

19/2018

6 de julio de 2018

*Cesáreo Gutiérrez Espada*

El desarrollo de un concepto conjunto de defensa  
contra sistemas aéreos no tripulados a la luz  
del derecho internacional de la responsabilidad.

Una aproximación preliminar.

## **El desarrollo de un concepto conjunto de defensa contra sistemas aéreos no tripulados a la luz del derecho internacional de la responsabilidad. Una aproximación preliminar.**

### Resumen

En un contexto de proliferación de Sistemas Aéreos No Tripulados, la necesidad de contar con Sistemas de Defensa (C-UAS) deviene imperativa. Este estudio intenta una primera aproximación a los problemas de responsabilidad internacional que podrían generar para un Estado la posesión y el uso de Sistemas C-UAS.

### Palabras clave

Drones, legítima defensa, responsabilidad internacional, sistemas aéreos no tripulados (UAS), sistemas de defensa contra sistemas aéreos no tripulados (sistemas C-UAS), vehículos aéreos no tripulados (UAV).

El desarrollo de un concepto conjunto de defensa contra sistemas aéreos no tripulados a la luz del derecho internacional de la responsabilidad. Una aproximación preliminar

Cesáreo Gutiérrez Espada

***The development of a joint defence concept against Unmanned Aerial Systems (C-UAS) in the light of International Law of Responsibility. A preliminary approach***

*Abstract*

*In a context of proliferation of UAS Systems, the need to have Systems C-UAS becomes imperative. This study intends a first approximation to the problems of international responsibility for possession and use of C-UAS Systems.*

*Keywords*

*Drones, international responsibility, self-defence, systems C-UAS, unmanned aerial systems (UAS), unmanned aerial vehicle (UAV).*

## I.

### La eventual violación del derecho internacional por la posesión de sistemas C-UAS\*

1.- La primera cuestión teórica que puede plantearse es si resulta conforme al derecho internacional poseer, que España tenga, Sistemas C-UAS (*vid.* Anexo I, párrafos 3-5).

España ratificó el Protocolo I de Ginebra el 11 de abril de 1989, ya en vigor, que le obliga, por cuanto a las «armas nuevas» (artículo 36) se refiere a:

Cuando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a esa Alta Parte contratante<sup>1</sup>.

Habida cuenta de la naturaleza defensiva de los Sistemas C-UAS, respuesta a la existencia y proliferación de Sistemas UAS (*infra* Anexo I, párrafos 1-2), que (sin entrar en la cuestión que excede de los límites de este Estudio) en principio tampoco están *per se* (cuando su empleo respete el derecho internacional) prohibidos, no parece que nuestro país tenga problemas de legalidad internacional por su decisión de dotarse de Sistemas de Defensa contra UAS. Ni siquiera, en principio, respecto de los Sistemas C-UAS, vamos a decirlo así, de carácter armado, esto es, que emplean el uso de la fuerza para destruir UAV o, en general, Sistemas UAS que se consideren una amenaza.

La única cautela que habría de manifestarse en este sentido es la de que, aunque no parece hasta ahora ser el caso, deberíamos asegurarnos que nuestro país no es parte en algún tratado de desarme o en su caso se encontrara obligado por un texto internacional

\*Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto «El Derecho Internacional ante los retos tecnológicos: en busca de un marco jurídico realista sobre las nuevas formas de uso de la fuerza», Programa estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los retos de la sociedad, Plan Estatal de Investigación científica y de innovación 2013-2017 (Convocatoria 2017), Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, Ref: DER2017-82368-R, cuya IP es María José Cervell Hortal.

<sup>1</sup> Instrumento de Ratificación de los Protocolos I y II adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales con o sin carácter internacional. hechos en Ginebra el 8 de junio de 1977, *BOE* núm. 177, miércoles 26 de julio de 1989. Para un análisis del artículo 36 citado *vid. ad ex.* BACKSTROM, A. y HENDERSON, I.: «Surgimiento de nuevas capacidades de combate: los avances tecnológicos contemporáneos y los desafíos jurídicos y técnicos que plantea el examen previsto en el artículo 36 del Protocolo I», *International Review of the Red Cross*, junio de 2012, núm. 886, pp. 1-37.

vinculante de otra naturaleza que eventualmente pudiera limitar a los sujetos partes el acceso a este tipo de armas (Sistemas C-UAS). Y, de ser el caso, asegurarnos, si algún tratado de esta naturaleza se adoptase, de la conveniencia de que España no se vinculase al mismo.

2. Esta exigencia (la conformidad con el derecho internacional de la posesión de este tipo de armas por España) es aplicable, por lo demás, tanto si las mismas se ubican en territorio español como si lo están en bases o instalaciones que las Fuerzas Armadas españolas tengan en un país extranjero, en el que se encuentran.

En el primer caso, porque la normativa española que regule Sistemas de esta naturaleza debe adecuarse a las exigencias del derecho internacional.

## II.

### La eventual responsabilidad internacional por el uso de sistemas C-UAS en violación del derecho internacional

#### Autoría

España puede incurrir en un hecho ilícito internacional, por conductas de sus órganos o de las personas de las que, según el derecho internacional sea responsable (*infra* Anexo II, párrafo 2), cuando emplee Sistemas C-UAS contra *drones de otro Estado* en violación de las normas internacionales.

A estos efectos cabría imaginar dos hipótesis (en ambas debe darse un presupuesto necesario, que el dron «enemigo» se considere una amenaza para objetivos en España o para objetivos de las Fuerzas Armadas españolas en el exterior; en principio debería entenderse que la penetración en el espacio aéreo español o, en el caso de las Fuerzas Armadas de España en el exterior, su penetración en la zona de exclusión o de seguridad prevista, de un dron «enemigo» con intenciones desconocidas implica una amenaza potencial para los objetivos e intereses españoles; ello sería así *a fortiori* si se tratase de un dron «enemigo» armado):

- Primera, la presencia de un dron desconocido no armado en el espacio aéreo nacional (o en la zona de exclusión prevista en las bases o instalaciones de las Fuerzas Armadas españolas en otro país) justificaría, a mi juicio, sin sobresaltos de ningún tipo desde el punto de vista de la legalidad internacional, el empleo contra el mismo de Sistemas

C-UAS que provocasen su neutralización e incluso su control para hacerlo tomar tierra en una zona determinada. Como podría llevarse a cabo con el Sistema AUDES del que España se ha dotado en 2017 (*infra* Anexo I, párrafo 4, letra B). Una medida de este tipo, sería adecuada y proporcional a la amenaza sufrida. España podría inspeccionar el ingenio y averiguar la información por este conseguida. Debe, en todo caso, tenerse en cuenta que parece razonable considerar la obligación española de, tras las investigaciones procedentes, proceder a la devolución del dron al Estado que lo envió.

Más dudas plantean, desde el punto de vista del derecho internacional, una reacción de mayor alcance. Esto es, no parece razonable, si queremos evitar el riesgo de una eventual responsabilidad internacional, el empleo de Sistemas C-UAS que impliquen la destrucción física del UAV, con los que al parecer España cuenta también (*infra* Anexo I, párrafo 4, letra C).

Solo en el caso en el que el dron enemigo, por sus características y trayectoria, pudiese suponer un peligro grave, que no pudiese ser evitado por el empleo de Sistemas C-UAS menos contundentes, cabría pensar en su destrucción física y ello desde el momento crítico en que la defensa contra el mismo pueda resultar efectiva. Pienso también que en el caso concreto en que los UAV desconocidos operasen «en enjambre» (*infra* Anexo I, párrafo 1), aún habiéndose podido saber que no van armados, sería razonable entender que nos encontramos ante un «peligro grave».

- Segunda, en el caso en que la amenaza detectada se refiriese a drones desconocidos armados, la situación es diferente. Más allá del hecho de que un dron armado no parezca sugerir por sí solo una amenaza de ataque armado de conjunto en el sentido del derecho de legítima defensa (artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas; *vid. infra* Anexo II, párrafo 3, letra B), resulta innegable que la aproximación (y desde luego la violación del espacio aéreo nacional o, en su caso, zona de exclusión de las bases o instalaciones de las Fuerzas Armadas en el exterior) a zonas bajo soberanía y/o jurisdicción de un Estado de un UAV desconocido de tal naturaleza supone un peligro manifiestamente inminente que permitiría al Estado-objetivo ya neutralizar el dron y tomar su control ya, de no ser posible o de no quedar garantizada con dicha acción la seguridad, derribarlo sin más mediante su Sistema C-UAS.

2. Si el dron desconocido se sospecha está *operado por actores no estatales* (con fines de información o de ataque, en el contexto de sus objetivos terroristas, a infraestructuras críticas en el territorio nacional o en el marco del conflicto asimétrico que llevan a cabo contra Fuerzas Armadas extranjeras que operan en el exterior), la cautela que inspira mis palabras anteriores se difuminaría. La neutralización o la destrucción del dron constituirían una medida de defensa adecuada a la situación. La neutralización y control del UAV hostil permitiría en todo caso acceder a la información y facilitaría quizás la identificación de sus operadores.

3. De estas reflexiones se deriva una consecuencia que no tiene *strictu sensu* carácter jurídico sino militar.

Dada la existencia de Sistemas UAS no armados y armados, nuestro país debería dotarse (como parece ha hecho ya) no solamente de Sistemas C-UAS capaces de neutralizar sin destruir los UAV enemigos y aún de tomar su control, sino también de aquellos otros que pueden destruir físicamente el dron hostil (*infra* Anexo I, párrafo 4, letras B y C).

4. Desde un enfoque de responsabilidad internacional, debería considerarse el que si España neutraliza un dron hostil y se hace con el control del mismo, las eventuales violaciones de las normas internacionales que la operación del UAV pudiesen generar, serían imputables a España. Ya fuese el ingenio operado por órganos españoles ya por personas cuya conducta, según el derecho internacional de la responsabilidad, sea imputable a nuestro país (*infra* Anexo II, párrafo 2).

Ítem más. En el caso, en concreto, en que el empleo de Sistema C-UAS por España (impliquen o no el uso de armas) contra un dron hostil, sea operado por un Estado extranjero o lo sea por un actor no estatal, ocasionase daños colaterales, de estos sería asimismo responsable nuestro país. Pienso sobre todo en los supuestos de daños ocasionados a la población civil, en un Estado extranjero en el que se hallan Fuerzas Armadas españolas con Sistema C-UAS, como consecuencia de la neutralización o toma de control del dron o de su caída o destrucción. Recuérdese en este contexto la preocupación de ciertas empresas que fabrican Sistemas de Defensa contra UAV por dotarles de la posibilidad de optar entre un uso menos contundente (que minimiza eventuales daños colaterales a la población civil o infraestructuras no militares) y otro más severo (*infra* Anexo I, párrafo 4, letra C).

5. Debe tenerse en cuenta, por último, que España podría ser responsable por el uso de Sistemas C-UAS aún el marco de las operaciones que lleva a cabo una Organización internacional en cuyo seno España participa con sus Fuerzas Armadas, si dicho empleo resultase en violación de normas internacionales. Conviene por ello recordar cual es, en este contexto, el estado de la cuestión.

Las Organizaciones internacionales son responsables para el derecho internacional de los hechos de órganos o agentes que un Estado u otra Organización han puesto a su disposición (artículo 7 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional [CDI] de 2011 sobre la responsabilidad de las Organizaciones internacionales)<sup>2</sup>. Aunque pueda parecerlo, esta causa de imputación no es exactamente la misma del artículo 6 del Proyecto sobre la responsabilidad del Estado (2001)<sup>3</sup>: este permite en efecto atribuir a un Estado la conducta de órganos de otro que este pone a su disposición. Pero *en el caso de los Estados*, el órgano prestado actúa bajo las órdenes de aquél al que se prestó, ejerciendo pues el órgano de A funciones propias del Poder Público de B y siguiendo las instrucciones de este siempre (comentarios 1-2 al artículo 6 del Proyecto de 2001) (*vid. infra* Anexo II, párrafo 2, letra A, letra c); *en el caso de las Organizaciones*, el órgano o agente prestado sigue actuando como órgano del Estado u órgano o agente de la Organización que lo envía.

La CDI distingue entre los casos en los que un Estado u otra Organización ponen uno de sus órganos a disposición de una Organización internacional (supuesto en el que dicho órgano queda adscrito a esta y sus hechos deben imputarse a esta, es decir, a la Organización internacional receptora [artículo 6 del Proyecto de 2011]), de la cuestión a la que el artículo 7 se refiere:

«El artículo 7 versa sobre un supuesto diferente, en el que el órgano o el agente adscrito sigue actuando en cierta medida como órgano del Estado que lo adscribe o como órgano o agente de la organización que lo adscribe» (comentario 1 al artículo 7).

---

<sup>2</sup> Proyecto definitivo de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales con sus comentarios, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 63º periodo de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011). Asamblea General. Documentos oficiales. Sexagésimo sexto periodo de sesiones (A/66/10)*, Naciones Unidas, Nueva York, 2011, pp. 53-184.

<sup>3</sup> Proyecto definitivo de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53º periodo de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001). Asamblea General. Documentos oficiales. Quincuagésimo sexto periodo de sesiones (A/56/10)*, Naciones Unidas, Nueva York, 2001, pp. 10-405.

Esta disposición del Proyecto responde a la práctica existente en el marco de Naciones Unidas con los contingentes militares que un Estado pone a su disposición para una Operación de Mantenimiento de la Paz (OMP). Aquella revela, y así consta en los acuerdos que Naciones Unidas celebra con los Estados contribuyentes, que estos conservan sobre sus contingentes la potestad disciplinaria y la competencia penal. Siendo esto así, la CDI acepta el principio de que la atribución de un hecho ilícito ya a la Organización ya al Estado que ha prestado sus órganos o agentes dependerá de quien «controla efectivamente» a estos cuando llevan a cabo la conducta de que se trate (comentarios 7 y 9 al artículo 7).

El criterio de control efectivo recogido por la Comisión no parece haber sido tenido en cuenta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Behrami y Saramati* (y posteriormente en algún otro)<sup>4</sup>, que se decantó por la imputación a la Organización de Naciones Unidas (ONU) tanto de los hechos de las fuerzas destacadas en Kosovo y puestas a su disposición (UNMIK) como de las autorizadas por Naciones Unidas (KFOR). En relación con estas últimas y pese a que la efectividad del mando en cuestiones operacionales era de la OTAN, el Tribunal de Estrasburgo entendió que el factor decisivo para decidir a quién debía imputarse los comportamientos de la KFOR era que:

«El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas había conservado la autoridad y el control en última instancia y solo se había delegado el mando operacional»<sup>5</sup>.

La sorprendente elección como desencadenante de la imputación del criterio del «control en última instancia» en detrimento del «operacional» (que parece más adecuado a la realidad de las cosas) explica el que la CDI calificara de lógico (comentario 10 al artículo 7) el rechazo que implícitamente mostró el secretario general de Naciones Unidas, en su Informe de 12 de junio de 2008 sobre la UNMIK (S/2008/354, párrafo 16), respecto del criterio utilizado por el Tribunal de Estrasburgo.

Por lo demás el concepto del «control efectivo» que la CDI aplica en el artículo 7 de su Proyecto (2011) parece haber sido aceptado por decisiones jurisprudenciales de varios Estados<sup>6</sup> y, más allá de su clara aceptación por la CDI, parece contar con un apoyo general.

<sup>4</sup> Decisión de la Gran Sala, 2 de mayo de 2007. *Vid.* comentario 10 al artículo 7 del Proyecto de 2011.

<sup>5</sup> Decisión de 2 de mayo de 2007, párrafo 133.

<sup>6</sup> Cámara de los Loos a propósito de los comportamientos de las tropas británicas en Irak y Tribunal holandés sobre el comportamiento de los «casco azules» holandeses de UNPROFOR con motivo de la matanza, del

Cesáreo Gutiérrez Espada

El criterio del «control efectivo» puede extenderse igualmente a otros órganos del Estado puestos a disposición de Naciones Unidas para fines distintos de los de las OMP, como en acciones o grupos de socorro en casos de desastres naturales por ejemplo. También en el caso, menos frecuente, en que es una Organización (por ejemplo la OTAN o la Unión Europea) la que pone a disposición de Naciones Unidas órganos o agentes con fines similares (comentarios 15-16 al artículo 7).

Todas estas razones son las que explican por qué la CDI ha considerado necesario matizar, en el texto del artículo 7 de su Proyecto sobre la responsabilidad de las Organizaciones internacionales (2011) (lo que no hizo en la disposición correspondiente del Proyecto de 2001), que la imputación a una Organización internacional del comportamiento del órgano que un Estado o el órgano o agente de otra Organización que estos han puesto a su disposición depende:

«de si esta ejerce un control efectivo sobre ese comportamiento». Las Organizaciones internacionales son responsables de los comportamientos de sus órganos o agentes o de los órganos o agentes puestos a su disposición y sobre los que la Organización ejerce un control efectivo (artículos 6-7) aun en el caso de que la conducta de estos exceda de sus competencias o contravenga las instrucciones recibidas (artículo 8). La CDI ha considerado, como en el Proyecto sobre la responsabilidad del Estado de 2001 (artículo 7), que los comportamientos *ultra vires* también generan la responsabilidad de las Organizaciones (comentarios 6-9 al artículo 8 de su Proyecto). La seguridad jurídica, la buena fe, la protección de los terceros imponen esta regla, que en cualquier caso exige, entre el comportamiento *ultra vires* y las funciones del órgano en cuestión una conexión clara y directa. En el caso de la responsabilidad del Estado, el artículo 7 del Proyecto (2001) exigía, para poder imputar a un Estado el comportamiento *ultra vires* de uno de sus órganos que este «actuara en su condición de tal»; el artículo 8 del Proyecto sobre la responsabilidad de las Organizaciones exige que el «órgano o agente actúe a título oficial en el marco de las funciones generales de la Organización».

---

genocidio según lo ha calificado la CIJ (2007), de Srebrenica en 1995 (citadas y valoradas y por la CDI en los comentarios 12-13 y 14 al artículo 7)

### Complicidad

6. España incurriría en responsabilidad internacional si *ayuda, dirige o controla* o *coacciona* a otro Estado (o en su caso a una Organización internacional) en la utilización por estos de Sistemas C-UAS en el caso en que dicho uso contraviniese el derecho internacional (*infra* Anexo II, párrafo 4).

7. Los artículos 16-18 citados plantean requisitos estrictos para que un Estado pueda incurrir en responsabilidad por «complicidad».

Sería acaso de interés, de considerarse conveniente, analizarlos a la luz del uso por España de Sistema C-UAS en etapa(s) sucesiva(s) del presente Proyecto.

### La eventual responsabilidad internacional penal individual de los órganos del Estado por el uso de Sistemas C-UAS.

8. En la hipótesis en que España operase Sistemas C-UAS que desembocasen (por la asunción del control del dron enemigo o por los daños colaterales ocasionados por su destrucción) en la eventual comisión de un crimen internacional (por ejemplo, crímenes de guerra...) habría que tener en cuenta la eventual responsabilidad penal internacional del órgano del Estado (o de la persona cuyas conductas pudiesen ser atribuibles a España según el Derecho internacional de la Responsabilidad) que operase el Sistema (*infra* Anexo II, párrafos 9-10).

9. Amén, en su caso, incluso, de la responsabilidad internacional misma de España (*infra* Anexo II, párrafos 9-10).

### III.

### ANEXOS

**Anexo I (Sistemas UAS y C-UAS)** 1. *Los Sistemas Aéreos No Tripulados (Unmanned Aerial Systems, UAS) son una innegable realidad que se consolidará y expandirá enormemente en un próximo futuro.*

1. Sin entrar en el análisis técnico de estos Sistemas, baste partir del dato de que con ellos un artefacto sin piloto (un dron, *Unmanned Aerial Vehicle* UAV) es operado a distancia por un ser humano.

Cesáreo Gutiérrez Espada

Los Sistemas UAS sirven a propósitos civiles y militares. Y, en el caso de estos últimos, pueden ser no armados (fundamentalmente con fines de recolección de datos, de información) o armados.

Asimismo, estos Sistemas pueden utilizar UAV de pequeño tamaño, velocidad reducida y altura media o baja. Debe tenerse en cuenta que de este tipo de drones trata el presente Proyecto. Y es que los Sistemas UAS de pequeño tamaño (velocidad limitada y poca altitud) con fines militares son, en la actualidad, particularmente relevantes. Por razones varias:

- De una parte, su proliferación es innegable. Si en el año 2000 solo 17 países contaban con ellos, en 2015 han pasado a ser más de 76. Estados y, además, lo que es preocupante, actores no estatales (incluidos grupos y organizaciones terroristas).
- De otra, los UAS de pequeño tamaño comportan para sus poseedores no pocas ventajas: su costo reducido desde luego, pero también la flexibilidad que caracteriza su empleo: son portátiles y no requieren campos de aviación ni otras redes de apoyo.
- En tercer lugar, los UAS de pequeño tamaño pueden ir armados. De hecho, hay constancia manifiesta de que poseen Sistemas UAS armados de pequeño tamaño: Estados Unidos, Reino Unido, Israel, China, Irán, Arabia Saudí, Emiratos Árabes Unidos y Egipto. La República Popular China es un importante proveedor de estos Sistemas.
- Y, en fin, las ventajas tácticas de los Sistema UAS de pequeño tamaño son considerables: su pequeño tamaño y velocidad relativa generan dificultades significativas para su defensa contra ellos, pues su detección visual y electrónica no es fácil; pero, además, su posible utilización «en enjambre» (elementos o unidades diferentes que coordinan y adaptan sus movimientos para dar lugar a un todo emergente y coherente) incrementa su peligro y amenaza considerablemente.
- La conclusión *va de soi*: si los Sistemas de Defensa contra UAS (C-UAS) son necesarios, estos deben contar necesariamente con una capacidad de respuesta adaptada a los Sistemas UAS de pequeño tamaño<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> FRANKE, U.E.: «The global diffusion of Unmanned Aerial Vehicles (UAV), or “Drones”», en M. Aaronson, W. Aslam, T. Dyson, R. Rauxloh (Edts): *Presicion strike warfare and intervention: Strategic, ethico’legal, and decisional implications*, Routledge, Nueva York, 2014, pp. 52-73; PALMER, TH.S. y GEIS II, J.P.: «Derrota de pequeños Sistemas Aéreos No Tripulados civiles para mantener la superioridad aérea», *Air & Space Power Journal*, 29, número 4, 2017, pp. 66-82; PATTERSON, D.R.: «derrotando la amenaza de los Sistemas Aéreos No Tripulados Pequeños», *Air & Space Power Journal*, 31, número 1, 2017, pp. 12-22.

La característica probablemente más relevante de los Sistemas UAS es su proliferación. Los Sistema UAS crecen exponencialmente. El coronel del ejército de los Estados Unidos, Matthew T. Tedesco, cita un concluyente estudio de mercado del Grupo Teal en 2014:

- Los gastos en UAV en el mundo, cifrado en 6.400 millones de dólares al año, crecerá en diez años hasta los 11.500 millones, alcanzado, en veinte, los 91.000 millones de dólares.
- Lo cual comportará que el número existente de 4.000 tipos o clases de plataformas de esta naturaleza de UAV en circulación, en el mercado global, se incrementará enormemente en los próximos años.
- Y, simultáneamente, que haya cada vez más Estados (hoy 76) que dispongan de UAV de naturaleza militar<sup>8</sup>. Y de la mano de su crecimiento numérico vendrá la alteración que ocasionará en los equilibrios existentes hasta hoy en el binomio amenaza/ataque v. defensa. Pues las ventajas tácticas y estratégicas que a su poseedor los Sistemas UAS aportan, generan riesgos muy serios para el amenazado/atacado y fuerzan en consecuencia a considerar imperiosa la necesidad de dotarse de Sistemas C-UAS<sup>9</sup>.

2. Drones y Robots (Armas o Sistemas Autónomos) no son lo mismo.

<sup>8</sup> «Cómo contrarrestar la amenaza de sistemas aéreos no tripulados», *Military Review*, 2016, pp. 10-16 (p. 11) (<http://www.armyupress.army.mil>).

<sup>9</sup> Sobre los Sistemas UAS, sus clases, su evolución y estado de desarrollo actual *vid.* GRUPO DE TRABAJO DE LA PLATAFORMA AEROSPACIAL ESPAÑOLA: *Sistemas de Vehículos Aéreos no Tripulados (UAS). Visión estratégica española. Resumen ejecutivo 2010*, doc. N.º: PAE/Doc-uA/1007, pp. 1-6 ([www.plataforma-aerospacial.org](http://www.plataforma-aerospacial.org), consulta del jueves 24 de mayo de 2018); SÁNCHEZ GÓMEZ, R.E.: *Sistemas Aéreos No Tripulados y espacio aéreo en Europa. Una combinación estratégica*, IEEE Documento Marco 14/2011, 14 diciembre 2011, pp. 1-20; CESEDEN: *Los Sistemas No Tripulados*, marzo de 2012, Ministerio de Defensa, Madrid; CASEY-MASLEN, S.: «¿La caja de Pandora? Ataque con drones: perspectiva desde el *ius ad bellum*, el *ius in bello* y el Derecho internacional de los derechos humanos», *International Review of the Red Cross*, junio de 2012, núm. 886, pp. 1-33; EUROPA PRESS: «Defensa crea el título de operador de sistemas aéreos no tripulados para militares», 25 de febrero de 2016, pp. 1-3 (<https://www.lainformacion.com>, consulta del martes 12 de junio de 2018); THALES ESPAÑA: *Sistemas y soluciones para vehículos aéreos no tripulados*, pp. 1-9 (<https://www.thalesgropu.com>, consulta del miércoles 23 de mayo de 2018); CUERNO-REJADO, C.; GARCÍA-HERNÁNDEZ, L.; SÁNCHEZ-CARMONA, A.; CARRIO, A.; SÁNCHEZ-LÓPEZ, J.L. y CAMPOY, P.: *Evolución histórica de los vehículos aéreos no tripulados hasta la actualidad*, DOI: <http://dx.doi.org/10.6036/7781>, pp. 1-7; MINISTRY OF DEFENCE: *Joint Doctrine Publication 0-30.2. Unmanned Aircraft Systems. Joint Doctrine Publication 0.30.2 (JDP 0-30.2), dated August 2017*, pp. 1-73 (puede consultarse también en [www.gov.uk/mod/dcdc](http://www.gov.uk/mod/dcdc)); «Seguridad y UAS: un problema a resolver», 4 de mayo de 2018, pp. 1-8 (<https://www.gradient.org/blog/seguridad-y-uas/>, consulta martes 29 mayo 2018); EFE: «Defensa ultima nuevo Plan Director de Sistemas Aéreos No Tripulados», 18 enero 2018, pp. 1-4 (<http://www.lavanguardia.com>, consulta del lunes 11 de junio de 2018).

Aun entendiendo *latu sensu* que los Sistemas Autónomos cabrían en la categoría de Sistemas UAS, las particulares características (y también su evolución y estado actual de desarrollo) de los Sistemas Autónomos los dejan fuera de este Estudio. El «núcleo duro» de la diferencia entre drones y robots reposa en el hecho de que los Sistemas Autónomos actúan sin intervención humana, toman sus «propias decisiones» (con base en el *software*, creación humana sí, que portan).

El Proyecto en el que este trabajo se centra, lo recuerdo, atiende a los drones. Y en particular a los de pequeño tamaño, velocidad reducida y baja altura<sup>10</sup>.

2. Y que explica (y justifica) el impulso actual de los Sistemas de Defensa contra ellos (Counter Unmanned Aerial Systems, *C-UAS*).

3. Desde finales de 2014 al menos, empresas de defensa de distintos países (Estados Unidos, Reino Unido, Alemania, Francia, Suecia...) están desarrollando sistemas para contrarrestar la amenaza de los vehículos aéreos no tripulados (Sistemas *Counter-Unmanned Aerial Vehicles* [C-UAV]).

Episodios como el vuelo de drones desconocidos en la proximidad de hasta siete instalaciones nucleares francesas o el aterrizaje, un 26 de enero de 2015, de uno de estos ingenios (del tipo *Phantom*, fabricado por la empresa china Dajiang Innovations [DJI]) en el jardín de la mismísima Casa Blanca de los Estados Unidos, aumentaron las preocupaciones en este sentido en no pocos Estados.

4. Un muestreo de los diversos proyectos en curso<sup>11</sup>, permite llegar a la conclusión de que a efectos prácticos (teniendo en cuenta, en particular, las implicaciones jurídicas y éticas de los mismos a las que me referiré después) pueden dividirse en tres clases:

- A) Los Sistemas que solo buscan detectar (y en su caso rastrear) UAV. Tal es el caso, por ejemplo, de la empresa sueca SAAB, que en abril de 2015 presentó en la Feria DSEI

<sup>10</sup> Sobre drones y robots ya me he ocupado anteriormente: *vid.* (y la bibliografía que se cita) GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M<sup>o</sup>.J.: «Sistemas de armas autónomas, drones y Derecho internacional», *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm. 2, 2013, pp. 1-32; también LIU, Hin-Yan: «Categorization and legality of autonomous and remote systems», *International Review of the Red Cross*, vol. 84, núm. 886, 2012, pp. 627-652.; MARTÍN IBAÑEZ, E.: «La autonomía en robótica y el uso de la fuerza», *IEEE, Documento de Opinión*, 27/2017, 14 de marzo de 2017, pp. 1-15.

<sup>11</sup> *Vid. ad ex.* SORIANO, G.: «La industria de defensa entra en la carrera de los sistemas anti-drones. Nuevos desarrollos de C-UAV», pp. 1-4 (<http://www.infodefensa.com> , consulta del lunes 28 de julio de 2018).

(*Defence & Security Equipment International*), en Londres, en la que participaron más de 1.500 expositores de todo el mundo, su última versión del radar *Giraffe AMB*, sistema que se limita a detectar el vuelo de drones, pero puede, naturalmente, combinarse con otros sistemas para destruirlo. El modelo, podría añadirse, fue adquirido por el Reino Unido para la defensa contra estas amenazas de las islas Malvinas (Falklands).

O del Radar *Multimisión Cobertura Hemisférica* (HMR), fabricado por la firma isrelí *Radar HMR Systems*. Las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos concertaron con la misma, el 17 de agosto de 2017, por 8 millones de dólares, la entrega (a lo largo de 2017) de decenas de estos dispositivos que han demostrado una gran capacidad para la localización de vehículos aéreos no tripulados de pequeño tamaño. El sistema HMR puede ser usado en áreas urbanas (para proteger, pongo por caso, edificios gubernamentales o eventos con VIP), zonas rurales (a fin de llevar a cabo acciones militares contra amenazas asimétricas o convencionales) o, incluso, el control de fronteras<sup>12</sup>.

- B) Los Sistemas que inutilizan drones que suponen una amenaza y aún asumen su control (sin por tanto destruirlos):

Como el sistema de la empresa británica *Blighter Surveillance Systems*. El Ministerio de Defensa español adjudicó en abril de 2017 a la empresa CIAC, representante de *Blighter* en España, un contrato, por un importe estimado de dos millones de euros, por el que adquiere el Sistema de Defensa contra UAVS (AUDS en inglés) de la compañía británica, habiéndose encargado esta de la formación de los operadores españoles. El sistema AUDS detecta el dron mediante el empleo de un radar de barrido electrónico, seguidamente inicia el seguimiento del aparato con cámaras infrarrojas y un *software* de vídeo avanzado y, acto seguido, utiliza un inhibidor de frecuencias (RF) no cinético para desactivar al dron (lo que lleva a cabo a una distancia de hasta 10 km en aproximadamente 15 segundos). La compañía británica destaca que el sistema permite

---

<sup>12</sup> DÍAZ CÁMARA, O.: «El novedoso radar anti-UAV de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos», 21 de agosto de 2017, pp. 1-4 (<http://www.defensa.com>, consulta del martes 29 de mayo de 2018).

al operador tomar el control efectivo del dron y forzar su aterrizaje seguro<sup>13</sup>. El sistema AUDS ya está instalado en la base española en Irak.

O el sistema C-UAV del complejo industrial europeo *Airbus Defence and Space*, que detecta UAV y evalúa su amenaza a una distancia entre 5 y 10 km. El sistema puede, en caso necesario, interrumpir la conexión entre el vehículo y su operador o entre el vehículo y su sistema de navegación. Está preparado incluso para emplear sistemas avanzados que permitan tomar el control del vehículo no tripulado que supone una amenaza.

INDRA, empresa líder en España en el desarrollo de drones, ha presentado recientemente (24 de marzo de 2017) su sistema inteligente ARMS (*Anti RPAS Multisensor System*) que detecta drones a varios kilómetros de distancia e inhibe la frecuencia en distintas bandas de la señal, que anula, de los equipos de geolocalización del dron y su enlace de comunicaciones con la estación de control que lo opera. INDRA está aplicando también técnicas de suplantación de la señal de posición del dron para que el sistema asuma su control y le dirija a zonas sin peligro. El ARMS está pensado

---

<sup>13</sup> «España adquiere un sistema capaz de desactivar drones en 15 segundos». 24/07/2017, pp. 1-2, <http://infodrom.es>; NIÑO ROMERO, M.: «Defensa adquiere un sistema para desactivar drones», pp. 1-4, <https://observatorio.cisde.es>; Galaxia Militar. Información de Defensa y Actualidad Militar: «España selecciona el sistema de defensa anti-UAV AUDS», 10 julio 2017, pp. 1-5 (<http://galaxiamilitar.es>). Consultados todos el martes 29 de mayo de 2018.

para drones pequeños y busca protección de plantas industriales, infraestructuras críticas<sup>14</sup>, aeropuertos o edificios oficiales<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Las infraestructuras críticas son el conjunto de: «instalaciones, redes, sistemas y equipos físicos y de tecnología de la información... cuyo funcionamiento es indispensable y no permite soluciones alternativas, por lo que su perturbación o destrucción tendría un grave impacto sobre los servicios esenciales» (artículo 2, d y e de la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas, BOE de 29 de abril de 2011).

La «criticidad» de una infraestructura se fija en atención a tres criterios: el número de víctimas o de lesiones graves que, de ser atacada, puede generar; el impacto económico en función de las pérdidas y el deterioro de productos o servicios (incluido el eventual impacto medio ambiental); y el impacto público producido por la alteración de la vida ciudadana. En España, el anexo a la Ley 8/2011, de Protección de las Infraestructuras Críticas (que se extiende a la protección de las Infraestructuras Críticas Europeas) agrupa estas en 12 sectores:

- Administración (servicios básicos, instalaciones, redes de información activas, principales lugares y monumentos nacionales).
- Espacio.
- Industria nuclear.
- Industria química.
- Instalaciones de investigación.
- Agua (embalses, almacenamiento, tratamiento y redes).
- Energía (centrales y redes de energía).
- Salud.
- Tecnología de la Información y las Comunicaciones.
- Transporte (aeropuertos, puertos, instalaciones intermodales, ferrocarriles y redes de transporte público, sistemas de control de tráfico).
- Alimentación.
- Sistema Financiero y Tributario (Banca, valores, inversiones).

Estas infraestructuras dependen de los sistemas de comunicaciones y por tanto el riesgo de interrupción por ataques cibernéticos ha aumentado considerablemente. Las infraestructuras críticas españolas se detallan en un Catálogo que integra 3.700 infraestructuras, de las que el 80 por 100 corresponden al sector privado. La Ley 8/2011, establece la creación, por el Ministerio del Interior, de un Catálogo Nacional de Infraestructuras Estratégicas: «Instrumento que contendrá toda la información y valoración de las infraestructuras estratégicas del país, entre las que se hallarán incluidas aquellas clasificadas como Críticas o Críticas Europeas, en las condiciones que se determinen en el Reglamento que desarrolle la presente Ley» (artículo 4.1).

El R. D. 704/2011, de 20 de mayo, aprueba el Reglamento de protección de las Infraestructuras Críticas (BOE de 21 de mayo de 2011) que regula (capítulo II de su Título I, artículos 3-5), el referido Catálogo. Este viene a ser una base de datos en la que se especifican las medidas de protección ante una eventual amenaza contra estas Infraestructuras, la «criticidad» y los planes de reacción «que activen una respuesta ágil, oportuna y proporcionada, de acuerdo con el nivel y características de la amenaza de que se trate» (artículo 3.2). El Catálogo, un registro de carácter administrativo, contiene información «completa, actualizada y contrastada» de todas las infraestructuras estratégicas ubicadas en el territorio español, «incluyendo las críticas así como aquellas clasificadas como críticas europeas que afecten a España, con arreglo a la Directiva 2008/114/CE» (artículo 3.1).

El Catálogo Nacional de Infraestructuras Estratégicas tiene, según la legislación española en materia de secretos oficiales, «la calificación de SECRETO, conferida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de noviembre de 2007 (artículo 4.3).

<sup>15</sup> «Indra presenta su solución inteligente para detectar y contrarrestar drones» (<https://www.indracompany.com>, consulta del lunes 28 de mayo de 2018).

Cesáreo Gutiérrez Espada

O, en fin, la empresa israelí Orad ha presentado recientemente, en la Exposición de Defensa de Israel (Tel Aviv), la última versión de su Sistema de Defensa contra Aviones No Tripulados Drom, que detectaría estos ingenios a más de 3.500 metros, los neutralizaría y haría aterrizar a 2 km en un lugar predefinido para que la información no caiga en manos del enemigo y poder identificar la ubicación del operador. Con un peso de 38 kg, el dispositivo viene prediseñado y ensamblado, es móvil y fácilmente desplegable en tierra o en el mar y en cualquier condición meteorológica<sup>16</sup>.

- C) Y, finalmente, estarían los Sistemas que destruyen físicamente (o derriban) los drones que suponen una amenaza. Cuatro ejemplos podrían señalarse.

La compañía de misiles europea MBDA anunció en junio de 2015 que había logrado derribar un dron utilizando un generador láser que previamente había detectado y rastreado el objetivo<sup>17</sup>.

La empresa alemana *Rhein-Metall Defence*, que presentó en la feria de Londres de 2015 ya citada (*supra* letra A) su sistema láser naval con aeronaves no tripuladas. Se trata de un arma con cuatro láseres de alta energía (HEL) montados sobre una torreta y capaces de destruir un vehículo de este tipo a 500 metros de distancia<sup>18</sup>.

El 3 de noviembre de 2015, la agencia estatal de noticias Xinhua de la República Popular de China, citando un comunicado de la Academia Nacional de Ingeniería que participa en el proyecto, hizo público el éxito de la prueba de un sistema de defensa con rayo láser contra ingenios de pequeños tamaño no tripulados (drones), que vuelan a una altura máxima de 500 metros y a una velocidad inferior a 50 metros por segundo. El sistema, que puede ser instalado o transportado en vehículos y serviría de defensa en casos de eventos importantes en zonas urbanas, es capaz de derribar varios aparatos en un radio de 2 km en tan solo 5 segundos tras su localización<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Itongadol: «Empresa israelí presenta nuevo Sistema de Defensa contra Aviones No Tripulados», <http://www.itongadol.com.ar> (consulta martes 29 de mayo de 2018).

<sup>17</sup> SORIANO, G.: *Op. cit.* (nota 11).

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> La Información: «China prueba con éxito un sistema láser de defensa antiaérea», miércoles 2 de marzo de 2016 (<https://www.lainformacion.com>, consulta del martes 29 de mayo de 2018).

En el primer semestre de 2017, en fin, la empresa israelí IMI presentó su sistema *Drone Defender*, Sistema C-UAS que se integra en su conocido sistema de defensa contra ataques aéreos VSORAD (*Very Short Range Air Defense*). El sistema C-UAS presentado detecta drones hostiles, los rastrea y neutraliza; puede utilizar dos opciones: la opción «soft kill» o la opción «hard kill» (la primera minimiza eventuales daños colaterales que puedan causarse a población civil o infraestructuras no militares). La opción «hard kill» implica la utilización de láser de alta potencia. Este sistema podría servir para integrarse en las estructuras defensivas de facilidades «sensibles», ubicarse para proteger puntos clave de aéreas urbanas o instalarse en vehículos para cubrir maniobras de fuerzas armadas contra aeronaves o drones<sup>20</sup>. El Sistema *Drone Defender* se instalará en buques de la Armada española participantes en Operaciones de la Unión Europea<sup>21</sup>.

5. Dado el crecimiento exponencial de los Sistemas UAS, resulta inevitable y crucial para el Estado dotarse de Sistemas de Defensa contra ellos. Incluso Grandes Potencias, como los Estados Unidos, se enfrentan a este dilema. Sin capacidades C-UAS adecuadas, los Estados Unidos tendrán más bajas y menores posibilidades de éxito en sus misiones en el mundo, lo que influirá, debilitándolo, en la proyección de su poder global de apoyo a sus aliados y de defensa de sus propios intereses; podrá limitar, asimismo, su participación en las operaciones y coaliciones internacionales contra enemigos que cuentan con UAS. En un artículo reciente, un militar estadounidense lamentaba que su país se hubiese dado cuenta tan tarde de la necesidad de contar con Sistema C-UAS fiables y eficaces y formulaba a la Administración estadounidense hasta 7 recomendaciones para mejorar sus capacidades en este campo. En suma, que las Fuerzas Armadas que no analizan las maneras de defenderse contra los UAS no se preparan adecuadamente para los conflictos del futuro<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Centro de Estudios General Moscón de Perspectiva Tecnológica Militar, escuela Superior Técnica, Facultad de Ingeniería del Ejército: «Drone Defender: el arma “contra UAV” integrada a un sistema de defensa aérea (VSORAD)», 19 de junio de 2017, pp. 1-3 (<http://www.ceptm.iue.edu.ar>, consulta del martes 29 de mayo de 2018).

<sup>21</sup> CARRASCO, B.: «Defensa dota a los buques de la Armada con sistemas contra UAV», 02/11/2017, pp. 1-3 (<http://infodron.es>, consulta del miércoles 23 de mayo de 2018).

<sup>22</sup> TEDESCO, M.T.: *Op. cit.* (nota 8), pp. 12-15.

Estas consideraciones, todas ellas, son aplicables en conjunto a otros Estados. También a España.

## Anexo II (El Derecho Internacional de la Responsabilidad)

### 1. El hecho ilícito internacional (autoría).

1. Los Estados incurren en responsabilidad internacional cuando llevan a cabo un comportamiento contrario a lo que de ellos exige una norma de Derecho internacional.

A los efectos de apreciar si ha habido o no ilicitud:

- El *origen de la obligación* incumplida es irrelevante: proceda de un tratado, una costumbre, la decisión vinculante de un tribunal internacional, el acto unilateral de un Estado, o la resolución obligatoria en su caso de una Organización, si un sujeto se comporta de modo no conforme con esa obligación comete un ilícito que compromete su responsabilidad. Es, asimismo, irrelevante cual sea la *naturaleza de la obligación* violada: de un lado, la que se refiere a la *naturaleza jerárquica de la obligación*, esto es, su mayor o menor importancia para la comunidad internacional; tampoco es relevante si la obligación a cargo del sujeto en cuestión pretende solo establecer una relación *bilateral* o si, por el contrario, atiende a la salvaguardia de intereses *colectivos* o de la *comunidad internacional en su conjunto*, pues en todos los casos nace la ilicitud cuando el Estado u Organización internacional obra en disconformidad con lo que la obligación exige de él. Naturalmente, las consecuencias no serán iguales en todos los supuestos.
- *En segundo lugar*, no importa *la clase o tipo de obligación* de que se trate. Para la constatación de que hay un hecho ilícito (y responsabilidad por tanto), basta comprobar que Estado u Organización no actúan en conformidad con lo que una obligación internacional les exige; el que esta le imponga «hacer algo» o «abstenerse» de actuar es igual, y lo mismo ocurre si la obligación es «más o menos concreta», limitándose a exigir un comportamiento sin más precisiones o por el contrario requiriendo al sujeto en cuestión que se dé un «resultado» preciso. Lo único importante, en consecuencia, es comprobar (analizando los términos precisos de la obligación, su interpretación y aplicación, teniendo en cuenta su objeto y finalidad y la realidad de los hechos) si la acción u omisión del sujeto de que se trate los incumple.

- Y, en fin, para que haya hecho ilícito es irrelevante el *objeto* o *contenido* de la obligación violada.

En todo caso, sí tendremos que comprobar que la obligación esté *en vigor* para el Estado en cuestión<sup>23</sup>.

2. Uno de los elementos decisivos en la teoría de la responsabilidad internacional es el de la *atribución* o *imputación*. Los Estados solo pueden intervenir en el mundo de la realidad física por medio de los seres humanos; resulta pues ineludible, para poder atribuirles las consecuencias de sus actos, la precisa determinación de las personas que según el Derecho internacional actúan en su nombre. Las normas que establecen cuándo, como afirma la CDI, «el comportamiento consistente en una acción u omisión (...) ha de considerarse como (...) del Estado», son las que regulan este elemento al que se refiere el artículo 2 del Proyecto:

«Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional...».

Aunque la Comisión ha preferido utilizar el término *atribución*, ella misma reconoce que tanto en la práctica como en la jurisprudencia se utiliza con el mismo sentido también el de *imputación* (comentario 12 al artículo 2).

El texto que la CDI ha adoptado finalmente (2001) dedica ocho disposiciones a esta cuestión (artículos 4 a 11). Según la regla básica, los Estados responden solo de los comportamientos de sus *propios órganos* (artículo 4), en el entendido de que se consideran como tales los de *personas o entidades privadas habilitadas por el propio Estado para*

<sup>23</sup> Artículos 12 y 13 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en 2001 (*Informe de la CDI... A/56/10* cit. [*supra* nota 3]). Sobre la génesis y alcance jurídico del Proyecto de artículos, así como la «antijuridicidad», el primero de los elementos constitutivos del hecho ilícito internacional en el Derecho internacional vigente, GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El hecho ilícito internacional*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 22-30, 52-73; ID.: *La responsabilidad internacional (Las consecuencias del hecho ilícito)*, Diego Marín Librero-Editor, Murcia, 2005, pp. 221-231; y una síntesis en GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M<sup>o</sup>. J.: *El Derecho internacional en la encrucijada. Curso general de Derecho Internacional Público*, Trotta, Madrid, 2017 (4<sup>a</sup> edición renovada y actualizada), pp. 449-454.

*ejercer funciones propias del poder público* (artículo 5), así como *los de quienes son órganos de otro Estado pero actúan, porque han sido puestos oficialmente a su disposición, siguiendo instrucciones de otro* (artículo 6). A los Estados, pues, no le son imputables los hechos de otras personas o entidades, salvo que se den determinadas circunstancias (reguladas en los arts. 8 a 11). Distinguiremos estos últimos de los propios de la regla general.

A) Regla básica o general.

a) Que los Estados responden de *los hechos de sus propios órganos* (artículo 4) es un principio aceptado desde antiguo por la jurisprudencia y práctica internacionales. Por ejemplo, en el as. de la *aplicación del Convenio del genocidio*, la CIJ que absolvió a Serbia de genocidio por la matanza de miles de bosnios en Srebrenica (julio 1995), pues su autores no eran órganos suyos ni fueron enviados por Serbia, ni estaban controlados por sus órganos cuando perpetraron tan horrendo crimen, sí consideró a ese país responsable de que sus órganos, teniendo la obligación de hacerlo (artículo 1 del Convenio sobre el genocidio de 1948), no emplearon todos los medios a su alcance para prevenir el crimen ni lo reprimieron<sup>24</sup>.

No es relevante la jerarquía o la naturaleza de los órganos, ni la división territorial del Estado para modular este principio general de imputación (artículo 4.1): *no puede hacerse distinción alguna a estos efectos entre funcionarios «superiores» y «subordinados»*. *Ni importa la naturaleza de los órganos* en cuestión: tanto los hechos del poder legislativo, como los del judicial y el ejecutivo son hechos, a estos efectos, «del Estado». *Ni es, en fin, relevante para alterar esta regla que el comportamiento en cuestión se deba a una autoridad central, regional o local*: ni siquiera en los casos de máxima descentralización (Estado federal), la «estructura compleja» del mismo puede utilizarse, como regla general, a los efectos de imputar al Estado solo los hechos de sus órganos «centrales»: en el caso *Lagrand*, la CIJ consideró que aunque la decisión de no suspender cautelarmente la ejecución de la pena de muerte sobre Walter LaGrand se tomó por el gobernador de Arizona, este estaba obligado a actuar «de conformidad con los compromisos

<sup>24</sup> Sentencia de 26 de febrero de 2007, párrafos 377 y 425 ss.

internacionales de los Estados Unidos» y decidió que este país era responsable al no acatar el mandato de:

«Tomar todas las medidas necesarias a su disposición para asegurar que Walter La Grand no sea ejecutado durante el transcurso del tiempo que lleve adoptar una decisión final en el caso (...)»<sup>25</sup>.

Siendo, pues, imputables a un Estado los comportamientos de sus órganos en su calidad de tal, esto es, cuando actúen en calidad oficial o apariencia de autoridad, resulta decisivo conocer los *criterios que determinan la calidad oficial de órgano del Estado*. Según la CDI «se entenderá que órgano *incluye* toda persona o entidad que tenga esa condición según el Derecho interno del Estado» (artículo 4.2.); por si no se comprendiera tan sucinta manera de decirlo (repárese con todo en la voz en cursiva): el Derecho interno *puede definir* lo que son órganos del Estado, pero *no puede hacerlo él únicamente*, también es relevante el derecho internacional (el comentario 11 al artículo 4 lo aclara).

b) Son imputables al Estado los hechos de *personas o entidades*, que no siendo órganos suyos, *este(n) facultado(s) por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que (...) actúe(n) en esa capacidad*» (artículo 5). Aunque la práctica pueda remontarse, en sus inicios, a algunos años atrás, es sobre todo en la sociedad internacional contemporánea cuando en ciertos países el propio Estado contrata empresas privadas para, por ejemplo, encargarse de la vigilancia en establecimientos penitenciarios o delega en compañías aéreas privadas ciertas facultades en relación con el control de la inmigración. Los hechos de estas entidades son atribuibles al Estado cuando: *uno*, las competencias ejercidas hayan sido específicamente autorizadas por el derecho interno del Estado; *dos*, sean «atribuciones [propias] del poder público»; y, *en fin*, los comportamientos se correspondan con la función pública prevista, esto es, hechos que la misma lleve a cabo «en su calidad de tal» y no comportamientos privados o comerciales (comentarios 5-6 al artículo 5).

---

<sup>25</sup> Auto de 3 de marzo de 1999, párrafo 28; y s. de 27 de junio de 2001, párrafos. 111-116 y 128 (5).

c) El Proyecto (2001) considera, asimismo, imputables a un Estado los *comportamientos llevados a cabo por el órgano de otro que ha puesto a su disposición, en el ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra* (artículo 6). El supuesto atiende a práctica internacional existente, siendo el caso más conocido el del Comité Judicial del *Privy Council* del Reino Unido que ha funcionado como tribunal de apelación de última instancia para varios Estados de la *Commonwealth*. Tres son, en esencia, los requisitos que justificarían la imputación al Estado de hechos de un órgano de otro: existencia de «un vínculo funcional entre el órgano y la autoridad del Estado receptor», esto es, el órgano del Estado extranjero no solo debe haber sido enviado para llevar a cabo funciones propias del poder público del Estado receptor sino que debe ejercerlas bajo la exclusiva dirección y control de este último; debe tratarse, asimismo, de un órgano formal del Estado que envía; y los comportamientos, *en fin*, del órgano de otro Estado solo son imputables al Estado receptor si se trata del ejercicio de atribuciones propias del poder público de este.

Debemos referirnos, por último, a otra cuestión. ¿Son imputables al Estado los comportamientos *ultra vires* (es decir, incumpliendo las órdenes recibidas o yendo más allá de sus competencias) del órgano de un Estado, de una entidad habilitada por él para ejercer atribuciones propias del poder público o del órgano de otro Estado puesto a su disposición? (artículos 4-6). La respuesta de la CDI es clara: sí, siempre y cuando «tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición» (artículo 7). Aunque, en efecto, esta norma ha evolucionado, resulta ya firmemente establecida por la jurisprudencia internacional, la práctica y la doctrina. Naturalmente, el punto clave es que el órgano que actúa *ultra vires* lo haga «en esa condición» (artículo 7) y no a título privado. No será siempre fácil saberlo: cierto que el problema puede desaparecer cuando un comportamiento *ultra vires* es sistemático o reiterado, pues en tal caso el Estado tiene que conocerlo y tomar las medidas necesarias para evitar su repetición (comentario 8 al artículo 7); pero en situaciones puntuales puede no ser fácil deslindar entre un acto *ultra vires* pero «como órgano», de otro de naturaleza «privada». La directriz, y al caso concreto habrá que estar, debe buscarse en la *apariencia de actuación oficial*: si este cuando actúa lo hace de modo objetivamente

*subsumible en el ámbito de sus funciones*, su comportamiento es imputable aunque «desborde» aquel.

#### B) Casos adicionales

a) Como regla general, los Estados no responden por los hechos de quienes no son sus órganos, de otro Estado puesto a su disposición o de personas privadas habilitadas por el Ordenamiento para actuar, en definitiva, como órganos estatales. Solo si se dan determinadas circunstancias los comportamientos de «otros» actores pueden serle imputados: Así, los de los particulares que actúan por cuenta del mismo o bajo su dirección y control (artículo 8); o que se ven impelidos, en ausencia de las autoridades competentes, a hacerse cargo, de atribuciones propias del poder público (artículo 9); los de, en determinadas condiciones, un movimiento insurreccional (artículo 10); y, en fin, los de cualquier entidad respecto de los que el Estado no es responsable en aplicación de los factores reconocidos de imputación pero que él reconoce y acepta como propios (artículo 11).

Habida cuenta de su actualidad e importancia, dedicaremos un apartado específico al caso de los comportamientos de los particulares que actúen por su cuenta o bajo la dirección y control de un Estado (artículo 8).

b) Según una norma de derecho internacional aplicada por la jurisprudencia de fines del s. XIX y principios del XX, los comportamientos de los particulares no son imputables al Estado como regla general.

Cuestión distinta es que «con ocasión» de los mismos, los órganos estatales actúen de manera negligente o intencionadamente se abstengan de impedirlos o reprimirlos; en tal caso, la responsabilidad del Estado se basa en la disposición que le atribuye el comportamiento de sus propios órganos. Ahora bien, cuando existe una relación específica entre particulares que violan el derecho internacional y un Estado, los hechos «del sector privado» sí se consideran como «del Estado». El TIJ ha hecho uso de esta norma, con base

en el Proyecto sobre responsabilidad aprobado por la CDI en primera lectura (1996)<sup>26</sup>. Y el Proyecto definitivo de artículos de la CDI (2001) la codifica al incluir entre los factores de imputación, los hechos de *una persona o grupo de personas si... actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección y control de ese Estado al observar ese comportamiento* (artículo 8). Los términos utilizados («instrucciones», «dirección» «control») son disyuntivos, aclara la CDI en sus comentarios, bastando pues que se pruebe cualquiera de ellos. Dos son las situaciones que esta disposición regula:

i) *En el primer supuesto*, los órganos de un Estado contratan o instigan a personas privadas, caso del «grupo de voluntarios» al que la Sra. Golda Meir se refería hablando por Israel ante el Consejo de Seguridad, como autor del secuestro en Argentina de Adolf Eichmann en 1960 (hoy ya sabemos que esos «voluntarios» eran agentes de los servicios seguridad israelíes); este fue el caso también de los particulares que auxiliaron a Estados Unidos, en su lucha contra el Gobierno de Nicaragua por parte de los *contras*<sup>27</sup>.

ii) La CDI considera, *en segundo lugar*, imputables al Estado los comportamientos de particulares que actúan bajo su dirección o control. El grado de control exigible ha sido objeto, en la jurisprudencia internacional, de posiciones enfrentadas:

Así, en el *asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (1986), la Corte consideró probada la implicación general de los Estados Unidos en los comportamientos de los *contras*, pero no aceptó la idea de que basándose en el control que en general ejercía sobre estas fuerzas pudiesen serle imputados todos los actos cometidos por ellas, en particular no le atribuyó (tesis del *control efectivo*) determinadas violaciones del derecho internacional humanitario:

«Para que ese comportamiento de lugar a la responsabilidad jurídica de los Estados, debería en principio probarse que ese Estado ejercía un *control efectivo* de las operaciones militares o paramilitares en el curso de las cuales se cometieron las presuntas violaciones»<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> En los casos del *personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* y de las *actividades militares y paramilitares en Nicaragua* (s. de 24 de mayo de 1980, *CIJ Recueil 1980*, p. 74 y s. de 27 de junio de 1986, *CIJ Recueil 1986*, pp. 61-62).

<sup>27</sup> Sentencia de 27 de junio de 1986, párrafo 80).

<sup>28</sup> Sentencia de 27 de junio de 1986, respectivamente párrafos. 109, 115 y 80, 86 (la cursiva es añadida).

Por el contrario, la tesis que podemos llamar del *control global o general* ha sido defendida por el TPIY en diversos supuestos, pero sobre todo en as. *Tadic* (1997, 1999). En él, la Cámara de Apelaciones del Tribunal rechazó la solución a la que había llegado una de sus Cámaras de tres jueces considerando que no eran atribuibles a Yugoslavia los hechos de las fuerzas proserbias en Bosnia (la Cámara entendió que aunque, en efecto, existía una cierta dependencia con Yugoslavia, esta, en aplicación del art. 8.a del Proyecto de la CDI adoptado en primera lectura y de la decisión del TIJ en el as. de Nicaragua (1986), no ejercía el control suficiente para que tales hechos le fueran atribuidos<sup>29</sup>.

Pero en la apelación, el TPIY, dado que su competencia sobre las violaciones graves de los Convenios de Ginebra (1949) requiere *inter alia* que los hechos hayan tenido lugar en un conflicto armado *internacional* (artículo 2 de su Estatuto), se pronunció (como en otros asuntos también) sobre las circunstancias que permiten establecer que un conflicto interno se ha internacionalizado al considerarse como el órgano (*de iure o de facto*) de un tercer Estado una de las partes involucradas. Y para llegar a saber si grupos armados (serbios o croatas en Bosnia) eran órganos *de facto* de un Estado (Yugoslavia o Croacia) y por tanto el conflicto armado se había internacionalizado, el TPIY estudia el tema. Y dado que el derecho internacional humanitario no establece un criterio que decida cuando un grupo armado está bajo el control de un Estado, el Tribunal investigó, encontrándose con la sentencia de la CIJ en el as. *Nicaragua* (1986) y su tesis del «control efectivo». El TPIY consideró que tal criterio (pertinente respecto de actos específicos de un individuo o de un grupo desorganizado) no resultaba apropiado en relación con los de grupos organizados y jerárquicamente estructurados, supuesto en el que bastaba (a los fines de la imputación de sus comportamientos) con que el grupo en cuestión se hallase bajo el «control general o de conjunto» de un Estado; en suma, el Tribunal, a fin de mantener que las fuerzas proserbias estaban controladas por Yugoslavia, consideró suficiente:

«Un control general (...) que vaya más allá de su simple equipamiento y financiación y entrañe además una coordinación o ayuda en la planificación de su actividad militar (...) No es, empero, necesario que, además, el Estado imparta, ya al jefe ya a los

<sup>29</sup> Trial Chamber, *the Prosecutor v. Dusko Tadic a/K/a «Dule»*, opinion and judgement, 7 may 1997, párrs. 578-607.

miembros del grupo, instrucciones para la comisión de actos específicos contrarios al Derecho internacional»<sup>30</sup>.

En su decisión sobre el fondo del *asunto relativo a la aplicación del Convenio sobre el genocidio*, el TIJ remacha su «doctrina» denegando la imputación a Serbia de los actos de genocidio cometidos en Srebrenica (julio 1995) por las fuerzas proserbias de Bosnia al no haberse demostrado que ese país ejerciera un «control efectivo» de las mismas cuando los hechos se produjeron, aunque sí condena a Serbia por haber incumplido la obligación que fija el Convenio sobre el genocidio de 1948 (artículo 1) de prevenir y/o reprimir los actos de genocidio cometidos por otros en Srebrenica<sup>31</sup>. En este caso, la Corte estudia la tesis del «control general» mantenida por el TPIY y la critica, considerándola inaceptable desde el punto de vista jurídico. La CIJ, que acepta que la exigencia de un «control global» puede ser adecuada para determinar si un conflicto armado tiene o no carácter internacional, no cree que lo sea (como el TPIY defiende) para saber en qué supuestos un Estado es responsable de los comportamientos cometidos por unidades paramilitares o fuerzas armadas que no forman parte de su sistema orgánico-institucional. El criterio del «control global» extiende, a juicio de la CIJ, la responsabilidad del Estado más allá del principio fundamental del Derecho de la Responsabilidad por el que un Estado no es responsable sino de su propio comportamiento, es decir, el de las personas que, al título que sea, obran en su nombre. Fuera de este caso, un Estado no responde de los hechos cometidos por personas o grupos que no son órganos suyos o puedan asimilarse a estos, entendiendo que solo cuando los hechos de esas personas sean cometidos recibiendo instrucciones al efecto de un Estado o bajo su control efectivo cuando se llevaron a cabo dicho comportamientos, deben entenderse como del Estado mismo<sup>32</sup>. Para la CIJ, en suma, la tesis del «control global» es inadecuada:

<sup>30</sup> Appeals Chamber, *the Prosecutor v. Dusko Tadic*, case n.º IT-94-1-A, judgement, 15 de julio de 1999, párrafos. 90-145 (sobre todo párrafos. 90-131).

<sup>31</sup> Sentencia de 26 de febrero de 2007, párrafos 377-415 y 425 ss.

<sup>32</sup> Sentencia de 26 de febrero de 2007, párrafos 403-406.

Cesáreo Gutiérrez Espada

«Pues distiende demasiado, hasta prácticamente romperlo, el lazo que debe existir entre el comportamiento de los órganos del Estado y la responsabilidad internacional de este último»<sup>33</sup>.

La CDI se inclina por la tesis del control efectivo (artículo 8 de su Proyecto): esta interpretación resulta evidente de los trabajos preparatorios y de la crítica que de la jurisprudencia del TPIY efectuó el Relator Crawford. Incluso del tenor literal del texto mismo se desprende esta conclusión.

De acuerdo por tanto con lo dicho, y por referirnos a casos de la práctica contemporánea, los comportamientos de un grupo de personas, como los terroristas que llevaron a cabo los atentados del 11-S (2001) en Nueva York y Washington, solo serían imputables a aquel Estado que les ha dado «instrucciones» al respecto o «dirige y controla la operación concreta realizada». En el supuesto del Afganistán de los talibanes, que cometió sin duda un hecho ilícito al dar refugio a la organización terrorista y negarse a entregar a su líder, no parece haberse probado ni lo uno ni lo otro.

*A fortiori* tampoco podría conectarse (como se hizo, recuérdese, por Estados Unidos y Gran Bretaña en la «guerra de Afganistán» para justificar en la figura de la legítima defensa su ataque) el llevado a cabo contra Irak (2003) con el sostén dado por su Gobierno a la organización terrorista Al-Qaeda.

En su sentencia de 19 de diciembre de 2005 (*actividades armadas en territorio del Congo*), la Corte denegó a Uganda la válida invocación de la legítima defensa contra la República Democrática del Congo por entender que no estaba probado que este país hubiera enviado o controlara sustancialmente los grupos armados irregulares que desde su territorio atacaban intermitentemente zonas fronterizas ugandesas<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> *Ibid.*, párrafo 406.

<sup>34</sup> Párrafos 298 ss. Para un análisis detallado de las normas internacionales sobre el elemento subjetivo del hecho ilícito internacional (la atribución o imputación), véase GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El hecho ilícito internacional* cit. (nota 23), pp. 75-108; una síntesis en GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.<sup>a</sup> J.: *El Derecho Internacional en la encrucijada...* cit. (nota 23), pp. 454-469.

3. La comisión, en fin, de un hecho ilícito internacional en el derecho internacional en vigor exigiría comprobar, amén de la presencia de un comportamiento antijurídico imputable a un Estado, que no existe alguna de las causas de exclusión de la ilicitud reconocidas.

A) Las que en el Proyecto sobre la responsabilidad del Estado (2001) se denominan «circunstancias que excluyen la ilicitud» (artículos 20-26) son factores que eliminan la antijuridicidad del hecho de un Estado que (*prima facie* solo por tanto) no está en conformidad con lo que de él exige una obligación internacional. Tanto en los comentarios como en los artículos respectivos los términos son inequívocos: cuando se da uno de los factores recogidos, el hecho del Estado (que aparentemente lo es) no tiene o pierde su carácter ilícito (comentarios 1 y 2 de los introductorios al Capítulo V).

Hay con todo autores insatisfechos con la decisión de la CDI de compactar en un bloque monolítico estas causas (todas, un poco misteriosamente como por el toque de una varita mágica, excluyen la ilicitud de una conducta). Tienen razón, sí, en que los Derechos internos las articulan (más sutilmente) en dos grupos: las causas de justificación (excluyen la antijuridicidad) y las que atenúan simplemente (o agravan en su caso) la responsabilidad por el ilícito cometido (que lo sigue siendo); si se observa (podremos verlo más ampliamente, si se considera conveniente en etapas sucesivas del presente Proyecto), que quien invoca una de estas causas puede verse obligado a reparar los daños que con ella cause, el concepto de causas de exclusión de la responsabilidad (y no de la ilicitud) parece corporeizarse. Al menos hasta hoy, nuestro derecho internacional no ha sabido refinar su discurso en este punto.

El Proyecto de la Comisión recoge seis circunstancias de exclusión de la ilicitud, que por su contenido pueden dividirse en cuatro grupos:

- Aquel, *en primer lugar*, en el que la ilicitud desaparece por contar con el consentimiento del Estado víctima (artículo 20). Y es que cuando el sujeto que en apariencia resulta perjudicado, digamos el Estado que contempla como el ejército de un vecino traspasa sus fronteras y se instala en una zona determinada de su territorio, ha dado a este su permiso, ¿dónde está la ilicitud?
- El *segundo grupo* permitiría englobar la legítima defensa y las contramedidas (artículos 21 y 22). En ambos casos, el Estado que invoca la causa reacciona ante un ilícito

previo cometido por otro en su perjuicio: en la legítima defensa, el ilícito debe consistir en un ataque armado; en las contramedidas, cualquier otro comportamiento antijurídico.

- El *tercer grupo* estaría representado por la fuerza mayor (artículo 23), por la que un Estado se ve «materialmente arrastrado» a apartarse del derecho internacional; él no quiere hacerlo, pero se ve obligado por una fuerza irresistible...
- Y, *en fin*, tanto el peligro extremo (artículo 24) como el estado de necesidad (artículo 25) son factores en los que el Estado o sujeto que los invoca decide deliberadamente apartarse de lo que de él exige una obligación internacional, pero lo hace para evitar un mal mayor: el peligro grave e inminente para la propia vida o la de las personas a su cargo (peligro extremo), o para uno de sus intereses esenciales o aún de la comunidad internacional en su conjunto (estado de necesidad).

Debe advertirse que a la hora de regular estas figuras, que de algún modo «legitiman» la violación del derecho, la CDI se ha esmerado en exigir no pocos requisitos a fin de poder ser invocadas legalmente. Tómese como botón de muestra el caso del *estado de necesidad* (véase el artículo 25).

El Proyecto de artículos recoge las seis circunstancias de exclusión de la ilicitud referidas, estando todas, afirma la CDI, «reconocidas actualmente en el derecho internacional general» (comentario 9 de los introductorios al Capítulo V). Es difícil identificar otras circunstancias que desde un punto de vista técnico-jurídico se acepte que despliegan los efectos de las ya comentadas; en todo caso, no cabe descartar *a priori* otras causas de exclusión de la ilicitud o de la responsabilidad amparadas por normas particulares (la CDI admite en este ámbito el juego de la *lex specialis*).

B) Dada la naturaleza del presente estudio, amén de su consideración por la CDI entre las causas de exclusión de la ilicitud, parece razonable detenerse en una de las que la Comisión regula en su Proyecto (2001), la legítima defensa (y ello pese a que en su Estudio sobre los Sistemas C-UAS a la luz del *ius ad bellum* en Derecho internacional, la profesora María José Cervell Hortal, aborde la figura).

A) La legítima defensa es en la actualidad posible, más allá probablemente de lo que el texto de la Carta pensara, en ciertos supuestos de *agresión indirecta*.

El TIJ en particular ha dejado claro, en su sentencia en el caso Nicaragua, que dicho concepto es aplicable en los casos en que la agresión indirecta se lleva a cabo por medio del *envío de bandas armadas por un Estado* para cometer en otro actos armados de gravedad y aún en aquellos en los que esos *grupos armados no han sido enviados por él pero el Estado en cuestión se implica sustancialmente en los actos de fuerza por ellos cometidos*<sup>35</sup>. No considera el Tribunal, por el contrario, que supuestos en los que un Estado se implica en los actos armados que llevan a cabo en el territorio de otro grupos no enviados por él (suministro de armas, asistencia logística o de otro tipo) sean constitutivo de una agresión armada que faculte al Estado lesionado a invocar el derecho de legítima defensa<sup>36</sup>. Y lo ha concretado, además, entendiendo que no son usos de la fuerza calificables de ataque armado que justifique la legítima defensa (son «usos menores») no solo el apoyo a fuerzas rebeldes de un Estado mediante el suministro de armas o apoyo logístico, sino también otros más directos: el lanzamiento de un misil contra un buque mercante, disparos repetidos hacia un helicóptero militar desde una patrullera, el sembrado de una mina con la que choca un navío de guerra o el entrenamiento y transporte (aéreo) de grupos armados para realizar incursiones en otro Estado<sup>37</sup>.

B) La legítima defensa «preventiva».

La legítima defensa es hoy posible, contrariamente a lo que la interpretación mayoritaria consideró del artículo 51 de la Carta, ante ataques armados aún no desencadenados, si son «inminentes».

La jurisprudencia internacional, y desde luego el tenor literal del artículo 51 de la Carta, conectan tanto la noción de legítima defensa con la existencia de un ataque armado que la deducción de que sin este no hay legítima defensa fluye naturalmente. Esto apuntaría a considerar ilegal toda respuesta mientras un ataque armado no exista, lo que exigiría que por lo menos este haya comenzado. ¿No cabe, pues, la *legítima defensa preventiva*? No

<sup>35</sup> Art. 3.g de la Definición de la Agresión, precepto que la Corte considera «expresión del Derecho internacional consuetudinario»: s. de 27 de junio de 1986, párr. 195.

<sup>36</sup> Sentencia de 27 de junio de 1986, párrafos. 191-195 y 210-211; posición que confirma en el as. *sobre las actividades armadas en el Congo*, sentencia de 19 de diciembre de 2005, párrafo. 146.

<sup>37</sup> Sentencia de 1986 cit., párr. 195; sentencia de 6 de noviembre de 2003, en el caso *plataformas petrolíferas*, párrafos. 51, 64 *in fine* y 72 y sentencia de 19 de diciembre de 2005, en el de las *actividades armadas en la República Democrática del Congo*, párrafos. 127, 161-164.

existe unanimidad doctrinal en este punto, pues un sector de la doctrina anglosajona ha defendido desde antiguo la licitud de la legítima defensa en los casos de «amenaza» o «inminencia» de ataque armado. También lo es, sin embargo, que en conjunto la corriente doctrinal mayoritaria, incluida la española, defendía una interpretación del artículo 51 de la Carta basada tanto en el sentido natural de sus términos como, repárese, en los trabajos preparatorios de aquélla<sup>38</sup>, que considera necesario un ataque armado en curso como requisito indispensable de la legítima defensa.

La falta de unanimidad doctrinal en un tema crucial, como este, reclamaba un viento jurisprudencial que dispersara la neblina. Pero este no ha soplado con la fuerza que convenía<sup>39</sup>.

Personalmente, he venido entendiendo desde hace años que la existencia de un ataque armado es *conditio sine qua non* de una defensa legítima. Lo cual no impedía considerar, desde un enfoque realista, que ataque armado hay desde el momento en que este «se lanza». Hoy debo reconocer, a la luz de la evolución de las ideas, que (ya en el mismo filo de la navaja) podría entenderse existe también ataque armado desde el momento mismo en que el agresor ha tomado todas las medidas necesarias para que aquel pueda llevarse a efecto. Es en este sentido, quiero creer, en el que el Grupo de Alto Nivel en su Informe (2004) y en particular y sobre todo el secretario general de Naciones Unidas en el suyo (2005) han mantenido que la respuesta armada ante «amenazas inminentes» (no las

---

<sup>38</sup> La posibilidad de la legítima defensa preventiva se debatió y se rechazó, entre otros por los Estados Unidos, en la Conferencia de San Francisco que dio vida a la Carta (*United Nations Conference of International Organization*, vol. 11, pp. 72-73),

<sup>39</sup> Al menos en los casos de las *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (s. de 27 de junio de 1986, párrafo 194), la *legalidad del uso o amenaza de las armas nucleares* (dictamen de 8 de julio de 1996, párrafos 38, 96, 97, 105-E) y en el de *las plataformas petrolíferas* (2003). En ellos, la Corte deja claramente sentado que la legítima defensa es una respuesta a una agresión sufrida pero no se hace alusión alguna a la legítima defensa preventiva, aunque, en el último asunto, en el que Estados Unidos se quejaba de una *sucesión* de ataques iraníes, el Tribunal hubiera debido aclarar si la legítima defensa para «adelantarse» a los mismos era posible o no («en consecuencia, para establecer que tenían derecho a atacar a las plataformas iraníes en el ejercicio del derecho de legítima defensa individual, los Estados Unidos deben demostrar *que han sido ya atacados* y que Irán era el responsable de tales ataques, y que estos eran de *tal naturaleza que hubieran podido calificarse de "agresión armada"* (...) en el sentido del art. 51 de la Carta», s. de 6 de noviembre de 2003, párrafo 51). En el caso *sobre las actividades armadas en el territorio del Congo* (2005), sin embargo, y aunque también se precisa (no habiéndose argumentado por las partes) que en él no se trata de la legítima defensa preventiva, la CIJ crea una situación de ambigüedad cuando (en un contexto de rechazo de la invocación ugandesa del art. 51) sostiene que las motivaciones de dicho Estado para el uso de la fuerza eran fundamentalmente de naturaleza «preventiva» (s. de 19 de diciembre de 2005, párrafos. 143-148 y 112-113).

«latentes») están cubiertas por el artículo 51 de la Carta<sup>40</sup>. Y es que la tesis defendida por el secretario general de Naciones Unidas en su Informe, que se apoya en el del Grupo de Alto Nivel por él creado un año antes, parece irse afianzando. Así, el Instituto de Derecho Internacional (IDI) en su resolución de Santiago de Chile sobre la «legítima defensa» (2007), afirma:

«El derecho de legítima defensa del Estado víctima nace ante un ataque armado (“agresión armada”) en curso de realización o manifiestamente inminente (...)» (párrafo 3).

Obsérvese que el IDI parece endurecer (respecto de la tesis del secretario general) la posibilidad de invocar el derecho en casos de ataques no en curso (el ataque debe ser no solo inminente sino «manifiestamente inminente»).

Esto es, cabría entender que el término *legítima defensa preventiva* debiera reservarse para *ataques armados que no son inminentes*, descartándose en supuestos de «inminencia»; en la resolución del IDI (2007) lo que acabo de decir se percibe claramente («las doctrinas de legítima defensa “preventiva”, en ausencia de un ataque armado en curso de realización o manifiestamente inminente, no tienen fundamento en derecho internacional», párrafo 6). Según esto, la legítima defensa preventiva, así entendida, estaría prohibida, pero no la legítima defensa ante un ataque armado (no producido por tanto, es más ni siquiera desencadenado) inminente (lo que en Estados Unidos se llama *anticipatory self-defence*). La aceptación de la válida invocación de la legítima defensa frente a ataques armados inminentes viene siendo objeto también, gota a gota, de apoyos doctrinales, incluyendo manifestaciones de doctrina «colectiva» ya mencionadas: el IDI (2007) o la Asociación de Derecho Internacional (ILA sus siglas en inglés) (2016)<sup>41</sup>.

Incluso el Grupo Internacional de Expertos de la OTAN que elaboró el *Manual de Tallin*<sup>42</sup> considera que el derecho internacional en vigor (que permite la legítima defensa frente a un

<sup>40</sup> Respectivamente, A/59/565, 2 diciembre 2004, párrafos 188-192; y A/59/2005, 21 marzo 2005, párrafo 124.

<sup>41</sup> Comité sobre el Uso de la Fuerza: *Draft Report on Aggression and the Use of Force (may 2016)*, ILA, Johannerbug Conference [2016], Use of Force, pp. 1-20, p. 10 (<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1036>).

<sup>42</sup> Los ciberataques (rusos) a Estonia en 2007 provocaron que la OTAN estableciese en Tallín, la capital de Estonia, un Centro de Excelencia para la Ciberdefensa Cooperativa (CCDCOE). Una de las primeras iniciativas de este fue la creación de un Grupo Internacional de Expertos en Defensa, Seguridad y Derecho internacional para que elaborara un conjunto de reglas aplicables al ciberespacio como teatro de hostilidades.

Cesáreo Gutiérrez Espada

ataque armado «inminente») es aplicable a los ataques armados con armas cibernéticas<sup>43</sup>, esto es, admite la que también se conoce como legítima defensa «anticipatoria», rechazándose la legítima defensa ante amenazas «latentes» (la que podemos calificar propiamente de legítima defensa preventiva). No hubo, sin embargo, unanimidad en el concepto de «inminencia»: *algunos de los miembros del Grupo* adoptaron «un estricto análisis temporal» al respecto, en la medida en que defendieron que la legalidad de una acción defensiva anticipada «debe ser evaluada por referencia al tiempo transcurrido entre el acto en cuestión y el ataque armado pendiente que la generó». *La mayoría de los integrantes del GIE*, no obstante, pensaron que la legítima defensa es posible desde el momento «que el atacante está decidido a lanzar un ataque armado y el Estado víctima pierda la oportunidad de defenderse de manera efectiva a menos que él actúe» o, en palabras del Manual, ellos aceptaron «the “last feasible window of opportunity” Standard»<sup>44</sup>.

El presidente Barack Obama, tras las elecciones presidenciales de 2017, quiso despedirse con un documento en el que da cuenta de los criterios que guían el uso de la fuerza armada por Estados Unidos<sup>45</sup>. En él, la Administración saliente explica el uso de la fuerza llevada a cabo en la práctica y en particular fuera de los Estados Unidos, y da cuenta de su conformidad, a su juicio, con el derecho internacional en vigor. En él (pp. 3-8), se describe la normativa interna que permite usar la fuerza en el ámbito internacional, con especial referencia a la *2001 AUMF (Authorization for Use of Military Force)*, que permite actuaciones contra Estados, organizaciones o personas que planeen, autorizan, cometan

---

Este Grupo, presidido por Michael N. Schmitt (profesor del Departamento Jurídico del Colegio de Guerra Naval de los Estados Unidos), incluía juristas (académicos y prácticos) apoyados por un equipo de expertos técnicos, y en el desarrollo de sus trabajos participaron activamente como observadores (sin derecho de voto) el Comité sobre Ciberespacio de los Estados Unidos (USCYBERCOM), el Comité Internacional de la Cruz Roja y la OTAN. El Grupo culminó sus trabajos, tras 3 años de esfuerzos, con el Manual de Tallin (Schmitt, M.N. [Gen. Edt.]: *Tallinn Manual on International Law applicable to Cyber Warfare*, <http://www.ccdcoe.org/249.html>). El texto se publicó en formato papel por la Universidad de Cambridge [2013] reimpr. 2015). El Manual se compone de 95 reglas, que pretenden reflejar el derecho internacional consuetudinario aplicable a los conflictos en el ciberespacio. Una segunda edición, considerablemente más amplia se ha publicado en febrero de 2017 (*Tallinn Manual 2.0*).

<sup>43</sup> *Tallinn Manual 2.0* cit., regla 73, pp. 350-354.

<sup>44</sup> *Tallinn Manual 2.0* cit., p. 351, regla 73, párrafo 4.

<sup>45</sup> *Report on the legal and policy framework guiding the United States' use of military force and related national security operations*, The White House, december 2016, pp. 1-61.

o ayuden a la realización de actos terroristas. El contenido del documento se estructura en dos partes: el uso de la fuerza (*ius ad bellum*) (pp. 1-8) y la conducta de las hostilidades (el *ius in bello*) (pp. 19-43). En la primera parte, el documento reconoce que el derecho Internacional vigente acepta como conforme a sus disposiciones el uso de fuerza armada en las relaciones internacionales en tres supuestos: autorización del Consejo de Seguridad (p. 8), legítima defensa individual o colectiva (pp. 9-11) y consentimiento del Estado afectado (p. 11).

Ni que decir tiene que el documento hecho público por la Administración estadounidense considera, asimismo, que en la actualidad forma parte del derecho internacional el derecho de legítima defensa individual o colectiva frente a ataques armados «inminentes». El documento precisa que Estados Unidos analiza, para concluir en la inminencia de un ataque y justificar así su derecho de legítima defensa «contra otro Estado o sobre su territorio» una variedad de factores, los cuales incluyen:

- «La naturaleza e inmediatez de la amenaza».
- «La probabilidad de un ataque».
- «Si el ataque que se anticipa forma parte de un esquema de actividad armada continuada».
- «La probable escala del ataque y las lesiones, perjuicios o daños que resultarán si no se lleva a cabo una acción que lo mitigue».
- «Y la probabilidad de que haya otras oportunidades para adoptar medidas efectivas de legítima defensa de las que pueda considerarse causen menos daños colaterales, perjuicios o pérdida de vidas» (p. 9)

Ítem más. En ciertos contextos (como, lo diré de una vez, los que el Estado Islámico representa), en los que Daesh ha proclamado su objetivo de atacar con las armas y todos los medios (y sin respetar línea roja alguna) a Occidente y otros Estados, a los que «señala» y amenaza directamente, hasta conseguir el Califato universal, y contexto en el cual lo único seguro es el propósito declarado pero con extremas dificultades para prevenir el *dónde*, el *cuándo* y el *cómo* del ataque, el concepto de «inminencia» se desdibuja considerablemente.

Cesáreo Gutiérrez Espada

Y no solo, también se desdibuja de algún modo el criterio de la «proporcionalidad» en la respuesta defensiva. Porque ¿cabe una situación de legítima defensa *permanente* hasta erradicar a Daesh de Irak y Siria?

Son datos que deben ponderarse: si aceptamos la evolución del concepto de legítima defensa, empujados por las circunstancias que la amenaza del Estado Islámico representa, ¿estamos dispuestos también a hacer lo propio con sus corolarios?

C) La legítima defensa frente a actores no estatales.

La legítima defensa, en su evolución actual, se encamina a poder ser invocada, más allá probablemente de lo que la Carta pensara, contra actores no estatales. Es verdad que en el as. sobre *las consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en territorio (palestino) ocupado*, el TIJ precisó (en el contexto de la pretensión israelí de que hoy se reconoce «el derecho de los Estados al recurso a la fuerza en legítima defensa contra los atentados terroristas») que:

«El art. 51 de la Carta reconoce la existencia de un derecho inherente de legítima defensa en caso de agresión armada por un Estado contra otro Estado. Pero Israel no pretenden que los actos de violencia de los que es víctima sean imputables a un Estado extranjero»<sup>46</sup>.

Pero también lo es que se ha defendido que ese párrafo no termina ahí, sino que continúa y que de lo que a continuación se dice solo cabe una interpretación posible, que para la Corte el recurso a la legítima defensa cabe en dos situaciones: una, cuando la acción armada que la genera sea imputable a un Estado extranjero y, otra y excepcionalmente (si el ataque armado que se comete contra un Estado no es de naturaleza estatal), cuando tenga un origen extranjero:

«El Tribunal constata por otra parte que Israel controla el territorio palestino ocupado y que, como el mismo Israel declara, la amenaza que invoca para justificar la construcción del muro tiene su origen en dicho territorio y no fuera de él. Esta situación es pues distinta de

<sup>46</sup> Dictamen consultivo de 9 de julio de 2004, párrafo 139.

Cesáreo Gutiérrez Espada

la que se considera en las Resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, y por ello Israel no podría en todo caso invocar dichas resoluciones en apoyo de su pretensión de ejercer un derecho de legítima defensa»<sup>47</sup>.

Esto es, que la posición de la CIJ en el citado asunto no determina categóricamente que el art. 51 de la Carta no pueda por definición ser invocado contra ataques armados de actores no estatales.

Sea esto así o no, en todo caso es cierto que no es bueno que los conceptos jurídicos se petrifiquen y vivan su propia vida desconectados del mundo real. Y parece conveniente reflexionar sobre los términos en que dos de los jueces en el caso *sobre las actividades armadas en el territorio del Congo* (2005) se expresaron. B. Simma y P.H. Kooijmans consideraron que la legítima defensa (artículo 51 de la Carta) no solo es invocable por un Estado para defenderse de otro (como la Corte sostuvo, en el peor de los casos, en el asunto del muro antes reseñado) sino también de individuos o grupos irregulares; para el juez holandés, el hecho de que para poder ejercitar la legítima defensa el ataque armado deba ser obra de un Estado se trata de un requisito que (al no figurar expresamente en el artículo 51) debe considerarse meramente el fruto de una interpretación, de modo que si las actividades de bandas armadas son equiparables a un ataque armado, el Estado víctima podría amparar en dicho precepto su respuesta armada aunque dichos grupos no hubieran sido «enviados» o «sustancialmente controlados» por Estado alguno en concreto<sup>48</sup>.

Esta interpretación más amplia de la legítima defensa sería susceptible de ser aplicada en casos diversos: desde el de grupos armados actuando sin trabas en un Estado, cuyo Gobierno no es capaz de ejercer control eficaz al respecto hasta, más en general, en casos de terrorismo, hechos (el juez Kooijmans lo advierte en el párrafo 30 de su Opinión), habituales en no pocas zonas del Mundo.

i) El IDI, en su sesión de Santiago de Chile (2007), adoptó una resolución en la que considera que el artículo 51 de la Carta «se aplica en principio» en casos de «ataque armado a un Estado por un actor no estatal», pero es, este, un problema complejo, afirma el Instituto, en el que, hoy por hoy, cabe hacer dos precisiones: *una* (aplicación clara del

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> Opinión de Kooijmans, párrafos 27-29 y Opinión del juez Simma, párrafos 8 y 12.

derecho en vigor), en caso de ataque armado llevado a cabo por un actor no estatal siguiendo instrucciones o bajo la dirección o el control de un Estado, «este puede ser objeto de la acción en legítima defensa del Estado víctima»; y *dos* (aclaración de interés que despeja dudas que se tenían) «si un ataque armado se lanza desde un espacio situado fuera de la jurisdicción de cualquier Estado, el Estado víctima puede ejercer su derecho de legítima defensa en este espacio contra los actores no estatales»<sup>49</sup>. Esto es, el IDI se conforma con la respuesta más fácil.

Repárese, en todo caso, que el IDI (2007) no se pronuncia sobre la cuestión clave: su resolución no se atreve a precisar que hoy por hoy un Estado podría, en legítima defensa, atacar a «actores no estatales» que tienen sus bases y/o lanzan sus ataques desde el territorio de otro Estado. Se ha conectado esta actitud de prudencia del Instituto con el hecho de que:

«Una evolución así del derecho de legítima defensa [aplicar el concepto al caso de actos armados de actores no estatales] plantea (...) problemas temibles de conciliación con otras normas fundamentales del derecho internacional que tocan la soberanía del Estado, su independencia, su integridad territorial y su derecho a no ser objeto del uso de la fuerza»<sup>50</sup>.

ii) En 2016, el Comité sobre el uso de la Fuerza de la Asociación de Derecho Internacional (ILA) insiste en que el derecho internacional en vigor considera ilegales (contrarios al artículo 2.4 de la Carta y en general a la prohibición del uso de la fuerza armada) los ataques armados a actores no estatales en el territorio de un Estado soberano, sin que la distinción entre ataques en legítima defensa *en el territorio del Estado huésped pero no contra el Estado huésped* (sino solo sobre objetivos de los actores no estatales) pueda soslayar la violación de la soberanía territorial cometida; aunque el Informe admite que la cuestión sigue abierta<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> 10ª resolución 27 octubre 2007, párrafo 10, i y ii.

<sup>50</sup> LATTY, F.: «Le brouillage des repères du *ius contra bellum*. À propos de l'usage de la force para la France contre Daesh», *Révue Générale de Droit International Public*, 120 (2016), núm. 1, pp. 11-39, pp. 26-27.

<sup>51</sup> *Draft Report on Aggression and the Use of Force (may 2016)* cit. (nota 41), pp. 12-13.

iii) También el Manifiesto presentado a la firma por el Centro de Derecho Internacional de la Universidad Libre de Bruselas (junio 2016) apoya la tesis que a este respecto defiende el Comité la ILA<sup>52</sup>.

iv) Ítem más. El Grupo Internacional de Expertos de la OTAN que elaboró el *Manual de Tallin*, en fin, fue de la opinión de que en el caso de ataques cibernéticos de actores no estatales contra un Estado, susceptibles de asimilarse a un ataque armado (y que no puedan imputarse a un Estado, pues si un Estado los envía o controla, los hechos de estos actores no estatales le serían a él imputables, según el art. 3.g de la Definición de la Agresión), el Estado víctima podría invocar contra ellos el derecho de legítima defensa. Se reparará en el que el Grupo rechazó<sup>53</sup>. Afirma el Manual (sin hacer distinciones entre los actores no estatales que operan en territorios no sujetos a la jurisdicción del Estado y los que lo hacen desde el territorio de un Estado soberano): «Una mayoría del Grupo Internacional de Expertos llegó a la conclusión de que la práctica estatal ha establecido un derecho de legítima defensa frente a ciberoperaciones que llegan al nivel de ataque armado de actores no estatales que actúan sin la implicación de un Estado, como grupos rebeldes o terroristas»<sup>54</sup>.

No parece razonable que un Estado al que actores no estatales que operan desde el territorio de otro (*incapaz* de evitarlo o controlarlo y *sin que el Consejo de Seguridad adopte las medidas apropiadas*) atacan con las armas de manera continuada no pueda, bajo la cobertura del derecho, reaccionar con las armas contra las bases e instalaciones de esos grupos armados.

Y creemos que esta sensación que personalmente tengo viene siendo objeto de apoyo, gota a gota, por la doctrina y por la práctica de un número (que crece) de Estados:

¿No es este el caso de Francia y de los otros 27 Estados miembros de la Unión Europea cuando aquella invocó (y los demás aceptaron su aplicación por unanimidad) la ayuda de sus socios en la Unión tras los atentados terroristas del 13 de noviembre de 2015 al amparo

<sup>52</sup> *Contre une invocation abusive de la légitime défense pour faire face au défi du terrorisme. A plea against the abusive invocation of self-defence as a response to terrorism*, pp. 1-3 (<http://cdi/ulb.ac.be>).

<sup>53</sup> *Tallinn Manual 2.0...* cit. (nota 42), p. 345, párrafos 18 y 19 de la regla 71.

<sup>54</sup> *Tallinn Manual 2.0...* cit. (nota 42), p. 345, párrafo 19 de la regla 71.

del artículo 42.7 del Tratado de la Unión Europea? El director de los Servicios Jurídicos del Ministerio francés de Asuntos Exteriores y Desarrollo Internacional ha aclarado recientemente que Francia, un país que había manifestado anteriormente sus reservas sobre la invocación del derecho de legítima defensa frente a actores no estatales, ha considerado que los ataques armados de Daesh son graves y que esta entidad, dados sus recursos y el control territorial ganado, vendría a ser una especie de «proto-Estado»; en suma que todo bien pesado, ha llevado:

«A las autoridades francesas a considerar, que la exigencia [de tener que] atribuir, directa o indirectamente, a un Estado las agresiones perpetradas por Daesh no se impondría, *en este caso y de modo excepcional*, para (poder) invocar la legítima defensa» (Alabrune)<sup>55</sup>.

- ¿No es el caso de Rusia tras la destrucción de un avión de pasajeros sobre la península del Sinaí por el Estado Islámico? Tras confirmarse que el atentado contra el avión ruso A321, que se estrelló el 31 de octubre de 2015, fue obra de la facción egipcio del Estado Islámico conocida como Valiato del Sinaí, el presidente Putin en la *Sesión sobre la investigación del accidente de una aeronave rusa en el Sinaí* (17 de noviembre de 2015) declaró *expressis verbis*: «Actuaremos de acuerdo con el artículo 51 de la Carta que reconoce el derecho de los Estados a la legítima defensa»<sup>56</sup>.
- ¿No es el caso del Reino Unido o de Estados Unidos en el marco de sus explicaciones de voto a la Resolución 2249 del Consejo de Seguridad...? (*vid. infra* letra C).

Pero el caso de los Estados Unidos merece un comentario adicional. El Informe (2016), ya citado, con el que el presidente Obama se despide de la Casa Blanca explica el uso de la fuerza llevada a cabo en la práctica en y en particular fuera de los Estados Unidos, y da cuenta de su conformidad, a su juicio, con el derecho internacional en vigor. Y en él se asume que el derecho de legítima defensa no está limitado a las amenazas planteadas por Estados, sino que se extiende a las de actores no estatales («por ejemplo,

<sup>55</sup> ALABRUNE, F.: «Fondements juridiques de l'intervention française contre Daech en Irak et en Syrie», *Révue Générale de Droit International Public*, 120 (2016), núm. 1, pp. 41-50.

<sup>56</sup> *Sentinelle*, bulletin 453, 22 noviembre 2015, p. 2.

Estados Unidos emplea en la actualidad la fuerza contra ISIL [el autoproclamado Estado Islámico] en Siria en legítima defensa colectiva de Iraq [y otros Estados]», p. 9).

Y añade (apoyándose en la doctrina «unable or unwilling») que el derecho internacional reconoce que «los Estados, de conformidad con el derecho de legítima defensa individual o colectiva, cuando se enfrentan a un ataque armado *in actu* o inminente por grupos armados no estatales y el uso de la fuerza resulta necesario a causa de que el gobierno del Estado en el que la amenaza se localiza es incapaz o no desea prohibir el uso de su territorio a los actores no estatales en particular para llevar a cabo esos ataques (...), [pueden actuar] en legítima defensa contra los actores no estatales en el territorio de ese Estado sin su consentimiento» (p. 10). Y precisa que esta posibilidad está admitida «por el derecho internacional consuetudinario» (p. 10). Estados Unidos, se observará, se aleja así de las conclusiones a las que llegó el Comité sobre el Uso de la Fuerza de la ILA (2016) o el Manifiesto de profesores de Derecho Internacional (2016) anteriormente referidos.

Y también lo merece sin duda (un comentario adicional) la Resolución 2249 (2015), de 20 de noviembre, adoptada por el Consejo de Seguridad 7 días después del atentado terrorista en París, con 130 muertos y 600 heridos, que fue reivindicado por Daesh. Pero esta cuestión podrá ampliarse en su caso en sucesivas «entregas»<sup>57</sup>.

#### **.La «complicidad» en un hecho ilícito internacional de otro.**

4. En derecho internacional los Estados solo son, en principio, responsables de sus propios comportamientos (*principio de responsabilidad independiente*) (comentario 1 de los

<sup>57</sup> Para un análisis detallado de la legítima defensa hoy, a luz en particular del proceso en curso que promueve su ampliación (legítima defensa preventiva, o legítima defensa contra actores no estatales), GUTIÉRREZ ESPADA, C.: «Sobre la prohibición del uso de la fuerza armada en los últimos setenta años (1945-2015)», en X. PONS RAFOLS (Director): *Las Naciones Unidas desde España. 70 aniversario de las Naciones Unidas. 60 aniversario del ingreso de España en las Naciones Unidas*, Asociación para las Naciones Unidas en España y Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Barcelona, 2015, pp. 125-150; CERVELL HORTAL, M<sup>a</sup>. J.: *La legítima defensa en el Derecho internacional contemporáneo (Nuevos tiempos, nuevos actores, nuevos retos)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; BERMEJO GARCÍA, R.: «Las denominadas nuevas tendencias en la lucha contra el terrorismo internacional: el caso del Estado Islámico», en C. GUTIÉRREZ ESPADA y M<sup>a</sup>. J. CERVELL HORTAL (Directores): *El Estado Islámico (Daesh)*, Tirant lo Blanch Humanidades, Valencia, 2018, pp. 149-224; y para una síntesis GUTIÉRREZ ESPADA Y CERVELL HORTAL, M<sup>a</sup>. J.: *El Derecho internacional en la encrucijada... cit.* (nota 23), pp. 380-392,

introdutorios al Capítulo IV), aunque la práctica demuestra la existencia de excepciones: el Relator Crawford identificó nada menos que nueve. La CDI ha regulado (2001) tres: la ayuda o asistencia, la dirección o control y la coacción (artículos 16-18).

En estos tres supuestos, para que un Estado incurra en responsabilidad internacional (no por haber cometido el hecho ilícito en sí y, en consecuencia, por los daños que él cause, pero sí por su «complicidad» en el hecho) deben darse requisitos precisos que en dichas disposiciones se concretan<sup>58</sup>.

5. Es un punto que podría ampliarse en posteriores desarrollos de este Estudio.

## 2. Responsabilidad internacional de Estados y de Organizaciones internacionales.

6. Siguiendo las propuestas del Relator Especial, James Crawford, la CDI eliminó de su Proyecto sobre la responsabilidad del Estado (2001) toda referencia a sujetos de otra naturaleza, incluyéndose en su texto sendas cláusulas de salvaguardia en relación con las Organizaciones internacionales y con el individuo (artículos 57 y 58).

Respecto de las primeras, la CDI acordó en 2002 elaborar un *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales*, nombrando como relator especial al italiano Giorgio Gaja. El 6 de julio de 2009, la CDI alcanzó un acuerdo en primera lectura sobre el Proyecto. El 3 de junio de 2011 lo aprobó en segunda lectura y el 8 de agosto sus comentarios<sup>59</sup>.

El 9 de diciembre de 2011 se aprueba por la Asamblea General su Resolución 66/100 por la que, según lo dispuesto en su momento para el Proyecto sobre la responsabilidad del Estado (2001), «toma nota del proyecto» e «incluye esos artículos en un anexo a esta» y, además, decide volver a tratar la forma definitiva que habrá de darse al texto en periodo de sesiones sucesivos.

---

<sup>58</sup> Un análisis minucioso de estas formas de complicidad en GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El hecho ilícito internacional* cit. (nota 23), pp. 209-225; también en ID.: *La responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales a la luz del proyecto definitivo de artículos de la Comisión de Derecho Internacional (2011)*, Comares, Granada, 2012, pp. 91-106.

<sup>59</sup> Vid. nota 2 *supra*.

7. El paralelismo que en general se detecta entre no pocas disposiciones de ambos Proyectos (2001 y 2011), unido al hecho de que, respecto del primero y como acabamos de apuntar, la jurisprudencia haya proclamado la naturaleza consuetudinaria de la mayor parte de sus artículos, genera una reflexión de interés: ¿puede extenderse, entonces, la misma consideración a las disposiciones sobre la responsabilidad de las Organizaciones? Probablemente no. La escasez de la práctica en cuanto a ellas se refiere (más recientes que los Estados, usan más limitadamente que estos los procedimientos de arreglo de controversias con terceros y es, por su propia naturaleza, más difícil saber en el caso de las Organizaciones quien tiene la competencia), llevan, en palabras de la CDI, a un desplazamiento de «la frontera entre la codificación y el desarrollo progresivo hacia este último». Más aún:

«Puede suceder que una disposición de los artículos sobre la responsabilidad del Estado se considere representativa de una codificación, mientras que la disposición correspondiente sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales pertenece más al desarrollo progresivo. En otras palabras, las disposiciones del actual proyecto de artículos no poseen necesariamente la misma autoridad que las disposiciones correspondientes sobre la responsabilidad del Estado» (comentario 5 al Comentario general al Proyecto).

8. No entro en este Estudio a considerar la responsabilidad internacional de las Organizaciones internacionales, aunque hago en él alguna referencia muy concreta a la cuestión en un supuesto particular (*supra* apartado II, párrafo 5)<sup>60</sup>.

De parecer conveniente, podría este ser también un punto a desarrollar en etapas posteriores del Proyecto.

#### **4. Referencias a la responsabilidad penal internacional del individuo.**

9. El derecho internacional contemporáneo ha aceptado que el ser humano puede incurrir en responsabilidad internacional (penal) en ciertos supuestos.

---

<sup>60</sup> Sobre la responsabilidad internacional de las Organizaciones internacionales puede consultarse GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *La responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales...* cit. (nota 58), pp. 1-206; y en síntesis GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M<sup>a</sup>. J.: *El Derecho internacional en la encrucijada...* cit. (nota 23), pp. 465-469, 473, 474, 487-489, 489 ss., 508 ss.

Así, la comisión por una persona (que puede ser, a su vez, órgano de un Estado o una persona cuyo comportamiento es atribuible o imputable al Estado según el Derecho Internacional de la Responsabilidad) de los llamados «crímenes internacionales» compromete su responsabilidad individual a la luz del derecho internacional en vigor.

En síntesis podría decirse, a la luz de la evolución y de la práctica del derecho internacional en vigor, la comisión (o implicación más en general) por una persona de un genocidio o de crímenes de guerra o contra la humanidad implicaría esta responsabilidad penal internacional. Respecto de todos estos crímenes, por ejemplo, los tribunales penales internacionales más relevantes con competentes: pienso en los casos del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (TPIR) o del Tribunal o Corte Penal Internacional (TPT/CPI)<sup>61</sup>.

10. Esta realidad implica dos cuestiones sobre las que, acaso, habría que volver en etapas sucesivas del presente Proyecto (*supra* apartado II, párrafos 8-9):

- La primera, será preciso tener en cuenta, en el contexto del uso de Sistemas C-UAS, que podrían darse supuestos en los que pueda comprometerse la responsabilidad penal internacional del individuo que los opere.
- Y la segunda, en la medida en que la responsabilidad internacional del Estado no excluye a priori la del individuo, y viceversa, debería tenerse en cuenta la posibilidad de que una operación C-UAS, que implique por hipótesis la comisión de un crimen internacional, pueda implicar la responsabilidad internacional del Estado (si el operador es un órgano suyo o asimilado o aún una persona cuya conducta pueda serle imputable o atribuible) y la responsabilidad penal internacional del individuo. La relación entre uno y otro tipo de responsabilidad sigue siendo, a mi juicio, una zona aún gris del derecho internacional<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Vid. *ad ex.* en síntesis GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M<sup>a</sup>. J.: *El Derecho internacional en la encrucijada...* cit. (nota 23), pp. 410-418.

<sup>62</sup> No pocas de las reflexiones que al respecto hice respecto del crimen de genocidio podrían extrapolarse al caso de otros crímenes internacionales: vid. GUTIÉRREZ ESPADA, C.: «Reflexiones en torno a la posible interacción entre la responsabilidad internacional del Estado y la del individuo por el crimen de genocidio», en C. GUTIÉRREZ ESPADA (Director) y M<sup>a</sup>. J. CERVELL HORTAL (Coordinadora): *Darfur, el conflicto inacabable*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 323-414.

El desarrollo de un concepto conjunto de defensa contra sistemas aéreos no tripulados a la luz del derecho internacional de la responsabilidad. Una aproximación preliminar

Cesáreo Gutiérrez Espada

*Cesáreo Gutiérrez Espada  
Catedrático de Derecho Internacional Público  
y Relaciones Internacionales  
Universidad de Murcia*