

Entre la legítima defensa y la intervención preventiva

“La fuerza ofensiva está regulada por el derecho de gentes, que es la ley política de las naciones consideradas en la relación tienen unas con otras”.

Montesquieu: *«L’esprit des lois»*

“La guerra no puede tener más que un fundamento legítimo, y es el derecho de defender la propia existencia. En este sentido, el derecho de matar se funda en el derecho de vivir, y sólo en defensa de la vida se puede quitar la vida. En saliendo de ahí el homicidio es asesinato, sea de hombre a hombre, sea de nación a nación. (...) ¿Qué clase de agresión puede ser causa justificativa de un acto tan terrible como la guerra? Ninguna otra que la guerra misma. Sólo el peligro de perecer puede justificar el derecho de matar de un pueblo honesto.”

Alberdi: *“El crimen de la guerra”*¹

La doctrina de la intervención preventiva está basada en la percepción de que un conflicto armado es inevitable y que, por lo tanto, es preferible enfrentar esa amenaza anticipadamente, cuando se está en mejores condiciones para vencer o neutralizar al enemigo. Desde este punto de vista, la doctrina reivindica que se trata de una acción en defensa propia, para evitar un daño mayor en el futuro y que, por ello, correspondería su inclusión en la categoría de la legítima defensa. ¿Cuán lejana puede encontrarse en el tiempo la consumación de la amenaza alegada, para que la reacción pueda continuar considerándose legítima, desde la certeza que brinda la legítima defensa en sentido estricto? La cuestión ha dado lugar a una intensa controversia a partir de la Carta de la Naciones Unidas, en razón de la ambigüedad de la redacción del artículo 51. En este capítulo se analiza la complejidad del problema, las diversas formas que puede asumir la legítima defensa y se estudian diversos casos de la práctica de los Estados a partir de 1945, con vistas a procurar establecer una respuesta a este interrogante.

1. La Legítima defensa

La Legítima defensa en sentido estricto

¹ Alberdi, Juan Bautista: *“El crimen de la guerra”*, Obras selectas, Nueva edición ordenada, revisada y precedida de una introducción por el Dr. Joaquín V. González, Buenos Aires, Librería "La Facultad" de Juan Roldán, 1920, t. XVI., pág. 14. Para un análisis de las ideas de Alberdi en relación con el derecho de legítima defensa, véase: Drnas de Clément, Zlata: *“El “jus ad bellum” en ‘el crimen de la guerra’ de Alberdi y su proyección en el derecho internacional actual”*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, documento sin fecha, disponible en: http://www.acaderc.org.ar/doctrina/derecho-internacional-publico/ad_folder_listing?b_start:int=80&-C=.

“(...) el derecho de legítima defensa... tiene su origen directa, y principalmente, en el hecho de que la naturaleza compromete a cada uno con su propia protección...”.

Grocio, Hugo: *“De Jure Belli ac Pacis”*.

“Es discutible que la comunidad no deba tener también un derecho sobre la vida del individuo; no es posible condenar todas las clases de guerra por igual; mientras existan reinos y naciones dispuestos a la aniquilación despiadada de otros, estos tienen que estar armados para la guerra”.

Freud: *“¿Por qué la guerra?”*.

El derecho a la legítima defensa es el derecho a responder por medio de la fuerza armada a un uso de la fuerza ilegal del que el Estado ha sido víctima. El derecho a la legítima defensa presupone un acto de fuerza ilegal² de parte de un sujeto de derecho internacional, que ha provocado el empleo de medidas en defensa propia por parte del Estado afectado o víctima de la agresión³. Ante una conducta ilícita o un daño causado injustamente, el derecho internacional permite reaccionar lícitamente y esta acción de respuesta puede involucrar tanto la reparación del daño causado como una sanción⁴ que actúe como disuasión para que esa acción que provocó el daño no vuelva a repetirse. La legítima defensa exime, *prime facie*, de ilegalidad⁵ el uso de la fuerza del Estado que la ejerce⁶, aunque las circunstancias del caso que justificaron el derecho invocado puedan ser revisados *ex post* en una instancia internacional y, en su caso, dar lugar a reparaciones.

² “(...) Lo que sugiere la noción misma de legítima defensa es la existencia previa de un acto de agresión”. Moreau Defarges, Philippe: «La guerre pre-emptive», *Défense Nationale*, Octubre 2002, pág. 230.

³ Schwarzenberger, Georg: “The fundamental principles of international law”, *RCADI*, Vol. 87 (1955-I), págs. 191-385.

⁴ Si existe técnicamente una sanción en derecho internacional, al menos al ejercer la legítima defensa o una represalia, ha sido un tema debatido en la doctrina, en particular respecto de la interpretación kelseniana de que los Estados al reaccionar de esta manera ejecutan un sistema de sanciones en derecho internacional. Kelsen, Hans: “Principles of international law », Rinehart & Co., New York, 1952. Véase también: Scelle, Georges: “Règles générales du droit de la paix”, *RCADI*, Vol. 46 (1933-IV), pág. 623; Sicilianos, Lino-Alexandre: “Les réactions décentralisées à l’illicite. Des contre-mesures à la légitime défense”, *LGDJ*, 1990, pág. 32, nota 77. Así también lo propuso Roberto Ago para el proyecto de Responsabilidad del Estado en la CDI, bajo la fórmula “ejercicio legítimo de una sanción”; pero ante la falta de consenso se retuvo el término neutro de “contramedidas”. Roberto Ago propuso el siguiente texto: “Artículo 30. Aplicación legítima de una sanción.”: “La ilicitud internacional de un acto que no esté en conformidad con aquello que hubiera sido requerido de un Estado en virtud de una obligación internacional respecto de otro Estado es excluida si el acto fue cometido como la legítima aplicación de una sanción contra ese otro Estado, como consecuencia de un acto internacionalmente ilícito cometido por ese Estado”. A/CN.4/318 and Add.1-3, para. 99, 1979. Disponible en http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_318.pdf.

⁵ La “legítima defensa” en el derecho internacional puede ser definida como un “uso de fuerza legítimo (...) bajo condiciones prescriptas en el derecho internacional, como respuesta a un uso previo ilícito (o al menos, una amenaza) de fuerza”. Dinstein, Yoram: “War, Aggression and Self-Defence”, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 1994, pág. 175.

⁶ “La Corte observaría que el propósito normal de la invocación de la legítima defensa es el de justificar una conducta que de otra forma sería ilícita”. ICJ, «Nicaragua-USA, Merits, para. 74. En el mismo sentido, por medio de la Resolución 56/83 del 28 de enero de 2002 relativa a la “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, la Asamblea General, sobre la base del Informe de la Sexta Comisión, afirmó en el

En el derecho internacional, el problema de la legítima defensa está intrínsecamente unido con el de la guerra. Si los Estados fueran libres de recurrir al uso de la fuerza, la legítima defensa tendría muy poco significado y no podría diferenciarse entre guerra legal e ilegal⁷. La necesidad de encontrar un marco regulatorio a la legítima defensa surgió, por lo tanto, de la prohibición del recurso a la guerra; mientras la guerra fue un recurso legítimo, la discusión sobre la legítima defensa era secundaria⁸.

Despojada de conceptos de naturaleza política como la “autopreservación”⁹ o la protección de “intereses vitales”¹⁰, la regulación de la legítima defensa está basada en un régimen jurídico anclado actualmente en las normas consuetudinarias anteriores a las Naciones Unidas; la Carta de las Naciones Unidas y la práctica posterior de los Estados. Dos temas han suscitado un intenso debate doctrinario y político: por un lado, la “reacción anticipada a lo ilícito”¹¹ dirigida a evitar la comisión del acto ilícito; por el otro, si, de acuerdo con un principio general del derecho¹², es una atribución del Estado determinar en qué circunstancias responderá ante la comisión de un hecho ilícito y cuáles son los criterios sobre los que puede juzgarse objetivamente la licitud de la legítima defensa¹³.

El ejercicio del derecho de legítima defensa evita la consolidación de un derecho surgido de un acto ilícito o una agresión (como la ocupación por la fuerza del territorio

artículo 21 que: “La ilicitud del hecho de un Estado queda excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.”

⁷ Schwarzenberger, Georg: “The fundamental principles of international law”, RCADI, Vol. 87 (1955-I), pp. 191-385.

⁸ Dos antecedentes fueron el Protocolo de Ginebra de 1924 y el Pacto de Locarno de 1925, que reconocían el derecho a la resistencia a los actos de agresión y a la “legítima defensa”. En la Conferencia de La Haya para la codificación del derecho internacional (1928) las bases de discusión preveían que la legítima defensa era una circunstancia que permitía al Estado “declinar su responsabilidad”. Sicilianos, Lino-Alexandre: “Les réactions décentralisées à l’illicite. Des contre-mesures à la légitime défense”, LGDJ, 1990, pág. 12.

⁹ Jennings diferencia entre la noción de autodefensa y la de autopreservación: mientras que la primera presupone la existencia de un ataque, la segunda no sufre tal limitación, por lo cual, interpretada ampliamente, podría servir para encubrir con una apariencia de legalidad casi todo acto (desautorizado) de violencia perpetrado por un Estado. Jennings, R. Y. “The Caroline and McLeod Cases”, AJIL, Vol. 32, Num. 1 (Jan., 1938) 82-99. Para una evolución del paradigma de la legítima defensa: Schachter, Oscar: “Self-defense and the rule of law”, AJIL, Vol. 83, Núm. 2, Págs. 259 y ss.

¹⁰ La noción de interés vital, siendo estrictamente política, juega un rol permanente en el escenario internacional. Así, por ejemplo, Jeane Kirkpatrick, siendo Representante de los Estados Unidos ante las Naciones Unidas, dijo en una oportunidad en el Consejo de Seguridad: “Hemos buscado un desenlace razonable de las negociaciones del Consejo que proteja los intereses vitales de todas las partes, que no perjudique los intereses vitales de nadie y que mejore en vez de que exacerbe las peligrosas pasiones y divisiones de la región”. S/PV.2288, pág. 4.

¹¹ Sicilianos, Lino-Alexandre: “Les réactions décentralisées à l’illicite. Des contre-mesures à la légitime défense”, LGDJ, 1990.

¹² En la sentencia del 16 de noviembre de 1957 sobre el Caso del Lago Lanoux se estableció que corresponde a cada Estado apreciar razonablemente y de buena fe las situaciones que ponen en cuestión el uso de su derecho. Lake Lanoux Arbitration (France vs Spain), Geneva, November 16, 1957.

¹³ «Incumbe a cada Estado, en principio, preservar por sí mismo la propia subsistencia. En virtud de esta norma –que algunos autores llaman “derecho de conservación” y otros “derecho a la existencia”–, el Estado, a fin de prevenir que se amenace su subsistencia, adopta las disposiciones que estima convenientes (...)». Podestá-Costa & Ruda, L.A. & J. M.: “Derecho Internacional Público”, TEA, Buenos Aires, 1979, Tomo 1, pág. 128. Para una visión restrictiva de las facultades del Estado amenazado: Jiménez de Aréchaga, Eduardo: “Derecho Constitucional de las Naciones Unidas”, Madrid, Escuela de Funcionarios Internacionales, 1958, págs. 407 y ss.

propio). Pero al mismo tiempo, su ejercicio tiene un efecto disuasorio sobre el atacante (para no volver a intentarlo) y sobre los demás Estados (para saber qué puede esperarles si intentan la misma conducta).

La defensa propia es un derecho reconocido por todos los sistemas jurídicos¹⁴; su alcance y condiciones varían de acuerdo al grado de madurez que haya alcanzado ese sistema¹⁵. Un sistema inmaduro se caracteriza por la ausencia de un procedimiento centralizado para hacer cumplir la ley y proteger los derechos de los individuos, que permite que cada uno pueda (y deba) proteger sus derechos amenazados por sus propios medios. La venganza se entiende así como una forma legítima de reparación del daño causado, que puede ejercerse mediante la solidaridad en la responsabilidad de todos los miembros del grupo del ofensor (familia o tribu)¹⁶. A medida que los sistemas políticos aseguran el monopolio de la fuerza en manos del Estado, los procesos de coacción y protección ganan en efectividad al restringir el derecho de la acción unilateral de los individuos¹⁷.

La doctrina clásica representó un progreso al procurar definir las causas que daban lugar a la legítima defensa en términos de derechos y precisar que no todos los derechos legales de un Estado podían ser defendidos por el uso de la fuerza en legítima defensa, sino sólo aquellos esenciales a la seguridad del Estado. La esencia de la legítima defensa evolucionó a partir de la Primera Posguerra hacia la delimitación del uso de la fuerza en respuesta a otro uso de la fuerza anterior e ilegal; de esta manera, se estableció una cortapisa jurídica a la manipulación política de conceptos tales como los “derechos naturales”, la “autopreservación” y las “necesidades del Estado”.

Para Kelsen, el derecho de legítima defensa debe ser interpretado en el sentido de que está limitado a la defensa contra una agresión ilícita. La contraguerra como reacción contra una guerra que tenga el carácter de sanción es, por lo tanto, un acto ilícito¹⁸. También es ilícito resistir el uso de la fuerza armada que se realiza en virtud de una decisión del Consejo de Seguridad conforme a la Carta de las Naciones Unidas. Una medida coercitiva, dice Kelsen, que comporte el uso de la fuerza armada tomada por las Naciones Unidas no es un “ataque armado” en el sentido del artículo 51 de la Carta, aunque esta medida fuese tomada por el Consejo de Seguridad contra un Estado que no recurrió a la guerra. Por lo tanto, el derecho de legítima defensa previsto por el artículo 51

¹⁴ Citando a Jenks: “The Common Law of Mankind”, 1958, McDougal y Feliciano enumeran los países del common law y los derechos canadiense, francés, alemán, italiano, islámico, hindú, judío, chino, japonés, africano y, en su momento, el derecho soviético. McDougal & Feliciano, Myres and Florentino: “Law and Minimum World Public Order. The Legal Regulation of International Coercion”, Yale University Press, pág. 193, nota 21. La institución es también reconocida en el derecho argentino y latinoamericano.

¹⁵ Cantarella, Eva: “Ithaque. De la vengeance d'Ulysee à la naissance du droit”, Bibliothèque Albin Michel Histoire, 2003, pág. 574.

¹⁶ “En las culturas tribales, toda ofensa exige una venganza. Por lo tanto, en ausencia de un poder que se ejerza desde arriba, el equilibrio social reposa sobre el equilibrio entre los grupos, la venganza es una necesidad de la que no puede escaparse”. Cantarella, Eva: « Op.cit », pág. 32.

¹⁷ Bowett, Derek: “Self-Defence in international law”, Manchester University Press, 1958, pág. 3.

¹⁸ Kelsen, Hans: “Principios de Derecho Internacional Público”, El Ateneo, Buenos Aires, 1965, pág. 26.

no comprende la contraguerra frente a una guerra legítima llevada a cabo por las Naciones Unidas como medida coercitiva¹⁹.

La legítima defensa es también considerada una forma de autoayuda ("self-help") que procura preservar o restaurar un *status quo* jurídico²⁰. Las acciones de autoayuda tienden a la coacción para hacer valer un derecho u obtener el cumplimiento de una obligación legal. En un sistema centralizado de coacción, estas acciones están permitidas solamente en aquellos casos en los que, en razón de la inminencia del daño, la autoridad encargada de la coacción no pueda actuar. Para todos los otros casos, cada individuo debe recurrir al sistema estatal de coacción para hacer valer sus derechos.

La controversia sobre el alcance de la legítima defensa en la Carta de las Naciones Unidas

Hasta el año 1919, en que se creó la Sociedad de las Naciones, el derecho internacional no contuvo otra restricción normativa al empleo de la fuerza que la fórmula de Webster²¹, ni una norma específica que autorizara la legítima defensa²². Los acuerdos firmados en el período entreguerras y la correspondencia oficial entre los países signatarios del Pacto Briand-Kellog dejaron en claro que el ejercicio del derecho a la legítima defensa no era contrario a las restricciones al uso de la fuerza²³. Los tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio afirmaron también que la prohibición general sobre el uso de la fuerza estaba sujeta, antes de la Carta de las Naciones Unidas, a la excepción de la legítima autodefensa²⁴.

En 1945, el derecho fue reconocido expresamente en el artículo 51²⁵ de la Carta de las Naciones Unidas, que en su texto dice:

«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 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

¹⁹ Kelsen, Hans, "op.cit.", pág. 26.

²⁰ "(...) en esencia, el derecho de legítima defensa opera para proteger derechos esenciales de un daño irreparable, en circunstancias en las que no hay disponibles medios alternativos; su función es la de preservar o restaurar el *status quo* legal, y no servir como remedio o represión para hacer cumplir derechos jurídicos".: Bowett, Derek: "Self-Defence in international law", Manchester University Press, 1958, pág. 11.

²¹ Era considerada una norma consuetudinaria. En opinión de Consigli y Lavopa, la costumbre internacional anterior a la Carta de las Naciones Unidas permitía el uso anticipado de la legítima defensa. Consigli & Lavopa, José & Federico: "Dos aspectos de la legítima defensa frente al amenaza terrorista", AADI, Córdoba, 2006, pág. 27.

²² Cassese, Antonio en Cot & Pellet, Jean-Pierre et Alain: "La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article", 3^{ème} Edition, Economica 2005.

²³ La cuestión es analizada en Brownlie, Ian: "International law and the use of force by states", Oxford, Clarendon Press, 1963.

²⁴ Rothwell, Donald: "Anticipatory Self-Defence in the Age of International Terrorism", University of Queensland Law Journal, Vol. 23, 2005.

²⁵ Este artículo ocupa un lugar central en el capítulo VII debido a la insistencia de los Estados americanos. Schwarzenberger, Georg: "The fundamental principles of international law", RCADI, Vol. 87 (1955-I), pp. 191-385. Kastenberg, Joshua: "The use of conventional international law in combating terrorism: a maginot line for modern civilization employing the principles of anticipatory self-defense & pre-emption", Air Force Law Review, Spring 2004.

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».

El artículo 51 representa una excepción al artículo 2.4 que prohíbe el uso o la amenaza de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de otro Estado²⁶. Si un Estado ha utilizado la fuerza en uso de su derecho a la legítima defensa, no viola sus obligaciones internacionales respecto de la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales²⁷. Todo Estado tiene el derecho a asegurar su supervivencia y, por lo tanto, a asegurar su legítima defensa, conforme al artículo 51 de la Carta²⁸.

El lenguaje utilizado en las versiones inglesa y francesa del artículo aceptó la diferencia terminológica entre el inglés “*self defence*” (en el que la valoración jurídica no es expresa) y las expresiones española y francesa de “legítima defensa” y “*légitime défense*” que contienen una valoración jurídica en sus propios términos²⁹. Las connotaciones de estas dos versiones del artículo 51 de la Carta no pueden ser soslayadas³⁰, a la luz de la expresión “*Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa*”.

La redacción del artículo 51 no deja dudas de que, si se produce un ataque armado en su territorio, el Estado tiene el derecho de protegerse y reaccionar en ejercicio de la legítima defensa. Sin embargo, el alcance preciso del artículo 51 ha dividido las aguas de la doctrina desde la redacción de la Carta de las Naciones Unidas, en particular, en lo que hace a su naturaleza, alcance³¹ y límites³², dando lugar a lo que se llama las interpretaciones amplia y restringida³³. Analizado literalmente, los elementos que definen al derecho a la legítima defensa son: que es un derecho inmanente contra el cual no puede interpretarse nada de lo dispuesto en la Carta; que sólo surge si se ha producido un ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas (“*if an armed attack occurs*”, en la versión inglesa); que este derecho se puede ejercer hasta que el Consejo de Seguridad

²⁶ Se ha alegado que este principio es reconocido como norma de *jus cogens*. Considerando que una norma de *jus cogens* sólo puede ser derogada por una norma del mismo valor, es lógico afirmar que el derecho del artículo 51, es también una norma imperativa de derecho internacional general. Cassese, Antonio en Cot & Pellet, Jean-Pierre et Alain: “La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article”, 3^{ème} Edition, Economica 2005. La práctica de los Estados no parece confirmar esta aseveración.

²⁷ ICJ, “Nicaragua-USA, Op. Dis. Schwebel”, para. 230.

²⁸ “*Aún más, la Corte no puede perder de vista el derecho fundamental de todo Estado a la supervivencia, y por lo tanto su derecho a recurrir a la legítima defensa, de acuerdo con el Artículo 51 de la Carta, cuando su supervivencia está en juego*”. ICJ, “Nuclear Weapons, Op. Cons.”, para. 96.

²⁹ Otra diferencia se da en el reconocimiento del carácter de la legítima defensa en el artículo 51: “*inherent right*”; “*derecho inmanente*” y “*droit naturel*”, respectivamente.

³⁰ “*Debe también prestarse atención a la diferencia en las connotaciones de los textos en inglés y en francés del Artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas*”. ICJ, «Nicaragua-USA, Op. Dis.Oda, para. 96.

³¹ Para un análisis del alcance del artículo 51 de la Carta, véase: Cañardo, Hernando V.: “El uso de la fuerza frente a las agresiones de baja intensidad”, *Prudentia Iuris*, Núm. 55, Marzo 2002.

³² UN Repertory of Practice, Supplement 5, Vol. II (1970-1978), para. 7. En un informe sobre la cuestión de Palestina, el Secretario General de las Naciones Unidas afirmó que el significado de “*inherent right*” es indeterminado por naturaleza y que sólo el Consejo podía establecerlo en una situación concreta. UN Repertory of Practice, 1954-1955, para. 17.

³³ Christol, Carl Q.: “*Law and Legitimacy: the Iraq War*”, Documento circulado en ASIL FORUM (American Society of International Law), November 2004.

haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales; y que las medidas tomadas por los Estados deben ser comunicadas inmediatamente al Consejo. La Corte Internacional de Justicia, en el caso Nicaragua, ha agregado los requisitos de necesidad y proporcionalidad de las medidas tomadas con relación al objetivo buscado con el uso de la fuerza, que considera de fuente consuetudinaria³⁴.

La interpretación restrictiva considera que la legítima defensa prevista en el artículo 51 debe cumplir con cuatro condiciones: el Estado debe haber sido primero víctima de un ataque armado importante³⁵ (el acento, por lo tanto, está colocado en la expresión “*en caso de ataque armado*”); el blanco de la respuesta debe ser el responsable del ataque armado y la cantidad de fuerza utilizada debe ser la estrictamente necesaria para defenderse y proporcional al daño sufrido o amenazado³⁶. Los partidarios de esta interpretación afirman que los redactores de la Carta prefirieron utilizar la frase “ataque armado” en lugar de “agresión” (que figura varias veces en la Carta) para limitar los casos que autorizan el uso de la legítima defensa³⁷.

De esta manera, el artículo 51 resultaría más restrictivo que el derecho consuetudinario que autoriza la legítima defensa precautoria en virtud de la fórmula de Webster³⁸; desde esta perspectiva, una utilización precautoria o preventiva de la fuerza debe considerarse como contraria a la Carta no sólo porque no está mencionada expresamente sino también porque las atribuciones del Consejo de Seguridad en materia de legítima defensa sólo hacen referencia a la respuesta a un ataque armado que ya se ha producido³⁹. La Corte Internacional de Justicia ha afirmado que el derecho a la legítima defensa individual sólo puede ser ejercido si el Estado ha sido víctima de un ataque armado; que la invocación de la legítima defensa colectiva no cambia en nada esta situación⁴⁰, y que su ejercicio está sometido a los principios consuetudinarios de necesidad

³⁴ ICJ, «Nicaragua-USA, Merits», 27 June 1986, paras 73-76.

³⁵ O’Connell, Mary Ellen: “Lawful Self-Defense to Terrorism”, *University of Pittsburgh Law Review*, 63, 2002, pág. 891. Así lo afirmó también la Corte Internacional de Justicia en el caso Nicaragua: ICJ, «Nicaragua-USA, Merits», para. 191.

³⁶ O’Connell, “op. cit”, pág. 891 y ss.

³⁷ “El uso de la frase ‘ataque armado’ en el Artículo 51 no es involuntario. Los autores del Artículo prefirieron esa expresión al término ‘agresión’, que aparece en el resto de la Carta (en el contexto de los Propósitos de Naciones Unidas (Artículo 1 (1)), la seguridad colectiva (Artículo 39) y los acuerdos regionales (Artículo 53(1)). La elección de palabras en el Artículo 51 es deliberadamente restrictiva. El ejercicio del derecho de legítima defensa, de conformidad con el artículo, está confinado a la respuesta a un ataque armado”. Dinstein, Yoram: “War, Aggression and Self-Defence”, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 1994, pág. 183.

³⁸ Dinstein, Yoram, “op. cit”, pág. 184.

³⁹ Para los partidarios de una interpretación restrictiva del artículo 51, el derecho reconocido en este artículo sólo puede ser ejercido una vez que el ataque armado se ha producido por parte de un Estado contra otro y hasta que el Consejo de Seguridad tome las medidas necesarias para poner fin a esa situación. “(...) para ejercitar legítimamente la defensa propia, un Estado debe cumplir con todos los requerimientos establecidos en el artículo 51 de la Carta y no con ciertas vagas condiciones mencionadas en un incidente diplomático entre los Estados Unidos y el Reino Unido hace más de ciento cuarenta años, como el caso del *Caroline*”: Jiménez de Aréchaga, Eduardo: “El Derecho Internacional Contemporáneo”, Tecnos, Madrid, 1980, pág. 119; Laghmani, Slim: “Du droit international au droit impérial ? Réflexions sur la guerre contre l’Irak », ADI, avril 2003. Son también partidarios de la interpretación restrictiva Brownlie, Gray y Henkin.

⁴⁰ “En el caso de la legítima defensa individual, el ejercicio de este derecho está sujeto a que el Estado afectado haya sido la víctima de un ataque armado. La posibilidad de recurrir a la legítima defensa colectiva por supuesto no excluye la necesidad de ello”. ICJ, «Nicaragua-USA, Merits», para. 195.

y proporcionalidad⁴¹. Por lo tanto, ni del artículo 51 ni de las atribuciones que se asigna al Consejo podría inferirse que la legítima defensa precautoria⁴² o la intervención preventiva están autorizadas⁴³.

Así, el despliegue de los misiles en Cuba, aún cuando representaba una amenaza hacia los Estados Unidos, no otorgaba a ese país el derecho a actuar en legítima defensa⁴⁴. El mismo criterio se ha aplicado a propósito del ataque israelí al reactor nuclear de Osirak: Israel no tenía el derecho de atacarlo en legítima defensa. El problema está en la definición de la expresión “*en caso de ataque armado*”⁴⁵: cuándo debe considerarse que el ataque ha comenzado, a la luz de las modernas tecnologías militares⁴⁶ que pueden convertir el primer ataque en decisivo?⁴⁷.

Los partidarios de una interpretación amplia de la legítima defensa, en cambio, consideran que la clave del artículo reside en la expresión “*Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa*”⁴⁸, que reconoce la existencia de normas preexistentes⁴⁹ sobre el uso de la fuerza⁵⁰ y que el artículo no puede derogar⁵¹,

⁴¹ “(...) la sumisión del ejercicio del derecho de legítima defensa a las condiciones de necesidad y proporcionalidad es una regla de derecho internacional consuetudinario.” ICJ, “Nuclear Weapons, Op. Cons.”, para. 41. Véase también: Ackerman, David M.: “International Law and the Preemptive Use of Force Against Iraq”, CRS Report to Congress Núm. RS21314, April 11, 2003.

⁴² En el caso de las plataformas petroleras, Irán señaló que el uso precautorio de la legítima defensa era ilegal y que el derecho internacional no reconocía a las acciones meramente precautorias como legítima defensa. “El uso de fuerza para disuadir futuros ataques no está previsto dentro de la definición de la legítima defensa lícita, sino que constituye una acción precautoria (‘preemptive’) ilícita”. ICJ, “Oil Platforms”, Iran Memorial, pág. 136 y 152.

⁴³ Dinstein, Yoram: “War, Aggression and Self-Defence”, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 1994, pág. 185.

⁴⁴ Como se verá en el análisis de ese caso, el Departamento de Estado era de la misma opinión, por lo que los Estados Unidos no esgrimieron la legítima defensa individual en esa crisis.

⁴⁵ La fórmula “en caso de ataque armado” fue incluida por el interés de los países americanos de preservar el Acta de Chapultepec y las obligaciones convencionales para la región (sistema OEA-TIAR), que reconocían el derecho a la legítima defensa colectiva. El presidente del Comité encargado de la redacción de la Carta, el Ministro de RREE de Colombia Sr. Camargo, dijo que el derecho de legítima defensa no pertenece solamente al país directamente víctima de la agresión, sino que se extiende a los países que, en virtud de los acuerdos regionales, se han solidarizado con el país directamente atacado. Sicilianos, Linos-Alexandre: “Les réactions décentralisées à l’illicite. Des contre-mesures à la légitime défense”, LGDJ, 1990, pág. 122.

⁴⁶ “No se puede esperar que ningún Estado aguarde un ataque armado inicial, que, con los armamentos actuales, podría destruir la capacidad del Estado para una resistencia posterior y, de esa manera, poner en peligro su propia existencia”. Bowett, Derek: “Self-Defence in international law”, Manchester University Press, 1958, pág. 191.

⁴⁷ “El uso de la palabra ‘occurs’ sugiere que una legítima defensa preventiva frente un ataque inminente y cierto nunca es lícita y que un Estado miembro debe esperar hasta que un ataque armado sea efectivamente iniciado por un enemigo. Si ésta es la interpretación pretendida del Artículo 51, entonces no sólo es poco realista, sino además moralmente inaceptable, especialmente en una era de armas de destrucción masiva, cuando un primer ataque puede ser catastrófico y convertir la legítima defensa como reacción en más difícil o incluso imposible. No debe sorprender que el Artículo 51, en su interpretación más restrictiva, haya sido ampliamente ignorado. No es derecho en absoluto. Es puramente un discurso exhortativo, y, en adición, un mal discurso!”. Dershowitz, Alan M.: “Preemption, A knife that cuts both ways”, W. W. Norton, 2006, pág. 202.

⁴⁸ La expresión francesa alude al derecho natural (“droit naturel”) a la legítima defensa. Véase, por ejemplo, ICJ, “Nuclear Weapons, Op. Cons.”, para. 38: “La prohibición del empleo de la fuerza debe ser examinada a la luz de otras disposiciones pertinentes de la Carta. En su artículo 51, ésta reconoce el derecho natural de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de agresión armada”. También: Ferrajolo, Ornella: “La pratique et la règle de droit. Réflexions à propos de la seconde guerre du Golfe”, ADI, Mai 2004, pág. 2.

⁴⁹ “La Corte, por lo tanto, encuentra que el Artículo 51 de la Carta sólo tiene sentido por el hecho de que hay un derecho ‘natural’ o ‘inherent’ a la legítima defensa, y es difícil ver cómo éste puede ser de otra naturaleza que consuetudinario,

superar ni subsumir⁵² sin mediar una mención expresa⁵³. Bowett, por ejemplo, es partidario de una visión amplia del derecho de legítima defensa porque considera que nada en los trabajos preparatorios para la redacción de la Carta permite pensar que se tenía en mente una restricción al derecho consuetudinario a la legítima defensa y que así parece indicarlo la redacción de la Carta⁵⁴.

Los partidarios de esta visión agregan que la frase “*en caso de ataque armado*” no debe ser interpretada como que el derecho a la legítima defensa procede sólo si un ataque armado tiene lugar⁵⁵ y que la amenaza también debería estar incluida, como lo está respecto de las competencias del Consejo de Seguridad⁵⁶.

En 1946, un informe al Consejo de Seguridad de la Comisión de Energía Atómica de las Naciones Unidas dirigido a analizar un futuro tratado en la materia, estableció que la mera violación de un tal tratado podría dar lugar al ejercicio de la legítima defensa⁵⁷. Bowett considera que la Comisión, de esta manera, estaba efectuando una referencia a la legítima defensa anticipada⁵⁸. La duda quedó resuelta con la aprobación de la resolución 255 del Consejo de Seguridad que, al hacer referencia al Tratado de No Proliferación

incluso si su contenido presente ha sido confirmado e influenciado por la Carta. Aún más, la Carta, habiendo reconocido en ella misma la existencia de este derecho, no avanza en la regulación directa de todos los aspectos de su contenido.” ICJ, «Nicaragua-USA, Merits», 27 June 1986, para. 176. En el caso de las plataformas iraníes, el gobierno de los Estados Unidos afirmó que la frase “Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva”, del artículo 51, no disminuye la seguridad de los Estados sino que preserva el derecho consuetudinario de legítima defensa y que el artículo 51, que no figuraba en la versión original preparada en Dumbarton Oaks, fue redactado para asegurar a los Estados que la Carta no afectaría su derecho a defenderse. ICJ, “Oil Platforms”, USA Memorial, pág. 147 y 148.

⁵⁰ Yoo, John: “International Law and the War in Iraq”, *AJIL*, Vol. 97, Num. 3, 2003.

⁵¹ ICJ, «Nicaragua-USA, Op. Dis. Schwebel, para. 174. También Waldock: “¿El Artículo 51 limita el derecho consuetudinario y lo hace aplicable sólo al caso de resistencia frente a un ataque armado de otro Estado? No parece ser el caso. El derecho de legítima defensa individual era considerado como automáticamente exceptuado tanto del Pacto como del Acuerdo de París, sin ninguna mención a él. El fallo del caso del Canal de Corfú es plenamente consistente con esta visión...”. Waldock, C.H.M.: “The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law”, *Collected Courses, The Hague, 1952-II*. Son también partidarios de esta interpretación, por ejemplo: Bowett; Myres; McDougal and Feliciano; Schachter y Moore.

⁵² “No puede ser entonces sostenido que el Artículo 51 es una provisión que ‘subsume y supera’ al derecho internacional consuetudinario”. ICJ, *id.*, para. 176. También: Schachter, Oscar: “The Right of States to Use Armed Force”, *Michigan Law Review*, Vol. 82, Num. 5/6, *Festschrift in Honor of Eric Stein* (Apr. -May, 1984), pág. 1633.

⁵³ Gray, Christine: “International Law and the Use of Force”, Oxford University Press, 2004, pág. 98.

⁵⁴ Bowett, Derek: “The use of force in the protection of nationals”, *Transactions of the Grotius Society*, 1957, págs. 115 y 116.

⁵⁵ Schachter, Oscar: “The Right of States to Use Armed Force”, *Michigan Law Review*, Vol. 82, Num. 5/6, *Festschrift in Honor of Eric Stein* (Apr. -May, 1984), pág. 1633.

⁵⁶ Glennon, Michael J.: “The fog of law: Pragmatism, Security, and International Law”, Stanford University Press, 2010, págs. 109 y ss.

⁵⁷ “El Primer Informe de la Comisión de Energía Atómica de Naciones Unidas de 1946 observaba que: considerando el problema de la violación de los términos del tratado o convención, debía ser tenido en cuenta que una violación podría ser de carácter tan grave como para ocasionar el derecho inherente de legítima defensa reconocido en el Artículo 51”. UN Doc. AEC/18/Rev.I, p.24.

⁵⁸ “No puede darse por supuesto que la violación de un tratado quede incluida dentro de la definición de un ataque armado consumado, por lo que la Comisión claramente entendió que el Artículo 51 permitía la legítima defensa anticipatoria”. Bowett, Derek: “Self-Defence in international law”, Manchester University Press, 1958, pág. 188.

(TNP) reafirmó el derecho de asistencia a los Estados no nucleares en caso no sólo de una agresión nuclear, sino también de una amenaza de agresión con armas nucleares⁵⁹.

La controversia entre ambas interpretaciones no quedó aclarada en las negociaciones que concluyeron en la adopción de la *“Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”*⁶⁰; la *“Definición de la Agresión”*⁶¹ y la *“Declaración sobre el mejoramiento de la eficacia del principio de la abstención de la amenaza o de la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales”*⁶².

Otro tema controvertido es si un ataque armado, para ser considerado como tal, debe ser de cierta magnitud. El artículo 51 no dice nada sobre los requisitos del ataque armado. Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia ha recogido el concepto de *“gravedad del ataque”* en sus fallos. En el caso Nicaragua, la Corte señaló que era necesario distinguir las formas más graves de uso de la fuerza (que constituyen ataque armado) y que dan lugar al ejercicio del derecho de legítima defensa, de aquellas menos graves⁶³. La Corte argumentó que si el envío de armas a la oposición en El Salvador hubiera sido imputable al gobierno de Nicaragua, sólo podría justificarse la invocación del derecho consuetudinario de legítima defensa colectiva si tales envíos fueran asimilados a un ataque armado de Nicaragua contra El Salvador, concluyendo que, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, el envío de armas a las fuerzas de oposición de un Estado no equivalía a un ataque armado⁶⁴.

⁵⁹ La Resolución 255, 19 de junio de 1968, *“Cuestión relativa a las medidas para garantizar la seguridad de los Estados no poseedores de armas nucleares que son partes en el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares”*, reconoció que *“la agresión con armas nucleares o la amenaza de tal agresión contra un Estado no poseedor de armas nucleares”* obligaría a actuar al Consejo y particularmente a los miembros permanentes (apartado 1); se felicitó de la intención de ciertos Estados de prestar asistencia inmediata a todo Estado no poseedor de armas nucleares *“que fuere víctima de un acto y objeto de una amenaza de agresión en que se utilicen armas nucleares”* (apartado 2) y reafirmó *“en particular el derecho inmanente, reconocido en el artículo 51 de la Carta, de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales”*. (apartado 3). La resolución fue aprobada por 10 votos a favor y 5 abstenciones (Argelia; Brasil; Francia; India y Paquistán). Siciliano, Lino-Alexandre: *“Les réactions décentralisées à l’illicite. Des contre-mesures à la légitime défense”*, LGDJ, 1990, pág 397. Fawcett, J.E.S.: *“Intervention in International Law. A study of some recent cases”*, RCADI, 1961 (II), pág. 362.

⁶⁰ *“Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se interpretará en el sentido de que amplía o disminuye en forma alguna el alcance de las disposiciones de la Carta relativas a los casos en que es legítimo el uso de la fuerza”*, Res. 2625 (XXV).

⁶¹ *“Nada de lo dispuesto en la presente Definición se interpretará en el sentido de que amplía o restringe en forma alguna el alcance de la Carta, incluidas sus disposiciones relativas a los casos en que es lícito el uso de la fuerza”*, Res. 3314 (XXIX), artículo 6.

⁶² *“En caso de ataque armado, los Estados tienen el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, tal como se establece en la Carta”*, Res. 42/22 (XLII), capítulo 1, artículo 13.

⁶³ *“(…) será necesario distinguir las formas más graves del uso de la fuerza (aquellas que constituyen un ataque armado) de otras formas menos graves”*. ICJ, «Nicaragua-USA, Merits», para. 191.

⁶⁴ *“La Corte no está en condiciones de considerar que, en el derecho internacional consuetudinario, la provisión de armas a la oposición de otro Estado constituye un ataque armado en otro Estado. Incluso en el momento en el que el flujo de armas alcanzó su cima y asumiendo incluso la participación del gobierno nicaragüense, ello no constituiría un ataque armado”*. ICJ, «Nicaragua-USA, Merits», para. 230.

En el caso de la plataformas iraníes, la Corte expresó que los Estados Unidos, para poder ejercer su derecho de legítima defensa, tenían que demostrar que habían sido víctima de un ataque perpetrado por Irán y que esos ataques debían ser *lo suficientemente graves* como para ser calificados de ataque armado en el sentido establecido en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas y en el derecho consuetudinario sobre el uso de la fuerza. La Corte señaló, como lo había hecho en Nicaragua, que era necesario distinguir entre las formas más y menos graves de uso de la fuerza⁶⁵ y concluyó que los incidentes que habían llevado a los Estados Unidos a invocar su derecho de legítima defensa no constituían ataque armado⁶⁶. Los Estados Unidos respondieron que la magnitud del ataque era, en realidad, una medida de la proporcionalidad de la respuesta⁶⁷.

La cuestión no puede resolverse matemáticamente, estableciendo, por ejemplo, un número de víctimas o una cuantía de los daños o una cantidad de atentados. Todo Estado tiene el derecho inmanente de juzgar por sí mismo cuándo corresponde ejercer la legítima defensa. Por lo tanto, la evaluación de la existencia de un ataque armado no debe ser rígida o esquemática sino hacerse caso por caso, considerando todas las circunstancias concretas⁶⁸.

El artículo 51 autoriza también el ejercicio de la legítima defensa colectiva. La Corte Internacional de Justicia afirmó que en caso de ejercerse la legítima defensa colectiva, se deben cumplir dos condiciones adicionales: que el Estado atacado se haya declarado víctima de un ataque armado y que haya realizado un pedido de asistencia⁶⁹. La Corte también afirmó que el derecho establecido en el artículo 51 de la Carta es entendido como una excepción a la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales⁷⁰, que presupone que haya ocurrido un ataque armado⁷¹, y que está

⁶⁵ ICJ: "Oil Platforms (Islamic Republic of Iran vs United States of America), 1992-2003". En adelante será citado de la siguiente manera: ICJ, "Oil Platforms", Merits, para. 51.

⁶⁶ "(...) estos incidentes no le parecen a la Corte que constituyan un ataque armado respecto de los Estados Unidos, del tipo del que la Corte, en el Caso sobre actividades militares y paramilitares contra Nicaragua, calificó como la forma 'más grave' del uso de fuerza". ICJ, "Oil Platforms", Merits, para. 64.

⁶⁷ ICJ, "Oil Platforms", USA Memorial, pág. 151.

⁶⁸ ICJ, "Oil Platforms", USA Memorial, pág. 148. "Sin embargo, en vista de todas las circunstancias del caso, como fueron descritas más arriba, esta Corte no está en condiciones de caracterizar las medidas tomadas por las autoridades del Reino Unido como una violación de la soberanía de Albania". ICJ, "Corfu, Merits", 1949, pág. 31. Fawcett destacó que al juzgar una situación determinada, debía tenerse en cuenta el impacto que tenía el hecho de acuerdo con las características del Estado víctima: "(...) las bandas armadas auto-organizadas y equipadas irregularmente, pueden no constituir una amenaza para un Estado poderoso, pero sus operaciones pueden equivaler a un 'ataque armado' contra un estado militarmente débil o políticamente inestable". Fawcett, J.E.S.: "Intervention in International Law. A study of some recent cases", RCADI, 1961 (II), pág. 363. Glennon considera que debe aplicarse un criterio "pragmático" al evaluar la aplicación de la Carta (porque la formulación del artículo 51 no fue realista, por no tener en consideración cómo se comportan en la práctica los Estados): la serena evaluación de costos y beneficios y las consecuencias en el corto y largo plazo de las acciones, antes que en doctrinas o fórmulas jurídicas *a priori*. Glennon, Michael J.: "The fog of law: Pragmatism, Security, and International Law", Stanford University Press, 2010, págs. 109 y ss..

⁶⁹ "Allí cuando se invoca la legítima defensa colectiva, debe esperarse que el Estado en cuyo beneficio es usado este derecho se habrá declarado a sí mismo como víctima de un ataque armado (...) el requisito de un pedido por parte del Estado que es víctima del supuesto ataque debe añadirse al requisito de que tal Estado debe haberse declarado atacado". ICJ, «Nicaragua-USA, Merits», para. 195 y 199.

⁷⁰ "La Corte observaría que el propósito normal de una invocación de legítima defensa es justificar una conducta que de otra forma sería ilícita."... Tanto el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas como el artículo 21 de la Carta de la Organización de Estados Americanos se refieren a la legítima defensa como una excepción al principio de prohibición del

sometido a tres restricciones: la necesidad, la proporcionalidad y que las medidas adoptadas sean puestas inmediatamente en conocimiento del Consejo de Seguridad. Los dos primeros requisitos son normas de derecho consuetudinario, el tercero es una norma de derecho convencional contenida en el propio artículo 51⁷².

Qué es lo "propio" de la defensa propia?

La práctica de los Estados demuestra que otra amplia gama de circunstancias, además del ataque contra su territorio, puede dar lugar a que los Estados reaccionen en defensa propia. Al igual que "ataque armado", lo "propio" ("self") de la defensa propia no está definido en la Carta, lo que ha dado lugar a una casuística surgida de las argumentaciones de los Estados y de elaboraciones de la doctrina que es fuente de constantes controversias. El intento de atentado contra un ex Jefe del Estado⁷³; el ataque a buques y aeronaves⁷⁴, dependencias diplomáticas⁷⁵ y nacionales en el extranjero⁷⁶; los ataques de grupos irregulares armados⁷⁷ y de organizaciones terroristas⁷⁸, son todos ejemplos de situaciones que han dado lugar a respuestas armadas invocando la legítima

uso de la fuerza. A diferencia de la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de Estados Americanos no emplea la expresión 'legítima defensa colectiva' sino que se refiere al caso de 'legítima defensa de conformidad con los tratados vigentes o en cumplimiento de dichos tratados'. ICJ, «Nicaragua-USA, Merits», para. 74 y 50.

⁷¹ "El ejercicio del derecho de legítima defensa colectiva presupone que haya ocurrido un ataque armado". ICJ, «Nicaragua-USA, Merits», para. 232.

⁷² ICJ, Legality of the threat or use of nuclear weapons, 8 July 1996, paras. 40 a 44.

⁷³ La Administración Clinton consideró que el atentado contra el ex presidente de los Estados Unidos constituía un ataque contra la Nación, y decidió el bombardeo de Irak. Véase: S/PV.3245. El caso es analizado en el Capítulo IV.

⁷⁴ Los Estados Unidos afirmaron que el ataque con misiles contra los barcos de su bandera y el minado de puertos en la zona del Golfo Pérsico constituía un ataque armado que daba lugar a la legítima defensa. Una descripción de los hechos puede encontrarse en ICJ, "Oil Platforms", USA Memorial; Gray, Christine: "International Law and the Use of Force", Oxford University Press, 2002, pág. 96.

⁷⁵ Como sucedió con el bombardeo americano en Afganistán y Sudán (1998), en respuesta a los atentados contra las embajadas de los Estados Unidos en Tanzania y Kenia. Este caso es analizado en el Capítulo IV.

⁷⁶ Como fue el caso de la incursión israelí en Entebbe (1976), en el que Israel expresó que el derecho a proteger a sus nacionales estaba reconocido por el derecho natural y por la Carta de las Naciones Unidas. Este caso es analizado en el Capítulo IV de este trabajo. Argumentos similares fueron expuestos por los Estados Unidos en sus intervenciones en República Dominicana (1965) (Los Estados Unidos argumentaron que habían actuado en legítima defensa para proteger a sus nacionales. Este caso es analizado en el Capítulo V); Irán (1980) (Los Estados Unidos afirmaron que se trataba de un acto de defensa propia reconocido por el artículo 51 de la Carta. Este caso es analizado en el Capítulo IV); Grenada (1983) (La Administración americana consideró legal un limitado uso de fuerza para proteger la vida de sus nacionales. Este caso es analizado en el Capítulo V); Libia (1986) (Los Estados Unidos afirmaron actuar en legítima defensa en respuesta a los atentados contra soldados americanos en una discoteca en Berlín. Este caso es analizado en el Capítulo IV) y Panamá (1989) (La Administración Bush (p) justificó su accionar en virtud del artículo 51 de la Carta. Este caso es analizado en el Capítulo V). Véase también: Bowett, Derek: "The use of force in the protection of nationals", Transactions of the Grotius Society, 1957.

⁷⁷ Como se verá en el Caso Nicaragua-USA, analizado en el Capítulo V de este trabajo.

⁷⁸ Como fueron las operaciones de Israel en Líbano (1978), en la que afirmó que todo Estado tenía el derecho a defender su territorio y evitar nuevos ataques terroristas organizados desde el exterior. Este caso es analizado en el Capítulo IV. En su raid en Túnez (1985), Israel afirmó que había ejercido su derecho a la legítima defensa en respuesta a actos de terrorismo. Este caso es analizado en el Capítulo IV de este trabajo. En 2001, luego de los atentados del 11-S, los Estados Unidos intervinieron en Afganistán argumentando que lo hacían en el ejercicio de la legítima defensa contra un ataque armado de una organización terrorista que afirmaba librar "una guerra contra Estados Unidos y sus aliados". Este caso es analizado en el Capítulo IV.

defensa⁷⁹. Las nuevas dimensiones del espacio en el que puede desarrollarse el conflicto, como los ataques cibernéticos⁸⁰, amplían el campo de lo propio a medida que se producen las innovaciones científico-técnicas que afectan la seguridad de los Estados.

Desde el punto de vista del ejercicio de la legítima defensa, por lo tanto, lo “propio” tiende a confundirse con los intereses vitales, definidos como aquellos intereses por los que un Estado está dispuesto a ir a la guerra. Se trata de una situación de gran ambigüedad: si consideramos que el Estado víctima tiene derecho a alegar como amenaza todo lo que pone en riesgo un interés vital, la restricción legal desaparece y sólo queda la eventualidad de la reparación posterior por un daño injustamente causado⁸¹. Pero si reconocemos al Estado ofensor el derecho a amenazar y atacar ciertos intereses del Estado víctima sin que éste tenga el derecho a responder, abrimos una vía legal para el chantaje, la presión y la violación de la soberanía del Estado víctima. Una vez más, la cuestión reenvía a las limitaciones para una evaluación objetiva e independiente del sistema internacional.

Agresión y legítima defensa

“--- (...) peleen nuestros amos, y allá se lo hayan, y bebamos y vivamos nosotros; que el tiempo tiene cuidado de quitarnos las vidas, sin que andemos buscando apetitos para que se acaben antes de llegar a su sazón y términos y que se cayan de maduras.

⁷⁹ Schachter enumera las siguientes: “1) el uso de la fuerza para rescatar rehenes políticos que se cree que enfrentan un peligro inminente de muerte o lesión; 2) el uso de la fuerza contra funcionarios o instalaciones en un Estado extranjero que se cree que apoya actos terroristas dirigidos contra nacionales del Estado que reivindica el derecho de defensa; 3) el uso de la fuerza contra tropas, aviones, barcos o instalaciones que se considera que amenazan con un ataque inminente por parte de un Estado que tiene una declarada intención hostil; 4) el uso de una fuerza de represalia (‘retaliation’) contra una fuerza gubernamental o militar para disuadirla contra ataques renovados contra el Estado que toma tal acción; 5) el uso de la fuerza contra el gobierno que ha provisto de armas o apoyo técnico a los insurgentes en un tercer Estado; 6) el uso de la fuerza contra un gobierno que ha permitido que su territorio sea usado por fuerzas militares de un tercer Estado considerado una amenaza por el Estado que reivindica la legítima defensa; 7) el uso de la fuerza en nombre de la legítima defensa colectiva (o contra intervención) contra un gobierno impuesto por fuerzas extranjeras y enfrentado con una resistencia armada de gran escala por parte de su población”. En Schachter, Oscar: “Self-Defense and the Rule of Law”, AJIL, Vol. 83, Num. 2, 1989, pág. 271. Véase también Kohen, Marcelo: “Is the US practice of using of force changing international law”, World Editorial & International Law, Vol. 2, Num. 1, January 2003, pág. 9.

⁸⁰ Nakashima, Ellen: «Pentagon considers preemptive strikes as part of cyber-defense strategy”, TWP, August 28, 2010. La protección contra este tipo de ataques está contenida en las estrategias de seguridad de los países avanzados. Otro campo en el que se verifica esta ampliación es el espacio ultraterrestre, por ejemplo, a través del desarrollo de satélites antisatélites.

⁸¹ Neta Crawford considera que la “Doctrina Bush (h)” contiene una definición demasiado amplia del “self”: “Por ejemplo, la Definición de los E.E.U.U. del “self” que debe defenderse se ha vuelto muy amplia. La administración, en su más reciente “Quadrennial Defense Review”, al definir ‘intereses nacionales duraderos’ incluye ‘contribuir al bienestar económico’, lo que conlleva a mantener la ‘vitalidad y productividad de la economía global’ y ‘acceder a mercados claves y recursos estratégicos’. Más aún, el fin de la estrategia de los E.E.U.U., de acuerdo con este documento, es mantener la ‘preeminencia’. La Estrategia de Seguridad Nacional también fusiona metas políticas y económicas ambiciosas con la seguridad: ‘La estrategia nacional de seguridad de los E.E.U.U. estará basada en un nítido internacionalismo americano que refleje la fusión de nuestros valores y nuestros intereses nacionales. El objetivo de esta estrategia es ayudar al mundo no sólo a ser más seguro, sino además a ser mejor.’ Y “hoy la distinción entre asuntos internos y externos está disminuyendo.” Si el ‘self’ es definido tan ampliamente y las amenazas a este ‘self’ más grande son respondidas con fuerza militar, en qué punto esta legítima defensa empieza a parecer agresión”. Crawford, Neta C.: “The Slippery Slope to Preventive War”, EIA, Vol. 17, Num. 1, Spring 2003, pág. 3.

--- Con todo –replicó el del Bosque-, hemos de pelear siquiera media hora.

--- Eso no –respondió Sancho-: no seré yo tan descortés ni tan desagradecido, que con quien he comido y he bebido trabe cuestión alguna, por mínima que sea; cuanto más que estando sin cólera y sin enojo, ¿quién diablos se ha de amañar a reñir a secas?

--- Para eso –dijo el del Bosque- yo daré un suficiente remedio; y es que antes que comencemos la pelea, yo me llegaré bonitamente a vuestra merced y le daré tres o cuatro bofetadas, que dé con él a mis pies; con las cuales haré despertar la cólera aunque esté con más sueño que un lirón.

--- Contra ese corte sé yo otro –respondió Sancho-, que no le va en zaga: cogeré yo un garrote, y antes que vuestra merced llegue a despertarme la cólera haré yo dormir a garrotazos de tal suerte la suya, que no despierte si no fuere en el otro mundo, en el cual se sabe que no soy yo hombre que me dejo manosear el rostro de nadie. Y cada uno mire por el virote; aunque lo más acertado sería dejar dormir su cólera a cada uno; que no sabe nadie el alma de nadie, y tal suele venir por lana que vuelve trasquilado; y Dios bendijo la paz y maldijo las riñas; porque si un gato acosado, encerrado y apretado se vuelve en león, yo, que soy hombre, Dios sabe en que podré volverme, y, así, desde ahora intimo a vuestra merced, señor escudero, que corra por su cuenta todo el mal y daño que de nuestra pendencia resultare”.

Don Quijote, II Parte, Capítulo 14.

Con la creación de las Naciones Unidas⁸², se estableció que uno de los propósitos de la Organización es el de:

“Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz”⁸³.

En el capítulo VII se estableció que *“El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión”⁸⁴.*

⁸² Para una historia de los intentos previos a la Carta para ilegalizar la agresión y establecer un sistema de sanciones, véase, por ejemplo: Bush, Jonathan A.: “The ‘Supreme Crime’ and Its Origins: The Lost Legislative History of the Crime of Aggressive War”, *Columbia Law Review*, Vol. 102, Num. 2324, December 2002 y los antecedentes citados *ut supra*. Si bien, como se ha visto, la Liga de las Naciones patrocinó una serie de tratados en los cuales la agresión estaba específicamente prohibida y en 1928 se firmó el Pacto Kellogg-Briand por el cual, en teoría, toda guerra estaba prohibida, los Estados Unidos siempre dejaron en claro que se arrogaban el derecho de decidir qué era lo que constituía legítima defensa. Stone, Julius: “Aggression and World Order: A Critique of United Nations Theories of Aggression”, London: Stevens & Sons Limited, 1958.

⁸³ Propósitos de la Carta de las Naciones Unidas.

⁸⁴ Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas.

Los Estados que alegan haber ejercido el derecho a la legítima defensa, son habitualmente considerados agresores por la otra parte del conflicto⁸⁵: el Estado que primero usa la fuerza contra otro sin provocación alguna es, *prima facie*, el agresor⁸⁶. La definición del término “agresión” fue objeto de grandes debates en las Naciones Unidas y en la doctrina⁸⁷. La cuestión fue en principio saldada cuando la Asamblea General logró el dictado de una resolución que declaró que:

*“toda agresión, tanto si se la comete abiertamente como si se la lleva a cabo fomentando la guerra civil en beneficio de una Potencia extranjera, o de cualquier otra manera, constituye el más grave delito contra la paz y la seguridad en el mundo entero”*⁸⁸, y definió la agresión como *“el uso de la fuerza armada”*⁸⁹ por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”⁹⁰.

Sin embargo, la Definición de la Agresión⁹¹ como interpretación de la Carta de las Naciones Unidas⁹² consideró que la cuestión de si se ha cometido una agresión *“ha de considerarse a la luz de todas las circunstancias de cada caso concreto”*⁹³ y que si bien *“el primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención a la Carta constituirá prueba prima facie de un acto de agresión”*, el Consejo de Seguridad puede concluir que no se trata de una agresión *“a la luz de otras circunstancias pertinentes”*⁹⁴. Los debates en el Consejo al analizar un conflicto muestran que esa evaluación es, a menudo, el producto de una negociación

⁸⁵ Bowett, Derek: “Self-Defence in international law”, Manchester University Press, 1958, pág. 249.

⁸⁶ Res. 3314 (XXIX).

⁸⁷ Para una historia de las dificultades de una definición de la agresión en el marco de las Naciones Unidas y sus antecedentes inmediatos: Ferencz, Benjamin: “Defining Aggression: Where it Stands and Where it’s Going”, AJIL, Vol. 66, Num. 3, 1972; Schwebel, S.M.: “Aggression, intervention and self-defence in modern international law”, RCADI, Volume 136 (1972-II), pp. 411-497; Hazard, John N.: “Why Try Again to Define Aggression?”, AJIL, Vol. 62, Num. 1968; Wright, Quincy: “The Prevention of Aggression”, AJIL, Vol. 50, Num. 1956.

⁸⁸ Res. 380 (V), 1950.

⁸⁹ Bowett criticó la identificación de agresión y ataque armado como una sobresimplificación de un problema complejo, porque, en última instancia, corresponde al Estado que ejerce el derecho a la legítima defensa establecer cuando ocurre “un ataque armado”. La calificación posterior del Consejo puede resultar útil a la hora de establecer una reparación, en caso de que la legítima defensa haya sido invocada ilegalmente. Bowett, Derek: “Self-Defence in international law”, Manchester University Press, 1958, pág. 192.

⁹⁰ Res. 3314 (XXIX), artículo 1. Durante la negociación de la resolución se debatió si dentro del concepto de agresión debía incluirse la agresión económica, como está previsto en el artículo 19 y 20 de la Carta de la OEA. Bolivia fue partidaria de su inclusión, preocupada por la caída del precio del estaño en los mercados mundiales por el dumping del estaño soviético. Véase: Bowett, Derek: “Self-Defence in international law”, Manchester University Press, 1958, pág. 106.

El Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, en su artículo 9, hace una lista de actos que constituyen agresión:

“Además de otros actos que en reunión de consulta puedan caracterizarse como de agresión, serán considerados como tales:

a) *El ataque armado, no provocado, por un Estado, contra el territorio, la población o las fuerzas terrestres, navales o aéreas de otro Estado;*

b) *La invasión, por la fuerza armada de un Estado, del territorio de un Estado Americano, mediante el traspaso de las fronteras demarcadas de conformidad con un tratado, sentencia judicial, o laudo arbitral, o, a falta de fronteras así demarcadas, la invasión que afecte una región que este bajo la jurisdicción efectiva de otro Estado.”*

⁹¹ La resolución Res. 3314 (XXIX) fue adoptada por consenso.

⁹² ICJ, “Nicaragua-USA, Op. Dis. Schwebel”, para. 168.

⁹³ Res. 3314 (XXIX), último párrafo del Preámbulo.

⁹⁴ Res. 3314 (XXIX), artículo 2.

política en la que el derecho de veto ha jugado un papel preponderante⁹⁵. En muchas circunstancias, los conflictos son una continuidad de usos de la fuerza que, al ser analizados separadamente, tornan muy difícil determinar cuándo se produjo el primer ataque⁹⁶ y si se trata de una agresión o de una represalia ante un hecho anterior.

La Asamblea General, en su resolución 3314 realizó una enumeración no exhaustiva⁹⁷ de ciertos actos que constituyen agresión:

- a) *la invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;*
- b) *el bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;*
- c) *el bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;*
- d) *el ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;*
- e) *la utilización de las fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;*
- f) *la acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;*
- g) *el envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos*⁹⁸.

En 1992, el Informe de un grupo de expertos de las Naciones Unidas sobre conceptos y políticas de defensa no ofensiva⁹⁹ concluyó que:

*“El concepto de estrategia defensiva es el que responde al objetivo de proteger y salvaguardar de ataques determinado espacio. Por lo general este espacio es el territorio nacional del Estado o el territorio de un aliado. En consecuencia, el concepto de estrategia defensiva es la protección del territorio nacional y el restablecimiento del statu quo en caso de haberse violado su integridad. De ahí se desprende que la capacidad de tomar y retener territorio extranjero no es compatible con el concepto de estrategia defensiva”*¹⁰⁰.

⁹⁵ “(...) el Consejo de Seguridad ha sido reacio a calificar como agresión situaciones que aparentaban serlo, prefiriendo cultivar la ambigüedad (...) Cuando en 1957 se solicitó de los Estados miembros que asistieran al Consejo para “detener la agresión” de Francia y Gran Bretaña a Egipto con ocasión de la crisis desatada por la nacionalización del canal de Suez, los presuntos agresores, miembros permanentes del Consejo, vetaron el proyecto de resolución.” Remiro Brótons, Antonio: “Crimen de agresión, crimen sin castigo”, AADI, Córdoba, Num. XIV, 2005, pág. 38.

⁹⁶ Franck, Thomas: “Who Killed Article 2(4)? Or: Changing Norms Governing the Use of Force by States”, AJIL, Vol. 64, Num. 4, 1970, pág. 820.

⁹⁷ Res. 3314 (XXIX), artículo 4.

⁹⁸ Res. 3314 (XXIX), artículo 3.

⁹⁹ Del cual el autor fue miembro.

¹⁰⁰ A/47/394, del 22 de septiembre de 1992, para. 114.

Agresión directa e indirecta

La Carta hace referencia a un ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, sin especificar si la agresión debe ser cometida directamente por las fuerzas regulares de otro Estado¹⁰¹ o si puede implicar otros medios de agresión indirecta. Ni la versión francesa del artículo 51 -que habla de "agression armée"- ni la inglesa -que hace referencia a "armed attack"- están limitadas por el término "directo" o "directa". De los trabajos preparatorios tampoco surge que los redactores pretendieron limitar el derecho consuetudinario a la legítima defensa al caso exclusivo de agresión directa¹⁰².

Cuando se redactó la Carta, se tenía la idea de proscribir una guerra entre dos ejércitos convencionales; sin embargo, el artículo 2.4 no mencionó la palabra "guerra" sino "amenaza o uso de fuerza", una formulación dirigida a abarcar aquellos casos en los que no existe una declaración formal de guerra¹⁰³. Si bien teóricamente el uso de la fuerza que constituye ataque armado es generalmente entendido como aquel que se ha llevado adelante por las fuerzas armadas de un Estado -como la invasión iraquí de Kuwait-, en la práctica¹⁰⁴, el concepto de ataque armado ha sido interpretado ampliamente, incluyendo actividades de bandas armadas¹⁰⁵, agentes no oficiales¹⁰⁶, asistencia, financiamiento o apoyo a insurgentes o incluso a terroristas contra otro Estado con el objetivo de derrocar a un gobierno o de intervenir en una guerra civil¹⁰⁷. Tres Estados han sostenido que la

¹⁰¹ Dalton, Jane: « What is War? Terrorism as War after 9/11 », ILSA Journal of International & Comparative Law, Vol. 12, Num. 2, Spring 2006, pág. 523.

¹⁰² La Corte Internacional de Justicia ha reconocido que la definición de ataque armado es controvertida: "La pregunta acerca de qué constituye un 'ataque armado' a los fines del artículo 51, y su relación con la definición de agresión, son cuestiones amplias y controvertidas", ICJ: «Nicaragua-USA, Op. Dis. Jennings, pág. 543. Moore, John: "The secret war in Central America and the future of World Order", AJIL Vol. 80, Num. 1, 1986.

¹⁰³ La palabra « guerra » sí había sido utilizada en los Pactos de la Sociedad de las Naciones y Briand-Kellogg. A partir de 1930, los Estados entraron en hostilidades sin una declaración formal de guerra, lo que motivó la fórmula más abarcadora de la Carta. La relativa ambigüedad de la expresión « fuerza » sin el aditamento de « armada » dio lugar a intentos de una denotación más amplia: esta controversia se reflejó posteriormente en los debates sobre el alcance de la definición de « agresión ». Schachter, Oscar: « The Right of States to Use Armed Force », Michigan Law Review, Vol. 82, Num. 5/6, Festschrift in Honor of Eric Stein (Apr. -May, 1984), pág. 1624.

¹⁰⁴ "Como escribe Novogrod, afirmar que la agresión directa e indirecta no pueden ser igualmente violaciones al artículo 2(4) de la Carta sería hacer un fetichismo de la literalidad", ICJ, "Nicaragua-USA, Op. Dis. Schwebel", para. 233. Desde 1945, los Estados se han valido de bandas armadas u otro tipo de acciones encubiertas que implican uso de la fuerza; subversión, fomento de guerras civiles, ayuda a un bando o el envío de grupos irregulares para asistir a grupos rebeldes en el Estado en cuestión, entre otros ejemplos.

¹⁰⁵ "Israel afirmó que es su deber tomar todas las medidas necesarias para proteger la vida y la seguridad de sus ciudadanos que se extiende a incursiones de bandas armadas y otros actos de terrorismo desde el territorio de otro Estado; el derecho previsto en el artículo 51 se aplicaba a todas esas situaciones. Varios representantes árabes negaron la validez de una definición tan amplia, y enfatizaron que la legítima defensa sólo era permitida frente a ataques armados; más aún, el ejercicio de la legítima defensa estaba sujeto a ciertas limitaciones que afectan la medida y el grado del uso de la fuerza". "Repertoire", 75-80, Tome 11. Sobre la legítima defensa contra el ataque de entidades no estatales: Cannizzaro, Enzo: "Entités non-étatiques et régime international de l'emploi de la force une étude sur le cas de la réaction israélienne au Liban", Revue Générale de Droit International Public, 2007, págs. 331 a 352.

¹⁰⁶ "Los gobiernos pueden actuar por medio de agentes completamente 'no oficiales', incluyendo bandas armadas, y 'voluntarios', o puede dar ayuda a grupos de insurgentes en el territorio de otro Estado". Brownlie, Ian: "International Law and the Use of Force by States", Clarendon Press 1963, pág. 361.

¹⁰⁷ "La práctica internacional mostró que la agresión militar casi siempre consiste: a) en infiltraciones progresivas de fuerzas armadas y de grupos de voluntarios apoyados por un gobierno extranjero, en el territorio de otro Estado; b) en organizar, asistir, incitar, financiar, promover o tolerar actividades subversivas o terroristas dirigidas contra otro Estado,

agresión armada indirecta les autorizaba el derecho a la legítima defensa: Israel (cuando atacó los campos palestinos en Líbano), Sudáfrica (para justificar los ataques contra los campos y tropas de la SWAPO en Angola y sus raídas en Zambia y Lesoto) y Rhodesia del Sur (para justificar sus intervenciones en Botswana y en Zambia).

En 1955, China afirmó que si bien el ataque armado es la forma más obvia de agresión, no es la más grave y que, desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, los agresores habían utilizado formas más sutiles de agresión y que la más peligrosa era la subversión¹⁰⁸. En el caso de la intervención de los Estados Unidos en Líbano, varios Estados afirmaron que el ataque armado exigido en el artículo 51 de la Carta no debía necesariamente ser directo, porque si así fuera, se estaría dejando de lado una serie de actividades indirectas tan peligrosas como las directas¹⁰⁹.

La Definición de la Agresión, si bien no definió “ataque armado”¹¹⁰ trajo una perspectiva más amplia de las diferentes circunstancias por las cuales un Estado puede sentirse agredido¹¹¹ como, por ejemplo, una participación sustancial¹¹² en la asistencia a minorías revolucionarias¹¹³. La inclusión del inciso g) en el artículo 3, que hace referencia a la agresión indirecta, fue objeto de importantes debates en el seno del Comité. Varias delegaciones consideraron que la agresión indirecta era tan ilegal como la directa y que comprendía, entre otras actividades, la organización, apoyo o dirección de grupos armados o de fuerzas irregulares que se infiltran en el territorio de otro Estado; la asistencia financiera o de otro tipo a elementos disidentes; actos de terrorismo; otras actividades subversivas con el objetivo de amenazar o violar la soberanía o la integridad territorial de otro Estado¹¹⁴.

El representante de los Estados Unidos manifestó que el alcance de la lista del artículo 3 dejaba en claro que no se hacían distinciones en cuanto a los medios utilizados o al carácter directo o indirecto de su uso¹¹⁵.

tendientes particularmente a derrocar un gobierno o incluso a intervenir en una guerra civil”. Cassese, Antonio en Cot & Pellet, Jean-Pierre et, Alain: « La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article », 3^{ème} Edition, Economica 2005.

¹⁰⁸ UN Repertory of Practice, 1955-1959, para. 129.

¹⁰⁹ UN Repertory of Practice, 1955-1959, para. 15.

¹¹⁰ Ratner, Stephen: “Jus ad bellum and Jus in bello after September 11”, AJIL, Vol.96, Num. 4, 2002.

¹¹¹ “Más importante, parecería, es la objeción de que un Estado puede ser incapaz de preservar su interés vital si la legítima defensa -sea anticipatoria o no- sólo es legítima cuando las acciones usadas para poner en peligro los intereses del Estado adquieren la forma de un ataque armado. Sobre todo, circula el argumento hoy ya familiar, de que dado que la seguridad o la independencia política de un Estado puede ser puesta en juego por conductas ilícitas que no tomen la forma de un ataque armado, la negación a los Estados del derecho a responder tales acciones ilegítimas usando, cuando sea posible, medidas de fuerza en legítima defensa puede llevar a convertir el derecho de independencia política en poco más que una farsa”. Tucker, Robert: “Reprisals and Self-Defense: The Customary Law”, AJIL, Vol. 66, Num. 3, 1972, pág 594.

¹¹² ICJ, «Nicaragua-USA, Merits Op. Dis. Schwebel, para. 176.

¹¹³ “Puede considerarse que hay acuerdo en entender que un ataque armado no sólo incluye la acción realizada por fuerzas armadas regulares a través de una frontera internacional, sino también el envío por o en nombre de un Estado de tales bandas armadas, grupos irregulares de mercenarios, que lleven adelante actos de fuerza armada contra otro Estado que sean de tal gravedad como para ser equiparado, entre otros, a un verdadero ataque armado llevado a cabo por fuerzas regulares o su participación sustancial en ello”. ICJ, «Nicaragua-USA, Merits», para. 195.

¹¹⁴ UN Repertory of Practice, Supplement 5, Vol. II (1970-1978), para. 13.

¹¹⁵ A/9619, pág. 26.

El representante de Canadá expresó que el inciso g) del artículo 3 reflejaba la aceptación de la tesis de que cualquier distinción entre la agresión directa e indirecta era artificial y que el criterio determinante había sido y era averiguar si se había usado o no un grado suficiente de fuerza armada para que constituyese un acto de agresión por parte del Estado al cual se podían atribuir actos de esa índole¹¹⁶.

El representante de Japón señaló que la inclusión de actos indirectos de agresión en la definición constituía uno de los hitos importantes de la labor del Comité¹¹⁷ y contribuiría a promover la paz y la seguridad internacionales. Agregó que en el estudio histórico de la agresión, aparecía como un factor importante la movilización total y la concentración masiva de fuerzas listas para entrar en combate a lo largo de las fronteras de un Estados sin provocación¹¹⁸.

El representante de Francia expresó que la resolución precisaba, en cierta medida, el derecho de legítima defensa previsto en el artículo 51 de la Carta. En referencia al inciso g) del artículo 3, agregó que hasta que no se hubieran enviado las bandas armadas, no habría ocurrido ningún acto de agresión, porque el solo hecho de organizarlas y prepararlas no constituía en sí un acto de agresión¹¹⁹.

El representante soviético consideró que no se debía interpretar que las disposiciones del inciso g) del artículo 3 ponían en duda la legitimidad de toda lucha de liberación nacional, guerra de guerrillas o movimiento de resistencia, y que en su lucha por la libre determinación, los pueblos tenían el derecho a procurar y recibir un apoyo político y material, porque no solamente era legítima la lucha armada de los pueblos coloniales y de los que se encontraban bajo el yugo de regímenes racistas, sino que también lo era la ayuda que recibían de muchos Estados¹²⁰. El representante de Rumania afirmó que todo acto de agresión automáticamente ponía en juego el derecho de legítima defensa¹²¹.

El representante de México afirmó que el inciso g) del artículo 3 no podía ser interpretado en el sentido de ampliar los casos en que podía invocarse la legítima defensa conforme a la Carta y que resultaría contraproducente para los objetivos perseguidos con la definición, si algún Estado pudiera invocar ese inciso para sostener que actuaba en legítima defensa si empleaba la fuerza armada contra otro Estado cuando, dentro de su territorio, sufría actos de subversión o de terrorismo, y que, para que los actos señalados en el inciso g) pudiesen convertirse en agresión, se requería que fuesen de una gravedad similar a la de los demás actos y que se estableciese de manera indudable la participación de otro Estado en la comisión de los actos enumerados en dicho párrafo¹²².

¹¹⁶ A/9619, pág. 38.

¹¹⁷ En el mismo sentido se manifestó el representante turco.

¹¹⁸ A/9619, pág. 17.

¹¹⁹ A/9619, pág. 23.

¹²⁰ A/9619, pág. 40.

¹²¹ A/9619, pág. 19.

¹²² A/9619, pág. 43.

La cuestión volvió a plantearse a propósito de la falta de definición del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y los trabajos de una Comisión encargada de su redacción¹²³. La Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso el 11 de junio de 2010 en la Conferencia de Revisión, recogió la definición de la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 14 de diciembre de 1974. En su anexo II, la Resolución considera entre los elementos de la comisión del crimen:

3. “Que el acto de agresión – el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas – se haya cometido”.

(...)

5. “Que el acto de agresión, por sus características, gravedad y escala, haya constituido una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”.

A los efectos de la definición de la amenaza por parte de los Estados, por lo tanto, hay que considerar: las interpretaciones restrictiva y amplia del artículo 51, la definición de agresión y la práctica de los Estados, que ha agregado otros casos a lo que se considera “propio” de la defensa propia, ampliando así el abanico de amenazas a las que se ha respondido amparándose en la legítima defensa. La cuestión es desarrollada en los capítulos siguientes.

¹²³ Para una historia de la cuestión :

<http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/ReviewConference/Crime+of+Aggression.htm>. También: Seibert-Fohr, Anja: “The Crime of Aggression: Adding a Definition to the Rome Statute of the ICC”, ASIL Insights, Volume 12, Issue 24, November 18, 2008 y Glennon, Michael J.: “The fog of law: Pragmatism, Security, and International Law”, Stanford University Press, 2010, págs. 170 y ss..