

# Evolución del concepto de Legítima Defensa

*Por Emmanuel Guerisoli*

## **Introducción**

A partir de 1945, el derecho internacional ha crecido a pasos agigantados. Pero no solo se han agregado nuevas instituciones y normas, sino que también, se ha verificado una continua evolución de los principios fundamentales del derecho internacional anteriores a la segunda mitad del siglo XX.

Los conceptos de uso de fuerza y legítima defensa no han sido extraños a tales transformaciones. Antes de 1928 uno de los derechos inherentes de los estados era el de poder recurrir a la guerra de manera arbitraria. Con la Carta de las Naciones Unidas de 1945 aquel derecho no solo fue aún más restringido sino que fue totalmente suprimido. Los estados no "iban" más a la guerra, sino que se defendían de los ataques armados de otros estados. Al mismo tiempo, en el período de entre guerras los estados tenían como reconocidos los derechos a ejercer ataques o iniciar conflictos bélicos en nombre de una legítima defensa preventiva. Una vez más, en un mundo post 1945, para que un estado pudiese ejercer su derecho a una legítima defensa en forma legal debía cumplir con ciertos requisitos y nunca anticiparse al ataque.

Pero nuevos hechos y sucesos provocaron fracturas tanto concretas como abstractas en el tejido legal internacional. Acontecimientos como la descolonización, el surgimiento de alianzas militares internacionales, el terrorismo internacional, el fin de la guerra fría y las intervenciones humanitarias; dieron un nuevo significado a varios conceptos legales, como propulsaron también su evolución hacia nuevas fronteras. Con el advenimiento de los ataques del 11 de septiembre, la noción de ataque preventivo obtuvo un nuevo impulso y hasta fue tomada como uno de los pilares de la política exterior de los Estados Unidos.

Este trabajo tiene como objetivo analizar la naturaleza jurídica, la evolución y el desarrollo de los conceptos de legítima defensa, legítima defensa preventiva y ataque preventivo, utilizando la descripción de varios sucesos históricos, la explicación de normas internacionales, los aportes de la doctrina y los tribunales internacionales; y por último establecer brevemente cuales son y serán las consecuencias presentes y futuras de la aplicación de tales conceptos como se los entiende hoy en día.

## **La prohibición del Uso de Fuerza**

Hasta la segunda década del siglo XX resultaba inconcebible que le fuera prohibido a un estado utilizar sus fuerzas militares en contra de otro u otros estados. Si existía alguna especie de obstáculo era más bien político u oportunista. Es verdad que durante el siglo XVI Grocio y Pufendorff se concentraron en la diferenciación entre guerras justas e injustas; pero en el siglo XVIII a partir de ideas esbozadas por Hobbes o Rousseau, se admitió que el estado poseía un *ius ad bellum* ilimitado. Todo estado poseía el derecho soberano de recurrir a la guerra por cualquier razón que fuera. Se consideraba que como el estado poseía legítimamente el uso de la fuerza internamente, también era dueño de proyectar externamente aquella facultad bajo su completa discreción. Por lo tanto, una vez iniciadas las hostilidades no se le podía adjudicar al estado ningún tipo de responsabilidad, ni mucho menos, requerirle indemnizaciones por los daños causados. La interpretación era resultado de que la guerra era vista como un derecho inherente a la soberanía del estado, este no incurría en culpa o infringía obligaciones internacionales; ya que todo uso de la fuerza era lícito.

Fue después de la Primera Guerra Mundial que comenzaron a surgir las nociones de responsabilidad estatal por actos de guerra: las indemnizaciones a pagar por parte del sucesor del Imperio Alemán son un ejemplo. Cierta reglamentación de la guerra fue introducida por la Sociedad de las Naciones en 1920 en la cual se la consideraba como un recurso excepcional y extremo de los estados para arreglar sus diferencias. La guerra estaba prohibida por cuestiones de integridad territorial o independencia política, pero la limitación se encontraba subordinada a la condena por unanimidad de los miembros de la organización (excluyendo las partes del conflicto); de lo contrario los estados se reservaban el derecho a resolver la disputa de la manera que lo consideraban necesario.

Fue en 1928 con el *Pacto Kellogg-Briand* donde se limitó tajantemente el derecho a la guerra de los estados. Se condenó el recurso a la guerra para resolver las controversias internacionales y se consignó la renuncia por las partes a la guerra "*como un instrumento de política nacional en sus relaciones recíprocas*". Sesenta y tres estados ratificaron o adhirieron al Pacto. Ciertos países Latinoamericanos como Argentina y Uruguay no lo hicieron pero lo confirmaron con la firma del Pacto antibélico de Saavedra-Lamas de 1932. El Pacto Kellogg-Briand prohibía la guerra pero no "los usos menores de la guerra", autorizando así el empleo de la fuerza en situaciones que

no configuraban técnicamente como guerra; a saber: la defensa de los nacionales, las represalias y las intervenciones humanitarias.

Una prohibición más efectiva y abarcativa, en principio, necesitó de 7 años de terrible conflicto y alrededor de 60 millones de muertos para ver la luz. En 1945 la Carta de las Naciones Unidas prescribe en su artículo 2 párrafo 4 que: *“ Los miembros se abstendrán, en sus relaciones internacionales, del uso o la amenaza de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o de cualquier otra manera contraria a los Propósitos de las Naciones Unidas.”*

Prohibiendo el uso de fuerza se remedió el defecto del Pacto Briand-Kellogg, que solo abarcaba la acción de la guerra. También, se incluyó a la amenaza de la fuerza dentro de la prohibición. La Carta extiende también la aplicación no solo en el caso del uso de la fuerza con el objetivo de menoscabar la integridad territorial o la independencia política de un estado, sino que, la hace extensiva cuando el uso de fuerza o su amenaza sea “de cualquier manera contraria a los Propósitos de las Naciones Unidas”. De esta manera la prohibición general del uso de fuerza ha sido consagrada como una regla de derecho consuetudinario, convirtiéndola, asimismo, en una norma imperativa del derecho de gentes.

Existe una discusión doctrinaria a cerca de que el uso de fuerza no es lícito solamente contra la integridad y la independencia política de los Estados, por lo que estaría permitida para otros fines; siempre y cuando, sean acordes a los propósitos de las Naciones Unidas. De esta manera se justificaría jurídicamente el uso de fuerza para proteger la vida y los bienes de los nacionales en peligro en el extranjero, la represalias armadas en ciertos casos y las intervenciones humanitarias. En todo caso, no está puesto en discusión que la legítima defensa califica como una excepción a la prohibición del uso de la fuerza. Sí, en cambio, lo están los alcances de aquella.

### **La legítima defensa de los Estados**

La legítima defensa en el derecho de la Carta ha sido consagrada en su artículo 51: *“ Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en*

*cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.” Sin disminuir la importancia de la tipificación de tal instituto, resulta oportuno destacar que la institución de la legítima es anterior a la existencia de las Naciones Unidas. Por lo que puede ser oportuno, para estudiar su desarrollo durante la historia, retrotraerse en el tiempo hasta el momento en que se comenzó a justificar las acciones bélicas de los estados a través de la legítima defensa.*

#### *Los orígenes de la legítima defensa. El caso Caroline*

El caso tomado por la doctrina y el derecho internacional como primer y fundamental antecedente corresponde al del buque *Caroline*. El episodio tuvo lugar en 1837 cuando se encontraba en curso una rebelión en Canadá en contra de la Corona Británica. Varios insurgentes canadienses obtuvieron apoyo estadounidense de la ciudad de Buffalo. Un cuerpo de alrededor de 100 personas, en su mayoría ciudadanos de Estados Unidos, tomaron Navy Island, que yacía en el río Niagara del lado canadiense de la frontera, utilizándola como base para incursiones en la costa. Un buque a vapor llamado *Caroline*, de bandera estadounidense, era usado para transportar armas y provisiones al grupo en la isla. Debido a la indeferencia de las autoridades estadounidenses, los británicos decidieron que la única manera de impedir el tráfico de provisiones era destruir el *Caroline*. Cuando el *Caroline* se encontraba haciendo una pausa entre los trayectos de provisiones en el Fuerte Schlosser, en el Estado de Nueva York, varios soldados británicos lo abordaron. Dispararon contra la tripulación indefensa, que abandonó el buque. Dos americanos murieron a causa de los disparos, mientras que otros dos fueron temporáneamente tomados como prisioneros y llevados a Canadá. Los ingleses incendiaron el buque y lo dejaron a la deriva hacia las Cataratas del Niagara.

Gran Bretaña justificó su accionar aduciendo legítima defensa. El caso obtuvo aún más notoriedad gracias al intercambio diplomático entre el entonces Secretario de Estado norteamericano, Daniel Webster, y su par británico. En 1842 Webster se dirigió al gobierno Británico, al cual hizo responsable de lo sucedido debido a que no se podía utilizar la legítima defensa en el caso en cuestión por que no existía una guerra entre los dos estados, lo que convertía al *Caroline* en un buque de bandera neutral. Para que la legítima defensa invocada por los ingleses fuese válida, según Webster, Gran Bretaña debía probar una necesidad de defensa propia urgente, abrumadora, que no dejara lugar a la elección de los medios ni tiempo a la deliberación. Incluso, para legitimar la incursión inglesa en territorio estadounidense, se debía establecer que el

accionar no había sido ni irrazonable, ni excesivo; dado que los actos justificados por la necesidad de la defensa propia deben ser limitados por aquella necesidad y mantenidos claramente dentro de sus límites. Lord Ashburton, Ministro de Relaciones Exteriores Británico, aceptó los principios esgrimidos por Webster, pero argumentó que el caso en cuestión encuadraba con lo expuesto. Hubo, entonces, un acuerdo en el derecho pero no en los hechos. De todas formas a través de los acuerdos Webster-Ashburton el último se disculpó por el hecho de que la acción necesitó una violación al territorio estadounidense.

Aquella noción de legítima defensa pasó a convertirse en el derecho consuetudinario de la época y exigía la presencia de tres elementos:

- a) que la acción fuera respuesta a una amenaza apremiante
- b) que la amenaza no pudiera evitarse por otros medios
- c) que la fuerza utilizada fuera proporcional al peligro

#### La legítima defensa hasta 1945

A partir del caso Caroline, y hasta la aparición de la Carta en 1945, para que sea lícita la invocación de la legítima defensa debía existir un ataque armado en desarrollo contra el territorio del estado que se defendía; aún cuando el ataque no se hubiese aún producido si aquel era inminente. Lo último conformaba la **legítima defensa preventiva**. El ataque en cuestión, o la amenaza de tal, debía ser dirigido contra intereses estatales, como el territorio, pero también contra los nacionales del estado, sus bienes y otros derechos otorgados por el derecho internacional.

Durante la segunda mitad del siglo XIX y la primera del XX abundaron en la historia mundial los casos donde se justificaron guerras en nombre de la defensa propia. Lo que convirtió a la legítima defensa en un instituto amplio y flexible a la voluntad de los estados. No importaba si la verdadera causa de los conflictos era el balance de poder, la influencia de las potencias, las ambiciones imperialistas o la toma de represalias. Varias naciones recurrieron a la legítima defensa, ya sea preventiva o no, basada en la protección del territorio o de los nacionales para obtener un *casus belli* conforme al derecho internacional.

Francia y Gran Bretaña intervinieron en la Guerra de Crimea de 1853, entre el Imperio Otomano y Rusia, alegando la protección de nacionales e intereses vitales. Las guerras Austro-Prusiana y Franco-Prusiana fueron justificadas por Bismark como defensa de la integridad territorial prusiana, por más que el objetivo del Canciller era la

unificación alemana. La guerra Americano-Española de 1898 tuvo su origen en el tardío imperialismo estadounidense pero fue jurídicamente saneada por la urgente protección de ciudadanos americanos en Cuba y el supuesto ataque a un buque estadounidense en La Habana. La Guerra de los Boxers de 1900 constituye una de los casos más claros donde las potencias imperialistas justifican su accionar en nombre de la defensa de los nacionales con el objetivo de abrir China al comercio. La protección de los nacionales de los estados o de sus bienes fueron los justificativos para que los británicos emprendiesen la Guerra de los Boers de 1899 en Sudáfrica y para justificar el bloqueo naval "pacífico" por parte de Alemania, Gran Bretaña e Italia contra Venezuela en 1902.

Una nueva categoría surgió con el advenimiento de varias alianzas defensivas: **la legítima defensa colectiva**. Con la aparición de la Triple Alianza y La Triple Entente, los estados podían y debían acorde a derecho intervenir en conflictos basándose en la defensa colectiva; a través de la cual, un ataque armado en contra de uno de los miembros de la alianza significaba un ataque a todos los miembros permitiendo la intrusión de un estado en defensa del atacado. Los sistemas colectivos de defensa exigieron el ingreso de Alemania, Francia y Gran Bretaña a las hostilidades de lo que comenzó como un litigio austro-ruso en 1914, dando origen a la Primera Guerra Mundial.

El sistema de la Liga de las Naciones contemplaba la permisión de la legítima defensa en los casos en que un estado había sido objeto de un ataque armado con el fin de afectar la integridad territorial o la independencia política de un estado. Se entendía que la respuesta armada debía ser el único medio posible de defensa, ser proporcional al ataque infringido, no prolongarse en el tiempo e interrumpirse una vez franqueado el peligro. No existía ninguna limitación en cuanto a la posibilidad de la legítima defensa preventiva, pero se creía que aquella debía responder a la inminencia de un ataque y ser reducida en la duración. La falta de una completa normativización, tanto del uso de fuerza, como de la legítima defensa, provocó que cada nación era competente para definir y delimitar su derecho de defensa propia. Durante los años 30 varios estados utilizaron la legítima defensa de los intereses vitales de la nación, también entendido como derecho a la "auto-preservación", para justificar ataques armados. Son así los casos de Japón en Manchuria e Italia en Etiopía. Durante los inicios de la Segunda Guerra Mundial, la Alemania nazi excusó su ataque a Polonia en la legítima defensa; y también así lo hizo, aunque en este caso con razón, Finlandia ante el ataque de la Unión Soviética.

## **La legítima defensa en la Carta de las Naciones Unidas**

La legítima defensa se encuentra codificada en el artículo 51 de la Carta transcrito arriba. Ahora bien, existe un debate en la doctrina internacional a cerca de si el artículo 51, complementado con el artículo 2 párrafo 4, agota el actual derecho consuetudinario respecto de la legítima defensa; o si por el contrario, se puede recurrir a otras fuentes del derecho internacional que amplíen o regularicen aún más el instituto.

Los partidarios de la doctrina restrictiva argumentan que la Carta reemplaza enteramente el derecho anterior y que aquellos artículos configuran todo el derecho de legítima defensa. De esta manera en orden a que un estado pueda argumentar su defensa propia debería, con anterioridad, demostrar que un ataque armado en contra de aquel ha sucedido. Los efectos de una interpretación literal de la frase "*en caso de ataque armado...*" producen que un estado debe esperar hasta que un ataque armado haya efectivamente comenzado, y cualquier especie de relajación de aquel requisito, como que el estado víctima pueda ejercitar la fuerza antes de que el ataque inicie, resulte un alejamiento de los estrechos límites del artículo 51. Este punto de vista es criticado como una irreal interpretación del artículo 51. Se arguye que aquellos efectos restrictivos convierten al estado atacado en un blanco fácil. En particular, esta doctrina señala que algunas medidas ofensivas en contra de un estado pueden ser de una naturaleza tan devastadora que si al estado defensor le es requerido esperar hasta que el ataque haya efectivamente sucedido, ninguna defensa efectiva sería posible.

Una de las formas de sortear la restrictiva interpretación de la frase "*en caso de ataque armado...*" es aquella de reinterpretarla en el sentido de que "en caso de que un ataque armado haya comenzado a tener lugar". Dos ejemplos históricos pueden ser útiles para entender mejor. En primer lugar, el ataque a Pearl Harbour en 1941. ¿Cuándo se considera que los Estados Unidos estaban siendo atacados por Japón? (o que un ataque se encontraba en camino) , cuando los aviones estaban a 300 kilómetros, cuando se soltaron las primeras bombas, cuando la flota japonesa zarpó de Tokio; o cuando el gobierno japonés estaba planeando el ataque. Cuando resulta que un ataque es inminente y solamente puede ser impedido o sus consecuencias reducidas a través de una respuesta militar.

El otro ejemplo se refiere a las Guerra de los Seis Días de 1967. Mayoritariamente se acepta que Israel ejerció una respuesta militar de manera justificada. Con anterioridad a las hostilidades se verificaron acciones beligerantes por parte de los estados árabes vecinos, Egipto decidió retirar las fuerza de paz de la ONU

de la península del Sinaí, también decidió cerrar los Estrechos de Tiran a las embarcaciones israelíes, y las fronteras de Israel fueron cercadas por el estacionamiento a gran escala de tropas de Egipto, Siria y Jordania. Todos estos actos constituían los preparativos de un ataque armado contra Israel. Gracias a la menos restrictiva interpretación del artículo 51 podemos justificar las acciones de Israel por que un ataque armado había comenzado a tener lugar con aquellos preparativos y actos hostiles. No son justificables las acciones posteriores de Israel respecto a la ocupación y subsiguiente apropiación del Sinaí y las Alturas del Golán.

Utilizando la interpretación restrictiva literal de la Carta las acciones de Israel encuadrarían en la categoría de **legítima defensa preventiva**, la que se analizará posteriormente.

Pero con la aparición de nuevas formas de fuerza ofensiva, el momento en que un ataque armado ha iniciado o ha comenzado a tener lugar resulta difícil de establecer. Si un estado se encuentra lanzando misiles de largo alcance a otro, cuando es posible discernir que el ataque armado ha comenzado a ocurrir. Sería admisible que el estado amenazado tenga que esperar hasta que los misiles hayan sido efectivamente lanzados; o, sería suficiente para el estado defensor con que los misiles hayan sido cargados en plataformas de lanzamiento y apuntados hacia aquel. Parte de la doctrina, para resolver casos como aquel, elabora el llamado "acto último irrevocable" satisfaciendo el requisito del artículo 51 de que un ataque armado haya comenzado a tener lugar. En el caso del misil de largo alcance apuntado hacia un estado amenazado, el acto último irrevocable sería el momento exacto del lanzamiento de los misiles. A partir de aquel momento el estado defensor estaría legitimado para responder con fuerza al ataque que comenzó a ocurrir.

### **Condiciones del ejercicio de la legítima defensa**

El ejercicio de la legítima defensa queda supeditado al cumplimiento de determinadas condiciones por el estado que sufre el ataque armado. El incumplimiento de algunas de ellas puede desvirtuar la licitud de las medidas defensivas y hacer incurrir al estado en responsabilidad internacional.

#### **El ataque armado**

El artículo 51 de la Carta nos indica el primer requisito para la configuración de la legítima defensa: **el ataque armado**. Para que un estado pueda invocar lícitamente la

defensa propia debe haber sido víctima de un ataque armado. Por ataque armado en general se entiende una operación militar ofensiva con el objetivo de vencer al enemigo, o incluso, simplemente el inicio de hostilidades. Esta noción de ataque armado puede en parte responder a la interpretación del término del artículo 51 acorde al artículo 31, párrafo primero, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Según el cual, un tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado. Pero como el artículo 31 también dispone que sea conforme al sentido corriente de los términos del tratado en el contexto de estos, otras partes de la Carta deben ser analizadas para aclarar el significado del término usado en el artículo 51. De tal manera, como el artículo 2 párrafo 4 de la Carta, que determina la regla general de la prohibición, obstaculiza tanto la amenaza como el uso de fuerza, se puede concluir que la excepción del artículo 51 solamente se refiere al efectivo acaecimiento del ataque armado, dado que las excepciones son interpretadas de forma restricta. En este caso, las recientes amenazas del gobierno Iraní hacia el estado de Israel no justificarían un ataque armado por parte del último en nombre de la legítima defensa.

Es más, también resulta apropiado referirse al artículo 39 de la Carta, que delinea las situaciones cuando el Consejo de Seguridad puede tomar acción bajo el Capítulo VII de aquella. Tres términos son usados en el artículo 39: *amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz y acto de agresión*. Todas estas nociones juntas cubren un campo mucho más amplio que el del ataque armado del artículo 51.

Finalmente, acorde al artículo 31 de la Convención de Viena, el significado de los términos de un tratado debe ser examinado a la luz de su objeto y fin. Es el objeto y el fin de la Carta de la ONU restringir el uso unilateral de fuerza. Una interpretación que excluye la amenaza de un ataque, de la noción de un ataque armado que haya comenzado a tener lugar que permita la utilización de la legítima defensa es compatible, sino requerida, por el objeto y fin de las Naciones Unidas.

La conclusión es por lo tanto clara: el ataque armado en el sentido del artículo 51 es un efectivo ataque armado, no uno con el cual solamente se le amenaza. Con esta interpretación, que incluye la noción de ataque armado que haya comenzado a tener lugar, la legítima defensa preventiva produciría un caso de ilicitud. La diferencia puede parecer banal, pero sus consecuencias no lo son. Volviendo a la Guerra de los Seis Días, si encuadrásemos a las acciones israelíes como respuesta a una amenaza y no a un ataque armado que había comenzado a tener lugar, entonces Israel no podría haber invocado la legítima defensa y sería responsable por sus actos. Por lo que resulta indispensable delimitar el derecho de legítima y conocer también en que casos se está

en presencia de un ataque armado efectivo y en cuales en presencia de una amenaza de ataque.

Sin embargo, el concepto de ataque armado sigue siendo ambiguo. Es necesario, para poder esclarecer completamente tal noción, definir que acciones por parte de un estado configurarían un ataque armado que permitiese invocar la defensa propia. La resolución 3314 ( XXIX ) de la Asamblea General de la ONU en 1974 define como hechos que constituyen un ataque armado a: la invasión del territorio de un estado por unidades militares de otro, el bloqueo naval de sus costas y puertos, el ataque a sus fuerzas armadas o a sus bienes en cualquier parte que sea ( bases militares, naves de guerra o mercantes, aeronaves ), ocupar aún temporalmente, bombardear o emplear cualesquiera armas contra el territorio de otro, atacar sus fuerzas terrestres, navales o aéreas, etc... La misma resolución, también, considera ataque armado ( los llama "ataques indirectos") el envío de bandas armadas, no regulares, de un país a otro para ejercer violencia siempre que su acción tenga gravedad suficiente. En cambio, no configuraría ataque armado otras formas de asistencia a una facción empeñada en lucha civil contra el gobierno constituido de otro estado, según opinión de la Corte Internacional de Justicia en el fallo sobre el asunto de *Nicaragua vs. Estados Unidos*. La corte decidió que el suministro de armas, el financiamiento, las facilidades para el entrenamiento y el general apoyo a los "Contras" para pelear contra el gobierno de Nicaragua constituían un uso ilegal de la fuerza, pero no equivalían a una ataque armado que autorizara a Nicaragua a responder por la fuerza contra Estados Unidos, excepto naturalmente dentro de su territorio y contra las bandas armadas en cuestión. Sólo podría tomar contra el estado que ha organizado el apoyo a los insurgentes " contramedidas proporcionales", que la Corte no define.

Por lo que, entonces, en las situaciones en donde un estado está efectivamente involucrado, a un cierto nivel, en la comisión de actos de violencia no-estatal, es aceptado que aquel involucramiento es equivalente a un ataque armado y puede desencadenar la legítima defensa. Basándose en tales conclusiones, la intervención de los Estados Unidos y sus aliados en Afganistán después del 11 de septiembre puede ser, dejando de lado los detalles controversiales, justificada como defensa propia.

Desgraciadamente, son las acciones de los estados en la practica las que nos permiten estudiar que actos configuran ataque armados y cuales no. Es cierto que ciertas acciones son indiscutiblemente de naturaleza bélica y justifican la utilización de la fuerza para repelerlos; pero otros sucesos resultan más ambiguos y de menor gravedad para justificar la legítima defensa.

### La necesidad

La necesidad en la legítima defensa indica que el uso de la fuerza debe ser el único medio, al que puede recurrir el estado, no teniendo otros distintos a su alcance para detener la agresión. Recurrir a la fuerza debe ser el último medio posible para defenderse y el estado debe demostrar que la amenaza a la que se enfrentó constituyó un nivel suficiente de gravedad para justificar una respuesta armada. La necesidad en el uso de fuerza para repeler un ataque no significa que con anterioridad al ejercicio de la defensa el estado deba agotar las instancias diplomáticas; sino que por el contrario, el estado debe probar que resultaba inviable tomar aquellas medidas. La gravedad de la situación debe ser tal que el uso de fuerza es indispensable para poder resistir y responder, dejando de lado las demás opciones por no poder resolver la cuestión de forma inmediata.

### La proporcionalidad

La proporcionalidad se refiere al *quantum* de fuerza que el estado atacado debe emplear para repeler el *quantum* de fuerza del estado agresor. La proporcionalidad está en función no sólo del tipo de fuerza comprometida sino también de la finalidad de la legítima defensa: desactivar el ataque armado.

Volviendo al caso de la Guerra de los Seis Días, la destrucción de la totalidad de la fuerza aérea egipcia y más de la mitad de los tanques sirios no parecería una respuesta excesiva por parte de Israel si se tiene en cuenta que las fronteras de aquel se encontraban rodeadas de tropas enemigas prontas a atacar. Sin embargo, la legítima defensa israelí terminó en el momento en el cual el ataque agresor había sido neutralizado, la subsiguiente ocupación y apropiación de territorios extranjeros no se encontraban justificadas por la defensa propia.

Un ejemplo claro de exceso en la legítima defensa lo constituye la intervención estadounidense en Camboya durante 1972. Desde hacía unos meses el Vietcong era ayudado por milicias comunistas camboyanas, que incursionaban en el territorio de Vietnam del Sur y atacaban a las tropas americanas. El débil gobierno de Camboya repudiaba tales ataques pero en la práctica actuaba con bastante indiferencia. Estados Unidos prosiguió, entonces, a tomar cartas en el asunto y autorizó un extensivo bombardeo del territorio camboyano en donde se encontraban las milicias comunistas. El bombardeo continuó hasta 1974, y causó más de 200 mil víctimas civiles. Ahora bien, sin entrar en la controversia acerca de la legitimidad del conflicto vietnamita, los

Estados Unidos se encontraban justificados en incursionar en territorio camboyano y neutralizar a las milicias. Existía un ataque armado por parte de bandas que eran ayudadas por un gobierno y existía la necesidad de violar la soberanía camboyana para finalizar con la agresión. Pero, sin duda alguna, no se verificó alguna proporcionalidad en los medios utilizados para enfrentar a las milicias. Por lo cual, las acciones de Estados Unidos en tal situación no constituyeron legítima defensa y fueron ilícitas.

Respecto al uso de armas nucleares, la Corte Internacional de Justicia se planteó el asunto en 1996. Se llegó a la conclusión de que, aunque pareciera que la condición de proporcionalidad haría ilegal un ejercicio de la legítima defensa basado en la utilización de armas nucleares, la proporcionalidad no excluye tal posibilidad en sí misma. Sin embargo, un ejercicio proporcional de la legítima defensa, para ser lícito, debe cumplir también con los requerimientos del Derecho aplicable en los conflictos armados, comprendidos en particular los principios y normas del Derecho humanitario. La Corte prosigue añadiendo que la verdadera naturaleza de todas las armas nucleares y los profundos riesgos asociados a ellas son consideraciones que deben estar en la mente de los estados que creen poder realizar una respuesta nuclear en legítima defensa de acuerdo con los requerimientos de proporcionalidad.

### La inmediatez

La acción de legítima defensa debe guardar inmediatez con el desarrollo del ataque armado. La falta de inmediatez puede trasmutar un lícito ejercicio de la legítima defensa en una infracción del artículo 2 párrafo 4 de la Carta, por ejemplo, a título de represalias armadas. Fue probablemente el caso, sometido a la Corte, del bombardeo de dos plataformas petrolíferas iraníes en el golfo Pérsico por aviones de los Estados Unidos, en 1987, 48 horas después que Irán bombardeara dos buques mercantes estadounidenses. El Presidente Reagan declaró que se había tratado de un ejercicio del derecho de legítima defensa establecido por la ONU, pero el Secretario de Defensa de dicho país se traicionó al advertir que quizás serían necesarias nuevas represalias contra Irán. Una válida legítima defensa en el caso que nos ocupa hubiera sido desplegada *in situ* para repeler el ilícito bombardeo iraní; el lapso de 48 horas y la elección de objetivos no militares denotan que la medida de reacción norteamericana se trasmutó en una represalia armada, no conforme al Derecho Internacional. A la misma conclusión se puede llegar a cerca del ataque norteamericano contra Afganistán en 2001 en respuesta a los atentados del 11 de septiembre. Los ataques contra aquel

país se desarrollaron a finales de octubre, más a modo de represalia que como legítima defensa preventiva o no.

Sin embargo, el lapso temporal no debe enjuiciarse en términos absolutos. Mientras subsista el ataque armado, o incluso la ocupación armada del territorio estatal, puede entenderse como inmediata la reacción militar que desencadene el agredido. La inmediatez debe considerarse a la luz del tiempo necesario para que el agredido prepare la respuesta armada y del juego que pueda dar la existencia de un sistema de seguridad colectiva liderado por las Naciones Unidas. Por estas razones, tanto la invasión egipcia del Sinaí en la Guerra de Yom Kippur en 1973 y la invasión de Malvinas por parte de Argentina en 1982, no constituyen acciones de legítima defensa aunque hayan sido llevadas a cabo en su nombre con el objetivo de recuperar territorios ilegítimamente ocupados por Israel y Gran Bretaña respectivamente.

#### *Provisionalidad y Subsidiaridad*

La legítima defensa debe ser provisional y subsidiaria de la acción del Consejo de Seguridad, lo que resulta congruente con la responsabilidad primordial que se atribuye al órgano de la ONU en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Por lo cual, al estado o estados que ejercen la legítima defensa se les exige la inmediata comunicación al Consejo de Seguridad de las medidas adoptadas a título de legítima defensa. Porque, si bien no es necesaria autorización alguna del Consejo de Seguridad para la adopción de tales medidas, ni siquiera poner preventivamente en su conocimiento de la ejecución de las mismas, el estado afectado debe detener su respuesta armada cuando aquel órgano de la ONU tome las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales.

El cumplimiento por un estado de la obligación de información al Consejo de Seguridad de las medidas que se adoptan a título de defensa propia puede ser interpretado incluso como un indicador de que dicho estado está convencido de que su acción armada se encuentra justificada y amparada por dicha excepción. Aunque hay quienes se encuentran contrarios a esta interpretación, la Corte Internacional de Justicia lo ha constatado así en el asunto de las actividades militares y para militares en y contra Nicaragua en 1986.

Se habla de provisionalidad y subsidiaridad porque el estado actúa desde que sufre el ataque armado y hasta que el Consejo de Seguridad adopta las medidas adecuadas para el mantenimiento de la paz internacional. Pero no resulta nada fácil determinar cuándo se produce ese momento, esto es, cuándo el Consejo de Seguridad

decide las medidas adecuadas en una situación concreta. Tomemos como ejemplo la invasión de Kuwait por parte de Irak. El Consejo de Seguridad adopta, el mismo día de la invasión, un conjunto escalonado de medidas acorde al Capítulo VII de la Carta. La autorización del uso de fuerza con base en el artículo 42 de la Carta es decidida tres meses con posterioridad a la invasión. Por lo que resulta importante definir cuando es que el Consejo de Seguridad tomó las medidas adecuadas para restablecer la paz y seguridad internacionales. Si Kuwait hubiese requerido asistencia militar a otro estado, el último se hubiese encontrado legitimado a pesar del conocimiento de la situación por parte del Consejo desde el primer día; o el estado que socorriese al Emirato podría haber intervenido solo hasta cuando se autorizara el uso de fuerza.

Resulta indispensable poder aclarar la articulación de la legítima defensa con el sistema de seguridad colectiva para poder conocer cuales son las medidas adecuadas para restablecer la paz y la seguridad internacionales y quien debe enjuiciar la adecuación de tales medidas. En una situación de crisis, una vez iniciada la legítima defensa, ésta sólo se paralizará si se logra el objetivo de repeler el ataque, o en el momento en que las medidas del Consejo de Seguridad provean efectivamente a la defensa efectuada hasta entonces por el estado agredido. Sostener que éste debe abandonar la defensa de su territorio en el momento en que el Consejo adopta decisiones del Capítulo VII, aunque implique el uso de la fuerza, sin esperar a su ejecución, invalida claramente el sentido de la legítima defensa.

En cambio, si producida la agresión, no se hubiera ejercitado la legítima defensa no es razonable que el estado agredido que ha urgido la intervención del Consejo en la resolución de la crisis no espere a observar la eficacia de las medidas adoptadas por aquél para reestablecer la paz y la seguridad internacionales. Sólo si la acción del Consejo de Seguridad quedara paralizada por la interposición de un veto de uno de los miembros permanentes, el derecho a la legítima defensa seguirá subsistiendo, en la medida en que no resulte perjudicado por el desvanecimiento de la inmediatez de la respuesta defensiva.

### **El objeto de la legítima defensa**

Es preciso delimitar el objeto de la legítima defensa. Es desde ya conocido el fin: repeler un ataque armado. Pero ¿un ataque armado contra qué cosa?. Toda la doctrina, refiriéndose al artículo 2 párrafo 4 de la Carta de las Naciones Unidas, concuerda en que la legítima defensa incluye el uso de fuerza contra un ataque armado dirigido contra la integridad territorial o la independencia política de un estado.

¿Pero qué sucede a cerca de un ataque armado contra buques y aeronaves nacionales sobre el alta mar; o contra nacionales en el extranjero; o contra propiedad nacional en el extranjero; o contra los intereses vitales de un estado? ¿Sería posible amparar las acciones de un estado en nombre de la legítima defensa en tales situaciones?

### La legítima defensa del territorio y de la independencia política del estado

Parece claro que en el estado presente del derecho internacional, una nación puede utilizar legalmente la fuerza con el fin de repeler un ataque armado de otra que ha vulnerado su integridad territorial o su independencia política. La aplicación conjunta de los artículos 2, párrafo 4 , y 51 de la Carta permiten hacer tal afirmación.

Una de las dificultades que pueden surgir es cuando se registra un uso de fuerza por parte de un estado agresor que no configura un ataque armado. Tal caso puede ser cuando, durante un desastre natural, un estado extranjero intenta entorpecer las comunicaciones radiales esenciales del estado víctima. Aquí, tendríamos un caso en donde fuerza que no involucra un ataque armado es aplicada contra el territorio de un estado. El estado afectado estaría legitimado en responder, siempre y cuando sea proporcional a la agresión.

Ahora bien, los casos de legítima defensa de la integridad territorial o la independencia política de un estado adquieren una mayor dificultad cuando se presentan en un contexto de descolonización. A partir de la década de los 50 hasta los noventa se verificaron cientos de conflictos en donde las potencias colonizadoras impedían a través del uso de fuerza la independencia de sus posesiones amparándose en la legítima defensa o en la jurisdicción interna de los estados. Debemos tener en cuenta que varias resoluciones de la Asamblea General de la ONU han declarado que el empleo de la fuerza armada por las autoridades metropolitanas para privar a los pueblos, de los territorios no autónomos pendientes de descolonización, de su derecho a la libre determinación cae bajo la prohibición del artículo 2, párrafo 4 de la Carta. Por lo tanto, una vez comenzado el conflicto por la liberación, la potencia colonizadora no podría justificar una respuesta armada en nombre de la defensa propia.

Existe un acuerdo general en la doctrina respecto a lo último; pero se verifica un desacuerdo bastante pronunciado respecto a una reivindicación territorial de naturaleza colonial. Es decir, ¿se encuentra un estado legitimado en tomar por la fuerza un territorio poseído por otro a título colonial?; y a su vez, ¿estaría actuando bajo la legítima defensa la nación metropolitana al responder a tal ocupación con un ataque armado?

La historia de la descolonización revela que la satisfacción de las reivindicaciones territoriales en algunas ocasiones se ha consumado mediante actos de fuerza del estado reclamante. Dos casos con consecuencias contrarias el uno del otro nos ayudan. En 1961, la India consumió su control sobre las regiones de Goa, Diu y Damao mediante una intervención militar en detrimento de Portugal. La reivindicación territorial se encontraba en el Comité de Descolonización de la ONU, por lo que Portugal reconocía el diferendo territorial. La intervención militar fue seguida de una protesta lusitana; al fin de cuentas la antigua potencia ibérica terminó por aceptar la cuestión como un *fait accompli*. La India fue criticada por no haber respetado el curso normal de las negociaciones. Aquella fundamentó su accionar en la legítima defensa, argumentando que el derecho a responder no había caducado debido a la continua ocupación portuguesa por lo que la intervención militar era lícita y constituía el único medio posible para recuperar el territorio perdido.

Un caso similar fue el de la ocupación militar de las islas Malvinas en 1982 por parte de Argentina. En 1965 la Asamblea General aprobó su primera resolución reconociendo la disputa con Gran Bretaña e invitando a las partes a negociar una solución pacífica en la que se tuviera en cuenta los intereses de los habitantes de las islas. Las negociaciones entre ambos países avanzaba con una lentitud "glacial" pero se había llegado a ciertos acuerdos informales a principios de 1982. De todas maneras, el gobierno argentino decidió invadir las islas en abril del mismo año. Cabe destacar que la ocupación se desarrollo sin que se derramara una sola gota de sangre británica. Argentina justificaba la legalidad de la invasión basándose en el derecho de la legítima defensa del territorio. Gran Bretaña justifico su respuesta armada en la misma institución. La guerra de poca duración concluyó con la derrota argentina y la recuperación de las islas por los británicos. Si este caso constituye un caso de legítima defensa depende de la aceptación personal de la posición británica y argentina respecto la soberanía de las islas. Cualquiera sea la posición, la comunidad mundial rechazó la acción argentina debido a la ilegitimidad del uso de la fuerza para conquistar territorio cuyo titulo era sujeto de negociaciones pacíficas.

Por lo que respecto a la descolonización, la doctrina mayoritaria piensa que el empleo de la fuerza para hacer realidad una reivindicación territorial de naturaleza colonial aceptada como tal por las Naciones Unidas no es contraria a derecho, debido a que configuraría legítima defensa, cuando existe una proporción entre los medios empleados y el objetivo perseguido, lo que solo caso por caso podría ser apreciado. Las potencias coloniales no podrían luego responder militarmente contra los territorios independizados debido a que el recurso de la fuerza de las últimas no atentaría contra

la integridad territorial o la independencia política de las primeras porque en el derecho de la descolonización la condición jurídica del territorio colonial es distinta a la del territorio metropolitano. Incluso se piensa que los posibles ataques armados de las potencias colonizadoras serían incompatibles o contrarios con los Propósitos de las Naciones Unidas, cuando uno de sus objetivos históricamente más importante ha sido la descolonización.

Por otro lado, la situación es distinta cuando el caso de descolonización se trata de un estado usurpado y amputado de una porción de su territorio. Parte de la doctrina entiende que el estado reivindicador se encuentra legitimado por la defensa propia en recuperar el territorio ocupado a través del uso de fuerza militar. Una vez eliminada la situación colonial, el empleo de la fuerza por la potencia desalojada para recomponer el *statu quo ante*, indeseable desde el punto de vista de los objetivos del derecho de la descolonización, no encuentra amparo jurídico en la legítima defensa. No hay legítima defensa, porque no habría ataque armado en curso contra su integridad territorial o independencia política. La doctrina mayoritaria entiende que en estos casos el estado usurpado solo podría responder militarmente si la ocupación por parte de la potencia colonizadora ha sido reciente y no se encuentran en curso negociaciones a cerca la titularidad del territorio en cuestión. La resolución del diferendo territorial debe ser de manera pacífica. Por más que el fin de la ocupación extranjera a través de la fuerza sería en ciertos casos permitido por el derecho de la descolonización; este último estaría, de todas formas, supeditado a los principios universales de la prohibición del uso de fuerza y la libre determinación de los pueblos.

#### Legítima defensa de los buques y las aeronaves

Los principios de la legítima defensa se aplican a los buques y aeronaves. Aunque se argumente que ataques aislados contra buques y aeronaves no justifica el ejercicio de la legítima defensa, en todo caso, el principio de la proporcionalidad probablemente restringiría la magnitud de las respuestas razonablemente requeridas para repeler el ataque. Un ataque a larga escala sería ilegítimo.

#### La legítima defensa de los nacionales

Es generalmente aceptado el derecho de los estados a usar la fuerza con el fin de proteger las vidas de los nacionales en otro estado cuyo gobierno se rehúsa o se encuentra incapacitado en garantizar la protección de aquellos nacionales extranjeros.

Existen dos argumentos que justifican las medidas de fuerza con aquel fin. El primero es que el uso de fuerza para proteger a los nacionales en peligro es una extensión del derecho de legítima defensa del artículo 51 de la Carta. Algunos doctrinarios argumentan que un ataque o la amenaza de un ataque contra los nacionales de un estado extranjero constituye un ataque contra el estado mismo, y que el estado al que pertenecen los nacionales en peligro está facultado para tomar medidas con el fin de defender sus propios nacionales de la agresión.

Sin embargo, existen algunas dificultades con la extensión de la finalidad del derecho de la legítima defensa. Dada la interpretación de la Corte Internacional de Justicia en el caso de Nicaragua del concepto de ataque armado, resulta claro que no todas las situaciones concernientes amenazas a las vidas de los nacionales extranjeros alcanzarán la entidad suficiente para constituir un ataque armado contra el estado cuyos nacionales están en peligro. Por ejemplo, la toma de rehenes de un grupo de nacionales extranjeros con la amenaza de asesinarlos puede no configurar el conjunto cuantitativo de fuerza que la Corte requiere como necesario para justificar una respuesta militar por el estado amenazado o atacado. Otro problema es caracterizar a un ataque contra nacionales en el extranjero como un ataque contra el estado mismo. Aunque, de acuerdo a la doctrina de la responsabilidad de los estados, un estado extranjero posee la obligación internacional de proveer protección a los ciudadanos extranjeros, esto no quiere decir que en todos los casos un estado es automáticamente identificable con sus nacionales.

Un segundo argumento para justificar el derecho de usar la fuerza para proteger a los nacionales es afirmar que el derecho coexiste junto a la Carta como una costumbre internacional y representa una excepción al artículo 2, párrafo 4. Basándonos en esta doctrina, se llega a la conclusión que cualquier tipo de ataque armado estaría prohibido por el artículo 2, párrafo 4; pero debido a que la prohibición no es absoluta y que el artículo 51 no cubre todos los campos de posibles excepciones a la interdicción del uso de fuerza unilateral, la legítima defensa de los nacionales subsiste como un derecho amparado por la costumbre internacional.

Sin embargo, la excepción a la prohibición general del uso de fuerza es criticada, es cierto que los estados han ejercido su creencia en el derecho a utilizar la fuerza para proteger a sus nacionales cuyas vidas están en peligro en territorio extranjero. Un ejemplo lo indica la operación israelí en el aeropuerto de la ciudad de Entebbe en Uganda en 1976 para rescatar a ciudadanos israelíes tomados como rehenes por terroristas palestinos que habían secuestrado un vuelo de Air France de Tel Aviv a París y lo habían desviado hacia Entebbe. El comando palestino contaba con la

complicidad de las autoridades ugandeses para realizar tales acciones. Fuerzas especiales israelíes volaron a través de espacio aéreo sin autorización, aterrizaron en el aeropuerto, destruyeron algunas edificaciones, una aeronave de la Fuerza Aérea Ugandés y mataron a varios soldados ugandeses. Las fuerzas israelíes rescataron a todos los rehenes en el aeropuerto a pesar de las amenazas de los terroristas de asesinar a uno de ellos cada hora si sus demandas no eran cumplidas. La comunidad internacional en general reconoció la acción israelí como legítima

Los críticos de la extensión de la legítima defensa a la protección de los nacionales en peligro en territorio extranjero señalan que tal forma se permitiría justificar futuras intervenciones militares que tienen otros fines reales, como lo ha sido en el pasado. Los Estados Unidos, en dos situaciones distintas, para poder respaldar intervenciones militares en el exterior se excusó en la necesidad de rescatar a ciudadanos estadounidenses en peligro en aquellos territorios. En 1983 los Estados Unidos invadieron la isla de Granada reclamando como una de sus justificaciones la urgencia de rescatar nacionales norteamericanos cuyas vidas estaban siendo amenazadas por los conflictos internos en aquel país. También, en 1989, Estados Unidos declaró que su invasión de Panamá estaba en parte justificada en la base del derecho de socorrer a sus nacionales que estaban en peligro debido a la negativa del régimen militar de otorgar el control administrativo al gobierno democráticamente elegido. En ambos casos la justificación, basada en la protección de los nacionales, fue altamente dudosa. Tanto en Granada como en Panamá los Estados Unidos tuvieron en mente más que nada la protección de ciertos intereses vitales.

De todas formas, la posibilidad de abusar del derecho a usar la fuerza para proteger a los nacionales en territorio extranjero no implica la negación de tal derecho. La práctica de los estados indica que estos creen en la existencia de tal derecho y continúan ejerciéndolo cuando lo consideren necesario. Pero el ejercicio y la licitud de tal derecho debe estar condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos: las acciones de los estados para rescatar a nacionales en peligro deben ser puntuales en razón de espacio y tiempo; limitadas y proporcionadas en los medios; supeditadas a la ineficiencia del sistema de seguridad colectiva de la Carta; huérfanas de la colaboración, en su caso, del estado territorial a los efectos de resolver la situación conflictiva, y; encaminadas estrictamente a la protección de las vidas de las personas. En determinadas ocasiones, logrado el consentimiento del estado territorial, las dudas sobre la licitud del uso de la fuerza se desvanecen con mayor facilidad, como ocurrió con la intervención alemana en el aeropuerto somalí de Mogadiscio en 1977, la de Egipto en La Valetta en 1985 o la francesa en Argel en 1995.

### Legítima defensa de los intereses vitales

Durante los siglos XVIII y XIX, la opinión mayoritaria entre los doctrinarios estaba de acuerdo con que un estado tuviese el derecho de usar la fuerza para su auto preservación, por lo que era competente para juzgar por sí mismo que intereses eran vitales para su existencia.

En 1934, los Estados Unidos y Gran Bretaña denegaron que Japón tuviese el derecho a intervenir en China en virtud de su interés especial en aquel lugar. En 1935, la Liga de las Naciones rechazó el argumento italiano de que la ingerencia en Etiopía fuese necesaria para proteger sus intereses vitales, y que Italia poseyese el derecho de decidir las limitaciones de la legítima ofensa por sí misma.

Desde el establecimiento de las Naciones Unidas, parece claro que la legítima defensa no incluye los casos en donde los intereses vitales de un estado hayan sido perjudicados. Tal conclusión se desprende del artículo 2, párrafo 4, de la Carta y es respaldado por la práctica del organismo. Uno de los tantos casos que puede ser llevado a colación es el de la invasión franco-británica de Egipto en 1956 para proteger los intereses vitales de ambos países respecto al Canal de Suez. La intervención fue repudiada por la totalidad de la comunidad internacional.

### **La legítima defensa colectiva**

La legítima defensa colectiva ocurre cuando un estado es víctima de un ataque armado y otros acuden en su ayuda. Requiere de las mismas condiciones que la individual, excepto que es necesario un pedido formal del estado que sufre el ataque. Estos casos se ven reflejados en las intervenciones de Estados Unidos en Líbano en 1958 y de Gran Bretaña en Jordania el mismo año, ambos respondiendo a invitaciones formales de sus respectivos gobiernos.

También existe otra forma de ejecutar la legítima defensa colectiva que es cuando ésta se encuentra formalmente incluida en un tratado de seguridad colectiva como lo es el caso de la OTAN. De esta forma un ataque armado contra uno de los miembros automáticamente implica la defensa de aquel estado por parte de los miembros restantes. La OTAN ha recurrido a la legítima defensa colectiva a favor de los Estados Unidos debido a los ataques terroristas del 11 de septiembre del 2001.

### **La legítima defensa preventiva**

La legítima defensa preventiva consiste en el uso de la fuerza por parte de un estado ejercitada frente a un peligro considerado como inminente, pero que todavía no se ha visto reflejado en la concretización de un ataque armado o en la puesta en marcha de los mecanismos que han de desencadenarlo. Tal afirmación pretende sustentarse en la convicción de que la regla contenida en el artículo 51 de la Carta no agota el derecho consuetudinario y que, fuera de la misma, esta institución tiene unos perfiles más permisivos. Es necesario no confundir la legítima defensa preventiva o "anticipatoria" con los conceptos de **represalia** o **ataque preventivo**, que serán desarrollados posteriormente, los cuales a diferencia de la primera son considerados por la totalidad de la doctrina como violaciones al derecho internacional; mientras que la legítima defensa anticipatoria es considerada en algunos casos como justificable.

El objetivo de la legítima defensa preventiva es aquel de obtener una ventaja en la iniciativa y dañar al estado enemigo en el momento de una protección mínima. Varios expertos señalan el ataque israelí de la Guerra de los Seis Días como un ejemplo de legítima defensa preventiva, dado a que se dirigió contra tropas enemigas reunidas en los límites de Israel preparándose para invadir. Debido al análisis, anterior, a cerca del momento a partir del cual se entiende que un ataque armado ha iniciado, las acciones israelíes corresponderían a una legítima defensa lisa y llana.

En cambio, el Plan Shlieffen, ejecutado por los alemanes contra los franceses durante la Primera Guerra Mundial, es considerado como un ejemplo de legítima defensa preventiva al estar diseñado para superar la posible desventaja de combatir en dos frentes a través de un ataque armado anticipatorio en contra de un enemigo de lenta movilización a la primera señal de escalada del conflicto. Obviamente se hace referencia al plan militar en abstracto y no al ejecutado en concreto que implicó la invasión de la neutral Bélgica.

Durante la Segunda Guerra Mundial, una vez ocurrida la Operación Barbaroja en 1941, que consistía en la invasión de la Unión Soviética por parte de la Alemania Nazi, la primera ordenó una serie de ataques aéreos contra Finlandia. La URSS justificó su ataque en nombre de una defensa preventiva debido a que, si bien el gobierno finlandés había declarado su no beligerancia en el conflicto, las tropas finlandesas se habían movilizado preparándose tanto defensiva como ofensivamente. Es de recordar que existía una gran hostilidad entre ambos estados que ya habían combatido una guerra en 1939.

Otro caso concerniente la legítima defensa preventiva, pero que no resultó en una confrontación bélica, fue el bloqueo a Cuba en 1962. A causa de la instalación de

mísiles atómicos ofensivos en aquella isla caribeña por parte de la URSS, lo Estados Unidos respondieron con un acto de naturaleza ofensiva: un bloqueo naval. El bloqueo, que fue llamado cuarentena para no ser literalmente entendido como un acto de guerra, fue aprobado por la OEA y constituyó una acción preventiva para impedir una ofensiva anticipatoria de la Unión Soviética. En este caso en particular la doctrina del "acto último irrevocable" no importaba debido a la gran capacidad destructiva de los misiles. Finalmente la Crisis de los Misiles finalizó con su retirada de Cuba. El bloqueo naval fue visto como legítimo por la comunidad internacional, otorgándole una justificación defensiva al accionar estadounidense.

Un caso más reciente es la invasión del Líbano por parte de Israel en 1982, a causa del desarrollo de un conflicto civil en el primero que provocó a intervención de Siria. El estado de Israel se vio obligado a interferir militarmente para prevenir una inminente acción terrorista del Hezbollah apoyada por Siria. La acción israelí fue legitimada en su causa pero condenada en cuanto al exceso de la acción.

Por lo que la legítima defensa preventiva consiste en un ataque armado cuya finalidad es la de prevenir, o reducir el impacto de, una ataque anticipatorio del enemigo. Puede ser descripta también como una acción ofensiva (cuya finalidad es defensiva) que es tomada para prevenir, o reducir el impacto de, una acción ofensiva anticipatoria de otro estado. Es necesario que para que tales acciones sean configuradas dentro de la categoría de legítima defensa preventiva y no de ataque preventivo, que exista un nivel de hostilidad o beligerancia virtual entre los estados en cuestión que haga temer una inminente escalada del conflicto.

Jurídicamente el derecho de la Carta no establece la existencia de tal institución. De tal forma, que tales medidas tomadas por un estado son violatorias del derecho internacional. Por el contrario, parte de la doctrina establece que la legítima defensa preventiva subsiste fuera de la Carta como parte de la costumbre internacional. Una de las tantas iniciativas para reformar la Carta de la ONU en el 2005 contemplaba la inclusión de la legítima defensa preventiva como un derecho adquirido de los estados.

### **Ataque preventivo**

Sin duda alguna, una de los institutos mas controversiales del derecho internacional actual es el ataque preventivo. La diferencia substancial entre el ataque preventivo y la defensa anticipatoria consiste solamente en la certitud de un ataque enemigo. La defensa preventiva concierne un ataque inminente, mientras que el ataque preventivo no requiere algún tipo de provocación militar enemiga. El objetivo

de un ataque preventivo es la declarada prevención de un posible futuro ataque enemigo. El derecho internacional identifica al ataque preventivo como una agresión prohibida por la Carta de la ONU.

Durante la Segunda Guerra Mundial la Alemania Nazi invadió los estados neutrales de Dinamarca, Noruega, Bélgica, Holanda y Luxemburgo con el objetivo de prevenir un posible ataque británico desde aquellos territorios. Sin duda, el mejor ejemplo de un ataque preventivo durante la Segunda Guerra Mundial lo establece el ataque a Pearl Harbour por el Imperio Japonés en 1941. Si bien, con anterioridad al ataque los Estados Unidos habían decretado un embargo sobre el petróleo exportado a Japón, e incluso existía una creciente hostilidad entre ambos países que lleva a varios expertos a catalogar la acción nipona como una legítima defensa preventiva; lo cierto es que los funcionarios japoneses se encontraban convencidos de que sus planes de invasión de las colonias británicas, francesas y holandesas en el sudeste asiático provocarían una fuerte reacción de parte de los norteamericanos, aliados tradicionales de Francia y Gran Bretaña y poseedores de las colonias cercanas de Filipinas y Guam.

En tiempos más recientes dos han sido los casos por los cuales se ha intentado justificar ataques preventivos: la proliferación nuclear y el terrorismo internacional.

#### *Ataque preventivo justificado por la proliferación nuclear*

En 1981 la fuerza aérea israelí llevo a cabo un "bombardeo quirúrgico" en contra de la central nuclear de Osirak cerca de Bagdad en Irak. El ataque fue durante la noche y cuatro personas resultaron muertas. Israel alegó que su acción preventiva se basaba en que el gobierno iraquí estaba desarrollando un programa nuclear cuyo objetivo final era la obtención de armas atómicas. Tales armas eran vistas como un peligro para la existencia del estado de Israel dado que una vez producidas podrían ser utilizadas en contra de ella en un posible futuro ataque. Israel declaró que actuó bajo la legítima defensa preventiva por que según aquella existía un estado de beligerancia u hostilidad entre ambos países. Tanto la comunidad internacional como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas condenaron el ataque israelí como una violación de la ley internacional.

Lo importante es que a partir de aquel momento se comenzó a desarrollar una visión que planteaba la posibilidad de categorizar a los ataques preventivos de esta naturaleza como una excepción más a la prohibición del uso de fuerza y como un complemento de la legítima defensa. Se afirmó que la acción israelí estaba permitida por el derecho internacional por no estar explícitamente prohibida en la Carta. Se llegó

a la conclusión que como la Carta prohíbe el uso de fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de un estado, y no prohíbe acciones militares con otros objetivos, entonces, al ser el bombardeo de la central nuclear no perjudicial contra el territorio o la independencia iraquí, Israel actuó conforme a derecho. Es más, también se argumentó que Israel procedió a favor de la comunidad internacional al impedir la consecuente proliferación nuclear de Irak.

Todos estos argumentos son fácilmente rebatidos. No existía un estado de beligerancia entre Irak e Israel, el último conflicto entre ambos había tenido lugar en 1948, y el hecho del no reconocimiento estatal por parte de Irak no constituye causal de agresión. La destrucción de una instalación nuclear extranjera conforma un ataque contra la soberanía o la independencia política de un estado. Si bien es cierto que el programa nuclear iraquí apuntaba a la obtención de armas nucleares, estas últimas eran desarrolladas para su utilización contra Irán con quien Irak estaba en guerra. Por último, dado que la comunidad internacional intenta evitar la proliferación nuclear de los estados, es aquella quien posee el derecho exclusivo de actuar para cumplir con tal logro; y no deben los estados actuar unilateralmente.

En el 2003 los Estados Unidos y otros países invadieron Irak justificándose en su supuesta tenencia o probable futura producción de armas nucleares, químicas y biológicas. El gobierno norteamericano declaró que el gobierno de Sadam Hussein había adquirido armas de destrucción masiva que planeaba otorgarlas a grupos terroristas para utilizarlas contra Estados Unidos e Israel. La comunidad internacional condenó la invasión; y la condena creció cuando una vez caído el régimen dictatorial de Hussein las armas nunca fueron encontradas.

En la actualidad una situación similar se está desarrollando respecto el programa nuclear iraní que puede finalizar en otro ataque preventivo ya sea por parte de los Estados Unidos o Israel.

#### *Ataque preventivo justificado por el terrorismo internacional*

En este caso, un estado decide atacar a otro debido a la posibilidad de que grupos terroristas en su territorio estén planeando un futuro ataque en contra del primero. El hecho de que el estado atacado apoye o no efectivamente a los terroristas no importa para el caso en cuestión. Tampoco importa si el huésped resulta ser un estado fallido. Lo importante aquí es que existe una violación a la soberanía de los estados y al derecho internacional al verificarse un ataque armado cuya base resulta

ser el hecho de que grupos terroristas puedan estar ideando atentados en contra del estado invasor.

La invasión estadounidense de Afganistán en el 2001 puede ser entendida de esta manera pero también puede ser vista como una represalia. Más interesante, aún, resulta el hecho de que los Estados Unidos están considerando los ataques preventivos justificados en la proliferación nuclear y el terrorismo internacional como una excepción a la prohibición unilateral del uso de fuerza e incluyéndola dentro de la legítima defensa; como lo describe la "Estrategia de Seguridad Nacional" presentada por el Presidente Bush al Congreso estadounidense en el 2002. Tal documento especifica como nuevas amenazas a los grupos terroristas y a los estados que buscan obtener armas de destrucción masiva. Los ataques preventivos se convertirían, de este modo, en uno de los pilares centrales de la política exterior estadounidense.

Sin importar los objetivos de los ataques preventivos, estos constituyen una grave violación al derecho internacional. La utilización de aquel instituto por cualquier estado, sin importar lo "altruista" de las razones, puede, y de hecho lo está haciendo, llevar a grandes abusos y situaciones de conflicto que pueden resultar incontrolables. La comunidad internacional debe impedir la posible institucionalización legítima de los ataques preventivos para no caer en los errores del pasado.

### **Las represalias**

Las represalias son, por lo general, acciones de fuerza que los estados emprenden con el fin de responder a un previo ataque por parte del estado victima de aquellas. Las represalias constituyen la Ley del Talión entre los estados. En el derecho anterior a la Carta, cuando el uso de fuerza eran en principio libre, las represalias armadas eran permitidas si eran proporcionales a las acción ilegal anterior.

El artículo 2, párrafo 4, prohíbe el uso de las represalias. Pero la doctrina permisiva sostiene que, si bien tal era la concepción original de la Carta, las graves deficiencias que se originaron en la seguridad colectiva debido a las fallas en el funcionamiento del Consejo de Seguridad dieron origen a una costumbre que se aparta de aquella. Se piensa que cuando se produce una *acumulación de eventos*, es decir, que se sucedan varias incursiones armadas seguidas, entonces la reacción para prevenir futuros ataques es parte del concepto de legítima defensa; como se ve bastante similar a la justificación del ataque preventivo. Tal fueron los casos de los bombardeos estadounidenses en Trípoli y Bengasi en 1986 contra el gobierno libio en respuesta a los atentados terroristas en contra de ciudadanos americanos en Roma,

Viena y Berlín. Lo mismo, a cerca, de los bombardeos norteamericanos contra Sudan y Afganistán en 1998, debido a los atentados contra las embajadas de Estados Unidos en Tanzania y Kenia. En ambas situaciones los atentados configuraron una acumulación de eventos / ataques que podían ser entendidos como un ataque contra los Estados Unidos.

Aquellos que otorgan legalidad a las represalias determina que estas deben responder a un acto previo contrario al derecho internacional; deben ser precedidas de una demanda insatisfecha; si la demanda es cumplida no podrían hacerse otras; y deben ser proporcionales a los previos ataques.

Una posición ortodoxa de la doctrina no autoriza el uso de la fuerza en las represalias, aun en casos extremos como cuando responden a un hecho también de fuerza, ni tampoco cuando se produce la acumulación de eventos. Tal afirmación se tradujo en la resolución 2625 ( XXV) de la Asamblea General.

Las represalias, de todas formas, continúan siendo actos ilegales que pueden conformar responsabilidad estatal.

## **Conclusiones**

Para concluir, es necesario destacar que el concepto de legítima defensa ha evolucionado de la mano del concepto de uso de fuerza. A causa de esto, la legítima defensa comprendida en el artículo 51 de la Carta no es más realista, como tampoco, no responde más a las necesidades del actual sistema mundial. El artículo 51 no abarca ciertos casos que deben ser incluidos en el espectro de la defensa propia.

No es posible que todavía existan discusiones a cerca de la legalidad de la legítima defensa para proteger a los nacionales en peligro en territorio extranjero. La emergencia de un nuevo terrorismo internacional a partir de la década del 70 y la existencia de estados que se convierten en refugios para aquellos grupos obliga a que el derecho internacional incluya a la protección de los nacionales de manera urgente. De la misma manera la posibilidad de que ciudadanos extranjeros se conviertan en prisioneros de gobiernos dictatoriales o conflictos civiles internos hace más relevante la cuestión.

Más importante, aún, es el hecho de que de una vez por todas se defina con exactitud los conceptos de ataque armado, del inicio de este y de legítima defensa preventiva. Es indispensable que se examinen todos los casos posibles a medida que la revolución tecnológica dificulta las nociones de proporcionalidad y las capacidades de destrucción y daño de las armas. Lo último es necesario para delimitar cuando ha

tenido lugar el comienzo de un ataque armado, y hasta cuando un estado tiene prohibido responder anticipatoriamente a un inminente ataque.

La legítima defensa preventiva debe ser legitimada por la ley internacional pero dentro de límites bien definidos y en concordancia con las capacidades militares de los estados. De ninguna manera el concepto debe ser extendido a las represalias o a los ataques preventivos.

Por último, teniendo en cuenta las nuevas amenazas como el terrorismo y la proliferación nuclear, se debe fortalecer el sistema de defensa colectiva, para que las soluciones a tales peligros sean decididas por la comunidad internacional en su conjunto dado que es ésta la principal interesada en la paz y seguridad internacional.

Todas estas precauciones son necesarias porque al fin de cuentas las verdaderas víctimas de las acciones tomadas en nombre de ataques armados, la legítima defensa, las represalias o los ataques preventivos son los seres humanos. En orden para evitar las matanzas y las muertes innecesarias de una gran cantidad de personas resulta imperativo crear un esquema normativo internacional que sea lo suficientemente efectivo para garantizar el verdadero propósito de las Naciones Unidas.

## **Bibliografía consultada**

- Barboza Julio, *Derecho Internacional Público*. Zavalia 1999
- Blay Sam, *Public International Law: an Australian Perspective*. Oxford University Press 1997
- Bothe M., *Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force*. European Journal of International Law 2003
- Bowett D.W., *Self-Defense in International Law*. Manchester 1958
- Brownlie Ian, *International Law and the Use of Force by States*. Oxford University Press 1963
- D`Amato Anthony, *International Law: Process and Prospect*. 1995
- Gazzini, T. *NATO´s role in the Collective Security System*. Journal of Conflict and Security Law 2003, Vol. 8 no. 2
- Joyner Christopher, *The United Nations and International Law* Cambridge 1999
- Kunz J, *Individual and Collective Self-Defense in Article LI of the United Nations Charter*. Toledo 1968
- Myjer & White, *The Twin Towers Attack: an Unlimited Right to Self-Defense?* Journal of Conflict and Security Law 2002, vol. 7 no. 1
- Randelzhoffer A, *Article 51*. Simma Ed. London
- Sofaer Abraham, *Terrorism and the Law*. Foreign Affairs Issue Spring / Summer 1986
- Sweeney Joseph, *Cases and Material on the International Legal System*. The Foundation Press 1993