



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho
Internacional

LA PROHIBICIÓN DEL USO DE LA FUERZA Y LA LEGÍTIMA DEFENSA ANTICIPATORIA

Memoria para acceder al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor: Eduardo Guerra Grass

Profesor guía: Alberto van Klaveren Stork

Santiago de Chile

2018

Tabla de contenidos

Resumen.....	5
Introducción	7
1. El <i>ius ad bellum</i> y el <i>ius in bello</i>	9
2. Historia del <i>ius ad bellum</i> hasta 1914	11
2.1. La Antigüedad y la guerra justa	11
2.2. Auge y declive de la doctrina de la guerra justa.....	12
2.3. La guerra como último recurso y otros desarrollos	16
3. El <i>ius ad bellum</i> y la “Gran Guerra”	19
3.1. La Sociedad de las Naciones	20
3.2. Pacto de París	22
4. Carta de Naciones Unidas y el <i>ius contra bellum</i>	27
4.1. Naturaleza de la proscripción	30
4.1.1. La prohibición en otros instrumentos internacionales.....	30
4.1.3. Carácter consuetudinario de la prohibición.....	31
4.1.2. Sobre el carácter <i>ius cogens</i> de prohibición del uso de la fuerza	32
4.2. Vigencia de la norma.....	34
4.3. Consecuencias del uso ilegal de la fuerza en el derecho internacional	36
4.3.1. Consecuencias derivadas del carácter <i>ius cogens</i> de la prohibición.....	37
4.3.2. Crimen de agresión.....	38
4.3.3. Responsabilidad Internacional del Estado.....	42
4.3.4. Medidas de Seguridad Colectiva	44
4.3.5. Contramedidas y retorsión.....	47
4.3.6. Uso de la fuerza invocando la legítima defensa	48
4.4 Excepciones de la proscripción del uso de la fuerza	48
5. La legítima defensa	49
5.1. Requisitos y límites contenidos en la carta	53

5.1.1. Ataque armado	53
5.1.1.1 Ratione materiae.....	54
5.1.1.2. Ratione personae	56
5.1.1.2.1. Sujeto activo.....	56
5.1.1.2.2. Sujeto pasivo	60
5.1.1.3. Ratione temporis.....	61
5.1.2. Requisitos relacionados con el Consejo de Seguridad	62
5.1.2.1. Temporalidad y subordinación	62
5.1.2.2. Comunicación.....	64
5.2. Requisitos consuetudinarios.....	64
5.2.1. Proporcionalidad	66
5.2.2. Necesidad	68
5.2.3. Inmediatez	70
5.3. Requisitos especiales de la legítima defensa colectiva	71
6. La legítima defensa anticipatoria	72
6.1. Distinción terminológica.....	72
6.2. Posturas restrictivas versus permisivas	74
7. Legalidad de la legítima defensa anticipatoria	75
7.1. Interpretación de la Carta.....	75
7.1.1. El texto artículo 51 y su contexto.....	75
7.1.2. Interpretación acorde al objeto y fin.....	79
7.1.3. La concepto de “inminencia” y el principio de efectividad	81
7.1.4. Los Trabajos preparatorios de la Carta.....	85
7.2. El derecho consuetudinario previo.....	90
7.2.1. La legítima defensa entre 1928 y 1945	93
7.2.2. Incompatibilidad con los requisitos consuetudinarios de la legítima defensa.....	98
7.2.3. El incidente Caroline como sustento de la legítima defensa anticipatoria	99

7.3. La práctica de los Estados	102
7.3.1. Tratados.....	103
7.3.2. Algunos casos paradigmáticos	105
7.3.2.1. Crisis de los misiles en Cuba (1962)	106
7.3.2.2. La guerra de los Seis Días (1967).....	107
7.3.2.3. Guerra Irán-Irak (1980)	109
7.3.2.4. Bombardeo del reactor Osirak (1981)	109
7.3.2.5. La doctrina Bush, la guerra de Irak y las guerras preventivas (2002-2003).....	110
7.3.3. Otra práctica.....	115
7.3.3.1. El impacto de los ataques del 11 de septiembre de 2001 en el ius contra bellum	118
7.4. La posición de la Corte.....	122
8. La legítima defensa de interceptación.....	125
Conclusión.....	127
Bibliografía	137
Libros y capítulos de libros	137
Artículos en revistas	140
Tratados.....	145
Resoluciones	145
Sentencias, opiniones consultivas.	146
Declaraciones y documentos oficiales	146
Reportes e informes.....	147
Artículos web, noticias y <i>blogs</i>	148

Resumen

El presente trabajo pretende realizar un análisis jurídico de la denominada “legítima defensa anticipatoria”. El estudio se desarrollará, en primer lugar, ubicando dicha controversia en el marco del desarrollo progresivo de las limitaciones y prohibiciones relativas al uso de la fuerza en el derecho internacional. Esto se traducirá en un estudio de la ausencia, aparición y posterior evolución del *ius ad bellum* y del *ius contra bellum*, poniendo particular énfasis en los hitos que tuvieron lugar en la primera mitad del siglo XX en esta materia.

Posteriormente, y una vez reseñada la forma en que el uso de la fuerza entre Estados fue finalmente proscrito en el derecho internacional, se procederá a realizar un análisis de la naturaleza jurídica de la citada proscripción y las distintas consecuencias jurídicas que tienen lugar como resultado de la vulneración de la norma y sus excepciones.

Consecutivamente, se entrará de lleno en el concepto de la legítima defensa como excepción a la prohibición del uso de la fuerza, analizándose su naturaleza, requisitos y modalidades.

En la parte central de este trabajo se abordará la legalidad del uso de la fuerza invocando la legítima defensa en el derecho internacional antes de que tenga lugar un ataque armado, es decir, de una manera preventiva o anticipatoria, a través de la interpretación del artículo 51 y la Carta de Naciones Unidas, incluyendo sus trabajos preparatorios; la costumbre previa y posterior a su entrada en vigor; así como la postura adoptada por la Corte Internacional de Justicia en este respecto.

Astract

The present work intends to carry out a legal analysis of the so-called "anticipatory self defense". Firstly, the study will be developed placing that controversy within the framework of the progressive grow of limitations and prohibitions regarding use of force in international law. This will result in a study of the absence, appearance and subsequent evolution of *ius ad bellum* and *ius contra bellum*, placing particular emphasis on the milestones occurred in the first half of the twentieth century in this area.

Subsequently, and after discussing the way in which unilateral use of force was forbidden in international law, an analysis of the nature of the prohibition, their exceptions and the different legal consequences as a result of the violation of the norm, will be held.

The concept of self-defense will be fully studied as an exception of the prohibition of the use of force as well as it's nature, requirements and modalities.

In the central part of this paper, the legality of the use of force in international law invoking self-defense, before an armed attack occurs will be addressed, through the interpretation of Article 51 and the other relevant norms of the United Nations Charter, including its *travaux préparatoires*; customary international law, before and after 1945; and the position taken by the International Court of Justice as well.

Introducción

De los diversos temas del derecho internacional público, aquellos relacionados al *ius ad bellum* se caracterizan por ser particularmente controversiales. Sobre pocas materias es posible encontrar tan variada bibliografía y posiciones radicalmente opuestas en doctrina. Tópicos como la intervención humanitaria o la responsabilidad de proteger, las represalias armadas, la protección de nacionales en el extranjero o la legítima defensa contra actores no estatales, son objeto de permanente debate entre juristas y Estados.

Dentro de los tópicos discutidos está la cuestión de la legítima defensa ejercida con anterioridad a un ataque armado, es decir, una legítima defensa que denominaremos como "proactiva". Dentro de la legítima defensa proactiva existen la legítima defensa anticipatoria, frente a la amenaza de un ataque inminente; y los ataques preventivos o legítima defensa preventiva, frente a una amenaza latente de un ataque armado distante. El presente estudio tendrá como tema central la legalidad de la legítima defensa anticipatoria.

La creciente amenaza del terrorismo global y la posesión de armas de destrucción masiva permite que el tema de la legítima defensa anticipatoria cobre mayor vigencia e importancia, y con esto se vuelva ostensiblemente más controversial. Lo anterior es particularmente cierto si consideramos las recientes tentativas de acción anticipatoria, o lisa y llanamente acción preventiva, contra ciertos Estados como Irán o Corea del Norte. Y es que el negar o defender el derecho de un Estado a frente a lo que se concibe como un país enemigo preparando un ataque o adquiriendo la tecnología para un ataque futuro que implique el uso de armas de destrucción masiva, es una postura que requiere de análisis, especialmente por las consecuencias jurídicas aparejadas a la violación de la prohibición del uso de la fuerza entre Estados.

La guerra, especialmente a propósito de cómo se desarrolló en la primera mitad del siglo XX, causó un fuerte impacto en la comunidad internacional, lo que convenció a las naciones del mundo acerca de la necesidad de proscribir este fenómeno. La existencia de armas que pueden extinguir millones de vidas en tan sólo segundos elevó la preocupación por la guerra concibiéndola como un peligro no solo para la soberanía estatal, sino para la supervivencia de la humanidad.

En virtud de lo anterior es que la controversia será estudiada en el contexto de la evolución histórica de la regulación del uso de la fuerza, haciendo una revisión de las doctrinas de la guerra justa hasta llegar al derecho internacional contemporáneo que reemplazó el *ius ad bellum* por el *ius contra*

bellum, prohibiendo el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, algo que además resultó fundamental para crear un nuevo orden internacional.¹

De esta forma, se pondrá énfasis en esta transición progresiva hacia el *ius contra bellum*, mediante el análisis de las normas que han prohibido o limitado el uso de la fuerza, su naturaleza jurídica, las consecuencias de su vulneración, así como la relación de este principio general con sus posibles excepciones.

Es aquí donde la legítima defensa anticipatoria encuentra su primer obstáculo, el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas el cual señala que este derecho se ejerce "en el caso de un ataque armado". En virtud de lo anterior, se realizará un estudio del texto de la disposición según las reglas de interpretación de los tratados, prosiguiendo con un análisis del derecho consuetudinario y la práctica de los Estados, previo y posterior a la entrada en vigor de la Carta, así como la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.

Cabe señalar que este trabajo se centrará en la legalidad de esta práctica cuando la legítima defensa se ejerce entre Estados, sin ahondar en la forma en que los Estados han reaccionado ante amenazas provenientes de actores no estatales.

El análisis que se realizará será uno de carácter eminentemente jurídico y de *lege lata*, sin aproximarse mucho a cuestiones que dicen relación con la estrategia y táctica militar; las relaciones internacionales y el contexto global; o las variables domésticas que inciden en la decisión de utilizar la fuerza por parte de los Estados. Lo anterior no puede ser visto como una pretensión de restar relevancia a dichos factores, ya que probablemente son éstos y no el derecho los que terminan condicionando el actuar de un Estado en el plano internacional, donde muchas veces termina primando el pragmatismo.² Esto, de todas formas, no quiere decir que el derecho internacional esté ausente en la toma de decisiones de los Estados ni pueda llegar a influenciar más en el futuro, como se verá más adelante. El conocido latinismo *inter arma silent leges* no puede servir de excusa para conceder la derrota del derecho internacional en este ámbito.

¹ Antônio Augusto Cançado Trindade, "The Primacy of International Law over Force" en *La Promotion de la Justice, Des Droits de L'homme Et Du Règlement Des Conflits Par Le Droit International*, ed. Marcelo Kohen (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007), 1051.

² Véase Rachel Bzostek, *Why not Preempt? Security, Law, Norms and Anticipatory Military Activities*, (Hampshire: Ashgate, 2008), 43-51.

A continuación, se desarrollará la distinción entre el *ius ad bellum* y el *ius in bello*, lo anterior con el objeto de delimitar el objeto del presente trabajo.

1. El *ius ad bellum* y el *ius in bello*

La regulación del uso de la fuerza tradicionalmente se ha compuesto por dos ramas, el *ius ad bellum* y el *ius in bello*.

Es posible definir al *ius ad bellum* como aquella área del derecho internacional que ha pretendido prohibir el uso de la fuerza entre Estados, estableciendo parámetros que determinen en qué condiciones éstos pueden recurrir a fuerza en sus relaciones internacionales. El *ius in bello* o derecho internacional humanitario, en tanto, limita la manera en que los Estados emplean la fuerza armada dentro de un conflicto bélico, mediante la regulación de las armas, métodos y comportamiento de las partes beligerantes y sus fuerzas armadas, protegiendo y asistiendo a civiles y no combatientes.

El *ius ad bellum* contemporáneo está constituido con una regla general que prohíbe el uso de la fuerza entre Estados y las excepciones a dicha prohibición, acompañadas con requisitos y condiciones para invocarlas lícitamente. Lo anterior permite afirmar que en realidad nos encontramos frente a un *ius contra bellum* en lugar de un *ius ad bellum*.³

Así, mientras el *ius ad bellum* regula el “**cuándo**” puede recurrirse a la fuerza armada por parte de los Estados, estableciendo normas generales, condiciones y excepciones para estos efectos; el *ius in bello* regula el “**cómo**” un ente beligerante debe hacer uso de la fuerza, una vez que se ha iniciado un conflicto bélico. Otra forma de explicar esta distinción es describir el *ius ad bellum* como el “derecho **a la** guerra”, y el *ius in bello* como la “derecho **en la** guerra”.⁴

La distinción entre estas dos ramas resulta fundamental.⁵ Cuando las acciones armadas u hostilidades se inician, las normas del *ius in bello* rigen, pero lo hacen con igual fuerza respecto de todas las partes involucradas en el conflicto armado, independiente de quién haya vulnerado las normas del *ius ad bellum* o *ius contra bellum*, es decir, no es relevante quién es el agresor o el agredido para estos efectos.⁶ Así, un Estado que cumple con las normas del *ius ad bellum* puede al mismo tiempo cumplir

³ Cançado Trindade, “The Primacy of International Law over Force”, 1053.

⁴ Michael Walzer, *Guerras justas e injustas: Un razonamiento moral con ejemplos históricos* 3º ed., trad. Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar (Barcelona: Paidós, 2001), 51.

⁵ Sin embargo, esta distinción no siempre existió en la historia del *ius gentium*. En la época en que primó la teoría de la guerra justa, el *ius ad bellum* y el *ius in bello* eran dos ramas interdependientes del derecho internacional y el uso de la fuerza. Véase Judith Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States* (New York: Cambridge University Press, 2004), 33.

⁶ Christopher Greenwood, “Historical Development and Legal Basis” en *The Handbook of Humanitarian International Law*, ed. Dieter Fleck (New York: Oxford University Press, 2008), 10. Autores como Emerich de Vattel (1714–1767) tomaron los los principios de Grocio, al señalar que las normas relativas a la conducción de hostilidades se aplican a todos los beligerantes,

las del *ius in bello*, y a *contrario sensu*, un Estado agresor podría no incurrir en violaciones del *ius in bello*. De esta forma, ambos conjuntos normativos operan paralela y separadamente.

Esta idea, sin embargo, puede parecer incongruente con el principio *ex injuria non oritur ius*⁷, particularmente porque el derecho internacional humanitario contempla ciertos derechos que gozan las partes beligerantes,⁸ lo que implicaría reconocerlos a combatientes y civiles, sin perjuicio de que pertenezcan al Estado agresor.

Lo cierto es que esta estricta separación entre ambos regímenes es necesaria debido a que su combinación debilitaría sistemáticamente la aplicación del derecho internacional humanitario.⁹ Si no se hiciera esta distinción, todo Estado adjudicaría a su adversario el cargo de ser agresor con el fin de exonerarse de las obligaciones que emanan del derecho internacional humanitario para con su contendiente.

Por otro lado, y sumado a la pérdida de importancia del principio de reciprocidad en cuanto a la protección de la persona se refiere,¹⁰ también resultaría improbable en la práctica que un Estado respete las normas del derecho internacional humanitario respecto de su co-beligerante, sabiendo que éste último no lo hará porque lo considera agresor.¹¹

Sin perjuicio de esta separación, ambos regímenes comparten un rasgo en común: limitan legalmente la violencia empleada en el marco de conflictos armados.

independiente de la justicia de su causa. Kinga Tibori Szabó, *Anticipatory Action in Self-Defense Essence and Limits under International Law* (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2011), 63.

⁷ Traducido del latín: “Una ilegalidad no origina un derecho”

⁸ Por ejemplo, el estatus de los prisioneros de guerra.

⁹ Derek Jinks. “International Human Rights Law in Time of Armed Conflict” en *International Human Rights Law in Time of Armed Conflict*, ed. Andrew Clapham y Paola Gaeta (Oxford: Oxford University Press, 2014), 668.

¹⁰ Frits Kalshoven. “Laws of War” en *Encyclopedia of Public International Law: Use of Force • War and Neutrality (N-Z)*, ed. Rudolf Bernhardt (New York: North-Holland Publishing Company, 1982), 321.

¹¹ Quincy Wright “The Outlawry of War and the Law of War” *The American Journal of International Law* 47, no. 3 (1953): 376, doi:10.2307/2194678

2. Historia del *ius ad bellum* hasta 1914

2.1. La Antigüedad y la guerra justa

Las guerras, ya sean descritas como una contienda armada entre naciones, o primitivamente, entre tribus y clanes,¹² han acompañado al hombre desde siempre. Incluso desde que la historia comenzó a registrar las actividades de los seres humanos organizados, este fenómeno persistentemente ha estado entre los principales tópicos abordados.¹³ En la historia de la humanidad, no más de 250 años han sido enteramente pacíficos y cerca de 14,000 guerras se han peleado en los últimos 5,000 años¹⁴

Durante la Antigüedad, hubo un predominio de los intereses particulares y el expansionismo territorial por sobre valores como la coexistencia pacífica entre las distintas civilizaciones.¹⁵ En la antigua Grecia, el fuerte supremacismo profesado por los griegos, fomentó las relaciones agresivas con otras naciones y en la misma Hélade. A pesar de esto, la literatura griega se manifestó contra las guerras, otorgándole importancia a la invocación de justas causas, no sin antes demandar la reparación de los daños o injurias que las motivaban.¹⁶

El principio de requerir justas causas para declarar la guerra fue desarrollándose en Roma.¹⁷ Además, se contempló una exigencia formal de declaración de guerra.¹⁸ La justa causa generalmente decía relación con el propósito de reparar o vengar un mal provocado por el rival. Un ejemplo de esto es la injuria dirigida hacia los embajadores romanos en el exterior, ofensa que era considerada particularmente grave en la época. Otro *casus belli* era el incurrir en incumplimiento de tratados.¹⁹ El

¹² Se emplea la palabra “guerra” en un sentido amplio, sin adoptar la noción más estricta de Oppenheim, quien la define como una contienda entre dos o más Estados a través de sus fuerzas armadas, con el propósito de prevalecer por sobre el otro (*overpowering each other*) e imponerle al vencido los términos de paz. Citado en Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self Defense*, 5ta ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), 5.

¹³ Joachim Von Elbe, “The Evolution of the Concept of the Just War in International Law” *The American Journal of International Law* 33, no. 4 (1939): 665, doi:10.2307/2192879

¹⁴ Sergey Sayapin, *The Crime of Aggression in International Criminal Law* (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2014), xv.

¹⁵ No obstante, también existieron relaciones amistosas entre algunas. David Bederman, *International Law in Antiquity* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), 229. En China, la guerra era vista como algo natural, cuyo origen era asimilable al instinto animal. Algunos estudiosos chinos concebían la guerra como un medio para alcanzar el bienestar del Estado. Confucio, por el contrario, condenó las guerras como una manifestación de “barbarismo y estupidez”. Sun Tzu, autor del clásico “El Arte de la Guerra”, consideró que las guerras eran inevitables. En India, en tanto, la guerra era sólo un método secundario, el evitar la guerra y fortalecer la paz eran considerados el arte de un diplomático hábil. Sayapin, *The Crime of Aggression*, 10-2.

¹⁶ Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States* (Oxford: Oxford University Press, 1963), 3.

¹⁷ Con el tiempo tanto la civilización griega como romana comenzaron a prohibir, legal y religiosamente, el desencadenar una guerra sin mediar una causa que la legitime. Estas causas usualmente eran la violación de un tratado; el retiro de una alianza; una ofensa cometida contra el Estado o un aliado o sus representantes; la ruptura de la neutralidad; entre otras. Tibori Szabó, *Anticipatory Action*, 33

¹⁸ 222. Cicerón consideraba que ninguna guerra había sido justa si no estaba precedida de una advertencia o demanda de satisfacción de las correspondientes reivindicaciones, sumado a una declaración formal de guerra. Brownlie, *International Law and Use of Force*, 4

¹⁹ Baderman, *International Law in Antiquity*, 224-5

interés manifestado por los romanos en cuanto a justificar los conflictos bélicos que emprendían era fomentado por la creencia de que al estar justificada la guerra, la victoria estaría asegurada.²⁰

Así, la guerra dejó de ser concebida como algo cotidiano, como un mero atributo “natural” de las relaciones internacionales que no requería mayor explicación, pasando a ser entendida como un estado “patológico”, anormal, que necesitaba ser justificado.²¹ Esta transición ocurrida durante la Antigüedad ha sido calificada como uno de los mayores saltos intelectuales en la historia humana,²² y permite explicar el origen de las teorías que buscan distinguir entre guerras justas e injustas, las que serán analizadas a continuación.

2.2. Auge y declive de la doctrina de la guerra justa

Durante los tres primeros siglos de existencia, el cristianismo concibió a la guerra como moralmente inaceptable, de hecho, prohibía a sus adherentes enlistarse en ejércitos.²³ Son célebres las palabras del mártir Maximiliano a fines del siglo III: “No puedo ser militar, pues soy cristiano”.²⁴

Esta teología temprana pronto mutaría cuando el cristianismo es declarado la religión oficial del Imperio Romano con el Edicto de Tesalónica en el año 380. Así, con la cristianización del Imperio, se necesitó un cambio de paradigma que permitiera el uso de la fuerza.

Debido a esto, y marcando la transición de una doctrina eminentemente pacifista, teólogos como Tomás de Aquino, y más tardíamente Francisco de Vitoria y Francisco Suarez, siguieron los lineamientos establecidos por Agustín de Hipona,²⁵ al contemplar una serie de requisitos que debían cumplir las naciones con el fin de que las guerras sean consideradas justas.²⁶

²⁰ *Ibíd.*, 223.

²¹ Stephen C. Neff, *War and the Law of Nations: A General History* (New York: Cambridge University Press, 2005), 14.

²² *Ibíd.*

²³ Von Elbe, “The Evolution of the Concept of the Just War”, 665.

²⁴ Antonio Osuna Fernández-Largo, “El derecho de la paz en la escuela española del derecho natural” *Anuario de filosofía del derecho* 2 (1985): 197, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142071.pdf> Se estima que uno de los méritos de la postura pacifista del cristianismo temprano es el haber influenciado posteriormente a teólogos acerca de la importancia de justificar acciones militares. Tibori Szabó, *Anticipatory Action*, 35.

²⁵ Agustín de Hipona consideraba la guerra justa como un medio que solo podía utilizarse para buscar la paz, el objeto era remediar las injurias sufridas cuando el culpable se rehusaba a hacerlo. Malcolm Shaw, *International Law*, 6ta edición (New York: Cambridge University Press, 2008), 1119; Von Elbe. “The Evolution of the Concept of the Just War”, 669. Sin embargo, también justificó las guerras de religión libradas contra los “herejes” o los “pueblos bárbaros”. Fernández-Largo, “El derecho de la paz”, 197. Agustín de Hipona se basó en Cicerón para elaborar sus teorías. Charles Amjad-Ali. “Jihad and Just War Theory: Dissonance and Truth” *Dialog: A Journal of Theology* 48, no. 3 (2009): 241, doi:10.1111/j.1540-6385.2009.00467.x

²⁶ En esto, aglomeramos teóricos de diversas corrientes. En cuanto a Francisco de Vitoria y Francisco Suarez, son representantes de la escolástica española. Estos autores se destacan a su vez por haber distinguido entre las guerras defensivas y ofensivas, con el objeto de proscribir estas últimas únicamente cuando son libradas por particulares. Tibori-Szabó, *Anticipatory Action*, 45-7.

Los requisitos que originalmente integraron la doctrina de la guerra justa desde la perspectiva tomista pueden ser resumidos de la siguiente forma:²⁷ 1) La guerra debe ser declarada por una autoridad, como el soberano; 2) Debe tener una justa causa; 3) Debe haber una recta intención de promover el bien y no el mal.²⁸

De esta forma, la guerra se legitimó como herramienta de autotutela, siempre y cuando, ciertos criterios relativos a la autoridad de quien recurría a la fuerza; sus objetivos; e intención de la guerra, fueran cumplidos.²⁹

La influencia de la Iglesia Católica en la Europa medieval determina que la doctrina de la guerra justa sea adoptada como el derecho de la época,³⁰ sin perjuicio de que el cristianismo no fue la única religión monoteísta en elaborar esta doctrina.³¹

Posteriormente, las teorías de la guerra justa serían adoptadas y desarrolladas por varios juristas que, desde una perspectiva apartada de la escuela escolástica, sentaron las bases de lo que sería el derecho internacional moderno y la regulación del uso de la fuerza.

Es el caso del holandés Hugo Grocio (1583-1645), considerado uno de los padres del derecho internacional, que, desde el iusnaturalismo moderno, denominado a veces racionalista, reafirmó el principio de que no todas las guerras son repugnantes para la ley natural,³² rechazando a la vez las guerras religiosas.³³ Citando a Cicerón, ratificó el principio que concibe a las guerras como último recurso. A

²⁷ Manuel Díaz de Velasco Vallejo, *Instituciones del Derecho Internacional Público*, 16 ed. (Madrid: Tecnos, 2007), 1033. Otros requisitos que se suelen adicionar son: 1) la **proporcionalidad** entre costos y beneficios de la acción armada, en otras palabras; 2) su **probabilidad de éxito**; 3) que la guerra sea de “*ultima ratio*”, el que se ha asimilado al principio de **necesidad**. Al respecto véase también Juan Francisco Lobo, *Teoría y Práctica de la Intervención Humanitaria en la Tradición de la Guerra Justa* (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2013), 82-99 y 117-24.

²⁸ Von Elbe. “The Evolution of the Concept of the Just War”, 669. Con esto se excluían móviles como la codicia o la venganza.

²⁹ Leo van Den Hole, “Anticipatory Self-Defense under International Law”, *American University International Law Review* 19 (2003): 70, <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1160&context=auilr>

³⁰ Santiago Benadava, *Derecho Internacional Público* 8ta edición (Santiago: Lexis Nexis, 2004), 361.

³¹ La doctrina de la guerra justa en el mundo islámico encuentra sus orígenes junto con el surgimiento mismo de la religión en cuestión. Amjad-Ali, “Jihad and Just War Theory”, 239. En el islam, entre las justas causas se contempló el ejercicio de una legítima defensa, el castigo por apostasía o la acción contra los no musulmanes con el fin de propagar la fe. Brownlie, *International Law and the Use of Force*, 6. La guerra entre musulmanes, en cambio, estaba generalmente proscrita. Sayapin, *The Crime of Aggression*, p. 15. En el islam, una acción ofensiva requería la autorización del soberano, mientras que la acción defensiva, no lo exigía. En el caso de la tradición judía, en tanto, se elaboró una distinción entre guerras obligatorias y guerras permitidas. Entre las obligatorias están las defensivas y aquellas contra las siete naciones que habitaban Canaán, esto con el fin de conquistar la tierra. Entre las permitidas, estaban aquellas que tenían como fin la expansión territorial. Brownlie, *International Law and Use of Force*, 4. Una tercera categoría de naturaleza más doctrinaria son las guerras prohibidas, entre las cuales se mencionan aquellas que tienen el fin de obtener la conversión religiosa y aquellas guerras denominadas “por la civilización, contra la barbarie”. Michael Walzer, *Law, Politics and Morality in Judaism* (Princeton: Princeton University Press, 2006), 151-2.

³² Hugo Grocio, *Rights of War and Peace*, Libro II, ed. Richard Tuck de la ed. De Jean Barbeyrac (Indianapolis: Liberty Fund, 2005), 185.

³³ Tibori Szabó, *Anticipatory Action*, 49. En cuanto a las guerras religiosas, Grocio no fue pionero en rechazarlas, previamente algunos escolásticos lo habían hecho, al igual que Gentili.

éstas podía recurrirse únicamente cuando el método de la argumentación, es decir, “la vía peculiar del hombre”, no pueda ser empleado, dejando “la vía peculiar de las bestias”, o sea, la fuerza, como última alternativa.³⁴

Según Grocio, la guerra no podía ser considerada legítima a menos que respondiera a justas causas, tales como: 1) la legítima defensa, previa a que un ataque se genere, o bien, cuando este último está en progreso;³⁵ 2) la restitución de algo propio o el intento de hacer prevalecer un derecho injustamente negado;³⁶ y 3) castigo o la respuesta a un agravio.³⁷

En cuanto al elemento temporal de la legítima defensa, el jurista holandés, al igual que Gentili, concibe el ejercicio de la legítima defensa de manera previa y antes de que el ataque se genere.³⁸ Así se podrá prevenir que una ofensa se concrete, aun cuando la amenaza se encuentre a una “distancia considerable”, incluyendo la posibilidad de “castigar” y “vengar” la injuria, esto debido a la carencia de un tribunal como ocurre en las “guerras” entre particulares.³⁹

Respecto a la amenaza que se encuentra a una “distancia considerable”, Grocio aclara que se refiere a una acción que ha comenzado, pero sin embargo no se ha llevado a cabo.⁴⁰ Esta confusa aseveración es interpretada afirmando que Grocio consideraría apropiada la legítima defensa “preventiva”, únicamente frente a ataques inminentes que se están preparando.⁴¹

Lo anterior cobra sentido considerando que Grocio, a diferencia de Gentili,⁴² rechaza la utilización de la fuerza contra un príncipe o Estado cuyo poder esté aumentando, bajo la premisa de constituir una potencial amenaza que pudiera traducirse en una agresión en el futuro. Lo contrario le parecería una

³⁴ Grocio, *Rights of War and Peace*, 185.

³⁵ Tibori-Szabó, *Anticipatory Action*, 50. Para Grocio sería legítimo matar a quien se está preparando para asesinar. Citado en David M. Ackerman, *International Law and the Preemptive Use of Force Against Iraq* (Congressional Research Service: Report for Congress, 2003), 2.

³⁶ Grocio además señalaba que en el caso de que la restitución no sea entendida de manera amplia, no se incluiría “el pago de lo que es debido”, ante lo cual se ha concluido que el autor agrega con esto una cuarta causal. Grocio, *Right of War and Peace*, 396.

³⁷ Grocio, *Rights of War and Peace*, 395; Julio Barboza, *Derecho internacional público*, (Buenos Aires: Zavalía, 1999), 236. Emer de Vattel (1714 – 1767), uno de los juristas influidos por Grocio adhería a varias causas que podrían justificar la guerra, incluyendo la legítima defensa, la preservación de derechos y la mantención del balance de poder. Brownlie, *International Law and the Use of Force*, 41.

³⁸ Tibori-Szabó, *Anticipatory Action*, 50.

³⁹ Grocio, *Rights of War and Peace*, 416-7.

⁴⁰ *Ibíd.*, 417.

⁴¹ Tibori-Szabó, *Anticipatory Action*, 53; Bzostek, *Why not preempt?* 66. Grocio habría sido uno de los primeros en plantear el criterio de la inminencia. Noam Lubell "The Problem of Imminence in an Uncertain World" en *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, ed. Marc Weller, (Oxford: Oxford University Press, 2015), 697. La frase haría más bien referencia a una legítima defensa de interceptación. Véase la [sección octava](#).

⁴² Tibori-Szabó, *Anticipatory Action*, 52. Tibori-Szabó describe la posición de Gentili como asimilable a la teoría de la prevención contemporánea expuesta por Elihu Root y la reciente doctrina Bush, entre otros, tal como se verá en la [sección 7.3.2.5](#)

“abominación” al principio de equidad. El autor prefiere depositar la confianza en medidas precautorias “inocentes” o en la “protección de la providencia”.⁴³

A pesar de la profusa atención de varios juristas a la teoría de la guerra justa, desde inicios del siglo XIV los cuestionamientos a esta doctrina aumentan, reconociéndose que una guerra podía ser justa para ambos contrincantes si actuaban de buena fe, lo que generó que se le diera mucha más importancia al requisito formal de la declaración de guerra por una autoridad, por sobre la justa causa.⁴⁴ A partir del siglo XVII, con la Paz de Westfalia, el surgimiento de los Estados-Nación y su balance de poder, la teoría de la guerra justa comenzó a ser relegada al ámbito de la moralidad y la propaganda,⁴⁵ los reyes y soberanos decidían con libertad si recurrían o no a las armas.⁴⁶

Para el siglo XIX, varios juristas aceptarían que la doctrina de la guerra justa estaba definitivamente abandonada.⁴⁷ Al respecto, el jurista Thomas Joseph Lawrence elocuentemente afirmó: “*Distinctions between just and unjust causes of war belong to morality and theology, and are as much out of place in a treatise on International Law as would be a discussion on the ethics of marriage in a book on the law of personal status.*”⁴⁸ Sin perjuicio lo anterior, existen algunos ejemplos de cómo la doctrina de la guerra justa influyó en el actuar de ciertos países incluso tras su declive.⁴⁹

La guerra era vista como un derecho irrestricto de los Estados y un medio más para solucionar controversias. El derecho a recurrir a la guerra era el ejercicio de una facultad que emanaba de la soberanía de los Estados, en virtud de la cual nadie podía cuestionar los “intereses vitales” que se

⁴³ Grocio, *Rights of War and Peace*, 417.

⁴⁴ Tibori-Szabó, *Anticipatory Action*, 43. El autor denomina estos argumentos como la “teoría probabilista o bilateral”. En el mismo sentido véase Fritz Munch, “Laws of War History” en *Encyclopedia of Public International Law: Use of Force, War and Neutrality (N-Z)*, ed. Rudolf Bernhardt (New York: North-Holland Publishing Company, 1982), 326. El hecho que una guerra pueda ser justa para ambos beligerantes coincide con el surgimiento de guerras entre naciones cristianas.

⁴⁵ Brownlie, *International Law and Use of Force*, 14. Para Shaw, la teoría de la guerra justa desaparece del derecho internacional propiamente tal en esta época. Shaw, *International Law*, 1120. Esto no implica la desaparición de las normas relativas a la neutralidad una vez que se declaraba el estado de guerra. Para Benadava, el concepto de guerra justa comienza a declinar en el siglo XVI. Benadava, *Derecho Internacional Público*, 361.

⁴⁶ Benadava, *Derecho Internacional Público*, 361.

⁴⁷ J.L. Brierly, “International Law and Resort to Armed Force” *The Cambridge Law Journal* 4 no. 3 (1932): 308, doi:[10.1017/S0008197300131952](https://doi.org/10.1017/S0008197300131952) Esto se explica por los siguientes factores: 1) el declive de la autoridad papal, elemento necesario para juzgar la “justicia” de la guerra en el caso concreto; 2) el auge del positivismo que relegó la teoría de la guerra justa al ámbito de la moralidad atendido su fuerte componente iusnaturalista. Véase Gardam, *Necessity and Proportionality*, 40. Hay autores que ubican esto en el siglo XVIII. Barboza, *Derecho Internacional*, 237. Lo anterior no quiere decir que el asunto no fuera igualmente abordado por juristas. Véase Andrés Bello, *Derecho de Jentes*, (Santiago, 1840), 169-185.

⁴⁸ Thomas Lawrence y Percy Winfield, *The Principles of International Law*, 7^o edición (London: MacMillan, 1929), 326. Citado en Dinstein, *War, Aggression and Self Defence*, 32.

⁴⁹ Algunos ejemplos que pueden mencionarse: la Constitución Francesa de 1791 prohibía la guerra agresiva. Durante la invasión de Silesia en siglo XVII, Federico II el Grande se esforzó en encontrar una justificación para la guerra, contratando a juristas para elaborar un memorándum sobre el tema. Lo mismo respecto de la invasión de Sajonia en 1756 y las campañas que enfrentaron a Francia y Gran Bretaña en el contexto de las guerras revolucionarias francesas. Véase Brownlie, *International Law and the Use of Force*, 17-8.

invocaban para declararla.⁵⁰ De ahí que Von Clausewitz describiera la guerra como un verdadero instrumento político, una mera “continuación de la política por otros medios”.⁵¹ Esto implicó, a su vez, un reconocimiento de las conquistas territoriales realizadas por medio de la fuerza.⁵²

Tras el declive de la doctrina de la guerra justa, el estatus legal de la guerra en el derecho internacional podía sintetizarse de la siguiente forma: “*The present public international law (...) has no rules concerning the problem of when it is allowed to wage war. If a state so decides, it can resort to war whenever it wants. In relations between States the use of force is allowed (...)*”⁵³

En derecho internacional actual, cuando se discute esta teoría, es necesario hacer un distingo entre la doctrina de la guerra justa o *iustum bellum* y la noción de *bellum legale*, o guerra legal. Esta distinción es fundamental dentro del derecho internacional contemporáneo. La aplicación contemporánea de la teoría de la guerra justa, y sus a veces ambiguos parámetros, con el objeto de justificar el uso de la fuerza, siempre debe estar sujeta a las normas jurídicas que determinan su legalidad.

El seguir una dirección contraria, esto es, el no sujetar las normas del *justum bellum* al *bellum legale* podría constituir una peligrosa aproximación al derecho internacional existente de manera previa a los intentos de la comunidad internacional por prohibir el uso de la fuerza. Precisamente, a la teoría del *justum bellum* han acudido algunos que buscan amparar y defender acciones que podrían vulnerar la Carta de Naciones Unidas.

2.3. La guerra como último recurso y otros desarrollos

Como corolario de la idea de algunos autores de concebir a la guerra como un medio para resolver disputas y remediar las injurias proferidas por un Estado contra otro, es que en la segunda parte del siglo XIX se comienza a consolidar la noción de que la guerra constituye el último recurso para solucionar controversias, elemento que ya estaba presente en la doctrina de la guerra justa y que hoy se manifiesta a través del requisito de la necesidad en el ejercicio de la legítima defensa dentro del *ius contra bellum* contemporáneo.

Al respecto, resulta relevante la mención de los Tratados para el Avance de la Paz o Tratados Bryan, llamados así por el nombre del secretario de Estado de Estados Unidos en dicha época. Estos

⁵⁰ Las implicancias de esta teoría llevaron a algunos a señalar que países como Suecia, donde regía un régimen de permanente neutralidad, no poseían una soberanía absoluta en el plano externo. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 78. De ahí también la noción de que los Estados al suscribir tratados antiguerra renunciaban a parte de su soberanía.

⁵¹ Carl von Clausewitz, *On War*, Trad. Michael Howard y Peter Paret (New York: Cambridge University Press, 2007), 28.

⁵² Brownlie, *International Law and the Use of Force*, 20. El autor enumera numerosas invasiones y anexiones que no fueron vistas como ilícitas.

⁵³ Paul Heilborn. “Grundbegriffe und Geschichte des Völkerrechts” (Berlin: W. Kohlhammer, 1912), 23. Citado en Albrecht Randelzhofer. “Use of Force” en *Encyclopedia of Public International Law: Use of Force, War and Neutrality (N-Z)*, ed. Rudolf Bernhardt (New York: North-Holland Publishing Company, 1982), 266.

tratados firmados entre 1913 y 1916, consistían en acuerdos bilaterales que contrajo Estados Unidos con otros países en los que las partes se obligaban a recurrir a una instancia de mediación. De esta forma los Estados debían esperar el reporte de una comisión de mediación, el cual era entregado a más tardar un año de haberse sometido el asunto al conocimiento de dicha comisión, sin perjuicio de que los Estados podían prorrogar dicho plazo. Durante dicho periodo, las partes en disputa se obligaban a abstenerse de hacer uso de la fuerza.

Estos instrumentos, además de un medio pacífico de solución de controversias, ofrecían una oportunidad durante la elaboración del reporte para que las voces más razonables de los respectivos países se hicieran escuchar por sobre quienes instaban por la salida bélica.⁵⁴ Estados Unidos celebró estos tratados bilaterales con 48 países, incluido Chile.⁵⁵

Este, y otros acontecimientos como la formación de ciertos tribunales internacionales,⁵⁶ fortalecieron el principio que le daba preeminencia a los medios pacíficos de solución de controversias, por sobre una salida armada.⁵⁷

Adicionalmente, en el contexto latinoamericano, podemos notar una actitud más proclive a renunciar a la guerra, en comparación con Europa. Ya en 1883, en una declaración de algunos gobiernos de la región se afirmó la existencia de una obligación de ignorar el “denominado derecho de conquista”.⁵⁸ Posteriormente, en 1889, en el marco de las denominadas Conferencias Panamericanas, se adoptó una recomendación señalando que el principio de la conquista no era admisible desde el punto de vista del derecho público americano, y que las cesiones territoriales bajo el uso o amenaza de uso de la fuerza eran nulas.⁵⁹ No obstante lo anterior, y a pesar del marcado carácter jurídico de las declaraciones, éstas últimas fueron vistas como meras recomendaciones no vinculantes.

De esta forma, cerca de un centenar de tratados que establecían el arbitraje como método pacífico de solución de controversias fueron celebrados antes de 1914. De todas formas, y si bien varias controversias se sometieron a estos tratados, muchas materias eran consideradas no justiciables por corresponder al ámbito de los “intereses vitales” para los Estados.⁶⁰

⁵⁴ James Brown Scott, *Treaties for the advancement of peace between the United States and other powers negotiated by the Honorable William J. Bryan* (New York: Oxford University Press, 1920), xi.

⁵⁵ *Ibíd.*, 11.

⁵⁶ Corte Permanente de Arbitraje creada en 1899 (aunque en sentido estricto no era un tribunal), y la Corte Centroamericana de Justicia creada en 1907. De esta sección fueron omitidos algunos tratados que pueden ser revisados en Randall Lesaffer, "Kellogg-Briand Pact (1928)" en R. Wolfrum (Ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ed. R. Wolfrum (Oxford University Press, 2011).

⁵⁷ Para más ejemplos véase Brownlie, *International Law and the Use of Force*, 22.

⁵⁸ Brownlie, *International Law and the Use of Force*, 25.

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ *Ibíd.*, 23.

Es relevante abordar este tema debido a que, si bien es cierto que la concepción de la guerra como último recurso ha estado presente en el ideario de la humanidad mucho antes,⁶¹ las manifestaciones reseñadas sí marcan la diferencia en cuanto a contemplar el principio en tratados internacionales multilaterales. Sin perjuicio de lo anterior, este principio no contradujo la noción de que recurrir a la guerra era visto como una facultad que emanaba de la soberanía de los Estados.⁶²

Otros esfuerzos más globales por regular esta facultad de los Estados datan de principios de siglo XX con las Conferencias de Paz de la Haya. Una restricción, más bien de carácter procedimental, la encontramos en la Tercera Convención de la Haya de 1907 relativa al comienzo de las hostilidades. Esta limitación dice relación con el inicio de las acciones armadas estableciendo un requisito formal de declaración de guerra.⁶³ El artículo primero del tratado en cuestión afirma que las potencias contratantes reconocen que las hostilidades entre éstas no deben comenzar sin una advertencia previa y explícita, ya sea con una declaración de guerra dando razones por las cuales se inicia el conflicto bélico, o a través de un ultimátum con una declaración de guerra condicional. De todas maneras, la norma tuvo poca significancia práctica ya que, en los años subsecuentes, los Estados recurrirían a la fuerza, sin mediar una declaración formal de guerra ni advertencia alguna.⁶⁴

Otra limitación, se recogió durante la Segunda Conferencia de la Haya de 1907, en la que se adopta la Convención sobre la Limitación del Empleo de la Fuerza para el Cobro de Deudas Contractuales o Convención Drago-Porter.⁶⁵ En ella se establece la prohibición de recurrir a la guerra contra un Estado para procurar el cobro de deudas. Sin embargo, esta prohibición no es absoluta, por cuanto está sujeta a la condición de que el Estado se niegue o ignore el ofrecimiento de una salida arbitral, o habiéndose sometido, haga imposible el compromiso o no cumpla con el dictamen hetero compositivo. La aplicación de este tratado era aún más limitada considerando los pocos Estados que la ratificaron,⁶⁶ y su inaplicabilidad respecto de préstamos intra-gubernamentales directos.⁶⁷

⁶¹ De hecho, la *ultima ratio* fue contemplada por algunos teóricos de la doctrina de la guerra justa, como Francisco de Vitoria. Fernández-Largo, "El derecho de la paz en la escuela española", 198.

⁶² Brownlie, *International Law and the Use of Force*, 50.

⁶³ Este requisito formal tiene sus antecedentes en la Antigua Roma; Cícero señaló que ninguna guerra puede ser considerada justa sin una advertencia y una declaración formal de guerra. Brownlie, *International Law and use of force*, 4.

⁶⁴ En el derecho internacional contemporáneo, una declaración de guerra no acompañada de actos podría ser considerada una amenaza de uso de la fuerza. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 200.

⁶⁵ Llamada así por el diplomático estadounidense Horace Porter y el ministro de relaciones exteriores argentino Luís María Drago, quienes propusieron la doctrina del mismo nombre consistente en que ninguna nación extranjera podía utilizar la fuerza para cobrar una deuda contra un Estado Latinoamericano. Esta surgía como respuesta a los bombardeos, represalias y bloqueos marítimos que Italia, Alemania y el Reino Unido impusieron contra Venezuela por su demora en el pago de deudas. Velasco, *Instituciones del Derecho Internacional Público*, 1034.

⁶⁶ El tratado fue ratificado por apenas 17 países de los 45 que asistieron a la Conferencia. Theodore Woolsey, "Drago and the Drago Doctrine" *The American Journal of International Law* 15, no. 4, (1921): 559, doi:10.2307/2188290

⁶⁷ Sólo era aplicable a deudas contractuales debidas por el gobierno de un país a los nacionales de otro. Brownlie, *Use of force and International Law*, 81.

3. El *ius ad bellum* y la “Gran Guerra”

La Primera Guerra Mundial causa un gran impacto en la comunidad de naciones. Sus efectos, ya sea en cantidad de fallecidos y heridos, destrucción y extensión geográfica del conflicto, no pasaron inadvertidos.

En virtud de este acontecimiento, es posible notar un cambio de actitud por parte de la comunidad internacional en relación a cómo era visto el fenómeno de la guerra. Así, la relativa libertad con que los Estados se involucraban en conflictos bélicos se vio mermada por un cambio de paradigma motivado por la observancia de las consecuencias que tuvo la Gran Guerra en Europa. Esto, a la larga, iría asentando las bases de lo que años y décadas después se denominaría como *ius contra bellum*.

De esta forma, en el Tratado de Versalles (1919), al momento de justificar las obligaciones a las que se sometían las naciones vencidas, se hizo explícita mención al rol de estas últimas en el inicio de las guerras de que habrían tenido lugar, empleándose conceptos como “guerras de agresión” o “ganancias territoriales ilícitas” en un claro sentido de reproche.⁶⁸ Las compensaciones e indemnizaciones que fueron obligadas a pagar las Potencias Centrales, en tanto, tenían una marcada connotación punitiva frente a actos, que según los aliados, se caracterizaban por estar en contra del “derecho de gentes”.

Más patentes resultan los incipientes intentos por criminalizar lo que en ese momento fue percibido como una política agresiva por parte de los líderes de las Potencias Centrales y sus aliados, esfuerzos que hallaron ciertos antecedentes históricos relativamente recientes a la época.⁶⁹ Con este fin se crea una comisión sobre la responsabilidad de los autores de la guerra.

Sin perjuicio de que las conclusiones de esta comisión no fueron aceptadas, presumiblemente porque no se encontró la base legal para un sistema de ajusticiamiento penal individual de una proto-figura delictual de crimen de agresión, las potencias aliadas insistieron en su plan, pidiendo incluso la extradición a Holanda del emperador germano, Guillermo II, sin que esta fuera concedida por no cumplir con el requisito de doble incriminación.⁷⁰

Si bien, el juicio a Guillermo II nunca se realizó, la intención por parte de las potencias aliadas, a pesar de tener un fuerte carácter vindicativo y carente de sustento jurídico en su momento,⁷¹ sentó las

⁶⁸ Brownlie, *International Law and Use of Force*, 53.

⁶⁹ Véase nota N°185 del [título 4.3.2](#), relativa al crimen de agresión.

⁷⁰ Sayapin, *The Crime of Aggression*, 30.

⁷¹ En atención al principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

bases para lo que se desarrollaría posteriormente en cuanto a la proscripción de las guerras agresivas y su penalización.⁷²

3.1. La Sociedad de las Naciones

Un capítulo de importancia en la historia del *ius ad bellum* es el Pacto de la Sociedad de las Naciones, carta fundante de esta organización antecesora de la Organización de Naciones Unidas, creada por las potencias aliadas en la Conferencia de Paz de París de 1919.

Si bien la creación de la Sociedad de las Naciones marca un hito, no logró reunir una adhesión universal: Estados Unidos no ratificó dicho Pacto, aun cuando el presidente Woodrow Wilson fue uno de los principales proponentes de la organización en cuestión.⁷³ La Unión Soviética no fue miembro de la organización hasta 1934, para luego ser expulsada en diciembre de 1939 por la invasión de Finlandia.

En este tratado multilateral, una norma de vital importancia se encuentra en el artículo décimo, el cual estipulaba: *“Los miembros de la Sociedad se comprometen a respetar y a mantener contra toda agresión exterior la integridad territorial y la independencia política presente de todos los miembros de la Sociedad. En caso de agresión, de amenaza o de peligro de agresión, el Consejo emitirá opinión sobre los medios de asegurar la ejecución de esta obligación.”*

Parece evidente, en primer lugar, el repudio de las guerras agresivas, proponiendo la independencia política e integridad de las naciones firmantes como bienes sujetos a protección frente a ataques armados. Esta nomenclatura sería replicada en cierta medida por la Carta de Naciones Unidas.⁷⁴ Respecto de este punto, Brownlie asegura que no estábamos frente a una mera expresión de un principio moral, sino que es posible extraer una verdadera obligación jurídica que pesaba sobre los miembros en cuanto a no recurrir a guerras agresivas con fines expansionistas.⁷⁵

Al igual que la Carta, el Pacto no sólo parece rechazar las agresiones, sino también las amenazas de agresiones. Asimismo, se hace mención de un órgano, el Consejo, el cual conocerá de las mencionadas amenazas a la paz, emitiendo una opinión al respecto.

⁷² Brownlie, *International Law and the Use of Force*, 54.

⁷³ Esto se debió a cómo se desarrolló la discusión sobre la ratificación del Pacto en el senado estadounidense, donde predominó la visión aislacionista que propugnaron ciertos congresistas. Se temía que la adhesión a la Sociedad requiriera el envío de tropas estadounidense a otros lugares del mundo con el fin de mantener la paz, implicando un probable alto costo económico y en vidas para Estados Unidos.

⁷⁴ Un defecto del Pacto de la Sociedad de las Naciones, y que a la vez fue subsanado por la Carta, es la referencia al término “agresión”, el cual no generaba consenso. De esta forma, no quedaba claro si las guerras que pretendían reivindicar ciertos derechos menoscabados podían ser consideradas guerras agresivas. Lesaffer, *Kellogg-Briand Pact*”, párrafo 9.

⁷⁵ Brownlie, *International Law and Use of Force*, 62-5.

El artículo undécimo, en tanto, señalaba que toda guerra o amenaza de guerra, afecte o no a miembros de la organización, es materia de interés de la Sociedad y esta última deberá adoptar medidas para “salvaguardar eficazmente la paz” a través del Consejo. La Sociedad de las Naciones fue pionera en considerar la guerra una materia de preocupación global.⁷⁶ En esto, es posible observar un cambio de paradigma por parte de la comunidad internacional.⁷⁷ La noción de la guerra como un “duelo privado” dejado por completo al ámbito de los beligerantes es desterrada del derecho internacional.⁷⁸

En los artículos subsiguientes del Pacto, doce, trece y quince, se contempla un mecanismo de solución de controversias entre los Estados miembros. En caso de que un Estado ignorase el mecanismo, recurriendo a la guerra, se exponía a sanciones de carácter excepcional indicadas en el artículo dieciséis.⁷⁹ Por otro lado, el Pacto se asemeja a los tratados de arbitraje reseñados en el título 2.3, en cuanto a establecer una moratoria del derecho de recurrir a la guerra mientras el asunto está siendo objeto de conocimiento en el marco de un método pacífico de solución de controversias, y hasta tres meses después de arribada una conclusión, ya sea por un tribunal, árbitro o el propio Consejo. Probablemente los Estados pensaron que un periodo de esta naturaleza podría evitar la impulsividad que caracterizó a la cadena de acontecimientos que permitieron el estallido de la Primera Guerra Mundial, tras el asesinato del Archiduque Francisco Fernando.⁸⁰

El Consejo solamente hacía recomendaciones a los miembros en caso de una disputa, siendo necesaria la unanimidad de sus integrantes en la elaboración del reporte para que estuviera prohibida la guerra contra aquel Estado que cumplía con dicho reporte. En otras palabras, el Pacto protegía al Estado cumplidor del reporte, solo cuando sus conclusiones fueran aprobadas por unanimidad del Consejo. Lo mismo se puede decir de la decisión adoptada por la mayoría de la asamblea de la organización, sentencia de un tribunal o laudo arbitral, instancias que eran reconocidas por el Pacto como mecanismos de solución de controversias.

El Pacto no abolió el derecho de los Estados a recurrir a la guerra para resolver sus disputas, tampoco prohibió otras manifestaciones de fuerza que no implicaran beligerancia previa.⁸¹ Sujeta a limitaciones específicas del Pacto, la licitud de la guerra se mantuvo, particularmente en el artículo

⁷⁶ *Ibíd.*, 57.

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ Barboza, *Derecho Internacional*, 238.

⁷⁹ Sin embargo, algunos autores han criticado la falta de vinculación entre el artículo 10 y el artículo 16 del Pacto. Véase Lesaffer, “Briand-Kellogg Pact (1928)”, párrafo 9. Dicha agresión era considerada por el artículo como “*ipso facto* (...) un acto de guerra contra todos los demás miembros de la Liga”. Sin embargo, dicha norma tuvo una importancia limitada por factores políticos. Véase Brownlie, *International Law and the Use of Force*, 58-59.

⁸⁰ Shaw, *International Law*, 1122.

⁸¹ Antonio Remiro Brotons, *Derecho Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2007), 1056.

decimoquinto, párrafo séptimo,⁸² que incluso, según algunos autores, era contradictorio con el artículo décimo.⁸³

Ahora bien, el pacto sí prohibía el recurrir a la guerra bajo las circunstancias contenidas en los artículos doce, trece y quince: 1) Antes de transcurridos tres meses de arribada una decisión judicial o arbitral, o el reporte del Consejo. 2) Contra cualquier miembro de la organización que se sujeta al cumplimiento del dictamen judicial, laudo arbitral o decisión unánime del Consejo.⁸⁴

La esencia del tratado era la solución pacífica de controversias. Según Brownlie, se podría afirmar que la obligación de utilizar medios pacíficos antes de ir a la guerra para solucionar controversias estaba en proceso de convertirse en una norma consuetudinaria antes de que el Pacto apareciera.⁸⁵ El Pacto probablemente fue pionero en el establecimiento de la distinción entre guerras legales e ilegales.⁸⁶

3.2. Pacto de París

En 1929, el denominado Pacto de París o Pacto Briand-Kellogg⁸⁷ entra en vigor, marcando el primer intento de proscribir la guerra como un “instrumento de política nacional” de manera general. Por primera vez, y luego de varios intentos,⁸⁸ el *ius ad bellum* comenzaba a expresarse a través del *ius contra bellum*.⁸⁹ Mediante la celebración de este Pacto se pretendía suplir algunas falencias de la Sociedad de las Naciones.⁹⁰

⁸² “Artículo 15 (...) 7. En el caso en que el consejo no consiguiera hacer aceptar su informe por todos los miembros, fuera de los representantes de toda parte en la divergencia, los miembros de la sociedad se reservan el derecho de proceder como lo juzgaran necesario para el mantenimiento del derecho y de la justicia.” Según Kelsen, este artículo permitía el ejercicio de la autotutela sujeta a la condición de que la organización haya sido incapaz de resolver la disputa. Hans Kelsen, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems* (New Jersey: The Lawbook Exchange, 1950), 269.

⁸³ En relación a los esfuerzos para superar esta contradicción, véase Brownlie, *International Law and The Use of Force by States*, 58-63.

⁸⁴ John Fischer Williams, “The Covenant of the League of Nations and War” *The Cambridge Law Journal* 5, no. 1 (1933): 6. doi: 10.1017/S000819730012851X El procedimiento fue diseñado para restringir la guerra y el uso de fuerza a niveles tolerables. Shaw, *International Law*, 1122.

⁸⁵ Brownlie, *International Law and the Use of Force*, 57.

⁸⁶ Benadava, *Derecho Internacional Público*, 363; Raquel Regueiro, *La evolución del concepto de legítima defensa en el derecho internacional contemporáneo*, (Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2012), 43. <http://eprints.ucm.es/16665/>

⁸⁷ Denominado así por los apellidos del primer ministro de Francia, Aristide Briand y el secretario de Estado de Estados Unidos, Franck B. Kellogg. Fue Briand, el verdadero redactor del Pacto, quien propuso la celebración del tratado a Estados Unidos. Luego, el Pacto se volvería multilateral. El apoyo de Estados Unidos fue posible gracias a un movimiento iniciado por el abogado estadounidense Salmon O. Levinson, quien tras los horrores de la Primera Guerra Mundial se asombró al descubrir que la guerra no se encontraba proscrita por el derecho Internacional. Véase Hatsue Shinohara, *US International Lawyers in the Interwar Years: A Forgotten Crusade*. (New York: Cambridge University Press, 2012), 75. El pacto fue firmado en 1928, pero entra en vigor el 24 de julio de 1929.

⁸⁸ Véase Lesaffer, “Briand-Kellogg Pact”, párrafos 9-10.

⁸⁹ Dinstein, *War, Aggression and Self Defense*, 85. No obstante ya llevaba tiempo cimentándose la idea de que las guerras de agresión eran rechazadas por la comunidad internacional. Véase Brownlie, *International Law and the use of Force by States*, 68-74. Destacan además los tratados Locarno (1925) celebrados entre Alemania, Bélgica, Francia, Gran Bretaña e Italia en los cuales se prohibía el recurrir a la guerra y actos de agresión entre algunas potencias firmantes.

⁹⁰ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 32º Sesión. vol. I (1980), 185.

Al respecto, la intención de parte de la comunidad internacional era el prohibir las guerras de carácter no-defensivo. En cierto sentido, se continuaba con el espíritu expresado en el artículo décimo del Pacto de la Sociedad de las Naciones.⁹¹

Si bien sólo quince Estados fueron parte del tratado en su inicio, en los años siguientes adhirieron un gran número de países, sesenta y tres Estados antes del inicio de la Segunda Guerra Mundial, prácticamente toda la comunidad internacional existente en la época, continuando su vigencia en la actualidad. El Pacto fue ratificado por Chile, a diferencia de algunos de sus países vecinos.⁹²

El Pacto contiene solamente tres artículos, antecedidos por un preámbulo. De este último parece importante destacar que las naciones firmantes declararon “que ha llegado la hora de formular una franca renuncia a la guerra como instrumento de política nacional”, luego reafirmaban la exigencia de someterse a la solución pacífica de controversias. Se añade que cualquier signatario que “trate de mejorar sus intereses nacionales recurriendo a la guerra, deberán negársele los beneficios que proporciona este Tratado”.

En el artículo primero, las Altas Partes Contratantes condenan que se recurra a la guerra para solucionar controversias internacionales y renuncian a ella como instrumento de política nacional en sus relaciones entre sí. En el artículo segundo, las partes se obligan a solucionar las controversias que se susciten entre ellas de manera pacífica, independiente de la naturaleza u origen de la disputa, señalándose que jamás procurarán en llegar al arreglo o solución por medios no pacíficos.⁹³ El artículo tercero, en tanto, hace referencia a disposiciones de carácter procedimental.

El tratado no contemplaba expresamente la legítima defensa como una excepción a la proscripción del uso de la fuerza. Al respecto, previo a la suscripción del tratado, las principales potencias firmantes del Pacto intercambiaron notas en las que se reservaban el derecho a la legítima defensa, considerando que su mención en el texto del Pacto era innecesaria. El tenor de este intercambio será analizado en la sección 7.2.1

Adicionalmente, en cuanto a la frase contenida en el preámbulo del Pacto “deberán negársele los beneficios que proporciona este Tratado” el secretario Kellogg entendió esta disposición en el sentido de que si un Estado vulneraba el Pacto, el resto de los signatarios recobraban su libertad de acción en cuanto

⁹¹ Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, 57.

⁹² Solo cuatro Estados no firmaron el Pacto, de ellos, dos son limítrofes con Chile: Bolivia y Argentina.

⁹³ En relación con esta norma, y siguiendo la tendencia que se estaba dando algunas décadas atrás, cabe señalar que 234 tratados que contemplaron mecanismos pacíficos de solución de controversias fueron celebrados entre 1928 y 1948. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, 67.

al uso de la fuerza se refiere,⁹⁴ sin perjuicio de que esta acción no constituía una obligación que recaía sobre los firmantes, lo que se ve ratificado con el hecho de que la disposición se encuentra en el preámbulo y no en el texto operativo del Pacto.

Sobre el Pacto Briand-Kellogg pueden señalarse varios problemas o falencias:

a) Sólo se prohibía la guerra, por ende, las medidas *short of war*, es decir, aquellas que no alcanzaban la magnitud de una guerra, como las represalias armadas, no estaban expresamente prohibidas;⁹⁵

b) No se mencionaba explícitamente la legítima defensa como excepción a la proscripción, lo que a la vez permitió que este derecho sea interpretado de manera amplia;

c) No contemplaba un sistema de medidas colectivas para garantizar la efectividad de la prohibición;

d) Las notas que se reenviaron las principales potencias firmantes⁹⁶ sostuvieron la completa compatibilidad del Pacto de París con el de la Sociedad de las Naciones, en circunstancias que este último toleraba el recurso de la guerra como mecanismo subsidiario de solución de controversias;⁹⁷

e) Además, la desafortunada redacción del artículo primero dio paso a interpretaciones que sostenían que las guerras que no se orquestaban en virtud de una política nacional estaban permitidas, es decir, guerras religiosas, ideológicas, guerras como sanción de hechos internacionalmente ilícitos, guerras bajo el alero de la Carta de la Sociedad de las Naciones, entre otras.⁹⁸

⁹⁴ Esto a la vez podría constituir referencia a la legítima defensa colectiva.

⁹⁵ Esto fomentó que los Estados se involucraran en conflictos bélicos, estando *materialmente* en guerra, sin declararse *formalmente* dicho estado entre beligerantes. Este fue el caso de la guerra entre Japón y China entre 1937 y 1941.

Estas interpretaciones de carácter restrictivo de la prohibición contenida en el Pacto, si bien plausibles, desconocían el objetivo y fin de las normas contenidas en el Pacto, así como atentaban contra el principio de efectividad que atañe la interpretación de los tratados, desatendiendo una interpretación sistemática de los mismos. Al respecto véase Brownlie, *International Law and the Use of Force*, 84-88. Por ejemplo, el Pacto prohibía en su artículo segundo la utilización de medios no pacíficos para la solución de controversias, concepto que englobaría cualquier uso de la fuerza armada por parte de los Estados. En este sentido, otra práctica subsecuente sugiere que los Estados entendieron el concepto “guerra” de manera más amplia del aparente. Lesaffer, “Kellogg-Briand Pact”, párrafo 11. En el continente americano, sin embargo, el uso de la fuerza se declaró ilegal en 1938 mediante Declaración de principios americanos aprobada en la Octava Conferencia Internacional Americana que tuvo lugar en Lima el año 1938.

⁹⁶ “General Pact for the Renunciation of War” en *The American Journal of International Law* 23, no. 1, Supplement: Official Documents (1929): 1-13. Entre estas potencias están Polonia, Francia, Bélgica, Australia, Reino Unido, Checoslovaquia.

⁹⁷ En cuanto a la posible contradicción de la Carta, en un esfuerzo de compatibilizar ambos tratados, se señala que el Pacto Briand-Kellogg prohibía la Guerra como un instrumento de “política nacional”, mientras que las disposiciones del Pacto de la Sociedad de las Naciones respondían a la guerra como política internacional, no nacional. Dinstein, *War, Aggression and Self Defence*, 86. Lo anterior es cuestionable, en tanto el Pacto de París ha sido entendido como una prohibición absoluta de la guerra, con la excepción de legítima defensa, mientras que, en el Pacto de la Sociedad de las Naciones, la guerra era permitida en variadas circunstancias, incluyendo la del artículo quince, párrafo séptimo. El uso unilateral de la fuerza por un Estado invocando dicho artículo difícilmente podría ser una manifestación de una guerra como “política internacional” por más amparada que estuviese por el Pacto de la organización.

⁹⁸ Dinstein, *War, Aggression and Self Defense*, 86.

Los problemas del Pacto Briand-Kellogg pronto se reflejarían en la práctica, no pudiendo cumplir su cometido fundamental. El periodo inmediatamente posterior a su entrada en vigencia estaría caracterizado por varios conflictos bélicos, tales como las hostilidades entre China y la Unión Soviética en 1929; la invasión de Manchuria por parte de Japón en 1931; la guerra entre Perú y Colombia en 1932; la segunda guerra entre Italia y Etiopía en 1935; la segunda guerra entre China y Japón en 1937; y sin ir más lejos, la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), entre otras.⁹⁹ Resulta paradójico, que el mismo secretario Kellogg asegurara en 1928 que la ratificación y obediencia del tratado por Francia, Reino Unido, Alemania, Italia, Japón y Estados Unidos constituiría una “garantía práctica contra una segunda guerra mundial”.¹⁰⁰

Sin perjuicio de lo anterior, el Pacto de París representa un hito importante, marcando el término de la época en que el derecho internacional positivo era relativamente indiferente frente a la decisión de los Estados de recurrir a la guerra.¹⁰¹ El Pacto no solo se caracterizó por su universalidad, también su contenido impulsó la celebración de varios tratados similares.¹⁰² En la práctica, usualmente se condenó el actuar de ciertos países en la época citando las disposiciones del Pacto. Y en muchas ocasiones, y posiblemente con el fin de evitar algunas consecuencias contempladas en el mismo Pacto, algunos Estados invocaron el documento y las notas diplomáticas relativas a la legítima defensa, para justificar el uso de la fuerza.

Entre otras importantes consecuencias del Pacto pueden mencionarse dos desarrollos posteriores. En primer lugar, la denominada doctrina Stimson, de la cual emana la obligación de no reconocer conquistas territoriales realizadas por medio del uso o amenaza de uso de la fuerza.¹⁰³ Si bien se trata de una política que se fue desarrollando antes de la Primera Guerra Mundial,¹⁰⁴ se estima que en los años ‘30 este principio se convierte en una obligación de los Estados, como corolario de la prohibición de la

⁹⁹ De hecho, en el periodo entre 1928 y 1939 hubo más enfrentamientos armados que en el periodo posterior a la Primera Guerra Mundial y 1928. Murray Colin Alder, *The Inherent Right of Self Defense in International Law* (Dordrecht: Springer, 2013), 59

¹⁰⁰ Edwin M. Borchard “Multilateral Treaty for Renunciation of War”, *The American Journal of International Law* 23 (1929): 111, doi: [10.2307/2190241](https://doi.org/10.2307/2190241)

¹⁰¹ Cançado Trindade, “The Primacy of International Law over Force”, 1040.

¹⁰² Varios tratados con la misma vocación *contra bellum* fueron celebrados, aunque en un ámbito espacial más restringido. Brotóns, *Derecho Internacional*, 1056. Entre estos podemos mencionar el Tratado Antibélico de No Agresión y Conciliación” o Pacto Saavedra Lamas (1933) [ARTICULO I. *Las Altas Partes Contratantes declaran solemnemente que condenan las guerras de agresión en sus relaciones mutuas o con otros Estados, y que el arreglo de los conflictos o divergencias de cualquier clase que se susciten entre ellos, no deberá realizarse sino por los medios pacíficos que consagra el Derecho Internacional. ARTICULO II. Declaran que entre las Altas Partes Contratantes las cuestiones territoriales no deben resolverse por la violencia (...)*]; En el mismo tenor la Declaración de principios americanos aprobada en la Octava Conferencia Internacional Americana, Lima, 1938. [3°. No es lícito el uso de la fuerza como instrumento de política nacional o Internacional] Nótese que la anterior declaración habla del “uso de la fuerza”, no de “guerra”.

¹⁰³ Brownlie, *International Law and the Use of Force*, 410. Para el autor, el Pacto de la Sociedad de las Naciones también contribuyó a este principio.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, 410-1.

guerra, en razón del principio *ex injuria non oritur ius*.¹⁰⁵ La doctrina se denomina así en referencia al Secretario de Estado de Estados Unidos de la época, Henry L. Stimson a raíz de una nota diplomática donde se rechazó el reconocimiento de las adquisiciones territoriales hechas por Japón en China en la década de los '30. Posteriormente, la Sociedad de las Naciones ratificaría en parte lo dicho por el secretario Stimson en cuanto a “*not to recognize any situation, treaty or agreement which may be brought about by means contrary to the Covenant of the League of Nations or the Pact of Paris*”¹⁰⁶

Además de haber sido aplicado en el periodo entre guerras por la Sociedad de las Naciones,¹⁰⁷ el principio sigue vigente hasta el día de hoy y ha sido reafirmado en tratados Internacionales de carácter regional, dentro de los cuales destaca en el ámbito latinoamericano el Pacto Saavedra-Lamas (1933),¹⁰⁸ y posteriormente en resoluciones de la Asamblea General,¹⁰⁹ y el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas¹¹⁰, entre otros documentos¹¹¹.

Como segunda contribución, cabe señalar que el Pacto Briand-Kellogg constituyó la base jurídica para construir la figura del “crimen de agresión” o “crímenes contra la paz”, algo que sería de utilidad para efectos de juzgar y condenar a jefes de las Potencias del Eje en los tribunales militares internacionales de Núremberg y del lejano oriente de Tokio, tras la Segunda Guerra Mundial.¹¹² Si bien es cierto que el Pacto Briand Kellogg no describía las guerra de agresión como un “crimen” -y esto explica, en parte, que el proceso Núremberg haya sido objeto de críticas-, sí establecía de forma explícita la ilegalidad de las guerras como política internacional, proscribiendo la utilización de medios no pacíficos para la solución de controversias, cualquiera sea su naturaleza. Las sentencias de dichos tribunales pasaron a conformar los denominados “principios de Núremberg”, los que forman parte de la costumbre internacional.¹¹³

¹⁰⁵ Corte Internacional de Justicia, “Case concerning East Timor” (Portugal vs. Australia), Sentencia del 30 de junio de 1995. Dissenting Opinion of Judge Skubiszewski. <http://www.icj-cij.org/docket/files/84/6963.pdf> Párrafo 125. p. 176

¹⁰⁶ John Trone, “The Stimson Doctrine of Non-recognition of Territorial Conquest” *University of Queensland Law Journal* 19 (1996): 161. <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/qland19&div=14&id=&page=>

¹⁰⁷ Brownlie, *International Law and the Use of Force*, 412.

¹⁰⁸ También llamado “Tratado Antibélico de No Agresión y Conciliación” (artículo 2). En el mismo tenor la Convención de Montevideo o Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados de 1933 (artículo 11).

¹⁰⁹ Resolución sobre la Definición de Agresión de 1974 y la Declaración de Relaciones Amistosas de 1970.

¹¹⁰ Véase, por ejemplo, las resoluciones 242 (1967) y la reciente 2334 (2016) ambas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

¹¹¹ Por ejemplo, diecinueve Estados latinoamericanos la adoptaron como respuesta a la guerra del Chaco entre Paraguay y Bolivia en 1932. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, 92.

¹¹² Lesaffer, “Kellogg-Briand Pact”, párrafo 16. Este documento detalla otras contribuciones del Pacto.

¹¹³ Barboza, *Derecho internacional*, 240.

4. Carta de Naciones Unidas y el *ius contra bellum*

Las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial convencieron a la comunidad internacional de la importancia de evitar la guerra mediante una amplia y efectiva prohibición del uso de la fuerza, respaldada por un sistema de seguridad colectiva.

Atendido lo anterior, es que se crea la Organización de Naciones Unidas cuya carta declara en su preámbulo el consenso de las naciones en aras de “preservar a las generaciones venideras el flagelo de la guerra”. El objetivo fundamental de esta organización es el mantener la paz y seguridad internacionales, ya sea a través de la proscripción del uso de la fuerza; mediante el fomento de mecanismos pacíficos de solución de controversias; o a través de la implementación de medidas de seguridad colectiva. Con la Carta, la autotutela quedó proscrita.¹¹⁴

La disposición de la Carta de mayor relevancia para efectos del presente trabajo es el artículo 2 párrafo 4, de ahora en adelante 2 (4), que por su importancia será reproducido textualmente:

“Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.”

De esta forma se resuelven algunas falencias presentes en el Pacto Briand-Kellogg o Pacto de París, al establecerse una prohibición amplia del uso de la fuerza entre Estados. Al incluir el término “uso de la fuerza”, en lugar de “guerra”, se excluyen justificaciones alusivas a no estar oficialmente en “estado de guerra” con un país. Además, las acciones militares que no alcanzan la magnitud de una “guerra”, como las medidas “*short of war*” también se proscriben.

El artículo 2 (4) prohíbe el uso de la fuerza o su amenaza en las relaciones internacionales entre los Estados miembros. De esta forma, hay claridad en cuanto a que la prohibición atañe a los Estados en su relación con otros Estados, excluyendo de la proscripción el uso de la fuerza a nivel *intra*-estatal.¹¹⁵

En cuanto a la prohibición de emplear la fuerza contra la “integridad territorial” o “independencia política” de los Estados, una primera lectura aislada del artículo nos llevaría a afirmar que la Carta tendría un sentido restrictivo, prohibiéndose únicamente el uso de la fuerza cuando afecta los mencionados fines, ya sea mediante una ocupación militar o conquista (vulnerando la integridad territorial) o bien un cambio

¹¹⁴ Hans Kelsen, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems* (New Jersey: The Lawbook Exchange, 1950), 269-70.

¹¹⁵ Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 87. Es necesario considerar, sin embargo, que los conflictos internos pueden internacionalizarse, ya sea mediante la intervención de otros países, o bien, por su extensión transfronteriza. Además, el actuar del Estado en los conflictos internos sigue estando sujeto al derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Brotóns, *Derecho Internacional*, 1061.

de régimen (vulnerando la independencia política).¹¹⁶ Sin embargo, cabe señalar que en el mismo artículo existe una figura residual que indica que esta prohibición también se aplica al uso y a la amenaza del uso de la fuerza cuando ésta es ejercida “contra los propósitos de las Naciones Unidas”, lo que sugiere un alcance general de la disposición.

Esto último debe ser complementado con el preámbulo en el cual se consigna que “no se usará; la fuerza armada sino en servicio del interés común” y el artículo 1 (1) que señala uno de los propósitos de la organización: “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”. De esta forma se ha concluido que cualquier uso de la fuerza que no esté autorizado por la Carta, está prohibido.¹¹⁷ Esto último es ratificado por los trabajos preparatorios de la Carta donde consta que el propósito de la inserción de esta figura es incluir todos los usos y amenazas de uso de la fuerza no autorizados por la Carta.¹¹⁸ De esta forma, la mención de la “integridad territorial” e “independencia política” fueron adiciones posteriores que sólo tuvieron el propósito de hacer énfasis en ciertos principios, sin que se tenga un afán restrictivo.¹¹⁹ Una lectura de otras disposiciones de la Carta ratifica la generalidad de la prohibición del 2 (4).¹²⁰

Respecto de la expresión “amenaza o al uso de la fuerza”, surge la pregunta acerca de si es posible englobar medidas de naturaleza económica o política. Un estudio del contexto en el cual se encuentra la disposición,¹²¹ y considerando que el fin de la Carta es proscribir la guerra, permite concluir que la expresión “uso de la fuerza” hace referencia únicamente a fuerza armada o militar, excluyendo medidas de otra índole. El proceso de redacción de la Carta confirma lo anterior atendido que Estados como Brasil intentaron que las medidas económicas fueran incluidas en el artículo 2 (4), sin embargo, la

¹¹⁶ Bajo esta premisa se podría sugerir que el bombardeo israelí a un reactor nuclear iraquí en 1981 podría no constituir una vulneración del artículo 2 (4). Véase Anthony D’Amato, “Israel’s Air Strike upon the Iraqi Nuclear Reactor” *The American Journal of International Law* 77 no. 3 (1983): 585, doi:10.2307/2201079 Más sobre este incidente en la [sección 7.3.2.4](#)

¹¹⁷ Hans Kelsen, *Principles of International Law*, 42.

¹¹⁸ Tom Ruys *‘Armed Attack’ and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice* (New York: Cambridge University Press, 2010), 56-57. En el mismo sentido Eric Tardif “Teoría y práctica del uso legítimo de la fuerza en la comunidad internacional: evolución durante el último siglo y tendencias recientes” *Estudios Internacionales* 170 (2011): 95. doi:10.5354/0719-3769.2011.19427

¹¹⁹ Albrecht Randelzhofer, “Article 2(4)” en *The Charter of the United Nations: A Commentary*, ed. Bruno Simma, 2da Ed. (Oxford: Oxford University Press, 2002), 123. Citado en Dinstein, *War, Aggression and Self Defence*, 90.

¹²⁰ Entre los propósitos de Naciones Unidas está el mantener la seguridad y la paz a nivel internacional, el prevenir y remover las amenazas a la paz y la supresión de los actos de agresión y otros quebrantamientos de la paz. El artículo 2 (4) debe ser leído en conjunto con el artículo 2 (3) el cual estipula la obligación de todos los miembros a resolver sus disputas internacionales por medios pacíficos, de tal manera que la paz y la seguridad internacional, así como la justicia, no sean puestos en peligro. Estas disposiciones confirman el alcance general de la prohibición. Shaw, *International Law*, 1126-8. Lo anterior guarda concordancia con una interpretación de la disposición acorde con el objeto y fin de la Carta. Para una discusión más detallada sobre este tópico véase Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, 3era ed. (New York: Oxford University Press, 2008), 30-66.

¹²¹ Esto resulta de una lectura conjunta de varios artículos en los cuales se menciona la fuerza armada, como los artículos 39, 51 y 53, y particularmente en el preámbulo donde se hace expresa referencia a la prohibición de “fuerza armada”

tentativa fue rechazada en la Conferencia de San Francisco, instancia en la que se redactó la Carta.¹²² Por otro lado, los países continuamente han hecho uso de las medidas de coacción económica, sin que su legalidad sea usualmente cuestionada en virtud del artículo 2 (4), invocándose otros instrumentos para su rechazo.¹²³ Finalmente, de considerarse incluidas las medidas de naturaleza económica en el artículo 2 (4), las denominadas “contramedidas” difícilmente tendrían lugar en el derecho internacional, y sin embargo, su ejercicio ha sido objeto de regulación por parte de la Comisión de Derecho Internacional.¹²⁴

Otro punto relevante es qué entendemos por “uso de la fuerza” ¿Incluye todo uso de la fuerza armada? ¿Se requiere un mínimo de gravedad en el uso de la fuerza para que se infrinja el artículo 2 (4)? Esta última pregunta ha sido respondida de forma afirmativa por algunos autores y ciertos paneles de investigación independientes sobre recientes conflictos bélicos.¹²⁵ Se mencionan medidas de fuerza de carácter policial ejecutadas extraterritorialmente como ejemplos de actos que, si bien infringirían el derecho internacional al vulnerarse la soberanía de terceros Estados y el deber de no intervención, no alcanzarían la gravedad para considerarse vulneraciones del artículo 2 (4).¹²⁶ Esta conclusión, no obstante, no ha estado exenta de críticas.¹²⁷

En cuanto a la prohibición de la amenaza del uso de la fuerza, la Carta innova en relación con el Pacto de París al intentar proscribirla siguiendo el criterio del Pacto de la Sociedad de las Naciones. Este elemento, sin embargo, ha sido dejado relativamente de lado por la doctrina y los Estados, sin que se haya elaborado mayormente su contenido, al no señalarse las circunstancias específicas de su ilegalidad o posibles causas que justifiquen su utilización, algo que contrasta con el principio que prohíbe el uso de la fuerza.¹²⁸

¹²² Tom Farer, “Political and Economic Coercion in Contemporary International Law”, *The American Journal of International Law* 79, no. 2 (1985): 410, doi:10.2307/2201710 La posibilidad de incluir medidas de coacción económica en el artículo 2 (4) ha sido tradicionalmente abogada por países del denominado “Tercer Mundo”, siendo resistida por países occidentales. En el mismo sentido, Eduardo Jiménez de Aréchaga, “International Law in the Past Third of a Century,” en *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* 159 (1978), 89.

¹²³ Oscar Schachter, “The Right of States to Use Armed Force” *Michigan Law Review* 82, no. 5/6 (1984):1624, doi: 10.2307/1288499 Véase la resolución 2625 (1970) que contiene la denominada Declaración de Relaciones Amistosas y la Carta de Derechos y Deberes Económicos adoptada por la Resolución 3281 (1974), ambas de la Asamblea General de Naciones Unidas.

¹²⁴ Artículo 49 y siguientes. Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos.

¹²⁵ Tom Ruys, “The Meaning of “Force” and the Boundaries of the Jus ad Bellum: are “Minimal” Uses of Force Excluded from UN Charter Article 2(4)?” *The American Journal of International Law* 108, No. 2 (2014): 159, doi:10.5305/amerjintelaw.108.2.0159 El autor cita la Comisión investigativa del conflicto en Georgia (2009) la cual determinó que: “[o]nly very small incidents lie below this threshold [del artículo 2(4)], for instance the targeted killing of single individuals, forcible abductions of individual persons, or the interception of a single aircraft.”

¹²⁶ Oliver Corten, *The Law against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law* (Oxford: Hart Publishing, 2010), 67. Por otro lado, el autor menciona el secuestro de Eichmann en Jerusalén como un ejemplo de una acción ilegal, pero que no vulneraría el artículo 2(4).

¹²⁷ Ruys, “The Meaning of Force”, 209-10.

¹²⁸ Un estudio acabado de esta principio es realizado por Nikolas Sturchler, *The Threat of Force in International Law* (New York: Cambridge University Press, 2007)

4.1. Naturaleza de la proscripción

El artículo 2 (4) ha sido descrito como la norma principal de derecho internacional en el siglo XX.¹²⁹ Como veremos el principio no solo está presente en la Carta de Naciones Unidas.

4.1.1. La prohibición en otros instrumentos internacionales

Junto con estar contemplada en la Carta, el principio está contenido en una serie de tratados multilaterales y regionales. Además del Pacto Briand-Kellogg, el cual sigue vigente, el artículo 301 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar reitera la prohibición a propósito del ejercicio de los derechos y deberes que contempla dicho tratado.

Existen tratados regionales que reiteran este principio. En nuestro continente, en 1933, el denominado Tratado Saavedra-Lamas prohibió las guerras de agresión.¹³⁰ La Declaración de principios americanos aprobada en la Octava Conferencia Internacional Americana (1938), en tanto, fue más allá al prohibir el uso de la fuerza,¹³¹ lo que se vio reiterado por el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca firmado en 1947 en Río de Janeiro¹³² y la Carta de la Organización de Estados Americanos firmada en 1948 en Bogotá.¹³³ Lo mismo puede decirse del tratado de la Organización del Atlántico Norte (OTAN). A nivel europeo, africano y asiático, también existen tratados de similar naturaleza.¹³⁴

A los tratados internacionales debe sumarse una larga lista de resoluciones de la Asamblea General¹³⁵ y el Consejo de Seguridad.¹³⁶

¹²⁹ Louis Henkin, "The Use of Force: Law and U.S. Policy" en *Right v. Might: International Law and the Use of Force* (New York: Council on Foreign Relations, 1991), 37-8.

¹³⁰ Tratado Antibélico de No Agresión y Conciliación. "Artículo I. Las Altas Partes Contratantes declaran solemnemente que condenan las guerras de agresión en sus relaciones mutuas o con otros Estados, y que el arreglo de los conflictos o divergencias de cualquier clase que se susciten entre ellas no deberá realizarse sino por los medios pacíficos que consagra el Derecho Internacional. Artículo II. Declaran que entre las Altas Partes Contratantes las cuestiones territoriales no deben resolverse por la violencia (...)"

¹³¹ Declaración de principios americanos aprobada en la Octava Conferencia Internacional Americana, Lima, 1938. (...) 3°. No es lícito el uso de la fuerza como instrumento de política nacional o internacional.

¹³² Artículo 1. "Las Altas Partes Contratantes condenan formalmente la guerra y se obligan en sus relaciones internacionales a no recurrir a la amenaza ni al uso de la fuerza en cualquier forma incompatible con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o del presente Tratado."

¹³³ Artículo 22. "Los Estados americanos se obligan en sus relaciones internacionales a no recurrir al uso de la fuerza, salvo el caso de legítima defensa, de conformidad con los tratados vigentes o en cumplimiento de dichos tratados."

¹³⁴ Pueden mencionarse, el Acta Final de Helsinki de 1975 adoptada por la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, reafirmada, esta vez como tratado, en la Carta de París para una nueva Europa de 1990. En África, existe el Pacto de Defensa Común y No Agresión celebrado en Abuja en 2005. En Medio Oriente, encontramos el Pacto de la Liga Árabe firmado en 1945 en Egipto.

¹³⁵ Por ejemplo, la Declaración sobre la inadmisibilidad en la intervención en asuntos internos de los Estados y de la protección de su independencia y soberanía de 1965 adoptada por la resolución 2131; 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 de 1970 adoptada por la resolución 2625; la definición de agresión de 1974 adoptada por la resolución 3314; 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 de 1987 adoptada por resolución 42/22. Todas de la Asamblea General.

¹³⁶ Cuando el Consejo aborda una actual o potencial disputa siempre hace referencia a la prohibición del uso de la fuerza. Myra Williamson, *Terrorism, War and International Law* (Burlington: Ashgate, 2009), 103. Por ejemplo, la resolución 479 del

4.1.3. Carácter consuetudinario de la prohibición

El derecho internacional consuetudinario puede ser definido como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.¹³⁷ La costumbre internacional se constituye de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. El primero, corresponde a la práctica de los Estados, y el segundo, a la *opinio iuris*, es decir, la convicción de que mediante el ejercicio de dicha práctica se está cumpliendo un imperativo jurídico.¹³⁸

La norma que prohíbe el uso de la fuerza también ha sido reconocida como parte del derecho internacional consuetudinario, el que obliga a todos los Estados y no sólo a aquellos que consintieron con la Carta.

Esta idea no sólo está asentada en la doctrina,¹³⁹ también ha sido reconocida en la Corte Internacional de Justicia a propósito del caso Nicaragua de 1986, en el que ambas partes¹⁴⁰ y el mismo tribunal¹⁴¹ estuvieron contestes en señalar que los principios del uso de la fuerza contenidos en la Carta de Naciones Unidas corresponden, en esencia, a los de la costumbre internacional.¹⁴² La obligación tiene además el carácter de *erga omnes*, es decir, su cumplimiento se realiza para con toda la humanidad, y no sólo respecto de quienes se adhieren a un determinado tratado.¹⁴³

Esto se ha visto reafirmado con la Declaración de relaciones amistosas, unánimemente adoptada por la Asamblea General de la ONU donde reitera se reitera el principio, afirmando que la obligación de abstenerse del uso de la fuerza es vinculante no sólo respecto de los Estados miembros de la ONU, sino respecto de “todos los países”,¹⁴⁴ lo que reafirma el carácter consuetudinario de la prohibición. Si bien

Consejo de Seguridad de 1980 relativa al conflicto Irán-Irak donde se menciona explícitamente el artículo 2(4) de la Carta de Naciones Unidas.

¹³⁷ En esto utilizamos la descripción del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en su artículo 38.

¹³⁸ Fernando Enrique Toledo Tapia. "La *opinio juris* como elemento psicológico de la costumbre." *Revista Chilena De Derecho* 17, no. 3 (1990): 502. <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14469/000129105.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

¹³⁹ La Comisión de Derecho Internacional ha señalado que la gran mayoría de abogados internacionalistas asegura que el artículo 2(4) de la Carta corresponde a una disposición declaratoria de “derecho consuetudinario moderno sobre la amenaza o uso de la fuerza” “Reports of the Commission to the General Assembly” *Yearbook of the International Law Commission*, 2 (1966), 247. Citado en Ruys 'Armed Attack', 10.

¹⁴⁰ Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 95.

¹⁴¹ Corte Internacional de Justicia. “Case concerning the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua” (Nicaragua v. United States of America) Sentencia del 27 de junio de 1986., párrafo 174. (De ahora en adelante, "*Nicaragua Case*")

¹⁴² De hecho, debido a este punto la Corte se declaró competente para conocer de dicho caso, ya que existía una declaración estadounidense denominada “reserva Vanderberg” que limita la justiciabilidad de las controversias que surgen a raíz de tratados multilaterales. Por tanto, la Corte en el caso Nicaragua se vio en la obligación de determinar si ciertas disposiciones de la Carta estaban o no contempladas en el derecho consuetudinario con el propósito de juzgar el accionar de Estados Unidos.

¹⁴³ M. Cherif Bassiouni, “International Crimes: “Jus Cogens” and ‘Obligatio Erga Omnes’” *Law and Contemporary Problems* 59, No. 4 (Otoño, 1996), 72. <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol59/iss4/6/> Bassiouni cita a la Corte Internacional de Justicia en Caso “Barcelona Traction”.

¹⁴⁴ Resolución 2625 de la Asamblea General del 26 de octubre de 1970 que contiene 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.

la resolución por sí sola carece de un carácter vinculante, ésta fue recogida por la Corte Internacional de Justicia para fundar, *inter alia*, el elemento subjetivo de la *opinio iuris* de la costumbre que prohíbe recurrir a la fuerza armada.¹⁴⁵

En cuanto a la Carta de Naciones Unidas, en su artículo 2 (6) señala que “La Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales.” Con “estos principios” la Carta hace referencia, *inter alia*, a la prohibición del uso de la fuerza. Si bien, el artículo en cuestión fue entendido como “revolucionario” porque estaría estableciendo indirectamente una suerte de obligación a terceros Estados que no eran parte de la Carta,¹⁴⁶ la disposición cobra sentido únicamente si uno la relaciona con la noción de que la prohibición está presente en el derecho consuetudinario.

4.1.2. Sobre el carácter *ius cogens* de prohibición del uso de la fuerza

Las normas *ius cogens* son aquellas de carácter perentorio que no admiten derogación. Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, estas son normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto y solo pueden ser modificadas a través de una nueva norma del mismo carácter.

Es así como en la jerarquía de las normas de derecho internacional, las que tienen carácter *ius cogens* están en la cima de la pirámide y poseen supremacía respecto de otras normas. Sin perjuicio de lo anterior, ha surgido cierto cuestionamiento en la doctrina en relación con la noción misma de norma *ius cogens*, tal como comúnmente se ha entendido.¹⁴⁷

Respecto a la forma de determinación del estatus *ius cogens* de una norma, no ha existido consenso al respecto.¹⁴⁸ En ese sentido, han surgido voces sosteniendo la existencia de normas *ius cogens* en diversas materias; cuya naturaleza varía dependiendo de la tendencia ideológica de quien las afirma.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Nicaragua Case, párrafos 186-9. Esta idea, no obstante, es criticable. Véase Sayapin, *The Crime of Aggression*, 90. La Corte también fundamenta su postura en base a las declaraciones de representantes de los Estados confirmando el status consuetudinario de la norma en comento. Nicaragua Case, párrafo 190.

¹⁴⁶ Kelsen, *The Law of The United Nations*, 106-7. Esta aseveración ha sido criticada, ya que la citada obligación recaería directamente sobre la organización, no sobre los Estados no miembros. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 98.

¹⁴⁷ Véase, por ejemplo, la crítica de, Georg Schwarzenberger, “International Jus Cogens?” *Texas Law Review* 43 (1965); 455. Al respecto hay un debate entre quienes apoyan la idea voluntarista del derecho internacional y quienes no lo hacen, restringiendo o ampliando el catálogo de normas *ius cogens*. De esto da cuenta, Dinah Shelton, “Normative Hierarchy in International Law” *American Journal of International Law* 100, no. 2 (2006); 303. <http://www.jstor.org/stable/3651149>

¹⁴⁸ Bassiouni, “International Crimes”, 67.

¹⁴⁹ Una lista parcial de los temas que se han formulado como normas *ius cogens* puede encontrarse en Dinah Shelton, “Normative Hierarchy”, 303. Una crítica de esta tendencia en la doctrina puede verse en Anthony D'Amato, “It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens!” *Connecticut Journal of International Law* 6 (1990). <https://ssrn.com/abstract=1653507>

En cuanto a la norma que prohíbe el uso de la fuerza, existe acuerdo en considerarla como parte de aquellas que tienen el carácter de perentoria.¹⁵⁰ De esta forma, la Comisión de Derecho Internacional, en su informe sobre la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la ha calificado como un ejemplo destacado de norma *ius cogens*.¹⁵¹ Esto ha sido replicado, de cierta forma, por la Corte Internacional de Justicia en el caso Nicaragua.¹⁵² En el año 2001, la Comisión de Derecho Internacional en las conclusiones sobre su trabajo relativo a la responsabilidad de los Estados reafirmó el carácter perentorio de la norma que prohíbe la agresión, señalando que esta noción ha sido “claramente aceptada y reconocida”.¹⁵³ La postura también ha sido adoptada por varios Estados.¹⁵⁴

Usualmente cuando se describe la norma que proscribe el uso de la fuerza como *ius cogens*, no se explica qué elementos sustentan tal afirmación. Los pocos que abordan esta cuestión apuntan al hecho de que la Carta de Naciones Unidas representa un consenso unánime de la comunidad internacional en su conjunto.¹⁵⁵ El hecho de que la norma haya sido recogida en varios instrumentos internacionales aplicables a nivel global y regional también demuestra su universalidad. Por otro lado, se ha considerado que las infracciones a este principio, es decir, el uso de la fuerza de manera unilateral y no defensiva, afectan a la comunidad internacional en su totalidad, ya que ponen en riesgo la paz y seguridad de toda la especie humana, así como impactan la conciencia de la humanidad.¹⁵⁶ Sin perjuicio de lo anterior, usualmente la aseveración de que el artículo 2 (4) tiene estatus perentorio se hace con prescindencia de la práctica de los Estados, más allá de la opinión de los mismos.¹⁵⁷

¹⁵⁰ James A. Green “Questioning the Peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force” en *Michigan Journal of International Law* 32, no. 2 (2011): 216. <http://repository.law.umich.edu/mjil/vol32/iss2/1> En dicho artículo puede verse una lista de autores que apoyan esta idea. Es destacable cómo se ha señalado que la prohibición del uso de la fuerza es catalogada como una norma *ius cogens* por todos aquellos autores que reconocen la existencia de dichas normas, pero incluso aquellos autores que las cuestionan señalan que, si existiesen, la prohibición del uso ilegal de la fuerza sería de esta naturaleza. En cuanto a la prohibición de la *amenaza* de uso de la fuerza entre Estados véase Green “Peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force”, 225-229. El autor niega el estatus perentorio de la prohibición de la amenaza del uso de la fuerza en razón a cómo se ha desarrollado la práctica de los Estados en este respecto. De ahí, que algunos autores señalen que la prohibición del uso ilegal de la fuerza es la norma que realmente posee el estatus de *ius cogens*. Natalino Ronzitti, “Use of Force, Jus Cogens and State Consent” en *The Current Legal Regulation of The Use of Force* ed. Antonio Cassese (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1986), 150.

¹⁵¹ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, *Report of the International Law Commission*, 18th Session (1966), 247.

¹⁵² Nicaragua Case, párrafo 100. Los Estados litigantes parecen adoptar la misma posición. Se ha cuestionado si la Corte adhirió a la idea o no de concebir a la prohibición del uso de la fuerza intra-estados como una norma *jus cogens*. Al respecto véase la nota al pie N° 36 en Green, “Questioning the Peremptory”, 223.

¹⁵³ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53° período de sesiones, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 2, parte 2 (2001): 90-1. La comisión, sin embargo, adopta un enfoque más restrictivo al afirmar que el carácter perentorio lo tendría la “prohibición de la agresión”, no la proscripción del mero uso de la fuerza.

¹⁵⁴ Ruys, *Armed Attack*, 25-6. En el mismo sentido, Nico Schrijver, “The Ban on the Use of Force in the UN Charter” en *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, ed. Marc Weller (Oxford University Press, 2015), 485-6.

¹⁵⁵ *Dinstein War, Aggression and Self-Defense*, 105.

¹⁵⁶ Bassiouni, “International Crimes”, 69. Sin embargo, señala el autor, esto no es aplicable a todos los usos de la fuerza, que podrán ser de baja intensidad.

¹⁵⁷ Green, “Questioning the Peremptory Status”, 222. El autor hace una revisión de la práctica de los Estados en relación con el reconocimiento de la proscripción del uso de la fuerza como norma *ius cogens*, señalando que serían pocos los países que han

4.2. Vigencia de la norma

Uno de los elementos de la costumbre es la práctica de los Estados. Considero necesario abordar este aspecto a propósito de las alegaciones que afirman que el artículo 2 (4) sería letra muerta o bien habría quedado superado por la naturaleza cambiante de las amenazas a la paz a las que se ven enfrentados los Estados. Se ha señalado que en ningún otro sector del derecho internacional se advierte de manera tan manifiesta la divergencia entre la realidad política y las normas jurídicas como en el ámbito del uso de la fuerza en las relaciones internacionales.¹⁵⁸ Sin duda, se trata de la crisis más evidente entre los regímenes internacionales.¹⁵⁹

Estas afirmaciones se basan fundamentalmente en la manera cómo los Estados reiteradamente han vulnerado el artículo 2 (4).¹⁶⁰ Mediante la práctica consuetudinaria, los Estados habrían retirado su consentimiento del artículo 2 (4). El afirmar que la norma sigue vigente como obligación legal negaría la naturaleza dinámica del derecho internacional.¹⁶¹

Estas afirmaciones suman asidero luego que ciertos Estados y potencias incurrieran de forma reiterada e impune en violaciones de la norma mediante invasiones, anexiones y ataques armados.¹⁶²

rechazado explícitamente dicha categorización, entre los que se encuentran Holanda, Hungría y Estados Unidos (Algunos países han emitido opiniones contradictorias como es el caso de este último). Sin embargo, tampoco serían muchos los Estados que han afirmado explícitamente el carácter perentorio de la norma, sin alcanzar una mayoría que permita señalar, a juicio del autor, que la comunidad internacional en su conjunto ha aceptado la norma como perentoria. *Ibíd.*, 246-7.

¹⁵⁸ Benadava, *Derecho internacional*, 372.

¹⁵⁹ Georg Nolte, "Sobre crisis y crecimiento del derecho internacional en sesenta años de Naciones Unidas" *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 7(2007): 238. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/200/333>

¹⁶⁰ Thomas Franck "Who Killed Article 2(4)? Or: Changing Norms Governing the Use of Force by States" *The American Journal of International Law* 64 no. 5 (1970). DOI: 10.2307/2198919 En este sentido, el autor hace un recuento de cerca de cien episodios en los que se habría producido un enfrentamiento armado, esto transcurrido tan solo veinticinco años desde la entrada en vigencia de la norma. De los episodios enumerados, solo en uno de ellos (guerra de Corea) el Consejo de Seguridad aprobó medidas de seguridad colectiva. Henkin en tanto matiza la aseveración, con el hecho de que muy pocos de estos episodios consistieron en guerras y conquistas territoriales propiamente tal. Louis Henkin, "The Reports of the Death of Article 2(4) Are Greatly Exaggerated" *The American Journal of International Law* 65 no. 3 (1971): 544. DOI: 10.2307/2198975

¹⁶¹ Anthony Clark Arend, *Legal Rules and International Society*, (New York : Oxford University Press, 1999), 75. En un sentido similar, Michael Glennon, "The Fog of Law: Self-Defense, Inherence, and Incoherence in Article 51 of the United Nations Charter", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 25 (2002): 540-1. <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/hjlp25&div=32&id=&page=>

¹⁶² Pueden citarse como los ejemplos más recientes y significativos el bombardeo de la República Federal de Yugoslavia por parte de la OTAN en 1999 sin contar con la aprobación del Consejo de Seguridad; la adopción de la denominada "doctrina Bush" el año 2002 donde se respalda la vulneración de artículo 2(4) so pretexto de la existencia de amenazas abstractas; la invasión y posterior ocupación de Irak por parte de Estados Unidos el año 2003 (ambas analizadas en [la sección 7.3.2](#)); la invasión y anexión de Crimea y otros territorios ucranianos por parte de Rusia a partir del 2014; el reciente bombardeo con misiles Tomahawk contra una base militar en Siria en abril del 2017; y los continuos bombardeos israelíes contra Siria para evitar la adquisición de cierto armamento por parte de Hezbollah. Análisis sobre los dos últimos sucesos puede encontrarse en: Ryan Goodman, "What Do Top Legal Experts Say About the Syria Strikes?", *Just Security*, 7 de abril 2017. <https://www.justsecurity.org/39712/top-legal-experts-syria-strikes/> Donde se recopilan distintas opiniones legales respecto del ataque estadounidense. Asaf Lubin, "Israeli Airstrikes in Syria: The International Law Analysis You Won't Find" *Just Security*, 3 de mayo 2017 <https://www.justsecurity.org/40475/israeli-airstrikes-syria-international-law-analysis-wont-find/> El autor critica la poca atención recibida por los bombardeos israelíes en contraste con el ataque estadounidense, lo que demostraría un sesgo "american-centric" en el *ius ad bellum*.

Sin perjuicio de que en la práctica es cierto que artículo 2 (4) ha sido vulnerado, eso no elimina el hecho de que la generalidad de los Estados ha manifestado de manera clara la idea de que el derecho internacional continúa prohibiendo el uso de la fuerza. En efecto, los mismos autores que se refieren a la problemática reconocen que nunca en la historia de la humanidad existió un reconocimiento amplio y transversal acerca de los costos y horrores de las guerras.¹⁶³

Resulta fácil sostener la pérdida de vigencia de la prohibición argumentando en base a ejemplos de las veces en las que se ha ignorado la norma por parte de ciertos países, obviando todas aquellas circunstancias en las cuales ésta se ha respetado.¹⁶⁴ Esto, sin embargo, se explica debido a la dificultad que trae aparejada la tarea de evidenciar dichos casos.¹⁶⁵

Por otro lado, y así como ocurre con otras ramas del derecho internacional como el *ius in bello*, o incluso en el derecho interno, no son pocas las normas jurídicas que son desobedecidas por quienes están obligados a respetarlas sin que la autoridad jurídica de las mismas sea puesta en duda. Esto se explica, en parte, porque las normas son generadas por instituciones y a través de procedimientos que gozan de legitimidad, y a la vez manifiestan un consenso transversal acerca de qué se espera de cada individuo o Estado en aras del interés común de la sociedad, en tanto su ausencia probablemente haría más recurrente la práctica que se pretende proscribir.¹⁶⁶

Tampoco es desestimable el efecto que producen las normas jurídicas en la sociedad internacional en general, las que, a pesar de ser incumplidas ocasionalmente, sí inducen un cambio en futuras generaciones de líderes y pueblos, ya sea a nivel social, moral o psicológico.¹⁶⁷

Hay que considerar además el efecto político que tienen las decisiones, informes y resoluciones de ciertos organismos internacionales como las Naciones Unidas cuando un Estado se dispone a infringir normas del derecho internacional. Lo mismo puede decirse de las sanciones y otras consecuencias jurídicas que procederían frente al incumplimiento de la norma. Un elemento fundamental es la reacción

¹⁶³ Schachter. "The Right of States to Use Armed Force", 1620. Sin embargo, el autor admite que esto no necesariamente se debe al derecho internacional.

¹⁶⁴ Esto no solo ocurre en el régimen de uso de la fuerza, sino también en el resto de los regímenes internacionales. Shaw, *International Law*, 6.

¹⁶⁵ Jean D'Aspremont, "Mapping the Concepts Behind the Contemporary Liberalization of the Use of Force in International Law" *University of Pennsylvania Journal of International Law* 21 no. 4 (2010): 1102. <http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol31/iss4/2/>

¹⁶⁶ Tom J. Farer, "The Prospect for International Law and Order in the Wake of Iraq" *The American Journal of International Law* 97, No. 3 (2003): 621. DOI: <https://doi.org/10.2307/3109847>

¹⁶⁷ Quincy Wright, "The Strengthening of International Law" en *Recueil Des Cours, Collected Courses 1959 Hague Academy of International Law* (Leyde: Martinus Nijhoff Publishers, 1968), 151-2. En dicho artículo se hace la analogía con la prohibición del duelo en el ordenamiento interno de los Estados europeos durante el siglo XVI. Si bien, la penalización del duelo tuvo poco efecto en la práctica en el largo y mediano plazo, con el transcurrir de generaciones, fue desarrollándose un cambio de actitud en todos los niveles de la sociedad fomentando la percepción de que matar en un duelo es sinónimo de homicidio.

negativa de otros Estado frente a los incumplimientos ya que demuestra lo arraigado de la norma en la opinión pública mundial.¹⁶⁸ Estos elementos usualmente influyen el comportamiento de los Estados.¹⁶⁹ Parte de estas consecuencias serán abordadas en la sección 4.3

Las normas del *ius contra bellum* son el fruto de un consenso universal y generalizado, basado en la experiencia y memoria de las tragedias ocasionadas por los conflictos bélicos. De esta manera, cuando los Estados recurren a la fuerza, lejos de negar la existencia de la norma, lo hacen invocando generalmente –erróneamente o no- las excepciones de la misma.¹⁷⁰ Así, las naciones proceden a confirmar, más que a debilitar la autoridad legal de la norma en cuestión.¹⁷¹ De hecho, los Estados le atribuyen un carácter *ius cogens*. Al mismo tiempo, los tribunales internacionales la aplican y los tratadistas la consagran en sus escritos.¹⁷²

De esta forma, si bien es claro que los incumplimientos por parte de algunos Estados de la norma del artículo 2 (4) de la Carta demuestran que la práctica en este ámbito es refractaria de la regulación jurídica, debilitando la autoridad e importancia de la prohibición,¹⁷³ estos incumplimientos no constituyen *per se* argumentos suficientes para asegurar que la norma en cuestión no continúa vigente. Tal como plantea el jurista Louis Henkin, los reportes de la muerte del artículo 2 (4) son exagerados.¹⁷⁴

4.3. Consecuencias del uso ilegal de la fuerza en el derecho internacional

No obstante no haber un sistema unificado de sanciones en el derecho internacional, el Estado que infringe esta norma se expone a una serie de consecuencias jurídicas, las cuales serán abordadas a continuación.¹⁷⁵

¹⁶⁸ Nolte, "Sobre crisis y crecimiento del derecho internacional", 238. Marcelo Kohen, "The use of force by the United States after the end of the Cold War, and its impact on international law" en Michael Byers, Georg Nolte, *United States hegemony and the foundations of international law* (New York, Cambridge University Press, 2003), 228. Explicando las razones de porqué la norma del 2 (4) todavía 'vive'.

¹⁶⁹ Oscar Schachter. "Self Defense" *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 81 (1987): 354. <http://www.jstor.org/stable/25658380> "States often do pass judgment on the actions of other states. Such judgments can have significant impact on the behavior of states; no state takes lightly accusations of international law violations."

¹⁷⁰ Una reciente excepción a esto último es el bombardeo estadounidense contra Siria en abril de 2017, aparentemente sustentado en la cuestionable doctrina de la intervención humanitaria. Hasta el momento no ha podido esgrimirse ninguna excepción contemplada en la Carta para justificar dicho accionar. Véase "Statement by President Trump on Syria" The White House, 6 de abril 2017, Mar-a-Lago, Florida. Disponible en línea <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/04/06/statement-president-trump-syria> Trump solo hace referencia a "vital national security interest of the United States to prevent and deter the spread and use of deadly chemical weapons" como aparentes justificaciones del ataque, las cuales no encuentran sustento en el derecho internacional contemporáneo.

¹⁷¹ Nicaragua Case, párrafo 186.

¹⁷² Benadava, *Derecho internacional*, 374.

¹⁷³ Esto es especialmente cierto si consideramos que los incumplidores son los Estados, quienes no sólo son sujetos de las normas internacionales, sino también sus principales creadores.

¹⁷⁴ Henkin, "The Reports of the Death of Article 2(4) Are Greatly Exaggerated", 544.

¹⁷⁵ Con esto, se excluyen las consecuencias que pueden tener lugar en el derecho interno respecto de los líderes de un Estado que infringen el principio. Existen varios Estados que han tipificado el crimen de agresión en sus respectivos ordenamientos internos. Este aspecto es relevante porque la incorporación de normas internacionales en el derecho interno explica muchas

4.3.1. Consecuencias derivadas del carácter *ius cogens* de la prohibición

Estas consecuencias pueden dividirse en tres tipos: aquellas que dicen relación con el derecho de los tratados; aquellas que están relacionadas con la práctica de los Estados; y aquellas que dicen relación con las personas naturales que contribuyen a la vulneración de una norma *ius cogens*. Estas últimas serán abordadas a propósito del crimen de agresión.

Respecto del primer grupo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece en su artículo 53 que el suscribir un tratado internacional que contravenga una norma *ius cogens* tendrá como consecuencia la nulidad del tratado en cuestión, ineficacia que comenzará a regir desde su inicio¹⁷⁶ y que implicará que éste jamás tenga fuerza legal.¹⁷⁷ Además, el tratado que contiene una norma que vulnera una disposición *ius cogens* es nulo no sólo en el articulado “infractor”, sino en su totalidad.¹⁷⁸

Desde la perspectiva del comportamiento de los Estados, el hecho de que la prohibición en comento sea de naturaleza perentoria los obliga a cooperar, a través de medios legales, para poner término a la infracción de dicha prohibición, no pudiendo reconocer como legal una situación creada a raíz de la violación de dicha norma. En el mismo sentido, se prohíbe el proveer asistencia o ayuda para la mantención de dicha situación.¹⁷⁹ Relacionado con esto último, el principio que obliga a no reconocer adquisiciones territoriales realizadas por medio del uso de la fuerza.¹⁸⁰

Asimismo, se restringe la invocación de una situación que excluya la ilicitud de la vulneración, como, por ejemplo, el estado de necesidad.¹⁸¹ Esta última no es una consecuencia directa de la

veces por qué los Estados ‘obedecen’ el derecho internacional. Hongju Harold Hongju Koh, “Why Do Nations Obey International Law?” *The Yale Law Journal* 106 (1997): 2603. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2101/

¹⁷⁶ Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 321.

¹⁷⁷ Artículo 69 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¹⁷⁸ Artículo 44 N°5 de la Convención de Viena. Respecto a tratados preexistentes que vulneren la disposición, estos serán nulos desde el momento en que surge la nueva norma perentoria (artículo 64). Si respecto de este punto surge controversia entre los Estados, la Corte Internacional de Justicia posee competencia para conocerla. Artículo 66 letra a)

¹⁷⁹ Artículo 41 Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por los hechos internacionalmente ilícitos (2001) Lo anterior no es una consecuencia exclusiva de la infracción de prohibiciones *ius cogens*, sino que responde al principio general del derecho, *ex injuria non oritur ius*.

¹⁸⁰ Véase la doctrina Stimson analizada en la [sección 3.2](#), presente en el derecho consuetudinario y formalizada por la Asamblea General en su resolución 2625 (1970). En lo relevante esta resolución establece: “*El territorio de un Estado no será objeto de ocupación militar derivada del uso de la fuerza en contravención de las disposiciones de la Carta. El territorio de un Estado no será objeto de adquisición por otro Estado derivada de la amenaza o el uso de la fuerza. No se reconocerá como legal ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o el uso de la fuerza.*” Lo anterior implica el rechazo de la validez jurídica de los actos de una potencia ocupante en el territorio ocupado más allá de lo que faculta el derecho internacional de ocupación beligerante. Brotons, *Derecho Internacional*, 1062.

¹⁸¹ Artículo 26. Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por los hechos internacionalmente ilícitos (2001) Esto podría generar una contradicción al entender que la legítima defensa, enumerada en el capítulo V como una circunstancia que excluye la ilicitud, no podría invocarse respecto a la violación del artículo 2(4) de la Carta. Sin embargo, es necesario tener en cuenta argumentos que se han planteado en este respecto: 1) Se ha afirmado que la excepción de la legítima defensa también tendría el estatus de norma imperativa, por tanto, desde esa perspectiva, ésta no se estaría invocando con el fin de excluir la ilicitud, ya que no habría ilícito alguno. 2) El carácter perentorio solo cubriría el núcleo duro del principio del no uso de la fuerza que proscribía actos de agresión. La última alternativa parece más razonable. Para un análisis detallado de las distintas opiniones al respecto véase Green, “Questioning the Peremptory Status”, 21-87.

vulneración de la prohibición, sin embargo, es una circunstancia que emana de su carácter *ius cogens* de la prohibición.¹⁸²

4.3.2. Crimen de agresión

El planeamiento y/o ejecución del denominado crimen de agresión podría tener a futuro consecuencias penales en el plano internacional, las que recaerían en las personas naturales que incurrieron en dichos ilícitos. La prohibición de la guerra adquiere real importancia disuasoria mediante castigos o penas hacia las personas de carne y hueso que actúan detrás los Estados.¹⁸³

Es necesario considerar que de la ilicitud de la guerra o del uso de la fuerza no se sigue necesariamente su criminalización, por ende, la evolución normativa de esta última debe ser analizada por separado.¹⁸⁴ La historia, definición y características de este crimen serán analizadas a continuación.

Los antecedentes de los intentos de criminalización de los actos de agresión armada se remontan a la época inmediatamente posterior a la Primera Guerra Mundial, momento en el cual se quiso juzgar al Káiser Guillermo II por “ofensas supremas a la moralidad internacional y santidad de los tratados”.¹⁸⁵ Las referencias a la moralidad y a la santidad le dan al fundamento de dicha pretensión un cariz religioso y extrajurídico incongruente con la noción de criminalización de la agresión.¹⁸⁶ En 1924, el preámbulo del Protocolo de Ginebra para la Solución Pacífica de Disputas Internacionales contempla, por primera vez, la guerra de agresión como un “crimen internacional”,¹⁸⁷ sin embargo, el instrumento nunca entraría en vigor.

Finalmente, la criminalización de las guerras agresivas pudo hacerse efectiva en los juicios de Núremberg y Tokio. El Acuerdo de Londres que creó la carta constitutiva del tribunal de Núremberg, declaró el propósito de juzgar a los criminales principales cuyos delitos no se limitasen a un único espacio geográfico.¹⁸⁸ En la Carta del tribunal, los ilícitos en comento se contemplaban bajo la rúbrica de

¹⁸² D'Aspremont, “Mapping the Concepts”, 1105.

¹⁸³ Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 127.

¹⁸⁴ Sayapin, *The Crime of Aggression*, 160.

¹⁸⁵ El suceso es tangencialmente mencionado en la sentencia del juicio de Núremberg. *Nuremberg Trial Proceedings*, Vol. 22, 464. <http://avalon.law.yale.edu/imt/09-30-46.asp> Este hecho tiene un antecedente: La declaración del Congreso de Viena del 13 de marzo de 1815, emitida contra Napoleón tras su escape del Elba. En esta se declaraba a Napoleón “*without the pale of civil and social relations; and that, as an enemy and disturber of the tranquility of the world, he has rendered himself liable to public vengeance*”. Sin embargo, esta reacción de las potencias del Congreso de Viena fue emitida sin mediar juicio alguno y como una excepción a las reglas generales del “derecho de gentes”. Sayapin, *The Crime of Aggression*, xviii.

¹⁸⁶ Sayapin, *The Crime of Aggression*, xvii.

¹⁸⁷ Protocolo de Ginebra sobre la Solución Pacífica de Disputas Internacionales. Disponible en línea: <http://www.cfr.org/treaties-and-agreements/protocol-pacific-settlement-international-disputes-geneva-protocol/p22306>

¹⁸⁸ El acuerdo tenía como propósito juzgar a “criminales principales cuyos delitos no tengan una ubicación geográfica determinada”. Preámbulo, London Agreement of August 8th 1945. <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtcharticulo.asp> El tribunal falló que la carta que lo constituía era declaratoria de derecho internacional moderno, infiriéndose que la criminalización de las guerras de agresión ya existía en el derecho internacional consuetudinario. Dinstein, *War Aggression and Self-Defense*, 127.

“crímenes contra la paz”, siendo susceptibles de persecución penal aquellas personas –líderes, organizadores, instigadores y cómplices- que estuvieran involucradas en la planificación, preparación, iniciación o realización de una guerra de agresión o guerras que vulneren obligaciones internacionalmente adquiridas.¹⁸⁹

Si bien el tribunal admite en su fallo que no existe norma que expresamente criminalice las guerras de agresión, sustenta la persecución penal, *inter alia*, en el hecho de que los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y solo condenado a los individuos que cometieron dichos crímenes, las disposiciones del derecho internacional pueden hacerse cumplir.¹⁹⁰ La guerra de agresión sería calificada como el “crimen supremo” en la sentencia del tribunal de Núremberg.¹⁹¹

Los principios del derecho internacional sostenidos en la Carta del tribunal de Núremberg y su posterior sentencia fueron confirmados por el resto de la comunidad internacional a través de la resolución 95 de la Asamblea General de la ONU (1946).

A la fecha, y habiendo transcurrido más de setenta años desde los juicios de Núremberg y Tokio, ninguna otra persona ha sido condenada internacionalmente por cometer el crimen de agresión.¹⁹²

Otros desarrollos tendrían lugar posteriormente. El 2002 entra en vigor el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional el cual contempla el crimen de agresión. Sin embargo, a diferencia de otros crímenes internacionales enumerados en el tratado, en su artículo 5 (2) se prorroga su juzgamiento hasta el momento en que pueda ser definido.

En cuanto al concepto de “agresión”, este fue definido en la resolución 3314 de la Asamblea General de Naciones Unidas del 14 de diciembre de 1974. Esta descripción fue adoptada por consenso, y goza de aceptación general.¹⁹³ Si bien el objeto de esta elaboración era orientar al Consejo de Seguridad

¹⁸⁹ Artículo 6, Charter of the International Military Tribunal. <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>

¹⁹⁰ *Nuremberg Trial Proceedings*, Vol. 22, 465. Lo anterior no estuvo exento de controversias. El tribunal asume que, de la ilegalidad de los actos de agresión armada, se sigue su criminalización en cuanto a que dicha noción ya estaba presente en el derecho consuetudinario de la época. Esta idea la infiere del Pacto Briand-Kellogg, el que no describía a la guerra como un “crimen”, así como del desarrollo progresivo del derecho como se extrae del Pacto de Ginebra, resoluciones de la Sociedad de las Naciones y otros instrumentos de carácter no vinculante que sí utilizaban la palabra “crimen”. *Nuremberg Trial Proceedings*, Vol. 22, 458-65. Lo cierto es que estos documentos al concebir las guerras de agresión como un crimen internacional no estaban contemplando la responsabilidad penal de los individuos que incurrieran en ellas, ni tampoco un tribunal que las juzgara ni una pena aplicable, infringiéndose el principio “*Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*”. Al respecto, véase Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, 156. Llama la atención que la condena a muerte por crímenes contra la paz contra Ribbentrop, Jodl y Keitel se basó en la invasión alemana contra Polonia, ignorando la invasión soviética al mismo país bajo el Pacto Molotov-Ribbentrop, país de cuya nacionalidad eran algunos jueces.

¹⁹¹ *Nuremberg Trial Proceedings*, Vol. 22, 426.

¹⁹² Mattias Shuster “The Rome Statute and the Crime of Aggression: A Gordian Knot in Search of a Sword” *Criminal Law Forum* 14. (2003): 12. DOI: <https://doi.org/10.1023/A:1025679226905>

¹⁹³ Dinstein, *War, Aggression and Self Defence*, 124.

en cuanto a la determinación de los actos de agresión, la definición ha sido escasamente aplicada por este órgano.¹⁹⁴

La definición fue recogida en la conferencia de revisión del Estatuto de Roma en Kampala, Uganda, el año 2010. En ésta se aprobó por consenso una propuesta de modificación del Estatuto, agregándose el artículo 8 *bis* en la que se describe el crimen de agresión utilizando el concepto de “acto de agresión” definido por la resolución 3314.

La activación de la competencia para conocer de este crimen quedó condicionada a la ratificación de la enmienda por parte de al menos treinta miembros del Estatuto de Roma. Esto se logró el 26 de junio de 2016 con el depósito del instrumento de ratificación por parte del estado de Palestina, permitiendo así que los Estados miembros decidan acerca de una efectiva entrada en vigor de la enmienda a partir del 1 de enero de 2017.¹⁹⁵

El nuevo artículo 8 *bis* define el acto de agresión como “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”.¹⁹⁶ Un crimen de agresión es un “acto de agresión que cuya características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de Naciones Unidas.”, independiente que haya mediado o no una declaración de guerra.¹⁹⁷ Para determinar esto, se debe evaluar tanto el acto propiamente tal, como sus consecuencias.¹⁹⁸

La agresión es concebida como la forma más grave de uso ilegal de la fuerza,¹⁹⁹ en cuanto a magnitud se refiere. El artículo requiere que la violación de la Carta sea “manifiesta” en un sentido

¹⁹⁴ Elizabeth Wilmshurst, “Definición de la agresión” *United Nations Audiovisual Library of International Law* (2009) http://legal.un.org/avl/pdf/ha/da/da_s.pdf Y cuando lo ha hecho no ha sido del todo coherente. Véase Sayapin, *The Crime of Aggression*, 48-9

¹⁹⁵ Frente al común cuestionamiento acerca de la eficacia de la acción de Palestina en cuanto a ratificar la enmienda, cabe señalar que el 23 de septiembre de 2016, Holanda y Chile, depositaron sus instrumentos de ratificación, llevando la cifra de Estados que han ratificado la enmienda aprobada en Kampala a treinta y dos.

¹⁹⁶ Nótese que el articulado es idéntico al artículo 2(4) salvo por el hecho de que no se afirma “o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”, lo que privaría de certeza a la disposición. Lo anterior es congruente con el principio de legalidad del derecho penal.

¹⁹⁷ Artículo 8 *bis*. Resolución 6 (Aprobada por consenso en la 13ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010): <http://crimeofaggression.info/documents/6/RC-Res6-SPA.pdf>

¹⁹⁸ *Ibíd.*, Anexo III.

¹⁹⁹ *Ibíd.*, “Otros entendimientos”.

objetivo.²⁰⁰ De esta forma, se estarían excluyendo otros usos de la fuerza que no constituirían agresión, por ejemplo, un incidente fronterizo.²⁰¹

De la misma forma, según algunos autores, deberían excluirse también de la competencia de la Corte aquellos usos de la fuerza cuya ilegalidad resulte “controversial”, tales como la protección de nacionales en el extranjero o la denominada “intervención humanitaria” ejercida de buena fe.²⁰² Lo anterior guarda concordancia con los principios del derecho penal.²⁰³

Luego, el artículo en comento realiza una enumeración de hechos que suponen actos de agresión, remitiéndose expresa y textualmente al artículo primero de la resolución 3314 de la Asamblea General de Naciones Unidas.²⁰⁴ A diferencia de esta última, la enumeración en el tratado parece ser exhaustiva, lo cual coincide el principio de legalidad en materia penal.

El verbo rector, esto es, la conducta punible, está constituida por la “planificación, preparación, iniciación o realización” de los mencionados actos de agresión. En cuanto al sujeto activo, se requiere un elemento particular del agente: el crimen solo puede ser cometido por personas “en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado”.²⁰⁵

²⁰⁰ La reforma no hace referencia a un elemento subjetivo del tipo, por tanto, se entiende que debemos remitirnos a la regla general señalada en el artículo 30 del Estatuto de Roma. Sin embargo, el Anexo II de la resolución aprobada en Kampala manifiesta que no es necesario demostrar que el sujeto activo realizó una evaluación en derecho acerca de si el uso de la fuerza en cuestión vulnera o no de manera manifiesta la Carta de Naciones Unidas. En el mismo sentido sí es requerido que el sujeto activo haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho incompatibles con la Carta, y que hacen de esta incompatibilidad, una violación manifiesta.

²⁰¹ Sayapin, *The Crime of Aggression*, 257.

²⁰² *Ibíd.*, 263. El autor cita otros autores y los *travaux préparatoires* del Estatuto para sustentar su punto. Siguiendo el mismo razonamiento, el uso de la legítima defensa anticipatoria, dependiendo de las circunstancias, también podría ser excluido de la competencia de la Corte atendido el intenso debate que genera su licitud.

²⁰³ Claudia Cárdenas, “De Londres a Kampala: ¿hacia una definición del crimen de agresión?” *Anuario de Derecho Público* (2011): 318. http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/15_Cardenas.pdf

²⁰⁴ La enumeración es la siguiente: “a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun 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 cualesquiera 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 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.”

²⁰⁵ Artículo 8 *bis* párrafo 1. Al respecto, y frente a la pregunta relativa a las inmunidades de jurisdicción que podrían detentar aquellos líderes, jefes de Estado o de gobierno que lanzan una guerra de agresión, el artículo 27 del Estatuto de Roma es claro en señalar que el Estatuto se aplicará con independencia del estatus oficial del autor del crimen, sin que la inmunidad que estos personeros ostenten prevenga a la Corte ejercer su jurisdicción respecto de ellos.

Las otras reformas aprobadas en Kampala dicen relación con cuestiones procedimentales y de concordancia con la inclusión efectiva de este nuevo crimen internacional, particularmente con relación al rol del Consejo de Seguridad.²⁰⁶

A diferencia de otros crímenes internacionales, ante la Corte solo podrán someterse a juicio aquellos nacionales de un Estado parte del tratado que participen en el crimen de agresión en el territorio de otro Estado parte.²⁰⁷ Así, se excluyen las disposiciones del artículo doce del Estatuto que permiten enjuiciar a nacionales de un Estado que no es parte y que ha cometido el crimen internacional en el territorio de un Estado parte; y aquellos nacionales de Estados parte que hayan cometido el crimen en el territorio de un Estado no parte del tratado.

Finalmente, existen consecuencias que se derivan del estatus *ius cogens* que tendría la criminalización de los actos de agresión.²⁰⁸ El autor egipcio Mahmoud Cherif Bassiouni explica estas consecuencias: el deber de extraditar o perseguir penalmente a los responsables de este crimen; su imprescriptibilidad; y la aplicación de la jurisdicción universal respecto de su juzgamiento. Adicionalmente la categoría *ius cogens* impone una obligación *erga omnes* a los Estados de no otorgar impunidad a quienes incurran en este tipo de ilícitos.²⁰⁹

4.3.3. Responsabilidad Internacional del Estado

La consecuencia que se abordará a continuación responde a un principio general del derecho.²¹⁰ Hacemos referencia al que impone la obligación de reparar todo daño a quien lo ha ocasionado cometiendo actos ilícitos. Esta idea incluye a los Estados y los incumplimientos del derecho internacional en los cuales éstos incurran. Este principio, además de estar contenido en la costumbre, goza de aplicación transversal en el derecho.

²⁰⁶ La aparente superposición de funciones entre la fiscalía de la Corte y el Consejo de Seguridad generó una discusión entre los Estados, en tanto al rol que cumple este último órgano en determinar “actos de agresión”. Señalo “aparente” porque es necesario distinguir entre actos de agresión que generan responsabilidad del Estado y el crimen de agresión, que genera responsabilidad penal individual. Véase Cárdenas, “hacia una definición del crimen de agresión”, 310. El fiscal en caso de que determine que existe fundamento razonable para iniciar una investigación deberá verificar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión, además de notificar al Secretario General de la situación relativa al caso. El fiscal podrá iniciar la investigación de manera inmediata con la condición de que el Consejo de Seguridad haya determinado la existencia de una agresión. De no ocurrir esto en un plazo de seis meses desde realizada la notificación al Secretario General, el Fiscal podrá iniciar la investigación siempre y cuando la Sección de Cuestiones Preliminares lo haya autorizado. El consejo continúa reteniendo la facultad del artículo dieciséis del Estatuto relativa a la suspensión de la investigación o enjuiciamiento respecto de este crimen.

²⁰⁷ Artículo 15 *bis* párrafo quinto. Resolución 6

²⁰⁸ Chief Bassiouni, “International Crimes”, 68. Sin perjuicio de que estos principios han sido escasamente puestos en práctica.

²⁰⁹ *Ibíd.*, 65-6.

²¹⁰ Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, 135. En esto se utiliza la categoría del artículo 38 N°1 letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Una aplicación contemporánea de este principio se remonta al periodo inmediatamente posterior a la Primera Guerra Mundial, al imponerse la obligación a Alemania de reparar los perjuicios ocasionados durante la guerra a raíz de la agresión cometida.²¹¹

El principio también ha sido reafirmado por los órganos de Naciones Unidas de manera reciente. El Consejo de Seguridad, a propósito de la obligación de reparar que recayó en Irak fruto de su guerra de agresión librada contra Kuwait en 1991 lo confirmó.²¹²

La Comisión de Derecho Internacional avanzó en la materia al elaborar las denominadas "normas secundarias" a través del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos,²¹³ el cual a pesar de no ser aún un tratado internacional ya que no ha sido ratificado, sí constituye un serio avance hacia una regulación del principio de la responsabilidad de los Estados por vulneraciones del derecho internacional.²¹⁴

El proyecto contempla tres requisitos para la existencia de un hecho internacionalmente ilícito que genere su responsabilidad internacional. 1) Acción u omisión 2) Que sea atribuible a un Estado 3) Que constituya una violación de una obligación internacional del Estado.²¹⁵

Esta responsabilidad implica ponerle fin al hecho ilícito, ofrecer garantías de no repetición y la reparación del perjuicio.²¹⁶ La reparación en este caso debe ser completa,²¹⁷ intentado retrotraerse al momento previo de incurrirse en la ilegalidad.²¹⁸ De no ser posible una restitución en especie respecto de ciertos perjuicios, algo común en los conflictos bélicos donde tienen lugar muertes, heridos y destrucción irreversible, procedería una indemnización de todo daño susceptible de evaluación pecuniaria.²¹⁹ De no ser posible lo anterior, deberían tomarse medidas de carácter satisfactorio por parte del agresor.²²⁰

²¹¹ Brownlie, *International Law and Use of Force*, 136.

²¹² Resolución 687 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (1991) que crea la Comisión de Compensación de Naciones Unidas.

²¹³ James Crawford. "Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos". *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 3. http://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_s.pdf "Secundaria" en tanto contempla consecuencias frente al incumplimiento de una obligación sustantiva o norma primaria.

²¹⁴ La Comisión de Derecho Internacional fue creada por la Asamblea General para cumplir el rol encomendado por la Carta en su artículo 13 N°1 letra a), esto es, el "favorecer el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional"

²¹⁵ Artículo 2. Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53° período de sesiones y anexo por la Asamblea General en la resolución 56/83 (2002). <http://old.dipublico.org/doc/A-RES-56-83.pdf>.

²¹⁶ *Ibíd.*, Artículo 30.

²¹⁷ *Ibíd.*, Artículo 31.

²¹⁸ *Ibíd.*, Artículo 35.

²¹⁹ *Ibíd.*, Artículo 36.

²²⁰ *Ibíd.*, Artículo 37.

El hecho de que la prohibición del uso de la fuerza o al menos la proscripción de los actos de agresión, sea considerada como obligación *erga omnes*,²²¹ tiene implicancias en materia de responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos. De esta forma, el artículo 48 del proyecto le otorga *ius standi* inclusive a los Estados que no resulten lesionados para efectos de exigir el cese del acto internacionalmente ilícito, garantías de no repetición y la reparación en interés del Estado lesionado o de los que habrían resultado beneficiarios de no haberse incumplido la obligación.²²² Esto deriva del hecho de que la vulneración de la obligación de no recurrir a la fuerza, o al menos aquella que proscribire los actos de agresión, va en interés de la comunidad internacional en su conjunto, algo propio de este tipo de obligaciones.

4.3.4. Medidas de Seguridad Colectiva

El recurrir a la fuerza de una manera incompatible con la Carta de Naciones Unidas puede tener como consecuencia la aplicación o recomendación de ciertas medidas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.²²³ Este órgano tiene “la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales”,²²⁴ y en virtud de dicha responsabilidad, la Carta depositó en el Consejo la prerrogativa de determinar la existencia de una tríada de conceptos que describen vulneraciones al artículo 2 (4): amenazas a la paz; quebrantamientos de la paz; y actos de agresión, esto con el fin de aplicar medidas “para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales” contra Estados miembros y no miembros de la organización.²²⁵

El régimen de seguridad colectiva de la Carta describe la institucionalización, monopolización y centralización del uso de la fuerza que pretende reducir la dependencia de los Estados en la autotutela.²²⁶ Mediante el sistema de responsabilidad colectiva se instrumentaliza el uso de la fuerza como una medida de coacción para lograr la vigencia y aplicación de las normas del derecho internacional, particularmente aquellas que proscriben el uso ilícito de la fuerza. Este mecanismo constituye uno de los elementos constitutivos del orden legal internacional.²²⁷

²²¹ Corte Internacional de Justicia. “Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Limited” (Belgium vs Spain), [1970] ICJ Rep. 3, 32. Citado en Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 116.

²²² Artículo 49 del Proyecto de artículos.

²²³ El Consejo de Seguridad se compone de quince miembros, de los cuales cinco (Rusia, China, Francia, Estados Unidos, Reino Unido) son permanentes. (Artículo 23 (1) de la Carta). En cuestiones que versen sobre materias de procedimiento se requerirá el voto afirmativo de nueve miembros. (Artículo 27(2)) En materias que no versen sobre cuestiones procedimentales, se requerirá del voto afirmativo de nueve miembros, incluyendo el de los cinco miembros permanentes. (Artículo 27(3)). La coerción bajo este esquema es poco frecuente atendido que se requiere que ninguna de las cinco potencias vote en contra de la resolución que impone sanciones, aplicando el denominado “derecho a veto”. Shaw, *International Law*, 4.

²²⁴ Artículo 23 de la Carta de Naciones Unidas.

²²⁵ Artículo 39, *Ibíd.*

²²⁶ Estas características, entre otras, distinguen el sistema de seguridad colectiva de la Carta con el del Pacto de la Sociedad de las Naciones. Para otras diferencias véase Kelsen, *Principles of International Law*, 53-6.

²²⁷ D’Aspremont, “Mapping the Concepts Behind the Contemporary Liberalization of the Use of Force”, 1094.

Se extrae de la redacción de las normas del capítulo VII y de los artículos 2(5), 25 y 53, que estamos frente a un órgano que emite decisiones vinculantes para los Estados, particularmente frente a la ocurrencia de la hipótesis en el artículo 39. Además, dentro de las atribuciones del Consejo de Seguridad está el formular a los Estados recomendaciones no vinculantes, ya sea de índole económica o militar.

El sistema de seguridad colectiva puede ser resumido fundamentalmente por la lectura de los artículos 39, 40, 41 y 42 de la Carta. De esta forma, en caso de que se determine la ocurrencia de una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, la Carta propone la adopción por parte del Consejo de medidas o recomendaciones que escalan en su magnitud y lesividad. Además de las medidas provisionales descritas en el artículo 40, en caso de que la situación se agrave, el Consejo podrá recurrir, *inter alia*, a las medidas no militares del artículo 41 las que podrán consistir en: 1) medidas económicas; 2) medidas de índole política consistentes en la ruptura de relaciones diplomáticas.²²⁸ Finalmente, y si el Consejo estimare que las medidas señaladas “pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo” podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales, tal como se señala en el artículo 42.²²⁹

Teniendo en cuenta que los “convenios especiales” que señala el artículo 43 no han sido celebrados por los Estados, el Consejo se ha limitado a autorizar el uso de la fuerza,²³⁰ sin obligar a los Estados a emplearla, ya que no cuenta con las fuerzas armadas a las que hace referencia el artículo 42. Estas autorizaciones no están comprendidas dentro de las medidas coercitivas basadas en los artículos 42 y siguientes de la Carta,²³¹ y al igual que las operaciones de mantenimiento de la paz, no encuentran sustento jurídico expreso en las disposiciones de la Carta, sino que se basan en la noción de concebir a

²²⁸ El Consejo de Seguridad ha considerado que las sanciones enumeradas en el artículo 41 no son taxativas, en cuanto en la práctica ha implementado medidas de diversa índole, por ejemplo, el establecimiento comisiones de compensación y tribunales ad hoc y, el exigir la extradición de sospechosos de terrorismo, también ha dirimido casos de responsabilidad del Estados en hechos internacionalmente ilícitos y ha fijado fronteras de manera vinculante. Véase Stefan Kadelbach, “Interpretation of the Charter” en *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Volume I, 3rd Edition. Ed. Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte, Andreas Paulus, Nikolai Wessendorf (New York: Oxford University Press, 2012), 95. Claramente, con el tiempo el Consejo de Seguridad ha ampliado su margen de acción en lo que a imposición de sanciones se refiere.

²²⁹ La obligación de disponer de contingentes armados emana del artículo 43(1), sin embargo, debido a que los convenios especiales no han sido celebrados, ésta se vuelve inaplicable. Kelsen, *Principles of International Law*, 48-51; Dinstein, *War, Aggression and Self-defence*, 328-33.

²³⁰ Usualmente mediante la ya conocida fórmula “*all necessary means*”. Véase por ejemplo la resolución 678 del Consejo de Seguridad (1990). Lo anterior ha llevado a algunos a plantear que la autorización por parte del Consejo de medidas que impliquen el uso de la fuerza corresponde a una excepción adicional de la norma de no uso de la fuerza. Velasco Vallejo, *Instituciones del derecho Internacional público*, 1038.

²³¹ *Ibid.*, 1047.

la Carta como un marco normativo en evolución que deja al Consejo de Seguridad con un cierto margen de discreción al aplicar el Capítulo VII.²³²

El enfoque “escalonado”, en cuanto a gravedad y lesividad de las sanciones, es facultativo para el Consejo, ya que cada una de estas categorías siempre está acompañada por el verbo “podrá”,²³³ no así la responsabilidad de determinar amenazas, quebrantamientos o actos de agresión, así como la función de adoptar recomendaciones o medidas de diversa índole a este caso, atribuciones que resultan obligatorias para el Consejo.

La norma no establece que las amenazas a la paz o quebrantamientos de la misma deban provenir necesariamente de Estados. Lo anterior ha permitido que el Consejo adopte una interpretación amplia respecto del concepto “amenazas a la paz”.²³⁴ Las amplias facultades que el Consejo se ha atribuido en relación con esto último han llevado a algunos autores a asimilar, de manera crítica, esta labor proactiva con la de un legislador internacional.²³⁵

Mucho se ha escrito sobre las claras deficiencias del Consejo en cuanto a su rol de mantener y restaurar la paz. Además de la ya mencionada carencia de los denominados convenios especiales, el Consejo es un órgano político, no judicial, desprovisto de la obligación de fundar sus decisiones. En palabras del juez Schwebel, estamos frente a un órgano político que actúa por razones políticas.²³⁶ El Consejo podrá efectuar sus labores y emitir resoluciones adoptando medidas o recomendaciones de una manera sesgada, donde muchas veces surgen conflictos interés dominados por el realismo de las relaciones internacionales, en virtud de los vínculos de sus miembros con los Estados involucrados en una disputa. Esto ha originado críticas que apuntan al vicio del doble estándar del órgano. De esta forma, el propósito de las Naciones Unidas puede verse seriamente menoscabado y desatendido debido a la eventual inoperancia del Consejo.

La anterior deficiencia se ve exacerbada por el derecho a veto de los miembros permanentes, lo cual se hizo más patente durante la Guerra Fría. En virtud del derecho a veto, aquellos conflictos armados en los que estén involucrados miembros permanentes, o Estados con una estrecha relación con miembros

²³² *Ibíd.*

²³³ No obstante, en la práctica se ha aplicado este enfoque “gradual” en cuanto a la gravedad de medidas se refiere. Aust, *Handbook of International Law*, 207.

²³⁴ De esta forma se ha considerado fenómenos tales como el terrorismo ejercido por actos no estatales; crisis humanitarias; violaciones de derechos humanos; insurrecciones armadas y la desestabilización en países vecinos a raíz del flujo masivo de refugiados, entre otras, como “amenazas a la paz”. Véase Kadelbach, “Interpretation of the Charter”, 93.

²³⁵ Stefan Talmon, “The Security Council as World Legislature” *International Journal of International Law* 99 (2005): 176-7. [http://users.ox.ac.uk/~sann2029/AJIL%2099%20\(2005\).%20175-193.pdf](http://users.ox.ac.uk/~sann2029/AJIL%2099%20(2005).%20175-193.pdf) Se afirma que hasta el año 2005, el Consejo de Seguridad ha incurrido en una labor legislativa en al menos cuatro oportunidades al imponer obligaciones con un carácter “genérico y abstracto”.

²³⁶ *Nicaragua Case*, Dissenting Opinion of Judge Schwebel párrafo 60, página. 290. <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6523.pdf>

permanentes, podrían estar excluidos del alcance del sistema de seguridad colectiva contemplado en la Carta. La existencia de un veto, así como de distintas categorías de miembros dentro del órgano constituye una contradicción con los principios de la misma Carta de Naciones Unidas, particularmente en cuanto al fomento de las relaciones de amistad entre las naciones basado en el respeto al principio de la igualdad de derechos.²³⁷ No se explica cómo, habiendo transcurridos más de setenta y cinco años de terminada la Segunda Guerra Mundial, el haber sido una potencia vencedora en dicho conflicto continúa garantizando la supremacía en el Consejo en desmedro del resto de los Estados.

Estos vicios explican, *inter alia*, la incapacidad del Consejo en el cumplimiento de su rol frente a situaciones donde han existido o existen amenazas, quebrantamiento de la paz o actos de agresión. De hecho, el Consejo se ha abstenido la mayoría de las veces a determinar cuál es el agresor en un determinado conflicto armado, debido a ciertas consideraciones políticas.²³⁸

4.3.5. Contramedidas y retorsión

Las contramedidas constituyen un vestigio de los tiempos en que la autotutela era el único medio para hacer valer las obligaciones internacionalmente contraídas. Éstas pueden definirse como aquellas acciones implementadas por uno o más Estados, a raíz de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, con el fin de forzar al Estado infractor a sujetarse a las normas del derecho internacional.²³⁹

Hoy en día, con la proscripción del uso de la fuerza y la creación de un sistema de seguridad colectiva, las contramedidas que consistan en la amenaza o uso de la fuerza están prohibidas.²⁴⁰ Como ejemplos de contramedidas podemos mencionar medidas de naturaleza eminentemente económica, tales como: restricciones y prohibiciones de exportaciones e importaciones del Estado infractor, prohibición de inversiones, congelación de capitales, etc.

Un elemento que caracteriza a las contramedidas es el hecho de que normalmente serían ilegales, sin embargo, bajo ciertas condiciones éstas podrían ser lícitas. Estas condiciones fueron abordadas por la Corte Internacional de Justicia en el caso Gabčíkovo-Nagymaros y por la Comisión de Derecho

²³⁷ Artículo 1 (2) Carta de Naciones Unidas.

²³⁸ Dinstein, *War, Aggression and Self-defence*, 238.

²³⁹ Tradicionalmente se ha entendido que sólo los Estados lesionados pueden recurrir a remedios como las contramedidas, sin embargo, se discute si otros podrían hacerlo cuando estamos frente a obligaciones *erga omnes* o incumplimientos de tratados multilaterales. Véase Jonathan Charney, "Third State Remedies in International Law" *Michigan Journal International Law* 10 (1989): 67-8. <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/mjil10&div=19&id=&page=> y Denis Alland, "Countermeasures of General interest." *European Journal of International Law* 13, Issue 5 (2002): 1226. <http://www.ejil.org/pdfs/13/5/1583.pdf>

²⁴⁰ Artículo 50. "Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos." Por esa razón se emplea el término "contramedidas" en lugar de "represalias" ya que este último se vincula con el uso de la fuerza durante tiempos de guerra. Brownlie, *International Law and the Use of Force*, 281-282; Matthias Ruffert, "Reprisals", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Septiembre, 2015) <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1771>

Internacional en el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos.²⁴¹

La aparente ilicitud de los actos que se llevan a cabo a propósito de las contramedidas,²⁴² las diferencian de las medidas de retorsión, que se caracterizan por consistir en actos inamistosos que perpetra un Estado contra otro. La retorsión es legal al no infringir ninguna obligación de derecho internacional²⁴³ y usualmente es menos lesiva en comparación a las contramedidas.²⁴⁴

4.3.6. Uso de la fuerza invocando la legítima defensa

Una consecuencia jurídica de la vulneración del artículo 2 (4) es el eventual ejercicio por parte del Estado agredido de su derecho a la legítima defensa utilizando la fuerza. Además, frente a esta situación, el Estado atacado podrá solicitar la asistencia de otros Estados bajo la figura de la legítima defensa colectiva. De esta forma, el Estado que incumple la prohibición del uso de la fuerza se expone a sufrir una respuesta armada, no sólo de parte del país que agredió, sino también de aquellos Estados que atiendan el llamado del Estado agredido y lo asistan.²⁴⁵

4.4 Excepciones de la proscripción del uso de la fuerza

No todo uso de la fuerza entre Estados es considerado ilegal, en tanto la norma que lo prohíbe contempla excepciones.²⁴⁶ Es importante realizar un estudio acabado de dichas excepciones debido a que el progresivo debilitamiento del artículo 2 (4) tiene como origen los intentos por liberalizar las excepciones a la prohibición, particularmente la legítima defensa.²⁴⁷ Lo anterior, explica la necesidad de una interpretación restrictiva de las mencionadas limitaciones debido a su carácter excepcional.²⁴⁸

²⁴¹ Corte Internacional de Justicia “Gabčíkovo-Nagymaros Project” (Hungary/Slovakia), sentencia del 25 de septiembre de 1997, párrafos 83-7. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf> Proyecto de artículos. Artículo 49 y siguientes.

²⁴² Proyecto de artículos, artículo 22.

²⁴³ James E. Toms, “The Decision to Exercise Power - A Perspective on Its Framework in International Law Lieutenant Commander”, *Military Law Review* 37 (1967), 4-5. https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Military_Law_Review/pdf-files/27747B~1.pdf Como ejemplos de medidas de retorsión se mencionan: las notas de protesta; expulsión de diplomáticos; ruptura de relaciones diplomáticas; la no renovación de acuerdos comerciales.

²⁴⁴ Alland, “Countermeasures”, 1221.

²⁴⁵ Esto se vincula con la noción de la guerra como sanción propuesta por Kelsen, *Principles of International Law*, 29-30; Dinstein, *War, Aggression and Self Defence*, 69-70. Al respecto, es necesario considerar que la legítima defensa tiene un carácter meramente defensivo, con el único objeto de repeler, de poner término o a lo más de evitar un ataque inminente. Cualquier interés o propósito punitivo es ajeno a la legítima defensa. La naturaleza punitiva del uso de la fuerza sería propia de las represalias armadas que se encuentra proscritas. Al respecto véase David Kretzmer, “The Inherent Right to Self-Defense and Proportionality in Jus ad Bellum” *The European Journal of International Law* 24 (2013): 254. <http://www.ejil.org/pdfs/24/1/2380.pdf>

²⁴⁶ Otros han preferido calificar la enumeración que se expondrá como “limitaciones” en lugar de “excepciones” ya que en las situaciones en las que se permite recurrir a la fuerza no estamos frente a una “derogación” de la prohibición como se sugiere con la voz “excepción”, sino que simplemente “limita su ámbito” Esto parte bajo la premisa de que las normas del *ius ad bellum* distribuidas por la Carta, incluyendo las circunstancias en las que se permite utilizar la fuerza, pueden ser vistas como una sola norma. D'Aspremont, “Mapping the Concepts”, 1106.

²⁴⁷ *Ibid.*, 1092, 1116.

²⁴⁸ Brownlie, *International Law and the Use of Force*, 214.

Estas excepciones son las medidas colectivas adoptadas por el Consejo de Seguridad ya estudiadas,²⁴⁹ el consentimiento de un Estado,²⁵⁰ la excepción relativa a los Estados enemigos,²⁵¹ las medidas autorizadas en virtud de la resolución “Unión pro paz”²⁵² y la legítima defensa.²⁵³ Centraremos nuestro estudio en esta última.

5. La legítima defensa

Existen varias manifestaciones del uso de la fuerza en el derecho internacional contemporáneo. En palabras del ex presidente de la Corte Internacional de Justicia, el uruguayo Eduardo Jiménez de

²⁴⁹ Dichas medidas, sin embargo, no implicarían una vulneración del artículo 2(4) en cuanto el uso de la fuerza autorizado u ordenado por el Consejo difícilmente podría ser incompatible con los propósitos de Naciones Unidas, particularmente con el que se reseña en el artículo primero de la Carta.

²⁵⁰ En general el gobierno central de un Estado puede solicitar o autorizar a otro el uso de la fuerza en su propio territorio. Esto no constituiría una ilegalidad y tampoco vulneraría el artículo 2(4) de la Carta. D’Aspremont “Mapping the concepts”, 1132. Lo anterior ha sido confirmado por la Corte en el caso Nicaragua, (párrafo 246) y sería tolerado implícitamente por la definición de agresión aprobada por la Asamblea General en la resolución 3314 según se extrae, *a contrario sensu*, del artículo tercero letra g). Gray, *International Law and Use of Force*, 85. El uso de la fuerza por invitación de parte del gobierno central es rechazada por los autores en un escenario de guerra civil cuando los insurgentes armados hayan podido controlar parte del territorio. Sin embargo, dicha posibilidad suele ser admitida en casos de contraintervención, cuando los insurgentes han sido auxiliados por un tercer Estado. *Ibid.*, 81. Sin perjuicio de lo anterior, en las guerras civiles se ha sostenido el principio de neutralidad, aunque este último ha sido considerado como “irreconciliable con el derecho internacional tradicional y con la práctica moderna de los Estados”. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 119. También se discute quién podría otorgar la autorización, si el gobierno efectivo o aquel que goza de legitimidad democrática. Existe acuerdo en que grupos de oposición no tendrían dicho derecho. Para más detalles sobre esta discusión véase Gray, *International Law and the Use of Force*, 81-113.

²⁵¹ Esta excepción se extrae en los artículos 53 y 107 de la Carta que autorizan a los miembros de Naciones Unidas, y particularmente a las potencias aliadas, a emplear la fuerza contra los “Estados enemigos” de la Segunda Guerra Mundial, sin la necesidad de una autorización del Consejo de Seguridad. Con la entrada de los denominados “Estados enemigos” a las Naciones Unidas; el tiempo transcurrido desde el término de la Segunda Guerra Mundial; y la expresa disposición de las potencias aliadas a observar los principios de la Carta en su relación con dichos países, la norma en comento se ha vuelto obsoleta. Véase Brownlie, *International Law and Use of Force*, 336-7.

²⁵² Esta controversial excepción se basa en la resolución 377 de la Asamblea General de Naciones Unidas (1950) que prescribe que si el Consejo de seguridad, debido a la falta de unanimidad de sus miembros permanentes, falla en el ejercicio de su responsabilidad de mantener la paz y la seguridad, la Asamblea General podrá hacer recomendaciones de medidas colectivas a sus miembros, incluyendo “el uso de fuerzas armadas cuando fuere necesario”. Esta excepción sería posible en virtud de que el Consejo solo tiene una responsabilidad “primordial”, mas no exclusiva en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional. Christina Binder, “Uniting for Peace Resolution (1950)” *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2013), párrafo 20. Se plantea que habría una contradicción entre esta resolución y el artículo 12 (1) de la Carta que restringe la labor de la Asamblea General en cuanto a no hacer recomendaciones sobre alguna controversia o situación cuando el Consejo se encuentre desempeñando sus funciones. Sin embargo, la misma resolución “Unión pro paz” establece como condición que el Consejo no esté desempeñando sus funciones, por ende, no habría contradicción entre la resolución y el artículo 12 (1) de la Carta. Véase Kelsen, *Principles of International Law*, 52-3. La procedencia de esta excepción habría sido implícitamente reconocida por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la construcción de un muro en territorio palestino ocupado al señalar que la interpretación de las normas que regulan la relación de ambos órganos ha evolucionado, en tanto el Consejo y la Asamblea han conocido paralelamente sobre cuestiones concernientes al mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, adoptándose recomendaciones por la Asamblea. Corte Internacional de Justicia “Legal Consequences of the Construction of a Wall on the Occupied Palestinian Territory.” Opinión consultiva del 9 de julio de 2004. Párrafo 27. <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf> (En adelante *Wall Case*) Para una discusión más detallada sobre este asunto véase Andrew Carswell, “Unblocking the UN Security Council: The Uniting for Peace Resolution” *Journal of Conflict & Security Law* 18 no. 3 (2013) doi:10.1093/jcsl/krt016 y Christina Binder, “Uniting for Peace Resolution (1950)” en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. (2013) <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e568>

²⁵³ En esta enumeración no se consideran aquellas aparentes excepciones de dudosa legalidad como la denominada intervención humanitaria, intervención pro-democracia, el uso de la fuerza entre Estados con fines de descolonización, la protección de nacionales en el extranjero, las represalias armadas, entre otras.

Aréchaga, el uso de la fuerza puede ser descrito como una sanción [medidas de seguridad colectiva]; como un crimen [de agresión]; o como el ejercicio de la legítima defensa.²⁵⁴ Corresponde, a continuación, abordar este último elemento.

La legítima defensa como área de la regulación del uso de la fuerza en el derecho internacional ha generado fuerte debate. La controversia gira en torno a varios sub-tópicos, tales como la naturaleza de la legítima defensa; las condiciones para ejercerla lícitamente; los principios que limitan su ejercicio; si es posible invocarla frente a ataques contra nacionales de un país; o ejercerla en respuesta a acciones de entes no estatales.²⁵⁵ Estas controversias permiten que la legítima defensa sea empleada con cierta flexibilidad, lo que explica que esta excusa sea la más utilizada por los Estados al momento de justificar el uso de la fuerza, socavando el rigor del artículo 2 (4) de la Carta.²⁵⁶

La Carta de Naciones Unidas innova respecto del Pacto de la Sociedad de las Naciones y el Pacto de París contemplando expresamente esta causal de justificación del uso de la fuerza.²⁵⁷

“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”

Cuestiones como qué es la legítima defensa; cuál es su naturaleza jurídica; qué condiciones se requieren para su ejercicio; cuáles son sus límites, intentarán ser respondidas a continuación.

La legítima defensa es reconocida por las principales religiones, doctrinas filosóficas y ordenamientos jurídicos de los Estados. Se ha señalado que tiene larga data en el derecho consuetudinario y ha sido catalogada como una norma *ius cogens*.²⁵⁸

²⁵⁴ Jimenez de Aréchaga, "International Law in the Past Third of a Century", 94. El agregado es nuestro.

²⁵⁵ Otros tópicos controversiales pueden ser revisados en Oscar Schachter, "Self-Defense and the Rule of Law", *The American Journal of International Law* 83, No. 2 (1989): 271. DOI: 10.2307/2202738

²⁵⁶ D'Aspermont, "Mapping the Concepts", 1116; Gray, *International Law and Use of Force*, 166.

²⁵⁷ Estos instrumentos no contemplaron la legítima defensa ya que se estimaba que no era necesario en tanto se entendía implícita y no quería limitarse. Myra Williamson, *Terrorism, War and International Law. The Legality of the Use of Force Against Afghanistan in 2001* (Burlington: Ashgate, 2009), 82-5.

²⁵⁸ Malvina Halberstam, "The Right to Self Defense once the Security Council Takes Action", *Michigan Journal of International Law* 17 (1996): 238. <http://repository.law.umich.edu/mjil/vol17/iss2/2> En cuanto al carácter consuetudinario de la legítima defensa consideramos que, si bien el concepto aparece mencionado incluso en la doctrina del *justum bellum*, recién

La legítima defensa ha sido descrita de distintas formas en doctrina: Como una excepción o limitación a la prohibición del uso de la fuerza;²⁵⁹ un privilegio o una libertad;²⁶⁰ como una causal de exclusión de ilicitud de hechos, que normalmente, serían considerados ilícitos;²⁶¹ como una situación de facto consecuencia de un ataque armado, la única forma de “autoprotección armada” o autotutela armada permitida en la actualidad;²⁶² o el “único caso en que el derecho internacional autoriza a un Estado a usar la fuerza en las relaciones internacionales.”²⁶³ La Corte Internacional de Justicia ha vinculado la legítima defensa al “derecho fundamental” de sobrevivencia, del cual es titular todo Estado e individuo.²⁶⁴

Sin perjuicio de la discusión, se pondrá énfasis en lo que señala la Carta de Naciones Unidas en su artículo 51, el cual la describe como un “derecho inmanente” o en inglés, “*inherent right*”.²⁶⁵

No existe completa claridad de cuál es el significado de la expresión “derecho inmanente de legítima defensa”. Se ha señalado que la utilización de dichos conceptos busca describir el carácter fundamental del derecho que los Estados gozan inherentemente como sujetos de derecho internacional,²⁶⁶ siendo una prerrogativa irrenunciable cuando se está frente a una agresión armada.²⁶⁷ Así, se señala que con “inmanente” o “*inherent*” simplemente se quiere hacer notar el hecho de que el derecho es inherente a la soberanía de los Estados, por tanto se incluye a aquellos que no son miembros de Naciones Unidas

en el periodo entreguerras en la primera mitad del siglo XX, con la prohibición general del uso de la fuerza, la legítima defensa adquiere significancia jurídica tal como la entendemos hoy. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1980) vol. I. 183-4. Sobre este tema véase la [sección 7.2](#)

²⁵⁹ En cuanto a la legítima defensa como una limitación más que una excepción al *ius contra bellum* véase D’Aspremont, “Mapping the Concepts”, 1106.

²⁶⁰ Dereck Bowett, *Self-Defense in international law*, (Manchester, Manchester University Press, 1958), 8-9.

²⁶¹ Artículo 21 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. La circunstancia de la legítima defensa fue contemplada para excusar al Estado que se defiende de incumplir tratados internacionales que lo obligan respecto del Estado agresor o terceros. Regueiro, *Concepto de Legítima Defensa*, 110.

²⁶² Robert Ago, “Documentos del 32.º período de sesiones” *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional vol II*, parte uno (1980), 55. (En adelante, [Anuario de la Comisión](#)) Robert Ago concuerda con la visión de Kelsen quien concebía a la legítima defensa como un caso especial de autotutela en contra de un ilícito específico, el uso ilegal de la fuerza, y no contra otros ilícitos. Hans Kelsen, “Collective Security under Charter of United Nations” *The American Journal of International Law* 42 no. 4 (1948); 784. DOI: 10.2307/2193350

²⁶³ Edmundo Vargas Careño, *Derecho Internacional Público*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 25.

²⁶⁴ Corte Internacional de Justicia “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons.” Opinión consultiva del 8 de julio de 1996, párrafo 96. <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf> (De ahora en adelante, Nuclear Weapons Opinion)

²⁶⁵ Según la definición que entrega la Real Academia de la Lengua Española el concepto de inmanente debe ser entendido como algo “inherente a algún ser o que va unido de un modo inseparable a su esencia, aunque racionalmente pueda distinguirse de ella.”

²⁶⁶ Krzysztof Skubiszewski, The Postwar Alliances of Poland and the United Nations Charter, *The American Journal of International Law* 53, No. 3 (1959): 619, doi:10.2307/2195391

²⁶⁷ Anuario de la Comisión, 1980 vol. II parte. I, 70.

ya que es preexistente y no es necesario explicitarlo.²⁶⁸ Probablemente esta sea la interpretación respaldada por la mayoría de los autores,²⁶⁹ no obstante existir detractores.²⁷⁰

La versión en francés del artículo 51 que emplea la expresión “*droit naturel*”, dando cuenta que la legítima defensa proviene del antiguo derecho de “auto-preservación”, en virtud del cual existiría un “derecho natural” a la preservación de uno mismo, del cual no son solo titulares los individuos, sino también los Estados.²⁷¹ El hecho de que esta apreciación pueda tener incidencia en los límites y condiciones en los cuales puede ejercerse la legítima defensa es criticada y la referencia al derecho natural ha sido calificada como un residuo anacrónico de las etapas en que el derecho internacional se encontraba dominado por doctrinas eclesiásticas.²⁷² En la actualidad, el énfasis debe ser puesto en el derecho internacional positivo, en lugar de la fe en verdades trascendentales derivadas de la naturaleza.²⁷³

La Corte Internacional de Justicia, en tanto, afirma que el concepto “*inherent right*” se vincula con el derecho consuetudinario. De esta forma, en el texto del artículo 51 no se encuentra toda la regulación aplicable al derecho a la legítima defensa.²⁷⁴ A modo de ejemplo del derecho consuetudinario previo, el tribunal menciona ciertos límites aplicables a la legítima defensa, haciendo referencia a los requisitos de proporcionalidad y necesidad.²⁷⁵ Tal como se verá en la sección 7.2, el término “*inherent right*” también ha sido utilizado por determinados autores para justificar un amplio uso de la legítima defensa, incluyendo la legítima defensa anticipatoria.

La legítima defensa puede ser clasificada en virtud de quien la ejerce.²⁷⁶ El artículo 51 indica la existencia de dos modalidades de legítima defensa, pudiendo ésta ser individual y/o colectiva. Es individual cuando uno o más Estados que hacen uso de fuerza en legítima defensa han sido víctimas de un ataque armado. Es colectiva cuando uno o más Estados que no han sido agredidos asisten o auxilian mediante el uso de la fuerza a otro que ha sido víctima de un ataque armado.

²⁶⁸ Velasco Vallejo, *Instituciones del Derecho Internacional Público*, 1040.

²⁶⁹ Georg Nolte, Albrecht Randelzhofer, “Chapter VII: Action with Respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace, and Acts of Aggression, Article 51” en *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Volume II (3rd Edition) Edited By: Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte, Andreas Paulus, Nikolai Wessendorf (Assistant Editor) (Oxford University Press, 2012), 1404.

²⁷⁰ Dinstein, *War, Aggression and Self-defence*, 191. El autor plantea el significado de la soberanía es variable y ha evolucionado en el tiempo. Sin ir más lejos, en el siglo XIX se consideraba el recurrir a la guerra como un derecho inherente a la soberanía, dicho derecho fue abolido en el siglo XX y sin embargo la soberanía de los Estados se mantuvo. Lo anterior demuestra lo dúctil del concepto de “derecho inherente a la soberanía de los Estados”.

²⁷¹ Schachter, “Self-Defense and the Rule of Law”, 259.

²⁷² Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 191.

²⁷³ *Ibíd.*

²⁷⁴ Nicaragua Case, párrafos 176, 193.

²⁷⁵ *Ibíd.*, párrafo 176.

²⁷⁶ Posteriormente serán analizadas otras modalidades que se clasifican, no obstante, bajo un criterio distinto: si ha ocurrido o no un ataque armado, o si este es inminente o no. Véase la sección 6.1

La modalidad colectiva ha sido reconocida previa a la entrada en vigor de la Carta, a través de acuerdos de asistencia mutua o alianzas militares, sin embargo, este derecho no está condicionado a la preexistencia de un tratado y puede ser invocado espontáneamente.²⁷⁷

La Corte Internacional de Justicia en el caso Nicaragua afirmó que la legítima defensa colectiva, al igual que la individual, se encuentran contenidas en el derecho internacional consuetudinario,²⁷⁸ por tanto, no solo los Estados miembros de Naciones Unidas podrían invocarla.

A continuación, se evaluará qué límites y condiciones debe respetar un Estado para el ejercicio del derecho a la legítima defensa con apego al derecho internacional. Parte de estos requisitos se extraen del mismo artículo 51 de la Carta y otros de la costumbre internacional.

5.1. Requisitos y límites contenidos en la carta

5.1.1. Ataque armado

La ocurrencia de un ataque armado como requisito del ejercicio de la legítima defensa se extrae del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, al señalarse “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...”. Cabe señalar que el *onus probandi* de este elemento recae en el Estado que supuestamente ha sido víctima del mismo y que invoca la legítima defensa.²⁷⁹

No obstante, la Carta no definió qué era un ataque armado, *grosso modo* puede ser descrito doctrinariamente como “un acto llevado a cabo con el uso de cualquier arma, dirigido contra el territorio u otros bienes que son la manifestación de la soberanía de un Estado y que se da por parte de las fuerzas regulares de un Estado, o fuerzas que no forman parte de su aparato militar pero que de facto actúan en su nombre, como bandas o grupos armados, fuerzas irregulares o mercenarios.”²⁸⁰

La anterior definición menciona varios asuntos controversiales en relación con este requisito. Entre éstos está la cuestión acerca de si la ocurrencia de un ataque armado es un requisito *sine qua non* para el ejercicio de la legítima defensa, un tópico que será analizado en un apartado especial al ser un aspecto central del presente trabajo.

A continuación, dividiremos el análisis de este requisito en tres aspectos: *ratione materiae*, *ratione personae* y *ratione temporis*, utilizando la metodología del profesor belga Tom Ruys.²⁸¹

²⁷⁷ Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 281-2.

²⁷⁸ Nicaragua Case, párrafo 193.

²⁷⁹ Nolte, Ranzelzhofer, "Chapter VII", 1407.

²⁸⁰ Eric Tardif, “Teoría y práctica del uso legítimo de la fuerza”, 88.

²⁸¹ Ruys, *Armed Attack*, 126-511.

5.1.1.1 Ratione materiae

El ataque armado analizado desde el aspecto *ratione materiae* versa sobre la naturaleza, escala y gravedad necesarias para que un uso de la fuerza para ser calificado como un "ataque armado" y permita al Estado agredido ejercer la legítima defensa.

Un "ataque armado" puede ser descrito como un uso de la fuerza ilegal,²⁸² teniendo una clara naturaleza militar.²⁸³ Cualquier clase de armamento posibilitaría un ataque armado, incluyendo aquellos sofisticados, primitivos, convencionales y no convencionales.²⁸⁴

Tradicionalmente dentro de los ataques armados, se han incluido las incursiones terrestres no autorizadas en el territorio de otro Estado, incluso en el caso de que ningún armamento sea utilizado.²⁸⁵ De esta forma, el episodio clásico de ataque armado corresponde a una invasión. También pueden incluirse las siguientes acciones: ciertos bloqueos navales; la prolongación de la permanencia de una fuerza militar en territorio de otro Estado más allá de lo acordado o violando otras condiciones pactadas; el poner a disposición un territorio para que otro Estado sea víctima de agresión; el lanzamiento de misiles intercontinentales o un bombardeo realizado por aviones.²⁸⁶

No todo uso de la fuerza entre Estados constituye un ataque armado.²⁸⁷ La fuerza debe alcanzar cierta intensidad para ser calificado como un ataque armado, la Corte lo describió en el caso Nicaragua como "*the most grave forms of the use of force*".²⁸⁸ Esto se evidencia a partir de la diferencia terminológica entre el artículo 2 (4) y el art 51 de la Carta, lo que deja en claro una brecha existente entre ambos conceptos.²⁸⁹

²⁸² Kelsen, *The Law of United Nations*, 799-800, 918. En el mismo sentido, Josef L. Kunz, 'Individual and Collective Self-Defense in Article 51 of the Charter of the United Nations' *American Journal of International Law*, (1947): 876-7. doi:10.2307/2193095 Se excluye la legítima defensa contra una acción armada autorizada por Naciones Unidas o amparada legalmente en la legítima defensa.

²⁸³ Chatham House, "The Chatham House Principles of International Law on the Use of Force in Self-Defence" *The International and Comparative Law Quarterly* 55, No. 4 (2006): 965. <http://www.jstor.org/stable/4092626>

²⁸⁴ Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 212. Un buen ejemplo de la poca convencionalidad de las armas que pueden ser utilizadas en un ataque armado fueron los aviones comerciales empleados en los ataques del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos

²⁸⁵ *Ibíd.*, 213.

²⁸⁶ Abdul Ghafur Hamid, The Legality Of Anticipatory Self-Defense in the 21st Century World Order: A Re-Appraisal" *Netherlands International Law Review* 54 Issue 3 (2007): 456-7, doi:10.1017/S0165070X0700441X; Barboza, *Derecho Internacional*, 247; Ramiro Brotóns, *Derecho Internacional* 1066-7. Esta enumeración se basa, *inter alia*, en la definición de agresión adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, sin perjuicio de que agresión y ataque armado no son sinónimos según los trabajos preparatorios de la resolución. Véase Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force*, 145.

²⁸⁷ Olivier Corten, *The Law against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law* (Oxford: Hart Publishing, 2010), 403.

²⁸⁸ Nicaragua Case, párrafo 191.

²⁸⁹ Kretzmer, "The Inherent Right to Self-Defence", 242. James A. Green, "The Ratione Temporis elements of Self-defence", *Jornal of the Use of Force and International Law* 2 (2015): 99. DOI: 10.1080/20531702.2015.1043097 La noción de que un ataque armado es una forma grave de uso de la fuerza es atestiguada por la práctica de los Estados, antes y después del fallo Nicaragua. Hay quienes, sin embargo, han cuestionado lo anterior señalado que todo uso de la fuerza equivaldría a un ataque armado gatillando el ejercicio de la legítima defensa, limitado por sus requisitos consuetudinarios. La poca gravedad en el ataque

La mayoría de los autores acepta los criterios descritos por la Corte en el caso Nicaragua y otros fallos,²⁹⁰ en cuanto a que no todo uso de la fuerza ilegal gatillaría el derecho a la legítima defensa.²⁹¹ De adoptar la postura opuesta, existirían usos ilegales de la fuerza de menor magnitud que habilitarían el ejercicio de la legítima defensa,²⁹² cuando en realidad se trata de incidentes que podrían solucionarse diplomáticamente y por medios pacíficos.²⁹³

Respecto de cómo hacer frente a usos de la fuerza que no constituyen ataques armados,²⁹⁴ la Corte deja abierta la cuestión de si el Estado víctima podría recurrir a contramedidas proporcionales que impliquen el uso de la fuerza de manera unilateral, ya que, en la legítima defensa colectiva, se excluye expresamente dicha posibilidad.²⁹⁵

Estimo que esta posición vulnera el carácter general de la prohibición del uso de la fuerza, sugiriendo la adición de una excepción adicional que no se encuentra en la Carta y que permitiría el uso unilateral de la fuerza “sin contenido ni límite conocido”.²⁹⁶ Las contramedidas que impliquen el uso de la fuerza se encuentran absolutamente prohibidas en el derecho internacional contemporáneo.²⁹⁷

Para efectos de determinar la gravedad necesaria para poder hablar de un ataque armado, la Corte excluyó los “meros incidentes fronterizos” de la categoría de ataques armados.²⁹⁸ A pesar de que se

solo evidenciaría *prima facie* la falta de intencionalidad en el mismo. El estándar de gravedad solo se aplicaría respecto de las acciones de actores no estatales. Al respecto véase Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 210-1; Chatham House, "Principles", 966; Dominic Raab, "Armed Attack" after the Oil Platforms Case" *Leiden Journal of International Law* (2004): 724, doi:10.1017/S0922156504002201

²⁹⁰ Véase Nolte, Randelzhofer, "Chapter VII", 1402.

²⁹¹ *Ibid.*, 1401 y Ruys, *Armed Attack*, 146-7. En particular la nota al pie n° 100 donde se enumeran los autores que observan esta postura.

²⁹² Ruys, *Armed Attack*, 148. La apertura forzosa de valija diplomática o una patrulla policial que se adentra brevemente en el territorio de otro Estado en la persecución de un prófugo. Ambos actos serían ilegales, pero dudosamente constituyen un “ataque armado” para efectos del artículo 51, de hecho, en el caso de la valija diplomática, no infringiría el artículo 2(4). Corten, *The Law Against War*, 67. Algo similar se plantea respecto del secuestro de Adolf Eichmann en Argentina por parte de un comando del Mossad israelí.

²⁹³ Esto facilitaría vulneraciones del principio de necesidad.

²⁹⁴ Una alternativa, entre quienes reconocen que ciertos usos de la fuerza no constituyen por si solos un ataque armado que habilite el ejercicio de la legítima defensa, es la doctrina de la acumulación de eventos, en que varios ‘ataques’ de baja intensidad son considerados en conjunto para efectos de configurar el “ataque armado” del artículo 51. Esta doctrina no ha sido apoyada por la mayoría de los países, a pesar de que la Corte Internacional de Justicia implícitamente la reconoció. En la actualidad hay más Estados dispuestos a aceptarla. Véase Kretzmer, “The Inherent Right”, 244.

²⁹⁵ Nicaragua Case, párrafo 249.

²⁹⁶ John Lawrence Hargrove, “The Nicaragua Judgment and the Future of the Law of Force and Self-Defense” en *The American Journal of International Law* 81 (1987): 141-2, doi:10.2307/2202142 Véase, sin embargo, una postura contraria en Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 209. Si bien la posibilidad de regular estas contramedidas frente a usos de la fuerza de menor magnitud resultaría razonable, este ejercicio está al margen de la Carta. Velasco Vallejo, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 1054-1055.

²⁹⁷ Brownlie, *International Law and the Use of Force*, 281. Una alternativa, entre quienes reconocen que ciertos usos de la fuerza no constituyen por si solos un ataque armado que habilite el ejercicio de la legítima defensa, es la doctrina de la acumulación de eventos, en que varios ‘ataques’ de baja intensidad son considerados en conjunto para efectos de configurar el “ataque armado” del artículo 51. Esta doctrina no ha sido apoyada por la mayoría de los países, aun cuando la Corte Internacional de Justicia implícitamente la reconoció. En la actualidad hay más Estados dispuestos a aceptarla. Véase Kretzmer, “The Inherent Right”, 244.

²⁹⁸ Nicaragua Case párrafo 195.

concuera con la Corte en señalar que existe diferencia entre un ataque armado y un uso de la fuerza que vulnera el artículo 2 (4), esta posición parece criticable ya que este tipo de acontecimientos pueden ser igualmente graves al implicar la pérdida de vidas y destrucción de infraestructura. Sin perjuicio de la posible justificación histórica de esta aseveración,²⁹⁹ parece cuestionable que únicamente en virtud del mero carácter fronterizo de un “incidente” sea posible desestimar *prima facie* que éste pueda constituir un ataque armado.³⁰⁰

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte, en el caso de Plataformas Petrolíferas, afirmó que incluso el minado de una sola embarcación militar podría ser suficiente para gatillar la legítima defensa, lo que parece demostrar que el estándar de gravedad del tribunal es bajo.³⁰¹ Al respecto, frente a hechos de baja magnitud, se ha estimado que un criterio de utilidad es el de *animus aggressionis*. Así, un uso de la fuerza de poca gravedad en cuanto a su escala o efectos debería estar acompañado además de hechos o un contexto que revele un “*animus aggressionis*”,³⁰² o una intención deliberada de atacar. Esta intención que normalmente se presumiría en ataques a gran escala, debe comprobarse a través de hechos en aquellos ataques de menor magnitud, donde se presumiría *prima facie* la falta de una intención hostil o agresiva.³⁰³ Este elemento podría resultar útil en los escenarios de acciones armadas de menor magnitud que podrían o no ser parte de un plan agresivo.³⁰⁴

5.1.1.2. *Ratione personae*

5.1.1.2.1. Sujeto activo

En cuanto a este aspecto del requisito, la interrogante surge acerca del sujeto activo o autor del ataque armado necesario para gatillar el ejercicio de la legítima defensa. Al respecto, tradicionalmente se ha señalado el uso de la fuerza constitutivo de un ataque armado debe ser atribuible a un Estado.

La fundamentación para sostener esto surge a propósito de la lectura conjunta del artículo 51 y el artículo 2 (4) de la Carta. Este último proscribe la amenaza del uso de la fuerza y el uso de la fuerza en

²⁹⁹ Con el objeto de justificar sus invasiones de Japón, Italia y la Alemania Nazi contra China, Etiopía y Polonia, respectivamente, recurrieron a incidentes menores, reales u orquestados.

³⁰⁰ Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 211.

³⁰¹ Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America). Sentencia del 6 de noviembre de 2003, párrafo 72, <http://www.icj-cij.org/docket/files/90/9715.pdf> (En adelante, *Oil Platforms Case*) [*The Court does not exclude the possibility that the mining of a single military vessel might be sufficient to bring into play the "inherent right of self-defence"*] Véase también Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 213.

³⁰² Ruys, *Armed Attack*, 160-6, 189-93. Mediante este criterio, se excluyen ciertas hipótesis como el ingreso por error o urgencia de un contingente militar al territorio, espacio aéreo o aguas territoriales de otro país, o bien el traspaso fronterizo de un contingente armado en búsqueda de una banda de fugitivos, aun a sabiendas que se encontraban en territorio de otro Estado. Estos incidentes, no obstante ser ilegales, no revelarían un *animus aggressionis* y por ende no deberían constituir un “ataque armado” para efectos del artículo 51 de la Carta que autorice automáticamente el uso de la fuerza. Para evaluar esta intención, deberá considerarse, *inter alia*, el estado de las relaciones entre ambos países.

³⁰³ Brownlie, *International Law and the Use of Force*, 366.

³⁰⁴ Chatham, "Principles", 966. La baja magnitud de un ataque es relevante solamente como evidencia *prima facie* de la ausencia de un propósito agresivo.

las relaciones internacionales, y contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado. Entendiendo el artículo 51 como un “limitación” o excepción del artículo 2 (4), y, a la vez, una eventual consecuencia de su vulneración, se plantea que el ataque armado debe ser atribuible a un Estado para ejercer la legítima defensa contra éste.

En cuanto al factor de atribución de un ataque armado a un Estado, la Corte Internacional de Justicia ha desarrollado este requerimiento señalado que no necesariamente un ejército regular debe estar detrás del ataque armado. Para esto se recurre al artículo 3(g) de la definición de agresión aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en la resolución 3314 del 14 de diciembre 1974.³⁰⁵ Sin perjuicio que los redactores de esta última no intentaron hacer la equivalencia entre los conceptos de agresión y ataque armado para efectos del artículo 51 de la Carta,³⁰⁶ a partir de esta resolución, la Corte Internacional consideró que el envío de bandas armadas podría constituir un ataque armado en razón de la dependencia de estas últimas en el Estado que las envía, siempre y cuando se alcance cierta escala y efectos para ser calificado como ataque armado y no un incidente fronterizo.³⁰⁷

Citando la necesidad de un “involucramiento sustancial” al que hace referencia la resolución, se sostuvo que la mera asistencia logística o suministro de armas por parte de un Estado a irregulares no constituye un ataque armado atribuible a un Estado.³⁰⁸ Además del concepto de “participación sustancial”, existen otros criterios de atribución que ahondan o complementan este último.³⁰⁹ Lo anterior debe leerse, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y la obligación de no intervención.³¹⁰

En el caso de que el accionar armado de un ente no estatal no sea atribuible a un Estado en virtud la falta de un “involucramiento sustancial”, la fundamentación que ofrece la visión tradicional en cuanto a una lectura conjunta de los artículos 2 (4) y 51 de la Carta para excluir los ataques de actores no estatales

³⁰⁵ Nicaragua Case, párrafos 191,192, 202. Esto originó el disenso por parte del juez Ago al cuestionar la significancia legal de dicha resolución al provenir de la Asamblea General. Nicaragua Case. Opinión separada del juez Ago, párrafo 7, <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6515.pdf>

³⁰⁶ Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force*, 145.

³⁰⁷ Nicaragua Case, párrafo 195. Esto ha sido descrito como una “agresión indirecta”.

³⁰⁸ *Ibíd.* Sin perjuicio de que se podría incurrir en una vulneración del artículo 2(4) y/o del deber de no intervención en los asuntos internos o externos de otros países. Un criterio similar se utilizó en el fallo *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* Sentencia del 19 de diciembre de 2005. Párrafo 146. Disponible en línea: <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf> (En adelante, *Armed Activities Case*)

³⁰⁹ El Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos elaborado por la Comisión de Derecho Internacional contempla en su capítulo II criterios que pueden servir de guía para la atribución del actuar de un ente no estatal a un Estado en el campo de la legítima defensa contra dicho Estado. Destaca el artículo octavo el cual requiere que el ente no estatal actúe bajo instrucciones o bajo el control de un Estado para que sus acciones sean atribuibles a este último.

³¹⁰ Brotóns, *Derecho Internacional*, 1070-1.

no parece ser lo suficientemente sólida. De aceptarla, en virtud de una analogía, se estaría adicionando un requisito no contemplado en el artículo 51 para el ejercicio de la legítima defensa.

Efectivamente, de ninguna parte de dicho artículo es posible inferir que el ataque armado necesariamente tenga que ser atribuible a un Estado o que la legítima defensa no pueda ser ejercida contra un actor no Estatal.³¹¹ Es más, en la disposición no es posible encontrar referencia alguna al sujeto activo autor del ataque armado. Aunque la referencia habría sido considerada “superflua” y se ha señalado que es obvio que el autor debe ser un Estado en tanto estamos frente a un tratado internacional,³¹² si consideramos que el artículo menciona que el sujeto pasivo de la agresión debe ser un Estado, la omisión del sujeto activo no puede ser pasada por alto. La historia del precepto tampoco revela alguna intención de sus redactores por limitar el ejercicio de la legítima defensa en este sentido.³¹³

La Corte Internacional de Justicia habría rechazado esta posibilidad en su opinión consultiva relativa a la construcción de un muro en territorio palestino ocupado (2004), aunque dicho rechazo es más bien aparente.³¹⁴ En el caso de actividades armadas en el Congo (2005),³¹⁵ si bien la Corte evitó abordar expresamente dicha interrogante, parece haber clarificado su posición frente a las críticas dirigidas contra el anterior dictamen, dejando abierta la posibilidad de que frente a un ataque de un actor no estatal no atribuible a un Estado, el agredido pueda utilizar la fuerza en legítima defensa siempre y cuando el objetivo sea dicho actor y no el Estado que lo alberga.³¹⁶ Además, en algunas opiniones separadas de los jueces, se señaló que sí era posible calificar como ataques armados aquellas hostilidades

³¹¹ *Wall Case*. Separate Opinion of Judge Higgins, párrafo 33. <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf> [nothing in the language of the Charter itself that restricts ‘armed attacks’ to uses of force by a state.]

³¹² Regueiro, *Concepto de legítima defensa*, 224. Williamson, *Terrorism, War and International Law*, 109. En el mismo sentido se discutió en el senado estadounidense el artículo quinto del tratado que constituye la OTAN, disposición que hace referencia a la legítima defensa contra “un ataque armado”.

³¹³ Kimberley Trapp, “Can Non-State Actors Mount an Armed Attack?” en *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, ed. Marc Weller, (New York: Oxford University Press, 2015), 684-5. DOI: 10.1093/law/9780199673049.003.0031. De hecho, una disposición que limitaba la legítima defensa como una reacción a ataques originados de un Estado fue eliminada. En el mismo sentido Sean D. Murphy, “Self-Defense and the Israeli Wall Advisory Opinion: An Ipse Dixit from the ICJ?” *The American Journal of International Law* 99 (2005), 70, <https://www.jstor.org/stable/3246090>

³¹⁴ *Wall Case*, párrafo 139. En este caso que versó sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino ocupado, se rechaza la invocación que hace Israel del artículo 51 de la Carta al justificar la construcción del muro, ya que Israel no le atribuye un ataque armado a ningún Estado. Sin embargo, parte de la justificación de la Corte reposa en el hecho de que los ataques venían de un territorio que Israel controla (Cisjordania), por tanto, no es posible invocar tampoco las resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001) -resoluciones del Consejo de Seguridad que Israel citó y cuya relevancia el tribunal no rechazó en principio- ya que el presupuesto fáctico es distinto. Al provenir el ataque desde el territorio bajo su autoridad, la Corte estima que el artículo 51 no tiene relevancia en dicho caso. Lo anterior priva a este antecedente de relevancia para efectos de determinar la *ratione personae* de un ataque armado, en tanto no se declaró ilegal el actuar israelí por infringir las normas del uso de la fuerza al invocar la legítima defensa sin atribuirle un ataque armado a un Estado, sino más bien debido a incumplimientos del *ius in bello*, el derecho internacional de los derechos humanos y las normas que prohíben la anexión de un territorio bajo ocupación beligerante. Shaw, *International Law*, 1135.

³¹⁵ *Armed Activities Case*, párrafo 147.

³¹⁶ Trapp, “Can Non-State Actor Mount an Armed Attack”, 688-9.

perpetradas por irregulares desde el territorio de un Estado que no tiene absoluto control sobre este último, aun cuando las acciones de dichos grupos no sean atribuibles a Estados.³¹⁷

La práctica de los Estados no ha sido uniforme.³¹⁸ Sin embargo, tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 cometidos por al-Qaeda, a partir de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas,³¹⁹ y las declaraciones hechas por representantes de países americanos y organismos regionales,³²⁰ hubo un apoyo inicial de parte importante de la comunidad internacional de las operaciones militares estadounidenses contra el régimen talibán en Afganistán bajo la rúbrica de la legítima defensa, sin que se comprobara un involucramiento sustancial y directo de dicho gobierno en las actividades de al-Qaeda.³²¹

A partir de lo anterior, y otros antecedentes,³²² es posible sostener que en los últimos años ha surgido un cierto reconocimiento parcial en la comunidad internacional del ejercicio de la legítima defensa ante ataques de actores no estatales, sin que medie la condición de que dichas acciones sean atribuibles a un Estado.³²³

Existe, sin embargo, otro antecedente de práctica estatal que aparentemente habría restado apoyo a esta posición.³²⁴ Esto a propósito de la reacción negativa a la denominada "Operación Fénix",³²⁵ que

³¹⁷ Gray, *International Law and the Use of Force*, 136.

³¹⁸ Un episodio comúnmente citado para inferir los requisitos de la legítima defensa en el derecho consuetudinario es el incidente *Caroline* en 1837. El actuar británico fue rechazado no por emplearse en respuesta a un ataque armado protagonizado por actores no estatales, sino porque incumplió los requisitos de la proporcionalidad y la necesidad. Véase la [sección 7.2.3](#)

³¹⁹ Véase, por ejemplo, las resoluciones 1368 y 1373, ambas del Consejo de Seguridad, que reafirmaron el derecho inmanente a la legítima defensa, individual y colectiva sin tener certeza de que los actos eran atribuibles a un Estado.

³²⁰ Christopher Greenwood, "International Law and the Pre-emptive Use of Force: Afghanistan, Al-Qaida, and Iraq", *San Diego International Law Journal* 4 (2003): 17; Kohen, "The Use of Force by United States", 222-3. Se contó con el apoyo de los miembros de la OTAN, los Estados miembros del Tratado de Río, y el Consejo de Europa.

³²¹ Trapp, "Can Non-State Actors", 690.

³²² Luego del ataque contra sus embajadas en Kenia y Tanzania en 1998, Estados Unidos bombardeó, frente al relativo mutismo de la comunidad internacional, una fábrica de medicamentos en Sudán donde supuestamente se fabricaba un gas neurotóxico y campos de entrenamiento de al-Qaeda en Afganistán. Se cita además el reconocimiento inicial por parte de la mayoría de los miembros del Consejo de Seguridad del derecho de Israel a defenderse frente al ataque de Hezbollah desde el Líbano contra una patrulla militar israelí durante el año 2006, no obstante, el uso de la fuerza por parte de Israel fue condenado por varios Estados al ser calificado como desproporcional o excesivo. En el mismo sentido las acciones de Turquía contra el Partido de los Trabajadores de Kurdistán (PKK) en el norte de Irak. Al respecto véanse Trapp, "Can Non-State Actors", 691-3; Terry Gill "When Does Self-Defense End?" *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Edited by Marc Weller, (New York: Oxford University Press, 2015), 740. DOI: 10.1093/law/9780199673049.003.0034; Thomas M. Franck, *Recourse to Force State Action Against Threats and Armed Attacks* Franck, (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), 95.

³²³ En esto es evidenciable un cambio si consideramos, por ejemplo, la reacción del Consejo de Seguridad a través de la resolución 573 (1985) frente al bombardeo israelí de bases de la OLP en Túnez en respuesta a atentados terroristas que fueron adjudicados por dicha organización. Lo mismo puede decirse acerca del bombardeo estadounidense de Trípoli (1986) en respuesta al atentado contra soldados estadounidenses en Berlín. Jackson Nyamuya Maogoto, *Battling Terrorism: Legal Perspectives on the Use of Force and the War on Terror* (Hampshire: Ashgate Publishing Company, 2005), 111.

³²⁴ Decimos aparentemente porque no es claro si la condena se debió explícitamente a que no es posible invocar la legítima defensa frente actores no estatales. No hubo una mayor elaboración jurídica por parte de los Estados al condenar el accionar colombiano.

³²⁵ Véase la resolución N°5 del Consejo Permanente de la OEA. 5 de marzo de 2008, <http://www.oas.org/consejo/sp/resoluciones/res930.asp>

consistió en el bombardeo e incursión militar por parte de Colombia invocando la legítima defensa contra un campamento de las FARC en territorio ecuatoriano en el año 2008.³²⁶ La crisis diplomática entre ambos países, se vio mermada luego de las disculpas del presidente colombiano y un compromiso de que incidentes así no se repetirían.³²⁷

Basándose únicamente en las recientes resoluciones del Consejo de Seguridad,³²⁸ y cierta práctica estatal, podría señalarse que estamos ante un derecho consuetudinario en formación que respalda la legalidad de estas medidas.³²⁹ Sin embargo, si tomamos en cuenta el enfoque tradicional y consideramos que la mayoría de las veces los Estados han intentado atribuir a Estados las acciones de actores no estatales con el objeto de justificar su uso de la fuerza en la legítima defensa,³³⁰ se llegaría a la conclusión de que la legítima defensa solo se admite, *lege ferenda*, frente a ataques armados perpetrados, directa o indirectamente, por Estados.

El asunto continúa siendo controversial. En cualquier caso, de aceptarse esta práctica, estimo debe ejercerse con estrictos límites que eviten su abuso, impidiendo que se emplee como subterfugio para justificar guerras de agresión.³³¹ Particularmente debería ponerse énfasis en el requisito de la necesidad, requiriendo que, dentro de lo posible, el Estado que pretenda defenderse contra actores no estatales busque medios pacíficos para lidiar con la amenaza con tal de no vulnerar la soberanía del país que los alberga.³³²

5.1.1.2.2. Sujeto pasivo

Se ha señalado que los ataques que posibilitan el ejercicio de la legítima defensa, pueden estar dirigidos no solo contra el espacio territorial, aéreo o marítimo de un Estado, sino también las manifestaciones externas o “emanaciones” del Estado que se encuentran en el extranjero,³³³ particularmente las fuerzas armadas.³³⁴ En esto, aunque no exento de controversia, también se incluirían

³²⁶ "Colombia se defiende" *BBC*, 2 de marzo 2008. Disponible en línea: http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_7274000/7274034.stm

³²⁷ "Declaración sobre los acontecimientos recientes entre Ecuador y Colombia." *XX Reunión de Jefes de Estado y de Gobierno del Grupo de Río*. Santo Domingo, República Dominicana, 7 de marzo de 2008. Disponible en línea: <http://www.minrel.gob.cl/minrel/site/artic/20100426/pags/20100426150231.html#T1>

³²⁸ Gray, *International Law and the Use of Force*, 121. Si bien estas resoluciones están dotadas de autoridad en cuanto a un caso concreto, cabe la prevención de que éstas no deberían resolver controversias doctrinarias a modo general.

³²⁹ Esto sería posible amparando dicho uso de la legítima defensa en el derecho consuetudinario, siempre y cuando se cumpla con el requisito de la necesidad, es decir, la legítima defensa no sería posible si el Estado que aloja a grupos armados emprende acciones efectivas contra dichos grupos, ya que no sería de *ultima ratio*. Trapp, "Can Non-State Actors", 694-5.

³³⁰ Ruys, *Armed Attack*, 428-429.

³³¹ Véase, por ejemplo, la propuesta de Chatham, "Principles", 969.

³³² Véase sección 5.2.2 sobre el requisito de la necesidad.

³³³ Chatham, "Principles", 965.

³³⁴ Definición de Agresión de la Resolución 3314 de la Asamblea General de Naciones Unidas. En el artículo 3 letra b) se cataloga como agresión: "...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..." En el mismo sentido el artículo 6 del Tratado del Atlántico Norte que constituyó la OTAN.

las embajadas, consulados, así como los dignatarios y personal diplomático, siempre y cuando el uso de la fuerza sea a gran escala y alcance la magnitud de un ataque armado.³³⁵ La Corte Internacional de Justicia habría sostenido un criterio similar.³³⁶

Usualmente se excluyen del concepto de ataque armado aquellos dirigidos contra nacionales de un Estado en el extranjero,³³⁷ sin embargo hay autores que discrepan dependiendo de la motivación del ataque.³³⁸

5.1.1.3. *Ratione temporis*

Existen varios tópicos relativos a la *ratione temporis* del ataque armado. Entre estos pueden mencionarse: la cuestión acerca de cuándo comienza un ataque armado; la posibilidad de invocar la legítima defensa con anterioridad a su ocurrencia; el criterio de la inmediatez, esto es, el espacio tiempo que puede transcurrir entre la ocurrencia de un ataque armado y la respuesta defensiva; los límites temporales de la legítima defensa que imponen los elementos de subordinación y temporalidad en relación al rol del Consejo de Seguridad; además de ciertos aspectos temporales de los requisitos de necesidad y proporcionalidad.³³⁹

Varios de estos temas serán analizados en otros apartados, mientras que en esta sección se abordará cuándo comienza un ataque armado. Lo anterior es relevante para determinar desde cuándo es posible ejercer el derecho a la legítima defensa, suponiendo que ésta solo puede ejercerse una vez que un ataque armado ocurre.

El artículo 51 de la Carta no responde a esta pregunta, de hecho, ni siquiera explica qué es un ataque armado, siendo la doctrina la que ha intentado resolver la cuestión. Tradicionalmente se ha afirmado que un ataque comienza con el ingreso de tropas en el territorio de un Estado, o bien con la

³³⁵ Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 214-5 ; Ruys, *Armed Attack*, 202. Para el autor, sin embargo, el ataque aislado contra un diplomático no sería suficiente para activar la legítima defensa. La anterior idea es resistida por algunos autores. Véase Brotóns, *Derecho Internacional*, 1066. El autor justifica su oposición debido a que la ficción de la extraterritorialidad de las embajadas corresponde al derecho internacional más clásico (Hugo Grocio) y ya ha sido superado en el tiempo.

³³⁶ Corte Internacional de Justicia. "United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran" (United States of America v. Iran) Sentencia del 24 de mayo de 1980. Párrafos 57, 64 y 91.: <http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf> La Corte calificó reiteradamente el secuestro de la embajada de Estados Unidos en Irán y la toma de rehenes ocurrida el 4 de noviembre de 1979 por estudiantes iraníes como un "ataque armado".

³³⁷ Ruys, *Armed Attack*, 228, 243. Se apunta a una insuficiente práctica de los Estados para asegurar la legalidad *lege lata* de este uso de la fuerza. Como ejemplo puede citarse la reacción de la mayor parte de la comunidad internacional frente a la operación israelí que rescató los rehenes en Entebbe, Uganda, como evidencia de la ilegalidad de esta práctica, particularmente si consideramos que buena parte de dichos países condenó la práctica *per se* de protección de nacionales en el extranjero.

³³⁸ Dinstein, *War, Aggression and Self-defence*, 217-8. Cuando los ataques contra particulares en el extranjero se deben a su nacionalidad, esto podría ser entendido como un ataque al Estado del cual son nacionales (en tanto la población es uno de los atributos del Estado)

³³⁹ Green, "The Ratione Temporis", 100; Gill, "When Does Self-Defence End?", 743.

caída de la primera bomba o misil. Y en general es posible afirmar que mientras no se afecte la soberanía de un Estado, el ataque armado no ha comenzado.³⁴⁰

Sin embargo, se ha estimado que no pueden excluirse actos preliminares a la consumación del ataque armado, los que a la vez constituyen las primeras etapas de su ejecución.³⁴¹

Lo central es que la capacidad e intención de lanzar un ataque resulte en medidas concretas y hechos materiales que evidencien la implementación de dicho ataque.³⁴² De esta forma, se pasa de la mera preparación o planificación del ataque, a la ejecución de actos constitutivos del mismo. El ataque no comienza con el primer disparo o el cruce de la frontera, sino con un curso de acción ofensiva aparentemente irreversible.³⁴³

La modalidad de legítima defensa que se emplea luego de que comienza el ataque armado, pero antes de que se concrete o consuma en el territorio o población del Estado agredido, es denominada “legítima defensa de interceptación” o “interceptiva”. Para algunos ejemplos que permiten evidenciar cuándo comienza el ataque armado y un estudio sobre esta modalidad de legítima defensa, véase la sección octava.

5.1.2. Requisitos relacionados con el Consejo de Seguridad

Existen otros requisitos que se extraen de la lectura del artículo 51 de la Carta. Estos dicen relación con la responsabilidad primordial del Consejo de Seguridad de mantener la paz y la seguridad internacionales.

5.1.2.1. Temporalidad y subordinación

Las medidas adoptadas por un Estado que ejerce su derecho a la legítima defensa son temporales y están sujetas a la autoridad del Consejo de Seguridad.

El artículo 51 señala que el Estado agredido podrá defenderse “hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales.” Lo anterior reafirma la temporalidad de las medidas de legítima defensa, en tanto, las acciones del Estado que actúa en legítima defensa deberían terminar cuando el Consejo ha adoptado tales “medidas necesarias”.

³⁴⁰ Brownlie, *International Law and the Use of Force*, 367.

³⁴¹ Ya en 1946, y a propósito de una posible agresión nuclear, Estados Unidos hacía ver la necesidad de que ciertas acciones preliminares a la actual caída de una bomba fueran suficientes para hacer uso de la fuerza invocando la legítima defensa ya que el ataque armado, en estricto rigor, ya ha comenzado Véase Schachter, “The Right to States”, 1634.

³⁴² Ruys, *Armed Attack*, 347.

³⁴³ Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 204.

Según el mismo artículo, las acciones defensivas que emplea el Estado no podrán afectar “en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo”. Así se reafirma la responsabilidad primordial del Consejo en la salvaguarda de dichos principios y podría determinar la ilegalidad de cualquier medida de fuerza adoptada por un Estado, independiente de su carácter defensivo, cuando se lleva a cabo desafiando las resoluciones del Consejo.

Aunque la limitante ha sido criticada por su falta de realismo, lo que le ha valido ser desatendida,³⁴⁴ la temporalidad y subordinación constituyen una fuerte restricción a la noción de la legítima defensa como un ejercicio de la autotutela, por cuanto el Consejo adopta un rol monopolizador de la violencia en las relaciones internacionales, controlando y limitando el uso unilateral de la fuerza por parte de los Estados, aun cuando se invoca el mencionado derecho inmanente en el caso de una agresión armada.

Surge la interrogante acerca de si una vez que el Consejo asume el “control” de la situación, se podrían seguir adoptando medidas por parte del o los Estados afectados por el ataque, o terceros que actúen bajo la rúbrica de la legítima defensa colectiva. Cuando Irak invadió Kuwait, el primero aseguró que ningún Estado podía tomar una acción unilateral en vista a que el asunto había sido abordado por el Consejo, el cual ya había adoptado medidas.³⁴⁵

No por el solo hecho de que el Consejo conozca de un asunto y emita una resolución adoptando medidas, el Estado víctima debe poner término a sus maniobras defensivas en el caso de que las medidas colectivas han sido ineficaces en mantener la paz y la seguridad internacional. Si fuera así, un Estado agresor podría verse motivado a someter su propia agresión –con otro nombre- a la decisión del Consejo con el objeto de intentar inhibir el ejercicio del derecho a la legítima defensa por el Estado agredido o quienes hayan ido en su auxilio.³⁴⁶

El Estado agredido podrá seguir haciendo uso de la fuerza, siempre y cuando no menoscabe la autoridad y responsabilidad del Consejo. Esto último ocurriría en el caso de que este órgano impusiese un cese al fuego o retirada territorial que haya sido cumplido por el agresor.

Mientras esto no ocurra, y, por tanto, la necesidad de la legítima defensa se mantenga, el Estado agredido podría continuar utilizando la fuerza en legítima defensa, respetando los límites que impone la

³⁴⁴ Robert Kolb, "Self-Defense and Preventive War at the Beginning of the Millenium" *Zeitschrift für öffentliches Recht* 59 (2004), 122-3. <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:23165>; Ruys, *Armed Attack*, 74.

³⁴⁵ Ruys, *Armed Attack*, 75.

³⁴⁶ *Ibid.*, 76. Precisamente esto es lo que trató de hacer Irak en la primera guerra del Golfo.

costumbre.³⁴⁷ De esta forma se toma una posición concordante con el carácter fundamental de la legítima defensa como derecho inmanente y con la historia legislativa de la disposición.³⁴⁸

De todas maneras, cabe señalar que en la práctica el Consejo no suele involucrarse cuando se están desplegando acciones en legítima defensa. Eso hace que la subordinación y temporalidad tengan poca aplicación, sin afectarse “el derecho inmanente a la legítima defensa”.³⁴⁹

5.1.2.2. Comunicación

El primer lugar, todo Estado que invoque la legítima defensa debe comunicar de manera inmediata al Consejo las medidas que haya adoptado y las razones que permiten ampararse en el mencionado derecho. El requisito ha sido descrito como meramente procedimental, sin que tenga un carácter sustantivo.³⁵⁰

El propósito de la obligación es posibilitar que el Consejo adopte las medidas a las que hace referencia el artículo 51 de la Carta. Su cumplimiento no constituye una condición para invocar legalmente la legítima defensa, sino más bien una medida que en el caso de ser incumplida genera una presunción refutable de ilegalidad, lo que tendrá importancia probatoria.³⁵¹ La notificación será relevante para efectos de determinar la buena fe subjetiva del Estado en cuanto a tener la convicción de estar actuando conforme a las normas del derecho internacional, fortaleciendo así sus alegaciones de legítima defensa.³⁵²

5.2. Requisitos consuetudinarios

Existen requisitos de la legítima defensa que no se extraen de la Carta de Naciones Unidas, sino del derecho consuetudinario. Al respecto, la Corte Internacional de Justicia limitó el ejercicio de la legítima defensa mediante los requisitos de la necesidad y la proporcionalidad.³⁵³

Ambos fueron mencionados a propósito del intercambio de correspondencia diplomática entre el secretario de Estado de Estados Unidos, Daniel Webster y el representante del gobierno británico, lord Ashburton, el que tuvo lugar tras el incidente fronterizo que terminó con la destrucción de un buque

³⁴⁷ Kelsen, *The Law of the United Nations*, 801; Gill, "When Does Self-Defense End?", 751.

³⁴⁸ Hallberstam, "Self-Defense once the Security Council Takes Action", 240.

³⁴⁹ Green, "The Ratione Temporis elements of Self-defence", 111-2.

³⁵⁰ Ruys, *Armed Attack*, 70-1. Nunca el uso de la fuerza invocando la legítima defensa ha sido considerado ilegal por el solo hecho de no cumplir con el deber de información. James Green, "The Article 51 Reporting Requirement for Self-Defense Actions" *Virginia Journal of International Law* 55 no. 3 (2015): 594, <https://ssrn.com/abstract=2572406> De hecho, desde sus inicios, algunos Estados calificaron el requisito como "deseable", dando a entender un aparente status no vinculante.

³⁵¹ Ruys, *Armed Attack*, 69-72.

³⁵² Nicaragua Case, párrafo 200; Green, "The Article 51 Reporting Requirement", 594-5; Ruys, *Armed Attack*, 71.

³⁵³ Nicaragua Case, Párrafo 176. Véase también Corten, *The law Against War*, 471; Gray, *International Law and the Use of Force*, 149., quien menciona otras decisiones de la Corte.

llamado Caroline en 1837.³⁵⁴ De ahí, que el acontecimiento fuera conocido como el *Caroline Case* o *Caroline Affair*.

El incidente ocurre en el contexto de la sublevación canadiense en contra del Imperio Británico en 1837, cuando el buque Caroline prestaba apoyo a las labores de los rebeldes que se habían refugiado en Estados Unidos, quienes se encontraban lanzando ataques contra las fuerzas británicas en Canadá. En respuesta, los británicos atacaron la embarcación en aguas territoriales estadounidenses, le prendieron fuego y soltaron sus amarres dejándola a la deriva en las cataratas del Niágara.

Gran Bretaña se excusó en su derecho a la legítima defensa, atendidos los ataques librados desde Estados Unidos contra sus fuerzas en Canadá. En respuesta, el secretario Webster, aseveró que para justificar el ataque el gobierno británico debía demostrar: “Una necesidad instantánea y abrumadora de legítima defensa, que no permita elección alguna de medios, ni deje momento alguno para la deliberación”.³⁵⁵ Luego Webster señaló que la acción defensiva debería ser razonable y libre de excesos, limitada a la necesidad de la legítima defensa.³⁵⁶ Si bien lord Ashburton discrepó en lo fáctico, coincidió con el razonamiento jurídico de Webster, el que sería posteriormente conocido como la “fórmula Webster”.

El intercambio entre los dos funcionarios representa un antecedente de la utilización de los requisitos de la necesidad, proporcionalidad, agregándose un tercer elemento, la inmediatez. La fórmula ha sido recurrentemente utilizada por autores y Estados, y a menudo es citada como derecho consuetudinario.³⁵⁷ El intercambio también ha sido comúnmente utilizado para justificar la legítima defensa anticipatoria.³⁵⁸ El mismo criterio sería empleado por el tribunal militar internacional de Núremberg para rechazar la legalidad de la invasión alemana a Noruega.³⁵⁹

³⁵⁴ Gray, *International Law and the Use of Force*, 148-9. Existen, sin embargo, antecedentes de la aplicación de estos principios, los cuales datan de los tiempos en los que regía la doctrina de la guerra justas y cuando las represalias armadas cuando no estaban proscritas. Gardam, *Necessity and Proportionality*, 46-7.

³⁵⁵ Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, *Examen Histórico de la Evolución en Materia de Agresión* (Nueva York: Naciones Unidas, 2003), 33-4. Disponible en línea: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29046.pdf>

³⁵⁶ Ruys, *Armed Attack*, 92.

³⁵⁷ James A. Green, “Docking the Caroline: Understanding the Relevance of the Formula in Contemporary Customary International Law Concerning Self-Defense” *Cardozo Journal of International & Comparative Law* 14 (2006). Disponible en línea:

http://heinonline.org/uchile.idm.oclc.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cjic14&start_page=429&collection=journals&id=435 Se analiza la relevancia de este antecedente en el derecho consuetudinario contemporáneo.

³⁵⁸ Daniel Bethlehem, Principles Relevant to the Scope of a State’s Right of Self-Defense Against an Imminent or Actual Armed Attack by Non State Actors, *The American Journal of International Law. Notes and Comments* 106 (2012): 3-4. Disponible en línea: <http://www.un.org/law/counsel/Bethlehem%20-%20Self-Defense%20Article.pdf>

³⁵⁹ *Nuremberg Trial Proceedings*. Volume 22, 447.: <http://avalon.law.yale.edu/imt/09-30-46.asp>

Los tres elementos que serán descritos a continuación se caracterizan por su ambigüedad conceptual y la dificultad de aplicarlos al caso concreto.³⁶⁰ Lo anterior implica su extremada flexibilidad y la necesidad de un análisis caso a caso, guiándose por las nociones de aceptabilidad y razonabilidad.³⁶¹ Estos elementos son en realidad tres aspectos de un mismo principio cuyo fundamento es restringir el uso de la fuerza a repeler un ataque armado e impedir que éste tenga éxito. El uso de la fuerza no puede tener un carácter punitivo o de retaliación.³⁶²

5.2.1. Proporcionalidad

La proporcionalidad en la legítima defensa limita la fuerza utilizada para defenderse en contra de una agresión armada.³⁶³ Ésta tendrá relación con la magnitud, duración y objetivos de dicha respuesta.³⁶⁴ Este criterio tiene sus antecedentes en la doctrina de la guerra justa³⁶⁵

No existe acuerdo respecto de qué significa que la legítima defensa sea proporcional, lo que a su vez permite que el concepto sea manipulado políticamente al arbitrio de los Estados.³⁶⁶ Hay discrepancia acerca de si la proporcionalidad se refiere a que la acción defensiva debe ser cuantitativamente proporcional al ataque armado, ya sea en relación con la fuerza utilizada o el daño infringido por este último. O bien, si se refiere a la exigencia de que la fuerza deba ser proporcional en relación con lo necesario para repeler un ataque armado actual, o impedir un ataque inminente, dependiendo de la postura que asumamos respecto de la legítima defensa anticipatoria.³⁶⁷

En virtud de la primera acepción, se señala que la proporcionalidad debe limitarse a una comparación entre el *quantum* de la fuerza del ataque armado, tanto en su magnitud como alcance,

³⁶⁰ Dapo Akande and Thomas Liefländer, "Clarifying Necessity, Imminence, and Proportionality in the Law of Self-Defense" *The American Journal of International Law* 107, No. 3 (July 2013): 569. Disponible en línea: <http://www.jstor.org/stable/10.5305/amerjintlaw.107.3.0563>

³⁶¹ Green, "The Ratione Temporis Elements", 101.

³⁶² Michael J. Kelly, "Time Warp to 1945 — Resurrection of the Reprisal and Anticipatory Self-Defense Doctrines in International Law" *Journal of Transnational Law & Policy* 13 (2003): 24 <https://ssrn.com/abstract=473267>; Gray, *International Law and Use of Force*, 150; Anuario de la Comisión (1980), Vol II parte 1, 72.

³⁶³ Gardam, *Necessity, Proportionality*, 16.

³⁶⁴ Gray, *International Law and Use of Force*, 150.

³⁶⁵ En la doctrina de la guerra justa la proporcionalidad se determinaba mediante una evaluación anticipada de los beneficios que traerá una guerra versus el daño que ocasionará. A partir de esto es posible encontrar similitudes con la proporcionalidad en el *ius in bello* contemporáneo.

³⁶⁶ Theodora Christodoulidou y Kalliopi Chainoglou, "The Principle of Proportionality from a Jus Ad Bellum Perspective" en *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law* Ed. Marc Weller (New York: Oxford University Press, 2015), 1208.

³⁶⁷ Gardam, *Necessity, Proportionality*, 12.

versus, la fuerza que se emplea en respuesta por el Estado que se defiende, requiriéndose simetría entre ambos.³⁶⁸ Esta parece ser la postura adoptada por la Corte Internacional de Justicia.³⁶⁹

Lo anterior es, sin embargo, criticado. Se plantea que la proporcionalidad del uso de la fuerza solo puede ser evaluada en cuanto al objetivo de la acción, esto es, el repeler el ataque o bien evitar que una amenaza se concrete.³⁷⁰ La proporcionalidad no es una *lex talionis*,³⁷¹ el asunto no debe reducirse únicamente a una comparación entre la acción del agresor y la respuesta del Estado que se defiende como ocurre con las represalias.³⁷² La fuerza empleada debe limitarse a aquella necesaria para repeler el ataque armado y mantener o restaurar el *status quo* previo a la ocurrencia de la agresión, siendo relevante el resultado que se pretende con la acción defensiva, más que la forma, sustancia y fuerza de la acción en sí.³⁷³

Adicionalmente, existen posturas que combinan ambas perspectivas, dando lugar a un doble test de proporcionalidad, uno de naturaleza cualitativa y otro de naturaleza cuantitativa.³⁷⁴ Este parece ser el principio más utilizado por los Estados.³⁷⁵

Surge la pregunta acerca de si es posible que el Estado que se encuentra repeliendo el ataque o expulsando a un invasor con el fin de mantener o recuperar el *status quo* anterior, pueda emplear la fuerza más allá de esto, con el fin de prevenir o disuadir futuros ataques adicionales que provengan del Estado que ha adoptado una política de agresión.

Después del estallido de una guerra en legítima defensa, el beligerante no está obligado a detener sus medidas de fuerza hasta que la agresión se detenga. Un ejemplo que puede resultar ilustrativo es la manera como los aliados hicieron frente a la agresión alemana. La respuesta aliada no se detuvo cuando Alemania se replegó a sus fronteras previas a 1938, fecha cuando comienza la expansión germana, sino hasta la rendición incondicional de las potencias del Eje, algo que se logró únicamente mediante la *debellatio* del régimen nazi y la ocupación militar de la totalidad de su territorio.³⁷⁶

³⁶⁸ Robert D. Sloane, "The Cost of Conflation: Preserving the Dualism of Jus ad Bellum and Jus in Bello in the Contemporary Law of War" en *The Yale Journal of International Law* 34, (Agosto 2008), 52; Brotóns, *Derecho Internacional*, 1073.

³⁶⁹ Véase Christodoulidou y Chainoglou, "Proportionality from a Jus Ad Bellum Perspective", 1189-1191, quienes describen la posición del tribunal asumida en los tres casos en los que se ha abordado la proporcionalidad. En el mismo sentido Akande, Liefländer, "Necessity, Imminence, and Proportionality" 566.

³⁷⁰ Anuario de la Comisión (1980), Vol. 1, 187

³⁷¹ Gill, "When Does Self-Defense End?" 744. Así, la respuesta contra un Estado que emplea un actor no estatal como *proxy* para lanzar ataques, no necesariamente se limitará a atacar al *proxy*.

³⁷² Anuario de la Comisión (1980) Vol. 1, 187.

³⁷³ Anuario de la Comisión (1980), Vol. II, 2da parte, 72-3.

³⁷⁴ Gill, "When Does Self-Defense End?" 744.

³⁷⁵ Christodoulidou y Chainoglou, "The Principle of Proportionality", 1192.

³⁷⁶ Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 264-6. Se cita además el caso de Irán en 1980, país que, frente a la agresión iraquí, no estuvo obligado a poner término a su 'guerra defensiva', aun cuando ya había superado y contrarrestado la invasión

Al respecto, es importante evaluar la proporcionalidad caso a caso, considerando la actitud del Estado agresor, la magnitud de su agresión y su persistencia en una política agresiva. Generalmente, el fin de la legítima defensa será poner término a un ataque armado, forzando el repliegue del agresor de los territorios que recientemente ocupó. No obstante, dependiendo de las circunstancias, también será razonable la desarticulación de la capacidad ofensiva del agresor en tanto sea necesario privarlo de la oportunidad de reagruparse e insistir en el ataque armado.³⁷⁷ Lo relevante será evitar que la legítima defensa persiga fines punitivos o vindicativos, o se convierta en una excusa para el cambio de regímenes políticos. El uso de la fuerza, aun de carácter defensivo no debería vulnerar la independencia política de los Estados ni su integridad territorial de forma permanente. El rol del Consejo de Seguridad en evitar que la legítima defensa se desvirtúe de esta manera será fundamental.

5.2.2. Necesidad

Las medidas de fuerza armada que se adoptan invocando el derecho a la legítima defensa deben cumplir con el requisito de necesidad,³⁷⁸ como vimos, una limitación proveniente del derecho consuetudinario.³⁷⁹ Además de estar presente en la doctrina de la guerra justa, este principio ya se encontraba presente en los tratados de solución pacífica de controversias suscritos a principios del siglo XX, vistos en la [sección 2.3](#).

En virtud de este elemento se concibe el uso de la fuerza como *ultima ratio*,³⁸⁰ condicionándose al hecho de que el Estado víctima de un ataque no cuente razonablemente con otros medios para detenerlo.³⁸¹ De esta forma, si existen medios pacíficos, idóneos y realistas para repeler un ataque, el Estado debería agotarlos antes de acudir al uso de la fuerza armada.³⁸²

Usualmente este requisito se traduce en la exigencia de que haya ocurrido un ataque armado, o que al menos este sea inminente.³⁸³ Así, frente a esta situación, el requisito de la necesidad probablemente se cumpliría atendida la común premura y urgencia que implica dicho evento.

de su vecino árabe, sino hasta que el Consejo de Seguridad dispuso el cese al fuego obligatorio en 1987, resolución que el país persa cumplió recién en 1988.

³⁷⁷ Green, "The Ratione Temporis", 114-6

³⁷⁸ No hay que confundirlo con el estado de necesidad, circunstancia que excluye la ilicitud de una conducta.

³⁷⁹ Nicaragua Case, párrafo 176.

³⁸⁰ Anuario de la Comisión (1980), Vol. 1, 187.

³⁸¹ Bethlehem, Self-Defense against Nonstate Actors, 6.

³⁸² Otra acepción de este elemento dice con la necesidad de utilizar la fuerza en legítima defensa, algo que cesaría cuando el ataque termina. De esta forma no habría "necesidad" de utilizar la fuerza cuando un Estado ha dejado de atacar, lo anterior distinguiría la legítima defensa de las represalias. Francis Grimal, "Missile Defense Shields: Automated and Anticipatory Self-Defense?" *Journal of Conflict & Security Law* 19 no. 2 (2014): 326; Green, "The Ratione Temporis", 112; Sin embargo, esta acepción se asemeja más a la inmediatez.

³⁸³ Gill, "When Does Self-Defense End?", 743; Tibori-Szabó, *Anticipatory Action*, 312

La relevancia de este elemento en el *ius contra bellum* contemporáneo, es reducida.³⁸⁴ Lo anterior debido a que, tal como se verá posteriormente, la legítima defensa sólo podría ser ejercida contra un ataque armado actual o -según algunos autores- inminente.³⁸⁵ En otras palabras, frente a un ataque armado de gran escala, el cumplimiento del principio de necesidad debería darse por sentado, ya que no resulta razonable ni realista exigirle al Estado agredido la búsqueda de medios pacíficos cuando es objeto de una agresión, la fuerza probablemente será el único camino.³⁸⁶ En palabras de Oscar Schachter, un Estado no está obligado a poner la otra mejilla cuando es atacado.³⁸⁷

Prueba de lo anterior es que casi no existe precedente de un acto en legítima defensa que haya sido censurado bajo la sola premisa de que el autor no logró comprobar que agotó todos los medios pacíficos antes de recurrir a la fuerza.³⁸⁸

Sin embargo, existen ejemplos en que la necesidad adquiere mayor relevancia. En el caso de un ataque armado de menor magnitud, sería posible exigirle al Estado agredido el buscar otros medios para enfrentar dicha situación, como lo sería el gestionar sanciones colectivas, antes de comenzar hostilidades a gran escala.³⁸⁹

Algo similar ocurre en la legítima defensa frente actores no estatales que se refugian en otro Estado. En general, resultaría exigible que el agredido emplee otros medios para lidiar con la situación antes de infringir la soberanía del Estado que alberga dichos grupos, como pedir la acción del Estado “huésped”, o bien su autorización para actuar en su territorio, antes de emplear la fuerza unilateralmente.³⁹⁰

Un tercer ejemplo donde el principio podría tener relevancia es en la hipótesis de agresión del artículo 3(e) de la definición aprobada por la Asamblea General mediante la resolución 3314. Es decir, cuando la permanencia de las fuerzas armadas en un territorio ajeno de prolonga más allá de lo estipulado

³⁸⁴ Esto contrasta con la importancia que pudo haber tenido la necesidad, a lo menos en lo teórico, en la doctrina de la guerra justa. Cuando el uso de la fuerza era una manera admisible de resolver las disputas existentes entre dos Estados, de esta forma el exigir la búsqueda de otros medios para hacer frente a la controversia hace sentido.

³⁸⁵ Se señala que la inminencia es un aspecto de la necesidad en tanto requiere que no exista tiempo para la búsqueda de medios no violentos que tengan la oportunidad de detener o prevenir un ataque. Chatham, "Principles", 967.

³⁸⁶ Anuario de la Comisión (1980), Vol. I, 187. De esta forma, hay autores que han señalado que para que exista la necesidad debe existir un ataque armado. M. Ortega Carcelén, *La legítima defensa del territorio del Estado. Requisitos para su ejercicio*, (Madrid: Tecnos, 1991), 50-1.

³⁸⁷ Oscar Schachter, "The Lawful Resort to Unilateral Use of Force" en *Yale Journal of International Law* 10 (1985): 292.

³⁸⁸ Corten, *Law against War*, 481. La única excepción sería la condena estadounidense del bombardeo israelí del reactor Osirak en 1981. Véase Ruys, *Armed Attack*, 97.

³⁸⁹ Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 262.

³⁹⁰ Bethlehem, "Self-Defense Against Non-state Actors", 7. Se afirma que un Estado estaría liberado de pedir el consentimiento cuando dicha solicitud vuelva ineficaz el ejercicio de la legítima defensa.

en el acuerdo con el Estado donde están apostadas. En ese caso, sería exigible al Estado víctima el resolver la disputa por medios pacíficos antes de recurrir a la fuerza.³⁹¹

El elemento analizado también tendría utilidad ante un ejercicio preventivo de la fuerza, frente a ataques armados que están lejos de concretarse,³⁹² sin embargo, dicha modalidad defensiva generalmente es considerada ilegal.³⁹³

Fuera del ámbito de la legítima defensa, el requisito podría ser aplicable en el escenario de una autorización o intimación de medidas de fuerza por parte del Consejo de Seguridad, donde idealmente se requiere que las medidas del artículo 41 de la Carta sean insuficientes para hacer frente a amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión, antes de adoptar las medidas de fuerza del artículo 42.³⁹⁴

5.2.3. Inmediatez

No obstante, no siempre se menciona, es necesario considerar el requisito de la inmediatez.³⁹⁵ Estamos frente a otro elemento que se encuentra asentado en el derecho consuetudinario³⁹⁶ y cuyo significado es posible inferir de la fórmula Webster.³⁹⁷ La Corte Internacional de Justicia lo asimiló a la necesidad.³⁹⁸

En virtud de este principio, se estima necesario que el ataque armado esté en desarrollo, o bien que transcurra un tiempo razonablemente corto entre la ocurrencia de dicho ataque y la respuesta defensiva.³⁹⁹ Una respuesta tardía podría entenderse⁴⁰⁰ o incluso como una agresión.⁴⁰¹

³⁹¹ Ruys, *Armed Attack*, 344.

³⁹² Tras el bombardeo del reactor Osirak, un actuar típicamente preventivo según lo veremos, Estados Unidos condenó a Israel bajo la premisa de no haber agotado los medios pacíficos para resolver la disputa. Andrew Garwood-Gowers, "Pre-Emptive Self-Defense: A Necessary Development or the Road to International Anarchy?" *Australian Year Book of International Law* 23 (2004): 55. Disponible en línea: http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein_journals/ayil23&div=6&id=&page=

³⁹³ Ruys, *Armed Attack*, 264. Véase además [sección 7.3.2.5](#)

³⁹⁴ Gardam, *Necessity, Proportionality*, 7.

³⁹⁵ Es importante no confundir la inmediatez con la inminencia, esta última es requerida por quienes defienden la legítima defensa anticipatoria y será analizada en su oportunidad.

³⁹⁶ Dinstein, *War, Aggression and Self Defense*, 231.

³⁹⁷ La Legítima defensa puede emplearse solo cuando la necesidad es "instantánea (...) sin dejar ningún espacio de deliberación". Sin embargo, el criterio de la fórmula Webster debe ser flexibilizado. Green, "Docking the Caroline", 472.

³⁹⁸ Nicaragua Case, párrafo 237.

³⁹⁹ Green, "Ratio Temporis", 117.

⁴⁰⁰ Eduardo Jiménez de Aréchaga, *El derecho internacional contemporáneo* (Madrid, Tecnos, 1980), 157.

⁴⁰¹ Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* 7ta Edición (New York: Routledge, 1997), 317. Otra interpretación, sin embargo, plantea que lo que realmente se requiere es que la necesidad de legítima defensa sea inmediata o urgente, no la inmediatez de la respuesta a un ataque armado. Green, "Docking the Caroline", 471; Anuario de la Comisión (1980), Vol 1 1980, 187.

Entender la inmediatez de manera literal y estricta, al permitir únicamente una respuesta armada inmediata, implicaría que eventos como el operativo estadounidense en Afganistán tras los ataques del 11 de septiembre de 2001; o la acción del mismo país contra Japón tras el ataque a Pearl Harbor durante la Segunda Guerra Mundial, fueran considerados ilegales en virtud de las semanas o meses transcurridos desde el ataque armado inicial. Esta postura, sin embargo, no tiene sustento en la práctica ni en la *opinio iuris* de los Estados.⁴⁰²

Al respecto, es necesario entender la inmediatez de manera flexible, no en términos absolutos. La respuesta armada de un Estado agredido puede tardar, considerando el tiempo que demoran: las indagaciones respecto de los perpetradores del ataque y su ubicación,⁴⁰³ los preparativos de la respuesta militar defensiva, así como el cumplimiento del requisito de necesidad, de ser procedente.⁴⁰⁴ La inmediatez requiere una respuesta en un tiempo razonable, no instantánea.

Lo fundamental de este requisito es su propósito, el evitar que los Estados recurran al uso de la fuerza bajo el pretexto de actuar en legítima defensa tiempo después de que las acciones armadas han terminado, reviviendo disputas pasadas y convirtiendo sus acciones en represalias armadas.⁴⁰⁵

5.3. Requisitos especiales de la legítima defensa colectiva

Además de los requisitos que se exigen a la legítima defensa individual, incluyendo la ocurrencia de un ataque armado,⁴⁰⁶ en la legítima defensa colectiva existe uno presupuesto adicional contemplado en la costumbre internacional. Este requisito, tal como fue explicado por la Corte Internacional de Justicia, condiciona el ejercicio de esta modalidad de legítima defensa a la declaración por parte del Estado agredido de haber sido víctima de un ataque armado, junto con la solicitud de asistencia armada,⁴⁰⁷ evitando que la legítima defensa colectiva sea utilizada como excusa para intervenciones no consentidas por un Estado atacado.⁴⁰⁸

Un caso paradigmático de uso de la fuerza invocando esta modalidad de legítima defensa fue el caso de la guerra del Golfo de 1991 u operación Tormenta del Desierto. En este caso una coalición de

⁴⁰² Glennon, "Fog of Law", 549. En el caso de la respuesta estadounidense en Afganistán, la demora de poco menos de un mes desde los ataques del 11 de septiembre fue vista como un plazo aceptable. Lo mismo puede decirse de la respuesta británica tras la invasión a Falklands/Malvinas en 1982, la cual tuvo lugar veintitrés días después del ataque inicial argentino (a pesar de que la ocupación de las islas pudo constituir una "agresión permanente") Green, "Docking the Caroline," 470. Otros antecedentes, como la respuesta estadounidense al supuesto intento de asesinato contra George Bush padre por parte de Irak o la operación tormenta del desierto en 1991, contra el mismo país indican que el criterio de la inminencia se interpreta con flexibilidad por los Estados. Green, "Ratione Temporis," 110

⁴⁰³ Esto es aplicable particularmente a ataques de actores no estatales.

⁴⁰⁴ Brotóns, *Derecho Internacional*, 1075. Green, "Ratione Temporis", 111.

⁴⁰⁵ Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* 7ta Edición (New York: Routledge, 1997), 317.

⁴⁰⁶ *Nicaragua Case*, párrafos 194-5, 211, 237.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, párrafo 195, 199.

⁴⁰⁸ Brotóns, *Derecho Internacional*, 1065.

varios países encabezada por Estados Unidos asistió a Kuwait frente a una invasión sufrida por este último a manos de Irak. Si bien el operativo militar contó con la autorización del Consejo de Seguridad mediante la resolución 678 (1990), se ha señalado que el uso de la fuerza se basó en la legítima defensa colectiva, y no en un ejercicio genuino de medidas de seguridad colectiva aprobadas por dicho órgano.⁴⁰⁹

6. La legítima defensa anticipatoria

Tras haber analizado los requisitos generales de esta excepción del uso de la fuerza, es necesario abordar el tema central de nuestro trabajo, nos referimos a la legítima defensa anticipatoria. Se hacía importante estudiar esta controversial temática en el marco general de la prohibición del uso de la fuerza y sus excepciones, en particular, la naturaleza, límites y requisitos de la legítima defensa, ya que la discusión acerca de la legalidad o no de esta modalidad se encuentra vinculada con los ámbitos que fueron anteriormente abordados.

6.1. Distinción terminológica

Antes de proseguir, es necesario realizar una distinción terminológica en torno a este tópico, ya que muchas veces, y especialmente en los trabajos en idioma castellano que lo abordan, se utilizan indistintamente los términos “legítima defensa anticipatoria” y “legítima defensa preventiva”. En esto aplicaremos parcialmente la distinción seguida por el reporte del año 2005 del secretario general de la ONU a la Asamblea General sobre algunas materias de derecho internacional público.⁴¹⁰

Si bien algunas de estas modalidades de defensa, muchas veces serán denominadas como “legítimas”, esto se hará con fines puramente metodológicos, independiente de que su legalidad sea cuestionada o intente ser refutada en este trabajo.⁴¹¹ De esta forma, la adición de la palabra “legítima” no debe ser entendida como la adopción de una posición acerca de la licitud de cierta modalidad de legítima defensa.

En primer lugar, corresponde hacer una distinción entre la legítima defensa proactiva y la legítima defensa reactiva, según se ejerce antes o después de que comience un ataque armado. La modalidad

⁴⁰⁹ La aprobación por parte del Consejo no constituye la imposición de medidas de fuerza fundadas en el ejercicio de la seguridad colectiva. La coalición de Estados, junto con Kuwait, tenían derecho a responder a la invasión iraquí en legítima defensa individual y colectiva sin mediar una resolución del Consejo, que no hizo más que sobreabundar la legalidad de dicho operativo. Lo anterior fue ratificado por la resolución 661 del mismo Consejo de Seguridad. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 299-301.

⁴¹⁰ *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos, Informe del Secretario General*. (2005), Párrafo 122. <http://www.un.org/spanish/largerfreedom/report-largerfreedom.pdf> Sin embargo, la forma en la que se utilizan los conceptos varía según el autor.

⁴¹¹ Utilizamos la voz “legítima defensa” porque en general así se ha traducido del inglés el concepto de “*self-defence*”. La traducción literal de este último término al castellano, es decir, “autodefensa”, no tiene la misma connotación, siendo usualmente vinculada con la práctica de la auto-tutela.

reactiva tiene lugar como respuesta a la ocurrencia de un ataque armado, es decir, se invoca con posterioridad a que un ataque armado se inicia.⁴¹² En la modalidad proactiva, en cambio, se utiliza la fuerza invocando la legítima defensa con anterioridad a la ocurrencia de un ataque armado. Si bien ésta podría ser calificada también como reactiva en tanto se “reacciona” ante una amenaza, optaremos por denominarla como “proactiva” en virtud de que se ejerce con anterioridad al ataque.

Sin perjuicio de lo anterior, la legítima defensa reactiva puede tener un fin preventivo o anticipatorio. El Estado empleará la fuerza en respuesta a la ocurrencia de un ataque armado, pero podrá tener como propósito adicional el evitar nuevos ataques adicionales.⁴¹³

Dentro de las formas reactivas de legítima defensa encontramos aquellas que se ejercen respecto de un ataque armado actual, que ya se ha concretado. Adicionalmente, existe en el mismo ámbito, aquella sub-modalidad que se invoca al repeler un ataque armado incipiente, esto es, que se está iniciando pero que no se ha materializado aún. Esta forma de legítima defensa se denomina “legítima defensa de interceptación” y será analizada en la sección octava

Dentro de las modalidades proactivas de legítima defensa, encontramos la legítima defensa anticipatoria y la legítima defensa preventiva, o también llamada en inglés, *preemptive self-defense*. Entenderemos por anticipatoria aquella que se ejerce frente a ataques armados inminentes, es decir, aquellos que están próximos a desplegarse y que aún no han iniciado.⁴¹⁴ Legítima defensa preventiva,⁴¹⁵ en tanto, es aquella que se invoca frente a ataques no inminentes, es decir, meras amenazas que se encuentran latentes y lejos de concretarse aún, sin que se sepa dónde, cuándo y cómo se concretarán. En otras palabras, es aquella que se ejerce frente a amenazas que podrían o no concretarse en ataques armados futuros.

⁴¹² Hay que hacer énfasis en “se inicia” porque como se verá posteriormente dentro de las modalidades reactivas, está aquella legítima defensa que se invoca cuando el ataque ya ha comenzado, pero aún no se materializa en el territorio del Estado atacado. Véase [sección octava](#).

⁴¹³ Ashley Deeks "Taming the Doctrine of Pre-Emption" en *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law* Ed. Marc Weller, (New York: Oxford University Press, 2015), 663-4. Este fue el caso del ataque estadounidense a Afganistán, el cual no obstante ser reactivo, también tenía como fin evitar futuros ataques. Green, “Ratione temporis”, 115. El hecho de que la legítima defensa reactiva pueda tener como finalidad adicional la prevención de futuros ataques adicionales no debiera constituir un antecedente que valida las modalidades de legítima defensa proactiva. Ruys, *Armed Attack*, 342-343.

⁴¹⁴ Algunos emplean el término legítima defensa anticipatoria para referirse a todo uso de la fuerza defensiva con anterioridad al ataque armado. Deeks "Taming the Doctrine of Pre-Emption", 662. La autora establece una tercera categoría “Pre-emptive self-defence”, al parecer una modalidad que se encuentra entre la legítima defensa preventiva y la anticipatoria.

⁴¹⁵ La práctica de esta modalidad se describe como “ataques preventivos” o “guerra preventiva” en virtud de que los autores han optado por no utilizar el concepto “legítima” por su dudosa legalidad.

6.2. Posturas restrictivas versus permisivas

Respecto de la legítima defensa anticipatoria y el rigor de la Carta como instrumento que prohíbe el uso de la fuerza es posible hacer una distinción entre dos posturas de autores.⁴¹⁶

La primera es la denominada restrictiva que, *grosso modo*, concibe el artículo 2 (4) como una regla general, cuyas excepciones deben interpretarse y aplicarse de manera restrictiva, limitando a su vez el derecho consuetudinario previo.

Por otro lado, se encuentra la escuela permisiva que entiende, con algunas variaciones, que el artículo 2 (4) de la Carta prohíbe el uso de la fuerza sólo en las circunstancias enumeradas en la norma, mientras que el artículo 51 no limita, sino que preserva el derecho consuetudinario existente con anterioridad a la Carta, el que permitía el uso de la fuerza defensivo de manera más amplia.

Los autores que apoyan la legítima defensa anticipatoria adoptan en menor o mayor medida los argumentos de la postura permisiva. Entre estos podemos mencionar Derek Bowett,⁴¹⁷ Julius Stone,⁴¹⁸ Myres McDougal,⁴¹⁹ Thomas Franck,⁴²⁰ Christopher Greenwood,⁴²¹ Stephen M. Schwebel,⁴²² Daniel Bethlehem,⁴²³ John Yoo,⁴²⁴ entre otros.⁴²⁵

En tanto, los autores que rechazan la legítima defensa ejercida antes de que tenga lugar un ataque armado, basan sus argumentos en una lectura restrictiva de la Carta. En esta posición encontramos a Ian Brownlie,⁴²⁶ Hans Kelsen,⁴²⁷ Phillip Jessup,⁴²⁸ Louis Henkin,⁴²⁹ Tom Ruys,⁴³⁰ Olivier Corten,⁴³¹ Eduardo Jiménez de Aréchaga,⁴³² Joseph L. Kunz,⁴³³ entre otros.⁴³⁴

⁴¹⁶ Se utilizarán las denominaciones empleadas por Barboza, *Derecho Internacional*, 243.

⁴¹⁷ Bowett, *Self-Defense in International Law*, 185-6

⁴¹⁸ Julius Stone, *Aggression and World Order. A Critique of United Nations Theories of Aggression* (Los Angeles : University of California Press, 1958), 43-4.

⁴¹⁹ Myres McDougal, "The Soviet-Cuban Quarantine and Self-defence" *American Journal of International Law* 57 (1963), 599-601, doi:10.2307/2196083

⁴²⁰ Franck, *Recourse to Force*, 107

⁴²¹ Greenwood, "International Law and the Pre-emptive Use of Force", 12-16.

⁴²² *Nicaragua Case*, Dissenting Opinion of Judge Schwebel, párrafo 173.

⁴²³ Bethlehem, "Right of Self-Defense against NonState Actors", 2-3.

⁴²⁴ John Yoo, "International Law and the War in Iraq" *American Journal of International Law* 97 (2003), 572. <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2746&context=facpubs>

⁴²⁵ Otros autores pueden ser revisados en *Anuario de la Comisión* (1980), vol. II, parte I, 68.

⁴²⁶ Brownlie, *International Law and the Use of Force*, 275- 8

⁴²⁷ Kelsen, *Collective Security*, 784-5, 791.

⁴²⁸ Philip C. Jessup, *A Modern Law o Nations*, (New York: The Macmillan Company, 1948), 166.

⁴²⁹ Louis Henkin, *How Nations behave: Law and Foreign Policy* (New York: Columbia University Press, 1979), 141-5.

⁴³⁰ Ruys, *Armed Attack*, 67, 259-62.

⁴³¹ Corten, *The Law Against War*, 416-443.

⁴³² Jimenez de Aréchaga, "International law in the past third of a century", 96.

⁴³³ Joseph Kunz, Editorial Comment, 'Individual and Collective Self-Defense in Article 51 of the Charter of the United Nations' *American Journal of International Law*, (1947): 878, doi:10.2307/2193095

⁴³⁴ Otros autores pueden ser revisados en *Anuario de la Comisión* (1980), vol. II, parte I, 69-70.

7. Legalidad de la legítima defensa anticipatoria

Del análisis de los argumentos de las dos posturas se infiere que ambas tienen el mérito de contar con argumentos que permiten afirmar su plausibilidad. No es casualidad que cada una es respaldada en cada caso por varios autores expertos en la materia.

Sin perjuicio de lo anterior, estimo que el punto de vista que se muestra proclive a aceptar algún tipo de legítima defensa con anterioridad a que tenga lugar un ataque armado carece del suficiente sustento jurídico que permita asegurar su legalidad. Para llegar a la anterior conclusión resulta imperativo hacer la distinción entre argumentos que son de *lege lata* con los que son *lege ferenda*, distingo que no siempre está presente entre quienes defienden la legítima defensa anticipatoria.

En lo subsiguiente se abordarán de manera crítica los diferentes argumentos que apoyarían una lectura permisiva del artículo 51. Se procederá con un análisis de la Carta, siguiendo los lineamientos establecidos por las normas de interpretación de los tratados, estudiando el texto del artículo 51, el contexto de dicha norma, junto con el objetivo y fin de la Carta y sus trabajos preparatorios. En esa misma línea se analizarán las alegaciones de la postura permisiva en torno al derecho consuetudinario anterior y posterior a la entrada en vigor de la Carta, así como la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Para finalizar se abordarán las críticas que de *lege ferenda* se dirigen contra la postura que rechaza la legítima defensa anticipatoria.

7.1. Interpretación de la Carta

7.1.1. El texto artículo 51 y su contexto

“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, (...)”

En primer lugar, es necesario hacer una lectura del artículo 51 en virtud de las normas de interpretación de los tratados contenidas en la Convención de Viena de 1969,⁴³⁵ sin perjuicio de que dicha convención no comprende todos los elementos que deben ser tomados en cuenta al momento de interpretar un tratado como la Carta de Naciones Unidas.⁴³⁶

⁴³⁵ Kadelbach, "Interpretation of the Charter", 98. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece en su artículo tercero que se aplicará a todo tratado que sea instrumento constitutivo de una organización internacional, por tanto se incluiría la Carta. Sin embargo, la misma Convención de Viena establece en su artículo cuarto la irretroactividad de sus disposiciones excluyendo aquellos tratados celebrados con anterioridad a su entrada en vigor. Sin perjuicio de lo anterior, las normas de la Convención de Viena son consideradas manifestación de principios de interpretación existentes en el derecho consuetudinario con anterioridad a 1969. *Ibíd.*, 75-6.

⁴³⁶ Green, "The Ratione Temporis", 106. La interpretación de tratados constitutivos de organizaciones internacionales posee ciertas particularidades, dándosele importancia a las aproximaciones teleológicas y sistemáticas en la determinación del sentido

El artículo 31 de la Convención de Viena establece una norma general que obliga a que el tratado sea interpretado de buena fe según el sentido corriente que ha de atribuirse a sus términos en el contexto de éstos y teniendo en cuenta, entre otros elementos, su objeto y fin, salvo que conste que la intención de las partes fue darle un sentido especial.

Para efectos de evaluar el “contexto”, deberá tomarse en cuenta el texto del tratado, su preámbulo, además de los acuerdos relacionados con el mismo.

Fuera del contexto, deberá considerarse todo acuerdo posterior entre las partes acerca de la aplicación o interpretación del tratado; toda práctica ulterior en aplicación del tratado en la cual conste el acuerdo de las partes acerca de su interpretación; así como toda forma de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

En resumen, en virtud del artículo 31 de esta convención lo relevante es la determinación del significado o el sentido del texto, dicho ejercicio se realizará mediante un análisis semántico, recurriendo también al contexto de los términos del tratado y considerando su objeto y fin, entre otros elementos.⁴³⁷ Lo que se pretende es que sus disposiciones no sean interpretadas únicamente de forma aislada.⁴³⁸

El sentido ordinario del artículo 51 puede ser inferido de la lectura de su texto, en el que expresamente se condiciona la legítima defensa “en el caso de un ataque armado contra un miembro de Naciones Unidas” o en su versión en inglés, “*if an armed attack occurs against a Member of the United Nations...*”

Las interpretaciones que señalan que el artículo 51 permite la legítima defensa antes de que tenga lugar un ataque, ignoran la frase “en caso de ataque armado”. Dicha acción infringe las normas básicas de interpretación de los tratados, así como la buena fe que debe observarse al realizar dicho ejercicio.⁴³⁹

La versión en inglés de la Carta confirma una clara referencia a un uso actual de la fuerza como condicionante de la legítima defensa, en tanto se utiliza la palabra “*occurs*”, es decir, el ataque debe tener lugar al ejercer la legítima defensa.⁴⁴⁰ Lo mismo puede extraerse de las otras versiones de la Carta en los lenguajes igualmente auténticos.⁴⁴¹

de sus disposiciones. En este ámbito, el principio de efectividad tiene gran importancia, pretendiéndose que las normas sean efectivas en cuando al fin que persigue el tratado. Véase Kadelbach, "Interpretation of the Charter", 79-80.

⁴³⁷ Andrea Bianchi, Daniel Peat, Matthew Windsor, *Interpretation in International Law* (New York: Oxford University Press, 2015), 189-90.

⁴³⁸ McCormack, “Anticipatory Self-Defence”, 5-6.

⁴³⁹ Hamid, "The Legality of Anticipatory Self-Defense", 449-51.

⁴⁴⁰ *Ibíd.*, 453-4. Corten, *The Law against War*, 407.

⁴⁴¹ John Quigley, "The Afghanistan War and Self-Defense", *Valparaiso University Law Review* 37 (2003), 544. <http://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1287&context=vulr>

De esta forma, es difícil aceptar que una disposición que señala que un derecho se ejerce cuando un ataque armado ocurra, pueda ejercerse independiente de si este tiene lugar o no.⁴⁴² En palabras de Brownlie, “*Where the Charter has a specific provision relating to a particular legal category, to assert that this does not restrict the wider ambit of the customary law relating to that category or problem is to go beyond the bounds of logic. Why have treaty provisions at all?*”⁴⁴³

Algunos podrán argumentar que, así como se critica la omisión de la frase “en caso de ataque armado”, quienes rechazan la legítima defensa anticipatoria ignoran la frase “Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa...” la cual cumpliría el rol de preservar la costumbre previa a la Carta que tolera el uso de la fuerza defensiva frente a ataques inminentes. No obstante, el contenido de dicha costumbre previa será analizado posteriormente,⁴⁴⁴ de existir un derecho consuetudinario previo, éste igualmente se encontraría sujeto a la ocurrencia de un “ataque armado”, condicionando su ejercicio.

El afirmar que artículo 51 no limita el derecho consuetudinario previo implica ignorar no solo la frase “en caso de ataque armado”, sino también otros límites que impone dicha disposición a la legítima defensa y que no existían en la costumbre previa a 1945, nos referimos a aquellos que dicen relación con el rol del Consejo de Seguridad, los que ya fueron analizados en la [sección 5.2.1](#). Por lo mismo no ha de exagerarse la significancia de la frase “ninguna disposición de esta Carta menoscabará...”, la cual puede hacer referencia a que, sin perjuicio del rol primordial del Consejo, los Estados retienen el derecho a recurrir a la fuerza unilateralmente. De esta forma, no hay menoscabo del derecho inmanente, sino una limitación a su ejercicio.⁴⁴⁵ Lo que no puede ser menoscabado no es el derecho inmanente a la legítima defensa a secas, sino dicha facultad ejercida tal como lo describe el artículo 51.

Otro argumento de texto proveniente de quienes adhieren a la legítima defensa anticipatoria refiere a que la única forma de arribar a la conclusión de que un ataque armado es un requisito *sine qua non* para el ejercicio de la legítima defensa acorde el artículo 51 sería que este último empleara la frase “*if, and only if, an armed attack occurs*”. Como el texto solo dice “*if an armed attack occurs*”, no es claro en establecer un requisito *sine qua non*. La disposición solo ilustraría o ejemplificaría un caso de legítima defensa.⁴⁴⁶

⁴⁴² Jimenez de Aréchaga, “International Law in the Past Third of a Century”, 96.

⁴⁴³ Brownlie, *International Law and Use of Force*, 273.

⁴⁴⁴ Véase la [sección 7.2](#)

⁴⁴⁵ Hamid, “The Legality of Anticipatory Self-Defense”, 450-1.

⁴⁴⁶ McDougal, “The Soviet-Cuban Quarantine”, 599-601.

No comparto la anterior apreciación. La frase “en caso de un ataque armado”, o más evidente en inglés, “*if an armed attack occurs*”, es lo suficientemente clara en cuanto a establecer un requisito para el ejercicio de la legítima defensa. La interpretación reseñada en el párrafo anterior parece algo forzada, en cuanto a que la frase “*if, and only if*” resultaría evidentemente reiterativa y redundante.

Una lectura conjunta de los distintos artículos relativos al uso de la fuerza según la interpretación sistemática de la Carta y acorde al “contexto” de sus disposiciones, refuerza esta perspectiva. El artículo 51 no emplea los conceptos “amenaza o al uso de la fuerza” del artículo 2 (4), ni tampoco utiliza la nomenclatura del artículo 39 al hablar de “amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión”, sino que requiere la ocurrencia de un “ataque armado”, excluyendo el ejercicio de la legítima defensa en otros escenarios, de esta forma, *expressio unius est exclusio alterius*.

Las amenazas, aún cuando estas sean inminentes, fueron excluidas del artículo 51 en tanto se diferencian del uso de la fuerza y no encuadran dentro de la hipótesis de “ataque armado”. Se ha señalado que lo anterior fue deliberado en tanto los redactores de la Carta buscaban distinguir aquellos usos de la fuerza aceptables de aquellos inaceptables, reservando la legítima defensa frente a la ocurrencia de un “ataque armado” como el propósito de eliminar las incertezas.⁴⁴⁷ El concepto de “ataque armado” no es utilizado en ninguna otra disposición de la Carta y resulta notorio que se optó por su utilización en lugar de conceptos más amplios. La brecha entre los artículos 2 (4), 39 y 51 es clara y no puede haber sido fruto de una mala redacción.⁴⁴⁸

Es más, para ejercer la legítima defensa, no resulta suficiente un mero “uso de la fuerza” en los términos del artículo 2 (4). La Corte Internacional de Justicia ha calificado el requisito del ataque armado como “*the most grave forms of the use of force*”.⁴⁴⁹ Si se excluyen aquellos usos de la fuerza que no alcanzan la categoría de un ataque armado, con mayor razón las amenazas de ataque inminentes. El artículo 51 aplica exclusivamente en el caso de un ataque armado.⁴⁵⁰

Cuando un Estado es objeto de amenazas, incluidas aquellas de ataques inminentes, la Carta contempla el camino de la solución pacífica de controversias,⁴⁵¹ o bien el de la seguridad colectiva bajo la autoridad del Consejo de Seguridad, órgano que expresamente se encuentra mandatado por la Carta para lidiar con “amenazas a la paz” y “quebrantamientos de la paz”.⁴⁵² En palabras de Remiro Brotóns: “La amenaza o cualesquiera usos de la fuerza que no se concreten en un ataque armado podrán ser

⁴⁴⁷ Glennon, “Fog of Law”, 546. Véase también Corten, *The Law against War*, 408.

⁴⁴⁸ Ruys, *Armed Attack*, 59

⁴⁴⁹ Nicaragua Case, párrafo 191.

⁴⁵⁰ Kelsen, *The Law of United Nations*, 269.

⁴⁵¹ Artículo 33 de la Carta

⁴⁵² Artículos 34, 37 y 39 de la Carta.

considerados como supuestos que, interesando a la paz y a la seguridad internacionales, aconsejan la convocatoria del Consejo de Seguridad, pero no legitimarán el recurso individual y colectivo a la fuerza con base en el artículo 51.”⁴⁵³

La adhesión a la legítima defensa anticipatoria y preventiva se basa en la premisa de que el Estado puede ponderar las amenazas a la paz a su solo arbitrio para efectos de utilizar la fuerza. De otra forma, si los Estados actúan unilateralmente frente a amenazas a la paz, por más inminentes que estas aparenten ser, incurrirían en una suerte de usurpación de funciones propias del Consejo de Seguridad, considerando que el rol de este órgano es eminentemente preventivo, según se describe en el artículo primero de la Carta al señalar que se deberán “tomar medidas colectivas para prevenir y eliminar amenazas a la paz.” Este rol es ratificado por el artículo 39 de la Carta que señala que el fin de las medidas que aprueba el Consejo es el de “mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”. En palabras de Dinstein, “*The notion of maintaining international peace and security has a preemptive thrust*”.⁴⁵⁴

7.1.2. Interpretación acorde al objeto y fin

La regla general de interpretación contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados obliga a interpretar las disposiciones de un éstos considerando su objeto y fin.

A juicio de algunos autores, los propósitos de Naciones Unidas constituyen un elemento de tanta predominancia para la interpretación de la Carta, que la intención de las partes queda relegada a una posición casi subsidiaria.⁴⁵⁵ La Corte Internacional de Justicia, respecto de la interpretación de los tratados constitutivos de organizaciones internacionales ha señalado que la naturaleza de la organización, los objetivos que le han sido asignados por sus fundadores y los imperativos asociados con el desempeño de sus funciones son todos elementos que “merecen especial atención”.⁴⁵⁶ Entre las secciones que deben ser consultados para determinar el objeto y fin está el preámbulo, sección que además integra el “contexto” que debe tomarse en cuenta al interpretar el sentido corriente de los términos contenidos en tratados internacionales.

En el preámbulo de la Carta, los Estados miembros de la organización resuelven, *inter alia*, “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra”. Además, la Carta agrega que “no se

⁴⁵³ Brotóns, *Derecho Internacional*, 1066.

⁴⁵⁴ Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 305.

⁴⁵⁵ Philip Kunig, “Interpretation of United Nations Charter” en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* ed. Rüdiger Wolfrum (Oxford University Press, 2006) <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e542?prd=EPIL>

⁴⁵⁶ *Nuclear Weapons Opinion*, párrafo 19.

usará; la fuerza armada sino en servicio del interés común.”, de lo cual puede inferirse la predominancia de la seguridad colectiva.

Este fin es reiterado en el artículo primero de la Carta donde se explicitan los propósitos de la organización. Precisamente el primer propósito descrito 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*”.

El artículo segundo señala que para la realización de éste y los otros propósitos del artículo primero, la organización y sus miembros aplicarán, entre otros principios, la obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en sus relaciones internacionales.

De esta forma, el objetivo de mantener la paz y la seguridad internacionales se logrará mediante la observancia del principio que proscribe el uso de la fuerza unilateral en las relaciones internacionales, lo anterior explica que la Carta tenga como propósito el limitar al máximo posible el uso unilateral de la fuerza.⁴⁵⁷

El uso unilateral de la fuerza por parte de los Estados es tolerado de manera excepcional y al ser dichas excepciones de derecho estricto, deben ser interpretadas de manera restrictiva.⁴⁵⁸ La historia legislativa de la Carta demuestra que el artículo 51 que establece la legítima defensa se encuentra subordinado al principio fundamental de la prohibición del uso de la fuerza contenida en el artículo 2 (4).⁴⁵⁹ Lo anterior tiene concordancia con el hecho que el artículo 51, establezca requisitos elevados para el ejercicio de la legítima defensa, reduciendo la discrecionalidad de los Estados al decidir cuándo ejercerla. De esta forma, hay coherencia también con la categoría *ius cogens* de la norma que prohíbe la fuerza.⁴⁶⁰

Mediante el relajamiento de las condiciones en las cuales se tolera el uso unilateral de la fuerza como propone la tesis que adhiere a la legítima defensa anticipatoria, estamos efectivamente poniendo en jaque el principio que proscribe el uso de la fuerza, debilitando el objeto y fin del tratado.⁴⁶¹

⁴⁵⁷ Randelzhofer, Nolte, "Chapter VII", 1422

⁴⁵⁸ Brownlie, *International Law and Use of Force*, 273.

⁴⁵⁹ Cançado Trindade, *The Primacy of International Law over Force*, 1039.

⁴⁶⁰ Colten, *The Law against War*, 402.

⁴⁶¹ Malanczuk, *International Law*, 312.

Por otro lado, la manera en que el artículo primero de la Carta afirma que la forma de “prevenir y eliminar amenazas” –incluyendo implícitamente amenazas de ataques inminentes- es mediante las medidas colectivas del Consejo de Seguridad, y no el uso unilateral de la fuerza.

Recordemos el cambio de paradigma que significó la proscripción del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, por el cual el régimen del *ius contra bellum* pasó a reemplazar el *ius ad bellum*.⁴⁶² Con anterioridad a esta coyuntura, la autotutela estaba permitida por ende no cabían dudas que ante una amenaza, inminente o no, un Estado podía enfrentarla mediante el uso de la fuerza unilateral. Sin embargo, con la promulgación de la Carta de Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad adopta un rol monopolizador del uso de la fuerza, prohibiendo las formas de autotutela anteriormente permitidas con el fin de perseguir los propósitos indicados en la Carta. En otras palabras, por regla general, la fuerza solo puede ser ejercida por el Consejo de Seguridad, esto con el objetivo de evitar el unilateralismo propio de la etapa previa al *ius contra bellum*.⁴⁶³

Según lo analizado, una lectura restrictiva del artículo 51 atendido su estatus de excepción de un principio general es consistente con el rol primordial de seguridad colectiva propio del Consejo de Seguridad. Si la Carta permitiera el uso de la fuerza frente a amenazas inminentes según el arbitrio del Estado que se defiende, el rol del Consejo se vería seriamente menoscabado.

El país que se ve enfrentado una amenaza inminente no debería prevenir dicho ataque mediante el uso de la fuerza unilateral, sino acudir al Consejo de Seguridad. Este es el engranaje que se infiere de la lectura de la Carta, el cual resulta consistente con el rol que ejercen sus órganos y sus propósitos.

Aceptar el uso unilateral de la fuerza invocando la legítima defensa anticipatoria vulneraría el objeto y fin de la Carta, tanto en la pretensión de minimizar al máximo el recurso a la fuerza, así como la intención de otorgar predominancia a la seguridad colectiva frente a amenazas a la paz.

7.1.3. La concepto de “inminencia” y el principio de efectividad

Relacionado con lo anterior se encuentra el principio de efectividad, el cual puede ser inferido de la obligación de que el tratado sea interpretado de buena fe.⁴⁶⁴ El principio de efectividad o *effet utile* obliga a interpretar las disposiciones del tratado con el fin de que surtan efecto, de tal manera que sus normas deben ser leídas pretendiendo alcanzar el objeto y fin del tratado.⁴⁶⁵

⁴⁶² Corten, *Law against War*, 410.

⁴⁶³ Corten, *Law against War*, 410.

⁴⁶⁴ Kadelbach, "Interpretation of the Charter", 76.

⁴⁶⁵ Dicho principio no fue reconocido en la Convención de Viena, sin embargo, ha sido recogido en la jurisprudencia de la Corte Internacional. Kadelbach, "Interpretation of the Charter", 80.

La frase “en caso de ataque armado”, o “*if armed attack occurs*”, cumple un rol limitativo del uso de la fuerza. Si se le atribuye un valor meramente ilustrativo o de énfasis como plantean quienes adhieren a la legítima defensa anticipatoria, se priva a la disposición de sus efectos como requisito del ejercicio de la legítima defensa cuando esta es interpretada unilateralmente por los Estados. Lo anterior atenta contra el principio de efectividad, en desmedro, además, del objeto y fin de la Carta.

Eso último también se produce cuando se reemplaza un requisito objetivo como aquel consistente en la ocurrencia de un ataque armado, por el criterio potencialmente subjetivo como la “amenaza de un ataque inminente”.

Sabemos que no existe una definición legal de “inminencia”. Tampoco hay mayor consenso respecto de su significado,⁴⁶⁶ siendo un término que hace referencia a una mera eventualidad, a un futuro incierto. Como nunca se podría afirmar con certeza la proximidad un ataque futuro, se entra inevitablemente en un juego de probabilidades.⁴⁶⁷

Para definir la inminencia usualmente se suele recurrir a la correspondencia diplomática que tuvo lugar con posterioridad al incidente *Caroline*.⁴⁶⁸ De esta forma, se determina que estamos frente a un ataque inminente cuando se demuestra “una necesidad de legítima defensa [...] instantánea, abrumadora, que no dé lugar a la elección de medios y que no conceda un tiempo para la deliberación”. Este criterio, sin embargo, es criticable,⁴⁶⁹ y resulta más adecuado en el contexto de los ordenamientos jurídicos internos que regulan las relaciones entre individuos.⁴⁷⁰

Por otro lado, se ha señalado que el concepto de inminencia hace más bien referencia a la proximidad temporal del ataque.⁴⁷¹ Sin embargo, también ha sido rechazado dicho criterio⁴⁷² y se ha vinculado el concepto con la probabilidad cierta de un ataque o lo potencial de su ocurrencia.⁴⁷³ Hay

⁴⁶⁶ Akande y Liefländer, “Necessity, Imminence, and Proportionality”, 564.

⁴⁶⁷ Lubell, “The Problem of Imminence”, 714.

⁴⁶⁸ Schachter, “The Right to Use Armed Force”, 1634-5.

⁴⁶⁹ El criterio ha sido considerado como incompatible con el texto de la Carta. Ranzhofer, Nolte, “Chapter VII”, 1423. En lo que respecta a la expresión “no conceda un tiempo para la deliberación”, esta se vincularía más con el concepto de la inmediatez estricta que la inminencia. Además, el uso de la fuerza debe ser debidamente deliberado y ponderado por los Estados. Frente a un ataque o una amenaza resultaría poco realista exigirle a los líderes o altos mandos militares de un Estado el emplear la fuerza sin mediar tiempo de deliberación, también sería poco recomendable y susceptible de provocar ilegalidades atendidos los requisitos que impone el *ius ad bellum* y el *ius ad bellum*, los cuales podrían ser desatendidos al exigirse una acción sin deliberación. Véase también Walzer, *Guerras justas e injustas*, 117.

⁴⁷⁰ Jessup, *A Modern Law of Nations*, 164.

⁴⁷¹ Green, “Docking the Caroline”, 464. Sin embargo, hay quienes cuestionan la caracterización de la inminencia como un criterio puramente temporal. Akande y Liefländer, “Necessity, Imminence, and Proportionality”, 565.

⁴⁷² Marie Aronsson, “Remote Law-Making? American Drone Strikes and the Development of Jus Ad Bellum” *Journal on the Use of Force and International Law* 1 no. 2 Law (2014), 296. DOI:10.5235/20531702.1.2.273. Lubell, “The problem of imminence”, 699.

⁴⁷³ Gill, “When Does Self-Defence End?”, 146.

autores, en tanto, que han asumido una postura más flexible y amplia al definir la inminencia.⁴⁷⁴ De esta forma, la inminencia puede tener significados disímiles, dependiendo del sentido que se le atribuya su intérprete.

La discrepancia de opiniones sobre el significado de la inminencia, sumado a lo incierto que resulta pretender determinar las intenciones de los líderes de un Estado, además de los comunes errores que cometen organismos de inteligencia en la recopilación e interpretación de datos, convierten en ambiguo este criterio, permitiendo un amplio campo de acción a un Estado que desee llevar a cabo una acción preventiva, bajo el pretexto de estar efectuando una medida anticipatoria. Lo anterior priva a la inminencia de su rol distintivo entre las acciones anticipatorias y preventivas.

Ciertas prácticas militares vuelven a la inminencia aún más inoperante y engañosa. Algunas medidas que podrían ser interpretadas como evidencia de la inminencia de un ataque, responden a propósitos puramente disuasivos, preventivos o propagandísticos.⁴⁷⁵ El movimiento de tropas u otras maniobras militares, el llamado de reservistas, declaraciones belicosas o el desarrollo de ciertos armamentos, son hechos que se suelen citar para demostrar la existencia de un ataque inminente,⁴⁷⁶ y sin embargo pueden tener un significado distinto. La percepción errónea es un importante detonante de conflictos bélicos, particularmente cuando la legítima defensa se ejerce antes del ataque armado.⁴⁷⁷

El criterio de la inminencia rememora en cierto sentido algunos aspectos de las doctrinas vigentes antes de la proscripción del uso de la fuerza basadas en criterios subjetivos, indeterminados y abstractos como la “autopreservación”.⁴⁷⁸ La posibilidad de que una guerra pudiera ser justa para ambos bandos proviene de lo abstracto y subjetivo de dichos parámetros. Vicios de los cuales también adolece, en menor medida, por cierto, el criterio de la inminencia que caracteriza a la legítima defensa anticipatoria.

Cuestionada la utilidad del criterio de la inminencia para limitar la legítima defensa, su adopción amenaza con privar de efecto práctico a las normas que prohíben el uso de la fuerza entre Estados. Al no contarse con un criterio objetivo y cierto que restrinja una de las excepciones a la regla general, el peligro de abuso es manifiesto.⁴⁷⁹ Lo anterior es particularmente riesgoso si se considera que a través de la distorsión de la legítima defensa se ha menoscabado el rigor de la prohibición del uso de la fuerza.⁴⁸⁰ Al

⁴⁷⁴ Bethlehem, "Self-Defense Against Nonstate Actors", 6-7.

⁴⁷⁵ Stürchler, *The Threat of Force in International Law*, 57.

⁴⁷⁶Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, vol. II, 254. http://www.mpil.de/files/pdf4/IIFFMCG_Volume_II.pdf [On this basis, two situations must be distinguished: first, the existence of an objectively verifiable, concretely imminent attack. The prime example for this type of situation is a troop concentration on the borders of a state]

⁴⁷⁷ Bzostek, "Why not Preempt?" 40-1.

⁴⁷⁸ Brownlie, *International Law and Use of Force*, 259-60. Kolb, "Self-Defense and Preventive War", 115.

⁴⁷⁹ Randelzhofer, Nolte, "Chapter VII", 1422.

⁴⁸⁰ D'Aspremont, "Mapping the Concepts", 1116

respecto, debemos considerar la inclinación endémica de los Estados a la violencia y la tendencia prevaleciente en las relaciones internacionales a interpretar autónoma y arbitrariamente conceptos jurídicos ambiguos.⁴⁸¹

La peligrosidad de la acción anticipatoria ha quedado demostrada por las veces en que los Estados han invocado informalmente la inminencia tras el uso de la fuerza.⁴⁸² En esto último se incluyen las agresiones emprendidas por Alemania y Japón durante la Segunda Guerra Mundial.⁴⁸³ Lo anterior no hace más que dejar inconcluso el propósito de Naciones Unidas de “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra”.

Esto contrasta con la que, a nuestro juicio, es la única legítima defensa legal en la actualidad, aquella que puede invocarse únicamente con la ocurrencia actual de un ataque armado. Este criterio es un hecho objetivo y comprobable, permitiéndonos apartarnos de la subjetividad e incertezas propias de la legítima defensa anticipatoria y las doctrinas decimonónicas sobre el uso de la fuerza. Si bien el criterio de la ocurrencia de un ataque armado no es infalible, es evidente y menos susceptible a abusos que la inminencia. En palabras de Henkin: “*The exception of Article 51 was limited to the situation "if an armed attack occurs," which is comparatively clear, objective, easy to prove, difficult to misinterpret or fabricate*”.⁴⁸⁴

En esta sección se ha realizado una interpretación de la Carta y el artículo 51. El sentido literal de la norma, su contexto y una interpretación guiada por el objeto y fin de la disposición nos llevan a inferir que la ocurrencia de un ataque armado constituye una parte integral del artículo 51 de la Carta y un requisito de la esencia en el ejercicio de la legítima defensa. Sin embargo, persisten las posturas que privan de significancia al requisito “en caso de ataque armado”, atribuyéndole un sentido superfluo. A juicio de algunos, esta posición debería ser descartada salvo que exista, evidencia convincente que dicho sentido responde a la intención de los redactores de la norma.⁴⁸⁵ En base a lo anterior, se estudiarán los trabajos preparatorios de la Carta con el objeto de determinar la legalidad de la acción anticipatoria.

⁴⁸¹ Kolb, “Self-Defense and Preventive War”, 123-4.

⁴⁸² Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Derecho Constitucional de Naciones Unidas* (Madrid, 1958), 402-3. Citado en Héctor Gross Espiell, “La Pretendida Legítima Defensa Preventiva y la Guerra de Iraq” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 4 (2004): 879. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=808101> La preeminencia de esta práctica será analizada en la [sección 7.3.2](#)

⁴⁸³ Ruys, *Armed Attack*, 298. [To illustrate the danger of anticipatory self-defense, a number of States recalled that both Japan and Germany had invoked this idea to justify their aggressive conduct in the run-up to the Second World War.]

⁴⁸⁴ Louis Henkin, “Force, Intervention, and Neutrality in Contemporary International Law” *Proceedings of the American Society of International Law* 57 (1963): 151, https://www.jstor.org/stable/25657578?seq=1#page_scan_tab_contents

⁴⁸⁵ Schachter, “The Right of States to Use Armed Force”, 1634.

7.1.4. Los Trabajos preparatorios de la Carta

Los trabajos preparatorios o *travaux préparatoires* constituyen un medio complementario de interpretación al cual debe recurrirse de manera excepcional. A pesar de que usualmente se invoca este elemento para discutir la procedencia de la legítima defensa anticipatoria, éste no puede convertirse en el medio primario para la determinación de la intención de las partes.⁴⁸⁶ Esto se explica porque los *travaux préparatoires* solo pueden describir la opinión de los Estados al momento en que se redacta el tratado, sin considerar la postura de los miembros que accedieron posteriormente, los cuales adhieren al texto del tratado y no a veintidós volúmenes de trabajos preparatorios, como es el caso de la Carta.⁴⁸⁷

El hecho de que la Carta sea un trabajo constitutivo de una organización internacional le resta todavía más relevancia a los *travaux préparatoires* para efectos de su interpretación. En efecto, las organizaciones deben emanciparse de las opiniones que tenían los redactores de sus tratados constitutivos, esto para reflejar de mejor forma los cambios que tienen lugar en un mundo de permanente evolución.

El artículo 32 de la Convención de Viena, en tanto, señala que excepcionalmente debe recurrirse a los *travaux préparatoires* con el objeto de confirmar el sentido resultante de la interpretación del artículo 31, lo que ratifica su carácter complementario, o bien cuando la interpretación dada en conformidad con el artículo 31 deje ambiguo u oscuro el sentido del texto o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo e irrazonable.

Se ha estimado que el artículo 51 es claro y desprovisto de ambigüedad. Más complejo es la determinación de si el resultado de la interpretación del artículo es “absurdo o irrazonable”. Varios autores argumentan en este sentido ya que excluir las amenazas del artículo 51 significaría supuestamente exigirle a un Estado la inacción frente a un ataque inminente.

Al respecto, es necesario comprender el cambio de paradigma que significó la entrada en vigor de la Carta de Naciones Unidas. El mundo acababa de sufrir dos grandes guerras mundiales con decenas de millones de muertos. La última de estas guerras ya había ocurrido durante la vigencia de un instrumento internacional – el Pacto Briand-Kellogg- que imponía la prohibición de recurrir a la guerra. Este tratado había resultado ineficaz en la prevención de la guerra, por tanto, no es de extrañar que la Carta de Naciones Unidas pretendiera corregir sus falencias.

⁴⁸⁶ Bianchi, *et. al*, *Interpretation in International Law*, 190-1.

⁴⁸⁷ Kadelbach, ““Interpretation of the Charter”, 88.

Entre dichas falencias está la omisión de la legítima defensa lo que permitió que fuera interpretada con libertad, según lo veremos, así como la falta de un mecanismo de seguridad colectiva que pusiera fin al unilateralismo y autotutela característica de la etapa que recién terminaba. Este último rol, en la Carta de Naciones Unidas, sería ejercido primordialmente por el Consejo de Seguridad, órgano que debe dictar medidas colectivas que “prevengan y eliminen las amenazas a la paz”.⁴⁸⁸ Lo anterior tiene sentido con el hecho que el artículo 51 establece límites claros, excluyendo las amenazas sin distinción, las que deberán resolverse por la vía de la seguridad colectiva u otros medios. De esta forma, no se está exigiendo la inacción a un Estado frente a las amenazas.

El camino excepcional de la legítima defensa estará reservado para aquellos escenarios particularmente graves, aquellos en los que ocurra un ataque armado. La legítima defensa es una acción de *ultima ratio* que debe someterse a condiciones estrictas y objetivas con el objeto de no desvirtuar su carácter excepcional.

La interpretación que proviene de este razonamiento no puede ser calificada como “absurda”. La exclusión de las amenazas del artículo 51 no solo resulta coherente con el cambio de paradigma explicado, también es una postura apoyada por una cantidad considerable de juristas y representa a parte importante, sino la mayoría, de los miembros de la comunidad internacional, según expondremos posteriormente.⁴⁸⁹

Sin perjuicio de lo anterior, y reconociendo que el asunto es controversial, se estudiarán los trabajos preparatorios de la Carta para determinar si se excluyeron o no las amenazas inminentes del artículo 51.

En los trabajos preparatorios, la primera vez que surgió la legítima defensa fue durante la Conferencia de San Francisco durante mayo y junio de 1945 donde los Estados se reunieron para redactar la Carta de Naciones Unidas sobre la base de las propuestas de Dumbarton Oaks de octubre 1944.⁴⁹⁰ El tema surgió a partir de la necesidad de compatibilizar los acuerdos regionales de defensa mutua con el mecanismo de seguridad colectiva de la Carta. Entre estos acuerdos regionales se menciona

⁴⁸⁸ Artículo 1(1) de la Carta

⁴⁸⁹ Véase la [sección 7.3](#)

⁴⁹⁰ Conversaciones llevadas a cabo en octubre de 1944 en Washington DC con las cuatro principales potencias aliadas de este entonces (China, URSS, Estados Unidos y Reino Unido). Cabe señalar que a pesar de que el tópico no figuró en las propuestas finales, el delegado chino señaló que era necesario que se explicitara que el ejercicio de la legítima defensa no va contra los principios de la nueva organización, comentario que fue replicado por el delegado estadounidense que “*except in cases of self-defence, no unilateral use of force could be undertaken without the approval of the Council.*” Tibori Szabó, *Anticipatory Action*, 102.

particularmente el Acta de Chapultepec o Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz (1945), celebrada solo meses antes.⁴⁹¹

Debido a que el artículo 51 se redactó con la intención inicial de compatibilizar dichos acuerdos, es que se ha afirmado que el propósito de la disposición no fue limitar el derecho consuetudinario previo relativo a la legítima defensa, el cual supuestamente habría permitido modalidades preventivas y anticipatorias frente a amenazas. Como sustento se citan las palabras del relator del Comité (I) en la Conferencia de San Francisco quien señaló que "*the use of arms in legitimate self-defence remains admitted and unimpaired*".⁴⁹² De esta forma se asegura que la intención de los redactores de la Carta no era el limitar el derecho de legítima defensa previo, sino dejarlo intacto.

Además, se afirma que la intención del texto nunca fue proscribir las acciones preventivas, basándose en el hecho de que la Acta de Chapultepec, -el tratado que motivó inicialmente la redacción del artículo 51- además de tolerar el uso de la fuerza con el objeto de “repeler agresiones”, supuestamente permitiría la legítima defensa antes de que el ataque se concrete.⁴⁹³

Al respecto, no se ha podido encontrar alguna referencia en los trabajos preparatorios que haga mención del derecho de los Estados a emplear la fuerza de manera preventiva o anticipatoria. De hecho, los redactores dejan en claro que el texto solo incluye la “represión” de una agresión, no su “prevención”, sin distinguir entre ataques inminentes o latentes.⁴⁹⁴

Tampoco se puede obviar la ausencia de alguna referencia expresa en las discusiones que antecedieron a la redacción final del artículo 51 a un derecho consuetudinario previo que permitiera la posibilidad de usar la fuerza frente a ataques inminentes. Esto es notorio atendido que casi todos los borradores, incluyendo la versión final de la disposición, hacían mención a la ocurrencia de una agresión o un ataque armado como un presupuesto para el ejercicio de la legítima defensa.⁴⁹⁵ De haber tenido los

⁴⁹¹ *Ibíd.* Las primeras versiones del artículo 51 contemplaron el Acta de Chapultepec, pero dichas referencias fueron reemplazadas por el reconocimiento de la legítima defensa colectiva tras el reclamo de Reino Unido en cuanto al regionalismo que se fomentaba. El reconocimiento de que la legítima defensa puede ser también colectiva es citado como un logro de la iniciativa latinoamericana. Vargas, *Derecho Internacional Público*, 379.

⁴⁹² Bowett, *Self-Defence in International Law*, 184.

⁴⁹³ Tibori-Szabó, *Anticipatory Action*, 111-2. En el punto cuarto de la primera parte del Acta de Chapultepec se lee “Que en el caso de que se ejecuten actos de agresión o de que haya razones para creer que se prepara una agresión por parte de un Estado cual-quiera contra la integridad o la inviolabilidad del territorio, o contra la soberanía o la independencia política de un Estado americano, los Estados signatarios de la presente Acta se consultarán entre sí para concertar las medidas que convenga tomar.”. http://avalon.law.yale.edu/20th_century/chapul.asp Nótese que de todas maneras el articulado no es claro en adherir a la legítima defensa preventiva o anticipatoria

⁴⁹⁴ Tarcisio Gazzini, *The Changing Rules on the Use of Force in International Law* (Manchester: Manchester University Press, 2005), 149. Esto se extrae de la interpretación francesa apoyada por China sobre la propuesta estadounidense, la que aparentemente no fue contradicha.

⁴⁹⁵ Tibori-Szabó, *Anticipatory Action*, 107.

redactores otra intención, lo habrían manifestado explícitamente y nada en los trabajos preparatorios sugiere que buscaban algo más amplio que el lenguaje empleado en el articulado.⁴⁹⁶

Tampoco debería exagerarse la supuesta intención de los redactores por “no limitar” el derecho a la legítima defensa, ya que lo que más extrae del artículo 51 de la Carta son limitaciones a dicho derecho, ya sea en razón a la comunicación, temporalidad y subordinación de las medidas defensivas ante la autoridad del Consejo, o bien por el requisito de un “ataque armado”. Dichas limitaciones no existían en el mentado “derecho consuetudinario previo” y difícilmente la intención de los redactores pudo haber sido “dejar intacta” la legítima defensa tal como se entendía previo a la entrada en vigor de la Carta. Además, cuando se cita la frase de los trabajos preparatorios “*the use of arms in legitimate self-defence remains admitted and unimpaired*” se omite el hecho que dichas aseveraciones se hicieron a propósito de la redacción del artículo 2 (4), y no del artículo 51.⁴⁹⁷

En lo que respecta a la idea de que la única intención de los redactores con el artículo 51 era compatibilizar la Carta con los acuerdos de asistencia mutua como el Acta de Chapultepec, es cierto que la intención inicial de los delegados tenía este propósito y que el Acta de Chapultepec tenía una posición más abierta hacia la legítima defensa no-reactiva. Sin embargo, precisamente, en virtud de esto, el hecho que se explicitara el requisito de un “ataque armado” adquiere sentido y no puede ser catalogado como una referencia superflua.⁴⁹⁸

Por otro lado, los primeros borradores del artículo 51 que hacían referencia a este tratado regional contemplan el requisito de la ocurrencia de un ataque armado o una agresión.⁴⁹⁹ Esta referencia deja claro que, dentro de los intentos de compatibilizar la Carta con el Acta de Chapultepec, se intentó además restringir el ejercicio de la fuerza a la ocurrencia de un ataque armado.⁵⁰⁰

La controversia se aclara si consideramos la discusión que tuvo lugar entre los miembros de la delegación de Estados Unidos, país que jugó un rol protagónico en la redacción del artículo 51. Ante el

⁴⁹⁶ Henkin, *How Nations behave*, 141. En el mismo sentido Glennon, “Fog of Law”, 547.

⁴⁹⁷ Ruys, *Armed attack*, 61.

⁴⁹⁸ Hamid, “The Legality Of Anticipatory Self-Defence”, 452; Glennon, “Fog of Law”, 546. Se ha señalado que la intención de los redactores era distinguir los usos de la fuerza aceptables de los inaceptables. Marcando el límite entre ambas prácticas mediante la inclusión del requisito objetivo como lo es la ocurrencia de un ataque armado, se eliminan las incertidumbres en esta distinción.

⁴⁹⁹ Foreign Relations of the United States: Diplomatic Papers, 1945, General: The United Nations, Volume I, 674, https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1945v01/pg_674

⁵⁰⁰ Adicionalmente, la formalización del Acta de Chapultepec a través del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) o Tratado de Río replica la fórmula del artículo 51 en cuanto a requerir un ataque armado para invocar la legítima defensa, excluyendo implícitamente el actuar preventivo. Los Estados latinoamericanos, los mismos que habrían motivado la redacción del artículo 51 en raíz del Acta de Chapultepec, expresaron que legítima defensa sólo se puede invocar si es que ocurre un ataque armado o un acto de agresión. Véase Hamid, “The Legality of Anticipatory Self-Defence”, 451. Por otro lado, los redactores no solo tuvieron en cuenta el Acta de Chapultepec, sino también el Pacto de la Liga Árabe, el cual excluye implícitamente la legítima defensa anticipatoria. Brownlie, *International Law and Use of Force*, 270.

comentario hecho por el asesor Green H. Hackworth sobre lo limitado que resultaba el derecho a la legítima defensa con la condición “*if armed attack occurs*”, el delegado Harold E. Stassen le respondió: “*this was intentional and sound. We did not want exercised the right of self-defense before an armed attack had occurred*”.⁵⁰¹

Otro intercambio en la misma delegación tuvo lugar luego que el asistente del secretario de marina, Artemus Gates, planteara la interrogante de qué acciones serían posibles bajo el proyecto del artículo relativo a la legítima defensa frente a una hipotética flota enemiga que se dirige contra un país americano, pero aún no ataca. El delegado Stassen replicó: “*we could not under this provision attack the fleet but we could send a fleet of our own and be ready in case an attack came.*”⁵⁰² La aproximación de una flota enemiga es usualmente citada como el típico caso de un “ataque inminente”, sin embargo, a juicio del delegado Strassen, no sería posible utilizar la fuerza en esta circunstancia, excluyendo la acción anticipatoria. Ninguno de estos cuestionamientos motivó la eliminación del requisito de un “ataque armado” y las respuestas de Strassen tampoco obtuvieron réplica.

Estos casos revelan expresamente la intención de excluir la legítima defensa anticipatoria del artículo 51 por parte de algunos miembros de la delegación estadounidense. Son éstas las referencias más explícitas a la legítima defensa anticipatoria que fueron encontradas en los *travaux préparatoires*.

Existen otros ejemplos que confirman la interpretación del requisito de un ataque armado como una parte esencial del artículo 51,⁵⁰³ incluyendo una propuesta británica que ampliaba la legítima defensa a situaciones que constituyeran amenazas a la paz, las cual fue rechazada.⁵⁰⁴

Lo anterior nos lleva a concluir que los trabajos preparatorios se inclinan más bien a confirmar la lectura restrictiva del artículo 51, excluyendo, por tanto, las amenazas. Esta interpretación ha sido

⁵⁰¹ *Foreign Relations of the United States: Diplomatic Papers*, 1945, General: The United Nations, Volume I, 818, <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1945v01/d243>

⁵⁰² *Minutes of the Thirty-Eighth Meeting of the United States Delegation*, *Foreign Relations of the United States: Diplomatic Papers*, 1945, General: The United Nations, Volume I, <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1945v01/d226>

⁵⁰³ Ruys, *Armed Attack*, 64-65.

⁵⁰⁴ Corten, *Law against War*, 415 ; Regueiro, *El concepto de legítima defensa*, 122.

compartida por varios autores,⁵⁰⁵ inclusive aquellos que adhieren a la legítima defensa anticipatoria.⁵⁰⁶ Además, debemos considerar que independiente de la intención inicial de los redactores al incluir el artículo 51 en la Carta, dicha disposición fue incluida, y la referencia crucial a la ocurrencia de un “ataque armado” se encuentra contenida en ésta sin que pueda ser ignorada.⁵⁰⁷

7.2. El derecho consuetudinario previo

Una posible interpretación del artículo 51 referida anteriormente y que adhiere a la legalidad de los ataques anticipatorios se infiere de la frase: “Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva...” Se plantea que la Carta estaría reservando expresamente aquel derecho consuetudinario que existía con anterioridad a la entrada en vigor de la Carta. En dicha regulación, el uso de la fuerza contra ataques inminentes que aún no se materializan estaría permitido. De esta forma, el artículo 51 con sus limitantes no sería la única modalidad de legítima defensa permitida por la Carta, existiendo una costumbre paralela que permite formas menos restrictivas de legítima defensa. Esta interpretación se basa además en el concepto de “derecho inmanente” o “*droit naturel*” según la versión en francés de la Carta, el que preservaría este amplio derecho consuetudinario previo. Este es uno de los argumentos más recurrentes entre quienes defienden la legítima defensa anticipatoria.⁵⁰⁸

Varios problemas surgen de estas interpretaciones. En primer lugar, se tiende a restar valor a la frase “en caso de ataque armado”, que condiciona el ejercicio del derecho inmanente de la legítima defensa. Como réplica se afirma que la frase solo buscaría marcar cierto énfasis,⁵⁰⁹ constituyendo sólo uno de los casos en los cuales puede ejercerse la legítima defensa.⁵¹⁰

⁵⁰⁵ Ruys, *Armed Attack*, 60-8; Corten, *Armed Attack*, 414-9; Kolb, “Self-Defence and Preventive War”, 116; Roberto Ago, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Vol. II 1980 Parte I, 70 (Citando a Pierluigi Lamberti Zanardi, *La legittima difesa nel diritto internazionale* (Milano: A. Giuffrè, 1972), 192 y ss. y 209 y ss; Jessup, *A Modern Law of Nations*, 166; W. Michael Reisman, Andrea Armstrong. “The Past and Future of the Claim of Preemptive Self-Defense” *American Journal of International Law* 100, (2006), <http://repository.uwyo.edu/wlr/vol3/iss2/8> http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1998&context=fss_papers : 526. Gazzini, *The Changing Rules*, 149. Regueiro, *El concepto de legítima defensa*, 122. Glennon, “Fog of Law”, 546-7, 553. Henkin, *How Nations Behave*, 141. Para distintas interpretaciones véanse Timothy Kearley, “Regulation of Preventive and Preemptive Force in the United Nations Charter: A Search for Original Intent” *Wyoming Law Review* 3 no. 2 (2003): 706, 710-1, 728-9, <http://repository.uwyo.edu/wlr/vol3/iss2/8> Timothy McCornack, “Anticipatory Self-Defense in the Legislative History of the United Nations Charter” *Israel Law Review* 25 (1991), doi:10.1017/S0021223700010256

⁵⁰⁶ Franck, *Recourse to Force*, 50.

⁵⁰⁷ Jimenez de Aréchaga, “International Law in the Past Third of a Century”, 96.

⁵⁰⁸ Para una muestra de esta argumentación véase Van den Hole, “Anticipatory Self-Defense”, 78-80.

⁵⁰⁹ Ruys, *Armed Attack*, 58.

⁵¹⁰ Kelly, “Time Warp to 1945”, 23. Véase también Bowett, *Self-Defence*, 187.

Lo anterior infringe el principio de efectividad abordado anteriormente.⁵¹¹ Si los redactores de la Carta hubiesen tenido una intención meramente ejemplificadora con el artículo 51 lo habría redactado de tal forma, sin embargo, del texto se extrae otra cosa.

Esta interpretación no encuentra sustento en los trabajos preparatorios de la Carta, como vimos anteriormente.⁵¹² Tampoco es posible evidenciar allí que la legítima defensa del artículo 51 se contrastaba con otro derecho de la misma naturaleza no contemplado expresamente en la Carta.⁵¹³

La redacción del artículo 51, mediante la adición del artículo “el” acompañando el concepto de “derecho inmanente” clarifica que no estamos frente a una disposición que regula una modalidad de legítima defensa, sino que tiene un carácter regulatorio general.⁵¹⁴

Además, no tendría sentido que la Carta contemplara en el artículo 51 el caso más obvio de legítima defensa –aquella que se ejecuta contra un ataque armado- sujetándola a todas las limitaciones y condiciones contenidas en dicho artículo relacionadas con la autoridad del Consejo de Seguridad, sin contemplar otras modalidades que supuestamente se encontrarían fuera de la Carta –acciones anticipatorias y preventivas- ni someterlas a iguales o más estrictas limitaciones en razón de lo susceptibles de abuso que pudieran llegar a ser.⁵¹⁵

Lo anterior se ve corroborado por la práctica de los Estados, los que suelen citar el artículo 51, sin hacer referencias a un derecho consuetudinario que permitiría utilizar la fuerza de manera más amplia. De hecho, uno de los principales proponentes de la legítima defensa proactiva, Estados Unidos, en sus presentaciones en el caso Nicaragua afirmó que la regulación consuetudinaria es “idéntica” a las disposiciones de la Carta.⁵¹⁶

La entrada en vigor de la Carta tuvo un fuerte impacto en el derecho consuetudinario. Se afirma que “*los redactores de la Carta dieron un paso inmenso hacia el pacifismo al redactar el artículo 51, preocupados como estaban por limitar el ejercicio del derecho de legítima defensa a un caso bien preciso*”⁵¹⁷ Es posible asumir que las partes en el tratado estaban conscientes de que el derecho consuetudinario previo podía tolerar el uso de la fuerza en una amplitud de hipótesis o al menos era ambiguo al respecto, por ende, mediante una declaración expresa de una nueva norma en el texto –la del

⁵¹¹ Véase [sección 7.1.3](#).

⁵¹² Véase la [sección 7.1.4](#)

⁵¹³ Brownlie, *International Law and Use of Force*, 271.

⁵¹⁴ *Ibíd.*

⁵¹⁵ Dinstein, *War, Aggression and Self-defence*, 198.

⁵¹⁶ Nicaragua Case, párrafo 187.

⁵¹⁷ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1980, vol. I, 220. En el mismo sentido Kunz, " Individual and Collective Self-Defense" 877-8

artículo 51-, se buscaba excluir y derogar las normas de naturaleza consuetudinaria previas que resultaban incompatibles con la nueva regla.⁵¹⁸ El artículo 51 no solo pasó a describir el único derecho al legítima defensa permitido por la Carta,⁵¹⁹ sino también el único derecho a utilizar la fuerza unilateralmente.⁵²⁰

En lugar de preservar, el artículo 51 limita fuertemente la costumbre previa que permitía libertad de acción en el ámbito de la legítima defensa, restringiéndola al evento de un ataque armado y excluyendo la acción anticipatoria. La Carta como ley posterior, además, deroga las normas existentes con anterioridad cuando éstas resultan incompatibles con sus disposiciones.

Reconociendo, no obstante, que este último punto puede ser debatible, subsidiariamente ahondaremos en el referido derecho consuetudinario previo a la Carta de Naciones Unidas, para analizar si éste podría haber subsistido a la entrada en vigor de la Carta y bajo qué parámetros.

Se ha planteado que la legítima defensa anticipatoria existía con anterioridad a la creación de Naciones Unidas, estando asentada incluso en la doctrina de la guerra justa.⁵²¹ Es más, la legítima defensa en el derecho natural habría sido considerada, por esencia, de naturaleza anticipatoria.⁵²²

Al respecto, debemos situarnos en el contexto previo a las guerras mundiales que asolaron la humanidad, la época a la cual se hace referencia en parte cuando se habla del derecho consuetudinario que permitía el uso de la fuerza frente ataques inminentes. En aquel tiempo el uso de la fuerza no se encontraba proscrito y si entendemos la legítima defensa como una excepción a la prohibición del uso de la fuerza, difícilmente ésta podría tener la misma naturaleza jurídica que tiene en la actualidad. La costumbre internacional de la legítima defensa sólo puede analizarse cuando viene aparejada de la proscripción del uso de la fuerza.⁵²³

Los Estados podían libremente recurrir a la guerra, y por tanto era innecesario que esgrimieran razones jurídicas que lo justificaran.⁵²⁴ Sin perjuicio de lo anterior, en aquella época, los líderes de un Estado buscaban explicar políticamente las guerras que emprendían mediante conceptos amplios y de límites difusos, como el de la “autopreservación” o la “necesidad”, así como también la legítima defensa. Estos conceptos se utilizaban indistintamente,⁵²⁵ privándolos de contenido y permitiendo, en los hechos,

⁵¹⁸ Ruys, *Armed Attack*, 13-4.

⁵¹⁹ Brownlie, *International Law and Use of Force*, 271.

⁵²⁰ McCormack, “Anticipatory Self-Defense in the Legislative History”, 4. En esto dejamos fuera la hipótesis del artículo 107 relativa a los Estados enemigos por no tener aplicación en la actualidad.

⁵²¹ Tibori-Szabó, *Anticipatory Action*, 40, 42. 55.

⁵²² *Ibíd.*, 55.

⁵²³ Dinstein, *War, Aggression and Self-defence*, 197-8.

⁵²⁴ Kolb, “Self-defence and Preventive War” 112.

⁵²⁵ Brownlie, *International Law and Use of Force*, 43.

el uso de la fuerza de manera libre e ilimitada en las relaciones internacionales.⁵²⁶ De esta forma, si bien pueden encontrarse referencias al derecho de legítima defensa previa a la proscripción del uso de la fuerza, estas alegaciones generalmente eran de naturaleza extrajurídica.⁵²⁷

Tampoco podía existir *opinio iuris* si los Estados recurrían a la legítima defensa como un argumento puramente retórico desprovisto de naturaleza jurídica y utilizado para justificar un amplio abanico de posibilidades cuando el Estado pretendía utilizar la fuerza.⁵²⁸

La regulación de la legítima defensa necesariamente va de la mano con la prohibición el uso de la fuerza. Con anterioridad a esto, no existía la legítima defensa como un concepto legal.⁵²⁹

Esta conclusión es aplicable hasta principios del siglo XX. Sin embargo, cabe preguntarse si la entrada en vigor del Pacto Briand-Kellogg al prohibir la guerra como política nacional sentó las bases de una doctrina que dote a la legítima defensa de significancia jurídica.

7.2.1. La legítima defensa entre 1928 y 1945

No existe una única posición respecto del derecho de la legítima defensa entre 1928 y 1945. Mientras algunos le restan significancia jurídica, la que solo habría surgido con la entrada en vigor de la Carta, otros discrepan difiriendo entre ellos sobre el contenido de dicho derecho, existiendo visiones que lo conciben de manera amplia y otras, de manera reducida.

El análisis del periodo debe iniciarse con el Pacto Briand-Kellogg o Pacto de París de 1928, como la primera manifestación del *ius contra bellum* en el derecho contemporáneo. Sabemos que dicho tratado no contempló expresamente la legítima defensa, sin embargo, se haría referencia a ella a través de la correspondencia entre diplomáticos y cancilleres de algunos Estados firmantes, en el cual se reservaban dicho derecho.

En dicha correspondencia, el secretario de Estado de Estados Unidos manifestó que “*Every nation is free at all times and regardless of treaty provisions to defend its territory from attack or invasion and*

⁵²⁶ Kolb, "Self-defence and Preventive War" 113

⁵²⁷ Gardam, *Necessity, Proportionality*, 5. Algo similar ocurría con los usos de la fuerza *short of war*. Sin embargo, se ha señalado que en este ámbito el concepto de legítima defensa retenía cierto significado legal. Véase Schachter, “*Self-Defense*”, 351. De cualquier forma, incluso los usos de la fuerza *short of war* se justificaban a través de una serie de razones como lo son la defensa de los nacionales en el extranjero y sus propiedades, represalias armadas, retaliaciones, entre otras. Véase Jessup, *Law of Nations*, 158.

⁵²⁸ Kunz, “Individual and Collective Self-Defense”, 877.

⁵²⁹ Dinstein *War, Aggression and Self-defence*, 189; Jimenez de Aréchaga, "International Law in the Past Third of a Century", 96. Existen además otros factores. En palabras del delegado argentino Julio Barboza ante la Comisión de Derecho Internacional: “En la comunidad internacional, como en toda comunidad nacional, la noción de legítima defensa hace entrar en juego tres elementos: la prohibición de la agresión, la legitimidad del empleo de la fuerza para defenderse y el monopolio del uso de la fuerza que tiene la comunidad.” *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1980, vol. I, 222. Ago en tanto, consideraba que el primer elemento es por lejos el más importante. *Ibid.*, 184. Barboza, *Derecho Internacional*, 244.

*it alone is competent to decide whether circumstances require recourse to war in self-defense.*⁵³⁰ Posteriormente lo define como un derecho natural e inalienable, inherente a todo Estado soberano e implícito en todo tratado.⁵³¹ Varios países ratificaron y reiteraron la interpretación de Estados Unidos expuesta por el secretario Kellogg.⁵³²

Al igual que Estados Unidos, Francia y Checoslovaquia concibieron la legítima defensa como una defensa ante un ataque o una invasión, es decir, posiblemente como una reacción a un uso actual de la fuerza.⁵³³ En base a esto se asegura que el Pacto de Paris contempló este derecho de manera restrictiva, excluyendo el ejercicio de la legítima defensa contra amenazas.⁵³⁴

Sin embargo, el asunto es discutible en tanto la interpretación estadounidense en la que se reservaba el derecho de legítima defensa afirmaba: “*Every nation (...) alone is competent to decide whether circumstances require recourse to war in self-defense*”. Los otros Estados aparentemente aceptaron dicha interpretación,⁵³⁵

Según Jessup, de la forma en que se describía la legítima defensa, ésta escapaba de la regulación legal.⁵³⁶ Esta ambigüedad permitió a otros Estados invocarla para justificar actos de agresión.⁵³⁷ A juicio de Lauchterpacht dicha expresión resulta contradictoria, en tanto: “*purports to be based on legal right and at the same time, it dissociates itself from regulation and evaluation of the law*”⁵³⁸

En el mismo contexto, en el intercambio de notas Gran Bretaña interpretaría la legítima defensa, como la libertad para actuar en defensa de sus “*vital interests*” fuera del territorio británico, haciendo alusión –presumiblemente como un argumento para darle peso a su interpretación- a las dificultades que

⁵³⁰ Véase “Multilateral Treaty for Renunciation of War” en *The American Journal of International Law* 22, no. 3, (1928): 109-10. doi:10.2307/2190241

⁵³¹ *Ibid.* [“*Inasmuch as no treaty provision can add to the natural right of self-defense, it is not in the interest of peace that a treaty should stipulate a juristic conception of self-defense since it is far too easy for the unscrupulous to mold events to accord with an agreed definition.*”]

⁵³² “General Pact for the Renunciation of War. Notes between United States and Other Powers” *The American Journal of International Law Supplement* 23 (1929), 1-13. DOI: 10.2307/2212751

⁵³³ *Ibid.*, 3, 11.

⁵³⁴ Williamson, *Terrorism, War and International Law*, 91-2. Hamid; “The Legality of Anticipatory Self-Defense”, 465; Otra interpretación en Tibori-Szabó, *Anticipatory Action*, 89.

⁵³⁵ Schachter, “Self-Defense and Rule of Law”, 261.

⁵³⁶ Jessup, *Law of the Nations*, 163.

⁵³⁷ Japón la utilizaría para justificar la invasión de Manchuria; lo mismo respecto de la Unión Soviética en su invasión a Finlandia; Italia respecto de Etiopía; y como argumento por la defensa de los jefes nazis en Núremberg para cuestionar la ‘justicialidad’ de la legítima defensa, argumento rechazado por el tribunal que estaba integrado, en parte, por jueces estadounidenses y soviéticos. Schachter, “Self-Defense and Rule of Law”, 261-2. Regueiro, *La evolución del Concepto de Legítima Defensa*, 48-9. Véase también Ruys, *Armed Attack*, 298.

⁵³⁸ Hersch Lauchterpacht, *The Function of Law in the International Community* (New York: Oxford University Press, 1933), 179-80. Citado en Schachter, “Self-Defense”, 261.

tendría Estados Unidos de interpretarse de otra manera, en relación a su política de intervencionismo propio de la doctrina Monroe en Latinoamérica, alusión que no fue replicada por Estados Unidos.⁵³⁹

De lo anterior, se ha inferido que el concepto de legítima defensa que contemplaron algunas potencias al momento de adherirse al Pacto, era amplio y vago,⁵⁴⁰ e incluso, tendría ciertas reminiscencias con las doctrinas de “*self preservation*”, propias del siglo XIX cuando la guerra era un derecho soberano de los Estados.⁵⁴¹ El derecho de *self-preservation* se caracterizaba por ser tan amplio que comúnmente era utilizado para emplear la fuerza libremente.⁵⁴² La amplitud de las reservas hechas a propósito de la adhesión al Pacto Briand-Kellogg serían recordadas en la primera sesión de la recién creada Comisión de Derecho Internacional en 1946 cuando su presidente el jurista Manley O. Hudson citó la reserva estadounidense y la aquiescencia de las otras potencias como una de las razones que explican el debilitamiento del Pacto de París.⁵⁴³

No obstante existir otras opiniones,⁵⁴⁴ probablemente varios usos de la fuerza que hoy se consideran mayoritariamente proscritos podrían haber sido tolerados por algunos Estados en el periodo previo a la Carta bajo la rúbrica de la legítima defensa.⁵⁴⁵ El concepto de legítima defensa era difícil de definir,⁵⁴⁶ y el Pacto no contempló expresamente este derecho, por tanto, sus límites quedaron indeterminados. Esta vaguedad socavó la prohibición del uso de la fuerza.⁵⁴⁷

No es arbitrario señalar que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Carta, la legítima defensa anticipatoria probablemente era considerada legal por los Estados.⁵⁴⁸ El problema, sin embargo, radica en que el derecho consuetudinario que presuntamente la contemplaba también podría haber permitido el

⁵³⁹ Se ha señalado que la reserva británica fue objetada por la Unión Soviética, Egipto, Turquía e Irán, Brownlie, *International Law and Use of Force*, 244. También se ha afirmado que la interpretación británica fue rechazada y no tuvo consecuencias. Regueiro, *La Evolución del Concepto de Legítima Defensa*, 47. Sin embargo, algunos Estados no habrían accedido al Pacto porque estimaban que Estados Unidos lo consideraba compatible con su doctrina Monroe. Brownlie, *International Law and Use of Force*, 246.

⁵⁴⁰ Kunz, "Individual and Collective Self-Defense", 877. Contra, Williamson, *War, Terrorism and International Law*, 86-8.

⁵⁴¹ Kolb, "Self-Defense and Preventive War", 114-5.

⁵⁴² Brownlie, *International Law and Use of Force*, 251-2.

⁵⁴³ Yearbook of the International Law Commission (1949), 146, http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1949_v1.pdf Véase también Borchard, "The Multilateral Treaty for the Renunciation of War", 116-20

⁵⁴⁴ Tibori-Szabó, *Anticipatory Action*, 98-9. Tras un extenso análisis de la práctica de los Estados en dicho periodo, (páginas 81-98) la autora concluye que la legítima defensa se permitía cuando existe una necesidad inmediata de una accionar armado defensivo ante un ataque o invasión, lo que puede ser asimilado a un ataque inminente. A lo largo del libro defiende la noción de que la legítima defensa siempre ha tenido una dimensión anticipatoria y correctiva. Tibori-Szabó, *Anticipatory Action*, 312. En apoyo de esta interpretación pueden citarse los fallos de los tribunales de Nuremberg y Tokio que dirimieron en base al derecho existente en dicha época. Brownlie, *International Law and Use of Force*, 258 Sin perjuicio de lo anterior, los fallos de dichos tribunales se relacionaban con la criminalidad individual, no con la responsabilidad de los Estados. Además, el proceso Núremberg ha sido criticado por varias razones, entre otras, por su tendencia a la retroactividad. Véase Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 197.

⁵⁴⁵ Ruys, *Armed Attack*, 213. En el mismo sentido véase Borchard, "The Multilateral Treaty" 116-20.

⁵⁴⁶ Lesaffer, "Kellogg-Briand Pact", párrafo 11.

⁵⁴⁷ Kunz, "Individual and Collective Self-Defense", 877.

⁵⁴⁸ Brownlie, *International Law and the Use of Force*, 250, 257.

uso de la fuerza “defensivo” de manera amplia, no solo frente a la ocurrencia e inminencia de un ataque armado, sino ante cualquier amenaza. Se ha planteado que la significancia jurídica de la legítima defensa en aquellos años era limitada, concibiéndose por los Estados en términos de “poder”, no de un derecho legal.⁵⁴⁹

Desde esta perspectiva, al plantear que el artículo 51 “preserva” dicho derecho consuetudinario se corre el riesgo de admitir diversos usos de la fuerza más allá de la legítima defensa anticipatoria, afectando el rigor del artículo 2 (4) de la Carta, su objeto y fin y vulnerando una norma *ius cogens*.⁵⁵⁰

No es casualidad que algunos de los autores que justifican esta modalidad de legítima defensa, también validan los ataques preventivos frente a amenazas no inminentes y la protección de nacionales en el extranjero y su propiedad, incluyendo su “independencia económica” bajo la rúbrica de la legítima defensa.⁵⁵¹

Al respecto, y tal como se mencionó anteriormente, la Carta significó un antes y un después en cuanto al derecho consuetudinario. De esta forma, muchas de las ambigüedades propias de la transición del *ius ad bellum* al *ius contra bellum* en el periodo entreguerras fueron resueltas y el artículo 51 pasó a excluir la costumbre que resultaba incompatible con la Carta, particularmente aquella que podía haber tolerado el uso de la fuerza con mayor libertad.⁵⁵²

Esto no quiere decir que no existan normas del derecho consuetudinario previo vigentes en la actualidad, sin embargo, éstas no pueden vulnerar la Carta. La Corte Internacional de Justicia reitera en dos ocasiones que el derecho consuetudinario se desarrolla “bajo la influencia de la Carta”,⁵⁵³ teniendo ambas categorías de normas, tratado y costumbre, su origen en el “principio fundamental” que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales.⁵⁵⁴ Lo anterior vuelve improbable la hipótesis de que el antiguo derecho consuetudinario previo a la Carta, que permitía el uso de la fuerza en legítima defensa en varias hipótesis excluidas del artículo 51, se mantenga tal cual existía durante el s. XIX y principios del siglo XX de manera paralela.

Entonces, ¿Qué derecho consuetudinario previo permanece tras la entrada en vigor de la Carta? Aquel que se vincula con los requisitos de proporcionalidad, necesidad e inmediatez, los que limitan, no

⁵⁴⁹ Sayapin, *Crime of Aggression*, 111. Opinión contraria de Brownlie, *International Law and the Use of Force*, 259.

⁵⁵⁰ En palabras de Brownlie: “(...) to regard any form of action formerly held to be self-defence, (...), as within a surviving ‘customary right’, is a very arbitrary process. To go further, and assert that the Charter obligations are qualified by this vague customary right, is indefensible. *Ibíd*, 274.

⁵⁵¹ Bowett, *Self-Defense in International Law*, 185. Véase también Farer, “Political and Economic Coercion”, 409.

⁵⁵² Ruys, *Armed Attack*, 11.

⁵⁵³ Nicaragua Case, párrafos 176 y 181.

⁵⁵⁴ *Ibíd.*, párrafo 181. Esto posibilita que ambos derechos, el de la Carta y la costumbre, hayan convergido en una postura más restrictiva. Barboza, *Derecho Internacional* 247. En ese mismo sentido Brotóns, *Derecho Internacional*, 1064.

amplían, el ejercicio de la legítima defensa, cuya existencia en el derecho consuetudinario probablemente antecede a la Carta. Precisamente a esto se haría referencia cuando se habla de un “derecho inmanente de legítima defensa”.⁵⁵⁵

Existe asimismo un argumento alternativo, pero a la vez incompatible con lo señalado anteriormente. Aseverábamos que el estado del derecho consuetudinario al momento de la redacción de la Carta es en cierta medida controversial, existiendo varias interpretaciones al respecto. Pues bien, se ha señalado que la costumbre relativa a la legítima defensa en el momento inmediatamente previo a la celebración de la Carta era más restringida que lo reseñado, permitiendo el uso de la fuerza únicamente en respuesta de un ataque armado.⁵⁵⁶

La interpretación anterior se basaría en una lectura restringida de las reservas del derecho a la legítima defensa a propósito de la celebración del Pacto de París.⁵⁵⁷ Junto con esto, se citan algunos tratados celebrados en el periodo entre guerras que contemplarían la legítima defensa como reacción a un uso de la fuerza, excluyendo modalidades preventivas o anticipatorias.⁵⁵⁸ Mediante la redacción de la Carta no se habría innovado al respecto, ya que el derecho consuetudinario de la época probablemente contemplaba solo una legítima defensa reactiva. De esta forma, en virtud de una premisa opuesta, se rechaza la continua existencia de una costumbre previa paralela a la Carta que permita el ejercicio de la legítima defensa de manera más permisiva.⁵⁵⁹

De cualquier forma, e independiente de la interpretación acerca del derecho consuetudinario previo a la Carta que adoptemos, vimos que no es posible citar dicha costumbre como argumento a favor de la legítima defensa anticipatoria. Ya sea porque dicha costumbre era demasiado amplia y el reconocimiento de su vigencia en la actualidad implicaría vulnerar el objeto y fin de la Carta; o bien porque al hacerlo se permitiría el uso de la fuerza frente a amenazas que no se han concretado en ataques,

⁵⁵⁵ *Ibíd.*, párrafo 176. En el mismo sentido, Williamson, *Terrorism, War and International Law*, 107 señalando que con dicha expresión solo se reconocía que, sin perjuicio del rol del Consejo de Seguridad, los Estados podían seguir actuando en legítima defensa, sin buscar preservar una concepción amplia del derecho a utilizar la fuerza, sino todo lo contrario, se busca restringir su ejercicio.

⁵⁵⁶ Brownlie, *International Law and Use of Force*, 255, 274, 280; Williamson, *Terrorism, War and International Law*, 107.

⁵⁵⁷ Williamson, *Terrorism, Law and International Law*, 86-8. La legítima defensa solo sería posible frente a un "ataque o invasión".

⁵⁵⁸ Brownlie, *International Law and Use of Force*, 259-8. El autor menciona la Convención para la Definición de Agresión (1933) y el Pacto de Saabad (1937) y el de los Balkanes Entente (1934). Una de las pocas manifestaciones de la legítima defensa anticipatoria serían las sentencias de los tribunales de Núremberg y Tokio, los que habrían acogido implícitamente dicha modalidad.

⁵⁵⁹ *Anuario de la Comisión*, Vol II, Parte I, 70. [(...) los principios de derecho internacional general en vigor en la época de la redacción de la Carta no diferían en nada, respecto del fondo de la cuestión, de los principios que sus autores incorporaron en el Artículo 51.] En un sentido similar Brownlie, *International Law and Use of Force*, 274-5. Existen, sin embargo, opiniones discordantes que en base a un análisis del periodo concluyen que la costumbre permite el accionar anticipatorio.

quebrantando el requisito del artículo 51; o bien porque el derecho consuetudinario vigente al momento de la celebración de la Carta solo admitía la legítima defensa en reacción a la ocurrencia de un ataque.

Según la Comisión de Derecho Internacional, la mayoría de los autores ha sostenido una postura similar, en cuanto a rechazar “absolutamente” la facultad de un Estado a invocar la legítima defensa fuera de la hipótesis de un ataque armado, lo anterior no solo se extraería de un estudio del texto del artículo 51, o de la forma en la que se relaciona la costumbre y el tratado, sino también de un análisis directo del derecho consuetudinario.⁵⁶⁰

7.2.2. Incompatibilidad con los requisitos consuetudinarios de la legítima defensa

Otro punto es la incompatibilidad que se genera entre la postura que asegura que la ocurrencia de un ataque armado no es un requisito para el ejercicio de la legítima defensa y los límites que impone el derecho consuetudinario ya analizados en la sección 5.2 y 5.3, particularmente en lo que respecta a la inmediatez, la proporcionalidad y el requisito específico de la legítima defensa colectiva.

Sabemos que en virtud de una de las acepciones de la proporcionalidad se limita la magnitud y alcance del uso de la fuerza, mediante una comparación entre el *quantum* de fuerza que el Estado atacado debe emplear y el *quantum* de fuerza del agresor.⁵⁶¹

Si ya es difícil analizar la proporcionalidad en el ejercicio de la legítima defensa reactiva, el aplicar dicho límite consuetudinario a la legítima defensa preventiva o anticipatoria parece ser una tarea particularmente compleja. La determinación del cumplimiento o no de estos límites en el caso concreto dependerá de una observación de los hechos materiales de un ataque armado. En el caso de la legítima defensa anticipatoria, el ataque armado no se ha producido aún, en consecuencia, el análisis acerca del cumplimiento de estos requisitos probablemente se basaría en una especulación.

Esto lleva a pensar que, en la gran mayoría de los casos, el uso de la fuerza defensiva frente a la evidencia de un ataque futuro probablemente incumplirá con el requisito de la proporcionalidad, cuando lo entendamos de la manera reseñada.⁵⁶² Esta problemática ha llevado a algunos a señalar que la legítima defensa ejercida con anterioridad a un ataque armado deja inoperable el criterio de la proporcionalidad.⁵⁶³

⁵⁶⁰ *Anuario de la Comisión*. Vol. II, parte II, 57.

⁵⁶¹ Brotóns, *Derecho Internacional*, 1073.

⁵⁶² Brownlie, *International Law and Use of Force*, 259; En el mismo sentido Kretzmer, “Inherent”, 250 y Kolb, “Self-Defence”, 124,

⁵⁶³ Corten, *The Law against War*, 421. Corten reproduce el argumento utilizado por Checoslovaquia a propósito de un debate en Naciones Unidas.

Algo similar puede decirse respecto del criterio de la inmediatez, el cual exige que transcurra un tiempo razonablemente corto entre la ocurrencia de un ataque armado y el uso de la fuerza invocando la legítima defensa.

En cuanto a la legítima defensa colectiva, vimos que para poder ejercerla se requiere que un Estado declare que ha sido víctima de un ataque armado y haga una solicitud de asistencia para que uno o varios Estados, vayan en su ayuda frente a una agresión. En este caso, frente a la inexistencia de un ataque armado, también resultaría difícil cumplir con dicho requisito tal como fue descrito por la Corte Internacional de Justicia.⁵⁶⁴

De esta forma, el uso de la fuerza en legítima defensa ejercida con anterioridad a que tenga lugar un ataque armado resulta incompatible con algunos límites que impone el derecho consuetudinario.

7.2.3. El incidente Caroline como sustento de la legítima defensa anticipatoria

El incidente que terminó con el hundimiento del *Caroline* y la subsecuente correspondencia entre Gran Bretaña y Estados Unidos que originó, suele ser citada como la demostración de que la legítima defensa anticipatoria existía en el derecho consuetudinario, mucho antes de la entrada en vigor de la Carta.⁵⁶⁵

Recordemos que en la correspondencia entre el secretario Webster y lord Ashburton se cuestiona el accionar británico al hundir la embarcación *Caroline* en aguas estadounidenses ya que no pudo demostrarse por los ingleses “*a necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation*”⁵⁶⁶. Esta frase que puede ser denominada como la “fórmula Webster” o *Caroline* se ha vinculado con el concepto de inminencia para señalar que la legítima defensa procede aun cuando no ha ocurrido el ataque armado, siempre que se cumpla tal descripción.

En los Juicios de Núremberg, se hizo mención de este caso para declarar ilegal el actuar de la Alemania Nazi al invadir Dinamarca y Noruega ya que la acción preventiva no se ajustaba a dicho

⁵⁶⁴ Véase [sección 5.3](#)

⁵⁶⁵ Véase la [sección 5.2](#). Para un ejemplo de cómo se utiliza este episodio véase Van den Hole, “Anticipatory Self-Defence”, 95-7.

⁵⁶⁶ “British-American Diplomacy: The Caroline Case” *The Avalon Project at Yale Law School*. http://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp

criterio.⁵⁶⁷ Además de estar presente en la doctrina, el caso también se ha mencionado en algunos debates en el Consejo de Seguridad.⁵⁶⁸

Esto parece cuestionable. El incidente Caroline ocurre en un contexto -1837- en que en que la guerra no se encontraba proscrita. El significado que la legítima defensa pudo haber tenido en aquel entonces no es similar al contemporáneo. En ese momento la legítima defensa se asimilaba a la “doctrina ilimitada o absoluta” de la *self-preservation*, la cual permitía el uso de la fuerza en varias circunstancias, incluyendo, por cierto, el accionar preventivo sin mayores límites.⁵⁶⁹ Es más, Gran Bretaña justificó su actuar antes de la réplica de Webster, *inter alia*, en dicha doctrina.⁵⁷⁰ De cualquier forma, el incidente claramente describía un caso en que se recurría al antiguo derecho de la auto-preservación o necesidad, no a la legítima defensa tal como la entendemos actualmente.⁵⁷¹ La doctrina de la auto-preservación quedó atrás con la proscripción del uso de la fuerza, por lo que el episodio Caroline no debiera utilizarse para invocar la legítima defensa contemporáneamente.⁵⁷² La Comisión de Derecho Internacional el 2001 confirmó la perspectiva ya reseñada en 1980 en cuanto que. a pesar de que el incidente Caroline de 1837 se menciona con frecuencia como un ejemplo de legítima defensa, suponía en realidad una alegación de estado de necesidad en una época en que el derecho relativo al uso de la fuerza tenía una base muy distinta de la actual.⁵⁷³

Es destacable que, en lugar de sustentar su punto en una práctica consuetudinaria inmediatamente precedente de la creación de la ONU, la doctrina que considera lícito el accionar defensivo antes de la ocurrencia de un ataque armado, invoca un precedente que se remonta a una época en que los Estados

⁵⁶⁷ Nuremberg Trial Proceedings. Volume 22, 447. Véanse opiniones contrarias de Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 197, quien señala que Japón ya había emitido órdenes para la ejecución de una guerra de agresión contra Holanda, justificándose la declaración de guerra de Holanda contra dicho país no en la legítima defensa anticipatoria, sino reactiva. Asimismo, Corten, *Armed Attack*, 417 quien afirma que los tribunales militares post Segunda Guerra Mundial fallaron en base al derecho que existía con anterioridad al artículo 51, el cual limitaba la legítima defensa.

⁵⁶⁸ Schachter, *Right of States to Use Armed Force*, 1635. A propósito del bombardeo israelí del reactor nuclear iraquí Osirak en 1981. También fue utilizado en la discusión relativa a la crisis de los misiles en 1962. Maria Benvenuta Occelli, “‘Sinking’ the Caroline: Why the Caroline Doctrine’s Restrictions on Self- Defense Should Not Be Regarded as Customary International Law”, *San Diego International Law Journal* (2003): 489. Disponible en línea: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/sdintl4&div=20&id=&page=>

⁵⁶⁹ Brownlie, *International Law and Use of Force*, 257-8.

⁵⁷⁰ United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals, English Edition*, Vol. I (London, 1947), 16. https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-1.pdf

⁵⁷¹ Ruys, *Armed Attack*, 92.

⁵⁷² Skubiszewski, "The Postwar Alliances of Poland", 622. Lo mismo puede decirse del bombardeo británico en Copenhague en 1807 en el que el Reino Unido justificó su actuar en base a un peligro cierto, urgente, creando una extrema necesidad “dejando sin opción a los ministros de su majestad”. La frase tiene similitudes con la fórmula Webster la cual probablemente halla su origen en esta justificación. Howard M. Hensel, “The Legitimate Use of Military Force” en *The Legitimate Use of Military Force. The Just War Tradition and the Customary Law of Armed Conflict*. Editado por H. M. Hensel (New York: Routledge, 2016), 100.

⁵⁷³ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001, vol. II, Segunda parte, 86.

eran esencialmente libres de recurrir a la guerra, ante una ausencia de un régimen legal de legítima defensa.

También parece cuestionable que se cite el incidente para defender la legítima defensa anticipatoria antes de la ocurrencia de un ataque armado, considerando que cuando la reacción del Gran Bretaña tuvo lugar, ya se habían registrado varios ataques lanzados desde el mismo barco contra blancos británicos en Canadá.⁵⁷⁴ De hecho, los insurgentes estadounidenses ya habían ocupado militarmente una isla perteneciente a Gran Bretaña con cerca de mil hombres desde donde lanzaban dichos ataques.⁵⁷⁵ Lo anterior concuerda con el hecho que la formulación de Webster, analizada incluso con independencia de los hechos, carece de un énfasis en lo anticipatorio propiamente tal.⁵⁷⁶

Lo que se buscaba en la correspondencia no era justificar la legítima defensa anticipatoria, ni tampoco demostrar que el uso de la fuerza en dicha ocasión había sido legal. La pretensión fundamental era dar cuenta de la falta de razonabilidad en el actuar de Gran Bretaña, y poner paños fríos a la situación con el fin de no arrastrar a las dos naciones a una guerra.⁵⁷⁷ Así, se buscaba evitar una escalada de violencia y limar asperezas entre ambos países.⁵⁷⁸ El intercambio de correspondencia habría tenido un fin diplomático y político, alejado de cualquier significancia jurídica.⁵⁷⁹

Parece dudoso que un pequeño incidente con un barco en la primera mitad del siglo XIX pueda instaurar un principio legal por 180 años, teniendo en cuenta que nada sugiere que el criterio aplicado tras el incidente haya sido compartido por todos los Estados en dicho momento ni posteriormente,⁵⁸⁰ especialmente si consideramos que el criterio tuvo poca injerencia en la política de “prevención” o “auto-preservación” que permitió el desencadenamiento de la Primera Guerra Mundial.⁵⁸¹ En esa misma línea, se ha señalado que citar la fórmula Webster a partir de la entrada en vigencia de la Carta es problemático,

⁵⁷⁴ Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 198; Ruys, *Armed Attack*, 258-259.

⁵⁷⁵ Hamid, "The Legality of Anticipatory Self-Defense", 462.

⁵⁷⁶ Tibori-Szabó, *Anticipatory Action*, 74.

⁵⁷⁷ Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 199.

⁵⁷⁸ Ocelli, "Sinking the Caroline", 490.

⁵⁷⁹ *Ibíd.* No obstante, la autora estadounidense desestima la relevancia jurídica del Caroline Case para efectos de abogar por una legítima defensa preventiva sin el requisito de la inminencia, considerando la amenaza que representan actores no estatales que despliegan actividades terroristas. En contra, Green, "Docking the Caroline", 441-2, quien señala que el objetivo político no excluye la significancia jurídica. Otra visión señala que lo central en el incidente y la subsecuente correspondencia del secretario Webster en la que pretendía rechazar el accionar del Reino Unido dice relación, más bien, con la legitimidad de la acción llevada a cabo en respuesta a una agresión indirecta perpetrada por rebeldes, es decir, por actores no estatales. Corten, *The Law against War*, 409.

⁵⁸⁰ Corten, *The Law against War*, 409-10; Green, "Docking the Caroline", 442.

⁵⁸¹ Thomas M. Nichols, *The coming Age of Preventive War* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2008), 2. Véase también Green, "Docking the Caroline", 448-9.

no solo por los argumentos anteriormente señalados, sino porque podría resultar incompatible con su texto.⁵⁸²

Sin perjuicio de lo anterior, a partir de la correspondencia entre el secretario Webster y lord Ashburton tras el hundimiento del *Caroline* es posible extraer el sentido de algunos requisitos consuetudinarios de la legítima defensa explorados anteriormente, de ahí la importancia de este suceso.

En virtud de estos argumentos considero que el incidente *Caroline* no es de utilidad para efectos de adoptar una postura más permisiva en el ejercicio de la legítima defensa.

7.3. La práctica de los Estados

Habiendo analizado el derecho consuetudinario previo a la entrada en vigor de la Carta de Naciones Unidas y los argumentos fundados en éste, es necesario abordar la práctica de los Estados que ha tenido lugar con posterioridad a 1945.

Este elemento es fundamental en tanto el *ius ad bellum* es un proceso dirigido por los Estados.⁵⁸³ Mediante este análisis se responde a la crítica que a menudo es dirigida contra quienes rechazan la legítima defensa anticipatoria en cuanto ignoran la posibilidad que las estrictas normas de la Carta puedan ser reinterpretadas por los Estados en el transcurso del tiempo.⁵⁸⁴

Al respecto, se ha señalado que, si bien la Carta proscribía el uso de la fuerza salvo frente a la ocurrencia de un ataque armado, el derecho consuetudinario que fue desarrollándose con posterioridad reconocería el derecho a la legítima defensa anticipatoria. Para evaluar esta afirmación se revisarán: tratados internacionales relevantes; las razones legales que han ofrecido los Estados para justificar operativos militares, junto con la reacción de otros Estados frente a estos acontecimientos y razonamientos; así como toda práctica relevante. Estos hechos nos darán una idea acerca de la efectividad de dichas alegaciones.⁵⁸⁵

⁵⁸² Hensel, "The Legitimate Use of Military Force", 101.

⁵⁸³ Ruys, *Armed Attack*, 4.

⁵⁸⁴ Se suele argumentar que el desarrollo de nuevos armamentos que pueden destruir la humanidad en tan solo minutos atenuaría el rigor de las estrictas normas de la legítima defensa contenidas en el artículo 51 y en el derecho consuetudinario. Véase Sean D. Murphy, "The Doctrine of Preemptive Self-Defense" *Villanova Law Review* 50 (2005): 721, <https://ssrn.com/abstract=707523> En esta sección nos abocaremos a determinar si la práctica de los Estados sustenta una reinterpretación de la norma desde la perspectiva *lege lata*.

⁵⁸⁵ Además de la importancia en cuanto a la costumbre se refiere, el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 31.3 letra b) le otorga relevancia a la práctica de los Estados con el objeto de determinar el verdadero sentido y alcance de una norma, adoptando en esto enfoque dinámico de la interpretación que muta con el transcurso de los años. Así, con este ejercicio podremos complementar el análisis del artículo 51 de la Carta. Kunig, "Interpretation of United Nations Charter" en *Max Planck Encyclopedia of Public International La*.

7.3.1. Tratados

Como primer punto, parece necesario considerar algunos tratados multilaterales posteriores a la Carta, que contemplan la legítima defensa.⁵⁸⁶

El Tratado de Bruselas (1948) que constituyó las bases para la formación de la hoy extinta Unión Europea Occidental contempla en su artículo cuarto: *“If any of the High Contracting Parties should be the object of an armed attack in Europe, the other High Contracting Parties will, in accordance with the provisions of Article 51 of the Charter of the United Nations, afford the party so attacked all the military and other aid and assistance in their power.”*⁵⁸⁷ Nótese que el articulado se refiere al *“the party so attacked”*, existiendo una clara referencia al hecho de que el Estado en cuestión ya ha sido víctima de una agresión armada, excluyendo un ejercicio anticipatorio.

Por su parte la versión final del Tratado de la Unión Europea (2008) señala en su artículo 42.7 lo siguiente: *“Si un Estado miembro es objeto de una agresión armada en su territorio, los demás Estados miembros le deberán ayuda y asistencia con todos los medios a su alcance, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas.”*⁵⁸⁸ Cabe destacar que la norma, además de reiterar el requisito de la “agresión armada”, concepto asimilable al de ataque armado, menciona que la agresión ocurre “en su territorio” en referencia al territorio del Estado agredido. Esto último excluiría las amenazas de ataques inminentes.

Por su parte, el Convenio de la Defensa Conjunta y Cooperación Económica entre los Estados de la Liga Árabe firmado inicialmente por siete naciones en el año 1950 estipula en su artículo segundo lo siguiente: *“The Contracting States consider any [act of] armed aggression made against any one or more of them or their armed forces, to be directed against them all. Therefore, in accordance with the right of self-defense, individually and collectively, they undertake to go without delay to the aid of the State or States against which such an act of aggression is made, and immediately to take, individually and collectively, all steps available, including the use of armed force, to repel the aggression and restore security and peace. In conformity with Article 6 of the Arab League Pact and Article 51 of the United Nations Charter, the Arab League Council and U. N. Security Council shall be notified of such act of*

⁵⁸⁶ Si bien estos tratados versan sobre la legítima defensa colectiva, no vemos por qué su incidencia en el rechazo de la legítima defensa anticipatoria no pueda ser extrapolable a la legítima defensa individual. La Carta en su artículo 51 no hace ninguna diferenciación entre ambas modalidades. Salvo por el requisito de la declaración de haber sido víctima de un ataque armado y la solicitud de asistencia que debe realizar un país para que otros vayan en su ayuda, no debería haberse una diferenciación del rigor con el cual aplican otros requisitos, incluyendo la ocurrencia de un ataque armado. Dinstein, *War, Aggression and Self-defence*, 296. Ni la Corte Internacional de Justicia ni la doctrina han hecho una diferenciación clara en este respecto. Kunz, "Individual and Collective Self-Defense" 875, 877.

⁵⁸⁷ "Treaty of Economic, Social, and Cultural Collaboration and Collective Self-defense" Bruselas, 17 de marzo de 1948. The Avalon Project at the Yale Law School. http://avalon.law.yale.edu/20th_century/we001.asp

⁵⁸⁸ "Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea" Maastricht, 7 de febrero de 1992, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012M/TXT&from=EN>

*aggression and the means and procedure taken to check it.*⁵⁸⁹ Como primer punto, es notoria la reiteración del texto del artículo 51 en este tratado, así como la utilización de palabras como “*armed aggression*” o “*act of aggression*” que hacen referencia más bien a un uso de la fuerza actual, en lugar de una mera amenaza, percibida como inminente o no. La misma disposición señala que uno de los objetivos de la legítima defensa es “*restore security and peace*”, de lo cual se infiere que la paz ya ha sido quebrantada, dando a entender que ya ha mediado un uso de la fuerza efectivo.

En el ámbito latinoamericano destacamos el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas o pacto de Bogotá (1948), el cual en su artículo octavo replica la fórmula del artículo 51.⁵⁹⁰ Lo mismo puede decirse del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) o Tratado de Río (1947), el primer tratado de su tipo tras la Segunda Guerra Mundial.⁵⁹¹

Una disposición similar fue incluida en el Tratado de Washington que constituyó la OTAN (1949) la que en su artículo quinto señala: “*Las Partes acuerdan que un ataque armado contra una o más de ellas, que tenga lugar en Europa o en América del Norte, será considerado como un ataque dirigido contra todas ellas, y en consecuencia, acuerdan que si tal ataque se produce, cada una de ellas, en ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva reconocido por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, ayudará a la Parte o Partes atacadas...*”⁵⁹² La disposición citada resulta más clara en excluir la legítima defensa anticipatoria al describir el ataque armado como uno que “tiene lugar en Europa o en América del Norte”, y que debe “producirse” para poder ejercer la legítima defensa.⁵⁹³

En cuanto al Pacto de Varsovia (1955), en su artículo cuarto señalaba: “*In the event of armed attack in Europe on one or more of the Parties to the Treaty by any state or group of states, each of the Parties to the Treaty, in the exercise of its right to individual or collective self-defence in accordance with Article 51 of the Charter of the United Nations Organization, shall immediately, either individually*

⁵⁸⁹ "Treaty of Joint Defense and Economic Cooperation between the States of the Arab League" El Cairo, 17 de junio de 1950. The Avalon Project at the Yale Law School, http://avalon.law.yale.edu/20th_century/arabjoin.asp

⁵⁹⁰ Tratado americano de soluciones pacíficas, Bogotá, 30 de abril de 1948, https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Tratado_SolucionesPacificas.pdf Artículo 8. “El recurso a los medios pacíficos de solución de las controversias, o la recomendación de su empleo, no podrán ser motivo, en caso de ataque armado, para retardar el ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva, previsto en la Carta de las Naciones Unidas”

⁵⁹¹ "Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca" Río de Janeiro, 2 de septiembre de 1947, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-29.html>. Artículo 3.1. “*Las Altas Partes Contratantes convienen en que un ataque armado por parte de cualquier Estado contra un Estado americano será considerado como un ataque contra todos los Estados Americanos, y en consecuencia, cada una de dichas Partes Contratantes se compromete a ayudar a hacer frente al ataque, en ejercicio del derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva que reconoce el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas.*”

⁵⁹² "Tratado del Atlántico Norte" Washington DC, 4 de abril de 1949, http://nato.int/cps/es/natohq/official_texts_17120.htm

⁵⁹³ La misma interpretación hizo Malanczuk, *International Law*, 312. [It is also significant that the North Atlantic Treaty and similar treaties based on Article 51 provide only for defence against armed attacks, and not for defence against imminent dangers of armed attacks]. Tanto Estados Unidos como el Reino Unido interpretaron el artículo quinto del tratado de la OTAN como una disposición que estaba haciendo referencia a un ataque que ya ocurrió. Véase Williamson, *Terrorism, War and International Law*, 109.

or in agreement with other Parties to the Treaty, come to the assistance of the state or states attacked with...”⁵⁹⁴ No solo condiciona el ejercicio de la legítima defensa en el evento de un ataque armado, sino que al referirse a “*state or states attacked...*”, en tiempo pasado, da a entender que el ejercicio de la legítima defensa tiene lugar una vez que se ha producido el ataque, resultando incompatible con la hipótesis de la legítima defensa anticipatoria.

Se ha podido observar cómo distintos instrumentos internacionales de relevancia adoptaron la fórmula del artículo 51 en cuanto a la exigencia de un ataque armado o agresión armada para ejercer la legítima defensa, excluyendo modalidades defensivas proactivas.⁵⁹⁵ Así, en general, los acuerdos regionales de seguridad desde 1935 a la fecha habrían condicionado la legítima defensa a la ocurrencia de un ataque previo.⁵⁹⁶

7.3.2. Algunos casos paradigmáticos

Siguiendo con la revisión de la práctica de los Estados, a continuación, se abordarán algunos episodios en los que la fuerza ha sido utilizada por los Estados.⁵⁹⁷

La manera en que esta práctica ha sido interpretada por los autores no es inequívoca. Sin embargo, el problema recae en que usualmente se recurre a las acciones de los Estados sin atender a las razones legales que ofrecen para justificar su actuar.⁵⁹⁸ El análisis de la práctica desprovista de estas alegaciones perjudica las posibilidades de determinar la relevancia de dicho actuar para efectos del derecho consuetudinario. La costumbre no sólo se compone de la práctica, sino también de la *opinio iuris*, lo que significará que el accionar de los Estados se encuentra acompañado de la convicción de estar actuando conforme a derecho. Si se quiere determinar la existencia de dicha convicción se vuelve imprescindible el considerar la forma en que los Estados justifican el uso de la fuerza. Asimismo, las declaraciones de los Estados también pueden ser constitutivas en sí mismas de derecho consuetudinario.⁵⁹⁹

A modo general, es posible anticipar que los Estados generalmente buscan encuadrar su uso de la fuerza dentro de los márgenes del artículo 51, sin recurrir a normas del derecho consuetudinario que,

⁵⁹⁴ "The Warsaw Security Pact" Warsaw, 14 de mayo de 1955. The Avalon Project at the Yale Law School, http://avalon.law.yale.edu/20th_century/warsaw.asp

⁵⁹⁵ Otros tratados e instrumentos de la época pueden ser revisados en Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, 253-4. La mayoría de éstos adopta la misma fórmula indicada.

⁵⁹⁶ Théodore Christakis “Vers une reconnaissance de la notion de guerre préventive?” en *L'intervention en Irak et le droit international*, ed. Th. Christakis, P. Klein (Paris : Pedone/CEDIN, 2004), 22-3. Citado en Cançado Trindade, "The Primacy of International Law over Force", 1046.

⁵⁹⁷ Otros incidentes de esta naturaleza pueden ser revisados en: Gray, *International Law and the Use of Force*, 162-3; Ruys, *Armed Attack*, 287-94; y en Hamid, “The Legality of Anticipatory Self-Defense”, 473.

⁵⁹⁸ Garwood, "Pre-Emptive Self-Defense", 54.

⁵⁹⁹ Véase la discusión al respecto en Michael Akehurst, “Custom as a Source of International Law” *British Yearbook of International Law* (1976), 2, doi: 10.1093/bybil/47.1.1

según algunos autores, permitirían actuar frente a ataques inminentes. Esta alternativa habría sido adoptada por los Estados en virtud del carácter controversial de la legítima defensa anticipatoria.⁶⁰⁰

De esta forma, aun cuando los Estados podrían justificar que su accionar se ajusta en esta última modalidad de legítima defensa recurriendo a ciertas posiciones doctrinarias, éstos en general prefieren alegar la ocurrencia de un ataque armado, o bien recurrir a otras excepciones del uso de la fuerza para así encuadrar su actuar dentro de los estrictos límites que la Carta establece.

La práctica carece de suficientes ejemplos en los que los Estados han justificado su actuar invocando la doctrina de la legítima defensa anticipatoria.⁶⁰¹ Varios Estados, quizás la mayoría, se oponen a esta modalidad.⁶⁰²

7.3.2.1. Crisis de los misiles en Cuba (1962)

En octubre de 1962, frente a la posible amenaza que representaba la presencia de misiles soviéticos en Cuba, Estados Unidos impone una “cuarentena” o bloqueo naval sobre la isla, lo que generalmente ha sido entendido como un uso de la fuerza.⁶⁰³

Sin perjuicio de que la motivación del bloqueo era lidiar ante la amenaza que supuestamente representaba Cuba para Estados Unidos, este último optó por no justificar su actuar en la legítima defensa frente a una amenaza de un ataque latente o inminente.⁶⁰⁴ En lugar de esto, Estados Unidos invocó una resolución de parte del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos que recomendaba medidas para impedir que Cuba adquiriera material militar soviético, basándose en el artículo sexto del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, el que trata sobre acciones que se recomiendan frente una “agresión que no sea un ataque armado”.⁶⁰⁵ Para justificar esta recomendación, Estados Unidos señaló que su “cuarentena” no constituía un uso de la fuerza.⁶⁰⁶

Ni Estados Unidos ni el Consejo de la Organización de Estados Americanos invocaron el artículo tercero del mismo tratado que versa sobre la legítima defensa, tampoco se hicieron referencias al artículo

⁶⁰⁰ Garwood, "Pre-Emptive Self-Defense", 55.

⁶⁰¹ Gray, *International Law and the Use of Force*, 161. En el mismo sentido Green, "Docking the Caroline", 465.

⁶⁰² Green, "The Ratione Temporis Elements", 106; Malanczuk, *International Law*, 31

⁶⁰³ Esto en cuanto se atribuye el derecho a interceptar, detener y registrar cualquier embarcación, utilizando la fuerza de ser necesario.

⁶⁰⁴ Ruys, *Armed Attack*, 270; Corten, *The Law against War*, 436. A pesar de esto, un memorándum del asesor legal del ministerio de justicia adhiere a esta doctrina. Yoo, "International Law and the War in Iraq", 572. Brotóns, *Derecho Internacional*, 1068.

⁶⁰⁵ Ruys, *Armed Attack*, 270.

⁶⁰⁶ Franck, *Recourse to Force*, 99. Según el autor, Estados Unidos depósito más peso en su argumentación en la amenaza que supuestamente representaba Cuba. En cuanto al bloqueo como un uso de la fuerza ilegal véase Quincy Wright, "The Cuban Quarantine" *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting 57* (1963): 9-18, <http://www.jstor.org/stable/25657563>

51 de la Carta o la supuesta proximidad de un ataque armado. Lícito o no, este antecedente no puede citarse como un ejemplo para respaldar la legítima defensa anticipatoria, menos preventiva.

De hecho, mediante su accionar, Estados Unidos mostró una actitud renuente a reconocer modalidades de legítima defensa que escapen de los límites de la Carta,⁶⁰⁷ lo que además resulta explicable por motivos prácticos: Estados Unidos no estaba interesado que, en plena Guerra Fría, su actitud pueda haber sido utilizada como un precedente por otros países en situaciones análogas, especialmente la Unión Soviética con relación a los misiles estadounidenses en Europa.⁶⁰⁸

La Crisis finalmente se solucionó con negociaciones bilaterales entre la Unión Soviética y Estados Unidos.⁶⁰⁹

7.3.2.2. La guerra de los Seis Días (1967)

A diferencia del anterior caso, el episodio que abordaremos a continuación es usualmente citado como un escenario en que un Estado se vio enfrentado ante un ataque inminente, siendo un posible ejemplo del ejercicio de la legítima defensa anticipatoria.⁶¹⁰ Hablamos de la guerra de junio de 1967 o “guerra de Seis Días” que enfrentó a Israel y sus vecinos árabes.

En la mañana del 5 de junio de 1967, la aviación israelí destruye la fuerza aérea egipcia en tierra. El accionar israelí estaría motivado por un conjunto de hechos: el requerimiento del canciller egipcio de retirar las fuerzas de la ONU apostadas en la Península del Sinaí, las que servían de *buffer zone* entre Israel y Egipto; el remplazo de estas últimas por fuerzas armadas árabes amasadas en la frontera con Israel; el establecimiento de un mando militar unificado entre Jordania e Irak, además de un pacto militar con Siria; las crecientes incursiones por parte de militantes palestinos desde Siria; la clausura del Golfo de Aqaba y el Estrecho de Tirán a la navegación israelí; además de declaraciones amenazantes y

⁶⁰⁷ L.M. Goodrich, E. Hambro and A.P. Simons, *Charter of the United Nations: Commentary and Documents*, 3º ed. (New York: Columbia University Press, 1969), 345. Citado en Hamid, "The Legality of Anticipatory Self-Defense", 454.

⁶⁰⁸ Malanczuk, *International Law*, 312-3.

⁶⁰⁹ En el debate que tuvo lugar en el Consejo de Seguridad, Venezuela y Chile (este último bajo la presidencia de Jorge Alessandri Rodríguez), respaldaron el actuar estadounidense Ruys, *Armed Attack*, 268.

⁶¹⁰ Waldock, "Who Killed the article 2(4)", 821; Tibori-Szabó, *Anticipatory Action*, 147-8. En contra véase Mary Ellen O'Connell, "Lawful Self-Defense to Terrorism" *University of Pittsburgh Law Review* 63 (2002), 894, http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1596&context=law_faculty_scholarship; Hamid, "The Legality of Anticipatory Self-Defense", 469-70.

belicosas por parte de los líderes de las naciones árabes acerca de un inevitable conflicto.⁶¹¹ Se ha señalado que estas acciones en su conjunto podrían ser calificadas como un ataque armado inminente.⁶¹²

En tan sólo seis días Israel ocupa militarmente el Sinaí, Gaza, Judea y Samaria o Cisjordania, incluyendo Jerusalén oriental y los Altos del Golán.⁶¹³

En el Consejo de Seguridad, Israel se abstuvo en general de justificar su accionar en la inminencia del ataque por parte de los Estados árabes,⁶¹⁴ recurriendo como argumento principal y oficial al hecho de que el bloqueo naval egipcio a la navegación israelí en el estrecho de Tirán constituía un acto de guerra,⁶¹⁵ mencionando además el bombardeo de *kibutzim* en zonas aledañas a Gaza y el Sinaí.⁶¹⁶ De esta forma, Israel depositó su argumentación, cuestionablemente o no, en el ejercicio de una legítima defensa reactiva.⁶¹⁷ La posible inminencia del ataque árabe, en tanto, fue utilizada como un argumento subsidiario.

El Consejo de Seguridad, a pesar de los reiterados intentos de la Unión Soviética, se abstuvo de condenar el accionar israelí o exigir la retirada total, requiriendo solo una retirada parcial de territorios ocupados en el reciente conflicto, aparentemente por la vía de negociaciones que consideren las aprehensiones de seguridad de Israel.⁶¹⁸ Algo similar ocurrió previamente en la Asamblea General donde solo pudieron aprobarse resoluciones sobre ayuda humanitaria y el rechazo a la anexión de Jerusalén Este.⁶¹⁹

⁶¹¹ Paul H. Robinson, Adil Ahmad Haque, “Advantaging Aggressors: Justice & Deterrence in International Law” *Harvard National Security Journal*, Vol. 3 (2011): 160, http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/297/; Franck, *Recourse to Force*, 102; Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 207.

⁶¹² Franck, *Armed Attack*, 102. Otra visión es la expuesta por Dinstein quien asegura que en realidad el ataque egipcio ya había comenzado de manera incipiente por lo que corresponde aplicar la denominada “legítima defensa de interceptación” modalidad que será analizada en la sección octava. *War, Aggression and Self-Defence*, 207.

⁶¹³ En cuanto a Cisjordania y las Alturas del Golán, estos territorios fueron capturados luego que falsos reportes egipcios motivaran a jordanos y sirios a atacar a Israel. En aquellos casos, el actuar israelí fue claramente reactivo de la agresión árabe. Avi Shlaim. *The Iron Wall: Israel and the Arab World*. (New York: W.W. Norton, 2000), 243–4.

⁶¹⁴ Gazzini, *The Changing Rules*, 150; Gray, *International Law and the Use of Force*, 161.

⁶¹⁵ John Quigley, *The Six-Day War and Israeli Self-Defense: Questioning the Legal Basis for Preventive War* (New York: Cambridge University Press, 2013), 121. Sin embargo, Franck señala que de los hechos se infiere que el énfasis de la justificación israelí estuvo en la inminencia del ataque árabe, atribuyéndole a esta argumentación la razón del por qué el Consejo no condenó su actuar. Franck, *Recourse to Force*, 103.

⁶¹⁶ Corten, *The Law against War*, 437.

⁶¹⁷ *Ibíd.*

⁶¹⁸ Resolución 242 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. En este sentido, véase Bianchi, *et al. Interpretation in International Law*, 379; Franck, *Recourse to force*, 103–4.

⁶¹⁹ Regueiro, *El concepto de legítima defensa*, 143–4.

Sin perjuicio de que Israel optó por justificar su actuar principalmente en la ocurrencia de un ataque armado, algunos de los Estados que condenaron el actuar israelí lo hicieron negando la validez de una legítima defensa anticipatoria, señalando que la ocurrencia de un ataque armado es lo decisivo.⁶²⁰

Si bien es cierto que en general no se condenó a Israel, esto no es constitutivo inequívocamente de una adherencia a la legítima defensa anticipatoria, fundamentalmente porque Israel sólo la invocó de manera alternativa.⁶²¹ En cualquier caso, estimo que de este solo episodio no es posible extraer de manera sólida una práctica constitutiva de una nueva norma consuetudinaria que admita la legítima defensa anticipatoria o bien que permita reinterpretar el artículo 51 en este sentido.

7.3.2.3. Guerra Irán-Irak (1980)

Un ejemplo donde explícitamente se invocó la legítima defensa anticipatoria es en el caso del conflicto entre Irak e Irán en 1980. Irak justificó su accionar mencionando la fórmula Webster.⁶²² Sin embargo, rápidamente cambió su estrategia jurídica alegando haber sido víctima de un ataque armado iraní, manteniendo esta posición a lo largo del tiempo y utilizándola en una respuesta a un informe del secretario general de Naciones Unidas sobre la responsabilidad en el conflicto.⁶²³

7.3.2.4. Bombardeo del reactor Osirak (1981)

El 7 de junio de 1981, en las cercanías de Bagdad, la aviación israelí destruye el reactor iraquí “Osirak”, el cual se encontraba en construcción.⁶²⁴ No obstante varios aspectos extrajurídicos de la operación han sido destacados, su legalidad ha sido fuertemente cuestionada.⁶²⁵

Israel justificó su acción, *inter alia*, en la doctrina de la prevención,⁶²⁶ señalado que la fórmula Webster, la que contendría el criterio de la inminencia, había quedado desactualizada por el surgimiento

⁶²⁰Anthony C. Arend “International Law and the Preemptive Use of Military Force” *The Washington Quarterly* 26 no. 2 (2003): 95, doi: 10.1162/01636600360569711

⁶²¹Peter Mateja. “The politics of self-defence: beyond a legal understanding of international norms” *Cambridge Review of International Affairs* 24, No. 2 (2011): 251, doi:10.1080/09557571.2011.558055 Arend, “Preemptive Use of Military Force” 95. Otra interpretación de los hechos puede ser revisada en Gill, “Temporal Dimension of Self-Defense”, 137-8. Regueiro, *El concepto de legítima defensa*, 146. “La mayoría de los Estados concluyeron aparentemente que este ataque armado era inminente (...) y que, por tanto, en las circunstancias, no había actuado de forma desrazonable.”

⁶²²Corten, *The Law against War*, 438.

⁶²³Gray, *International Law and the Use of Force*, 162-6. El informe, sin embargo, culpó a Irak por el inicio del conflicto.

⁶²⁴Anthony D’Amato, “Israel’s Air Strike”, 585; Gill, “The Temporal Dimension of Self-Defense”, 139.

⁶²⁵Además de que la operación implicó un mínimo uso de la fuerza y tuvo reducidas bajas, se ha señalado que habría evitado que Saddam Hussein, un gobernante que no dudó en usar armas químicas contra civiles, cuente con bombas nucleares, especialmente considerando el devastador conflicto con su vecino Irán en los años ochenta y la invasión a Kuwait en 1991, donde el derecho internacional humanitario pareció ser completamente desatendido. Lo anterior explica que a pesar de que Estados Unidos condenó en su momento el accionar israelí, luego, varios personeros estadounidenses valorarían la operación. Véase Franck, *Recourse to Force*, 106. Esta opinión, sin embargo, es cuestionada en Dan Reiter, “Preventive Attacks Against Nuclear Programs and the “Success” at Osiraq” *Nonproliferation Review* 12, no 2, (2005): 355-6, doi:10.1080/10736700500379008, señalando que en realidad el ataque israelí fue contraproducente. En el mismo sentido Regueiro, *Legítima Defensa*, 151.

⁶²⁶Istvan Pogany “The Destruction of Osirak: A Legal Perspective”, *The World Today* 37, no. 11 (1981): 416, <http://www.jstor.org/stable/40395239>; Schachter, *Right of States to Use Armed Force*, 1635. Sin embargo, también se ha

de armas nucleares.⁶²⁷ Se afirmó que si bien no se estaba frente a un ataque inminente iraquí, sí era inminente la etapa en la cual no se podría detener dicho ataque.⁶²⁸ No pudiendo citar práctica de los Estados que sustentara su posición, Israel se limitó a referirse a autores que respaldaban esta doctrina.⁶²⁹

Tanto la Asamblea General como el Consejo de Seguridad en su resolución 487 condenaron el accionar israelí. En el caso del Consejo, la condena fue por unanimidad, calificando el ataque israelí como una “clara violación de la Carta y las normas de la conducta internacional.”⁶³⁰ La Asamblea General, en tanto, a través de la resolución 36/27 condenó enérgicamente el hecho, llamándolo un “acto de agresión premeditado y sin precedentes”. Varios Estados y organizaciones regionales condenaron a Israel basándose en una interpretación literal y restrictiva de la Carta, en cuanto a requerir de un ataque armado para invocar legítima defensa.⁶³¹

Sin perjuicio de lo anterior, algunos Estados, aunque en un menor número, habrían criticado la amplitud de la doctrina preventiva argüida por Israel, apoyando la legítima defensa ante ataques inminentes, citando el *Caroline Case*.⁶³²

Se tiende a coincidir que una parte importante de los Estados, sino la mayoría, estuvo en contra de reconocer el derecho a utilizar la fuerza antes de que tenga lugar un ataque armado. De lo anterior podemos asumir que no es posible citar este episodio como un antecedente en apoyo de la legalidad de la defensa anticipatoria.

7.3.2.5. La doctrina Bush, la guerra de Irak y las guerras preventivas (2002-2003)

Tras los ataques del 11 de septiembre, Estados Unidos adopta una doctrina de seguridad nacional en la que se adhiere a un uso de la fuerza preventivo ante ataques no inminentes.

señalado que en su justificación Israel recurrió a la legítima defensa anticipatoria. Gill, “The Temporal Dimension of Self-Defense”, 141. Adicionalmente, Israel recurrió a declaraciones hechas por Irak acerca del continuo estado de guerra entre ambos países desde 1948 para justificar su bombardeo. Véase Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 49, 199. El autor emplea una justificación similar en relación con el bombardeo israelí de un reactor nuclear sirio en un sitio llamado “al-Kibar”, Deir ez-Zor, Siria el año 2007.

⁶²⁷ Corten, *The Law against War*, 438-7.

⁶²⁸ Green, *The International Court of Justice and Self-Defense in International Law*, (Portland: Hart Publishing, 2009), 97; Ruys, *Armed Attack*, 97. Sin embargo, se ha sugerido que las razones de Israel decían relación con el interés de mantener la hegemonía nuclear en la región. D’Amato, “Israel’s Air Strike”, 587. Este último autor analiza si el accionar israelí vulnera el artículo 2(4) de la Carta.

⁶²⁹ Gray, *International Law and Use of Force*, 163.

⁶³⁰ D’Amato, “Israel’s Air Strike”, 584.

⁶³¹ Arend. “Preemptive Use of Military Force”, 94; Corten, *The Law against War*, 439; Ruys, *Armed Attack*, 286. Chile, en tanto, se limitó a confirmar que el artículo 51 solo permite la legítima defensa “en caso de una agresión armada previa”.

⁶³² Corten, *The Law against War*, 439; Schachter, “The Right of States”, 1635; Garwwod, “Pre-Emptive Self-Defense”, 55; Ruys, *Armed Attack*, 286.

Esta forma de concebir la legítima defensa por parte de Estados Unidos no era novedosa.⁶³³ Sin embargo, la adopción del documento “Estrategia de Seguridad Nacional” el año 2002 por la administración del presidente George W. Bush marca un hito importante en tanto se trata de la primera vez en que un uso de la fuerza de naturaleza preventiva es elaborado extensamente en un documento oficial por parte de un gobierno. Esta manera de enfrentarse a las amenazas sería denominada como “doctrina Bush”.

En el contexto de la discusión del uso de la fuerza militar y la legítima defensa frente a la supuesta pretensión de los enemigos de Estados Unidos por adquirir armas de destrucción masiva, esta doctrina aboga por la acción contra amenazas emergentes “*before they are fully formed*”⁶³⁴ y se patrocina la destrucción de organizaciones terroristas mediante la localización y destrucción de las amenazas “*by acting preemptively*”.⁶³⁵ El mismo documento respalda esfuerzos proactivos en contra proliferación, antes de que las amenazas se desaten,⁶³⁶ incluso si no existe certeza del lugar o del tiempo en que será ejecutado dicho ataque.⁶³⁷ El fundamento de esta estrategia militar pro activa se basa en la premisa de que quienes constituyen dichas amenazas toman sus decisiones de manera irracional y fanáticamente, sin que las medidas típicas de disuasión puedan surtir efecto en evitar futuros ataques.

Esta política se dirige no solo contra actores no estatales que practiquen el terrorismo, sino también contra Estados acusados de albergar o patrocinar dichos grupos. El documento erróneamente afirma la aceptación de la legítima defensa anticipatoria como un hecho consumado, ignorando décadas de debate académico en torno al tema.⁶³⁸

La doctrina no solo hace referencia a la *ratione temporis* de la legítima defensa y el uso de la fuerza, sino que tiende a ser una proclama ideológica que sugiere la universalidad de ciertos valores como la libertad, la democracia y el libre mercado, constitutivos del único modelo para perseguir el

⁶³³ A principios del s. XX, el secretario de Estado Elihu Root defendió la doctrina al señalar: “*the right of every sovereign state to protect itself by preventing a condition of affairs in which it will be too late to protect itself*”. Hensel, “Preemption and Preventive War, 103. Adicionalmente, durante la Guerra Fría, funcionarios de Estados Unidos contemplaron la posibilidad de atacar de manera preventiva a China y la Unión Soviética. Las administraciones Reagan y Clinton, en los años 1984 y 1998 respectivamente, también la habrían adoptado. Reisman, Armstrong, “Pre-emptive Self-Defense”, 528-9. En el mismo sentido Marcelo Kohén, “The Use of Force by the United States”, 205; Robert Jervis, “Understanding the Bush Doctrine” *Political Science Quarterly* 118 no. 3 (2003): 369-70, doi:10.1002/j.1538-165X.2003.tb00398.x

⁶³⁴ The White House, *The National Security Strategy of the United States of America*. Washington DC, septiembre, 2002, 4, <https://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>

⁶³⁵ *Ibíd.*, 6.

⁶³⁶ *Ibíd.*, 14.

⁶³⁷ *Ibíd.*, 15.

⁶³⁸ Como vimos en la [sección 7.1.4](#), fue el delegado de Estados Unidos quien explícitamente rechazó cualquier forma de legítima defensa anticipatoria cuando se redactó la Carta de Naciones Unidas. Estados Unidos también argumentó que la práctica sería de larga data en el derecho consuetudinario, olvidando que en sus argumentaciones relativas al caso Nicaragua afirmó que tras la aprobación de la Carta de Naciones Unidas, el derecho consuetudinario de la legítima defensa quedó superado. Elisabeth Zoller, “The Law Applicable to the Preemption Doctrine” *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, (2004): 334-5, <http://www.jstor.org/stable/25659947>

progreso y la paz, atribuyéndose Estados Unidos un rol protector y exportador de dichos principios en los lugares donde no se respetarían. Lo anterior parece la receta perfecta para una estrategia que persigue el cambio de regímenes que Estados Unidos no considera afines, más que un plan de seguridad nacional para la protección de fronteras frente a amenazas externas.⁶³⁹

Sin perjuicio de lo anterior, y de las observaciones que desde el campo de las relaciones internacionales pueden hacerse a esta estrategia, aprovecharemos este documento para estudiar la legalidad de los ataques preventivos contra amenazas no inminentes de manera general.

Bajo esta modalidad, la fuerza se utiliza frente a una amenaza latente. No sólo no ha tenido lugar un ataque armado, sino que su ocurrencia no se avizora en el corto plazo, tampoco se conoce cuándo, cómo, ni dónde podría suceder. El ataque es una mera contingencia desprovista de la palpable inminencia de un ataque futuro como supuestamente ocurre con la legítima defensa anticipatoria.

Un elemento que comparten los ataques preventivos es que comúnmente se ha pretendido mediante esta modalidad el impedir la posesión de armas de destrucción masiva o *game-changing weapons* en manos de ciertos regímenes o grupos.⁶⁴⁰

Muchos de los argumentos de quienes defienden la legalidad de los ataques preventivos son compartidos por quienes abogan por el reconocimiento de la legítima defensa anticipatoria. Comúnmente, se basan en una lectura amplia y no restrictiva del artículo 51 de la Carta, señalando que, con su adición, no se pretendía restringir o debilitar el derecho consuetudinario preexistente que permitía el uso de la fuerza con fines preventivos (o anticipatorios). Adicionalmente se suman argumentos sustentados en el realismo: el hecho de que ciertos regímenes o grupos terroristas adquieran o desarrollen ciertos armamentos, es visto como una amenaza que los Estados no deberían tolerar.

En virtud de la semejanza de argumentos, consideramos aplicable *a fortiori* la argumentación contemplada en relación con la legítima defensa anticipatoria.

Específicamente, en cuanto a la invocación del derecho consuetudinario previo como argumento, es necesario considerar que la costumbre vigente al momento de la celebración de la Carta probablemente ya contemplaba limitaciones a la legítima defensa, las que impiden poder invocarla frente a amenazas

⁶³⁹ Jervis, "Understanding the Bush Doctrine", 336-7

⁶⁴⁰ Véase, por ejemplo, el bombardeo al reactor Osirak en 1981, la Guerra de Irak en 2003, y otras acciones por parte de Israel: el bombardeo al reactor en construcción al-Kibar en Siria el 2007, el ataque a un convoy de armas en Sudán el 2009 supuestamente destinadas a Hamas y los continuos bombardeos en Siria desde el 2013 a la fecha para impedir que Hezbollah adquiriera cierto armamento, el último de los cuales habría tenido lugar a finales de abril de 2017. Ian Fisher, "Syria Blames Israel for Attack on Damascus Airport" *New York Times*, 27 de abril de 2017, <https://www.nytimes.com/2017/04/27/world/middleeast/syria-damascus-airport-israel-hezbollah.html>

no inminentes.⁶⁴¹ Luego, si la Carta efectivamente reservó el derecho consuetudinario previo, necesariamente lo hizo con sus limitaciones.

Los ataques preventivos han sido calificados como absolutamente incompatibles con ciertos principios de la Carta de Naciones Unidas, tales como: la solución pacífica de controversias; la ‘expropiación’ por parte del Consejo de Seguridad del derecho a utilizar la fuerza a discreción de los Estados; la preeminencia de la seguridad colectiva al lidiar con amenazas contra la paz.⁶⁴²

Los ataques preventivos son vistos como una reintroducción de la autotutela a través del resurgimiento del derecho individual de los Estados a utilizar la fuerza en un amplio espectro de posibilidades, retornando a estatus existente durante el siglo XIX en el que regía la doctrina subjetiva de la auto-preservación,⁶⁴³ doctrina que incluso, en aquella época, era mirada con desconfianza, el líder prusiano Otto von Bismarck señaló: “La guerra preventiva es como cometer suicidio por miedo a la muerte”.⁶⁴⁴

Esta doctrina afecta también el principio de igualdad entre los Estados, en tanto en la práctica se estima que solo estaría disponible para aquellos países más poderosos.⁶⁴⁵

También surge la interrogante acerca de cómo se podrían cumplir los requisitos de la proporcionalidad y la necesidad si se está frente a un ataque armado que no solo no se ha producido, sino que también es indeterminado en cuanto a cómo, cuándo y dónde se concretará. De esta forma, basándose en los criterios de la necesidad y la proporcionalidad, los ataques preventivos ciertamente constituirían una acción ilícita.⁶⁴⁶

La Corte Internacional de Justicia en el caso Actividades Armadas en el Congo (2005) también se mostró reacia aceptar esta práctica.⁶⁴⁷ Si ya existirían dudas acerca del sustento jurídico de la legítima defensa anticipatoria, la legalidad de los ataques preventivos debería ser absolutamente descartada.

En cuanto a las razones en el plano extra-jurídico, más allá de las incertezas que priman en la determinación de estas amenazas “latentes”,⁶⁴⁸ existen antecedentes que indican que estos intentos no sólo serían inútiles en prevenir la adquisición de armas por ciertos Estados, sino que incluso resultarían

⁶⁴¹ Véase la [sección 7.2.1](#)

⁶⁴² Kolb, “Self-Defense and Preventive War”, 124.

⁶⁴³ Ibid; Cançado Trindade, “The Primacy of International Law over Force”, 1046-7, quien define esta postura como como una “doctrina espuria que muestra el camino de retorno a la ley de la selva”.

⁶⁴⁴ Nichols, *The Coming Age of Preventive War*, 2. “committing suicide for fear of death”

⁶⁴⁵ Cançado Trindade, “The Primacy of International Law over Force”, 1046-7.

⁶⁴⁶ Green, *The ICJ and Self-Defense*, 160; Gray, *International Law*, 203.

⁶⁴⁷ Véase [sección 7.4](#)

⁶⁴⁸ La guerra de Irak es un ejemplo patente de cómo los servicios de inteligencia fallaron al acusar a Irak de desarrollar un programa de armas de destrucción masiva que no fue hallado tras la invasión.

contraproducentes, ya que comúnmente solo logran posponer el desarrollo de dichas tecnologías, e incluso, le otorgan cierto sentido de urgencia al Estado atacado en cuanto a la necesidad de adquirir ciertas armas para disuadir futuros y posibles ataques.⁶⁴⁹

La legalidad de los ataques preventivos tampoco encuentra sustento en la práctica de los Estados.⁶⁵⁰ En general, los Estados tienden a justificar el uso de la fuerza sin recurrir a la doctrina de la prevención y cuando recurren a ésta, la comunidad internacional ha reaccionado en bloque al rechazar dichas prácticas, tal como lo vimos a propósito del bombardeo israelí al reactor Osirak en 1981, una acción típicamente preventiva.

Un caso paradigmático es la Guerra de Irak de 2003, cuya premisa era hacer frente a la amenaza que constituía el supuesto desarrollo y eventual utilización de armas de destrucción masiva por parte del régimen de Saddam Hussein contra Estados Unidos y sus aliados, así como el traspaso de dichas armas a grupos terroristas supuestamente vinculados con el régimen.⁶⁵¹

Sin perjuicio de lo anterior, en este episodio, el gobierno estadounidense no justificó legalmente su accionar debido a la legítima defensa preventiva expuesta en la doctrina Bush.⁶⁵²

Lo mismo puede decirse de los aliados de Estados Unidos en esta invasión. Reino Unido, por ejemplo, fue claro en señalar que se invadía Irak por un incumplimiento de una serie de resoluciones de la ONU que supuestamente autorizaban el uso de la fuerza, señalando explícitamente que “*the question*

⁶⁴⁹ Reiter, "Preventive Attacks", 364-5.

⁶⁵⁰ Cançado Trindade, "The Primacy of International Law over Force", 1046. Green, "Ratione Temporis", 116; Kretzmer, "Inherent Right", 249. Sin perjuicio de que los Estados suelen no respaldar su uso de la fuerza en virtud de esta doctrina, varios países se han jactado de la posibilidad de lanzar un ataque preventivo, tales como, Estados Unidos, Israel, Australia, Corea del Norte y Rusia.

⁶⁵¹ Mary Ellen O'Connell, "The Myth of Preventive Self-Defense" *The American Society of International Law. Task Force on Terrorism*, (2002): 2, <http://www.comw.org/qdr/fulltext/02oconnell.pdf>

⁶⁵² Garwood, *Preemptive Self-Defense*, 51; Gareth Evans, "When is it Right to Fight?" *The International Institute for Strategic Studies* 46, no. 3 (2004): 65, doi:10.1080/00396330412331343733; Ruys, *Armed Attack*, 314-6. En esto Ruys hace una distinción entre las excusas políticas y legales. En el caso de las primeras, Estados Unidos justificaba su actuar en base a tres argumentos: el incumplimiento por parte de Irak de las resoluciones del Consejo de Seguridad; la amenaza que representaba el programa de armas de destrucción masiva de Irak frente a lo cual se invocaba la legítima defensa preventiva; y las violaciones a los derechos humanos cometidas por el régimen que justificaban una intervención. Sin embargo, en lo que a razones legales esgrimidas ante el Consejo de Seguridad respecta, los tres países que participaron desde el primer momento en la guerra – Australia, Reino Unido y Estados Unidos- justificaron su ataque, *inter alia*, en la resolución 1441 (2002) del Consejo de Seguridad que acusaba a Irak de un "incumplimiento grave" de la resolución 687 (1991) del mismo Consejo que imponía las condiciones de un cese al fuego tras la invasión a Kuwait, lo que supuestamente reactivaba la autorización para utilizar "todos los medios necesarios" que estaba contenida en la resolución 678 (1990) también del Consejo de Seguridad, una fórmula que comúnmente utiliza dicho órgano para autorizar el uso de la fuerza. En otros documentos legales de carácter interno, ni Reino Unido ni Australia, invocaron la legítima defensa, a pesar de haber otros de distinta naturaleza que sí la invocan. Véase Reisman, Armstrong, "The Past and Future", 538-44. Para una descripción más detallada de la justificación de la guerra de Irak basada en resoluciones del Consejo de Seguridad, véase Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 322-6. Para una visión crítica de estos argumentos véase Sean D. Murphy, "Assessing the Legality of Invading Iraq" *Georgetown Law Journal* 92 no. 4 (2003): 175 y ss., http://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications/682/; Ruys, *Armed Attack*, 324.

of pre-emption does not arise".⁶⁵³ Algo similar puede señalarse de Australia y España.⁶⁵⁴ La justificación que empleó la coalición de Estados para la invasión también contó, no obstante, con un amplio rechazo.⁶⁵⁵

El 19 de marzo de 2003, Estados Unidos, con la asistencia de varios aliados invade Irak. Bush expondrá los objetivos de la operación en un discurso dos días más tarde: “desarmar a Irak de armas de destrucción masiva”, “terminar con el apoyo de Saddam Hussein al terrorismo” y “liberar al pueblo iraquí”.⁶⁵⁶

Al respecto, Kofi Annan, el Secretario General de la ONU de ese entonces, señaló: “desde nuestro punto de vista y de la Carta de Naciones Unidas, [la invasión] fue ilegal”⁶⁵⁷ Lo anterior coincide con la opinión de una larga lista de autores y países.⁶⁵⁸

Esto no hace más que demostrar el rechazo de la comunidad internacional a los ataques preventivos. La postura es secundada por varios autores, quienes en gran parte han cerrado la puerta a cualquier doctrina de la prevención.⁶⁵⁹ De hecho, por esa razón suelen describir esta práctica como “ataques preventivos”, en lugar de “legítima defensa preventiva”.

7.3.3. Otra práctica

Habiendo abordado algunos acontecimientos consistentes en el uso actual de la fuerza, existen otras manifestaciones de los Estados de distinta naturaleza susceptibles de constituir práctica relevante para efectos de evaluar la licitud de la legítima defensa anticipatoria.⁶⁶⁰

⁶⁵³ Tarcisio Gazzini, “The Rules on the Use of Force at the Beginning of the XXI Century” *Journal of Conflict & Security Law* 11, No. (2006): 337, doi [10.1093/jcs/kr1017](https://doi.org/10.1093/jcs/kr1017) En palabras de Lord Goldsmith, fiscal general del Reino Unido, en un discurso ante la Cámara de los Lores el 21 de Abril de 2004: “[i]t is therefore the Government’s view that international law permits the use of force in self-defence against an imminent attack but does not authorize the use of force to mount a pre-emptive strike against a threat that is more remote”

⁶⁵⁴ Hamid, “The Legality of Anticipatory Self-Defense”, 479. Sin embargo, Australia rápidamente respaldó la doctrina, provocando la reacción negativa de varios países cercanos geográficamente. Williamson, *Terrorism, War and Internacional Law*, 122-3

⁶⁵⁵ Hamid, “The Legality of Anticipatory Self-Defense”, 480.

⁶⁵⁶ The White House, *Discurso Radial del Presidente a la Nación*. 22 de marzo de 2003, <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2003/03/20030322.es.html>

⁶⁵⁷ Excerpts: Annan interview. BBC News. 16 de septiembre de 2004, http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/3661640.stm

⁶⁵⁸ Ruys, *Armed Attack*, 316-7; Reisman, Armstrong, “Past and Present”, 547. No obstante ningún país de la coalición justificó la operación utilizando la doctrina de la prevención, varios Estados rechazaron la invasión a Irak en base a la inadmisibilidad de la legítima defensa anticipatoria o preventiva. Solo un Estado -Uganda- respaldó la invasión a Irak en base a la amenaza que representaba el régimen de Hussein, sin embargo, no mencionó expresamente la legítima defensa.

⁶⁵⁹ En cuanto a los autores que la rechazaron véase Ruys, *Armed Attack*, 319 y el documento a través del cual más de 300 juristas expertos en derecho internacional señalaron: [*Self defence presupposes the existence of a prior armed attack; consequently, “preventive self defence” is not admissible under international law*] "Appel de juristes de droit international concernant le recours à la force contre l'Irak" *Revue Belge de Droit International*, no. 1(2003), 266-85, http://rbdj.brueylant.be/public/modele/rbdj/content/files/RBDI%202003-1,%20pp.%20266-285_6.pdf

⁶⁶⁰ Un antecedente que se optó por no abordar es un reporte de 1946 emanado de la Agencia de Energía Atómica dependiente de Naciones Unidas donde parece haberse adoptado una perspectiva amplia de legítima defensa frente a violaciones graves del

Entre éstos están las manifestaciones hechas por los Estados en el debate a propósito de la definición de agresión contenida en la resolución 3314 de la Asamblea General de Naciones Unidas y la intención soviética de incluir una disposición que excluía la legítima defensa anticipatoria. Al respecto, hubo una discusión entre los Estados que apoyaban una lectura más restrictiva del artículo 51 de la Carta y los que adherían a una más permisiva. La mayoría de los Estados, incluyendo a Chile,⁶⁶¹ adhirieron de manera transversal a una lectura restrictiva del artículo 51, reconociendo el rol exclusivo del Consejo de Seguridad frente a las amenazas y excluyendo con esto la procedencia de la legítima defensa antes de un ataque armado.⁶⁶²

Se ha señalado, sin embargo, que esta resolución reconocería la legítima defensa que se emplea con anterioridad a la ocurrencia de un ataque armado ya que su artículo segundo señala “El primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba *prima facie* de un acto de agresión, aunque el Consejo de Seguridad puede concluir, de conformidad con la Carta, que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de otras circunstancias pertinentes, incluido el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad.”

Al señalar que el primer uso de la fuerza no necesariamente implica agresión, se inferiría que un Estado podría emplear la fuerza al anticiparse o prevenir un ataque. Así, se afirma, la resolución refleja la admisibilidad de la legítima defensa anticipatoria,⁶⁶³ o incluso preventiva.

Aparte del hecho que una resolución de la Asamblea General no puede por sí sola modificar el lenguaje expreso de la Carta,⁶⁶⁴ no comparto la conclusión del párrafo anterior. En primer lugar, de acuerdo con los trabajos preparatorios de la definición, el objetivo de la disposición era más bien el contemplar aquellas situaciones en las que, frente a un uso de la fuerza armada de mínima magnitud o

tratado relativo a la energía atómica. Al respecto véase Ruys, *Armed Attack*, 262, Brownlie, *International Law and Use of Force*, 276-7, Corten, *The Law Against War*, 419.

⁶⁶¹ La posición restrictiva de Chile es matizable en tanto la delegación chilena comparó el ordenamiento penal doméstico y la Carta de Naciones Unidas en cuanto a que se tolerarían la legítima defensa sólo cuando se está frente a un ataque armado actual, incipiente, y quizás inminente, señala que Chile “*could not accept the suggestion that had been made that a State which believed itself threatened by another State could provoke war without being named as an aggressor. In that connexion comparison had been made with the position under national penal law, and it had been said that a man who saw that another was armed and had aggressive intentions had the right to shoot first. But there was no penal code in any civilized country that authorized such self-defence of a preventive character. A person anticipating an injury could take precautions, but if he killed his opponent before being attacked he was a criminal. The same principle applied at the international level*” Véase Olivier Corten, Résolution 3314 (XXIX), aspects du problème de la légitime défense, https://iusadbellum.files.wordpress.com/2011/07/3314_ld.pdf

⁶⁶² Corten, *The Law against War*, 420-21; Ruys, *Armed Attack*, 295-96.

⁶⁶³ Velasco Vallejo, *Derecho Internacional Público*, 1040.

⁶⁶⁴ El articulado es de importancia, sin embargo, en atención a la remisión que hace el nuevo y aún pendiente artículo 8 *bis* del Estatuto de Roma, relativo al crimen de agresión ya analizado en la [sección 4.3.2](#). Otras críticas a la resolución apuntan a su escasa aplicación por parte del Consejo de Seguridad y por su enfoque *lege ferenda*, en lugar de *lege lata*, propio de las resoluciones de la Asamblea General. Sayapin, *The Crime of Aggression*, 104.

bien accidental, el Estado atacado empleara la fuerza de manera desproporcional, lanzando una guerra a gran escala,⁶⁶⁵ esto último es ratificado por el texto mismo de la definición, permitiendo al Consejo de Seguridad calificar de agresor al Estado que sobre reacciona militarmente, en lugar del Estado que utilizó la fuerza en un primer momento, pero lo hizo accidentalmente o en menor escala.⁶⁶⁶

A partir de esta interpretación, sumada a otras posibles razones,⁶⁶⁷ no es posible afirmar que mediante la inclusión de esta disposición se buscó amparar la legítima defensa anticipatoria, especialmente considerando que se ha señalado que es notoriamente difícil encontrar algún apoyo explícito de esta modalidad en los debates que llevaron a la definición de agresión.⁶⁶⁸

Otro ejemplo son las discusiones que antecedieron a la Declaración sobre el Mejoramiento de la Eficacia del Principio de Abstención de la Amenaza o de la Utilización de la Fuerza en las Relaciones Internacionales a mediados de la década de los ochenta, en el seno de Naciones Unidas. En general los Estados se inclinaron a rechazar la noción de la legítima defensa preventiva, sin perjuicio de que quienes abogaban por su reconocimiento lo hacían bajo pretextos más políticos que jurídicos.⁶⁶⁹ Finalmente, la versión final de la declaración adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas a través de la resolución 42/22 de 1987, replica el lenguaje del artículo 51 de la Carta, incluyendo el requisito de un ataque armado.⁶⁷⁰

La controversia existente entre Estados a propósito del alcance y los límites de la legítima defensa impidió que alguna referencia a la acción anticipatoria pueda incluirse en alguna resolución de la Asamblea General. Así, ni en Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados (1970), ni en la Definición de Agresión (1974), ni tampoco en la Declaración sobre el Mejoramiento de la Eficacia del Principio de la Abstención

⁶⁶⁵ Ruys, *Armed Attack*, 299.

⁶⁶⁶ Sayapin, *The Crime of Aggression*, 108.

⁶⁶⁷ Otra razón se vincula con la *ratione temporis* del ataque armado y la posibilidad de que el primer disparo simplemente esté “interceptando” un ataque armado que ya ha comenzado a desplegarse pero que no se ha consumado ni materializado en el territorio o población del Estado agredido. Así el “primer uso de la fuerza” no debería ser *prima facie* considerado una agresión debido a que pudo haber estado “interceptando” un ataque en progreso. Véase Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 201-3. Respecto de esta modalidad de legítima defensa véase la sección octava. Alternativamente, aunque de una manera incompatible a lo anterior, podría plantearse que el hecho de que el primer uso de la fuerza pueda no ser siempre calificado como una “agresión” por parte del Consejo, no quiere decir que este primer uso de la fuerza no pueda constituir siempre un “ataque armado” según el artículo 51 o ser ilegal. Véase Corten, *The Law against War*, 424.

⁶⁶⁸ Ruys, *Armed Attack*, 300.

⁶⁶⁹ Corten, *The Law against War*, 423.

⁶⁷⁰ 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, Resolución 42/22 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, <http://www.un.org/es/comun/docs/index.asp?symbol=A/RES/42/22&referer=http://www.un.org/es/documents/ag/res/42/list42.htm&Lang=S>

de la Amenaza o de la Utilización de la Fuerza en las Relaciones Internacionales (1987), es posible encontrar una referencia a este derecho.⁶⁷¹

La controversia que existió en los debates que originaron estas resoluciones, particularmente en la definición de agresión, dificulta el reconocimiento de una norma consuetudinaria que modifique o reinterprete lo expresado en el artículo 51 de la Carta, especialmente si consideramos que la gran mayoría de los Estados se opuso a esta idea.⁶⁷²

7.3.3.1. El impacto de los ataques del 11 de septiembre de 2001 en el *ius contra bellum*

Los sucesos acontecidos el 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos causaron un fuerte impacto en la comunidad internacional. La visión tradicional sobre tópicos como la defensa frente a actores no estatales; el uso de la fuerza con fines de anti-proliferación; o varias materias relativas al *ius in bello* fueron cuestionados. La legítima defensa y el requisito de un ataque armado, en tanto, tampoco estuvieron ausentes del debate protagonizado por juristas, académicos y Estados. De hecho, de una rápida revisión de la literatura legal sobre el tema, es posible notar que muchos de los artículos y libros especialmente dedicados a este tópico fueron escritos con posterioridad a estos ataques o a raíz de la guerra de Irak.

A propósito de estos acontecimientos y la reacción de Estados Unidos y sus aliados, muchos han abierto la puerta al uso de la fuerza de manera menos restrictiva, especialmente frente a la amenaza del nuevo terrorismo con armas de destrucción masiva.⁶⁷³

A esto debemos sumarle el reporte del Alto Panel de Naciones Unidas sobre Amenazas, Desafíos y Cambios del 2004,⁶⁷⁴ el cual fue secundado por un informe donde se expone una visión similar por

⁶⁷¹ Gray, *International Law and the Use of Force*, 160. También puede agregarse el debate que originó por el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, en el que prácticamente ningún país apoyó explícitamente la legítima defensa anticipatoria. Ruys, *Armed Attack*, 304-5. El Reino Unido y Estados Unidos apoyaron implícitamente el paradigma de la costumbre preexistente. Solo Israel apoyó la noción de que la legítima defensa no estaba vinculada directamente a un ataque armado, aseveración cuestionada por, a lo menos, siete países.

⁶⁷² Corten, *The Law against War*, 421. En el mismo sentido Ruys, *Armed Attack*, 295-6, 300-2. Ruys da cuenta de los intentos de los delegados de varios Estados por convencer a sus colegas de Estados más reacios a aceptar la legítima defensa anticipatoria. Con el avance de las negociaciones, estos "llamados" se volverían menos frecuentes.

⁶⁷³ Reisman, Armstrong, "Preemptive Self-Defense", 538-50.

⁶⁷⁴ "A More Secure World: Our Shared responsibility" *Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change* (2004), párrafo 188, http://www.un.org/en/peacebuilding/pdf/historical/hlp_more_secure_world.pdf El informe, a pesar de reconocer el lenguaje restrictivo del artículo 51 y no favorecer su reescritura o reinterpretación, señala que un Estado amenazado, "según el derecho internacional de larga data", puede accionar militarmente cuando el ataque es inminente, si es que no existen otros medios y la acción es proporcionada. Lo polémico es que se describe la legítima defensa anticipatoria como un derecho internacional establecido hace tiempo, omitiendo la controversia a nivel académico y entre Estados. Véase Hamid, "The Legality of Anticipatory Self-Defence", 438.

parte del Secretario General de la época, Kofi Annan.⁶⁷⁵ Ambos documentos, los que han sido vistos como intentos de parte de Naciones Unidas de moderar la doctrina Bush ajustándola a la Carta de Naciones Unidas,⁶⁷⁶ adhieren a la legítima defensa frente a ataques inminentes. En el caso del reporte del Secretario General señala: “*Las amenazas inminentes están plenamente previstas en el artículo 51... (...) Los juristas han reconocido hace tiempo que esto abarca tanto un ataque inminente como un ataque ya ocurrido*”.⁶⁷⁷

En los últimos años, esta modalidad de legítima defensa ha podido reunir importantes adherentes, en lo que a doctrina se refiere.⁶⁷⁸

Sin perjuicio de lo anterior, estos informes de Naciones Unidas no exponen los argumentos jurídicos en los cuales sostienen sus conclusiones. Sumado a esto, hubo un bajo número de Estados que habrían apoyado claramente dichas conclusiones en este respecto, lo que explica que la resolución final adherida por los Estados excluya cualquier mención a la legítima defensa anticipatoria.⁶⁷⁹

En particular, destaca la respuesta del Movimiento de Países No Alineados, el cual está constituido por ciento diecisiete Estados –dos terceras partes de los Estados miembros de las Naciones Unidas- que citando jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, reiteró el lenguaje del artículo 51 y su carácter restrictivo, incluyendo el requisito de la ocurrencia de un “ataque armado”, rechazando cualquier

⁶⁷⁵ “Un Concepto Más Amplio de la Libertad: Desarrollo, Seguridad y Derechos Humanos para Todos” *Informe del Secretario General*. (2005), párrafo 122, <http://www.un.org/spanish/largerfreedom/report-largerfreedom.pdf> El reporte, a pesar de reconocer una profunda división acerca de “si los Estados tienen derecho a utilizar la fuerza militar de manera anticipatoria para defenderse de amenazas inminentes”, dos párrafos más adelante manifiesta que “Las amenazas inminentes están plenamente previstas en el Artículo 51” y que los “Los juristas han reconocido hace tiempo que esto abarca tanto un ataque inminente como un ataque ya ocurrido”. En esto, aunque controversial, toma una postura más conservadora que el Panel de Alto Nivel en cuanto trata de subsumir las amenazas inminentes en el artículo 51, en lugar de hacer referencias al ambiguo derecho consuetudinario previo, el cual permitiría el uso de la fuerza en una amplitud de circunstancias. Gray, *International Law and the Use of Force*, 165.

⁶⁷⁶ Reisman, Armstrong, “Preemptive Self-Defense”, 532-33.

⁶⁷⁷ Con esto se ignora la controversia y debate existente en este ámbito, lo que vuelve discutible las conclusiones del informe. Cesáreo Gutiérrez Espada, “El uso de la fuerza en el informe del Secretario General” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 10 (2005): 15-6, 22-3, <http://www.reei.org/index.php/revista/num10/agora/uso-fuerza-informe-secretario-general-naciones-unidas-preparatorio-cumbre-jefes-estado-gobierno-septiembre-2005> El autor también cuestiona el hecho de que el reporte da a entender que el uso de la fuerza unilateral frente a amenazas latentes no-inminentes puede ser “ratificado” *a posteriori* por el Consejo.

⁶⁷⁸ A esto habría que agregar el Instituto de Derecho Internacional a través de “Resolution on Present Problems of the Use of Armed Force in International Law: Self-Defence” *Institut De Droit International*, Santiago, 2007, http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2007_san_02_en.pdf La resolución permite la legítima defensa frente a un ataque “manifiestamente inminente”. Además, está la postura adoptada por el *think tank* británico Chatham House, Elizabeth Wilmshurst, “The Chatham House Principles on the Use of Force in Self-Defense”, *International and Comparative Law Quarterly*, 55 no. 4 (2006). doi:10.1093/iclq/lei137. Cabe mencionar que la gran mayoría de los juristas que apoyan la legítima defensa no-reactiva, incluyendo estas dos organizaciones especializadas, se refieren a la legítima defensa anticipatoria, rechazando la legítima defensa preventiva.

⁶⁷⁹ Corten, *The Law against War*, 427. Entre los Estados que adhieren a accionar anticipatorio están Estados Unidos, el Reino Unido, Israel, Australia, Uganda, Marruecos, Liechtenstein, Suiza y Corea del Sur. Entre los Estados que discrepan están Argelia, Irán, Bielorrusia, Indonesia, Paquistán, Egipto, Turquía, India, Costa Rica, México, China, Bélgica. Sin embargo, Pakistán y China ha manifestado una opinión diferente en otras ocasiones. Véanse Green, “Questioning the Peremptory”, 235; y del mismo autor, *The International Court of Justice and Self-Defence*, 98.

reinterpretación de dicha disposición, objetando, por tanto, la adhesión del reporte del Panel de Alto Nivel a la legítima defensa anticipatoria.⁶⁸⁰ Luego, un vocero de la entidad, criticó el informe del secretario general en cuanto a no haber acogido sus observaciones.⁶⁸¹ A esto debemos sumarle las declaraciones realizadas por diversos Estados de manera individual en las que de manera expresa rechazan la legítima defensa anticipatoria.⁶⁸²

En septiembre de 2005, se reunieron los jefes de Estado de más de 170 países en una cumbre mundial celebrada para conmemorar el aniversario de la sesión número sesenta de la Asamblea General. Uno de los temas en la agenda fue el mencionado reporte del Secretario General. Debido al transversal rechazo mencionado en los párrafos anteriores es que en la resolución adoptada no solo se ignoró la recomendación hecha por el Secretario General en la que adhiere a la legítima defensa ante ataques inminentes, sino que además, se reafirmó el compromiso con el actuar colectivo y multilateral frente a las amenazas, rechazando el camino del unilateralismo, todo “mediante la estricta observancia de la Carta”, cuyas “disposiciones pertinentes de la Carta son suficientes para hacer frente a toda la gama de amenazas a la paz y la seguridad internacionales.”, reafirmando al mismo tiempo “la autoridad del Consejo de Seguridad para imponer medidas coercitivas con el fin de mantener y restablecer la paz y la seguridad internacionales”.⁶⁸³ Se ha estimado que la resolución resulta clara en al menos no adherir a un uso de la fuerza unilateral frente a amenazas, aun cuando estas sean inminentes, dándole preeminencia a la seguridad colectiva.⁶⁸⁴

Del análisis general de la práctica de los Estados realizado en esta sección no es posible extraer antecedentes que sustenten de manera sólida el reconocimiento de la legítima defensa anticipatoria en el

⁶⁸⁰ Gray interpreta la postura del Movimiento de los Países No Alineados como un rechazo a la posición del Secretario General. *International Law and the Use of Force*, 165.

⁶⁸¹ Corten, *The Law Against War*, 432-433. Contrastando, varios miembros de dicha organización, así como otros Estados han asumido una posición proclive a la doctrina de la prevención en otras comunicaciones cuando se refieren a amenazas que ellos mismos enfrentan. Véase Reisman y Armstrong, “Past and Future”, 544-7.

⁶⁸² Ruys, *Armed Attack*, 339-341. Se mencionan México, Turquía, Pakistán, Vietnam, Bielorrusia, Bangladesh, Argelia, Irán, Cuba, Costa Rica, Egipto, China, India, Siria, Malasia, Indonesia y Argentina (país que sin embargo parece haber defendido el uso de la fuerza frente a un peligro inminente a propósito de la guerra de las Malvinas. Véase Gazzini. *The Changing Rules*, 144. China, por ejemplo, señaló: “*Except in case of self-defence against armed attacks, any use of force must have the authorization of the Security Council. Any “imminent threat” should be carefully judged and handled by the Security Council*”. La delegación mexicana, en tanto, señaló: “No obstante, contrariamente a lo dicho por el Panel de Alto Nivel y el Secretario General, el debate en torno a la supuesta existencia del derecho de la legítima defensa ante un ataque inminente, es decir sin que el ataque armado haya ocurrido, está lejos de haberse zanjado. (...) En nuestra opinión, la supuesta existencia de una norma consuetudinaria internacional en materia de la legítima defensa ante un ataque inminente es simplemente insostenible.” Intervención del embajador Juan Manuel Gómez-Robledo, representante permanente alterno de México, en el debate sobre el informe del Secretario General, *Libertad para vivir sin Temor*, Nueva York, 22 de abril de 2005, http://www.cinu.org.mx/congreso2005/discurso_cluster_2.htm

⁶⁸³ Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 (A/RES/60/1) Párrafos 69 a 79, <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/60/1>

⁶⁸⁴ Véase al respecto Corten, *The Law Against War*, 434; Ruys, *Armed Attack*, 341.

derecho consuetudinario. A lo más es posible observar cierta discrepancia entre los Estados a propósito de esta modalidad de legítima defensa, con una clara inclinación a las posturas que rechazan su licitud.

Lo anterior pudo extraerse de diversos tópicos analizados, tales como: los tratados que replican la fórmula del artículo 51 en cuando a condicionar el ejercicio de la legítima defensa en la ocurrencia de un ataque armado; los episodios en los que los Estados generalmente se abstuvieron de recurrir a esta modalidad para justificar el uso de la fuerza; los debates entre Estados a propósito de la aprobación de resoluciones y reportes, en los que existió una clara tendencia a no favorecer ningún tipo de reinterpretación de la Carta en este ámbito.

También hay que considerar un antecedente que suele ser obviado al momento de estudiar esta materia: las ocasiones en que los Estados han recurrido al Consejo, siguiendo el camino que impone la Carta, al verse enfrentado a amenazas por parte de otros Estados, inclusive agresiones inminentes.⁶⁸⁵

Resulta también notorio cómo la mayoría de los países requiere de manera expresa la ocurrencia de un ataque armado para invocar la legítima defensa, rechazando la modalidad anticipatoria.⁶⁸⁶ Esto contrasta con los Estados que apoyan una concepción amplia de la legítima defensa, incluyendo su modalidad anticipatoria, los que además de representar una opinión minoritaria,⁶⁸⁷ justifican su postura adoptando un bajo perfil, resistiendo la inclusión de requisitos al derecho de legítima defensa.⁶⁸⁸ Es claro cómo los Estados que tradicionalmente han defendido esta modalidad de legítima defensa, usualmente evitan hacerlo, y lo han hecho cuando no les es posible argumentar la ocurrencia de un ataque armado bajo ninguna circunstancia, aun en sus acepciones más amplias.⁶⁸⁹

Más allá de la cuestión acerca de si el requisito de un “ataque armado” goza de un status perentorio que inhabilitaría su modificación a través de un desarrollo consuetudinario, no existe práctica ni *opinio iuris* lo suficientemente sólida, transversal y consistente para apoyar una reinterpretación de la Carta que omita el requisito de un ataque armado, permitiendo la legítima defensa anticipatoria entre Estados.⁶⁹⁰ Esto tampoco ocurre con posterioridad al año 2001, aunque sí es posible encontrar más adherentes entre Estados y académicos.⁶⁹¹

⁶⁸⁵ Brownlie, *International Law and Use of Force*, 260.

⁶⁸⁶ Gray, *International Law and the Use of Force*, 160. Una excepción relativamente reciente ocurrió a propósito del conflicto entre Georgia y Rusia (2008). El reporte encomendado por la Unión Europea da cuenta que ambos países habrían defendido el principio de la legítima defensa frente a amenazas o ataques inminentes. *Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia*, September 2009. Vol II. 46, 186, 222. http://www.mpil.de/files/pdf4/IIFFMCG_Volume_II1.pdf

⁶⁸⁷ Schachter, “Self-Defense and Rule of Law”, 272; Malanczuk, *International Law*, 31

⁶⁸⁸ Gray, *International Law and the Use of Force*, 160

⁶⁸⁹ *Ibíd.*; Ruys, *Armed Attack*, 303; Corten, *The Law against War*, 440-1.

⁶⁹⁰ Hamid, “The Legality of Anticipatory Self-Defence”, 480; Ruys, *Armed Attack*, 341-2.

⁶⁹¹ Ruys, *Armed Attack*, 341-2; Williamson, *Terrorism, War and International Law*, 118-9.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando el ataque no es atribuible a un Estado, el panorama es distinto, existiendo una práctica más recurrente de modalidades proactivas de legítima defensa frente a actores no estatales calificados como terroristas,⁶⁹² así como frente a la amenaza inminente contra nacionales el extranjero.⁶⁹³ Así, son numerosos los casos recientes en los que los Estados han efectuado bombardeos contra actores no estatales sin mediar los requisitos de la legítima defensa ni la ocurrencia de un ataque armado. Generalmente, a los líderes de ciertos Estados les parece suficiente la existencia de una amenaza, independiente de su inminencia o no, para emplear la fuerza con tal de frustrar dichos ataques. Sin perjuicio de lo anterior, estos tópicos no serán abordados por escapar del objetivo del presente trabajo que pretende centrarse en los ataques intra-estatales.

7.4. La posición de la Corte

La Corte Internacional de Justicia es el principal órgano judicial de Naciones Unidas. Este tribunal ha resuelto fallos y opiniones consultivas que abordan la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y la legítima defensa. No obstante, el efecto relativo de los dictámenes de este tribunal, en virtud del cual éstos solo son obligatorios respecto de las partes involucradas en la disputa que dirimen, en la práctica, sus fallos tienen impacto e influencia general en la práctica de los Estados.⁶⁹⁴

Sin perjuicio de que las opiniones y fallos de la Corte relativos a este tópico han sido abordadas indirectamente a lo largo del trabajo en relación con el derecho inmanente de legítima defensa, la costumbre previa y su relación con la Carta, en este segmento se analizará la postura que ha adoptado el tribunal en relación con el requisito de un “ataque armado”.

En 1986, la Corte dirime el denominado caso Nicaragua considerado como el primer y más completo análisis acerca de la legítima defensa hecho por la Corte.⁶⁹⁵ Allí se abordó la costumbre aplicable al uso de la fuerza, precisamente, el área donde gravita la disputa acerca de la legalidad de la legítima defensa anticipatoria.

Si bien la Corte se abstiene expresamente de desestimar la legalidad de la legítima defensa ante amenazas inminentes,⁶⁹⁶ a partir de todo su desarrollo argumental es posible concluir que la ocurrencia

⁶⁹² Existe la tendencia de varios Estados a hacer el uso de la fuerza ante amenazas, inminentes o no, en contra de estos grupos, aun cuando éstos encuentren refugio en otros Estados (usualmente denominados *rogue states*) Véase, Reisman, Armstrong, “Past and Future”, 547. Para las posibles razones subyacentes a esta práctica, véase Reisman, Armstrong, “Past and Future”, 536 y Yoo, “International law and the War in Iraq”, 575.

⁶⁹³ Gray, *International Law and Use of Force*, 160.

⁶⁹⁴ Green, *The ICJ and Self-Defence*, 4.

⁶⁹⁵ *Ibíd.*

⁶⁹⁶ Nicaragua Case, párrafo 194.

de un ataque armado es visto como un requisito para el ejercicio de la legítima defensa, individual y colectiva.⁶⁹⁷

De esta forma, la Corte señala: *In the case of individual self-defence, the exercise of this right is subject to the State concerned having been the victim of an armed attack. Reliance on collective self-defence of course does not remove the need for this.*⁶⁹⁸ A partir de la lectura de la versión en francés del fallo la importancia de este requisito resultaría aún más claro.⁶⁹⁹

Luego se afirma que cuando un Estado emplea la fuerza contra otro bajo la premisa de que se ha cometido un ilícito, este acto puede ser legal únicamente cuando “*the wrongful act provoking the response was an armed attack*”, agregando “*the lawfulness of the use of force by a State in response to a wrongful act of which it has not itself been the victim is not admitted when this wrongful act is not an armed attack.*”⁷⁰⁰

En la misma línea el tribunal califica la ocurrencia de un ataque armado como “*the condition sine qua non required for the exercise of the right of collective self-defence*”.⁷⁰¹ Esto lleva a pensar que la Corte concibió la legítima defensa como reacción a un ataque armado, excluyendo implícitamente la legítima defensa anticipatoria.⁷⁰²

La tendencia se replica en otros fallos emanados del tribunal. Así en el Caso relativo al ataque estadounidense contra plataformas petrolíferas iraníes (2003),⁷⁰³ la Corte señala que para establecer la legalidad del ejercicio estadounidense de la legítima defensa individual, “*the United States has to show that attacks had been made upon it for which Iran was responsible,*”⁷⁰⁴ reproduciendo la determinación hecha en el párrafo 195 del caso Nicaragua en cuanto a señalar que el ejercicio de la legítima defensa está sujeto al hecho de que un Estado haya sido víctima de un ataque armado, esto es válido tanto en el derecho de la Carta como en la costumbre.⁷⁰⁵ En esta decisión el lenguaje utilizado por el tribunal da a

⁶⁹⁷ A lo largo de la sentencia, la Corte emplea buena parte de su argumentación en determinar si efectivamente tuvo lugar o no un ataque armado, abordando otros tópicos controvertidos como la magnitud requerida o si se encuadran en este concepto las denominadas “agresiones indirectas”. Al respecto véase Green, *The ICJ and Self-Defence*, 25-6, quien realiza un análisis del fallo.

⁶⁹⁸ *Nicaragua Case*, párrafo 195.

⁶⁹⁹ Zoller, “Preemption Doctrine” 335.

⁷⁰⁰ *Nicaragua Case*, párrafo 211.

⁷⁰¹ *Ibid.*, párrafo 237.

⁷⁰² Zoller, “Preemption Doctrine,” 335. Brotóns. *International Law*, 1058-9. En virtud de esto, el autor señala que no sorprende que los jueces en minoría y la doctrina afín sean críticos de la sentencia como insensible a una “obsolescencia del sistema de seguridad colectiva” lo que genera la necesidad de interpretar flexiblemente esta prohibición. Para interpretaciones diferentes del fallo véase Van den Hole, “Anticipatory Self-Defence”, 93-5; Franck, *Recourse to force*, 98

⁷⁰³ Corte Internacional de Justicia, “Case Concerning Oil Platforms” (Islamic Republic of Iran v. United States of America) Sentencia del 6 de noviembre de 2003. (En adelante *Oil Platforms Case*)

⁷⁰⁴ *Oil Platforms Case*, párrafo 51.

⁷⁰⁵ Nolte, Ranzelzhofer, “Chapter VII”, 1405.

entender que la legítima defensa es una respuesta a una agresión sufrida, cuando ya hay una víctima de un ataque armado y no cuando existe una amenaza o peligro, insistiendo que solo los usos de la fuerza más graves dan lugar a la legítima defensa.⁷⁰⁶

De la misma forma, en la opinión consultiva de la Corte relativa a la construcción de un muro en territorio palestino (2004),⁷⁰⁷ se señaló que para que el artículo 51 pueda ser aplicado e invocado, Israel debería haber alegado la ocurrencia de un ataque armado atribuible a un Estado.⁷⁰⁸

Más claro resulta el caso de actividades armadas en el Congo (2005),⁷⁰⁹ en el que se desestimó que estuvieran presentes las condiciones legales y fácticas para que Uganda utilizara la fuerza en legítima defensa contra el Congo, particularmente por la falta de un ataque armado que pueda adjudicarse a este último Estado.⁷¹⁰ El tribunal hace notar además que a pesar de las alegaciones de Uganda de no estar practicando ni defendiendo un actuar 'anticipatorio',⁷¹¹ un documento del alto mando ugandés era de un tenor claramente 'preventivo'.⁷¹² Más adelante el tribunal señala: “*Article 51 of the Charter may justify a use of force in self-defence only within the strict confines there laid down. It does not allow the use of force by a State to protect perceived security interests beyond these parameters. Other means are available to a concerned State, including, in particular, recourse to the Security Council.*”⁷¹³ Son estas y otras razones las que llevan a la Corte a estimar que Uganda violó la norma que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales.⁷¹⁴ Si bien la Corte se abstuvo de referirse al uso de la fuerza frente a amenazas inminentes, rechazó la doctrina de la prevención,⁷¹⁵ haciendo una lectura restrictiva del artículo 51.⁷¹⁶

Estos fallos vienen a confirmar que, pese a no referirse expresamente al tema, la Corte se ha abstenido de respaldar el ejercicio de la legítima defensa con anterioridad a que tenga lugar un ataque armado,⁷¹⁷ suponiendo la ocurrencia de este último como un prerequisite de *lege lata* para el ejercicio

⁷⁰⁶ Esta es la interpretación de Gutiérrez Espada, "El informe del Secretario General", 14-5.

⁷⁰⁷ Corte Internacional de Justicia, "Legal Consequences of the Construction of a Wall on the Occupied Palestinian Territory". Opinión Consultiva 9 July 2004. (En adelante, *Wall Case*)

⁷⁰⁸ *Wall Case*, párrafo 139.

⁷⁰⁹ Corte Internacional de Justicia, "Armed Activities on the Territory of the Congo" (Democratic Republic of the Congo v. Uganda) Sentencia del 19 de diciembre de 2005. (En adelante *Armed Activities Case*)

⁷¹⁰ *Armed Activities Case*, párrafos 146 y 147.

⁷¹¹ Lo que de suyo le quita fuerza a la postura que adhiere a la legítima defensa anticipatoria.

⁷¹² *Armed Activities Case*, párrafo 143.

⁷¹³ *Ibíd.* párrafo 148.

⁷¹⁴ *Ibíd.* párrafo 345.

⁷¹⁵ Se ha estimado que la Corte se limitó a rechazar la legítima defensa preventiva, pero no la anticipatoria. Ruys, *Armed Attack*, 338.

⁷¹⁶ *Armed Activities Case*, párrafo 143.

⁷¹⁷ Corten, *The Law Against War*, 442-3. Otra interpretación en Claus Kreß, *The International Court of Justice and the 'Principle of Non-Use of Force'* en *The International Court of Justice and the 'Principle of Non-Use of Force'* ed. Marc Weller (New York: Oxford University Press, 2015), 580-1, doi:10.1093/law/9780199673049.003.0026

de este “derecho inmanente”.⁷¹⁸ Varios Estados han interpretado las decisiones de la Corte Internacional de Justicia de la misma forma.⁷¹⁹

8. La legítima defensa de interceptación

Se señaló en la sección 5.1.1.3 que el ataque armado no comienza con la caída de la primera bomba o el cruce de fronteras por parte de un ejército hostil, sino cuando un Estado se embarca en un curso de “acción ofensivo irreversible”. Así, no basta con la capacidad e intención de lanzar un ataque, deben ejecutarse acciones materiales y concretas que evidencian la implementación del mismo.

En palabras de Waldock: “*Where there is convincing evidence not merely of threats and potential danger but of an attack being actually mounted, then an armed attack may be said to have begun to occur, though it has not passed the frontier.*”⁷²⁰

Al respecto, es necesario abordar la modalidad de legítima defensa reactiva denominada “legítima defensa interceptiva o de interceptación” o “*interceptive self-defense*”, una elaboración doctrinaria que, adicionalmente, responde a las aprehensiones acerca de lo limitado que se encuentra, bajo las disposiciones de la Carta, el ejercicio de la legítima defensa sujeta a la ocurrencia de un ataque armado.

Bajo esta modalidad es posible hacer uso de la fuerza frente a un “ataque incipiente”, es decir, el Estado ya ha comenzado el ataque contra otro, aún cuando este no se haya materializado en el territorio de este último. Un posible ejemplo es el lanzamiento de un misil balístico contra otro Estado quien responde utilizando la fuerza mientras el misil se encuentra en aire para derribarlo o evitar nuevos lanzamientos.⁷²¹ Otra hipótesis podría ser un avión que se dispone a violar espacio aéreo de otro Estado con el objeto de bombardearlo, siendo derribado antes de que vulnere de su soberanía.⁷²² En ambos ejemplos es posible afirmar que el ataque ha comenzado a ocurrir y podría ser interceptado.

Lo anterior permite diferenciar la legítima defensa de interceptación o "interceptiva", de los ataques preventivos, ya que estos últimos hacen frente a amenazas latentes respecto de las cuales no se

⁷¹⁸ Green, *The ICJ and Self-Defense*, 25. Sin embargo, el mismo autor posteriormente señala que la Corte no es concluyente respecto de la legítima defensa preventiva. *Ibíd.*, 30.

⁷¹⁹ Véase la declaración del Movimiento de Países No Alineados rechazando las conclusiones del reporte del Panel de Alto Nivel donde se acogía una legítima defensa anticipatoria, citando, *inter alia*, la jurisprudencia de la Corte. Véase sección 7.3.3.1 y Corten, *The Law against War*, 430-3.

⁷²⁰ C. Humphrey M. Waldock, “The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law” *Recueil des Cours* 81 (1953), 498. Citado en Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 204.

⁷²¹ Esta forma de legítima defensa reactiva ha adquirido importancia gracias al desarrollo de tecnologías de interceptación de misiles y cohetes mientras estos se encuentran en el aire. Gross Espiell, “La pretendida legítima defensa preventiva”, 880 Por ejemplo, véanse los sistemas Patriot de Estados Unidos o los escudos antimisiles *Iron Dome* (en hebreo *Kipat Barzel*), el *David's Sling* (*Kelah Da'vid*), o el *Arrow* (*Etz*) desarrollados por Israel.

⁷²² Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 203. De manera similar Brotóns, *Derecho Internacional*, 1067, quien, sin embargo, considera legal la legítima defensa ante ataques inminentes.

tiene certeza acaso se concretarán en un ataque armado o no. También difiere de la legítima defensa anticipatoria que hace frente a ataques inminentes que aún no comienzan, sin perjuicio que la frontera entre ambas puede ser particularmente delgada.⁷²³ Sin embargo, el hecho de que el ataque haya iniciado es un elemento importante que limita el concepto “amplio, total e irrestricto de la pretendida legítima defensa preventiva”.⁷²⁴

A diferencia de otras modalidades, el ejercicio de la legítima defensa de interceptación ante un ataque incipiente no contradice el texto del artículo 51 de la Carta que exige que un ataque armado tenga lugar u ocurra, sin requerir que este último esté consumado o haya sido ejecutado plenamente, mediante la vulneración de fronteras o la caída de las bombas.⁷²⁵

Es necesario distinguir hechos que en un determinado contexto evidencian el inicio del despliegue de un ataque armado, versus acciones previas al ataque armado que no constituyen *per se* evidencia del comienzo de un curso de acción irreversible que demuestra una intención, capacidad y actuación ofensiva. El solo movimiento de tropas o navíos; la realización de ensayos balísticos; las declaraciones belicosas; el llamado a reservistas o la elaboración de planes ofensivos y de invasión, podrían presentar para muchos Estados ansiosos de lanzar una acción preventiva la excusa perfecta para invocar la mentada “inminencia” o proximidad de un futuro ataque armado. Sin embargo, dichos acontecimientos difícilmente podrían constituir, por si solos, evidencia que el mismo ha comenzado a desplegarse, lo que no habilitaría el ejercicio de la legítima defensa de interceptación. Diferente es el caso de que una flota de aviones enemigos cargada de bombas se disponga a quebrantar el espacio aéreo de un país con la declarada intención de atacarlo. Frente a casos así, la legítima defensa de interceptación podría ejercerse.⁷²⁶

De esta forma, lejos de exigir la inacción, existe un catálogo de medidas que un Estado amenazado podría implementar con tal de hacer frente a amenazas armadas de naturaleza hostil.

⁷²³ Ruys, *Armed Attack*, 265.

⁷²⁴ Gross Espiell, "La pretendida legítima defensa preventiva", 880

⁷²⁵ Hamid, "The Legality of Anticipatory Self-Defense" 457; Van den Hole, "Anticipatory Self-Defense", 85; Gross Espiell, "La pretendida legítima defensa preventiva", 880

⁷²⁶ Mediante esta modalidad no se está abogando por considerar aquellas acciones preliminares al ataque armado como fases integrantes del mismo como señala Glennon, *Fog of Law*, 547. Hay una diferencia entre los pasos previos a un ataque armado como la elaboración de planes de invasión, y las acciones preliminares a la consumación del mismo, como lo sería una flota de aviones que se dispone a atacar sin haber cruzado aún el espacio aéreo del país agredido. En el primer caso estaríamos frente a la planificación de un ataque armado, en el segundo, frente a su despliegue.

Conclusión

*"The function of the jusinternationalist, (...), is not simply that of taking note of what States do, or what some particular States – the most powerful ones – do; his function is to identify and say what the Law is, the Law which derives its authority from certain principles of sound reasoning."*⁷²⁷

En el presente trabajo se tuvo la oportunidad de explorar la forma en que el derecho se aproxima al uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Ya en la Antigüedad fue posible encontrar los primeros intentos por limitar esta práctica a través de la búsqueda de causas que justificaren el recurso a la guerra, la cual era vista como un estado patológico o anormal en las relaciones entre las naciones.

Este principio iría desarrollándose en la época medieval hasta constituir lo que se conoce como la doctrina de la guerra justa, la cual, a través de la formulación de varios requisitos y condiciones ya vistos en la sección 2.2, pretendió limitar la guerra a situaciones específicas, procurando, en términos generales, que ésta sea declarada por un soberano, que exista una justa causa, además de una recta intención.

Tal como vimos, la doctrina de la guerra justa, a pesar de sus nobles intenciones en cuanto a pretender poner límite a este fenómeno, no logró perdurar en el tiempo y pronto llegaría su declive de la mano de la creencia de que una guerra podía ser justa para ambos beligerantes, privando a la teoría de su utilidad. Tal como se analizó, lo anterior se explica, en parte, debido a que los criterios de la justa causa, así como la recta intención, podían ser esgrimidos de buena fe por ambos contrincantes enfrentados en un conflicto bélico, en tanto éstos eran abstractos, amplios e indeterminados, siendo su empleo eminentemente subjetivo.

La guerra terminaría convirtiéndose en la manifestación de una facultad inherente a la soberanía de los Estados, no pudiendo ser cuestionada su legalidad. Sin perjuicio de lo anterior, vimos cómo junto con la idea de que el uso de la fuerza era un método más de solución de controversias, fue desarrollándose el principio que concebía a la guerra como de *ultima ratio*, noción que terminaría manifestándose en una serie de tratados internacionales que contemplarían la solución pacífica de controversias como el medio más adecuado y preferente para resolver disputas.

Tras las guerras mundiales y el impacto que generaron en la conciencia de la humanidad, fue posible advertir la consolidación del *ius contra bellum*, el cual pasó a ser la regla general en las relaciones internacionales, no obstante existir excepciones, tal como se estudió.

⁷²⁷ Cançado Trindade, "The Primacy of International Law over Force", 1056.

Las ambigüedades e indeterminaciones en el régimen jurídico internacional del uso de la fuerza no terminarían con el declive de la doctrina de la guerra justa. Ya en siglo XX, durante el periodo entreguerras, es decir, cuando finalmente se proscribió la guerra como herramienta de política nacional con el Pacto de París, no existió claridad acerca de los límites, requisitos y condiciones en virtud de los cuales podía ejercerse la legítima defensa. Esta excepción ni siquiera sería contemplada en el texto del tratado, y solo sería mencionada de manera amplia y vaga en la correspondencia entre las principales potencias firmantes del pacto tal como se analizó en la [sección 7.2.1](#)

Posteriormente se analizó la forma en la que dicha problemática sería recién resuelta con la entrada en vigor de la Carta de Naciones Unidas, mediante la inclusión del requisito de la ocurrencia de un "ataque armado" en el artículo 51, el cual resulta más claro, objetivo, fácil de probar y difícil de malinterpretar o fabricar. Las ventajas que presenta esta última figura son claras, comparadas con el criterio de la inminencia, concepto que utilizan quienes defienden la legalidad de la legítima defensa anticipatoria, como parámetro para determinar a partir de qué momento puede emplearse la fuerza contra los Estados. Adicionalmente, y con el fin de contextualizar el tema central de este trabajo, se abordó la naturaleza de la prohibición contra el uso de la fuerza, cómo ésta quedó plasmada en otros instrumentos internacionales y fuentes del derecho, así como su estatus de norma perentoria, los cuestionamientos que giran en torno a la efectividad de la norma del artículo 2 (4) de la Carta, las consecuencias de su vulneración y sus excepciones, dentro de las cuales se encuentra, por cierto, la legítima defensa.

Para corroborar la hipótesis de que la ocurrencia de un ataque armado es un requisito cuya ocurrencia es necesaria para el ejercicio de la legítima defensa no sólo se acudió al texto expreso del artículo 51 de la Carta, el cual parece corroborar esto último, sino que se hizo un estudio del resto de la Carta, lo que permitió asegurar la particularidad del artículo 51 al ser la única norma de toda la Carta que emplea la expresión "ataque armado". Como se concluyó, quienes plantean que el uso de la fuerza en legítima defensa puede emplearse con anterioridad a que un ataque armado se concrete, omiten o ignoran por completo la particular frase que emplea el artículo 51, "en caso de un ataque armado", vulnerando el principio de efectividad y buena fe que debe regir al momento de interpretar normas jurídicas, tal como se estudió en la [sección 7.1.3](#).

La interpretación que se realizó en la [sección 7.1.2](#) considerando el objeto y fin de la Carta, confirma nuestra hipótesis. El objeto de la Carta es evitar que las futuras generaciones sufran del flagelo de la guerra, esto a través de la adopción de medidas colectivas eficaces para eliminar y prevenir las amenazas a la paz. Lo anterior debe ser visto como la exclusividad del camino de la seguridad colectiva frente a situaciones constitutivas de amenazas que aún no se concretan en un uso efectivo de la fuerza

armada. Las medidas colectivas no son adoptadas por los Estados, sino por el Consejo, órgano que tiene predominantemente un rol preventivo al lidiar con amenazas a la paz.

Otro de los objetivos de la Carta que se mencionó era el reducir al máximo el empleo de la fuerza en las relaciones internacionales, especialmente cuando esta última se ejerce unilateralmente. Una lectura restrictiva del artículo 51 al permitir la legítima defensa únicamente en el caso de un ataque armado, resultaría concordante con el objeto y fin expuesto.

La prohibición del uso de la fuerza es la regla general, uno de los principios fundamentales en el orden internacional de post guerra, de manera que sus excepciones, acorde con las reglas generales de interpretación del derecho, deben ser interpretadas de forma restrictiva, especialmente cuando la norma expresamente establece un requisito condicionante para el uso de la fuerza unilateral.

Como vimos, el análisis de los trabajos preparatorios de la Carta en la sección 7.1.4, también confirmó esta lectura, en tanto las claras referencias que se dieron en el seno de la delegación estadounidense, la cual jugó un rol protagónico en la redacción del artículo 51, dan a entender que la legítima defensa, como un ejercicio unilateral de la fuerza, se reservó en caso de un ataque o agresión armada.

Una de las interpretaciones del artículo 51 que apoya el ejercicio de la legítima defensa con anterioridad a que tenga lugar un ataque armado y que se pretendió refutar, es aquella que entiende la expresión "Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa..." como preservadora del derecho consuetudinario relativo a la legítima defensa que habría permitido el uso de la fuerza con anterioridad a un ataque armado. Sin embargo, se criticó esta interpretación en tanto se ignora el hecho de que la Carta condiciona el ejercicio de dicho derecho inmanente a la ocurrencia de un ataque armado.

Además, tal como se afirmó en la sección 7.2, el derecho consuetudinario previo a la Carta no debería esgrimirse para justificar una legítima defensa no reactiva. Esto se concluyó en tanto el estado de la costumbre existente de manera previa a la vigencia de la Carta es controversial. Por un lado, podría tolerar el uso de la fuerza en una variedad de situaciones que convertiría el artículo 2 (4) en letra muerta, o bien, el estado de dicha costumbre en el momento en que la Carta entra en vigor ya limitaba el uso de la fuerza permitido como una reacción a una agresión o ataque armado.

El derecho consuetudinario no solo no puede servir de fundamento para respaldar la mentada legítima defensa anticipatoria, sino que los requisitos para el ejercicio de ésta, que se extraen de la costumbre ya analizados en la sección 5.2 solo terminaron por confirmar la incompatibilidad que existe

en nuestro ordenamiento jurídico internacional con esta modalidad de legítima defensa, tal como se planteó en la sección 7.2.2

Adicionalmente, se estudió con detalle un evento que suele ser citado para fundar la existencia de una costumbre que permite el ejercicio de esta modalidad de legítima defensa en la actualidad, hablamos del *Caroline Case*. En la sección 7.2.3 se analizaron las razones de por qué dicho acontecimiento no puede ser citado con dicho propósito.

Otro ámbito abordado fue la práctica de los Estados. A través del estudio de los tratados internacionales, casos paradigmáticos y otros ejemplos realizado en la sección 7.3, se descartó que dicha práctica pueda haber consolidado una norma consuetudinaria que permitiera el ejercicio de la legítima defensa anticipatoria.

Luego, en la sección 7.4 se efectuó un análisis de los fallos y opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia, los cuales, a pesar de abstenerse expresamente de adoptar una posición al respecto, sí siguieron la tendencia de no re interpretar la Carta de tal manera de evitar admitir excepciones a la norma que prohíbe el uso de la fuerza no contempladas expresamente en dicho cuerpo legal. Según lo revisado, es difícil inferir de la jurisprudencia de la Corte una adhesión al ejercicio de la legítima defensa anticipatoria, siendo más factible extraer una posición renuente a aceptar modalidades proactivas como la mencionada.

Los puntos ya analizados demuestran que, ni del derecho convencional de la Carta ni del derecho consuetudinario previo o posterior a la entrada en vigor de la Carta, ni tampoco de la práctica de la mayoría de los Estados o de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, es posible fundar una adhesión clara de la licitud de la legítima defensa anticipatoria. Las acciones de determinados países no necesariamente llevan a la conclusión de que el derecho internacional, tal y como es, permite el uso de la fuerza de manera amplia, lo anterior significaría sacrificar los principios en los cuales se basa en el orden internacional de posguerra.

Sin perjuicio de lo anterior, y más allá de lo que, a mi juicio, el derecho internacional obliga, es necesario hacerse cargo de ciertas alegaciones que critican una postura en extremo legalista en este ámbito. Recurrentemente se señala que en virtud de las tecnologías desarrolladas tras la Segunda Guerra Mundial las que podrían destruir completamente un país o una ciudad en solo minutos, resultaría irrazonable el exigirle a un Estado esperar hasta recibir el primer ataque para poder invocar la legítima

defensa, aun sabiendo que el ataque es inminente.⁷²⁸ Se señala que los efectos devastadores e inmediatos de las armas de destrucción masiva, no habrían sido considerados al momento de redactar la Carta.⁷²⁹ El ataque inicial podría anular las posibilidades del Estado agredido de poder defenderse, haciendo ilusorio el derecho a la legítima defensa.⁷³⁰ De esta forma, los nuevos tipos de armas, más destructivas y versátiles en cuanto a sus formatos, han convertido en irrelevante y poco realista la exigencia previa de un ataque armado.⁷³¹

En cuanto a la posibilidad de acudir al Consejo de Seguridad en este escenario, se señala que en virtud del derecho a veto y las presiones políticas bajo las cuales el órgano opera, éste resultaría ineficaz en cumplir la función de mantener la paz y la seguridad internacional que le encomienda el artículo 24, recobrando los Estados su facultad de lidiar con amenazas unilateralmente.

Al respecto, cabe mencionar que, si bien el argumento es plausible, carece de un sustento jurídico que lo respalde.⁷³² El desarrollo es más bien una crítica desde la perspectiva de la seguridad nacional a la forma que el artículo 51 limita el ejercicio de la legítima defensa, crítica que resulta válida desde el ámbito de *lege ferenda*, pero carece de relevancia de *lege lata*.

Tal como lo se analizó en la sección 7.1.2, la admisión del uso de la fuerza unilateral ante amenazas percibidas como “inminentes” por los Estados, representa un riesgo mayor al descrito por quienes abogan por una lectura no restrictiva del artículo 51. Este riesgo dice relación con la subjetividad y vaguedad propia del concepto de la “inminencia” que lo hace susceptible de abusos.⁷³³ Como apunta el jurista uruguayo, Eduardo Jiménez de Aréchaga, “en la esfera de las relaciones internacionales se ha recurrido muy a menudo a la fuerza, invocándose, como excusa de legítima defensa, que el adversario estaba en la inminencia de atacar”.⁷³⁴

⁷²⁸ Glennon, “Fog of Law”, 552. Incluso se ha señalado que con armas convencionales el exigir la ocurrencia de un “ataque armado” para hacer uso de la fuerza defensiva significaría un perjuicio para el Estado que busca defenderse, dándole “ventaja” al Estado agresor.

⁷²⁹ Otros factores que ejercen presión sobre las normas relativas al uso de la fuerza son los actores no estatales y las nuevas formas de guerra cibernética. Deeks, “Taming the Doctrine of Pre-Emption”, 669-73.

⁷³⁰ McDougal, “The Soviet-Cuban Quarantine”, 601.

⁷³¹ Yoo, “International Law and the War in Iraq” 572-3.

⁷³² Hamid, “The Legality of Anticipatory Self-Defense”, 445.

⁷³³ Así se ha señalado que la inminencia de un ataque armado constituye un elemento difícil de probar, pero a la vez fácil de fabricar y abierto a los abusos. Hamid, “The Legality Of Anticipatory Self-Defence”, 487. El riesgo de abuso es manifiesto, considerando la inclinación endémica de los Estados a la violencia y la tendencia prevaleciente en las relaciones internacionales a interpretar autónoma y arbitrariamente conceptos jurídicos ambiguos. Véase la sección 7.1.3 donde se ahonda en las falencias de este concepto.

⁷³⁴ Jiménez de Aréchaga, *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*, 403. Citado en Gross Espiell, “La Pretendida Legítima Defensa Preventiva”, 879. Maticense estas palabras con el análisis de la práctica de los Estados de la sección 7.3. Es importante hacer la distinción entre las justificaciones que ciertos Estados ofrecen con fines mediáticos y políticos, frente a las argumentaciones jurídicas que se manifiestan en el Consejo de Seguridad.

Pero aún cuando la determinación de la inminencia de un ataque se ha realizado adecuadamente, siempre cabe la posibilidad de que éste no se produzca. Un ejemplo cercano de esto ocurrió durante la disputa del Beagle que enfrentó a Argentina y Chile en 1978. En aquella oportunidad no pocos hablaban de que el riesgo de conflicto era inminente, sin embargo, la intervención papal evitó que la guerra se desencadenara. Tal como señala Brownlie, incluso si efectivamente un Estado está preparando una agresión, siempre tiene el *locus poenitentiae* antes de librar el ataque.⁷³⁵

De esta forma sin el requisito de un “ataque armado”, el cual ha sido catalogado “comparativamente claro, objetivo, fácil de probar y difícil de malinterpretar o fabricar”,⁷³⁶ se corre el riesgo de ampliar el margen de la legítima defensa, debilitando tanto el alcance y eficacia del artículo 2 (4), así como el mecanismo de seguridad colectiva contemplado en el capítulo VII de la Carta.⁷³⁷

Por otro lado, el que un Estado reivindique el derecho a la legítima defensa ante ataques que no han ocurrido, permitiría que otros países, más proclives a la agresión se jacten de ser titulares del mismo derecho.⁷³⁸ Precisamente esto último tuvo en mente Estados Unidos cuando evitó justificar bajo esta premisa el uso de la fuerza en Cuba en 1962.⁷³⁹ En años recientes sabemos que países como Irán y Corea del Norte se han reservado el derecho a utilizar la fuerza preventivamente, algo que tiene como origen, *inter alia*, la misma reserva realizada por sus adversarios.⁷⁴⁰

Eso último es particularmente aplicable a casos en los que existen disputas territoriales y relaciones conflictivas entre Estados vecinos, en las que frágiles acuerdos de armisticio y líneas de cese al fuego han podido ser mantenidas. En dicho escenario, resultaría fácil para un Estado el percibir una amenaza de parte de su adversario o incluso un ataque inminente frente a movimientos inusuales de tropas.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario reconocer que un Estado que se ve enfrentado a un ataque inminente por parte de otro y esté convencido de que la agresión se llevará a cabo, difícilmente se verá disuadido por las normas de la Carta de lanzar un ataque anticipatorio si desde el punto de vista estratégico-militar éste resulta imprescindible. Probablemente, las consideraciones estratégicas y el pragmatismo primarán sobre la ley, y es posible que la comunidad internacional tome en cuenta dichos

⁷³⁵ Brownlie, *International Law and Use of Force*, 259.

⁷³⁶ Henkin, "Force, Intervention, and Neutrality", 150-1.

⁷³⁷ Véanse las secciones [7.1.2](#) y [7.1.3](#)

⁷³⁸ El Comité de Relaciones Exteriores del Parlamento Británico alertó que si se justificaba el accionar en Irak por medio de la legítima defensa pre-emptiva, “*there is a serious risk that this will be taken as legitimising the aggressive use of force by other, less law-abiding States*”. Citado en Sayapin, *The Crime of Aggression*, 116. En el mismo sentido, Kolb, "Self-Defense and Preventive War", 130.

⁷³⁹ Malanczuk, *International law*, 312-3.

⁷⁴⁰ Reisman, Armstrong, “Past and Future”, 548.

factores al momento de condenar o no el actuar anticipatorio. El presente trabajo no pretende ocultar dichas realidades que escapan del análisis de *lege lata*.

Sin embargo, el anterior caso hipotético no significa que el derecho actualmente vigente permita el uso de la fuerza antes de que se inicie un ataque armado, o que se deba reconocer una norma de aplicación general que autorice, e inevitablemente fomente, dicho actuar en virtud de casos excepcionales y cuyas posibilidades de ocurrencia son remotas. Dicho caso hipotético y extremo no debería ser utilizado para construir interpretaciones o redactar normas que permitan el uso de la fuerza con mayor amplitud.⁷⁴¹ Lo anterior permitiría que dichas disposiciones fueran utilizadas por Estados comprometidos en políticas de agresión para legitimar sus acciones.⁷⁴²

Se suele decir que debido a los problemas del Consejo de Seguridad, la legítima defensa anticipatoria, e incluso la preventiva deberían tolerarse, esto bajo la premisa de que las normas de la Carta que prohibían la autotutela supusieron que el sistema de seguridad colectiva funcionaría eficazmente en su rol de mantener la paz y la seguridad internacionales, y como esto no sería efectivo, los Estados recobran su derecho a la autotutela, mientras que el unilateralismo vuelve a cobrar preeminencia al momento de lidiar con amenazas.

El argumento expuesto es problemático. Tras la entrada en vigor de la Carta se adoptaron ciertas medidas para prevenir la debacle de la cual fue testigo la humanidad durante la primera mitad del siglo XX. Entre éstas, están la prohibición general del uso de la fuerza, además de la primacía del sistema de seguridad colectiva para hacer frente a amenazas o quebrantamientos de la paz y actos de agresión. No es recomendable que, frente a las fallas del sistema de seguridad colectiva, se proponga el debilitamiento de otro pilar de la Carta, la prohibición del uso de la fuerza, mediante la lectura no restrictiva de la legítima defensa, la excepción que más frecuentemente ha sido utilizada para menoscabar el rigor del artículo 2 (4).⁷⁴³ De esta forma, invocando una debilidad, se pretende causar otra, haciendo más probable el uso de la fuerza entre Estados. Mientras esto último aumenta, el sistema de seguridad colectiva se debilita aún más, generando un círculo vicioso, ya que cuando algunos Estados incurren en la autotutela, ésta se vuelve más necesaria para el resto.

Lo anterior no representa más que un riesgo al orden internacional de posguerra, una "caja de pandora" con más costos que beneficios,⁷⁴⁴ que se vuelven más gravosos con la presencia de armas de

⁷⁴¹ Henkin, *How Nations Behave*, 141-5.

⁷⁴² No son pocos los países que podrían inclinarse a este tipo de prácticas. Son numerosas las disputas territoriales y centenarias las reivindicaciones históricas motivadoras de discursos con tintes ultranacionalistas y patriotismo que fomentaron, y probablemente, seguirán fomentando, conflictos bélicos.

⁷⁴³ D'Aspremont, "Mapping the Concepts", 1116

⁷⁴⁴ Kolb, "Self-Defense and Preventive War", 130.

destrucción masiva. Precisamente, en la era de mayor poder destructivo no se puede alentar a las naciones a “golpear primero” bajo el pretexto de la acción preventiva.⁷⁴⁵

Tal como se ha dicho, la existencia de falencias en el sistema de seguridad colectiva no debería servir de excusa para atentar contra el orden internacional.⁷⁴⁶ Las falencias, en cambio, deberían motivar los intentos por perfeccionar el sistema en lugar de desmantelarlo por completo.⁷⁴⁷

Esa postura no puede ser confundida con el abogar con la pasividad frente a ciertas amenazas. Un Estado que perciba una amenaza seria no debería quedarse de brazos cruzados, como “*sitting ducks*”, parafraseando al jurista Myres McDougal, en estas circunstancias.⁷⁴⁸

Más allá de la posibilidad de recurrir al Consejo de Seguridad con el objeto de que se adopten medidas para disuadir al eventual agresor, frente a la posible inoperancia del Consejo al abordar el problema, también pueden adoptarse contramedidas que no impliquen utilizar la fuerza armada por parte de la comunidad internacional, o incluso una autorización del empleo de la fuerza individual o colectiva de la Asamblea General bajo el sustento que ofrece la resolución “Unión Pro Paz”.⁷⁴⁹

En el mismo sentido, el Estado amenazado puede adoptar medidas preventivas de carácter militar que no impliquen cruzar la frontera de otro Estado ni emplear la fuerza contra su integridad territorial o la independencia política. Lo mismo puede señalarse de otros métodos que pueden disuadir al adversario de lanzar una agresión, esto se aplica particularmente a la celebración de tratados de asistencia militar y legítima defensa colectiva con Estados aliados o bien órganos regionales, acuerdos que harán jurídicamente obligatoria la legítima defensa que ya faculta la Carta.

Adicionalmente, la legítima defensa puede ejercerse apenas comienza a desplegarse el ataque armado, sin esperar que las bombas estallen o caigan. En esto hacemos referencia a la legítima defensa de interceptación que fue analizada en la sección octava. De esta forma, no se exige la “inactividad” del Estado amenazado, sino la prohibición de usar la fuerza militar contra otro Estado antes de que el ataque armado efectivamente ocurra.

Sin perjuicio de lo anterior, las críticas desde una perspectiva *lege ferenda* son atendibles y no se excluye la posibilidad de que en el futuro pueda consolidarse una práctica por parte de los Estados

⁷⁴⁵ Louis Henkin, *Derecho y Política Exterior de las Naciones* (Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1986), 157.

⁷⁴⁶ Véase Robert Kolb, *Ius contra bellum: le droit international relatif au maintien de la paix : précis* (Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2003), 187. Citado en Kolb, “Self-Defence and Preventive War”, 113.

⁷⁴⁷ Sobre las posibles reformas a las que puede someterse el Consejo en respuesta de este y otros problemas, véase Global Policy Forum, “Security Council Reform”. www.globalpolicy.org/reform/index.htm

⁷⁴⁸ McDougal, “The Soviet-Cuban Quarantine”, 601.

⁷⁴⁹ Respecto a esta resolución. véase sección 4.4

que reconozca el derecho a anticiparse a ataques futuros mediando ciertos requisitos, independiente de lo conveniente o no que puede ser esto último para el orden internacional.⁷⁵⁰

El grado de controversia existente entre los Estados frente al carácter condicionante de la exigencia de un ataque armado impide reconocer el carácter *ius cogens* de este requisito en específico,⁷⁵¹ permitiendo que por la vía del derecho consuetudinario tenga lugar una reinterpretación del artículo 51 en relación con esta exigencia.

Si bien se aparta del objetivo del presente trabajo, la no tan reciente tendencia de los Estados a emplear la fuerza militar frente a amenazas protagonizadas por actores no estatales, aún antes de que los ataques se concreten, resulta un precedente importante que puede dar cuenta de una, cada vez más recurrente, intención por parte de los miembros de la comunidad internacional por liberalizar las normas que restringen el uso de la fuerza en legítima defensa entre Estados.

Lo cierto es que en el ámbito de lo *lege lata*, no ha sido posible encontrar evidencia sólida que demuestre la existencia de una norma convencional o consuetudinaria consolidada que faculte a los Estados el poder emplear la fuerza frente a amenazas que aún no se concretan en la ocurrencia de un ataque armado.

Para finalizar, una anécdota que se remonta a los días previos al bombardeo de Yugoslavia por efectivos de la OTAN en 1999. Un asesor de la secretaria de Estado estadounidense, Madeleine Albright, reveló una conversación telefónica entre esta última y su par británico, Robin Cook, quien con preocupación le contó sobre las dificultades que tenían sus abogados asesores de conseguir una justificación para el bombardeo sin la autorización de Naciones Unidas, a lo que Albright simplemente recomendó: “*Get new lawyers*”.⁷⁵²

El rol del internacionalista, tal como lo mencionó el jurista latinoamericano, Antônio Augusto Cançado Trindade, no se limita a tomar nota de las acciones de las principales potencias, sino de identificar y señalar qué es el derecho, aquel derecho que deriva su autoridad de ciertos principios que emanan de un razonamiento sólido, el mismo derecho que no debería silenciarse cuando las armas comienzan a utilizarse.⁷⁵³

⁷⁵⁰ Ruys, *Armed Attack*, 21, Esto se vincula con el denominado “*dynamic approach*” en virtud del cual cualquier interpretación debe tomar en cuenta que el valor de las disposiciones del texto de un tratado puede evolucionar con el transcurso del tiempo.

⁷⁵¹ Existe controversia en torno a qué normas relativas al uso de la fuerza tienen carácter perentorio, existiendo opiniones que señalan que el artículo 51 también tendría estatus de *ius cogens*. En cuanto a este tópico, véase Green, “Questioning the Peremptory Status”, 236. [“*The flexible, and in some cases fervently contested, rules on the use of force hardly sit well with the notion of “a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole”*”]

⁷⁵² Kohen, “The use of force by the United States”, 229-30

⁷⁵³ Cançado Trindade, “The Primacy of International Law over Force”, 1056.

Bibliografía

Libros y capítulos de libros

- Alder, Murray Colin. *The Inherent Right of Self Defence in International Law*. Dordrecht: Springer, 2013.
- Aréchaga, Eduardo Jiménez. *El derecho internacional contemporáneo*. Madrid, Tecnos, 1980.
- Arend, Anthony C. *Legal Rules and International Society*. New York : Oxford University Press, 1999.
- Aust, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- Barboza, Julio. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía, 1999.
- Bederman, David. *International Law in Antiquity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- Benadava, Santiago. *Derecho Internacional Público* 8ta edición. Santiago: Lexis Nexis, 2004.
- Bianchi, Andrea, Daniel Peat, Matthew Windsor. *Interpretation in International Law*. New York: Oxford University Press, 2015.
- Bowett, Derek. *Self-Defence in international law*. Manchester: Manchester University Press, 1958.
- Brownlie, Ian. *International Law and the Use of Force by States*. Oxford: Oxford University Press, 1963. doi:10.1093/acprof:oso/9780198251583.001.0001
- Bzostek, Rachel. *Why not Preempt? Security, Law, Norms and Anticipatory Military Activities*. Hampshire: Ashgate, 2008.
- Cançado Trindade, Antonio "The Primacy of International Law over Force" en *La Promotion de la Justice, Des Droits de L'homme Et Du Règlement Des Conflits Par Le Droit International*, ed. Marcelo Kohen. Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- Christina Binder, "Uniting for Peace Resolution (1950)" en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e568>
- Christodoulidou, Theodora, Kalliopi Chainoglou. "The Principle of Proportionality from a Jus Ad Bellum Perspective" en *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*. Ed. Marc Weller. New York: Oxford University Press, 2015. doi:10.1093/law/9780199673049.003.0056
- Corten, Olivier. *The Law against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*. Oxford: Hart Publishing, 2010.
- Deeks, Ashley. "Taming the Doctrine of Pre-Emption" en *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*. Ed. Marc Weller. New York: Oxford University Press, 2015.
- Díaz de Velasco Vallejo, Manuel. *Instituciones del Derecho Internacional Público*, 16 ed. Madrid: Tecnos, 2007.
- Dinstein, Yoram. *War, Aggression and Self Defence*. 5ta ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Franck, Thomas M. *Recourse to Force State Action Against Threats and Armed Attacks* Franck. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- Fritz Munch, "Laws of War History" en *Encyclopedia of Public International Law: Use of Force • War and Neutrality (N-Z)*. ed. Rudolf Bernhardt. New York: North-Holland Publishing Company, 1982.
- Gardam, Judith. *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*. New York: Cambridge University Press, 2004.

- Gazzini, Tarcisio. *The Changing Rules on the Use of Force in International Law*. Manchester: Manchester University Press, 2005.
- Gill, Terry "When Does Self-Defence End?" *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law* Edited by Marc Weller. New York: Oxford University Press, 2015. doi:10.1093/law/9780199673049.003.0034
- Gray, Christine. *International Law and the Use of Force*, 3era edición. New York: Oxford University Press, 2008.
- Green, James A. *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law*. Portland: Hart Publishing, 2009.
- Greenwood, Christopher. "Historical Development and Legal Basis" en *The Handbook of Humanitarian International Law*, ed. Dieter Fleck. New York: Oxford University Press, 2008.
- Grocio, Hugo. *Rights of War and Peace*. 3 volume set, Libro II, ed. Richard Tuck de la ed. De Jean Barbeyrac. Indianapolis: Liberty Fund, 2005.
- Henkin, Louis. "The Use of Force: Law and U.S. Policy" en *Right v. Might: International Law and the Use of Force*. New York: Council on Foreign Relations, 1991.
- Henkin, Louis. *How Nations behave: Law and Foreign Policy*. New York: Columbia University Press, 1979.
- Hensel, Howard M. "The Legitimate Use of Military Force" en *The Legitimate Use of Military Force. The Just War Tradition and the Customary Law of Armed Conflict*. Ed. H. M. Hensel. New York: Routledge, 2016.
- Jessup, Philp C. *A Modern Law o Nations*. New York: The Macmillan Company, 1948.
- Jinks, Derek. "International Human Rights Law in Time of Armed Conflict" en *International Human Rights Law in Time of Armed Conflict*, ed. Andrew Clapham y Paola Gaeta. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Kadelbach, Stefan. "Interpretation of the Charter" en *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Volume I. 3rd Edition. Ed. Bruno Simma, New York: Oxford University Press, 2012
- Kalshoven, Frits "Laws of War" en *Encyclopedia of Public International Law: Use of Force • War and Neutrality (N-Z)*. ed. Rudolf Bernhardt. New York: North-Holland Publishing Company, 1982.
- Kelsen, Hans. *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 1950.
- Kohen, Marcelo "The use of force by the United States after the end of the Cold War, and its impact on international law" en Michael Byers, Georg Nolte, *United States hegemony and the foundations of international law*. New York, Cambridge University Press, 2003.
- Kreß, Claus "The International Court of Justice and the 'Principle of Non-Use of Force'" en *The International Court of Justice and the 'Principle of Non-Use of Force'* ed. Marc Weller. New York: Oxford University Press, 2015. doi:10.1093/law/9780199673049.003.0026
- Kunig, Philip. Interpretation of United Nations Charter en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006)
- Lesaffer, Randall, "Kellogg-Briand Pact (1928)" en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ed. R. Wolfrum. Oxford University Press, 2011.
- Lobo, Juan Francisco. *Teoría y Práctica de la Intervención Humanitaria en la Tradición de la Guerra Justa*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2013.

- Lubell, Noam. "The Problem of Imminence in an Uncertain World" en *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, ed. Marc Weller. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Malanczuk, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. 7ta Edición. New York: Routledge, 1997.
- Maogoto, Jackson Nyamuya. *Battling Terrorism: Legal Perspectives on the Use of Force and the War on Terror*. Hampshire: Ashgate Publishing Company, 2005.
- Neff, Stephen C. *War and the Law of Nations: A General History*. New York: Cambridge University Press, 2005.
- Nolte, Georg, Albrecht Randelzhofer. "Chapter VII: Action with Respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace, and Acts of Aggression, Article 51" en *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Volume II. 3a Edición. Ed. Bruno Simma, Oxford University Press, 2012.
- Ortega Carcelén, Martín. *La legítima defensa del territorio del Estado. Requisitos para su ejercicio*. Madrid: Tecnos, 1991.
- Quigley, John. *The Six-Day War and Israeli Self-Defense: Questioning the Legal Basis for Preventive War*. New York: Cambridge University Press, 2013.
- Regueiro Raquel. *La evolución del concepto de legítima defensa en el derecho internacional contemporáneo*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, 2012. <http://eprints.ucm.es/16665/>
- Remiro Brotóns, Antonio. *Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007), 1056.
- Ronzitti, Natalino. "Use of Force, Jus Cogens and State Consent" en *The Current Legal Regulation of The Use of Force*, ed. Antonio Cassese. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1986.
- Ruffert, Matthias. "Reprisals" en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. ed. R. Wolfrum. Oxford University Press, 2015) <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/epil/9780199231690/law-9780199231690-e1771>
- Ruys, Tom 'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice. New York: Cambridge University Press, 2010.
- Sayapin, Sergey. *The Crime of Aggression in International Criminal Law*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2014.
- Schrijver, Nico. "The Ban on the Use of Force in the UN Charter" en *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, ed. Marc Weller. Oxford University Press, 2015.
- Scott, James Brown. *Treaties for the advancement of peace between the United States and other powers negotiated by the Honourable William J. Bryan*. New York: Oxford University Press, 1920.
- Shaw, Malcolm. *International Law*, 6ta edición. New York: Cambridge University Press, 2008.
- Shinohara, Hatsue. *US International Lawyers in the Interwar Years: A Forgotten Crusade*. New York: Cambridge University Press, 2012.
- Shlaim, Avi. *The Iron Wall: Israel and the Arab World*. New York: W.W. Norton, 2000.
- Stone, Julius. *Aggression and World Order. A Critique of United Nations Theories of Aggression*. Los Angeles: University of California Press, 1958.
- Stürchler, Nikolas. *The Threat of Force in International Law*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- Szabó, Kinga Tibori. *Anticipatory Action in Self-Defence Essence and Limits under International Law*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2011.

- Trapp, Kimberley. "Can Non-State Actors Mount an Armed Attack?" en *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, ed. Marc Weller. New York: Oxford University Press, 2015. doi:10.1093/law/9780199673049.003.0031
- Vargas Carreño, Edmundo. *Derecho Internacional Público*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- Von Clausewitz, Carl. *On War*, trad. Michael Howard y Peter Paret. New York: Cambridge University Press, 2007.
- Walzer, Michael. *Guerras justas e injustas: Un razonamiento moral con ejemplos históricos* 3° ed., trad. Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar. Barcelona: Paidós, 2001.
- Walzer, Michael. *Law, Politics and Morality in Judaism*. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- Williamson, Myra. *Terrorism, War and International Law. The Legality of the Use of Force Against Afghanistan in 2001*. Burlington: Ashgate, 2009.
- Wright, Quincy. "The Strengthening of International Law" *Recueil Des Cours, Collected Courses 1959 Hague Academy of International Law* (Leyde: Martinus Nijhoff Publishers, 1968).

Artículos en revistas

- "Appel de juristes de droit international concernant le recours à la force contre l'Irak" *Revue Belge de Droit International*, no. 1(2003), 266-85. http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%202003-1.%20pp.%20266-285_6.pdf
- Akande, Dapo y Thomas Liefländer. "Clarifying Necessity, Imminence, and Proportionality in the Law of Self-Defense" *The American Journal of International Law* 107, no. 3 (July 2013): 563-570. doi:10.5305/amerjintelaw.107.3.0563
- Akehurst, Michael "Custom as a Source of International Law" *British Yearbook of International Law* 47 (1976). 1-53. doi:10.1093/bybil/47.1.1
- Alland, Denis "Countermeasures of General interest." *European Journal of International Law* 13, Issue 5 (2002): 1226. <http://www.ejil.org/pdfs/13/5/1583.pdf>
- Alland, Denis. "Countermeasures of General interest." *European Journal of International Law* 13, no 5 (2002): 1221-1239. <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>
- Amjad-Ali, Charles. "Jihad and Just War Theory: Dissonance and Truth" *Dialog: A Journal of Theology* 48, no. 3 (Otoño 2009): 239-247. doi:10.1111/j.1540-6385.2009.00467.x
- Arend, Anthony C. "International Law and the Preemptive Use of Military Force" *The Washington Quarterly* 26, no. 2 (2003): 89-103. doi:10.1162/01636600360569711
- Aronsson, Marie. "Remote Law-Making? American Drone Strikes and the Development of Jus Ad Bellum" *Journal on the Use of Force and International Law* 1 no. 2 Law (2014), 296. doi: 10.5235/20531702.1.2.273
- Bassiouni, M. Cherif. "International Crimes: "Jus Cogens" and 'Obligatio Erga Omnes'" *Law and Contemporary Problems* 59, No. 4 (1996), 63-74. <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol59/iss4/6>
- Bethlehem, Daniel. "Principles Relevant to the Scope of a State's Right of Self-Defense Against an Imminent or Actual Armed Attack by Non-State Actors." *The American Journal of International Law. Notes and Comments* 106 (2012): 770-777. <http://www.un.org/law/counsel/Bethlehem%20-%20Self-Defense%20Article.pdf>
- Borchard, Edwin M. "Multilateral Treaty for Renunciation of War" *The American Journal of International Law* 23 (1929): 116-120. doi: 10.2307/2190241

- Brierly, J.L. "International law and Resort to Armed Force" *The Cambridge Law Journal* 4 no. 3 (1932): 308-319. doi:[10.1017/S0008197300131952](https://doi.org/10.1017/S0008197300131952)
- Cárdenas, Claudia. "De Londres a Kampala: ¿hacia una definición del crimen de agresión?" *Anuario de Derecho Público UDP* (2011): 305-324. http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/15_Cardenas.pdf
- Carswell, Andrew. "Unblocking the UN Security Council: The Uniting for Peace Resolution" *Journal of Conflict & Security Law* 18 no. 3 (2013) doi:[10.1093/jcsl/krt016](https://doi.org/10.1093/jcsl/krt016)
- D'Amato, Anthony. "Israel's Air Strike upon the Iraki Nuclear Reactor" *The American Journal of International Law* 77, no. 3 (1983): 584-588. doi:[10.2307/2201079](https://doi.org/10.2307/2201079)
- D'Aspremont, Jean. "Mapping the Concepts Behind the Contemporary Liberalization of the Use of Force in International Law" *University of Pennsylvania Journal of International Law* 21 no. 4 (2010), 1102. <http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol31/iss4/2/>
- D'Amato, Anthony. "It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens!" *Connecticut Journal of International Law* 6 (1990): 1-6. <https://ssrn.com/abstract=1653507>
- Evans, Gareth. "When is it Right to Fight?" *The International Institute for Strategic Studies* 46, no. 3 (2004): 59-81. doi:[10.1080/00396330412331343733](https://doi.org/10.1080/00396330412331343733)
- Farer, Tom. "Political and Economic Coercion in Contemporary International Law." *The American Journal of International Law* 79, no. 2 (1985); 405-413 doi:[10.2307/2201710](https://doi.org/10.2307/2201710)
- Fernández-Largo, Antonio Osuna "El derecho de la paz en la escuela española del derecho natural" *Anuario de filosofía del derecho* 2 (1985): 195-206. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142071.pdf>
- Franck, Thomas. "Who Killed Article 2(4)? or: Changing Norms Governing the Use of Force by States" *The American Journal of International Law* 64 no. 5 (1970): 809-837. doi:[10.2307/2198919](https://doi.org/10.2307/2198919)
- Garwood-Gowers, Andrew "Pre-Emptive Self-Defence: A Necessary Development or the Road to International Anarchy?" *Australian Year Book of International Law* 23 (2004): 51-72. <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ayil23&div=6&id=&page=>
- Gazzini, Tarcisio. "The Rules on the Use of Force at the Beginning of the XXI Century" *Journal of Conflict & Security Law* 11, no. (2006): 319-342 doi:[10.1093/jcsl/krl017](https://doi.org/10.1093/jcsl/krl017)
- Glennon, Michael. "The Fog of Law: Self-Defense, Inherence, and Incoherence In Article 51 Of The United Nations Charter." *Harvard Journal of Law & Public Policy* 25 (2002): 540-1. <http://heinonline.org/>
- Green, James A. "Docking the Caroline: Understanding the Relevance of the Formula in Contemporary Customary International Law Concerning Self-Defense" *Cardozo Journal of International & Comparative Law* 14 (2006): 429-480. <http://heinonline.org>.
- Green, James A. "Questioning the Peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force" *Michigan Journal of International Law* 32, no. 2 (2011) <http://repository.law.umich.edu/mjil/vol32/iss2/1>
- Green, James A. "The Article 51 Reporting Requirement for Self-Defense Actions" en *Virginia Journal of International Law* 55 no. 3 (2015): 594. <https://ssrn.com/abstract=2572406>
- Green, James A. "The Ratione Temporis elements of Self-defence", *Jornal of the Use of Force and International Law* 2 (2015). [10.1080/20531702.2015.1043097](https://doi.org/10.1080/20531702.2015.1043097)
- Greenwood, Christopher. "International Law and the Pre-emptive Use of Force: Afghanistan, Al-Qaida, and Irak" *San Diego International Law Journal* 4 (2003): 7-37. <http://eprints.lse.ac.uk/15675/>
- Grimal, Francis. "Missile Defence Shields: Automated and Anticipatory Self-Defence?" *Journal of Conflict & Security Law* 19 no. 2 (2014): 317-339. doi:[10.1093/jcsl/kru001](https://doi.org/10.1093/jcsl/kru001)

- Gross Espiell, Héctor. "La Pretendida Legítima Defensa Preventiva y la Guerra de Irak" *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 4 (2004): 877-888. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=808101>
- Gutiérrez Espada, Cesáreo. "El uso de la fuerza en el informe del Secretario General" *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 10 (2005): 15-6, 22-3. <http://www.reei.org/index.php/revista/num10/agora/uso-fuerza-informe-secretario-general-naciones-unidas-preparatorio-cumbre-jefes-estado-gobierno-septiembre-2005>
- Halberstam, Malvina. "The Right to Self Defense once the Security Council Takes Action." *Michigan Journal of International Law* 17 (1996): 229-248. <http://repository.law.umich.edu/mjil/vol17/iss2/2>
- Hamid, Abdul Ghafur. "The Legality of Anticipatory Self-Defence in the 21st Century World Order: A Re-Appraisal" *Netherlands International Law Review* 54 no 3 (2007): 441-490. doi:10.1017/S0165070X0700441X
- Hargrove, John Lawrence. "The Nicaragua Judgment and the Future of the Law of Force and Self-Defense." *The American Journal of International Law* 81 (1987): 135-143. doi:10.2307/2202142
- Henkin, Louis. "Force, Intervention, and Neutrality in Contemporary International Law." *Proceedings of the American Society of International Law* 57 (1963): 147-173. <http://www.jstor.org/stable/25657578>
- Henkin, Louis. "The Reports of the Death of Article 2(4) Are Greatly Exaggerated." *The American Journal of International Law* 65 no. 3 (1971): 544-548. doi:10.2307/2198975
- Jervis, Robert. "Understanding the Bush Doctrine" *Political Science Quarterly* 118 no. 3 (2003): 369-70, doi:10.1002/j.1538-165X.2003.tb00398.x
- Jiménez de Aréchaga, Eduardo. "International Law in the Past Third of a Century." *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 159 (1978).
- Kearley, Timothy. "Regulation of Preventive and Preemptive Force in the United Nations Charter: A Search for Original Intent." *Wyoming Law Review* 3 no. 2 (2003): 663-733; <http://repository.uwyo.edu/wlr/vol3/iss2/8>
- Kelly, Michael J. "Time Warp to 1945 — Resurrection of the Reprisal and Anticipatory Self-Defense Doctrines in International Law" *Journal of Transnational Law & Policy* 13 (2003): 1-39. <https://ssrn.com/abstract=473267>
- Kelsen, Hans. "Collective Security under Charter of United Nations" *The American Journal of International Law* 42 no. 4 (1948): 783-769. 784. doi:10.2307/2193350
- Koh, Harold Hongju "Why Do Nations Obey International Law?" *The Yale Law Journal* 106 (1996-1997): 2599-2659. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2101
- Kolb, Robert. "Self-Defence and Preventive War at the Beginning of the Millenium" *Zeitschrift für öffentliches Recht* 59 (2004), 114-134. <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:23165>
- Kretzmer, David. "The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in Jus ad Bellum" *The European Journal of International Law* 24 (2013): 235-282. www.ejil.org/pdfs/24/1/2380.pdf
- Kunz, Joseph. Editorial Comment, 'Individual and Collective Self-Defense in Article 51 of the Charter of the United Nations' *American Journal of International Law* 41 no. 4 (1947): 872-879. doi:10.2307/2193095
- Mateja, Peter. "The politics of self-defence: beyond a legal understanding of international norms" *Cambridge Review of International Affairs* 24, No. 2 (2011): 251, doi:10.1080/09557571.2011.558055

- McCornack .Timothy, "Anticipatory Self-Defence in the Legislative History of the United Nations Charter" *Israel Law Review* 25 (1991): 1-42. doi:[10.1017/S0021223700010256](https://doi.org/10.1017/S0021223700010256)
- McDougal, Myres. "The Soviet-Cuban Quarantine and Self-defence" *American Journal of International Law* 57 (1963): 897-604. doi:10.2307/2196083
- Murphy, Sean D. "Assessing the Legality of Invading Iraq." *Georgetown Law Journal* 92 no. 4 (2003): 1-179. <http://ssrn.com/abstract=432561>
- Murphy, Sean D. "The Doctrine of Preemptive Self-Defense." *Villanova Law Review* 50 (2005): 669-748. <https://ssrn.com/abstract=707523>
- Nolte, Georg. "Sobre crisis y crecimiento del derecho internacional en sesenta años de Naciones Unidas" *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 7 (2007): 227-248. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/200/333>
- O'Connell, Mary Ellen. "The Myth of Preventive Self-Defense" *The American Society of International Law. Task Force on Terrorism*, (2002): 1-21. <http://www.comw.org/qdr/fulltext/02oconnell.pdf>
- O'Connell, Mary Ellen. "Lawful Self-Defence to Terrorism." *University of Pittsburgh Law Review* 63 (2002), 889-908. http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/599
- Pogany, Istvan. "The Destruction of Osirak: A Legal Perspective." *The World Today* 37, No. 11 (1981): 413-416. <http://www.jstor.org/stable/40395239>;
- Quigley, John. "The Afghanistan War and Self-Defense." *Valparaiso University Law Review* 37 (2003), 541-562. <http://scholar.valpo.edu/vulr/vol37/iss2/7>
- Raab, Dominic. "Armed Attack' after the Oil Platforms Case." *Leiden Journal of International Law* (2004): 719-735. doi:[10.1017/S0922156504002201](https://doi.org/10.1017/S0922156504002201)
- Reisman, W. Michael, Andrea Armstrong. "The Past and Future of the Claim of Preemptive Self-Defense" *American Journal of International Law* 100, (2006): 525-550. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/957
- Reiter, Dan. "Preventive Attacks Against Nuclear Programs and the 'Success' at Osirak" *Nonproliferation Review* 12, no 2 (Julio 2005): 355-371. doi:[10.1080/10736700500379008](https://doi.org/10.1080/10736700500379008)
- Robinson, Paul H. Adil Ahmad Haque, "Advantaging Aggressors: Justice & Deterrence in International Law" *Harvard National Security Journal*, Vol. 3 (2011): 160, http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/297/
- Robinson, Paul H., Adil Ahmad Haque, "Advantaging Aggressors: Justice & Deterrence in International Law" *Harvard National Security Journal* 3 (2011): 143-222. http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/297
- Ruys, Tom. "The Meaning of "Force" and the Boundaries of the Jus ad Bellum: are "Minimal" Uses of Force Excluded from UN Charter Article 2(4)?" *The American Journal of International Law* 108, No. 2 (2014): 159-210. doi :[10.5305/amerjintelaw.108.2.0159](https://doi.org/10.5305/amerjintelaw.108.2.0159)
- Schachter, Oscar. "Self-Defense and the Rule of Law", *The American Journal of International Law* 83, no. 2 (Apr., 1989): 259-277. doi:10.2307/2202738
- Schachter, Oscar. "The Lawful Resort to Unilateral Use of Force" en *Yale Journal of International Law* 10 (1985): 291-294. <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol10/iss2/7>
- Schachter, Oscar. "The Right of States to use Armed Force" *Michigan Law Review* 82 no. 5/6 (1984):1620-1646. [10.2307/1288499](https://doi.org/10.2307/1288499)

- Schachter, Oscar. "Self Defense" *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 81 (1987): 354. <http://www.jstor.org/stable/25658380>
- Schwarzenberger, Georg. "International Jus Cogens?" *Texas Law Review* 43 (1965), 455
- Shelton, Dinah. "Normative Hierarchy in International Law" *American Journal of International Law* 100, no. 2 (2006):441-490. doi:[10.1017/S0165070X0700441X](https://doi.org/10.1017/S0165070X0700441X)
- Shuster, Mattias. "The Rome Statute and the Crime of Aggression: A Gordian Knot in Search of a Sword." *Criminal Law Forum* 14. (2003): 273-298. doi:<https://doi.org/10.1023/A:1025679226905>
- Skubiszewski, Krzysztof. "The Postwar Alliances of Poland and the United Nations Charter." *The American Journal of International Law* 53, no. 3 (1959): 613-634. doi:[10.2307/2195391](https://doi.org/10.2307/2195391)
- Sloane, Robert D. "The Cost of Conflation: Preserving the Dualism of Jus ad Bellum and Jus in Bello in the Contemporary Law of War" *The Yale Journal of International Law* 34, (Agosto 2008): 1-178. <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol34/iss1/3>
- Talmon, Stefan. "The Security Council as World Legislature" en *International Journal of International Law* 99 (2005): 175-193. doi:[10.2307/3246097](https://doi.org/10.2307/3246097)
- Tardif, Eric. "Teoría y práctica del uso legítimo de la fuerza en la comunidad internacional: evolución durante el último siglo y tendencias recientes". *Estudios Internacionales* 170 (2011): 81-103. doi: 10.5354/0719-3769.2011.19427
- Toledo Tapia, Fernando Enrique. "La *Opinio Juris* como Elemento Psicológico de la Costumbre." *Revista Chilena De Derecho* 17, no. 3 (1990): 502. <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14469/000129105.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Toms, James E. "The Decision to Exercise Power - A Perspective on Its Framework in International Law Lieutenant Commander", *Military Law Review* 37 (1967), 4-5. https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Military_Law_Review/pdf-files/27747B~1.pdf
- Trone, John. "The Stimson Doctrine of Non-recognition of Territorial Conquest." *University of Queensland Law Journal* 19 (1996-1997): 160-164. <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/UQLawJl/1996/9.pdf>
- Van den hole, Leo. "Anticipatory Self-Defence under International Law" *American University International Law Review* 19 (2003):69-106. <http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol19/iss1/4/>
- Von Elbe, Joachim. "The Evolution of the Concept of the Just War in International Law." *The American Journal of International Law* 33, no. 4 (1939): 665-688. doi:10.2307/2192879
- Williams, John Fischer. "The Covenant of the League of Nations and War" *The Cambridge Law Journal* 5, (1933): 1-21. doi: 10.1017/S000819730012851X
- Wilmshurst, Elizabeth. "The Chatham House Principles of International Law on the Use of Force in Self-Defence" *The International and Comparative Law Quarterly* 55, No. 4 (2006): 965. doi:10.1093/iclq/lei137
- Wright, Quincy. "The Cuban Quarantine" *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting* 57 (1963): 9-18. <http://www.jstor.org/stable/25657563>
- Wright, Quincy. "The Outlawry of War and the Law of War" *The American Journal of International Law* 47, no. 3 (1953): 376
- Yearbook of the International. Law Commission (1949). http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1949_v1.pdf

Yoo, John “International Law and the War in Iraq” *American Journal of International Law* 97 (2003): 563-576. doi:10.2307/3109841

Yoo, John. “International Law and the War in Irak.” *American Journal of International Law* 97 (2003): 563-576. doi:10.2307/3109841

Zoller, Elisabeth. “The Law Applicable to the Preemption Doctrine” *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law, (2004): 333-337. <http://www.jstor.org/stable/25659947>*

Tratados

Artículo 8 bis. Resolución 6. Kampala, 11 de junio de 2010.

Carta de Naciones Unidas. San Francisco, 26 de junio de 1945.

Charter of the International Military Tribunal. Londres, 8 de Agosto de 1945.

Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Viena, 23 de mayo de 1969.

Convención sobre la Limitación del Empleo de la Fuerza para el Cobro de Deudas Contractuales o Convención Drago-Porter

Convention (III) relative to the Opening of Hostilities. La Haya, 18 octubre 1907.

Estatuto de Corte Internacional de Justicia. San Francisco, 26 de junio de 1945.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Pacto de la Sociedad de las Naciones. Versalles, 28 de junio de 1919.

The Warsaw Security Pact. Varsovia. 14 de mayo de 1955.

Tratado Americano de Soluciones Pacíficas. Bogotá, 30 de abril de 1948.

Tratado del Atlántico Norte. Washington DC, 4 de abril de 1949.

Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca. Río de Janeiro, 2 de septiembre de 1947.

Treaty of Economic, Social, and Cultural Collaboration and Collective Self-defense. Bruselas, 17 de marzo de 1948.

Treaty of Joint Defense and Economic Cooperation Between the States of the Arab League. El Cairo, 17 de junio de 1950.

Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea. Maastricht, 7 de febrero de 1992.

Resoluciones

Resolución 1368 (2001) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Resolución 2131 (1965) de la Asamblea General de Naciones Unidas que contiene la Declaración sobre la Inadmisibilidad en la Intervención en Asuntos Internos de los Estados y de la Protección de su Independencia y Soberanía.

Resolución 2334 (2016) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Resolución 2625 (1970) de la Asamblea General de Naciones Unidas que contiene 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.

Resolución 3281 (1974), Asamblea General de Naciones Unidas que contiene la Carta de Derechos y Deberes Económicos adoptada por la Resolución 3314 (1974) de la Asamblea General de Naciones.

Resolución 42/22 (1987) 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.

Resolución 479 (1980) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Resolución 573 (1985) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Resolución 60 (2005) de la Asamblea General de Naciones Unidas que contiene el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005.

Resolución 678 (1990) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Resolución 687 /1991) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Resolución 95 (1946) de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Resolución N°5 del Consejo Permanente de la OEA. 5 de marzo de 2008.

Resoluciones 242 (1967) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas

Sentencias, opiniones consultivas.

Corte Internacional de Justicia. “Armed Activities on the Territory of the Congo” (Democratic Republic of the Congo v. Uganda) Sentencia del 19 de diciembre de 2005.

Corte Internacional de Justicia. “Case concerning East Timor” (Portugal vs. Australia) Sentencia del 30 de junio de 1995.

Corte Internacional de Justicia. “Case concerning the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua” (Nicaragua v. United States of America). Sentencia del 27 de junio de 1986.

Corte Internacional de Justicia. “Gabčíkovo-Nagymaros Project” (Hungary/Slovakia). Sentencia del 25 de septiembre de 1997.

Corte Internacional de Justicia. “Legal Consequences of the Construction of a Wall on the Occupied Palestinian Territory” Opinión Consultiva del 9 de julio de 2004.

Corte Internacional de Justicia. “Oil Platforms” (Islamic Republic of Iran v. United States of America). Sentencia del 6 de noviembre de 2003, párrafo 72. Disponible en línea: <http://www.icj-cij.org/docket/files/90/9715.pdf>

Nuremberg Trial Proceedings, Vol. 22. <http://avalon.law.yale.edu/imt/09-30-46.asp>

Corte Internacional de Justicia. United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran) Sentencia del 24 de mayo de 1980.

Declaraciones y documentos oficiales

“Multilateral Treaty for Renunciation of War” *The American Journal of International Law* Supplement: Official Documents 22, no. 3, (1928).

- Declaración sobre los acontecimientos recientes entre Ecuador y Colombia. *XX Reunión de Jefes de Estado y de Gobierno del Grupo de Río*. Santo Domingo, República Dominicana, 7 de marzo de 2008. Disponible en línea: <http://www.minrel.gob.cl/minrel/site/artic/20100426/pags/20100426150231.html#T1>
- Foreign Relations of the United States: Diplomatic Papers, 1945, General: The United Nations, Volume I, <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1945v01>
- “General Pact for the Renunciation of War” *The American Journal of International Law* 23, no. 1, Supplement: Official Documents (1929), 1-13. DOI: 10.2307/2212751
- Intervención del embajador Juan Manuel Gómez-Robledo, representante permanente alterno de México, en el debate sobre el informe del Secretario General, *Libertad para vivir sin Temor*, Nueva York, 22 de abril de 2005, http://www.cinu.org.mx/congreso2005/discurso_cluster_2.htm
- The White House, *Discurso Radial del Presidente a la Nación*. 22 de marzo de 2003. Disponible en línea: <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2003/03/20030322.es.html>
- The White House, *Statement by President Trump on Syria*, 6 de abril 2017, Mar-a-Lago, Florida Disponible en línea <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/04/06/statement-president-trump-syria>
- The White House, *The National Security Strategy of the United States of America*. Washington DC, septiembre, 2002, 4. Disponible en línea: <https://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>

Reportes e informes

- “Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos” *Informe del Secretario General*. (2005), Párrafo 122. <http://www.un.org/spanish/largerfreedom/report-largerfreedom.pdf>
- “A More Secure World: Our Shared responsibility” *Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change* (2004). Disponible en línea: http://www.un.org/en/peacebuilding/pdf/historical/hlp_more_secure_world.pdf
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 32º período de sesiones (1980)
- Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, *Examen Histórico de la Evolución en Materia de Agresión* (Nueva York: Naciones Unidas, 2003), <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29046.pdf>
- Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, *Report of the International Law Commission*, 18th Session (1966), 247
- Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, September 2009. http://www.mpil.de/files/pdf4/IIFFMCG_Volume_II1.pdf
- Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 2, parte 2 (2001).
- Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos.
- Resolution on Present Problems of the Use of Armed Force in International Law: Self-Defence” *Institut De Droit International*, Santiago, 2007 http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2007_san_02_en.pdf

United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals, English Edition*, Vol. I (London, 1947), 16. Disponible en línea: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-1.pdf

Artículos web, noticias y blogs

BBC News "Excerpts: Annan interview" 16 de septiembre de 2004
http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/3661640.stm

BBC, "Colombia se defiende" 2 de marzo 2008.
http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_7274000/7274034.stm

Corten, Olivier. *Résolution 3314 (XXIX), aspects du problème de la légitime défense*.
https://iusadbellum.files.wordpress.com/2011/07/3314_id.pdf

Fisher, Ian. "Syria Blames Israel for Attack on Damascus Airport" *New York Times*, 27 de abril de 2017.
<https://www.nytimes.com/2017/04/27/world/middleeast/syria-damascus-airport-israel-hezbollah.html>

Goodman, Ryan. "What Do Top Legal Experts Say About the Syria Strikes?", *Just Security* (blog), 7 de abril 2017. <https://www.justsecurity.org/39712/top-legal-experts-syria-strikes/>

James Crawford. "Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos". *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 3.:
http://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_s.pdf

Lubin, Asaf. "Israeli Airstrikes in Syria: The International Law Analysis You Won't Find" *Just Security* (blog), 3 de mayo 2017. <https://www.justsecurity.org/40475/israeli-airstrikes-syria-international-law-analysis-wont-find/>

Wilmshurst, Elizabeth. "Definición de la agresión" *United Nations Audiovisual Library of International Law* (2009) http://legal.un.org/avl/pdf/ha/da/da_s.pdf