habría que extraer una regla de libre intervención en condiciones de igualdad en favor de cualquiera de los contendientes. En su opinión, "(e)n l'absence d'un régime de non-intervention imposé par le droit conventionnel, les Etats tiers sont libres d'accorder leur assistance à l'un ou l'autre des partis engagés dans la guerre civile". PINTO, R., "Les règles...", cit., p. 487.

⁶⁶ E. LIEBLICH, *International...*, cit., pp. 125 y ss.

⁶⁷ Un ejemplo paradigmático de estas posiciones puede encontrarse en la Resolución del Institut de Droit International sobre "Le principe de non-intervention dans les guerres civiles", adoptada el 14.VIII.1975 en la Sesión celebrada en Wiesbaden, cuyo artículo 2 establece en su apartado primero y en términos absolutamente generales que "(l)es Etats tiers s'abstiendront d'assister les parties à une guerre civile sévissant sur le territoire d'un autre Etat". Prueba de las incertidumbres que rodean la cuestión, no debe olvidarse que la citada Resolución se adoptó en una votación muy dividida por 16 votos a favor, 6 en contra y 16 abstenciones.

⁶⁸ Aunque con un fundamento algo distinto, se ha sostenido que la prohibición de asistir a un gobierno una vez desencadenado un conflicto armado interno resultaría de la pérdida de efectividad que se pone de manifiesto con el hecho mismo de tener que recurrir a la asistencia exterior para asegurar la autoridad gubernamental. En este sentido, W. HALL, *A Treatise on International Law, 1924*, pp. 346-347, cit. en ROTH, B.R., *Gouvernemental...*, cit., p. 185.

⁶⁹ CORTEN, O., *The Law...*, cit., pp. 135-137.

⁷⁰ Al respecto, y en hipótesis, cabría plantear hasta tres posibilidades. La primera, acudir al umbral reducido de conflicto armado interno del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, objeto como es sabido de importantes desarrollos y concreciones en los últimos años gracias sobre todo a la jurisprudencia del TPIY (al respecto, CULLEN, A., *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, 2010, Leiden-Cambridge, pp. 118 y ss.). El segundo, tomar como referencia los tradicionales criterios de la beligerancia, tal y como los definió el IDI en 1900 en su sesión

lado, y al reconocimiento de la doctrina de la *contraintervención*, de otra, de acuerdo con la cual una asistencia armada a favor del gobierno en principio ilícita resultaría sin embargo lícita si se trata de una respuesta a intervenciones armadas previas a favor de los rebeldes. Por si los anteriores no fueran suficientes factores de complejidad, entre los partidarios de la presunción gubernamental, las interpretaciones varían a la hora de determinar la fecha límite de la intervención lícita, habiéndose apuntado, por ejemplo, que la intervención sería posible: hasta que la autoridad gubernamental no sea efectivamente suplantada⁷¹; hasta que sea imposible identificar al gobierno *de iure* como consecuencia de su desintegración derivada del conflicto⁷²; en el caso de movimientos secesionistas, hasta que el gobierno central haya abandonado sus intentos de evitar la secesión⁷³; o, en una interpretación que favorece el subjetivismo y por tanto el relativismo, hasta que mediara un reconocimiento de beligerancia a favor de los rebeldes⁷⁴. Incluso, en una sugerente interpretación que introduce argumentos de legitimidad en un debate tradicionalmente dominado por razonamientos basados en la efectividad, hay quien sostiene que no existiría una fecha crítica fija, por entender que las violaciones graves de los derechos humanos y la opresión contra la población civil la retrasarían o la adelantarían en función de que fueran cometidas, respectivamente, por los insurgentes o por las fuerzas gubernamentales⁷⁵. Por si fueran pocos elementos de incertidumbre, algunos autores defienden que incluso cuando rige la prohibición de asistencia al gobierno por haberse traspasado la fecha crítica seleccionada por cada cual, la citada interdicción no operaría respecto de todas las modalidades de intervención. Dejando a un lado matizaciones de este tipo inspiradas en el Derecho tradicional de la neutralidad hoy superadas⁷⁶, hay quien sostiene, a partir de un análisis de la práctica internacional, que la prohibición de intervención a favor del gobierno en caso de contienda civil opera únicamente respecto de la intervención armada directa (envío de

de Neuchâtel (Ver infra, apartado 7.1). Y tercero, recurrir a una solución parecida a la anterior, pero menos obsoleta, como es la definición de conflicto armado interno del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, en la que el control territorial por los rebeldes es un elemento adicional. Sobre todo ello, SIVAKUMARAN, S., *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford, 2012, pp. 10 y ss.. Si bien la práctica internacional, contemporánea o tradicional, no parece avalar ninguna de estas hipótesis, en su Resolución sobre “Problèmes actuels du recours à la force en droit international: Assistance militaire sollicitée”, aprobada en su sesión de 2011 celebrada en Rodas, el IDI se decantó por esta última opción en el (art. 2.1).

⁷¹ LAUTERPACHT, H., *Recognition in International Law* (1947), Reimp. 2012, Cambridge, pp. 233-234.

⁷² DINSTEIN, Y., *Aggression and Self-defence*, 5ª ed., Cambridge, 2011, pp. 119-120.

⁷³ CRAWFORD, J., « State Practice and International Law in Relation to Secession », *BYBIL*, 1998, pp. 92 y ss.; y CORTEN, O., *The Law...*, cit., pp. 127-131.

⁷⁴ FITZMAURICE, G., “The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law”, *Rec. des Cours*, vol. 57 (1957-II), pp. 177-179. Más recientemente, se ha señalado entre nosotros como posible fecha crítica el cuestionamiento de la autoridad gubernamental “por un amplio reconocimiento del grupo insurgente”. MARQUEZ CARRASCO, M.C., *Problemas actuales...*, cit., p. 191.

⁷⁵ LIEBLICH, E., *International Law...*, cit., pp. 203-208.

⁷⁶ Así, por ejemplo, para WEHBER, ejemplo de estricto abstencionista, la prohibición de intervención en una guerra civil no obligaría sin embargo a los Estados terceros a impedir en su territorio ni el tráfico privado de armas ni la organización privada en él de contingentes privados de voluntarios. WEHBERG, H., “Droit de la guerre civile”, *Rec. des Cours*, Vol. 63 (1938), pp. 54-59.

tropas y uso inmediato de la fuerza), pero no respecto de la asistencia armada indirecta (entrenamiento y apoyo militar, o transferencia de armas)⁷⁷.

Aunque seguramente sea pronto para llegar a respuestas definitivas, tal vez resulte posible extraer del conflicto sirio algunas conclusiones provisionales que arrojen algo de luz en el incierto panorama que ofrece el régimen jurídico de la llamada intervención por invitación. En primer lugar, y en relación con la primera parte del conflicto sirio, la reconocida asistencia armada en forma de transferencia de armas a favor del gobierno de Damasco por parte de la Federación Rusa e Irán y las críticas vertidas contra dicha asistencia por varios Estados occidentales esgrimiendo únicamente argumentos de oportunidad y de legitimidad política, pero no razones jurídicas basadas en el principio de no intervención, seguramente pueda interpretarse como un reconocimiento de la validez de las posiciones basadas en la presunción a favor del gobierno. Además, teniendo en cuenta la gravedad del conflicto y el hecho de que la polémica surgió en un momento avanzado de la contienda en el que el gobierno no controlaba una parte importante del territorio sirio, cabría pensar que la presunción opera incluso en supuestos de pérdida significativa de efectividad en el control gubernamental del territorio⁷⁸. En apoyo de esa misma idea militaría el recurso por varios Estados de la Unión Europea para justificar su apoyo al Ejército iraquí o a las milicias kurdas de Iraq al consentimiento de un gobierno iraquí profundamente debilitado y sin control efectivo de partes también muy importantes del territorio de este Estado.

En segundo lugar, la práctica reciente –en particular, el mencionado apoyo de varios Estados occidentales a las milicias kurdas del norte de Siria- apoyaría la tesis según la cual el consentimiento gubernamental es susceptible de dar cobertura jurídica no solo a una intervención directa o indirecta a favor de las propias tropas gubernamentales, sino también a una intervención como mínimo indirecta a favor de GANEs. Quizá no carezca de relevancia recordar que las principales reticencias a la asistencia armada a los *peshmerga*, procedentes del gobierno turco, se han basado en su pretendida condición de grupo terrorista o en el riesgo de que las armas acaben en manos de “rebeldes equivocados” (el PKK en lugar de las milicias kurdo-iraquíes)⁷⁹, y no en razones jurídicas fundadas en el principio de no intervención.

Por último, en relación con la primera fase del conflicto sirio se ha barajado en algún momento, aunque solo a nivel doctrinal, la posibilidad de justificar el apoyo al ELS en su lucha contra las fuerzas gubernamentales en una argumentación que podríamos calificar de “contraintervención invertida”, es decir, como una suerte de reacción legítima de respuesta frente a la supuesta ilicitud de la asistencia previa, especialmente

⁷⁷ CORTEN, O. *The Law...*, cit. pp. 294-296.

⁷⁸ En un sentido similar, AKANDE, D., “Would it be lawful for European (or other) States to provide arms to the Syrian opposition?”, EJIL:Talk!, 17.I.2013; y RUYS, T., “Of Arms...”, cit., p. 48.

⁷⁹ EFE, “Turquía teme que las armas enviadas a los Kurdos en Irak acaben en el PKK”, ABC, 8.IX.2014. Aunque no en la línea avanzada por el gobierno de Ankara, los hechos han vuelto a demostrar que la hipótesis no es en absoluto de laboratorio. “Isis apparently takes control of US weapons airdrop intended for Kurds”, *The Guardian*, 22.X.2014.

rusa e iraní, al gobierno de al-Asad⁸⁰. Sin embargo, al menos dos razones aconsejan descartar la pertinencia de tal argumentación. En primer lugar, aunque se trata de un argumento de uso frecuente tanto entre la doctrina como en la práctica estatal, la concontraintervención se ha construido siempre a favor del gobierno, es decir, para justificar intervenciones a favor de las fuerzas gubernamentales y frente a pretendidas intervenciones ilícitas previas a favor de los grupos de oposición⁸¹, sin que quepa registrar caso alguno de la práctica en que el argumento haya sido invocado a la inversa, para justificar una intervención a favor de los grupos de oposición⁸². Y en segundo lugar, porque tras los trabajos de la CDI en el ámbito de la responsabilidad internacional, parece necesario reconducir esta argumentación a toda la construcción teórica relativa a las circunstancias excluyentes de la ilicitud, perspectiva que llevaría a calificar una respuesta de este tipo como una contramedida, siendo así que tal tipo de reacciones frente al ilícito “no pueden afectar la obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza”⁸³.

Por lo demás, la ausencia de invocación de la concontraintervención por ninguno de los Estados interesados en asistir militarmente a los rebeldes sirios confirmaría su improcedencia, sea porque la virtualidad de la intervención por invitación para justificar el apoyo militar al gobierno parece ser, como ya hemos señalado, más amplia de lo que muchos creían, sea porque se considere que la ilicitud del citado apoyo no justificaría una respuesta que implique el uso de la fuerza armada.

VIII. RECONOCIMIENTO DE LOS REBELDES Y LICITUD DE LA INTERVENCIÓN INDIRECTA

Como se acaba de ver, el consentimiento del gobierno de un Estado es generalmente considerado, sin perjuicio de las discrepancias en torno a la determinación del momento hasta el que ello es así en el contexto de una guerra civil, como una vía a través de la cual legitimar la intervención indirecta en forma de suministro de armas a las autoridades gubernamentales. Y, añadamos ahora, en la práctica y entre la doctrina se han considerado tradicionalmente otros dos supuestos en los que, con algo más de dudas y controversias, se ha planteado la posibilidad de que el consentimiento, esta vez de los representantes de actores no estatales, tal vez permitiera igualmente eludir la ilicitud de dicha asistencia armada dirigida en este caso a los grupos opositores. Se trata de los

⁸⁰ El citado argumento se recogía en un documento del *Foreign Office* de 1984 (*UK Foreign Policy Document* n° 148, *BYBIL*, vol. 57 (1986), p. 614, y algún autor ha considerado que está implícitamente reconocido en la Resolución aprobada por el IDI en su sesión de Wiesbaden (1975) sobre el principio de no-intervención en las guerras civiles (art. 5 en relación con el artículo 2).

⁸¹ Sobre esa versión ortodoxa de la concontraintervención, véase DOSWALD-BECK, L., “The Legal Validity...”, cit., pp. 213 y ss.; GRAY, CH, *International...*, cit., pp. 92 y ss.; o CORTEN, O., *The Law...*, cit., pp. 301 y ss.

⁸² En ese sentido, D. AKANDE, “Would it be...”, cit.; T. RUYS, “Of Arms...”, cit., pp. 50-51; o HENDERSON, CH., “The provision...”, cit., pp. 668-670

⁸³ Artículo 50.1.a, del Proyecto de Artículos de la CDI en materia de Responsabilidad Internacional de los Estados. Véase, no obstante, la Opinión Individual del juez Simma en el asunto relativo a las Plataformas Petrolíferas. Separate Opinión of Judge Simma, *Oil Platforms Case*, cit., ICJ Reports 2003, pp. 331-332.

casos de los Movimientos de Liberación Nacional o, más dudosamente, de los representantes de grupos de oposición reconocidos con el estatuto de beligerancia. En todos estos casos, la cuestión general que se plantea es si el reconocimiento de los rebeldes puede ser una vía para eludir la prohibición de intervención armada indirecta y, en caso afirmativo, con qué límites.

La cuestión no es meramente teórica. Si en el marco del conflicto libio el progresivo reconocimiento por un número creciente de Estados del CNT pareció orientarse a fortalecer políticamente a dicha entidad y a resolver cuestiones relacionadas con la disposición de los activos de Libia en el exterior⁸⁴, durante la primera fase del conflicto sirio la cuestión del reconocimiento de la COS se planteó, además, en relación con la específica cuestión de la legitimidad del envío de armas a quien por aquel entonces era considerado como su brazo armado, el ELS. Según se ha informado, en varias ocasiones los representantes de la COS reclamaron a otros Estados su reconocimiento con la deliberada intención de que de ese modo se permitiera a estos últimos suministrarles armamento con los que combatir más eficazmente contra el régimen de Al-Asad⁸⁵. En una carta dirigida a su parlamento, el gobierno holandés dejó caer que el reconocimiento de la COS como legítimo representante del pueblo sirio, unido a la progresiva pérdida de legitimidad del gobierno de Al-Asad, permitía concluir que el suministro de equipamiento militar al primero, “en casos excepcionales y bajo específicas condiciones” que no se revelaban, no sería necesariamente contrario al Derecho Internacional⁸⁶. Y semanas después, reconocimiento y legalidad del suministro de armas a los opositores volvían a aparecer entrelazados cuando el presidente francés, a la par que anunciaba en rueda de prensa el reconocimiento de la COS como legítima representante del pueblo sirio, volvía a plantear la cuestión del suministro de armas, aunque dejando claro que ello era algo que se contemplaría “tan pronto como la COS se convierta en el legítimo gobierno de Siria”⁸⁷.

Para intentar dar una respuesta a la interpretación que jurídicamente cabe asignar al reconocimiento resulta imprescindible recordar que, pese a que en ocasiones los medios de comunicación ofrecen una visión unitaria y monolítica de esa institución, no todos los reconocimientos despliegan efectos jurídicos ni, los que lo hacen, producen unos mismos efectos. Como ha recordado S. TALMON, lo importante en términos jurídicos no es el reconocimiento *per se*, sino el reconocimiento como qué y con qué intención⁸⁸.

⁸⁴ AKANDE, D., ‘Which Entity Is the Government of Libya and Why Does it Matter?’ *EJIL Talk!* (16.06.2011); Id., ‘Recognition of Libyan National Transitional Council as Government of Libya’ *EJIL Talk!* (23.VII.2011); o TALMON, S., ‘Recognition of the Libyan National Transitional Council’, *ASIL Insights*, vol. 16, 16.VI.2011.

⁸⁵ HENDERSON, CH., ‘The provision...’, *cit.* pp. 665-668.

⁸⁶ NOLLKAEMPER, A., ‘A Shared Responsibility Trap: Supplying Weapons to the Syrian Opposition’, *EJIL Talk!* (17.VI.2013).

⁸⁷ ERLANGER, E., y GLADSTONE, R., France Grants Its Recognition to Syria Rebels, *New York Times* (13.IX.2012).

⁸⁸ Este autor ejemplifica su afirmación con una cita de W. Churchill en la que el ex *premier* británico planteaba la cuestión al presidente Roosevelt: “‘What does recognition mean? One can recognize a man as an Emperor or as a Grocer. Recognition is meaningless without a defining formula’”. TALMON, S.,

En el marco de los conflictos libio y sirio, los grupos de oposición fueron reconocidos por varias decenas de Estados a título de, entre otras cosas, legítimo y creíble interlocutor, único interlocutor para la reconstrucción del país, legítimo representante del pueblo, único representante legítimo del pueblo, único detentor de la autoridad gubernamental en los territorios controlados o en los contactos entre los Estados implicados, futuro gobierno y, en última instancia en el caso libio, como autoridad gubernamental legítima y como representante del Estado ante Naciones Unidas⁸⁹.

Centrándonos directamente en lo que ahora nos interesa, para que un reconocimiento pueda legitimar efectivamente una intervención armada indirecta a favor de grupos de oposición sería necesario que se dieran tres requisitos con carácter cumulativo. En primer lugar, que el reconocimiento se haya realizado por autoridades competentes para comprometer al Estado y en condiciones tales que sea posible deducir que fue formulado con la intención de aceptar que en el grupo rebelde concurren las condiciones requeridas en Derecho Internacional para ser considerado como una institución o una entidad a la que las normas internacionales reconocen el derecho a usar la fuerza armada y/o a recibir asistencia armada del exterior. En segundo lugar, que efectivamente, el Derecho internacional reconozca a las entidades del tipo de aquéllas en cuyo concepto ha sido reconocido el grupo el derecho, al menos, a recibir asistencia armada del exterior. Y, en tercer lugar, que el reconocimiento sea formulado en condiciones que permitan concluir que el mismo no implica una violación del Derecho Internacional.

Sin que podamos detenernos ahora en un análisis minucioso del primero de los requisitos señalados⁹⁰, y en lo que al segundo se refiere, tres son los conceptos o condiciones con los que un grupo opositor podría ser reconocido y respecto de los que cabe plantear su capacidad de justificar los suministros de armas por terceros Estados: como beligerantes, como gobierno de un Estado o como movimiento de liberación nacional.

1. Reconocimiento de beligerancia

Quizá la que menos problemas plantea de cara a rechazar esa virtualidad legitimadora respecto de intervenciones armadas directas o indirectas sea la vieja institución de la beligerancia. Con cierto predicamento en la práctica fundamentalmente anglosajona y

Recognition of Governments in International Law: With Particular Reference to Governments in Exile, Oxford, 2001, p. 22.

⁸⁹ Sobre la práctica de los reconocimientos durante ambos conflictos, véase, AKANDE, D., “Which Entity...”, cit.; BELLINGER, J.B., “Legal Questions in U.S. Nod to Libya’s Opposition”, *Foreign Relations* (18.VII.2011); y TALMON, S., “Recognition of Opposition Groups as the Legitimate Representative of a People”, *Chinese JIL*, vol. 13 (2014), pp. 219 y ss. .

⁹⁰ Tratándose de un acto unilateral, la determinación de la intención perseguida y de la consiguiente capacidad de generar efectos jurídicos del reconocimiento depende, por una parte, “de su contenido, de las circunstancias de hecho en que fue formulado, y de las reacciones a que dio lugar”, y por otra, de si “es formulado por una autoridad investida con el poder de hacerlo”. Véanse *los Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations*, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional en su 58 periodo de sesiones (2006). *Yearbook of the International Law Commission, 2006*, vol. II, Part Two.

latinoamericana del Siglo XIX, la beligerancia era, junto a la de rebeldía y de insurgencia, una de las tres categorías en que se clasificaba la violencia intra-estatal⁹¹. Si la segunda implica negar todo tipo de derechos y obligaciones internacionales a los rebeldes, y la de insurgencia suponía la concesión de un estatuto *ad hoc*, parcial y moldeado por la entidad que reconoce a los insurgentes, la beligerancia llevaba aparejado asignar a los opositores un régimen más amplio y completo que acarrearía, para el Estado del territorio, la aplicación de las normas del Derecho de los conflictos armados, y para los Estados terceros, la aplicación de las reglas propias del Derecho de la neutralidad.

Pocas dudas parece posible albergar respecto a que el reconocimiento de beligerancia no es susceptible de justificar hoy en día una intervención armada en favor de un grupo opositor. Primero, porque aunque en el Derecho Internacional tradicional no estaba clara cuál era la regla aplicable en materia de intervención armada antes del reconocimiento de beligerancia, y un sector minoritario de la doctrina sostenía que hasta ese momento los Estados terceros eran libres de intervenir a favor de cualquiera de las partes⁹², puede decirse que las discrepancias desaparecían a partir del reconocimiento de beligerancia. Dicho reconocimiento implicaba la aplicación del Derecho de la neutralidad, y como quedaría claro tras su codificación en las Conferencias de Paz de La Haya, sus normas prohibían a la Potencia neutral el suministro de armas a cualquiera de los beligerantes⁹³.

Segundo, porque es discutible que el reconocimiento de beligerancia pudiera considerarse como un acto enteramente discrecional y no supeditado a la concurrencia de las circunstancias de hecho que acostumbraban a identificarse como determinantes del estatuto de beligerancia⁹⁴.

⁹¹ Sobre el particular, puede verse, SIVAKUMARAN, S., *The Law...*, cit., pp. 10-16; o ROTH, B.R., *Gouvernemental*, cit., pp. 174-178.

⁹² Véase *supra*, nota 65.

⁹³ Sobre la base del principio según el cual una potencia neutral está obligada a abstenerse de apoyar por medios militares a las partes beligerantes en un conflicto armado internacional, el Convenio (V) de la Haya de 1907, en relación con la guerra terrestre, obligaba a las potencias neutrales a no tolerar en su territorio el tránsito de aprovisionamientos o municiones por los beligerantes o la formación de cuerpos de combatientes (art. 5 en relación con los artículos 2 y 4), mientras que el Convenio (XIII) adoptado también en la Conferencia de Paz de La Haya de 1907, prohibía respecto de la guerra marítima y de forma aún más categórica "la entrega, por cualquier título que sea, verificada directa o indirectamente por una Potencia neutral a una Potencia beligerante de barcos de guerra, de municiones o de material de guerra de cualquier género" (art. 6). Que el estatuto de beligerancia imponía una prohibición de intervención armada directa o indirecta en favor de ambos beligerantes ha sido mantenido, entre otros, por ROURKE, O., "Recognition of Belligerency and the Spanish War", *AJIL*, vol. 31 (1937), p. 409; o LAUTERPACHT, H., *Recognition...*, cit., pp. 231-233. El problema, desde el punto de vista del tradicional Derecho de la neutralidad, es que la normativa así formulada implicaba sí una proscripción de las transferencias directas de armas, pero lejos de imponer una obligación de prevenir las transferencias privadas, eximía a las potencias neutrales de toda obligación de impedir la exportación o el tránsito de armas o municiones "por cuenta de cualquiera de los beligerantes" (arts. 7 de los Convenios V y XIII). Sobre esta regulación, SEGER, P., "The Law of Neutrality", en A. Clapham y P. Gaeta (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, 2014, pp. 249 y ss..

⁹⁴ Los criterios determinantes de la beligerancia en el contexto de conflictos armados internos fueron concretados en una Resolución adoptada por el IDI en 1900 que, además, proscribía el reconocimiento de

Y, tercero y sobre todo, porque como reconoce la mayor parte de la doctrina⁹⁵, todo apunta a que en buena medida el estatuto de beligerancia se halla inmerso en la actualidad en una situación de desuetudo. Y ello, no solo porque no haya registros de reconocimiento de beligerancia como mínimo desde la Primera Guerra Mundial, sino sobre todo porque las consecuencias con él perseguidas, o bien derivan ahora de circunstancias objetivas identificadas por nuevas normas (aplicación del Derecho Internacional Humanitario a conflictos armados internos) o bien, en el caso de la intervención armada, han quedado proscritas por el desarrollo de los principios estructurales del Derecho Internacional a partir de la Carta de Naciones Unidas (no intervención y prohibición del uso de la fuerza).

2. Reconocimiento de gobierno

La segunda calidad en que un grupo opositor puede ser reconocido y respecto de la que cabe plantear capacidad para facultar el uso de la fuerza armada y, consiguientemente, para reclamar y recibir apoyo armado es, como ya sabemos, la de gobierno. Para el ejercicio del derecho de legítima defensa del Estado al que representa (art. 51 CONU), para preservar su seguridad y orden público internos⁹⁶, o para participar en misiones internacionales de paz, el gobierno de un país tiene reconocido, con no demasiados límites, el derecho a solicitar y recibir el envío de armamentos⁹⁷. Y, como ya hemos señalado anteriormente, frente a lo sostenido por algún sector doctrinal, la práctica internacional parece apuntar a que ese derecho se mantiene incluso una vez estallado un

tal estatuto en su ausencia. Los mismos aludían al control de una parte determinada del territorio, el ejercicio en él de funciones gubernamentales, y el desarrollo de las hostilidades a través de grupos organizados, sometidos a disciplina militar y respetuosos de las leyes y costumbres de guerra. Véase el artículo 8 de la Resolución sobre “Droits et devoirs des Puissances étrangères, au cas de mouvement insurrectionnel, envers les gouvernements établis et reconnus qui sont aux prises avec l'insurrection”, adoptada por el IDI en su sesión de Neuchâtel (1900). Lo anterior no es incompatible con el amplio consenso en torno al carácter constitutivo que tenía el reconocimiento de beligerancia, de donde cabe deducir que el estatuto de beligerancia dependía de dos factores: de la concurrencia de los criterios, por un lado, y del reconocimiento por parte de los Estados que se comprometían a respetarlo, por otro. En este sentido, WEHBERG, “Droit de la guerre civile”, *Rec. des Cours*, Vol. 63 (1938), p. 98; PINTO, R., “Les règles...”, cit. p. 474; o CRAWFORD, J., *The Creation of States in International Law*, 2ª ed., Oxford, 2006, pp. 382-382.

⁹⁵ Véanse, entre otros, PINTO, R., “Les règles...”, cit., p. 475; ROTH, B.R., *Governmental...*, cit., pp. 174 y 179; FROWEIN, J.A., “Recognition”, en Wolfrum (ed.), *EPIL*, 2010, p. 662; DOSWALD-BECK, L., “The legal validity...”, *CIT.*, p. 197; FARER, T., “The Regulation of Foreign Intervention in Civil Armed Conflict”, *Rec. des Cours*, n° 142 (1974), pp. 356-357; VERHOEVEN, J., *La Reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine: Les relations publiques internationales*, París, 1975, pp. 100 y 106; o CRAWFORD, J., *The Creation...*, cit., p. 420.

⁹⁶ Los comentarios al artículo 3.1 del Segundo Protocolo Adicional, de 1977, a los Convenios de Ginebra dejan meridianamente claro que el uso de la fuerza es uno de los medios legítimos a los que puede recurrir un Estado para cumplir su responsabilidad de mantener o restablecer la ley y el orden o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado, sin perjuicio de que para que esos medios sigan siendo legítimos, las reglas del Derecho Internacional Humanitario deben ser respetadas. JUNOD, S.S., “Protocole II-Article 3”, en Y. Sandoz, Ch. Swinarski y B. Zimmermann, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, 1986, pp. 1386-1387.

⁹⁷ AUTOR, *Título...*, cit., pp. 21 y ss.

conflicto armado interno y hasta fases avanzadas del mismo, sin que se vea afectado por la pérdida de control sobre una parte importante del territorio del país.

En este tipo de situaciones, a la vista de lo ocurrido sobre todo en el conflicto libio, ya sabemos que no es una mera hipótesis de trabajo el planteamiento de la cuestión de si el reconocimiento del grupo rebelde como nuevo gobierno del país supone, por así decirlo, una transferencia más o menos automática desde las anteriores autoridades al hasta ese momento grupo opositor de los derechos y deberes inherentes al gobierno de un país, incluyendo la capacidad de solicitar y recibir asistencia armada. La generalizada consideración del reconocimiento de gobiernos (y el de Estados) como un acto discrecional, posición avalada por la adhesión de un amplio número de Estados, especialmente los occidentales, a los criterios abolicionistas expresados en la doctrina Estrada, no debe sin embargo llevar a equívocos. Esa discrecionalidad supone que, ante la existencia de un nuevo gobierno –o de un nuevo Estado- los terceros Estados son libres de reconocerlo o no reconocerlo. Por el contrario, existe un muy amplio consenso en cuanto a que esa discrecionalidad no opera en sentido contrario, de modo que el reconocimiento como gobierno de una entidad que no reúne los requisitos necesarios para ser considerada como tal constituiría un reconocimiento prematuro que debería interpretarse como una violación del principio de no intervención en los asuntos de otros Estados⁹⁸.

Tampoco parece haber sustancial discrepancia en cuanto a que es la efectividad el criterio esencial determinante de la legalidad del reconocimiento del nuevo gobierno –y de la estatalidad-. Desde el asunto *Tinoco*⁹⁹, la regla generalmente aceptada es la que sostiene que, en Derecho Internacional, el gobierno legal es el gobierno efectivo. Con ello, sin embargo, no está ni mucho menos todo resuelto. Por una parte, porque si la aplicación del criterio de efectividad resulta sencillo en los casos en que las nuevas autoridades son capaces de desarrollar una administración pacífica *de facto* en la totalidad del territorio, la cuestión se complica extraordinariamente cuando en el marco de una contienda civil la autoridad gubernamental es contestada mediante la lucha armada y ello tiene como resultado una pérdida significativa del control territorial. En esta situación, y puesto que un Estado no puede tener dos gobiernos *de iure*, la cuestión es cuándo el hasta entonces gobierno puede dejar de serlo y cuándo el grupo opositor puede ser legalmente reconocido como la nueva autoridad gubernamental. También aquí, elementales consideraciones de orden y estabilidad explican que entre la doctrina vengán defendiéndose posturas próximas a lo que antes definimos como de presunción a favor del gobierno, en virtud de las cuales la pérdida de la efectividad en el control gubernamental debe valorarse no tanto desde la capacidad actual de control y ejercicio de la autoridad sobre la totalidad o la mayor parte del territorio, sino desde una

⁹⁸ Véanse, entre otros muchos autores, LAUTERPACHT, H., *Recognition...*, *cit.*, p. 46; VERHOEVEN, J., *La Reconnaissance...*, *cit.*, p. 106; WARBRICK, C., «The New British Policy on Recognition of Governments», *ICLQ*, vol. 30 (1981), pp. 568-569; o FROWEIN, J.A., «Recognition», *cit.*, p. 669.

⁹⁹ *Tinoco Claims Arbitration* (Great Britain v. Costa Rica) (1923) 1 *R.I.A.A.* 369.

perspectiva de permanencia o de restablecimiento de esa autoridad¹⁰⁰. Por decirlo de otro modo, el umbral a partir del cual el reconocimiento como gobierno del grupo rebelde dejaría de ser prematuro, suponiendo que cuente con un control muy amplio del territorio del Estado, sería la pérdida de expectativas razonables de recuperación de la autoridad por parte del anterior gobierno¹⁰¹. La pérdida de control de la capital o de los núcleos de poder, la retirada del apoyo por parte de la población e, incluso, ante la ausencia de mecanismos colectivos e institucionalizados de reconocimiento, el progresivo reconocimiento por parte de un número amplio de Estados aparecen así, si no como el criterio decisivo para la determinación de la fecha crítica, sí como indicios *iuris tantum* de la pérdida de expectativas de permanencia del anterior gobierno.

La cuestión se complica, sin embargo y por otra parte, porque desde hace tiempo y especialmente desde el fin de la Guerra Fría, el criterio de efectividad se ha visto complementado por consideraciones de legitimidad en cuya virtud, especialmente en el contexto de procesos electorales desarrollados en el marco de procesos de paz promovidos o dirigidos por instituciones universales o regionales elecciones (Sierra Leona, Costa de Marfil, Burundi, Somalia), la condición de gobierno *de iure* ha sido reconocida a favor de entidades más o menos generalmente aceptadas como las legítimas autoridades pese a lo exiguo o débil de su autoridad en la práctica, o ha sido negada respecto de autoridades cuya efectiva autoridad sobre el territorio resultaba poco menos que indiscutible (Afganistán)¹⁰².

Ante este complejo panorama, y en cuanto a lo que constituye el objeto de esta contribución, no deben dejar de recordarse, como por lo demás hace la mayor parte de la doctrina¹⁰³, los riesgos que acarrea renunciar alegremente a la relativa seguridad que ofrece el principio de efectividad a la hora de seleccionar a la, en principio, única autoridad legitimada para invitar a una intervención armada. No en vano, teniendo en cuenta la relevancia que en el sistema jurídico internacional presentan la prohibición del uso de la fuerza y la no intervención en tanto que principios estructurales del Derecho Internacional, podría decirse haciendo un símil con una norma también esencial del Derecho interno y de una manera un tanto rotunda, que dejar en manos del potencial asesino la determinación de quién reviste condición humana, sería poco menos que vaciar de contenido vinculante las normas destinadas a proteger el derecho a la vida. O, por decirlo de otra manera y recordando un célebre pasaje de la sentencia sobre el fondo

¹⁰⁰ Goza en este sentido de amplia aceptación la definición que de la efectividad propusiera hace tiempo H. LAUTERPACHT como “poder efectivo con una razonable perspectiva de permanencia sobre la totalidad o sobre la casi totalidad del territorio de un Estado”, *Recognition...*, cit., p. 98.

¹⁰¹ Más exactamente, para LAUTERPACHT esa situación tendría lugar en el momento en que el gobierno deja de ofrecer una resistencia que no es ostensiblemente desesperada o puramente nominal. *Idem*, pp. 94-95. Véanse también, ROTH, B.R., *Governmental...*, cit., pp. 183 y ss.; o RUYS, T., “Of arms...”, cit., pp. 40-41.

¹⁰² GRAY, CH., *International...*, cit., pp. 110 y ss.

¹⁰³ Entre los autores que han advertido sobre el riesgo de vaciamiento de los principios de uso de la fuerza y no intervención en caso de dejar su operatividad en manos de los sujetos obligados cabe mencionar, entre otros, a CRAWFORD, J., *The Creation...*, cit., pp. 21 y ss.; RUYS, T., “Of arms...”, cit., pp. 42-43; o AKANDE, D., “Would...”, cit.

de la CIJ en el asunto Nicaragua¹⁰⁴, cabría preguntarse qué quedaría de los mencionados principios si su aplicación quedara al albur de la voluntad unilateral de quien está obligado a respetarlo. Es cierto que el Derecho internacional contemporáneo se halla imbuido de nuevos valores basados en principios democráticos, y es cierto también que el Derecho internacional es cada vez más receptivo a argumentos de legitimidad derivados del historial humanitario de las autoridades gubernamentales de un país. Sin embargo, para evitar abusos, seguramente deba garantizarse que la aplicación de tales valores y el empleo de tales argumentos en el ámbito de la intervención y el uso de la fuerza quede reservada a órganos legítimos, es decir, representativos de la Comunidad internacional en su conjunto.

La práctica desarrollada durante los conflictos libio y sirios solo confirman parcialmente las anteriores impresiones. En primer lugar, pese a una creciente pérdida de legitimidad de las autoridades gubernamentales resultante de las graves violaciones del DIH y del DIDH presuntamente cometidas, esa práctica parece confirmar que el reconocimiento de los grupos opositores se limita a ser un reconocimiento meramente político de su legitimidad hasta etapas muy avanzadas del conflicto o, lo que es lo mismo, la subsistencia de las autoridades gubernamentales como gobierno *de iure* incluso en ausencia de control efectivo sobre amplias partes del territorio estatal¹⁰⁵. Ello es apreciable especialmente respecto del primer conflicto sirio, en el que la pérdida de legitimidad para un amplio grupo de Estados -preferentemente occidentales- y de control territorial por parte del régimen de Al-Asad, no le ha privado de seguir siendo considerado como el gobierno de Siria. Lo que, como ya sabemos, a su vez se ha reflejado en las reticencias de un amplio número de Estados occidentales a armar a los rebeldes en territorio sirio en su lucha contra el EI. También lo es, en segundo lugar, en relación con el nuevo gobierno iraquí de Haider Al Abadi, cuya extrema debilidad nunca se ha considerado como obstáculo para reconocerlo como gobierno iraquí y, consiguientemente, para que los mismos Estados occidentales acepten su aptitud para consentir una intervención armada indirecta a favor de los rebeldes kurdos de Iraq. En cambio, en el conflicto libio, tras una sucesión de reconocimientos políticos del Consejo Nacional de Transición, los miembros del Grupo de Contacto lo reconocieron como gobierno, permitiendo la disposición por su parte de los activos libios en el exterior, en julio de 2011, alrededor de un mes antes de la toma de Trípoli por los rebeldes, y tres del que puede considerarse como punto final del conflicto con el asesinato del coronel Gadafi. Con todo, en este caso, el reconocimiento de las nuevas autoridades en Naciones Unidas no se produciría hasta septiembre de 2011, como resultado de una votación en la Asamblea General en la que no faltaron las posiciones contrarias (114 votos a favor, 17 en contra y 15 abstenciones).

3. Reconocimiento como Movimiento de Liberación Nacional

A medida que en el conflicto libio y en el primero de los conflictos sirios comenzaron a prodigarse los reconocimientos de los grupos opositores como interlocutores legítimos,

¹⁰⁴ ICJ, *Military Activities* (Nicaragua 1986), cit., para. 246, p. 126.

¹⁰⁵ Véase por todos, S. TALMON, “The Recognition...”, cit.

representantes legítimos de los respectivos pueblos o como sus únicos representantes legítimos, y ante la constatación de que en algunos casos tales reconocimientos tenían lugar tras la solicitud de recibir armamentos por tales grupos, algunos autores comenzaron a interrogarse sobre el valor que había que atribuir a tales declaraciones así como en torno a la virtualidad que los mismos podrían tener de cara a legalizar los suministros de armas. Más concretamente, en una serie de contribuciones (posts) en el *EJIL Talk*, D. AKANDE recordaba que en una parte importante de esos reconocimientos se utilizaba una expresión (legítimo representante de un pueblo) que coincidía con la que durante el proceso de descolonización utilizaba la Asamblea General de Naciones Unidas para identificar o referirse a ciertos Movimientos de Liberación Nacional (Organización para la Liberación de Palestina, Congreso Nacional Africano, South West African Population Organisation, Partido Africano para la Independencia de Guinea y Cabo Verde o Frente Popular para la Liberación de Saguia-el-Hamra y Río de Oro) que eran considerados como representantes de algunos de esos pueblos¹⁰⁶. Y se planteaba a continuación la cuestión de las repercusiones que tal reconocimiento podría tener desde el punto de vista de un eventual derecho de terceros Estados a asistir militarmente a los grupos así reconocidos.

Tres son esencialmente los argumentos susceptibles de ser esgrimidos para rechazar que el reconocimiento de un grupo opositor como representante de un pueblo sea capaz de legalizar una intervención armada indirecta de terceros Estados a su favor. El primero de ellos, consistente en negar que exista un derecho a la asistencia armada a favor de los pueblos sometidos a dominación colonial, racial o extranjera, seguramente sea el más controvertido de los tres. De acuerdo con el mismo, es cierto que las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, y muy particularmente la Declaración sobre los principios de la Resolución 2625 y el artículo 6 de la Definición de la Agresión de la Resolución 3314, reconocen el derecho de tales pueblos a pedir y recibir apoyo para organizar la respuesta y resistencia frente a las medidas de fuerza que oponga cualquier Estado para impedir el ejercicio de la libre determinación. Sin embargo, un nutrido grupo de autores, preferentemente occidentales, cuestionan que a tal regla pueda atribuirse el valor normativo propio del Derecho Internacional general, recordando a tal fin las controversias que el tema suscitó durante los procesos de elaboración de ambas resoluciones, la solución de compromiso alcanzada entonces y que se materializó en el rechazo a reconocer que el mencionado derecho de resistencia pudiera serlo a título de legítima defensa, individual o colectiva, y la oposición que desde entonces han seguido manteniendo los países occidentales al reconocimiento de un derecho a asistir militarmente a este tipo de movimientos¹⁰⁷.

¹⁰⁶ AKANDE, D., “Self Determination and the Syrian Conflict – Recognition of Syrian Opposition as Sole Legitimate Representative of the Syrian People: What Does this Mean and What Implications Does it Have?”, *EJIL Talk!* (6.XII.2012). En el mismo sentido, TALMON, S., “Recognition of the Libyan...”, cit.

¹⁰⁷ A favor de este tipo de posiciones, contrarias a la existencia de un derecho a la intervención armada indirecta a favor de los MLN de pueblos coloniales, puede verse, entre otros, FARER, T., “The Regulation...”, cit., pp. 485-486; BERMEJO GARCÍA, R., *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límites*, Madrid, 1993, pp. 348 y ss.; CORTEN, O., *The Law...*, cit., pp. 135 y ss.; DINSTEYN, Y., *War, aggression and self-defense*, 2011, pp. 72-73; LIEBLICH, E., *International Law...*, cit., pp. 238-240; así como la Opinión disidente del juez Schwebel en el asunto

Ahora bien, incluso aunque no deba descartarse que los pueblos sometidos a dominación colonial, racial o extranjera tienen reconocido en Derecho internacional el derecho a usar la fuerza armada, y que cualquier Estado está facultado para prestarle asistencia militar a fin de que pueda ejercerlo, resulta extraordinariamente dudoso que el mismo esquema pueda extenderse a otros pueblos. Los instrumentos aludidos restringen ese derecho de resistencia a los “pueblos sometidos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras”¹⁰⁸, o “que están bajo regímenes coloniales y racistas u otras formas de dominación extranjera”¹⁰⁹. Hoy está cada vez más admitido que este tipo de situaciones cae fuera del principio de no intervención, como acredita el hecho de que los conflictos armados resultantes tengan la consideración, como mínimo para los más de 170 Estados parte en el Primer Protocolo Adicional, de conflictos armados internacionales (art. 1.4). La amplitud de los términos con los que, en general, se reconoce el derecho de libre determinación a todos los pueblos, por ejemplo, en el artículo 1 común de los Pactos de derechos humanos de 1966 y en la propia Declaración 2625, permite sostener que incluso otros grupos humanos con características específicas y conciencia de entidad política dentro de un Estado tienen un derecho de autodeterminación interna, en cuya virtud, “han de estar representados en el gobierno de ese Estado sin distinción por motivos de raza, credo o color”¹¹⁰. Y, más dudosamente, hay quien sostiene que en virtud de la doctrina de la “*remedial seccession*”, cuando falta ese gobierno representativo, el pueblo en cuestión tiene un derecho de

Nicaragua, CIJ Recueil 1986, para. 180, p. 351. Algunos de estos autores sostienen que las resoluciones 2625 y 3314 deben interpretarse en el sentido de que el apoyo externo es admisible siempre y cuando no implique medidas armadas, y que la CIJ se habría acabado sumando a esta tesis al rechazar en el Dictamen sobre la legalidad del muro que el artículo 51 de la Carta tuviera relevancia en ese caso, (*Legal Consequences, 2004*), cit., para. 139, p. 62. Respecto de esto último, debe recordarse, sin embargo, que la declaración de la CIJ en ese asunto se hizo como respuesta al argumento de Israel según el cual la construcción del muro era una medida de legítima defensa contra los ataques procedentes de grupos terroristas palestinos, sin que en modo alguno estuviera sobre el tapete el eventual derecho a la lucha armada de la Autoridad Nacional Palestina o de cualquier grupo pretendidamente representativo del pueblo palestino. En sentido inverso, otro grupo de autores sostiene que del tenor literal de las resoluciones y de su aprobación por consenso cabe deducir el mencionado derecho a la asistencia armada, esgrimiendo además que es para dejar a salvo dicho derecho por lo que la CIJ insistió en el asunto Nicaragua en que no estaba en presencia de un caso de descolonización (*Military Activities*, 1986, cit., para. 206, p. 108), o por lo que el IDI excluyó en 1975 del concepto de guerra civil y a los efectos de prohibir la intervención las guerras coloniales. Tales posiciones han sido defendidas, entre otros, por ABI SAAB, G., 'Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols', *Rec. des Cours*, vol. 165 (1979), pp. 371-372; CASSESE, A., *Self-Determination of Peoples: Legal Reappraisal*, Cambridge, 1999, pp. 199 y ss.; SICILIANOS, L.A., *Les réactions décentralisées à l'illicite*, Paris, 1990, p. 442; HENDERSON, CH., "The Provision...", cit., pp. 670-672; RODRIGUEZ CARRIÓN, A., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 5ª ed., Madrid, 2002, pp. 608-609; MARQUEZ CARRASCO, M.C., *Problemas actuales...*, cit., p. 83; o, más matizadamente, GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El uso de la fuerza y el Derecho Internacional después de la descolonización*, Valladolid, 1988, pp. 42-43.

¹⁰⁸ Resolución 2625, El principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, párrafos 3º y 6º.

¹⁰⁹ Resolución 1514, art. 7.

¹¹⁰ Resolución 2625, El principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, último párrafo.

autodeterminación externa en clave de derecho a la independencia¹¹¹. Hay incluso quien considera que, predicado respecto de los pueblos constituidos en Estado, el principio de no intervención y el consiguiente derecho del pueblo en su conjunto a elegir su forma de gobierno sin injerencia externa es una manifestación de ese derecho de autodeterminación interna¹¹².

Sin embargo, salvo en el caso de los regímenes racistas¹¹³, ningún instrumento de Derecho internacional reconoce el derecho de resistencia armada de los citados pueblos, ni tampoco un correlativo derecho de terceros Estados a prestar asistencia militar en forma de envío de armas o entrenamiento militar a favor de los citados pueblos¹¹⁴. Más bien al contrario, la hipótesis resultó expresamente descartada por la CIJ cuando, en el asunto Nicaragua, rechazó que “un derecho general de intervención en apoyo de un grupo de oposición *dentro de un Estado* exista en el derecho internacional contemporáneo”¹¹⁵. No se olvide, además, que si lo que se pretende fundamentar por esta vía es un derecho de intervención armada en favor de los *pueblos oprimidos*, lo procedente en virtud del principio de la *lex specialis* es aplicar, no el principio de autodeterminación, sino el conjunto de normas elaboradas y desarrolladas específicamente para esa hipótesis, es decir, las reglas sobre la intervención humanitaria y la llamada responsabilidad de proteger, las cuales serán objeto de atención en el siguiente apartado.

Existe por último un tercer argumento que ya se ha utilizado en relación con el reconocimiento de beligerancia y de gobiernos. Aun cuando se aceptara que el Derecho Internacional reconoce un derecho a armar y entrenar militarmente a los representantes de los pueblos que ejercen el derecho de autodeterminación, y que ese derecho no se limita a los casos de pueblos sometidos a dominación colonial, racial o extranjera, sería enormemente extraño que la determinación de quiénes son esos representantes pudiera hacerse depender de una decisión unilateral y enteramente discrecional de los Estados terceros, los cuales, actuando de ese modo, podrían libremente desvincularse de

¹¹¹ La mencionada hipótesis, contemplada con numerosas dudas por el Tribunal Supremo canadiense en el asunto de Quebec, no ha sido abordada ni reconocida nunca por la Corte Internacional de Justicia. J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of International Law*, Oxford, pp. 141-142.

¹¹² Aun así, como recuerda S. TALMON, el derecho de autodeterminación tiene una operatividad limitada al ámbito externo, toda vez que “(u)n pueblo que ha ejercido su derecho de autodeterminación externo estableciéndose como un Estado independiente y soberano ya no tiene derechos u obligaciones en virtud del Derecho Internacional independientes de los derechos y obligaciones de su Estado”. “Recognition Of Opposition...”, *cit.*, p. 420.

¹¹³ A diferencia de los casos de dominación colonial o extranjera, en los que un pueblo está sometido al control de otro pueblo distinto, en los supuestos de dominación racial, el control y la subyugación es ejercida por un grupo minoritario dentro del propio pueblo caracterizado por su especificidad racial, lo que ha llevado a sostener que, pese a tratarse de un supuesto en el que no estamos en presencia de dos pueblos, existe “au moins un clivage qui, au sein d'un peuple, assure l'hégémonie d'une partie de celui-ci selon une conception raciale”, SANDOZ, Y. *et al.*, *Commentaire...*, *cit.*, para. 112, p. 54.

¹¹⁴ En ese sentido, varios autores insisten en que en ningún precedente, ni siquiera en el caso de Kosovo, los Estados intervinientes intentaron justificar en el derecho de autodeterminación, interna o externa, su intervención. GRAY, CH., *International...*, *cit.*, pp. 63-64; LIEBLICH, E., *International...*, *cit.*, p. 279; RUYTS, T., “Of Arms...”, p. 38; o HENDERSON, CH., “The Provision...”, *cit.*, pp. 670-672.

¹¹⁵ ICJ, *Military Activities* (Nicaragua, 1986), *cit.*, para. 209, p. 99.

principios del Derecho Internacional contemporáneo tan esenciales como los de prohibición del uso de la fuerza y no intervención, amenazando con destruirlos¹¹⁶. En este sentido, en la más que discutible hipótesis de que el Derecho internacional reconociera en favor de todos los pueblos un derecho a recibir asistencia armada para la realización de su derecho de autodeterminación, el ejercicio de ese derecho debería limitarse, como mínimo y ante la ausencia de cualquier norma que exprese las condiciones que ha de reunir el grupo que aspira a ser su representante, recurriendo a la práctica seguida en la ONU durante el proceso descolonizador a efectos de conceder el estatuto de observador, de modo que tal condición se reservara a los grupos reconocidos como tales por la organización regional pertinente¹¹⁷.

IX. INTERVENCIÓN HUMANITARIA ARMADA INDIRECTA EN EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER

Un último argumento que sin embargo ha ocupado un lugar preeminente en el debate desarrollado en estos últimos años en torno a la legitimidad de los envíos de equipamiento militar a GANEs nos remite directamente a una de las cuestiones que suscita mayores dilemas e interrogantes éticos, políticos y jurídicos de cuantas se han suscitado en las últimas dos décadas en el ámbito de las relaciones internacionales y el Derecho internacional. Como ya vimos, en el conflicto libio, el problema se suscitó a raíz de la pretensión francesa, apoyada por Reino Unido y Estados Unidos, de que la autorización de adoptar todas las medidas necesarias para proteger a la población civil, contenida en la Resolución 1973, incluía la posibilidad de envío de armas al CNT. Igualmente, en la primera parte del conflicto sirio, la decisión de no renovación del embargo de armas de la UE se acompañaba, entre otros, del compromiso de que los eventuales suministros de armas que pudieran realizarse en el futuro, además de que irían destinados únicamente a la COS, deberían tener como única finalidad la de proteger a la población civil. E, igualmente, las revelaciones sobre ataques químicos en la ciudad de Hula por parte de las fuerzas gubernamentales, llevaron al gobierno británico a afirmar que desde ese momento una intervención armada en Siria sería legal sobre la base de la doctrina de la intervención humanitaria¹¹⁸. Por último, en el trasfondo de todo el debate en torno a la asistencia militar a favor de los grupos kurdos de Siria e Iraq también han tenido un peso significativo las noticias sobre las atrocidades cometidas contra antiguos miembros del ejército iraquí y, sobre todo, contra la población civil cristiana y chií por parte de efectivos del EI. Detrás de todo ello late la cuestión de cuál es la respuesta posible en situaciones en las que la intervención armada aparece como la única opción posible para poner fin a una situación de graves violaciones de los derechos humanos más esenciales contra la población civil.

Con hondas raíces en las doctrinas clásicas de la guerra justa, la cuestión fue planteada inicialmente tras el fin de la Guerra Fría en torno al concepto del derecho/deber de

¹¹⁶ En este sentido, AKANDE, D., “Would it...”, *cit.*; y TALMON, S., “Recognition of the Libyan...”, *cit.*

¹¹⁷ Sobre la citada práctica, G. ABI SAAB, “Wars...”, *cit.*, pp. 407 y ss.

¹¹⁸ RUYS, T., “Of Arms...”, *cit.*, pp. 35-37.

injerencia humanitaria¹¹⁹, replanteándose conceptualmente a partir del cambio de milenio bajo la noción de “responsabilidad de proteger” (R2P) como consecuencia, especialmente, de las dudas suscitadas en relación con el primer gran caso de pretendida aplicación de aquel concepto en ausencia de autorización del Consejo de Seguridad: los bombardeos de la OTAN contra Serbia en respuesta a la crisis de Kosovo. Desde entonces, y a partir del informe presentado en diciembre de 2001 por la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados constituida por el gobierno canadiense¹²⁰, varios documentos adoptados en el seno de Naciones Unidas han tratado de perfilar el contenido y los diferentes extremos de la nueva institución. Como consecuencia de esos desarrollos parecen haberse alcanzado algunos puntos de consenso.

Así¹²¹, parece aceptarse que la noción implica, en una línea defendida entre nosotros desde tiempo atrás por el Profesor CARRILLO SALCEDO¹²², que la soberanía debe reinterpretarse en clave funcional, de tal modo que sea entendida no solo como un conjunto de derechos o privilegios, sino también de obligaciones y responsabilidades orientadas a respetar y asegurar el respeto de los derechos humanos de su población. Igualmente, que sin que el Estado del territorio deje de ser el principal responsable de proteger a la población civil, cuando no puede o no quiere hacerlo, entra en juego la responsabilidad de la Comunidad Internacional en su conjunto, y que esa responsabilidad comporta elementos preventivos -para tratar de evitar situaciones de graves violaciones de los derechos humanos-, reactivos -para poner fin a las que no puedan evitarse-, y de asistencia post-conflicto -para permitir la rehabilitación y reconstrucción y combatir la impunidad-. O que las medidas reactivas que implican el uso de la fuerza armada deben quedar sujetas a estrictas condiciones y requisitos, en virtud de los cuales una eventual intervención armada solo queda justificada ante situaciones de violaciones especialmente graves de los derechos humanos y del DIH equivalentes a crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad Internacional en su conjunto - genocidio, crímenes de guerra, depuración étnica y crímenes de lesa humanidad- (justa causa)¹²³; dirigirse exclusivamente a poner fin a la situación que justifica el uso de la fuerza (intención correcta)¹²⁴; ser la única opción posible ante la

¹¹⁹ BETTATI, M., y KOUCHNER, B., *Le devoir d'ingérence. Peut on les lesser mourir?*, París, 1987.

¹²⁰ *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, The Responsibility to Protect*, Diciembre de 2001.

¹²¹ Para lo que sigue, puede verse, en la doctrina española, GUTIERREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.J., *Nacimiento, auge y decadencia de la Responsabilidad de Proteger*, Comares, Granada, 2014; LOPEZ-JACOISTE DÍAZ, E., “La Responsabilidad de Proteger: Reflexiones sobre su fundamento y articulación”, *AEDI*, vol. 22 (2006), pp. 285 y ss.; o DÍAZ BARRADO, C., “La responsabilidad de proteger en el Derecho Internacional Contemporáneo: Entre lo conceptual y la práctica internacional”, *REEI*, vol. 24 (2012), pp. 11 y ss.

¹²² CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, 2ª ed., Madrid, 2001, pp. 184-186.

¹²³ Resolución aprobada por la Asamblea General 60/1. Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, A/RES/60/1, para. 139.

¹²⁴ Precisamente, el empleo de la fuerza por algunos miembros de la OTAN para ayudar a los grupos de oposición a derrocar al régimen de Gadafi, y no solo para proteger a los civiles y a las zonas pobladas por civiles bajo amenaza de ataque en la Jamahiriya Árabe Libia, ha sido ampliamente identificado como una violación del Derecho internacional que cabe interpretar como un duro golpe a la noción de

constatación de que otras medidas políticas o económicas no son suficientes o adecuadas para la consecución del fin pretendido (último recurso); que el uso de la fuerza se limite a lo estrictamente necesario para la consecución del fin perseguido (proporcionalidad); que la intervención tenga posibilidades reales de alcanzar el objetivo (posibilidad real de éxito); y que sea decidida por una autoridad competente (*right authority*).

Precisamente es en relación con este último punto donde se encuentra uno de los nudos gordianos, si no “el” nudo gordiano, de la llamada R2P. No deja de ser un punto de consenso que es al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas a quien compete la responsabilidad primordial de apreciar la concurrencia de un supuesto que precisa de una reacción militar y autorizarla en consecuencia. Pero de todos es sabido que los miembros del Consejo de Seguridad, y los que tienen reservado asiento permanente en particular, no siempre se guían por criterios estrictamente jurídicos o humanitarios, y que ello tiene como consecuencia que incluso en ocasiones en las que existen pocas dudas sobre la necesidad de recurrir a una intervención humanitaria el citado órgano queda paralizado sin posibilidad de articular una respuesta satisfactoria a esas situaciones. Es, precisamente, lo que parece que ha venido sucediendo en el que estamos denominando como primer conflicto sirio, donde pese a las evidencias de que se estaban cometiendo graves y extensas violaciones de los derechos humanos por parte de las fuerzas gubernamentales, reconocidas en otras resoluciones del propio Consejo de Seguridad¹²⁵, el mencionado órgano fue incapaz de autorizar una intervención armada como consecuencia del veto formulado por dos de sus miembros permanentes¹²⁶. Pese a que a lo largo del proceso de elaboración y desarrollo de la noción de R2P se plantearon diversas propuestas orientadas a minimizar el riesgo de parálisis en el Consejo de Seguridad¹²⁷ o a identificar fórmulas institucionales alternativas¹²⁸, lo cierto es que ni las primeras ni las segundas acabaron siendo aceptadas.

Responsabilidad de Proteger con ocasión del que bien puede considerarse como su primer gran caso de aplicación. Véase, a título de ejemplo, C. GUTIERREZ ESPADA, “Sobre el ‘núcleo duro’ de la resolución 1973 -2011- del Consejo de Seguridad y acerca de su aplicación en la práctica”, *AEDI*, vol. 27 (2011), pp. 55-73.

¹²⁵ Resoluciones 2042 (2012) y 2043 (2012). Tales violaciones serían documentadas poco después en el Informe de la Comisión Internacional de Investigación constituida por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el que, en resumen, se constataba que entre 2011 y finales de 2013, el conflicto había generado alrededor de 100.000 muertos, dos millones de refugiados y sobre cuatro millones de desplazados internos, resultado en muchos casos de prácticas de asesinatos, torturas, violaciones, desapariciones forzadas y ataques indiscriminados contra la población civil. UN Human Rights Council, *Report of the independent international commission of inquiry on the Syrian Arab Republic*, 16 August 2013, A/HRC/24/46.

¹²⁶ Sobre las negociaciones en el caso sirio en el seno del Consejo de Seguridad, véase, LIEBLICH, E., *International...*, *cit.*, p. 252; y ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., *Las Naciones Unidas ante el Conflicto de Siria*, IIEE, Documento de Opinión n° 93/2012, pp. 4 y ss.

¹²⁷ Como la relativa a que los miembros permanentes acuerden un “código de conducta” en el que racionalicen el ejercicio del derecho de veto para bloquear una resolución apoyada por la mayoría de los miembros del Consejo (LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, “La responsabilidad...”, *cit.*, p. 310), a que el propio Consejo elabore una especie de “doctrina” en la que se concreten en términos generales las condiciones en que debe autorizarse el uso de la fuerza armada en ejercicio de la responsabilidad de proteger o, más ingenuamente aún, que los miembros permanentes se comprometan, a título individual, a abstenerse de utilizar el veto en casos de genocidio y abusos en gran escala de los derechos humanos. Sobre estas

Pese a que no han faltado quienes han defendido no solo la legitimidad, sino también la legalidad de una intervención armada unilateral en este tipo de situaciones que aúnan crisis humanitaria grave y parálisis del Consejo de Seguridad, recurriendo unas veces al expediente de la legitimidad de los propósitos perseguidos y su encaje en el tenor del artículo 2.4 de la Carta, y otras en el estado de necesidad como circunstancia excluyente de la ilicitud¹²⁹, parece claramente mayoritaria la doctrina que rechaza tal tipo de propuestas¹³⁰. Esgrimen quienes mantienen esta última postura, entre otros argumentos, que según revelan los trabajos preparatorios de la Carta la referencia a “otros propósitos incompatibles” en el artículo 2.4 se introdujo para ampliar, y no para restringir el alcance de la prohibición del uso de la fuerza; que durante el conflicto de Kosovo, los Estados participantes se esforzaron por subrayar el carácter absolutamente excepcional del precedente, y que la mayor parte de ellos se han abstenido de invocar desde entonces cualquier derecho de intervención humanitaria al margen del capítulo VII de la Carta; el generalizado rechazo de esa posibilidad dentro de amplios y representativos sectores de la Sociedad Internacional, como los integrantes del Grupo de los No Alineados, el grupo de los 77 y la Conferencia Islámica; la naturaleza perentoria de toda la prohibición del uso de la fuerza y la consiguiente exclusión expresa o implícita de la posibilidad de invocar las circunstancias excluyentes de la ilicitud contempladas en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados (arts. 25.2.a, 26 y 50.1.a del Proyecto de la CDI); o, finalmente, la insistencia por los Jefes de Estado y de Gobierno en el que se

últimas propuestas, GUTIÉRREZ ESPADA, C., “El uso de la fuerza...”, paras. 15 y 16, p. 40. La primera de las propuestas señaladas ha vuelto a ser planteada recientemente por Francia sugiriendo la adopción de un código de conducta entre los miembros permanentes en el que se comprometan a no ejercer el derecho de veto ante supuestos de crímenes masivos, aunque con una cláusula de salvaguardia en virtud de la cual el compromiso dejaría fuera los casos en que un miembro permanente considerarse en peligro sus intereses vitales nacionales. Sobre el particular, GUTIÉRREZ ESPADA, C., y CERVELL HORTALL, M.J., “Sobre la propuesta francesa (2013) de reforma del derecho de veto en el Consejo de Seguridad”, *REDI*, vol. 66 (2014), pp. 324 y ss.; o GUTIÉRREZ ESPADA, C., “Responsabilidad de proteger y el derecho de veto en el Consejo de Seguridad: algunos ejemplos recientes”, *RIEEE*, 2014 (3), pp. 13 y ss.

¹²⁸ Entre ellas, conferir una responsabilidad subsidiaria a la Asamblea General inspirada en la Resolución 377 (V) “*Unión pro paz*”, de 3 de noviembre de 1950, y en cuya virtud, en caso de parálisis del Consejo de Seguridad, el órgano plenario de la organización mundial estaría capacitado para apreciar la concurrencia del supuesto habilitante para el uso de la fuerza y para autorizar su empleo; o encomendar esa atribución a organizaciones regionales o subregionales bajo la condición de que soliciten posteriormente la autorización del Consejo de Seguridad. Tales propuestas aparecían en el ya citado Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, p. 59.

¹²⁹ Entre quienes han defendido este tipo de posiciones puede mencionarse a PEREZ VERA, E., “La protection d’humanité en droit international”, *RBDI*, 1969, p. 415; M. BETATTI, “Un Droit d’ingérence?”, *RGDIP*, Vol. 95 (1991), p. 649; BERMEJO GARCÍA, R., “La protección La protección de la población civil en Libia como coartada para derrocar un gobierno: un mal inicio para la responsabilidad de proteger”, *AEDI*, vol. 27 (2011), p. 44; o, más matizadamente, llamando la atención sobre la necesidad de considerar la actuación por organizaciones regionales o subregionales o la ratificación *a posteriori* por el Consejo de Seguridad, LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, M.A., “La responsabilidad...”, *cit.*, , pp. 310-313.

¹³⁰ Es la posición mantenida, entre otros, por CH. GRAY, *International...*, *cit.*, pp. 51 y ss.; WINKELMANN, I., “Responsability to Protect”, en Wolfrum (ed.), *EPIL*, Vol. VIII, 2010, p. 970; RUYTS, T., “Of arms...”, *cit.*, pp. 497 y ss.; HENDERSON, CH., “The Provision...”, *cit.*, pp. 680-681; STAHN, C. “Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm?”, *AJIL*, Vol. 101 (2007), pp. 117 y ss.; o BOISSON DE CHAZOURNES, L., y CONDORELLI, L., “De la ‘responsabilité de protéger’, ou d’une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie”, *RGDIP*, vol. 110 (2006), p. 11.

puede calificar como más relevante documento, por representativo de la Comunidad Internacional en su conjunto, de cuantos se han elaborado en el marco del proceso de elaboración de la noción de R2P, en que las acciones colectivas para dar respuesta a las situaciones en que los medios pacíficos se muestren inadecuados y las autoridades nacionales dejen manifiestamente de proteger a sus poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la limpieza étnica y los crímenes contra la humanidad, han de adoptarse “a través del Consejo de Seguridad, de acuerdo con la Carta, incluyendo el Capítulo VII”, sin que se deje espacio, al menos expresamente, a otras alternativas¹³¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, y a tenor de lo sucedido en los conflictos a los que se viene aludiendo en este trabajo, quizá puedan hacerse dos posibles apreciaciones sobre el estado de la cuestión en lo que se refiere a si el argumento humanitario, a través de la noción de R2P, sería susceptible de legitimar envíos de equipamiento militar a grupos armados en ausencia de autorización del Consejo de Seguridad.

En primer lugar, si se tiene en cuenta que la decisión de no renovar el embargo europeo de armas a Siria fue el resultado de la decisión de un pequeño número de miembros de la UE de no apoyar una decisión sometida a la exigencia de unanimidad (art. 24.1 TUE), y que algún Estado miembro manifestó claros recelos respecto de la legalidad de esos envíos que, por lo demás, cuando se realizaron se hicieron de manera clandestina y, reconocidamente al menos, nunca por Estados occidentales, no parece posible que el precedente pueda contabilizarse como una sólida impugnación de la admitida regla general contraria a la legalidad de las transferencias de armas en estos casos. Y una conclusión parecida quizá pueda extraerse del rechazo europeo a armar a los grupos de oposición al EI fuera del territorio iraquí y por tanto más allá de la cobertura ofrecida por el consentimiento del gobierno de Bagdad, así como del recurso estadounidense al expediente de la legítima defensa para tratar de justificar su intervención directa e indirecta en favor de los mencionados grupos en territorio sirio.

No obstante, en segundo lugar, las reticencias no han sido tan amplias y los apoyos parecen más extensos en lo que se refiere a las transferencias de material no letal y no estrictamente humanitario (cascos, uniformes, botas, chalecos antibala...) destinadas a reforzar la capacidad defensiva de GANes implicados en la lucha contra fuerzas gubernamentales acusadas de violar gravemente el principio de protección de la población civil. La práctica de la que se ha dado cuenta en páginas anteriores y, muy especialmente, la exclusión de las transferencias a GANes de este tipo de material en algunas de las resoluciones que imponen embargos de armas tal vez justifique matizar el rigor de los criterios a los que la CIJ supeditó en el asunto Nicaragua la compatibilidad con el principio de no intervención de la llamada asistencia humanitaria; criterios que, entre otras cosas y como ya vimos, implicaban exigir que la citada asistencia se distribuyera de acuerdo con criterios de urgencia y necesidad y de manera no

¹³¹ Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, Resolución de la Asamblea General 60/1, para. 139. Como recuerda Ch. GRAY, el citado párrafo es fiel reflejo de los recelos manifestados fundamentalmente por los países en desarrollo frente a los posibles abusos a que puede conducir el recurso al argumento humanitario para tratar de justificar el recurso unilateral por parte de los Estados poderosos al uso de la fuerza. *International...*, cit., p. 167.

discriminatoria a favor de todas las víctimas¹³². La anterior conclusión podría derivarse, además de a partir de la comentada práctica estatal¹³³, de un argumento defendido desde hace tiempo por algún autor entre la doctrina española: teniendo en cuenta que las normas que se trata de preservar al amparo de la R2P son del tipo de las que generan obligaciones para la comunidad internacional en su conjunto, y que no es el principio de prohibición del uso de la fuerza el que quedaría comprometido, la transferencia de equipamiento no letal quizá pudiera justificarse como una contramedida lícita de la que podría hacer uso, con la finalidad de intentar poner fin a las violaciones de aquellas normas, cualquier Estado¹³⁴.

X. CONSIDERACIONES FINALES

A tenor del vigor con que el principio de prohibición del uso de la fuerza aparece en el discurso de los Estados, la práctica que se acaba de comentar seguramente revele, parafraseando a M. Twain, que la noticia sobre la muerte del artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas¹³⁵ había sido exagerada. Pero también, que el que es generalmente considerado como uno de los escasos principios cogentes del Derecho Internacional se encuentra sometido a fortísima tensión. Y ello no sólo porque desgraciadamente sigue habiendo Estados que, más de noventa y cinco años después del Pacto Briand-Kellog, no renuncian al uso de la fuerza armada como instrumento de política nacional, sino también y muy especialmente por los graves problemas que derivan del déficit institucional del orden público internacional. En otros términos, es obvio que el sistema de seguridad colectiva diseñado en la Carta se muestra incapaz de dar respuesta efectiva a situaciones extremas en las que el uso de la fuerza armada aparece como un recurso necesario para preservar intereses absolutamente esenciales, sea para la soberanía nacional, sea para la comunidad internacional en su conjunto. Y ello explica que con cierta frecuencia los Estados intenten relativizar la comprensión ortodoxa de los principios de prohibición del uso de la fuerza y no intervención, es decir, la que resulta de la interpretación que de la misma ha hecho la Corte Internacional de Justicia. Relativización que se busca, en unos casos reduciendo el contenido de la fuerza prohibida, y en otros ensanchando sus excepciones.

La práctica en los casos de Libia y Siria, al menos en lo que a la intervención armada indirecta se refiere, parece confirmar sustancialmente el apoyo estatal al régimen general aplicable a la intervención armada indirecta. Quienes han proclamado su interés en armar a grupos rebeldes, han tratado en primer lugar de seguir los cauces que ofrece el Derecho internacional, especialmente buscando cuando es posible la cobertura del

¹³² Véase supra, apdo. 3.

¹³³ Incluso hay quien va más allá, sugiriendo que el caso sirio quizá testimonie un cambio de las percepciones en torno a la intervención armada indirecta en conexión con las actuaciones unilaterales admisibles en el contexto de la R2P que podría alcanzar no sólo al material no letal o defensivo, sino también de armamento ofensivo. HENDERSON, CH., "The Provision...", *cit.*, pp. 680 y ss.

¹³⁴ GUTIÉRREZ ESPADA, C., "El uso de la fuerza...", *cit.*, pp. 44-45.

¹³⁵ FRANK, TH., "Who Killed Article 2(4)? or: Changing Norms Governing the Use of Force by States", *AJIL*, vol. 64 (1970), pp. 809 y ss..

Consejo de Seguridad o el consentimiento del gobierno en cuyo territorio opera el grupo al que apoyar. Es cierto que, cuando ello no ha sido posible, no han faltado los intentos por forzar las reglas establecidas, sea “reconociendo” a los rebeldes, sea apelando a interpretaciones como poco dudosas de la legítima defensa, sea en fin tratando de extraer de la noción de Responsabilidad de Proteger unas consecuencias que en modo alguno gozan de aceptación generalizada en la Comunidad Internacional. Pero en todos esos casos se ha tratado de pretensiones muy minoritarias que casi siempre se han visto contrarrestadas, junto a algunos rechazos expresos, por una tendencia más mayoritaria que implícitamente ha manifestado su reticencia a ensanchar el régimen permisible de la intervención armada indirecta. Quizá la única excepción pueda referirse a las transferencias del llamado material no letal o de protección, respecto del cual tal vez pueda apreciarse en la práctica estatal una mayor permisividad cuando estamos en presencia de situaciones en las que el fortalecimiento del grupo opositor es visto como la única vía factible de poner fin a situaciones de violaciones graves de los derechos humanos.

No debe olvidarse, en cualquier caso y para terminar, que en relación con las transferencias de armas a actores no estatales, incluso en los casos excepcionales en los que de acuerdo con las reglas establecidas la transferencia de armamentos es lícita, se impone si cabe una mayor prudencia que en relación con las transferencias dirigidas a Estados. Razones puramente empíricas ponen de manifiesto que, aunque ello no tiene por qué ser necesariamente así en todo caso –piénsese en el caso de Estados débiles o directamente fallidos, por una parte, o de grupos terroristas dotados de una organización equivalente a la de los más modernos ejércitos-, el riesgo de que las armas acaben en destinos equivocados suele ser mucho mayor cuando no es un Estado el receptor. Ante la inminente entrada en vigor del Tratado sobre Comercio de Armas, conviene recordar que, aunque lentamente, las transferencias realizadas en esas condiciones comienzan también a ser consideradas contrarias al Derecho Internacional. Y es que, en ese tipo de situaciones, viendo las cosas desde la perspectiva de las víctimas de las armas descontroladas, quizá deba replantearse el término empleado por la Corte en el asunto Nicaragua -uso menos grave- para referirse a la intervención armada indirecta.