



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Las tesis de Belgrano

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Carrera Abogacía

Legítima Defensa Preventiva en el Derecho
Internacional

N° 628

Luis Eduardo Esquivel

Tutor: Norma B. Bruno

Departamento de Investigaciones
12 de febrero de 2014

Universidad de Belgrano
Zabala 1837 (C1426DQ6)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel.: 011-4788-5400 int. 2533
e-mail: invest@ub.edu.ar
url: <http://www.ub.edu.ar/investigaciones>

Índice

Introducción	5
Capítulo I: El uso de la Fuerza en el Derecho Internacional Público	7
1.1. Derecho Internacional Clásico	7
1.2. Intentos para lograr la Paz Internacional	8
1.2.1. Conferencias de la Paz de 1899 y 1907.....	8
1.2.3. La Doctrina Drago	8
1.2.4. Sociedad de Naciones.....	9
1.2.4.1. Regulación sobre la guerra.....	10
1.2.4.2. Solución pacífica de controversias	10
1.2.4.3. Regulación sobre otros usos menores del fuerza.....	11
1.2.4.4. Medidas sin uso de la fuerza	11
1.2.4.5. Vocación universal.....	12
1.2.4.6. Fuentes complementarias.....	12
1.2.4.7. Fracaso.....	12
1.3. El camino a Naciones Unidas	13
1.3.1. El Pacto Briand-Kellog.....	13
1.3.2. Conferencia de Embajadores	14
1.3.3. El Pacto Antibélico de 1932.....	14
1.3.4. Regulación en el Derecho Consuetudinario	15
1.4. El gran cambio: La Organización de Naciones Unidas.....	15
1.4.1. El art. 2.4: Prohibición del uso de la fuerza	16
1.4.2. El trabajo de Naciones Unidas	16
1.5. Resguardo de la Paz Internacional	18
1.6. Posibles excepciones al régimen actual	19
1.7. Solución pacífica de las controversias	23
1.7.1. Métodos Diplomáticos o Políticos.....	23
1.7.2. Métodos Jurisdiccionales	23
Capítulo II: Legítima Defensa	25
2.1. Regulación en el Derecho Internacional Público	25
2.1.1. Acuerdos de defensa colectivo y acuerdos y organismos regionales	25
2.2. Caracteres de la Legítima Defensa.....	26
2.2.1. Instituto de Excepción, Provisorio y Subsidiario.....	26
2.2.2. Es un Derecho Inmanente	27
2.2.3. Exigencia del Ataque Armado.....	27
2.2.4. Proporcionalidad.....	29
2.2.5. Necesidad.....	30
2.2.6. Razonabilidad en el tiempo	30
2.3. Objeto de la Legítima Defensa.....	30
2.4. Efectos del uso de la fuerza en legítima defensa	31
2.4.1. Uso transfronterizo de la fuerza	31
2.4.2. Eximente de responsabilidad internacional.....	31
2.5. Diferencias con Represalias Armadas	31
Capítulo III: Legítima Defensa Preventiva	33
3.1. Exposición y análisis de casos.....	33
3.2. Compatibilidad de la legítima defensa preventiva con el DIP	36
3.3. Fundamento del Instituto.....	36
3.4. Requisitos para el ejercicio de la legítima defensa preventiva	37
3.4.1. Urgencia	37
3.4.2. Comienzo de Ejecución.....	38
3.5. Límites en el ejercicio de la defensa preventiva	39

3.6. Análisis doctrinario sobre la legitimidad del instituto	39
3.6.1. Escuelas Permisivas.....	40
3.6.2. Escuelas Restrictivas.....	41
3.6.3. Escuelas Intermedias	43
3.7. Año 2001: ¿Cambio de paradigma?	43
Conclusión	45
Bibliografía	48
Anexo	52
Abreviaturas	54

Introducción:

En el presente trabajo se realizará una investigación sobre el instituto denominado la legítima defensa preventiva. Este instituto presenta varias problemáticas que se desean analizar y tratar de lograr una respuesta a las preguntas que emanan de las mismas.

La legítima defensa es un instituto previsto por el Derecho internacional que permite que un Estado repela conforme a derecho un ataque ilegítimo, y de ser necesario, como forma excepcional, para tal fin pueden hacer uso de la fuerza. En los últimos años algunos Estados iniciaron la práctica de defensa preventiva, es decir previo a ser víctimas de un ataque inician sus medidas defensivas. Esta práctica roza la posibilidad de constituir un ataque más que una defensa y posiblemente no sea compatible con el Derecho Internacional Público posterior a la celebración de la Carta de la ONU en 1945, dado que existe una prohibición al uso de la fuerza en las relaciones internacionales a partir de ese momento. Sin embargo existen varios argumentos jurídicos, políticos, económicos y militares que justifican estas actuaciones preventivas, lo que lleva a que este tema sea un tema controvertido. Es por ello que el punto de partida de este trabajo es la siguiente pregunta:

¿Es compatible la Legítima Defensa Preventiva con el Derecho Internacional Público posterior a 1945?

A partir de los conocimientos adquiridos previo a la elaboración de este trabajo, se intenta responder a esta pregunta en forma tentativa, por lo tanto la hipótesis que responde en forma transitoria el problema es la siguiente:

La legítima defensa preventiva es incompatible con el Derecho Internacional Público, esto se basa en que en virtud de normas imperativas principalmente el Art. 2.4 de la Carta de la ONU, el uso de la fuerza se encuentra prohibido y toda excepción debe interpretarse en forma restrictiva.

Sin embargo una vez elaborado el trabajo de investigación se podrá determinar realmente si la respuesta que se propone es acorde a derecho o se ve parcial o totalmente descartada.

Para realizar esta tarea es necesario plantear algunos objetivos, que se deberán alcanzar durante el proceso de recolección de información y redacción de este trabajo:

En principio es necesario determinar cómo funciona el DIP especialmente en lo relativo al uso de la fuerza en las relaciones interestatales, sin embargo entendiendo que el Derecho no es estático sino que se encuentra en constante evolución resulta importante iniciar esta investigación desde la Paz de Westfalia de 1648 e ir analizando como se fue modificando la regulación del uso de la fuerza en aquellos momentos más importantes: entre ellos se destacarían la celebración del Pacto de Sociedad de las Naciones, la celebración del Pacto Briand-Kellog, la celebración de la Carta de la ONU y detectar el proceso de restricción del uso de la fuerza, dado que la interpretación histórica es un método que se utilizará para poder comprobar la hipótesis.

Una vez finalizado este primer capítulo de evolución histórica y análisis del contexto actual, será necesario elaborar un segundo capítulo que analice el instituto de la legítima defensa con los elementos propios del derecho internacional público, entendiendo sus caracteres, límites y regulación.

Finalmente en el último capítulo se realizará un estudio del instituto del que versa esta tesina, que es la legítima defensa preventiva, entendiendo sus fundamentos, estudiando su aplicación en la realidad y poder comprobar su legitimidad y los posibles límites que tendría en caso de ser legítimo este instituto.

Finalizados estos tres capítulos de este trabajo se procederá a la redacción de una conclusión personal en la que constará de una apreciación de todo lo investigado y expuesto anteriormente con el fin de poder comprobar o descartar la hipótesis.

La metodología que se utilizará para este trabajo, consiste en primer lugar al ser una cuestión jurídica en recurrir a la recolección y estudio de las fuentes del Derecho Internacional Público, en principio las fuentes principales: Costumbre Internacional, Convenciones Internacionales y Principios Generales de Derecho, y en segundo lugar a la recolección de información doctrinaria por lo que se realizará investigaciones en

diferentes bibliotecas: la biblioteca de la Corte Suprema de la Nación, la biblioteca de la Cancillería de la República Argentina, la biblioteca de la Universidad de Belgrano entre otras complementado con el uso de bibliotecas digitales como la base de datos de EBSCO Publishing.

Esto será complementado con el estudio de jurisprudencia dictada por los tribunales internacionales y de casos, especialmente en el tercer capítulo, dado que el derecho no puede ser estudiado únicamente como un conjunto de normas, sino que es importante ver como es aplicado en la realidad y de esta manera poder cumplir los objetivos planteados en esta introducción.

Capítulo I: El uso de la Fuerza en el Derecho Internacional Público

1.1. Derecho Internacional Clásico

La firma de los Tratados de Paz de Osnabrück y Münster, también conocida como la Paz de Westfalia, en el año 1648 marca un hito importante en la historia de la evolución del Derecho Internacional Público:

Primero marca el origen de los Estados modernos y en segundo lugar se establece en este mismo acto dos principios esenciales en la relación entre Estados que siguen vigentes aun en la actualidad:

A. La igualdad soberana de los Estados

B. La no intervención de los Estados en los asuntos internos de otros Estados: basándose en el principio *cuius regio eius religio* por el cual cada monarca elige la religión de sus súbditos y que luego se extendió a la no injerencia en todos los asuntos internos de los Estados.

En este marco el derecho al uso de la fuerza es absoluto siendo un atributo de la soberanía estatal utilizado para garantizar sus derechos y obtener diversos fines¹. Esta concepción del uso de la fuerza llevó a innumerables conflictos durante la historia: desde las guerras napoleónicas, la Guerra de la Sucesión Española, la Guerra de los Siete Años y finalmente condujo a los grandes conflictos armados del Siglo XX: la Primera y la Segunda Guerra Mundial.

Sería un error afirmar que la búsqueda de la paz y la limitación al uso de la fuerza nacieron luego de la Segunda Guerra Mundial dado que a partir del Siglo XVI algunas escuelas como la Escuela Española o la Escuela Protestante de Derecho Internacional, realizan un trabajo doctrinario tratando de distinguir las guerras justas de las injustas, siendo las primeras conforme derecho y las segundas violentando el orden normativo.

Para diferenciarlas se enuncian algunos requisitos de las guerras justas:

1. Necesidad: no existía otro medio para la solución de la controversia
2. Justicia en la conducción o dirección: es decir la omisión del daño a terceros
3. Justo Título: declaración del soberano legítimo

Esto fue continuado por Grocio quien también diferencia entre guerras legítimas y no legítimas, para este autor la guerra no era legítima salvo que respondiera a una causa justa, sin embargo reconoce que a falta de un medio obligatorio de resolver controversias, la cuestión resultaba ser subjetiva y bastaba con la creencia de que se actuaba persiguiendo una causa justa para legitimar la guerra².

Es decir que si bien existió un intento doctrinario durante el siglo XVI de regular el uso de la fuerza, este no logró modificar en forma alguna la situación. Barboza reconoce como la doctrina predominante del Siglo XVIII aquella en la cual "El derecho de gentes no tiene otra alternativa que aceptar la guerra, independientemente de la justicia de su origen, como una relación que pueden establecer entre sí las partes si así lo desean y ocuparse solamente de reglamentar los efectos de esa relación³". Es dentro de este contexto que el presente trabajo carecería de sentido, dado que todo uso de la fuerza era legítimo, no existía ilegalidad alguna en cualquier uso de la fuerza ya sea el uso guerra, represalias o legítima defensa.

Esta situación no se extendió por siempre ya a principios del siglo XX empezaron algunos esfuerzos, que no fueron doctrinarios, sino de los mismos Estados tendientes a lograr la paz.

¹ LOZADA, Martín. "El Uso de la Fuerza en las Relaciones Internacionales: los atentados del 11 de septiembre, su respuesta y el Derecho Internacional". *Jurisprudencia Argentina*. Vol.: 2002-I. Bs. As. 2002. Pág. 1073.

² "...un agravio o un derecho negado podía ser materia de controversia y al no existir forma obligatoria de resolverla, el asunto entraba en terreno subjetivo; en los hechos le bastaba al Estado "creer" que actuaba en persecución de una causa justa para que le guerra fuera legítima" en BARBOZA, Julio. "Derecho Internacional Público". 2da Edición. Edit. Zavalia. Buenos Aires. 2008. Pág. 241.

³ BRIERLY, J. L. "International Law". 8va edición. Pág. 82 citado en BARBOZA, Julio. *Derecho Internacional Público*. 2da Edición. Edit. Zavalia. Buenos Aires. 2008. Pág. 241.

1.2 Intentos para lograr la Paz Internacional

1.2.1. Conferencias de la Paz de 1899 y 1907: En un contexto de rivalidades imperialista de las diversas potencias el zar Nicolás II convoca a las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907. En estas Conferencias no se logró una prohibición al uso de la fuerza pero se logró la celebración de Convenciones, algunas de ellas codifican costumbres anteriores, que marcan una tendencia a lograr esta prohibición del uso de la fuerza que existe actualmente.

La Convención de 1899 y de 1907 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales: En la primera Convención se crea y regula el Tribunal Permanente de Arbitraje y en ambas se expresa el espíritu que motiva su celebración: "...animados por la firme voluntad de cooperar para el mantenimiento de la paz general"⁴. En el mismo articulado de las Convenciones se refleja no sólo el fin de mantener la paz general⁵ sino que también se expresa el fin preventivo de estas Convenciones⁶. Teniendo en cuenta que en esta época el uso de la fuerza era ilimitado por parte del Estado, un intento de evitar su uso es muy loable. Es más, la Convención no solo ofrece como mecanismo de solución de controversias el arbitraje sino que también aconseja los buenos oficios, la mediación⁷ y la creación de comisiones internacionales de investigación⁸.

El Convenio Relativo a la Limitación del Empleo de la Fuerza para el Cobro de Deudas Contractuales: Este Convenio es producto de la Segunda Conferencia Internacional de la Paz de la Haya (1907). En dicha convención los Estados parte se comprometen a no hacer uso de la fuerza para exigir el pago de deudas contractuales⁹. Esta renuncia no es total ya que encuentra una excepción en su primer artículo en los casos en que "...el Estado deudor rehúse o deje sin respuesta una proposición de arbitraje, o en caso de aceptación, haga imposible la celebración del compromiso o, después del arbitraje, no se conforme con la sentencia dictada"¹⁰. Horace Porter es el delegado norteamericano que presenta el proyecto de esta convención en el cual se observa la influencia de la doctrina Drago, aunque en forma limitada.

1.2.3. La Doctrina Drago:

Nace de las declaraciones del ministro de Relaciones Exteriores de la República Argentina en 1902 Luis María Drago, en virtud de un bloqueo naval del Reino Unido, Alemania e Italia a Venezuela; este bloqueo tenía su causa en que Venezuela se encontraba en una situación de incapacidad de pago de empréstitos debidos a particulares de aquellos Estados, provocando no sólo el bloqueo de puertos, sino también el bombardeo de Puerto Cabello y el aprisionamiento de buques de guerra. Teniendo en cuenta la doctrina Monroe Alemania consulta a EEUU su posición de este sobre la situación sucedida en Venezuela.

Esta consulta alemana se basa en que EEUU desde el Siglo XIX ante una posible recuperación de España de territorios americanos luego del proceso de independización de estos adoptó en sus relacio-

⁴ Texto introductorio de las Convenciones sobre Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1899 y 1907.

⁵ Art. 1 de las Convenciones sobre Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1899 y 1907: "Con el objeto de prevenir, tanto cuanto sea posible, el recurso a la fuerza en las relaciones entre Estados, las Potencias Signatarias acuerdan emplear todos sus esfuerzos para asegurar la resolución pacífica de las diferencias internacionales".

⁶ Art. 2 de las Convenciones sobre Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1899 y 1907: "En caso de grave disenso o de conflicto, antes de convocar a las armas, las Potencias Signatarias acuerdan recurrir, tanto cuanto las circunstancias lo permitan, a los buenos oficios o a la mediación de una o de varias Potencias amigas".

⁷ Art. 3 de las Convenciones sobre Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1899 y 1907: "Independientemente de este recurso, las Potencias Signatarias, consideran útil que una o más Potencias, extrañas al conflicto, ofrezcan por iniciativa propia, tanto cuanto las circunstancias lo permitan, sus buenos oficios o la mediación a los Estados en conflicto. Las Potencias extrañas al conflicto tienen el derecho de ofrecer los buenos oficios o la mediación, aún durante el curso de las hostilidades. El ejercicio de este derecho, no puede ser jamás considerado por una u otra de las Partes en controversia como un acto poco amistoso".

⁸ Art. 9 de las Convenciones sobre Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1899 y 1907: "En las controversias de orden internacional, que no comprometan el honor ni intereses vitales y que surjan de una divergencia de apreciación sobre los hechos, las Potencias Signatarias consideran útil que las Partes, que no hayan podido llegar a un acuerdo por la vía diplomática, tanto como las circunstancias lo permitan, instituyan una Comisión internacional de investigación, para facilitar la solución de estas controversias, dilucidando los hechos mediante una investigación imparcial y meticulosa".

⁹ Art. 1 del Convenio Relativo a la Limitación del Empleo de la Fuerza para el Cobro de Deudas Contractuales "Las potencias contratantes convienen en no recurrir a la fuerza armada para el cobro de deudas contractuales reclamadas al Gobierno de un país por el Gobierno de otro, como debidas a nacionales suyos...".

¹⁰ Art. 1 del Convenio Relativo a la Limitación del Empleo de la Fuerza para el Cobro de Deudas Contractuales.

nes internacionales los principios esbozados por el presidente norteamericano Monroe en un discurso ante el Congreso norteamericano en 1823: la no colonización futura de Estados europeos en América, la no intervención de estos en el territorio americano y la no intervención norteamericana en territorio europeo¹¹, dando nacimiento a lo que posteriormente fue conocida como la doctrina Monroe. Analizando la consulta alemana el presidente norteamericano Roosevelt informa que esta doctrina no implica garantizar la impunidad al Estado que no cumpla con sus obligaciones, por lo que significó la no intervención norteamericana en el asunto¹².

Venezuela protesta ante los Estados del continente americano por la agresión, motivando que Luis María Drago envíe una nota a Martín García Merou, quien era el Ministro Plenipotenciario argentino en la embajada de Washington, para que la presente al gobierno de EEUU. De esta nota nace lo que es conocido actualmente como la doctrina Drago. Su autor hace hincapié en primer lugar en la igualdad soberana de los Estados y considera que de permitir el cobro compulsivo de las deudas "...no traería otra cosa que la ruina de las naciones más débiles y la absorción de su Gobierno con todas las facultades que le son inherentes por los fuertes de la tierra... no puede haber expansión territorial europea en América, ni opresión de los pueblos de este Continente, porque una desgraciada situación financiera pudiese llevar a alguno de ellos a diferir el cumplimiento de sus compromisos"¹³. Sutter Schneider reconoce¹⁴ que Drago retoma de esta forma la postura asumida por Carlos Calvo en su "Droit International Théorique et Practique Europeén et Americaine de 1868", donde se propuso evitar intervenciones armadas para el cobro de las obligaciones internacionales, y en caso de controversias someter tales controversias a los tribunales locales competentes. Por otro lado, es innegable, que además de ser un acto jurídico, tuvo una intencionalidad política¹⁵, dado que como es afirmado por Puig¹⁶ la declaración de Drago tuvo también la intención de evitar que Gran Bretaña realice medidas análogas contra Argentina.

Si bien estos actos políticos y jurídicos son importantes marcando un progresivo interés en limitar la fuerza no existía un medio coactivo que obligue a cumplir los compromisos asumidos y aun no existía en esta época una verdadera prohibición al uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

1.2.4. Sociedad de Naciones

Los Estados comprendieron que era necesaria la creación de un tercero que pueda garantizar la paz internacional¹⁷. Es así que nacen dos Organizaciones Internacionales tendientes a evitar nuevos conflictos bélicos:

La primera la Sociedad de Naciones (que nace como respuesta de la comunidad internacional al fin de la I Guerra Mundial y sus ansias de evitar un nuevo conflicto bélico de tal magnitud).

La segunda es la Organización de las Naciones Unidas que nace para dar solución al fracaso político y jurídico de su antecesora y evitar a futuro los horrores vividos durante las dos guerras que le anteceden.

El Pacto de Sociedad de Naciones, nace como una iniciativa del presidente norteamericano Wilson como una organización permanente que se encontraba incluida en el tratado de Paz firmado luego de la I Guerra Mundial. Esta organización poseía una misión universal, permitiendo que Estados neutrales durante la guerra y aun enemigos de los victoriosos (por ej. Alemania) integren esta organización.

¹¹ PODESTA COSTÁ, Luis A. "Derecho Internacional Público I". 4ta Edición. Edit. Tipográfica Editora Argentina. Bs. As. 1960. Pág. 111-ss.

¹² SUTTER SCHNEIDER, Eduardo. "La no intervención y la Doctrina Drago". Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. 3ra serie N° 121. Santa Fe. 1979. Pág. 171-ss.

¹³ Extracto de dicha nota.

¹⁴ SUTTER SCHNEIDER, Eduardo. "La no intervención y la Doctrina Drago". Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. 3ra serie N° 121. Santa Fe. 1979. Pág. 170.

¹⁵ SUTTER SCHNEIDER, Eduardo. "La no intervención y la Doctrina Drago". Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. 3ra serie N° 121. Santa Fe. 1979. Pág. 174.

¹⁶ PUIG, Juan Carlos. "Seguridad nacional y política exterior (Argentina 1810-1914)". Revista de la Escuela de Defensa Nacional. N° 6. Bs. As. 1974. Pág. 52

¹⁷ GUITERREZ POSSE, Hortensia. "Moderno Derecho Internacional y Seguridad Colectiva". Edit. Zavalia. Bs. As. 1995. Pág. 13.

Contaba con tres órganos: una Asamblea que sesionaba una vez al año, un Consejo, que estaba compuesto de miembros permanentes (las grandes potencias) y no permanentes (elegidas por la Asamblea) y una Secretaria con funciones administrativas¹⁸.

Se intentó crear una organización basada en la cooperación internacional y la solución pacífica de controversias, esto se observa en el Art. 11 del Pacto¹⁹ que reconoce que la guerra y la amenaza de guerra es un asunto de preocupación de Sociedad de Naciones, quien ante esta situación debe adoptar las medidas eficaces para salvaguardar la paz internacional. Sin embargo aquí se observa el gran problema de Sociedad de Naciones, el Consejo solo tenía facultades de aconsejar medidas, pero nunca de imponer medidas para preservar la paz. Este artículo también regula que ante situación de emergencia el Secretario General puede convocar una reunión del Consejo a pedido de un miembro de la Liga, y por otro lado permite que un Estado miembro comunique a la Asamblea o al Consejo de “cualquier circunstancia, referente a las relaciones internacionales, que amenazara perturbar la paz internacional o la buena inteligencia entre las naciones, de la que depende la paz²⁰”.

1.2.4.1. Regulación sobre la guerra:

Los Estados parte de la Organización se comprometen a solucionar en forma pacífica sus controversias, y en principio para ello no recurrir a la guerra, por otro lado se comprometen a preservar y respetar la integridad política y territorial de los Estados miembros²¹. Si bien se crea este sistema donde los Estados se comprometen a la solución pacífica de controversias el derecho de acudir a la guerra en este marco no se encontraba prohibido, sino más bien existía un compromiso de no acudir a la guerra en algunos casos.

Conforme el Art. 12²² del Pacto los Estados se comprometen a no acudir a la guerra sin haber sometido anteriormente la controversia a un tribunal arbitral o el Consejo de SN. Por otro lado, una vez que estos dictaban su resolución, el Estado que no se encontraba a favor de esta no podía acudir a la guerra dentro del marco de la moratoria de tres meses desde el dictado del laudo arbitral o decisión del Consejo.

1.2.4.2. Solución pacífica de controversias:

El Art. 13 del Pacto cuyo contenido enuncia que de existir una controversia sobre “divergencias sobre la interpretación de un tratado, sobre cualquier cuestión de derecho internacional, sobre la existencia de algún derecho cuyo surgimiento constituiría la violación de alguna obligación internacional,....”, entre otras, que no pueda ser resuelta por vía diplomática, las partes someterán la controversia a un tribunal arbitral convenido por las partes o una convención previa. Al finalizar el artículo se establece que los Estados se comprometen a no recurrir a la guerra contra el Estado que ejecute el laudo arbitral.

El procedimiento ante el Consejo es regulado por el Art. 15 que establece que en caso de una controversia que puede conducir a una ruptura, y no fuera sometido a arbitraje, los Estados miembros se comprometen a someter el asunto al Consejo, este procedimiento podía tener dos resultados:

1. Éxito: en este caso se publica un relato de los hechos y la controversia, junto con la solución pactada.
2. Fracaso: en este caso además del relato de los hechos y la controversia se expresa la solución recomendada por el Consejo.

¹⁸ ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando. “Historia del Derecho Internacional Público: Obra homenaje al coronel Carlos Alberto Barragán Galindo”. Edit. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. 2000. Pág. 131-ss.

¹⁹ Art. 11 Pacto de Sociedad de las Naciones: “Se declara expresamente que toda guerra o amenaza de guerra, afecte o no directamente a alguno de los miembros de la Liga, será considerada como un asunto que concierne a toda la Liga, debiendo la misma adoptar las medidas que se consideran adecuadas y eficaces para salvaguardar la paz de las naciones...”

²⁰ Art. 11 Pacto de Sociedad de Naciones.

²¹ Art. 10 Pacto de Sociedad de las Naciones: “Los miembros de la Liga se comprometen a respetar y a preservar contra toda agresión exterior la integridad territorial y la independencia política existente de todos los miembros de la Liga. En caso de alguna agresión, o de una amenaza o de un peligro de agresión, el Consejo aconsejará los medios por los cuales se dará cumplimiento a esta obligación.”

²² Art. 12 Pacto de Sociedad de las Naciones: “Los miembros de la Liga convienen en que, si se produjera entre ellos alguna divergencia que pudiese conducir a una ruptura, someterán el asunto al arbitraje o a la encuesta del Consejo; conviniendo en no recurrir en caso alguno a la guerra antes de los tres meses de haberse producido el fallo por los árbitros o el informe por el Consejo...”

Si este informe es aceptado por unanimidad (en este caso se excluye del cálculo de la unanimidad a los representantes de las partes en controversia), los Estados se comprometen a no acudir a la guerra contra la parte que se somete a la recomendación del informe, sin embargo si esta unanimidad no fue lograda, los miembros de la Liga pueden realizar medidas que consideren necesarias para lograr “el derecho y la justicia”.

El Consejo podía remitir la controversia para que sea tratada por la Asamblea, y en este caso, el artículo interpreta que todas las funciones y efectos del Consejo y sus resoluciones serán aplicadas para la Asamblea y sus resoluciones, sin embargo se modifica el número de representantes necesario para el dictado de la resolución, dado que se requiere la aprobación de los Estados representados en el Consejo y la mayoría de los demás Estados que componen la Asamblea. El requisito de unanimidad para las resoluciones del Consejo, no exigido para las resoluciones de la Asamblea, provoca la paralización de este órgano quien ya desde un principio tiene facultades muy limitadas, aun más parecería indicar que es un órgano casi sin utilidad práctica.

Se destaca el Art. 14 del Pacto dado que es un compromiso de creación de un órgano judicial de solución de controversias, que resultó en la creación de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Posteriormente, en la Octava Asamblea de Sociedad de Naciones, se adoptó la denominada “Declaración sobre la Guerra de Agresión”, por la cual se resuelve que la guerra de agresión se encuentra prohibida y se establece el compromiso de solución pacífica de controversias internacionales²³.

1.2.4.3. Regulación sobre otros usos menores de la fuerza:

Es necesario destacar que el Pacto solo regulaba sobre la guerra y no sobre otros usos menores de la fuerza: por ej. la legítima defensa preventiva, a los cuales no define ni enumera. Sin embargo sobre esta cuestión podemos mencionar el principio general de derecho: quien puede lo más puede lo menos, si los Estados podían recurrir a la guerra, para la solución de controversias también podrían utilizar otras formas menores de la fuerza: ya sea represalias, legítima defensa, etc. Sin embargo, más allá de estas cuestiones, la celebración de este tratado marca una tendencia de los Estados de restringir el uso de la fuerza.

1.2.4.4. Medidas sin uso de la fuerza

Con este criterio el Art. 16 reconoce que en la práctica no existía un uso de la fuerza centralizado, como si existen actualmente en el régimen de medidas coercitivas en el seno de la ONU, en la Liga termina recayendo en los Estados parte.

Este artículo del Pacto establece que si un Estado miembro acudiese a la guerra en contra de los compromisos asumidos, se consideraba que cometió un acto de guerra contra todos los Estados parte. En esta ocasión el Pacto establece la posibilidad de que estos Estados apliquen medidas sin utilizar la fuerza contra el Estado que realizó tal acto de guerra: “romper inmediatamente con él todas las relaciones comerciales y financieras, a prohibir toda comunicación entre sus nacionales y los nacionales del Estado en ruptura de pacto y a hacer cesar todas las relaciones financieras comerciales o personales entre los nacionales del Estado en ruptura de pacto y los de todo otro Estado, miembro o no de la Liga²⁴.” En este caso se estipula que el consejo tiene el deber de recomendar a los Estados interesados los efectivos tanto militares como navales y aéreos con los que las partes contribuirán para hacer respetar los compromisos del Pacto. Este artículo, también, estipula una obligación de cooperación amplia entre los Estados parte.

²³ ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando. “Historia del Derecho Internacional Público: Obra homenaje al coronel Carlos Alberto Barragán Galindo”. Edit. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. 2000. pág. 135.

²⁴ Transcripción de un fragmento del Art. 16 del Pacto de Sociedad de Naciones.

1.2.4.5. Vocación universal:

La vocación universal a la que se aspiraba se puede observar en el Art. 17²⁵ establece que ante una controversia con un Estado no miembro es posible para el Consejo, adaptando el Pacto, invitar a este tercer Estado a someter dicha controversia a las reglas del Pacto, iniciando una encuesta sobre los hechos y proponiendo la solución que considere adecuada; de no aceptar la invitación este tercer Estado e iniciar actos de guerra, el Pacto prevé la aplicación del Art. 16 en forma analógica. Puede suceder que ninguna parte acepte la invitación, en este caso el Consejo puede recomendar lo que considere adecuado para prevenir hostilidades.

1.2.4.6. Fuentes complementaria

En el marco de Sociedad de Naciones, en enero de 1933, se elabora un proyecto denominado "Fórmula Politis-Litinov", el Art. 1 de este proyecto define el término de Estado "agresor" como aquel: que declara la guerra a otro Estado, aquel que invada el territorio de otro Estado o ataque por fuerzas navales, aéreas o terrestres el territorio, buques o aeronaves de otro Estado o (aun sin haber declarado la guerra contra el Estado atacado), el bloqueo de costas o puertos de otro Estado y el apoyo a bandas armadas que desde su territorio invaden el territorio de otro Estado o a pesar de la petición del Estado invadido la negativa de adoptar todas las medidas para privar a dichas bandas de ayuda o protección. Este concepto de agresión es considerado importante, dado que conf. Tettamanti, es necesario primero definir el concepto de agresión como paso previo a un régimen de sanciones²⁶.

1.2.4.7. Fracaso

Más allá de los fines loables de esta organización internacional, puede ser considerada un fracaso, de tal manera que fue disuelta el 18 de Abril de 1946, tras no haber podido actuar en forma adecuada ante controversias tales como: la anexión de Manchuria por parte de Japón o la anexión de Etiopía por parte de Italia y principalmente por no haber prevenido las agresiones que condujeron a la Segunda Guerra Mundial. Entre las razones de sus fracasos se puede destacar las siguientes:

En primer lugar, si bien es cierto que solucionó controversias entre algunos Estados, por ej. la cuestión de Leticia en 1932 entre Colombia y Perú, falló en soluciones las controversias entre las grandes potencias, por ej. el conflicto entre Japón y China²⁷ sobre el territorio de Manchuria iniciado en el año 1931.

A su vez, se encuentran factores políticos: crecientes regímenes nacionalistas (nazismo y fascismo), que descartan los compromisos asumidos ante este organismo, fallas en el Tratado de Versalles, que produce disconformidad entre minorías, Estados divididos, etc²⁸.

Finalmente más allá de su intento de universalidad, no se logró tal fin:

- primero por la no participación de EEUU en esta organización, sin embargo es necesario aclarar que participaba en forma voluntaria en colaboraciones en obras de índole social y económica y a su vez designando veedores para las conferencias y asambleas que consideraba de mayor relevancia²⁹.

²⁵ Art. 17 del Pacto de Sociedad de Naciones: "En el caso de una divergencia entre un miembro de la Liga y un Estado que no sea miembro de la misma, o entre Estados que no sean miembros de la Liga, el Estado o Estados que no sean miembros de la Liga serán invitados a aceptar las obligaciones que se imponen a los miembros, a los efectos de esa divergencia, en las condiciones estimadas justas por el Consejo. Si tal invitación fuera aceptada, las disposiciones de los artículos 12 a 16 inclusive se aplicarán con las modificaciones juzgadas necesarias por el Consejo... Si un Estado invitado rehusara aceptar las obligaciones de miembro de la Liga, a los efectos de esa divergencia y recurriera a la guerra contra un miembro de la Liga, las disposiciones del artículo 16 serán aplicables como contra el Estado que hubiera asumido esa actitud..."

²⁶ TETTAMANTI, Pablo A. "Uso de la fuerza en los Conflictos Internacionales: Un análisis al final del bipolarismo". Edit. Universidad. Bs. As. 1995. Pág. 42

²⁷ ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando. "Historia del Derecho Internacional Público: Obra homenaje al coronel Carlos Alberto Barragán Galindo". Edit. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. 2000. pág. 141

²⁸ Ídem anterior

²⁹ ORÍA, Salvador. "La Sociedad de Naciones". Revista Facultad de Derecho de Buenos Aires. Tomo IX. Bs. As. 1931. pág. 426

- en segundo lugar por el retiro unilateral, que era una potestad de los Estados miembros³⁰, derecho ejercido por: Alemania en 1933, Italia en 1937, entre otros.
- en tercer lugar el instituto de la exclusión: el art. 16³¹ del Pacto permite que se expulse de la Liga, mediante el voto unánime del Consejo, a los miembros que hubiesen violado los compromisos asumidos; por ej. La expulsión de la URSS en 1939 luego de invadir territorio de Finlandia.

Finalmente, el Pacto contaba con una Asamblea que trataba las cuestiones relativas a la paz y podía recomendar, siendo sus resoluciones unánimes y un Consejo que en la práctica no tenía poder imperativo, actuaba como una especie de órgano de mediación pudiendo sugerir propuestas o aplicar amonestaciones³², de esta forma se observa dos grandes obstáculos ya mencionados ut supra: la necesidad de unanimidad y la falta de un órgano con poder coercitivo para garantizar el cumplimiento de los compromisos asumidos.

1.3 El camino a Naciones Unidas

En 1925, las tensiones provocadas por la firma del Tratado de Versalles, en la cual se designa a Alemania como único responsable de la I Guerra Mundial y por lo tanto sufre pérdidas territoriales, se le impone el pago de reparaciones y restricciones militares, conducen a la celebración de los Acuerdos de Locarno particularmente se destaca el tratado de garantía mutua en virtud del cual Francia, Bélgica, Gran Bretaña, Italia y Alemania se comprometen a no acudir a la guerra entre ellos, ni invadirse ni atacarse, exceptuando el caso de legítima defensa, o en los casos mencionados en el Art. 15 y 16 del Pacto de Sociedad de Naciones.

1.3.1 El Pacto Briand-Kellog

El siguiente hito importante en la historia lo podemos encontrar con la celebración del Pacto Briand-Kellog en 1928, denominado así por ser resultado de los esfuerzos del Secretario de Estado de EEUU Kellogg y del Canciller francés Briand.

Como los intentos de Sociedad de Naciones para lograr una prohibición general del uso de la fuerza no fueron logrados en el marco de este organismo internacional³³ algunos Estados deciden continuar con este fin de eliminar el recurso de la guerra como medio de solución de controversias³⁴ y comprometiéndose a utilizar medios pacíficos para su solución³⁵. Particularmente marca una renuncia a la denominada guerra de agresión, es decir la guerra como instrumento de política nacional. Este tratado no crea una norma general de derecho internacional, sino que constituye un compromiso voluntario de los Estados parte de no utilizar la guerra para la solución de controversias. Como expresa Álvarez Londoño este pacto fue recibido en forma positiva por varios Estados: entrando en vigor el 24 de Julio de 1929, fue firmado en sus inicios por 15 Estados, para el 1° de Enero de 1930 ya contaba con 57 firmas de adhesión³⁶.

En este contexto histórico se puede destacar la controversia entre China y Japón por el territorio de Manchuria de 1932 por la cual nace la doctrina Stimson a partir de las declaraciones de Henry Stimson,

³⁰ ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando. "Historia del Derecho Internacional Público: Obra homenaje al coronel Carlos Alberto Barragán Galindo". Edit. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. 2000. pág. 131-ss.

³¹ Art. 16 del Pacto de Sociedad de Naciones: "...La exclusión tiene lugar por un voto del Consejo, aprobado por los representantes de todos los otros miembros de la Liga representados en el mismo..."

³² VERDROSS, Alfred. "Derecho Internacional Público". Edit. Aguilar. Madrid. 1957. Traducción de la tercera edición alemana con notas y bibliografía adicionales de TRUYOL y SERRA, Antonio. pág. 389-ss.

³³ ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando. "Historia del Derecho Internacional Público: Obra homenaje al coronel Carlos Alberto Barragán Galindo". Edit. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. 2000. pág. 134-ss.

³⁴ Art. 1 del Pacto Briand-Kellog: "Las Altas Partes Contratantes, en nombre de sus pueblos respectivos, declaran solemnemente que condenan el recurso de la guerra para la solución de las controversias internacionales y que renuncian a él como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas."

³⁵ Art. 2 del Pacto Briand-Kellog: "Las Altas Partes Contratantes reconocen que el arreglo o la solución de todas las controversias o conflictos, cualquiera sea su naturaleza u origen, que pudieran surgir entre ellos, no deberá jamás buscarse sino por medios pacíficos."

³⁶ ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando. "Historia del Derecho Internacional Público: Obra homenaje al coronel Carlos Alberto Barragán Galindo". Edit. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. 2000. pág. 137-ss.

Secretario de Estado norteamericano, en una nota enviada a Forbes (embajador norteamericano en Japón en aquel momento) por la cual declara que EEUU no reconocerá la anexión de Manchuria por parte de Japón considerando que lo realiza en forma contraria a derecho³⁷, violentando el compromiso asumido en el Pacto Briand-Kellog. De esta forma se aplica el principio “ex injuria jus non oritur”, es decir que aquellos actos ilegales no pueden crear derecho. Inició como la postura asumida por el gobierno norteamericano ante una situación particular, que luego fue continuada en otros casos. Entre ellos encontramos la invocación hecha por el Vicesecretario de Estado de EEUU Sumner Welles en 1940 en la denominada Declaración Welles, donde EEUU no reconoce la anexión por parte de la Unión Soviética de Estonia, Letonia y Lituania³⁸ por haber sido realizado mediante la fuerza dado que fue considerada una ocupación militar. Esta doctrina tiene una relación importante con esta tesina, dado que se refiere a la posibilidad que un Estado realice actos contrarios a derecho utilizando la fuerza, es una continuación del trabajo iniciado anteriormente por otros compromisos pero en este caso ya tiene una sanción particular: el no reconocimiento de tal acto.

1.3.2. Conferencia de Embajadores

Es necesario mencionar la existencia de la Conferencia de Embajadores, creada el 20 de Enero de 1920, se encontraba conformado por representantes de Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón; Estados Unidos si bien no era parte enviaba observadores a las reuniones de la Conferencia. Entre sus funciones se destaca: el de mantener la paz y la solución de controversias territoriales, por ejemplo con la creación de una comisión tendiente a solucionar la controversia territorial entre Grecia y Albania en 1923, este caso es destacable dado que una vez creada la comisión Enrico Tellini, presidente de ella, muere asesinado en territorio griego junto a asistentes, esto produjo tensiones entre el gobierno italiano y el gobierno griego, motivando finalmente la invasión y ocupación de la isla griega Corfu por parte de Italia, finalmente la Conferencia de Embajadores propone una solución aceptada por ambas partes por las cuales Italia debe cesar en su ocupación de las islas y Grecia debía realizar actos tendientes a reparar su conducta ante los homicidios ocurridos en su territorio. Para mediados de la década de 1930, sin embargo, la Conferencia cesa de funcionar.

1.3.3. El Pacto Antibélico de 1932

Continuando con las fuentes codificadas se destaca el Pacto Antibélico de 1932, el Canciller argentino durante ese período, Saavedra Lamas, inicia negociaciones con Brasil para la celebración de un tratado antibélico que luego fue suscrito por varios Estados además de Argentina y Brasil, tales como El Salvador, EEUU, Italia, Bulgaria; Turquía, Yugoslavia, entre otros. En un primer lugar este Tratado condena el recurso de la guerra de agresión y como medio de solución de controversias³⁹ y por otro lado incorpora la Doctrina de Stimson al establecer que los conflictos territoriales serán resueltos en forma pacífica so pena del no reconocimiento⁴⁰ de los Estados incorporados.

³⁷ “...Pero en vista de la presente situación y de sus propios derechos y obligaciones en esto, el Gobierno Norteamericano considera su deber notificar tanto al Gobierno Imperial Japonés y al Gobierno de la República China que no puede admitir la legalidad de una situación de facto ni pretende reconocer tratado o acuerdo entre estos gobiernos, o sus agentes, que puedan perjudicar los derechos de los EEUU o sus ciudadanos en China, incluido aquellos relativos a la soberanía, independencia, o la integridad territorial y administrativa de la República de China, o a la política internacional relativa a China, comúnmente conocida como la política de la puerta abierta; y que no pretende reconocer situación, tratado o acuerdo alguna que sea acordado en forma contrario a los acuerdos y obligaciones del Pacto de Paris del 27 de Agosto de 1928 en el cual tanto China y Japón como también EEUU son parte.” TRADUCCIÓN DEL AUTOR, TRANSCRIPCIÓN ORIGINAL EN ANEXO.

³⁸ “Durante estos días pasados el proceso tortuoso donde la independencia política y la integridad territorial de tres pequeñas Repúblicas Bálticas – Estonia, Letonia y Lituania - iban a ser deliberadamente aniquiladas por uno de sus más poderosos vecinos, rápidamente han llegado a su conclusión... El pueblo de los Estados Unidos se opone a actividades predatorias sin importar si son llevadas a cabo por el uso de la fuerza o la amenaza del uso de la fuerza. De la misma manera se oponen a cualquier forma de intervención de parte de un Estado, sin importar que tan poderoso sea, in las cuestiones domesticas (internas) de cualquier Estado soberano, sin importar que tan débil sea...” TRADUCCIÓN DEL AUTOR, TRANSCRIPCIÓN ORIGINAL EN ANEXO.

³⁹ Art. 1 del Pacto Antibélico de 1932: “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.”

⁴⁰ Art. 2 del Pacto Antibélico de 1932: “Declaran que entre las Altas Partes Contratantes las cuestiones territoriales no deben resolverse por la violencia, y que no reconocerán arreglo territorial alguno que no sea obtenido por medios pacíficos, ni la validez de la ocupación o adquisición de territorios que sea lograda por la fuerza de las armas.”

1.3.4. Regulación en el Derecho Consuetudinario

En el párrafo anterior se hace mención a las fuentes codificadas, es decir los tratados internacionales, por lo que es interesante exponer la regulación del derecho consuetudinario durante este período. El derecho consuetudinario es idéntico al de las fuentes codificadas en su regulación del uso de la fuerza tal como lo expresa Barboza al referirse a las consecuencias de la celebración del Pacto Briand-Kellog, dado que existe una creciente distinción entre los términos guerra y usos menores de la fuerza y con la creciente adhesión de Estados a los diferentes tratados celebrados sobre esta materia, parece indicar que el derecho consuetudinario "...anterior a 1945 parecía prohibir la guerra pero autorizar otros usos de la fuerza que no configuraban técnicamente una guerra, como los motivados por la defensa de los nacionales en peligro, las represalias armadas o incluso la intervención humanitaria⁴¹". Es decir, el instituto de la legítima defensa preventiva antes de 1945 no ofrecía ningún problema en cuanto su legalidad, sin embargo lo importante de destacar este periodo es que los Estados iniciaron una tarea que aún continúa, en la cual se busca limitar el recurso de la fuerza en las relaciones internacionales.

Es necesario hacer mención de que hasta momento no existe mención alguna de la legítima defensa preventiva, sino que más bien era un instituto que se encontraba englobado en el concepto de usos menores de la fuerza, pero como instituto independiente no existía una regulación normativa, ni codificada ni consuetudinaria, ni análisis doctrinarios sobre él.

1.4. El gran cambio: La Organización de Naciones Unidas

¿Qué fue lo importante que sucedió en 1945 que motivó un cambio tan importante en la normativa del Derecho Internacional Público? Fue la creación de la ONU, creada luego de la Segunda Guerra Mundial constituyendo un gran hito dado que se tendía a evitar de manera definitiva la posibilidad de una Tercera Guerra Mundial.

Durante la Segunda Guerra Mundial, en el año 1941 el presidente norteamericano Wilson y el primer ministro británico Churchill celebran la denominada Carta del Atlántico en la cual expresan la renuncia a ganancias territoriales a consecuencia de la guerra⁴², establecen la cooperación internacional⁴³ y como eje fundamental el rechazo al uso de la fuerza y el establecimiento de la paz internacional reconociendo la importancia del desarme y la creación de un sistema de seguridad colectivo⁴⁴, sentando las bases de lo que será luego la creación de Naciones Unidas.

La Carta de Naciones Unidas firmada el 26 de Junio de 1945, marca desde sus orígenes una diferencia esencial con el Pacto de Sociedad de Naciones: la participación de Estados Unidos en la organización internacional, destacándose el hecho de haber sido firmado en territorio norteamericano, concretamente la ciudad de San Francisco.

Desde el mismo preámbulo marca uno de sus objetivos fundamentales, el de "...preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles...". Esto continúa en su primer Propósito de: "Mantener la paz y la seguridad internacionales...⁴⁵", tal como surge del artículo 1.1, y para lograrlo primero existe un mecanismo preventivo

⁴¹ BARBOZA, Julio. "Derecho Internacional Público". 2da Edición. Edit. Zavalia. Buenos Aires. 2008. Pág. 244

⁴² "Primero, los Estados no buscan engrandecimiento, territorial u otro..." TRADUCCIÓN DEL AUTOR, TRANSCRIPCIÓN ORIGINAL EN ANEXO.

⁴³ "Quinto, ellos desean producir la máxima colaboración entre las naciones en el campo económico..." TRADUCCIÓN DEL AUTOR, TRANSCRIPCIÓN ORIGINAL EN ANEXO.

⁴⁴ "... ellos desean ver establecida una paz que permita obtener a todas la naciones los medios para habitar en forma segura dentro de sus fronteras, y que asegure a todos los hombres en todas las tierras que vivan sus vidas libres del miedo y la necesidad, ... ellos creen que todas las naciones del mundo, por razones realistas como espirituales deben abandonar el uso de la fuerza. Dado que ninguna paz futura puede ser mantenida si armamentos terrestres, marítimos o aéreos continúan siendo empleados por naciones que amenacen o puedan amenazar, agresiones fuera de sus fronteras, ellos creen, que se encuentra pendiente el establecimiento de un más amplio y permanente sistema de seguridad colectivo, que el desarme de dichas naciones es esencial. Ellos de igual manera, asistirán y alentarán todas las medidas que puedan aliviar a los amantes de la paz del peso abrumador de las armas." TRADUCCIÓN DEL AUTOR, TRANSCRIPCIÓN ORIGINAL EN ANEXO.

⁴⁵ Art. 1.1 de la Carta de Naciones Unidas: "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;..."

de eliminación de las amenazas a la paz, suprimiendo actos de agresión y aquellos que quebranten la paz internacional y por otro lado la búsqueda de la solución pacífica de controversias que puedan quebrantar la paz conforme los “principios de la justicia y del derecho internacional”; esta solución de controversias se relaciona con el segundo Propósito de fortalecimiento de la paz⁴⁶.

Esto demuestra que ya no solo se prohíbe la guerra sino que es un paso mayor se pretende con las Naciones Unidas evitar la agresión entre Estados y lograr una cooperación entre los diferentes Estados que conduzca a una paz duradera, esto puede observarse con mayor claridad en los Principios de la Carta (enumerados en su segundo artículo).⁴⁷

1.4.1. El art. 2.4: Prohibición del uso de la fuerza

De estos principios se destaca el artículo 2.4⁴⁸ dado que constituye una norma imperativa, un concepto relativamente moderno, por la cual existen determinadas normas que al proteger la paz y seguridad internacional de tal manera que no puede ser alterada o violada por los Estados, este inciso a su vez se encuentra reafirmado por otras fuentes por ej. El Art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁴⁹. A su vez Lozada reconoce que esta norma hoy goza de carácter universal y carácter consuetudinario⁵⁰, por lo tanto un Estado no miembro de la ONU no podría alegar su no pertenencia a esta organización internacional como fundamento para hacer uso de la fuerza en forma ilimitada.

Esta norma marca la diferencia como lo explica Gutiérrez Posse con los compromisos anteriores, a diferencia del Pacto de Sociedad de Naciones o el Pacto Briand-Kellog, dado que no sólo prohíbe el curso de la guerra sino del uso de la fuerza⁵¹, un término mucho más amplio dado que engloba los usos menores de la fuerza: como las contramedidas, defensa de nacionales, etc. Es entonces cuando el uso de la fuerza se convierte en la excepción y no en la regla cuando inician los problemas enumerados en la introducción de esta tesina.

1.4.2. El trabajo de Naciones Unidas

El trabajo de Naciones Unidas continuó en diversas formas luego de 1945. Así como tenemos como base el Art. 2.4 de la Carta de la ONU tenemos otras fuentes que refuerzan el no uso de la fuerza en las relaciones internacionales, entre ellas se destaca la Resolución 2625 de la AG de la ONU “Declaración relativa a 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” del año 1970 que reconoce los siguientes principios:

“a) El principio de que los Estados, 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, b) El principio de que los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia, c) La obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta, d) La obligación de los Estados de cooperar entre sí, de conformidad con la Carta, e) El principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, f) El principio de la igualdad soberana de los Estados, g) El principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta;...”.

⁴⁶ Art. 1.2 de la Carta de Naciones Unidas: “Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal...”

⁴⁷ En el Anexo se encuentra el art. 1 y 2 de la Carta, donde se enumeran los Propósitos y Principios de la ONU.

⁴⁸ Art. 2.4 de la Carta de Naciones Unidas: “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.”

⁴⁹ Art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general.”

⁵⁰ LOZADA, Martín. “El Uso de la Fuerza en las Relaciones Internacionales: los atentados del 11 de septiembre, su respuesta y el Derecho Internacional”. Jurisprudencia Argentina. Vol.: 2002-I. Bs. As. 2002. Pág. 1073

⁵¹ GUITERREZ POSSE, Hortensia. “Moderno Derecho Internacional y Seguridad Colectiva”. Edit. Zavalía. Bs. As. 1995. pág. 332

Teniendo en cuenta estos principios reafirmó lo expresado anteriormente en la Carta de Naciones Unidas, dado que la Organización nace con un propósito firme: mantener la paz internacional, por lo que busca lograrlo en una forma no solo eficaz sino mucha más amplia que lo pretendido por la Sociedad de las Naciones dado que prohíbe no solo la guerra de agresión (considerándola un crimen contra la paz) sino que también proscribire usos menores de la fuerza: tales como “organizar o fomentar la organización de fuerzas irregulares o de bandas armadas, incluidos los mercenarios, para hacer incursiones en el territorio de otro Estado... Organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otro Estado...”.

Es necesario destacar que las resoluciones de la Asamblea General de la ONU son recomendaciones, es decir no vinculan a los Estados, sin embargo a medida que los Estados actúan conforme a ellas, se crea una costumbre internacional, que como fuente del Derecho Internacional si es vinculante para los Estados y por lo tanto obligatoria.

Buscando evitar agresiones entre los Estados la Resolución de la AG 3314 “Definición de la Agresión” del año 1974 en forma enunciativa⁵² enumera y conceptualiza algunos casos de agresión que se encuentran prohibidos sin poder justificarlos en forma alguna⁵³: “... 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;... El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;... 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;...” Un dato interesante relativo a la continuidad del trabajo iniciado anteriormente es que su Art. 5.3 reconoce la Doctrina Stimson: “Ninguna adquisición territorial o ventaja especial resultante de una agresión es lícita ni será reconocida como tal”.

Esta conceptualización tiene un efecto secundario: que si bien nos referimos a normas de *ius cogens* se excluye a otro tipo de “agresiones” tales como las económicas, que no serán resueltas por el Consejo de Seguridad sino que tendrán otra forma de solucionarse en principio, dado que otros principios se encuentran en juego por ej. el principio de no intervención.

El sistema de seguridad colectivo creado en la Carta de la ONU requiere para un eficaz funcionamiento el acuerdo de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad⁵⁴: Estados Unidos, Francia, China, Gran Bretaña y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (actualmente sucedida por la Federación Rusa). Sin embargo luego de la Segunda Mundial, se generó una situación de discordia entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, en la denominada Guerra Fría, produciendo la paralización del Consejo de Seguridad e impidiendo su correcto funcionamiento. Por ello en 1950, la AG dictó la Res. AG 377 “Unión Pro-Paz”, en la cual reafirma la Resolución 290 “Bases para la Paz”, reafirmando por lo tanto el compromiso de respetar la Carta de la ONU y reconoce que el CS tiene como responsabilidad primordial la protección de la paz y seguridad internacionales y aclara que en caso de que el CS no funcione correctamente, no exime ni a los Estados de no cumplir con la Carta ni a la ONU de su responsabilidad de mantener la paz y seguridad internacionales. De tal forma se faculta a la AG en caso de que el CS se encuentre paralizado por falta de unanimidad entre sus miembros y puede existir una amenaza o quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, examinar inmediatamente el asunto para recomendar medidas colectivas (aun el uso de la fuerza cuando fuere necesario) a fin de conservar o restaurar la paz y seguridad internacionales.

En el año 1976 la delegación soviética presenta ante la AG de Naciones Unidas un proyecto de tratado denominado: “Tratado Mundial sobre la no utilización de la fuerza en las relaciones internacionales”. Para tratar este proyecto la AG dictó la Res. AG 32/150 “Concertación de un tratado mundial sobre la no utilización de la fuerza en las relaciones internacionales” invitando a los Estados miembros a estudiar el

⁵² Art. 4 de la Res. AG 3314: “La enumeración de los actos mencionados anteriormente no es exhaustiva y el Consejo de Seguridad podrá determinar qué otros actos constituyen agresión, con arreglo a las disposiciones de la Carta.”

⁵³ Art. 5.1 de la Res. AG 3341: “Ninguna consideración, cualquiera sea su índole, política, económica, militar o de otro carácter, podrá servir de justificación de una agresión.”

⁵⁴ Art. 27 de la Carta de Naciones Unidas: “... 2. Las decisiones del Consejo de Seguridad sobre cuestiones de procedimiento serán tomadas por el voto afirmativo de nueve miembros. 3. Las decisiones del Consejo de Seguridad sobre todas las demás cuestiones serán tomadas por el voto afirmativo de nueve miembros, incluso los votos afirmativos de todos los miembros permanentes; pero en las decisiones tomadas en virtud del Capítulo VI y del párrafo 3 del Artículo 52, la parte en una controversia se abstendrá de votar.”

proyecto y notificar sus observaciones al Secretario General quien debía comunicar a la Asamblea General estas observaciones e incluir en su programa el tema para ser tratado. Este proyecto, se basa en la Declaración de Helsinki de 1975, en esta declaración producto de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, los Estados se comprometen a reafirmar la paz el respeto a la igualdad soberana de los Estados⁵⁵, la abstención del uso de la fuerza⁵⁶, respetar la inviolabilidad de las fronteras⁵⁷, arreglo pacífico de controversias⁵⁸, etc., reafirmando los compromisos asumidos en la Carta de Naciones Unidas. El Proyecto de Tratado puede resumirse en su Art. 1.3 “Ninguna consideración podrá aducirse para justificar el recurso a la amenaza o al uso de la fuerza en violación de las obligaciones establecidas en este Tratado⁵⁹”.

Por su parte la CIJ reconoce en el año 1986 en su sentencia Nicaragua c/EEUU que la prohibición del 2.4 de la Carta es una regla del derecho consuetudinario⁶⁰, por lo que obliga a todos los Estados sean o no parte de la ONU.

Es retomada la cuestión en el año 1987, en el cual la AG dicta la resolución 42/22 “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”, en esta resolución se aprueba la declaración del Comité Especial para Mejorar la Eficacia del Principio de la no Utilización de la Fuerza en las Relaciones Internacionales creado por la resolución de la AG 32/150, mencionada ut supra. Esta declaración confirma el compromiso de los Estados “de abstenerse, en sus relaciones internacionales, de recurrir a la amenaza o uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o de actuar en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas...⁶¹”, reconociendo en el Art. 1.2⁶² de la declaración que compone el Anexo que este principio de abstención no es sólo obligatorio sino que también es universal, de esta manera se destaca la convicción de la AG de “la necesidad de la efectiva aplicación universal del principio de abstención de la amenaza o de la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales y de la importancia de la función que incumbe a las Naciones Unidas a este respecto...⁶³”.

1.5. Resguardo de la Paz Internacional

La comunidad internacional considera importante mantener la paz y es tal el compromiso que asume actualmente que la extiende no sólo a territorios de los Estados sino también al Alta Mar (CONVEMAR⁶⁴) y aún el espacio ultraterrestre (Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes⁶⁵). Es destacable el caso del territorio Antártico, donde los Estados celebraron el Tratado Antártico con el fin de

⁵⁵ Art. 1 de la Declaración de Helsinki de 1975: “Los Estados participantes respetarán la igualdad soberana y la individualidad de cada uno de ellos...”

⁵⁶ Art. 2 de la Declaración de Helsinki de 1975: “Los Estados participantes se abstendrán en sus relaciones mutuas, así como en sus relaciones internacionales en general, de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o de cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas y con la presente Declaración”.

⁵⁷ Art. 3 de la Declaración de Helsinki de 1975 “Los Estados participantes consideran mutuamente como inviolables todas sus fronteras, así como las fronteras de todos los Estados en Europa y en consecuencia se abstendrán ahora y en el futuro de atacar dichas fronteras...”

⁵⁸ Art. 5 de la Declaración de Helsinki de 1975: “Los Estados participantes arreglarán las controversias entre ellos por medios pacíficos de manera que no se pongan en peligro la paz internacional y la seguridad, y la justicia...”

⁵⁹ Ninguna consideración podrá aducirse para justificar el recurso a la amenaza o al uso de la fuerza en violación de las obligaciones establecidas en este Tratado” pág. 53

⁶⁰ “...una opinión iuris con respecto al principio del no uso de la fuerza, es considerarlo como un principio del derecho consuetudinario internacional...” TRADUCCIÓN DEL AUTOR, TRANSCRIPCIÓN ORIGINAL EN ANEXO.

⁶¹ Art. 1.1 del Anexo, donde se transcribe la declaración del Comité.

⁶² Artículo 1.2 del Anexo de la Res. Ag. 42/22: “El principio de abstenerse de recurrir a la amenaza o uso de la fuerza en las relaciones internacionales es universal en su carácter y es obligatorio para todos los Estados, cualquiera que sea su sistema político, económico, social o cultural o sus relaciones de alianza.”

⁶³ Texto de la Resolución AG 42/22.

⁶⁴ Art. 88 de la CONVEMAR: “La alta mar será utilizada exclusivamente con fines pacíficos...”

⁶⁵ Art. 3 del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes: “Los Estados Partes en el Tratado deberán realizar sus actividades de exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, de conformidad con el derecho internacional, incluida la Carta de las Naciones Unidas, en interés del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y del fomento de la cooperación y la comprensión internacionales.”

asegurar su uso pacífico⁶⁶, en forma ilimitada en el tiempo y con vocación de universalidad en interés de la humanidad⁶⁷, al celebrar este Tratado los Estados continuaron esta tradición de búsqueda de la paz, Fraga conceptualiza⁶⁸ que este Tratado tiene los objetivos de: utilización pacífica del territorio antártico, evitar las controversias, la libertad de investigación y la no militarización del continente: en este último punto aclara que el término correcto no es el desmilitarizar el continente, dado que si bien el artículo primero del Tratado prohíbe medidas de carácter militar, a su vez plantea una excepción: dado que se permite el uso de personal o equipo militares para investigaciones o uso pacífico, por lo que entiende que el Tratado busca una no militarización del mismo.

1. 6. Posibles excepciones al régimen actual:

Actualmente las Naciones Unidas posee el monopolio del uso de la fuerza en el denominado sistema de seguridad colectiva, definido por Tettamanti como "...un arreglo institucional para impedir o vencer una agresión garantizando que el ataque a cualquiera de los miembros del sistema contra otro se encontrará con resistencia de todos los demás cuya contribución a la defensa común sea necesaria⁶⁹". De esta manera los Estados no pueden utilizar la fuerza en las relaciones internacionales, y el uso de la fuerza se encuentra reservado a la ONU, quien lo ejerce en principio mediante el CS, mediante medidas coercitivas tal como esta estipulado en el Art. 42⁷⁰ de la Carta de Naciones Unidas.

En este marco, el Art. 2.4 de la Carta de la ONU, mencionado anteriormente, que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales es interpretado de dos formas por la doctrina, algunos sostienen el criterio restrictivo es decir que la redacción de este inciso imposibilita cualquier uso de la fuerza (salvo las excepciones especialmente permitidas) considerando que la frase que imposibilita el "uso de la fuerza contra la integridad territorial de un estado o su independencia⁷¹" debe entenderse en forma ilustrativa, ejemplificando un escenario donde se prohíba el uso de la fuerza; mientras que otra parte de la doctrina más permisiva, consideran que en la forma en que se encuentra redactado el inciso permite el uso de la fuerza en otras situaciones no previstas en forma expresa en la Carta de la ONU, destacando en especial el caso de no tratarse de relaciones internacionales de un Estado (excluyendo relaciones por ej. Con colonias, territorios no autónomos, etc.); el fundamento esgrimido por ellos radica en la existencia de un derecho consuetudinario anterior a la Carta que no se encuentra derogada por ella sino más bien complementada por esta.

Más allá de esta divergencia doctrinaria, el Art. 2.4 permite reconocer la existencia de excepciones a la prohibición del uso de la fuerza. A continuación enunciaré algunos casos de posibles excepciones:

Legítima defensa: si bien se explicará más adelante voy a esquematizar sus variantes:

- a. Legítima defensa individual
- b. Legítima defensa colectiva
- c. Legítima defensa preventiva

Represalias armadas: es un instituto que se encuentra prohibidas en el DIP actual por el 2.4 y la resolución de la AG 2625, mencionados anteriormente por el cual un Estado ante un hecho anterior ilícito de otro Estado utiliza contra este la fuerza con un fin punitivo por este hecho anterior y a su vez disuasorio para evitar la repetición de esta conducta. En una primera vista puede observarse similitudes con la legítima defensa por lo que serán correctamente diferenciados en el capítulo correspondiente a la legítima defensa.

⁶⁶ Art. 1 del Tratado Antártico: "La Antártida se utilizará exclusivamente para fines pacíficos"

⁶⁷ VINUESA Raúl E. "Principios y propósitos del Tratado Antártico". Antártida al iniciarse la década de 1990: Contribución al 30 aniversario de la entrada en vigencia del Tratado Antártico. Ediciones Manantial. Bs. As. 1992. pág. 14-ss.

⁶⁸ Ídem anterior. pág. 251-ss.

⁶⁹ TETTAMANTI, Pablo A. "Uso de la fuerza en los Conflictos Internacionales: Un análisis al final del bipolarismo". Edit. Universidad. Bs. As. 1995. pág. 27

⁷⁰ Art. 42 de la Carta de Naciones Unidas: "Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 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 acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas."

⁷¹ Fragmento del art. 2.4 de la Carta de Naciones Unidas.

Contramidas: pueden ser definidas como aquellos actos realizados por un Estado que se ve lesionado por un hecho anterior de otro Estado por el cual suspende el cumplimiento de sus obligaciones internacionales con el fin de que este Estado cese en su accionar ilícito. El límite en el ejercicio de las contramidas es la proporcionalidad de la respuesta con el hecho anterior que la motiva, y aun siendo proporcional se prohíbe suspender la aplicación del art. 2.4: es decir se prohíbe la suspensión de la obligación de abstenerse de hacer amenaza o uso de la fuerza, violado este marco de no uso de la fuerza nos encontramos ante un caso de represalias prohibido actualmente por la Carta de ONU y las normas concordantes. La Res. AG 56/83 "Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos" del año 2002 reconoce que el ejercicio de contramidas es considerado un eximente de la ilicitud en la responsabilidad internacional siendo un instituto que encuentra permitido por el Derecho Internacional consuetudinario.

Defensa de nacionales y bienes en el extranjero: esta causal es invocada por los Estados cuando sus nacionales se encuentran en peligro en territorio extranjero alegando que el Estado donde se encuentran no quiere o puede protegerlos. La justificación jurídica de este instituto se encuentra en que al atentar contra la vida de los nacionales de un Estado equivaldría a un ataque contra este permitiendo defenderse ante un ataque. Sin embargo no constituye un ataque contra la independencia política o la integridad territorial por lo que no constituye un caso de legítima defensa strictu sensu; es por ello que a luz del art. 2.4 de la Carta y normas concordante empieza a cuestionarse su validez y aun con mayor razón la validez de la defensa de los bienes de los nacionales. Autores como Cassesse la admiten (dado las fallas del CS) pero exigiendo requisitos tales como: 1) peligro serio 2) no disponibilidad de otro medio 3) exclusivo propósito de salvar nacionales 4) proporcionalidad fuerza-peligro 5) terminación al mismo momento en que termina la amenaza 6) comunicación inmediata al CS; por otro lado existe doctrina que admite esta posibilidad con consentimiento del Estado donde se pretende realizar la defensa siempre que: el consentimiento sea real, ad hoc y por el gobierno establecido, no se atente contra la integridad territorial del Estado ni su independencia política y no se violen normas de ius cogens, un ejemplo en el cual el Estado puede consentirlas es por la intervención de grupos beligerantes dentro de su territorio.

Intervenciones Estatales: La doctrina suele diferenciar este instituto en varias formas:

A) Intervenciones Humanitarias: Es un instituto en virtud del cual un Estado acciona contra otro Estado quien somete a sus propios nacionales o a nacionales de un tercer Estado a tratamientos que importan una violación masiva y grave de sus derechos humanos poniendo en peligro sus vidas o integridad física. Debido a que no interviene el CS este instituto choca con los límites del art. 2.4, y resoluciones de la AG como las resoluciones: 2625 y 3314⁷². Por otro lado tenemos la opinión de Cassesse⁷³ quien alega que la intervención humanitaria no constituye todavía una regla internacional porque carece de uso suficiente, existe una falta de generalidad en cuanto a la opinio juris y también la Carta de la ONU que prioriza la paz y seguridad sobre la prevención de estas violaciones a los derechos humanos. Esto es adoptado por ej. En el caso "Nicaragua c/ EEUU" resuelto por la Corte Internacional de Justicia en 1986 donde se reconoce que el uso de la fuerza no se ve justificado con el fin de asegurar el respeto de los derechos humanos⁷⁴.

B) Intervenciones Protectoras: a intervención protectora se diferencia de la intervención humanitaria, en tanto que la intervención humanitaria se basa en la protección de los Derechos Humanos, mientras que la Intervención Protectora tiene como fin la protección de nacionales en territorio extranjero, tal como sucedió en el caso de Entebbe en 1976⁷⁵, el secuestro del Landshut en 1977⁷⁶ y el secuestro del vuelo del

⁷² Art. 5.1 de la Res. AG 3314: "Ninguna consideración, cualquiera sea su índole, política, económica, militar o de otro carácter, podrá servir de justificación de una agresión."

⁷³ BARBOZA, Julio. "Derecho Internacional Público". 2da Edición. Edit. Zavalia. Buenos Aires. 2008. pág. 275

⁷⁴ "...En lo que respecta más concretamente a las presuntas violaciones de los derechos humanos invocados por los Estados Unidos, la Corte considera que el uso de la fuerza por los Estados Unidos no puede ser el método adecuado para controlar o garantizar el respeto de esos derechos..." TRADUCCIÓN DEL AUTOR, TRANSCRIPCIÓN ORIGINAL EN ANEXO

⁷⁵ El caso de Entebbe (1976); un grupo de terroristas de los grupos de "Revolutionäre Zellen" y del "Frente Popular por la Liberación de Palestina" secuestran un avión de la empresa Air France, con salida desde Grecia y con destino a Francia. Al llegar a territorio de Uganda, específicamente en la ciudad de Entebbe, ellos exigen la liberación de detenidos so pena de matar a los rehenes. En Uganda este grupo recibe el apoyo de grupos armados del gobierno de Uganda. Luego de intentos de negociación fallidos se decide enviar un grupo de rescate al territorio de Uganda para rescatar a los rehenes mediante un operativo militar denominado Thunderbolt, ideado por un grupo comando israelí. Este operativo tiene éxito finalmente, y es considerado un caso de intervención protectora.

⁷⁶ Un avión alemán parte de España con destino a Alemania y el recorrido es interrumpido por el grupo terrorista Frente Popular para la Liberación de Palestina, con el presunto apoyo de La Fracción del Ejército Rojo, primero aterrizan en Italia donde presentan sus pretensiones al gobierno alemán, luego esto finaliza una vez que en Somalia un grupo de comandos alemanes liberan a los rehenes y detienen a los delincuentes (en el ataque mueren 3 de ellos).

Air France 8969 en 1994⁷⁷, en los cuales es interesante destacar una tendencia, creciente en los últimos años, de ampliar las excepciones del art. 2.4 de la Carta de la ONU en base más bien a argumentos políticos, económicos y militares, los cuales pueden ser también observados en los argumentos esgrimidos a favor de la legítima defensa preventiva.

En este tema se destaca el incremento de los delitos contra la seguridad aérea cuyo apogeo se inicia en la década de 1960⁷⁸ motivando la celebración de varios tratados: el Convenio de Tokio de 1963, el Convenio de La Haya de 1970 y la Convención Montreal de 1971.

En estos casos podemos destacar en principio la regulación relativa a la jurisdicción que puede observarse en el artículo 3 del “Convenio sobre Infracciones y otros Actos Cometidos a Bordo de Aeronaves de Tokio de 1963” que establece que será competente: “El Estado de matrícula de la aeronave ... para conocer de las infracciones y actos cometidos a bordo.” Esto se modifica en el “Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves”, suscripto en la ciudad de La Haya el 16 de diciembre de 1970, dado que en su cuarto artículo⁷⁹ se establece que la competencia puede ser determinada: por la nacionalidad de la matrícula de la aeronave, el lugar donde aterrice la misma, siempre que el delincuente aún se encuentre a bordo o por la residencia u oficina principal de la persona que recibe en arrendamiento una aeronave sin tripulación, por otro lado también se determina en el Estado donde se encuentre el delincuente si este no concede la extradición⁸⁰. El artículo 5 de la “Convención para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de Montreal de 1971” continuando con la evolución de la situación permite determinar la competencia de los Estados: en el primer caso por el lugar de comisión es decir será competente el Estado si el delito es cometido en su territorio, se puede determinar según el lugar donde este registrada matrícula de la aeronave contra la cual se cometió el ilícito o a bordo de la cual se cometió, en un tercer caso menciona la posibilidad de determinar en el lugar donde aterrice si aun continua a bordo el delincuente y finalmente repite la regla de determinación en caso de arrendamientos de aeronaves sin tripulación; en caso de negativa de extradición el Estado que se niegue debe juzgar el delito siendo competente para tal caso⁸¹. Videla Escalada⁸² reconoce que estos delitos al ejecutarse no sólo afectan cuestiones jurídicas sino que también afectan cuestiones económicas y políticas por lo que estos tratados tratan de evitar la impunidad de los autores del delito ante eventuales problemas del sistema de extradición. De la misma forma intervienen varios institutos propios del Derecho Internacional: desde cuestiones relativas a la jurisdicción aplicable hasta la eventual protección diplomática de los pasajeros.

Este tema se relaciona con el trabajo de investigación dado por la importancia del delito se permite a los Estados determinados actos tendientes a evitar los perjuicios causados por este delito, el artículo

⁷⁷ Personas quienes pertenecían al Grupo Islámico Armado secuestran dicho vuelo con destino de Argelia a Francia, una vez en territorio francés se procede a realizar un operativo militar en el cual se libera a los rehenes poniendo fin al apoderamiento ilícito de la aeronave.

⁷⁸ VIDELA ESCALADA, Federico. “Manual de Derecho Aeronáutico”. Edit.: Zavalia. Bs. As. 1988. pág. 758-ss.

⁷⁹ Art. 4 del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves: “1. Cada Estado contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito y sobre cualquier acto de violencia cometido por el presunto delincuente contra los pasajeros o la tripulación en relación directa con el delito, en los casos siguientes: a) si el delito se comete a bordo de una aeronave matriculada en tal Estado; b) si la aeronave, a bordo de la cual se comete el delito, aterriza en su territorio con el presunto delincuente todavía a bordo; c) si el delito se comete a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o, de no tener tal oficina, su residencia permanente. 2. Asimismo, cada Estado contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición, conforme el artículo 8, a los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo...”

⁸⁰ Art. 7 del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves: “El Estado Contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio...”

⁸¹ Art. 5 de la Convención para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de Montreal de 1971: “1. Cada Estado contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos en los casos siguientes: a) si el delito se comete en el territorio de tal Estado; b) si el delito se comete contra o a bordo de una aeronave matriculada en tal Estado; c) si la aeronave, a bordo de la cual se cometa el delito, aterriza en su territorio con el presunto delincuente todavía a bordo; d) si el delito se comete contra o a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o, de no tener la oficina, su residencia permanente. 2. “Asimismo, cada Estado contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos previstos en los incisos a), b) y c) del párrafo 1 del artículo 1, así como en el párrafo 2 del mismo artículo, en cuanto este último párrafo se refiere a los delitos previstos en dichos incisos, en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición, conforme al artículo 8, a los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.”

⁸² VIDELA ESCALADA, Federico. “Manual de Derecho Aeronáutico”. Edit.: Zavalia. Bs. As. 1988.pág. 758-ss.

4 del “Convenio sobre Infracciones y otros Actos Cometidos a Bordo de Aeronaves de Tokio de 1963” permite perturbar el vuelo en caso de apoderamiento ilícito de aeronaves en determinados supuestos⁸³. De la misma forma el artículo 9 del “Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves”, establece que los Estados deberán tomar en los casos establecidos por el tratado las medidas para que el comandante legítimo de la aeronave retome el control de la misma⁸⁴; tal compromiso es asumido nuevamente por la “Convención para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de Montreal de 1971⁸⁵” y al igual que las Convenciones anteriores los Estados realizarán todas las medidas tendientes a lograr la rápida continuación del viaje y la restitución de los bienes a sus respectivos dueños. Estos actos marcan un antecedente en cuanto a una ampliación de potestades estatales para evitar perjuicios sobre sus nacionales o bienes y de esta manera puede servir como un principio de justificación de actos preventivos realizados por el Estado en su defensa o en la de sus nacionales.

Intervenciones directas e indirectas: Las intervenciones pueden clasificarse en

- i. intervenciones directas, que son aquellas en las cuales los Estados que intervienen lo hacen mediante el envío de fuerzas militares,
- ii. intervenciones indirectas, en las cuales la intervención se realiza con apoyo logístico o financiero a un gobierno o grupo para conseguir el cumplimiento de un fin determinado, como ocurrió en el mencionado caso Nicaragua c/ EEUU, donde se observa una intervención indirecta norteamericana.

Uso de la fuerza para el cambio de régimen: Es un instituto que nace ante invasiones norteamericanas en territorio de otros Estados, el argumento que se esgrime en estos casos son el de llevar a los líderes del régimen a la justicia o impedir que continúen con su accionar terrorista o evitar que se continúe dando albergue y apoyo al terrorismo internacional. Se puede observar en principio que estos argumentos son más políticos y morales que jurídicos y en segundo lugar choca con la estructura de seguridad colectiva de Naciones Unidas dado que no existe para estos casos fundamento alguno en la Carta de la ONU si se actúa sin autorización del CS. El primer caso destacable ocurrió cuando Estados Unidos hace uso de la fuerza con el fin de desplazar el régimen talibán en Afganistán en el año 2001 y permitir la instauración de un nuevo gobierno evitar que se continúe apoyando y albergando a grupos terroristas, como Al Qaeda, Barboza⁸⁶ recuerda que la comunidad internacional no se opuso a estas medidas dado que el régimen talibán no sólo estaba aislado internacionalmente sino que Naciones Unidas no reconocía la legitimidad de este gobierno; sin embargo esta falta de oposición no significa que esta conducta sea conforme a la Carta de Naciones Unidas y el Derecho Internacional vigente. Por otro lado es posible mencionar el caso de la invasión norteamericana a Irak en 2001, alegando el cumplimiento de una ley norteamericana denominada “Acta de liberación de Irak” por la cual se procuraba derrocar el régimen de Saddam Hussein e instaurar un gobierno democrático, en este caso sin embargo Barboza menciona la oposición de Francia, Alemania, Rusia y China⁸⁷, con las cuales el autor del presente trabajo esta de acuerdo dado que en este caso se pretende hacer valer el derecho interno norteamericano para desplazar una norma imperativa del derecho internacional. En ninguno de estos casos se puede observar un argumento jurídico que legitime el cambio de régimen como excepción del Art. 2.4 de la Carta de Naciones Unidas.

⁸³ Art. 4 del Convenio sobre Infracciones y otros Actos Cometidos a Bordo de Aeronaves de Tokio de 1963: “El Estado Contratante que no sea el de matrícula no podrá perturbar el vuelo de una aeronave a fin de ejercer su jurisdicción penal sobre una infracción cometida a bordo más que en los casos siguientes : a) la infracción produce efectos en el territorio de tal Estado; b) la infracción ha sido cometida por o contra un nacional de tal Estado o una persona que tenga, su residencia permanente en el mismo; c) la infracción afecta a la seguridad de tal Estado; d) la infracción constituye una violación de los reglamentos sobre vuelo o maniobra de las aeronaves, vigentes en tal Estado; e) cuando sea necesario ejercer la jurisdicción para cumplir las obligaciones de tal Estado de conformidad con un acuerdo internacional multilateral.”

⁸⁴ Art. 9 del Convenio sobre Infracciones y otros Actos Cometidos a Bordo de Aeronaves de Tokio de 1963: “Cuando se realice cualquier acto de los mencionados en el artículo 4 a) o sea inminente su realización, los Estados Contratantes tomarán todas las medidas apropiadas a fin de que el legítimo comandante de la aeronave recobre o mantenga su control....”

⁸⁵ Art. 10 de la Convención para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de Montreal de 1971 : “ 1. Los Estados contratantes procurarán tomar, de acuerdo con el derecho internacional y sus propias leyes, todas las medidas que sean factibles para impedir la comisión de los delitos previstos en el artículo 1. 2. Cuando, con motivo de haberse cometido un delito previsto en el artículo 1, se produzca retraso o interrupción del vuelo, cada Estado contratante en cuyo territorio se encuentren la aeronave, los pasajeros o la tripulación. Facilitará a los pasajeros y a la tripulación la continuación del viaje lo antes posible y devolverá sin demora la aeronave y su carga a sus legítimos poseedores.

⁸⁶ BARBOZA, Julio. “Derecho Internacional Público”. 2da Edición. Edit. Zavalia. Buenos Aires. 2008. pág. 283-ss.”

⁸⁷ Ídem anterior.

1.7. Solución Pacífica de las Controversias

En contraposición encontramos los posibles métodos de solución de controversias disponibles a los Estados:

Podemos ver el avance de estos medios con las palabras de Moya Domínguez "En los últimos 20 veinte años se ha acentuado el recurso a los métodos de solución pacífica de las controversias internacionales, lo que es consecuencia lógica de la prohibición del uso y/o amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, incorporada en el derecho positivo por el Art. 2 Inc. 4 de la Carta de la ONU, y consagrada como norma de *ius cogens* en el derecho internacional contemporáneo...⁸⁸ " Existe una obligación de comportamiento y no de resultado de los Estados de solucionar sus controversias en forma pacífica no solo por el art. 2.3 de la Carta en concordancia con el art. 33 de la Carta⁸⁹ por la cual los Estados por su propia voluntad, o a pedido del Consejo si lo estima necesaria, se comprometen a solucionar en forma pacífica aquellas controversias que pongan en peligro la paz y seguridad internacionales, sino que esta obligación emana de otras fuentes como la costumbre internacional creada a partir de la resolución de la AG 2625.

En el marco de la Carta con sus Art. 2.3, 2.4, 33 y normas concordantes, cabe preguntarse cuales son los medios de solución pacífica con los que cuentan los Estados para solucionar sus controversias, con el fin de solucionar tal pregunta se enumeran estos medios:

1.7.1 Métodos Diplomáticos o Políticos:

- Negociación Directa entre los Estados en litigio.
- Buenos Oficios: no es en sí mismo una forma de solución de controversias, sino que un tercer Estado amistosamente procura acercar a las partes para restablecer el diálogo entre ellas pero sin sugerirles ninguna solución concreta.
- Investigación o Encuesta: es un procedimiento por el cual las partes designan a un investigador para que aclare cuestiones de hecho sin pronunciarse sobre sus efectos jurídicos, por lo tanto no es vinculante pero puede ser utilizado en otro medio de solución de controversias.
- Mediación: es la actuación de un tercero, designado por las partes mediante un tratado, con el objeto de solucionar un conflicto entre Estados sugiriendo una solución positiva. Se diferencia de los buenos oficios porque el mediador interviene en la negociación y propone una solución no vinculante
- Conciliación: es un procedimiento similar a la investigación porque permite determinar los hechos de la controversia y a la vez se asemeja a la mediación dado que busca finalizar la controversia mediante un tratado, las partes crean una comisión conciliadora mixta, es decir integradas por ellos y por un tercero, que emite una propuesta no vinculante.

1.7.2 Métodos Jurisdiccionales:

- Arbitraje Internacional: pueden ser árbitros o amigables componedores, los primeros resuelven conforme derecho los segundos con prescindencia de normas jurídicas aplicando por ej. la equidad. Quien resuelve puede ser: un árbitro único, una comisión mixta: cada parte designa un árbitro y dicta decisiones no motivadas o un tribunal arbitral: que se compone de un número impar de miembros y dicta el laudo resolviendo la controversia.

⁸⁸ MOYA DOMÍNGUEZ, María T. "Manual de Derecho Internacional Público". 1ra Edición. Edit.: Ediar. Buenos Aires. 2004. Pág. 360

⁸⁹ Art. 33 de la Carta de ONU: "1. Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.2 . El Consejo de Seguridad, si lo estimare necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios."

- Arreglo judicial: Las partes pueden someter la controversia para que sea resuelta por un tribunal internacional, tales como:
 - o La Corte Internacional de Justicia
 - o El Tribunal Internacional del Mar
 - o El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
 - o Por otra parte se permite el sometimiento de la controversia ante tribunales ad hoc

A su vez cada tratado puede estipular una forma específica en las cuales se puedan/deban someter las controversias entre las partes, cuyas decisiones son obligatorias para ellas.

Entendiendo como funciona el sistema actual del uso de la fuerza se puede ver que la legítima defensa es un instituto de excepción (tal como lo sería su variante preventiva de demostrarse su legitimidad), en este contexto es importante ver cómo es posible justificar una extensión temporal de la legítima defensa si todo lo expuesto anteriormente demuestra que la Comunidad Internacional busca la paz internacional y paulatinamente prohíbe los diferentes usos de la fuerza y los pocos permitidos deben ser interpretados en forma restrictiva.

Para contestar a esta pregunta primero en el siguiente capítulo realizaré un análisis de que es la legítima defensa en el Derecho Internacional.

Capítulo II: Legítima Defensa

En un primer lugar es necesario analizar la legítima defensa como instituto para poder ver su aplicación preventiva. Para ello se esboza un concepto doctrinario de la legítima defensa como instituto del derecho: “Repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirla o repelerla...⁹⁰”. Sin embargo este concepto debe ser complementado con las normas y caracteres propios del Derecho Internacional Público.

2.1. Regulación en el Derecho Internacional Público:

Teniendo en cuenta la importancia de la ONU en la regulación de este tema es imperativo tener en cuenta el Art. 51 de la Carta que regula este instituto:

“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.”

El derecho internacional reconoce no solo la legítima defensa individual sino también la legítima defensa colectiva que “...puede ser instada de manera espontánea por un Estado que, siendo víctima de un ataque armado solicita de otro su asistencia militar para repeler la agresión. No se necesita en este caso que exista tratado previo entre las partes y tan sólo será necesaria la previa solicitud de ayuda del Estado atacado⁹¹”, a tal fin diversos Estados han celebrado acuerdos de defensa colectiva, por ej. El Tratado del Atlántico Norte, específicamente su Art. 5⁹², o el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, en su Art. 3⁹³.

2.1.1. Acuerdos de defensa colectiva y acuerdos y organismos regionales

Conviene distinguir los acuerdos de defensa colectiva con los acuerdos u organismos regionales celebrados con el fin de mantener la paz y la seguridad internacionales, estos últimos son expresamente permitidos por el art. 52⁹⁴ de la Carta siempre que no se opongan a los Principios y Propósitos de la misma.

La primera diferencia radica en que en los acuerdos de defensa colectiva se puede hacer uso de la fuerza previo a informar al CS y sin su consentimiento, en tanto y en cuanto se ajuste a los límites de

⁹⁰ OSORLO, Manuel. “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”. Tomo II. Edit.: Ruy Díaz. Buenos Aires. 1995. pág. 564.

⁹¹ LOZADA, Martín. “El Uso de la Fuerza en las Relaciones Internacionales: los atentados del 11 de septiembre, su respuesta y el Derecho Internacional”. Jurisprudencia Argentina. Vol.: 2002-I. Bs. As. 2002. pág. 1074

⁹² Art. 5 del Tratado del Atlántico Norte: “Las Partes convienen en que un ataque armado contra una o contra varias de ellas, acaecido en Europa o en América del Norte, se considerará 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, asistirá a la Parte o Partes así atacadas, adoptando seguidamente, individualmente y de acuerdo con las otras Partes, las medidas que juzgue necesarias, incluso el empleo de la fuerza armada para restablecer y mantener la seguridad en la región del Atlántico Norte. Todo ataque armado de esta naturaleza y toda medida adoptada en consecuencia se pondrán inmediatamente en conocimiento del Consejo de Seguridad. Estas medidas cesarán cuando el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para restablecer y mantener la paz y la seguridad internacionales.”

⁹³ Art. 3.1 del TIAR. “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.”

⁹⁴ Art. 52.1 de la Carta de Naciones Unidas: “Ninguna disposición de esta Carta se opone a la existencia de acuerdos u organismos regionales cuyo fin sea entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y susceptibles de acción regional, siempre que dichos acuerdos u organismos, y sus actividades, sean compatibles con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas.”

la legítima defensa, mientras que esto no es posible para los acuerdos u organismos regionales. Por otra parte podemos afirmar que, como lo establece Tettamanti, solo los acuerdos u organismos regionales funcionan como esquema de seguridad colectiva⁹⁵ dado que pueden actuar en forma regional en tanto se ajusten a los Propósitos y Principios de la Carta, pudiendo los Estados acudir a estos para el arreglo de la controversia antes de someterlas a CS, quien en virtud del art. 53⁹⁶ de la Carta puede también hacer uso de los mismos para aplicar medidas coercitivas. De esta manera se concluye que los acuerdos u organismos regionales están expresamente reconocidos por la Carta de Naciones Unidas dentro del marco del esquema de seguridad colectiva, en un primer lugar como un medio mediante el cual a instancia de los Estados o del Consejo de Seguridad se logre la solución pacífica de controversias⁹⁷, posiblemente con mayor celeridad que mediante la intervención del Consejo de Seguridad y sin la problemática del derecho de veto de los miembros permanentes de este órgano y en un segundo lugar actuando en colaboración con el Consejo de Seguridad en la toma de medidas coercitivas.

Además de la Carta de la ONU la legítima defensa es tratada por el Tratado del Atlántico Norte, que reconoce que toda su regulación sobre el tema se encuentra sometida a la Carta de Naciones Unidas tanto en la cuestión de fondo (instituto de excepción aplicable a casos de ataques armados) como también en las cuestiones formales (comunicación inmediata al CS).

La Carta de la Organización de Estados Americanos en concordancia con otras fuentes del DIP moderno reconoce no solo la prohibición del uso de la fuerza sino también a la legítima defensa⁹⁸ como excepción de esta prohibición.

2.2. Caracteres de la Legítima Defensa:

2.2.1. Instituto de Excepción, Provisorio y Subsidiario:

A partir del 2.4 de la Carta se puede apreciar que los Estados no pueden utilizar la fuerza en las Relaciones Internacionales, esto se complementa por otro lado con el funcionamiento del CS quien mediante resoluciones o recomendaciones mantiene la paz internacional, pudiendo tomar medidas coercitivas de ser necesario. Sin embargo al redactar la Carta la Comunidad Internacional apreció que en determinados casos los Estados deben defenderse de un ataque sin que exista el tiempo de recurrir al CS, es por esto que la Legítima Defensa es permitida siempre y cuando el CS no haya “tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales”. Esta comunicación es exigida ex post facto, es decir que el Estado puede defenderse sin avisar previamente al CS. Pero una vez iniciadas las medidas defensivas debe informarlas.

El artículo 51 impone la obligación al Estado que se defiende de comunicarse en forma inmediata con el CS informándole de la situación para adopte las medidas que considere necesaria. Siendo provisorio dado que el Estado cesa de ejercer toda medida defensiva una vez que el Consejo empiece a actuar en el caso y subsidiaria dado que toda medida que toma el Estado atacado será en virtud de lo establecido por el Consejo de Seguridad.

⁹⁵ TETTAMANTI, Pablo A. “Uso de la fuerza en los Conflictos Internacionales: Un análisis al final del bipolarismo”. Edit. Universidad. Bs. As. 1995.pág. 68

⁹⁶ Art. 53 de la Carta de Naciones Unidas: “1.El Consejo de Seguridad utilizará dichos acuerdos u organismos regionales, si a ello hubiere lugar, para aplicar medidas coercitivas bajo su autoridad. Sin embargo, no se aplicarán medidas coercitivas en virtud de acuerdos regionales o por organismos regionales sin autorización del Consejo de Seguridad, salvo que contra Estados enemigos...2. El término “Estados enemigos” empleado en el párrafo 1 de este Artículo se aplica a todo Estado que durante la segunda guerra mundial haya sido enemigo de cualquiera de los signatarios de esta Carta.”

⁹⁷ Art. 52 inc. 2 e inc. 3 de la Carta de Naciones Unidas: “2. Los Miembros de las Naciones Unidas que sean partes en dichos acuerdos o que constituyan dichos organismos, harán todos los esfuerzos posibles para lograr el arreglo pacífico de las controversias de carácter local por medio de tales acuerdos u organismos regionales antes de someterlas al Consejo de Seguridad. El Consejo de Seguridad promoverá el desarrollo del arreglo pacífico de las controversias de carácter local por medio de dichos acuerdos u organismos regionales, procediendo, bien a iniciativa de los Estados interesados, bien a instancia del Consejo de Seguridad.”

⁹⁸ Art. 22 de la Carta de la Organización de Estados Americanos: “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.”

Es por esto que la limitación de la legítima defensa nace a partir de la Carta de la ONU: porque solo es posible limitar este instituto en un marco donde el uso de la fuerza se encuentra, en principio, prohibido.

Jorge Castañeda expresa en forma clara este régimen de excepción: “La legítima defensa, si bien constituye un “derecho inmanente”, como dice el artículo 51 de la Carta, representa no obstante una excepción al principio eje de las relaciones internacionales que prohíbe el uso de la fuerza; en tanto excepción, la determinación de su alcance debe ser de interpretación estricta⁹⁹”.

2.2.2. Es un Derecho Inmanente:

Esto hace referencia a que es un derecho propio de los Estados por ser Estados y no es creado por la Carta, encuentra sus fundamentos y bases en el derecho consuetudinario; esto fue reconocido por la CIJ en el ya mencionado caso “Nicaragua c/ EEUU”¹⁰⁰.

Este derecho inmanente es reconocido a todos los Estados, aun los Estados neutrales; “Un Estado que se haya comprometido contractualmente a una neutralidad perpetua, como por ejemplo Suiza o el Vaticano¹⁰¹,... conserva el derecho de legítima defensa si es objeto de un ataque...¹⁰²”. Esto se ve reconocido en el Art. 10 de la V Convención de La Haya de 1907, donde se expresa que el rechazo por la fuerza ejercido por un Estado neutral de un atentado contra su neutralidad no constituye un acto hostil, es decir no constituye un acto contrario a tal neutralidad¹⁰³.

Por otro lado se puede mencionar que durante las negociaciones del Pacto Briand-Kellog, en el intercambio de notas no se encuentra definido este instituto y es considerado peligroso hacerlo, y en la nota del 23 de Junio de 1928 se aclara que los Estados tienen el derecho de defender su territorio de un ataque o incursión, y a pesar de ello no fue incorporado en el pacto porque se considera un derecho evidente e irrenunciable¹⁰⁴.

2.2.3. Exigencia del Ataque Armado:

“Ante la ausencia de una fuerza armada ejercida en su contra, ningún Estado puede hacer pretenderse incurso en este instituto sin incurrir en responsabilidad internacional¹⁰⁵”.

El concepto de ataque armado no se encuentra definido en la Carta de la ONU como tampoco en otras fuentes complementarias. Ante esta situación sin embargo se puede diferenciar dos conceptos: por un lado el de ataque armado con el de agresión: un ataque armado es un concepto más restringido que el de agresión, requiere determinados elementos tales como una operación bélica de gran intensidad y magnitud que perjudique en una forma importante al Estado. Solamente ante un ataque armado se legítima la defensa plenamente permitiendo el uso transfronterizo de la fuerza.

Para la correcta determinación de este concepto mencionaré dos fuentes:

La Resolución AG 3314: “Definición de la Agresión” enumera algunos casos de agresión que pueden ser considerados como ataques armados: “Inc. a: La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, ó toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión

⁹⁹ “La prohibición del uso de la fuerza”; Castañeda, Jorge cit. “La pretendida legítima defensa preventiva y la guerra en Irak”; Héctor Gros Espiell; Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano; Tomo 2; Montevideo; 2004 pág. 879

¹⁰⁰ “...La excepción del derecho de legítima defensa, individual o colectiva, es también, a juicio de los Estados, establecida en el derecho consuetudinario, como se desprende, por ejemplo, de los términos del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas que hace referencia a un “derecho inmanente”, y de la declaración en la resolución 2625 (XXV) “. TRADUCCIÓN DEL AUTOR, TRANSCRIPCIÓN ORIGINAL EN ANEXO

¹⁰¹ Actualmente es el único sujeto con limitación a la capacidad jurídica: es decir neutralidad permanente

¹⁰² GOLDSCHMIDT, Werner. “Introducción Filosófica al Derecho”. Edit.: Lexis Nexis. Bs. As. 2005. pág. 512

¹⁰³ Art. 10 de la Convención V de La Haya de 1907: “No puede considerarse como un acto hostil el hecho de que una potencia neutral rechace, aun por la fuerza, los atentados contra la neutralidad.”

¹⁰⁴ VERDROSS, Alfred. “Derecho Internacional Público”. Edit. Aguilar. Madrid. 1957. Traducción de la tercera edición alemana con notas y bibliografía adicionales de TRUYOL y SERRA, Antonio. pág. 317-ss.

¹⁰⁵ LOZADA, Martín. “El Uso de la Fuerza en las Relaciones Internacionales: los atentados del 11 de septiembre, su respuesta y el Derecho Internacional”. Jurisprudencia Argentina. Vol.: 2002-I. Bs. As. 2002. pág. 1077.

o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él; Inc. 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;... Inc. 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;...” y por otro lado otros incisos que no constituyen ataques armados pero si constituyen un acto de agresión: “Inc. c. El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;.... Inc. 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...”.

La CIJ en su sentencia en el caso Nicaragua c/ EEUU por otro lado limita el concepto de ataque armado dado que considera que la asistencia logística o proveer armamento a fuerzas rebeldes no equivale a un ataque armado en los términos del Art. 51 de la Carta¹⁰⁶.

El concepto de legítima defensa preventiva empieza a adquirir importancia a medida que estos ataques armados adquieren no sólo mayor rapidez sino que también adquieren mayor capacidad destructiva, fundamento que para doctores como McDougall¹⁰⁷, como se verá en el próximo capítulo, fundamentaría una acción preventiva.

En este sentido la Res. AG 3314 se encuentra desactualizada (al igual que la normativa general sobre el uso de la fuerza de Naciones Unidas), dado que los avances tecnológicos son muchos más veloces que los avances jurídicos en la materia: a medida que avanza la producción de armamento y aumenta su velocidad y capacidad destructiva, los Estados empiezan a considerar peligroso esperar al inicio del ataque armado y por lo tanto tratan de evitarlo, por ello es que empiezan a tomar mayor fuerza los fundamentos (mayoritariamente políticos y militares) que habilitan intervenciones preventivas.

La existencia de un ataque armado indirecto también podría fundamentar la legítima defensa. Este concepto hace referencia a situaciones que no constituyen en principio un ataque armado stricto sensu pero puede sin embargo habilitar la legítima defensa. Este concepto puede aplicarse a dos situaciones diferentes:

1. al envío de bandas armadas no regulares por un Estado para que ataquen otro pero que pueden considerarse por su entidad suficiente órganos de facto del Estado atacante, generalmente toman la modalidad de “guerrillas”
2. acumulación de pequeños actos de agresión.

El segundo caso es defendido por Bowet: “Si un Estado ha sido objeto de repetidos ataques armados en el pasado y éstos amenazan continuar esporádicamente en el futuro, puede ello equivaler por acumulación a un ataque armado contra el Estado que lo autorice a emplear la legítima defensa¹⁰⁸”; se puede destacar que la CIJ en el caso Nicaragua c/ EEUU establece la posibilidad que una acumulación de eventos puedan dar lugar a la legítima defensa¹⁰⁹.

Ante los ataques terroristas del 11 de Septiembre del 2001 en territorio norteamericano, surge una la duda de si estos actos terroristas pueden fundamentar una legítima defensa. El CS dictó la Res. CS 1368

¹⁰⁶ “La Corte no considera que el concepto de “ataque armado” incluye la asistencia a los rebeldes en la forma de suministro de armas o apoyo logístico o de otro tipo. Además la Corte considera que el derecho internacional consuetudinario, ya sea de carácter general o particular del el sistema legal interamericano, no existe una regla que permite el ejercicio de la legítima defensa colectiva en la ausencia de una petición del Estado víctima del presunto ataque, siendo ésta adicional a la exigencia de que el Estado en cuestión debería haber declarado que ha sido atacado... El Juez Ruda trata con la cuestión de la legítima defensa... en su opinión no es necesario entrar en los detalles de hecho, porque la asistencia a rebeldes no es per se un pretexto para la legítima defensa desde un punto de vista jurídica... Los Estados no tienen un derecho a una respuesta armada colectiva ante actos que no constituyan un” ataque armado...” TRADUCCIÓN DEL AUTOR, TRANSCRIPCIÓN ORIGINAL EN ANEXO

¹⁰⁷ BARBOZA, Julio. “Derecho Internacional Público”. 2da Edición. Edit. Zavalia. Buenos Aires. 2008.pág. 267

¹⁰⁸ Idem anterior. pág. 259

¹⁰⁹ “Con respecto a las incursiones transfronterizas en el territorio de estos dos Estados por parte de Nicaragua, es difícil decidir si configuran, en forma individual o colectiva, un ataque armado por parte de Nicaragua...pudiendo justificar el ejercicio del derecho de la legítima defensa” TRADUCCIÓN DEL AUTOR, TRANSCRIPCIÓN ORIGINAL EN ANEXO

en la cual reconoce la ilegalidad y peligrosidad de este tipo de ataques¹¹⁰ y luego el 28 de Septiembre de 2011 dicta la Res. CS 1373 instando a los Estados ya no a abstenerse de colaborar con los grupos terroristas sino combatirlos haciendo hincapié en la etapa en la financiación y preparación: reprimiendo los actos de financiación del terrorismo internacional. Barbosa entiende que luego de los ataques terroristas los actos de varios Estados motivaron el pensamiento de la creación de una nueva norma (no receptada en forma unánime), la cual aparentemente permitiría la Legítima Defensa ante ataques terroristas¹¹¹, motivando en la práctica la invasión a Afganistán en el año 2001. Esto produjo un cambio en la interpretación del Art. 51, por lo menos de parte de EEUU y el Reino Unido de Gran Bretaña, ya que no sólo no se requiere un ataque armado para justificar una legítima defensa sino que empieza una nueva doctrina que basándose en el siguiente fragmento de la resolución: "...los responsables de prestar asistencia, apoyo o abrigo a los autores, organizadores y patrocinadores de estos actos tendrán que rendir cuenta de sus actos", entre otros razonamientos políticos y multares, permitiría a los Estados atacar a aquellos "Estados cómplices" de un grupo terrorista.

La posibilidad de ejercer la Legítima Defensa ante ataques terroristas fue expuesta por el ex presidente norteamericano G. W. Bush quien advirtió que el no distinguiría durante su mandato entre terroristas y los Estados que los albergan¹¹² por lo tanto en la denominada Doctrina Bush existiría la posibilidad de ejercer legítima defensa ante ataques terroristas. Cuestión que no es aceptada en forma unánime por la doctrina ni por todos los Estados. Más allá de esto debemos existen dos cuestiones problemáticas que evitan que esta interpretación sea receptada en forma unánime:

1. La posibilidad de que sean varios Estados los que "alberguen/colaboren" con los terroristas
2. Y principalmente el hecho de que no existe inmediatez ante el ataque y la respuesta, perdiéndose por ello un requisito esencial de la Legítima Defensa.

2.2.4. Proporcionalidad:

La legítima defensa no puede convertirse en un acto de agresión contra el Estado atacante. "La acción defensiva debe ser también proporcionada a la naturaleza e intensidad del ataque y suficiente para desactivarlo,... se refiere al quantum de fuerza que... debe emplear para repeler el quantum de fuerza del Estado agresor...juega en función no sólo del tipo de fuerza comprometida, sino también de la finalidad de la legítima defensa: desactivar el ataque armado¹¹³".

Para determinar la proporcionalidad existen tres doctrinas:

1. un primer criterio cualitativo que establece como base para determinar la proporcionalidad el objetivo o fin que persigue la defensa
2. el segundo criterio es cuantitativo aquí lo importante para definir la proporcionalidad son los actos: ya sea tomando en cuenta el ataque previo o en su caso la existencia de la amenaza y juzgar la proporcionalidad en base a su gravedad y medios empleados
3. una tercer teoría intermedia: que aplica el criterio de los actos para los ataques de menor cuantía y el de los objetivos para aquellos ataques militares de mayor entidad o en los casos de sucesión de actos diferentes de agresión armada si pueden equipararse por sus efectos y escala a un ataque armado.

¹¹⁰ "Reconociendo el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas,... Condena inequívocamente en los términos más enérgicos los horribles ataques terroristas que tuvieron lugar el 11 de septiembre de 2001... y considera que esos actos, al igual que cualquier acto de terrorismo internacional, constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales;...".

¹¹¹ BARBOZA, Julio. "Derecho Internacional Público". 2da Edición. Edit. Zavalia. Buenos Aires. 2008.pág. 279.

¹¹² "Dese este día en adelante, cualquier nación que continúe albergando o apoyando el terrorismo será considerada por Estados Unidos como un régimen hostil..." TRADUCCIÓN DEL AUTOR, TRANSCRIPCIÓN ORIGINAL EN ANEXO.

¹¹³ LOZADA, Martín. "El Uso de la Fuerza en las Relaciones Internacionales: los atentados del 11 de septiembre, su respuesta y el Derecho Internacional". Jurisprudencia Argentina. Vol.: 2002-I. Bs. As. 2002. pág. 1075.

La postura más adecuada a Derecho es la planteada por Lozada¹¹⁴ al considerar que para medir la proporcionalidad es necesario medir no solo la fuerza del ataque que se pretende repeler sino también es necesario analizarla en base al fin que persigue este instituto: desactivar el ataque y no constituir un nuevo ataque.

2.2.5. Necesidad:

La necesidad en el ejercicio de la legítima defensa exige que el uso de la fuerza sea el único medio posible para repeler el ataque¹¹⁵.

Así como la proporcionalidad es exigida por el derecho consuetudinario, la CIJ en el caso Nicaragua c/ EEUU reconoce que este mismo derecho consuetudinario exige que las medidas adoptadas se adapten a la necesidad del caso¹¹⁶. Por necesidad podemos entender que "...el ejercicio de la fuerza armada debe ser el único medio al que puede recurrir el Estado, no teniendo otros distintos a su alcance para detener la agresión¹¹⁷".

La necesidad y la proporcionalidad tienen una relación estrecha limitando la legítima defensa esto se puede observar en el caso del Caroline:

En el año 1837 Canadá se encontraba en una situación de rebelión contra el Reino Unido de Gran Bretaña, en este contexto algunos ciudadanos norteamericanos fletaron un buque que da nombre al caso, el "Caroline", que fue de ayuda a los rebeldes canadienses; sin embargo este buque fue apresado por los ingleses quienes lo hicieron caer por las cataratas del Niágara provocando la muerte de dos norteamericanos. El Secretario de Estado norteamericano Webster (durante los años 1841/2) intercambia correspondencia diplomática con Gran Bretaña sobre esta cuestión. Dado que Gran Bretaña y EEUU no se encontraban en guerra era necesario justificar este incidente por otra vía, Webster establece requisitos para la existencia de la legítima defensa, que aún hoy son vigentes por ser parte del Derecho Consuetudinario: en principio se requiere de "una necesidad de defensa propia urgente, abrumadora, que no dejara lugar a la elección de los medios ni tiempo a la deliberación¹¹⁸" y dado la relación con la proporcionalidad, que exprese, además se exigía que "no habían hecho nada irrazonable o excesivo, desde que los actos justificados por la necesidad de la defensa propia deben ser limitados por esa necesidad y mantenidos claramente dentro de sus límites¹¹⁹". En este caso finalmente GB alega la existencia de legítima defensa evitando conflictos con EEUU pero el impacto del caso fue tal que estos requisitos trascendieron al mismo.

2.2.6. Razonabilidad en el tiempo:

Debe existir una inmediatez temporal entre el ataque armado y la reacción defensiva so pena de convertirse en una represalia armada. Esto sin embargo no siempre es absoluto, dado que si un Estado ocupa el territorio de otro Estado, y el Estado ocupado repele la ocupación en un periodo no inmediato de tiempo estamos de igual manera ante un caso de Legítima Defensa.

2.3. Objeto de la legítima defensa:

Cheng establece que en el caso del Caroline se observan los 4 requisitos de la Legítima Defensa: 1) la existencia de un peligro contra la seguridad del Estado o sus ciudadanos, 2) la ilegalidad de este peligro,

¹¹⁴ Ídem anterior.

¹¹⁵ Ídem anterior.

¹¹⁶ "Las Partes, que consideran la existencia de este derecho para ser establecido como una materia de derecho internacional consuetudinario, acuerdan en sostener que si la respuesta a un ataque es legal o no depende de la observancia de criterios de necesidad y proporcionalidad en las medidas tomadas en legítima defensa." TRADUCCIÓN DEL AUTOR, TRANSCRIPCIÓN ORIGINAL EN ANEXO.

¹¹⁷ LOZADA, Martín. "El Uso de la Fuerza en las Relaciones Internacionales: los atentados del 11 de septiembre, su respuesta y el Derecho Internacional". Jurisprudencia Argentina. Vol.: 2002-I. Bs. As. 2002. pág. 1075.

¹¹⁸ BARBOZA, Julio. "Derecho Internacional Público". 2da Edición. Edit. Zavalia. Buenos Aires. 2008.pág. 255.

¹¹⁹ Ídem anterior.

3) la ausencia de otro medio para repeler el peligro 4) y la proporcionalidad en el medio empleado a tal fin. En este orden de ideas, este autor afirma que el primer requisito limita el objeto que tiene la defensa, una vez extinguido este peligro, o ataque para utilizar una terminología más afín al Art. 51 de la Carta de Naciones Unidas, el Estado que se defiende debe cesar esta conducta, so pena de incurrir en un caso de represalias u otro uso menor de la fuerza¹²⁰.

2.4. Efectos del uso de la fuerza en legítima defensa:

2.4.1. Uso transfronterizo de la fuerza:

El primer efecto esencial que surge de la legítima defensa es la posibilidad del Estado atacado de defenderse pudiendo hacerlo utilizando la fuerza fuera de su territorio y sobre el territorio del Estado atacante, esto lo complementamos con la Res. AG 378 en la cual este órgano recomienda que se utilicen todos los medios compatibles con este instituto para poner pronto fin al conflicto armado¹²¹.

Sin embargo el uso transfronterizo de la fuerza no siempre es aplicable dado que sólo podría realizarlo un Estado cuando sea el medio idóneo para asegurar una defensa correcta y se ajuste a los principios de la legítima defensa: proporcionalidad, limitación del objeto a la defensa, la necesidad de utilizarla, etc. Cheng realiza un estudio interesante sobre este tema: al afirmar que cada Estado al ejercer en forma exclusiva su jurisdicción y soberanía dentro de su territorio debe garantizar la protección de sus intereses y los intereses de sus ciudadanos dentro de su territorio, pero a su vez dentro de este debe garantizar la protección de los intereses de otros Estados y sus ciudadanos. Cualquier Estado puede realizar actos tendientes a proteger sus intereses y derechos dentro de su territorio o en territorios no sujetos a jurisdicción de otros Estados (por ej. Alta Mar), sin embargo para poder hacer uso transfronterizo de la fuerza es necesario que el Estado en cuyo territorio se pretende ingresar halla omitido proteger los intereses del Estado que se defiende o los intereses de sus ciudadanos¹²².

2.4.2. Eximente de responsabilidad internacional:

Tal como fue expuesto anteriormente los actos realizados en el marco de legítima defensa no constituyen ilícitos, como se establece en el Anexo 1ª Parte Cap. V art. 21¹²³ de la Res. AG 56/83 que expresamente excluye la ilicitud pero no el hecho de responsabilidad internacional a aquellos actos ejercidos en legítima defensa en el marco de la Carta de ONU.

2.5. Diferencias con Represalias Armadas:

Es cierto que ambos institutos guardan ciertas similitudes, como puede observarse en el caso Naulilaa¹²⁴ de 1928, un laudo arbitral de un tribunal luso-alemán, según el cual las represalias solo serían lícitas de existir: un estado de necesidad, es decir la imposibilidad de conseguir la satisfacción de la pretensión por otro medio, la existencia de intentos de compensación infructuosos y proporcionalidad entre el hecho que da lugar a la represalia¹²⁵.

¹²⁰ CHENG, Bin. "Pre-emptive or similar type of self-defence in the territory of foreign States". Chinese Journal of International Law Advance Access. Publicado por Oxford University Press. 2013. pág. 4-5.

¹²¹ "...Que todo Estado que se vea envuelto en hostilidades con otro u otros Estados, adopte todas las medidas que sean practicables en las circunstancias existentes, y compatibles con el derecho de legítima defensa, a fin de poner término al conflicto armado lo antes posible;...".

¹²² CHENG, Bin. "Pre-emptive or similar type of self-defence in the territory of foreign States". Chinese Journal of International Law Advance Access. Publicado por Oxford University Press. 2013. pág. 3-ss.

¹²³ Art. 21 de la Res. de AG 56/83: "La ilicitud del hecho de un Estado queda excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas."

¹²⁴ En dicho caso se discutió sobre la licitud de las represalias en una controversia entre Alemania y Portugal: durante la Primera Guerra mundial (el 19 de Octubre de 1914) tropas Alemanas ingresan al territorio de la ciudad de Naulila en Angola, territorio de Portugal en ese entonces, por lo que repelido por Portugal quien hace uso de la fuerza en tal caso produciendo la muerte de oficiales alemanes, el 31 de Octubre como represalia Alemania ataca el fuerte portugués en Cuangar, Angola, en claro ejemplo de represalia armada; luego de unos años se somete este caso a un tribunal arbitral quien considerando que Alemania realizó contramedidas ilícitas debido a exceder la proporcionalidad y no fue precedida por intentos de negociación.

¹²⁵ TETTAMANTI, Pablo A. "Uso de la fuerza en los Conflictos Internacionales: Un análisis al final del bipolarismo". Edit. Universidad. Bs. As. 1995. pág. 38

Como puede observarse estas características: en especial el de proporcionalidad (requisito que a su vez también comparten con las contramedidas¹²⁶) y de instituto de ultima ratio son también comunes con la legítima defensa, sin embargo nada se menciona aquí sobre el requisito de inmediatez en el tiempo ni del límite que rige a la legítima defensa, en virtud del Art. 51 de la Carta de la ONU, de proceder únicamente ante ataques armados. Sin embargo se puede encontrar diferencias aún mayores:

En un principio la primera diferencia radica en que en el caso de las represalias, el DI actual las prohíbe, mientras que la legítima defensa se encuentra permitida en el marco expuesto anteriormente.

Kelsen y Strupp consideran la Legítima Defensa una especie de represalias, sin embargo esto no es así, dado que si bien tienen un origen común: un hecho ilícito de otro Estado, la Legítima Defensa no implica una intromisión en un bien jurídico del otro Estado, sino que finaliza en la defensa, mientras que todo lo contrario ocurre con las represalias¹²⁷.

¹²⁶ Art. 51 de la Res. 56/83 de AG: "Las contramedidas deben ser proporcionales al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los derechos en cuestión."

¹²⁷ VERDROSS, Alfred. "Derecho Internacional Público". Edit. Aguilar. Madrid. 1957. Traducción de la tercera edición alemana con notas y bibliografía adicionales de TRUYOL y SERRA, Antonio. pág. 317-ss.

Capítulo III: Legítima defensa preventiva

Luego de haber expuesto la legítima defensa corresponde continuar con el instituto del que trata esta tesina: la legítima defensa preventiva.

Es importante realizar un análisis diferente al de los capítulos anteriores, dado que en este instituto los casos son de vital importancia, teniendo en cuenta que las justificaciones de tales medidas son ex post facto. Una vez que se enumeren algunos casos y una breve explicación de cada uno se realizara un análisis de los diferentes fundamentos de este instituto para poder determinar si es compatible o no con el Derecho Internacional vigente.

3.1. Exposición y análisis de casos:

Israel contra fuerzas armadas de Egipto en 1967 El 29 de Noviembre de 1947 la AG dictó la Res. AG 181 que establece el Plan de Partición de Palestina, adjudicando parte del territorio de Palestina a la creación de un nuevo Estado: Israel, motivando por causas políticas y militares un conflicto que se extiende aun hasta el día de hoy. En 1967 se produjeron varios conflictos entre Israel y Siria, debido a la alianza militar de Siria y Egipto, este último moviliza sus fuerzas y cierra a la navegación israelí el Golfo de Akaba. Ante esta situación hostil Irak y Jordania confirman su apoyo al gobierno egipcio y sirio. El 5 de Junio inicia la denominada Guerra de los Seis Días que finaliza, ya el 10 de Junio, con la ocupación israelí de la Franja de Gaza, la Península de Sinaí, la Franja Oriental del río Jordan, las Alturas de Golán y el estrecho de Tirán, tal ocupación fue considerada ilegítima por el CS quien mediante la Res. CS 242¹²⁸ ordena el cese de las hostilidades y la restitución del territorio. Es considerado un caso de defensa preventiva dado que previo al inicio de la denominada Guerra de los Seis Días, Israel observó la acción del gobierno de Egipto y considerando que el ataque era inminente ataca a Egipto antes del inicio de las hostilidades, cabe destacar que tales acciones no fueron sancionadas por el CS. Esta decisión israelí se justifica en un primer lugar por la inminencia del ataque egipcio pero por otro lado que debido a la polarización en el CS (EEUU quien apoyaba a Israel mientras que la URSS apoyaba a Egipto y sus aliados), era lógico suponer que el Cap. VII de la Carta no se aplicaría debido al veto de EEUU o la URSS, según el caso.

Israel contra Irak en 1981 mediante bombardeo en Osirak: el 7 de Junio de 1981 Israel bombardea y destruye un reactor nuclear en construcción en territorio de Irak alegando legítima defensa, dado que consideraban que la existencia de este reactor representaba una amenaza a su existencia. Sin embargo no puede encuadrarse en el Art. 51 de la Carta de Naciones Unidas en el sentido clásico de legítima defensa dado que no existe ni siquiera un inicio de ejecución de un ataque, sino que se ejerce en forma preventiva la defensa. Mediante este reactor era posible construir armas nucleares, y para Israel el hecho de que Irak ratificó el Tratado de No Proliferación de 1969, sometiéndose a un régimen de control de la Agencia Internacional de Energía Atómica, no fue garantía suficiente del uso pacífico de la instalación. Por otro lado se esgrime como argumento que la destrucción previa a que se finalice la construcción del reactor era lo más beneficioso dado que de esperar a que se finalice su construcción, ante el eventual uso hostil del material nuclear y la eventual defensa israelí era posible que se propague radiación ante daños producidos al reactor. Estos actos llevaron al dictado de la Res. CS 487 quien repudia los actos realizados considerándolos contrarios al Derecho Internacional, violentando especialmente el Art. 2.4 de la Carta de Naciones Unidas¹²⁹, de la misma manera actúa la AG en la Res. AG 36/27 (1981): "Agresión armada israelí contra las instalaciones nucleares iraquíes y sus graves consecuencias para el sistema internacional establecido respecto de la utilización de la energía nuclear con fines pacíficos, la no proliferación de armas nucleares y la paz y la seguridad internacionales"¹³⁰. De esta manera puede observarse

¹²⁸ Texto de la Res. CS 242: "1. Afirma que el acatamiento de los principios de la Carta requiere que se establezca una paz justa y duradera en el Próximo Oriente, la cual incluya la aplicación de los dos principios siguientes:

Retirada de las fuerzas armadas israelíes de territorios que ocuparon durante el reciente conflicto.

Terminación de todas las situaciones de beligerancia o alegaciones de su existencia, y respeto y reconocimiento de la soberanía, integridad territorial e independencia política de todos los Estados de la zona y de su derecho a vivir en paz dentro de fronteras seguras y reconocidas y libres de amenaza o actos de fuerza;..."

¹²⁹ Texto de la Res. CS 487 "1. Condena enérgicamente el ataque militar de Israel que viola claramente la Carta de las Naciones Unidas y las normas del comportamiento internacional; 2. Pide a Israel que se abstenga de cometer actos de esa clase o amenazar con cometerlos;..."

¹³⁰ Texto de la Res. AG 36/27 "1. Condena enérgicamente a Israel por su acto de agresión premeditado y sin precedentes cometido en contravención de la Carta de Naciones Unidas...2. Advierte solemnemente a Israel que deje de preferir amenazas y de lanzar tales ataques armados..."

que en 1981 la doctrina de la Legítima Defensa Preventiva no se encontraba recepcionada ni admitida por Naciones Unidas, sino que el término que utiliza en estos casos es directamente el de un ataque armado.

Bloqueo naval de Estados Unidos a Cuba en 1962: EEUU alegó la aplicación del Capítulo VIII de la Carta (acuerdos regionales) ante los actos ejecutados durante el año 1961 por Fidel Castro quien declara que Cuba adopta un sistema socialista de gobierno y por lo tanto, en el contexto de la Guerra Fría, se encuentra alineado con la URSS y enfrentado con EEUU. El gobierno de Kennedy, preocupado por la cercanía territorial entre Cuba y EEUU, envía aviones espías que logran capturar imágenes de la construcción de bases de lanzamiento de misiles, cuyo alcance incluía no solo el territorio norteamericano sino también el territorio del Caribe y América del Sur en un corto periodo de tiempo. Teniendo en cuenta el sistema de seguridad colectiva y de funcionamiento de Naciones Unidas existía un problema para Estados Unidos: la única solución que consideraba aplicable era la de un bloqueo a Cuba. Sin embargo esto significaría realizar un uso indebido de la fuerza, conforme el Art. 2. 4 de la Carta de Naciones Unidas, el bloqueo no podría justificarse bajo el instituto de la legítima defensa dado que la construcción de las bases no equivale a un ataque armado, por lo que en este caso la respuesta sería la de recurrir al Consejo de Seguridad, en este caso se conocía la respuesta a esta medida de antemano: sería imposible la aplicación del Capítulo VII de la Carta ante el voto negativo de la Unión Soviética, quedando únicamente la posibilidad de recurrir ante la Asamblea General, esta vía presentaba dos problemas: el primero de ellos que demandaría un tiempo considerable y el segundo es que las resoluciones de la AG no son vinculantes como si lo son las resoluciones del CS. Ante tal situación EEUU recurre a los denominados acuerdos regionales, recurriendo al Órgano de Consulta de la OEA, quien aplicando los Art. 6¹³¹ y 8¹³² del Tratado de Asistencia Reciproca (TIAR), habilita a EEUU a usar todos los medios necesarios para evitar un ataque cubano a territorio americano, por lo que EEUU declara la existencia de una cuarentena defensiva alrededor de Cuba, inspeccionado cada buque que se dirigía a este Estado y de poseer elementos susceptibles de ser utilizados para la construcción de estos armamentos era desviado a otros puertos. Al alegar el uso de los organismos regionales, en lugar de legítima defensa, se buscaba evitar la condena de Naciones Unidas por violar el Art. 2.4 de la Carta. Luego de esto, EEUU exige a Cuba el retiro de estos misiles e informa que cualquier ataque desde Cuba al hemisferio sería considerado un ataque soviético contra EEUU, motivando por consiguiente una respuesta militar. Desde Naciones Unidas, primero es destacable el rol ejercido por U-Thant, Secretario General en aquel momento, quien medio entre ambos (aunque sin éxito) buscando el cese del bloqueo y una negociación pacífica, sin embargo dentro del Consejo de Seguridad se apreció el problema que nace con el sistema de vetos dado que en ese mundo bipolar liderado por EEUU por un lado y la URSS por otro, fue imposible llegar a un acuerdo dado que ambas partes veían involucrados sus intereses políticos y militares.

Guerra del Golfo de 1991: en 1990 Irak invade el territorio de Kuwait logrando la anexión del territorio de Kuwait, violentando de esta forma la Carta de Naciones Unidas y toda la normativa concordante. El CS sanciona las medidas tomadas por Irak con las siguientes resoluciones:

- 1) Res. CS 660 condenando el ataque, textualmente la resolución reza: “1. Condena la invasión de Kuwait...2. Exige que el Iraq retire inmediata e incondicionalmente todas sus fuerzas...”
- 2) Res. CS 661 imponiendo sanciones económicas, por ejemplo: el Consejo de Seguridad “3. Decide que todos los Estados impedirán: a) La importación a sus territorios de todos los productos originarios del Iraq o Kuwait...b) Todas las actividades...que promuevan o tengan por objeto promover la exportación o el transbordo de cualquiera productos o bienes del Iraq o Kuwait...”
- 3) Res. CS 665 con respecto al embargo marítimo, la resolución exhorta “...a los Estados Miembros que cooperan con el Gobierno de Kuwait que están desplegando fuerzas marítimas en la región a que utilicen las medidas proporcionadas a las circunstancias concretas que sean necesarias,

¹³¹ Art.6 del TIAR: “Si la inviolabilidad o la integridad del territorio o la soberanía o la independencia política de cualquier Estado Americano fueren afectadas por una agresión que no sea ataque armado, o por un conflicto extra continental o intracontinental, o por cualquier otro hecho o situación que pueda poner en peligro la paz de América, el Órgano de Consulta se reunirá inmediatamente, a fin de acordar las medidas que en caso de agresión se deben tomar en ayuda del agredido o en todo caso las que convenga tomar para la defensa común y para el mantenimiento de la paz y la seguridad del Continente.”

¹³² Art. 8 del TIAR: “Para los efectos de este Tratado, las medidas que el Órgano de Consulta acuerde comprenderán una o más de las siguientes: el retiro de los jefes de misión; la ruptura de las relaciones diplomáticas; la ruptura de las relaciones consulares; la interrupción parcial o total de las relaciones económicas, o de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, telefónicas, radiotelefónicas o radiotelegráficas, y el empleo de la fuerza armada.”

bajo la autoridad del Consejo de Seguridad, para detener a todo el transporte marítimo que entre y salga...”

- 4) Res. CS 670 impone un bloqueo aéreo, ordenándolo de la siguiente manera: “...4. Decide que ningún Estado permitirá que ninguna aeronave que haya de aterrizar en el Iraq o Kuwait, cualquiera sea el Estado que esté registrada, sobrevuele su territorio...”
- 5) Res. CS 678 que habiendo agotado todos los recursos del Cap. VI especialmente los art. 33¹³³, art. 36.1¹³⁴ de la Carta y la aplicación de medidas que no impliquen el uso de la fuerza¹³⁵ autorizaba el uso de la fuerza, haciendo aplicación del art. 42 de la misma: “...Autoriza a los Estados miembros que cooperan con el gobierno de Kuwait, si el 15 de enero de 1991 Iraq no ha aplicado plenamente las resoluciones indicadas más arriba conforme al parágrafo 1 anterior, a usar todos los medios necesarios para hacer respetar y aplicar la resolución 660 del Consejo de Seguridad y todas las resoluciones pertinentes posteriores, así como para restablecer la paz y la seguridad internacionales en la región.”

Con el fin de terminar con la ocupación ilícita iraquí se crea una coalición bajo mandato de ONU, formada por Estados como Argentina, Estados Unidos, Egipto, Siria, Reino Unido, Francia, etc. Luego de varios enfrentamientos concluye el conflicto bélico con la victoria de la coalición y el retiro de las tropas de Irak del territorio de Kuwait. Este conflicto si bien contó con la aprobación del CS y tuvo fines sancionatorios, no deja de ser por ello preventivo, dado que, desde un punto de vista de la política exterior norteamericana, cuya influencia como uno de los cinco miembros permanentes del CS fue vital para que dicho enfrentamiento ocurra, se pretendió prevenir que Irak ataque otros Estados árabes, como Arabia Saudita¹³⁷. Por otro lado se encontraba el temor de que Irak adquiere armas nucleares¹³⁸, u otras armas de destrucción masiva, tal amenaza no se encontraba sin fundamento teniendo en cuenta que en la Guerra con Irán (1980-1988) utilizó armas bacteriológicas, por ejemplo en la masacre de Halabja en 1988. En este sentido puede observarse dos fines preventivos: por un lado evitar el ataque de Irak a otros Estados “aliados” y evitar que este use de armas de destrucción masiva contra ellos.

Modificación de las rules of engagement de EEUU y GB en el año 1999 permitiendo que sus aviones al controlar el cumplimiento de las prohibiciones de vuelos en Irán ataquen a blancos iraníes sospechosos, sin esperar a ser atacados. Tal acto demuestra una exagerada ampliación de la legítima defensa, dado que bastaría con una mera sospecha para ejercer la defensa.

Invasión de Estados Unidos a Irak en 2003: Entre algunos de los argumentos esgrimidos en el año 2003 por EEUU al invadir Irak es el del temor que Irak facilite a grupos terroristas, como Al Qaeda, armas de destrucción masiva; tal temor a su vez se ve fundamentado por los ataques sufridos en su territorio el 11 de Septiembre de 2001.

¹³³ Art. 33 de la Carta de Naciones Unidas: “1. Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección. 2. El Consejo de Seguridad, si lo estimare necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios.”

¹³⁴ Art. 36.1 de la Carta de Naciones Unidas: “1. El Consejo de Seguridad podrá, en cualquier estado en que se encuentre una controversia de la naturaleza de que trata el Artículo 33 o una situación de índole semejante, recomendar los procedimientos o métodos de ajuste que sean apropiados.”

¹³⁵ Art. 41 de la Carta de Naciones Unidas: “El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.”

¹³⁶ Art. 42 de la Carta de Naciones Unidas: “Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 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 acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas.”

¹³⁷ COLIN, Gary. “The implications of preemptive and preventive war doctrines: a reconsideration”. pág. 27-ss

¹³⁸ LEVY, Jack. “Preventive war and democratic politics.” 2007. pág. 15-ss.

3.2 Compatibilidad de la legítima defensa preventiva con el DIP

Este instituto resulta incompatible con una interpretación restringida del Art. 51 de la Carta dado que debe mediar un ataque armado para que se pueda alegar la legítima defensa y justamente al referirnos a una defensa preventiva este ataque aun no sucedió, sino que meramente nos encontramos ante una amenaza o peligro de tal ataque. Es interesante destacar que el instituto de la legítima defensa preventiva como tal es analizado por la doctrina e identificado como tal a partir de la conducta relativamente reciente de algunos Estados quienes iniciaron su práctica al considerar que por razones políticas, militares y estratégicas necesario ampliar, en la práctica por más que públicamente no lo afirmen, la interpretación de la legítima defensa posterior al derecho de la Carta de Naciones Unidas.

3.3. Fundamentos del instituto:

Este instituto tiene en principio dos grandes fundamentos que lo legitimarían de ser considerados válidos para modificar el art. 2.4 de la Carta y concordantes.

- 1) La peligrosidad de las nuevas armas de destrucción masiva: Algunos doctrinarios como McDougall¹³⁹ consideran que de esperar a que un ataque, utilizando estas armas, se materialice sería imposible cualquier respuesta. Nada impide sin embargo, que la defensa sea igual de devastadora que el presunto ataque, por lo que en términos de peligrosidad este argumento no es del todo convincente. Kamp reconoce no solo el creciente poder de las denominadas armas de destrucción masiva sino que a su vez existen mayores medios para portarlas, ya sean misiles o aviones, y a su vez estas pueden ser esgrimidas no solo por Estados sino que también por organizaciones no estatales¹⁴⁰. Entre estas organizaciones no estatales encontramos los grupos terroristas que a partir del 2001 adquieren en la política exterior norteamericana una creciente importancia que impactó en la comunidad internacional, autores como Wedgwood justifica la posibilidad de iniciar acciones militares preventivas contra estos grupos terroristas no solo antes de que puedan usar las armas que poseen sino que esta prevención se legítima también antes de que estos grupos puedan adquirirlas¹⁴¹. En este sentido vale destacar la Res. CS 255 que hace referencia al ataque con armas nucleares y la amenaza del uso de estas, destacando el rol del Consejo y sus miembros permanentes para actuar conforme la Carta y si bien reconoce el derecho de legítima defensa lo hace en los términos del art. 51 hasta tanto el CS actúe en el caso, por lo tanto no admite la legítima defensa preventiva¹⁴².
- 2) Un segundo argumento que puede esgrimirse a favor es que el CS (o la ONU en términos generales) se ve impedida de realizar sus funciones de proteger la paz y seguridad internacionales; esto no es un argumento infundado dado que durante la "guerra fría" existió una paralización del CS debido al sistema del veto. Waldock afirma esto: "Si la acción de las Naciones Unidas es obstruida, demorada o inadecuada y el ataque armado se hace manifiestamente inminente, entonces sería una burla de los propósitos de la Carta obligar al Estado que se defiende a permitir que su atacante dé el primer golpe, que puede ser fatal...¹⁴³". Kamp afirma que es cierto que la Carta de Naciones Unidas no prevé soluciones para algunos problemas nuevos, pero la solución a estos problemas no puede ser la inobservancia del derecho internacional sino más bien reinterpretarlo y adaptarlo a las circunstancias políticas¹⁴⁴. Un caso donde puede observarse fallas en el sistema

¹³⁹ BARBOZA, Julio. "Derecho Internacional Público". 2da Edición. Edit. Zavalia. Buenos Aires. 2008.pág. 267

¹⁴⁰ KAMP, Karl- Heinz. "Intervenciones militares cautelares (preemptive strikes): ¿una nueva realidad de la política de seguridad?". Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Tomo 2. Montevideo. 2004. pág. 889-ss.

¹⁴¹ PINTORE, Eduardo. "La Legítima Defensa en el Derecho Internacional". Universidad Nacional de Córdoba. Argentina. 2012. pág. 171-ss.

¹⁴² Texto de la Res. CS 255: "1.Reconoce que la agresión con armas nucleares o la amenaza de tal agresión contra un Estado no poseedor de armas nucleares crearía una situación en la que el Consejo de Seguridad, y sobre todo sus miembros permanentes poseedores de armas nucleares, tendrían que actuar inmediatamente en conformidad con las obligaciones que les impone la Carta...3.Reafirma...el derecho inmanente, reconocido en el Artículo 51 de la Carta, de legítima defensa...en caso de ataque armado...hasta tanto el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales."

¹⁴³ WALDOCK, C. H. M. cit. en GROS ESPIELL. "La pretendida legítima defensa preventiva y la guerra en Irak". Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Tomo 2. Montevideo. 2004.pág. 880

¹⁴⁴ KAMP, Karl- Heinz. "Intervenciones militares cautelares (preemptive strikes): ¿una nueva realidad de la política de seguridad?". Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Tomo 2. Montevideo. 2004.pág. 897

de seguridad colectiva de Naciones Unidas, en especial referencia con la legítima defensa fue el caso del conflicto de las Islas Malvinas entre Argentina y Gran Bretaña en 1982, dado que en diferentes etapas del conflicto ambas partes alegaron el ejercicio de legítima defensa: en primer lugar Argentina reivindica su derecho a ocupar las islas el 2 de Abril de 1982, no sólo debido a la situación de dominación colonial británica durante más de un siglo, sino que se enviaron fuerzas militares británicas a las islas Georgias del Sur con el fin de expulsar a trabajadores argentinos que se encontraban prestando servicios en cumplimiento de un contrato, por otro lado Gran Bretaña alega el ejercicio de legítima defensa ante la invasión argentina de las islas, basándose también en las resoluciones 502¹⁴⁵ y 505¹⁴⁶ del CS que orden el cese de hostilidades y lograr restablecer la paz en la región. Sin embargo, en la resolución 502 puede observarse los problemas que presenta al CS: en primer lugar la presencia de Gran Bretaña, como miembro permanente, obliga a que su voto sea necesario para adoptar medidas coercitivas, lógicamente resulta que no aprobaría una resolución que le sea adversa, pero por otro lado la abstención de la entonces URSS, otro miembro permanente, demuestra que en el contexto de la Guerra Fría el funcionamiento del CS fue muchas veces paralizado debido a intereses contrarios entre sus miembros permanentes, si bien este no fue el caso dado que fue abstención y no voto negativo.

Representando entonces que el sistema de seguridad colectiva tal como concebido en 1945 no es eficiente en la actualidad, la máxima prueba de esto se observa en el hecho que en este caso concreto fue incapaz de evitar que estalle el conflicto de Malvinas y una vez estallado fue incapaz de poner un pronto fin al mismo, ante esto es posible alegar que la legítima defensa preventiva es una solución a la posible paralización del CS.

Sería falso afirmar que nada se trabajó sobre el mejoramiento del sistema de seguridad colectiva, cabe mencionar que desde 1971 en el caso Namibia (Opinión consultiva de la CIJ) la abstención de un miembro permanente no paraliza la resolución. Los hechos que fundamentan el caso son los siguientes: Sudáfrica ocupaba el territorio de Namibia y ejercía su administración, a pesar de que existía una resolución del CS que exigían el retiro de Sudáfrica, la Res. CS 276¹⁴⁷, sin embargo en esta resolución existía una abstención de dos miembros permanentes (Reino Unido y Francia) al votar la resolución por lo tanto era de discutible obligatoriedad, pero la CIJ entiende que tal situación no paraliza el efecto de la misma, por lo tanto habiendo vencido el mandato de Sudáfrica su presencia en aquel momento constituía un acto ilegal contrario al Derecho Internacional.

3.4. Requisitos para el ejercicio de la legítima defensa preventiva:

De suponer que el instituto de la legítima defensa preventiva sería legal, es necesario también desarrollar algunos límites impuestos por diferentes doctrinarios:

3.4.1. Urgencia:

Como requisito por el cual se justifica la legítima defensa preventiva, se justifican las acciones tomadas por el Estado ante la existencia de un ataque inminente y actuando con el fin de evitar daños inaceptables. En Estados Unidos se propuso durante los setenta que fuera necesario una amenaza suficiente requisito para adoptar medidas preventivas, y no un ataque inminente. Sin embargo Kamp propone tres requisitos por los cuales se puede delimitar la amenaza que de admitirse la LDP la legítima, en primer lugar la intención del Estado hostil debe ser evidente, esta intención tiene que ser reconocida en los hechos mediante preparativos y medidas, interpretándose en conjunto con lo que denomina una "cultura

¹⁴⁵ Texto de la Res. CS 502: "...1. Exige la cesación inmediata de las hostilidades; 2. Exige la retirada inmediata de todas las fuerzas argentinas de las Islas Malvinas); 3. Exhorta a los Gobiernos de la Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a que procuren hallar una solución diplomática a sus diferencias y a que respeten plenamente los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas..."

¹⁴⁶ Texto de la Res. CS 505: "...Reafirmando su resolución 502 ...Expresa su reconocimiento al Secretario General por los esfuerzos que ya ha realizado a fin de lograr un acuerdo entre las partes, lograr que se cumpla la resolución 502 (1982), y de ese modo restablecer la paz. WALDOCK, C. H. M. cit. en GROS ESPIELL. "La pretendida legítima defensa preventiva y la guerra en Irak". Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano en la región..."

¹⁴⁷ Texto de la Res. CS 276 "1. Condena enérgicamente la negativa del Gobierno de Sudáfrica a cumplir las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad relativas a Namibia. 2 Declara que la continuación de la presencia de las autoridades sudafricanas en Namibia es ilegal..."

estratégica”, cuestión que puede ejemplificarse en los siguientes casos: la existencia de una verdadera intención de atacar, o la posibilidad de entregar armas a un tercero, de la misma forma considero que debe asimilarse la entrega de armas con la recepción y adquisición de armas de un tercero, entre otros. Y finalmente se debe acreditar que la actuación sea necesaria en ese tiempo y de dilatarse aumenta el riesgo y posteriormente sea casi imposible eliminar la amenaza, cita el caso de Osirak, dado que si Israel hubiese esperado para el bombardeo se hubiese cargado el material nuclear y de esta manera hubiese sido prácticamente imposible detener la amenaza¹⁴⁸.

La inminencia del ataque, por lo tanto es esencial para poder comprobar la urgencia de la defensa, Yoo en este sentido afirma que el factor temporal pierde importancia en cuanto a su relación con la inminencia, sino que es importante para determinar la inminencia analizar la posibilidad que el ataque se consuma y el daño que puede ocasionar. Fletcher y Ohlin, consideran que aun considerando la inminencia del ataque no se resuelve la situación, dado que en el caso de Osirak mencionado anteriormente, si bien es cierto que Israel alega el ejercicio de la legítima defensa ante un ataque eventual que será realizado una vez que Irak termine la construcción del reactor nuclear, nada impediría que Irak al observar estas medidas de defensa preventiva se defiende de la presunta agresión israelí, dado que Irak consideraría que al no existir un ataque armado aun no se configuraron los requisitos necesarios para el ejercicio de la legítima defensa israelí¹⁴⁹.

La inminencia de un ataque, es decir a punto de ser iniciado, es para un sector de la doctrina equiparable al comienzo de ejecución del mismo¹⁵⁰, esta postura es compartida por un informe del grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio denominado “Un mundo mas seguro: la responsabilidad que compartimos” del año 2004, en tanto las medidas tomadas sean proporcionales y en caso de un ataque no inminente debe comunicarse al CS para que tome las medidas que considere adecuadas¹⁵¹. Este informe autoriza el uso de la fuerza siempre teniendo en cuenta 5 elementos: la gravedad de la amenaza, la existencia de propósitos correctos, la aplicación de la teoría de la guerra justa, la proporcionalidad de los medios y el balance de las consecuencias¹⁵².

3.4.2. Comienzo de ejecución:

Algunos doctrinarios exigen el requisito de un inicio de ejecución del ataque para que el Estado pueda defenderse en forma legítima.

Remiro Brotóns¹⁵³, por su parte, afirma que el derecho de defensa del Estado nace una vez que se ponen en marcha los mecanismos efectivos necesarios para desencadenar el ataque, desde este momento se considera ataque armado, sin requerirse la consumación de este. Cita como ejemplo: el ataque británico contra Argentina en 1982 (por el conflicto con las Islas Malvinas) inició cuando la flota zarpó en misión bélica con rumbo al Atlántico Sur. Mientras que para otros autores, bastaría para legitimar las medidas defensivas únicamente con la intención de atacar del otro Estado, sin embargo Blumenwitz basándose en el caso de Pearl Harbor afirma la dificultad de poder saber antes del ataque la intención de atacar o no de las tropas japonesas¹⁵⁴.

Seara Vázquez afirma que “La legítima defensa sólo se puede justificar en el caso del ataque armado, no siendo necesario que el ataque se haya producido, ya pues, dada la eficacia de las armas modernas eso podría significar la destrucción del sujeto; es suficiente con que haya un comienzo de ejecución, y

¹⁴⁸ KAMP, Karl- Heinz. “Intervenciones militares cautelares (preemptive strikes): ¿una nueva realidad de la política de seguridad?”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Tomo 2. Montevideo. 2004.pág. 900-ss.

¹⁴⁹ PINTORE, Eduardo. “La Legítima Defensa en el Derecho Internacional”. Universidad Nacional de Córdoba. Argentina. 2012. pág. 170-ss.

¹⁵⁰ Idem anterior. pág. 159

¹⁵¹ DAVEGGIO, Javier. “Legítima defensa preventiva”. La Corte Internacional de Justicia y el Derecho Internacional: Temas relacionados con la opinión consultiva sobre la construcción del muro. CARI. Bs. As. 2005. pág. 99-ss.

¹⁵² ALICE, Mauricio. “La construcción del muro como violación al principio de la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza (Art. 2:4 carta de la ONU. La Corte Internacional de Justicia y el Derecho Internacional: Temas relacionados con la opinión consultiva sobre la construcción del muro. CARI. Bs. As. 2005.pág. 28-ss.

¹⁵³ Barboza, Julio; “Derecho Internacional Público”; Edit.: Zavalia; 2da Edición: 2008; Buenos Aires; pág. 266

¹⁵⁴ Pintore, Eduardo J; “La Legítima Defensa en el Derecho Internacional” Eduardo José Pintore; Universidad Nacional de Córdoba; Argentina; 2012; pág. 159-ss.

que se pueda razonablemente suponer (bajo reserva de probarlo más tarde) que la acción iniciada sería continuada por el agresor¹⁵⁵. A su vez considera esencial el requisito de la urgencia para legitimar la defensa, siendo imposible recurrir al mecanismo de seguridad colectiva de Naciones Unidas, existiendo esta defensa en los casos de un ataque armado o una amenaza que suponga el comienzo de ejecución, y propone la rendición de cuentas al CS quien determinara si los actos ejercidos por el Estado constituyen actos defensivos o una agresión encubierta¹⁵⁶.

3.5. Límites en el ejercicio de la defensa preventiva:

Si bien Gros Espiell no admite la existencia de una posible legítima defensa preventiva conforme a derecho, establece que de admitirse no se pueden utilizar para ello, al ser contrario al derecho internacional vigente: armas nucleares, químicas, bacteriológicas, biológicas o radiológicas. Esta imposibilidad subsiste aún si el Estado contra el cual se ejerce posee (sin haber utilizado) este tipo de armamentos. Este límite lo considera impuesto no sólo con fundamentos jurídicos sino también por leyes humanas y morale¹⁵⁷.

A fin de reducir la inseguridad jurídica en caso de intervenciones preventivas Kamp propone los siguientes requisitos: en primer lugar la inminencia del peligro, habiéndose agotado toda medida política o diplomática, la verosimilitud de este peligro es el segundo requisito que exige citando el ejemplo del bombardeo israelí del reactor nuclear iraquí Osirak, dado que en este caso el Estado de Israel demostró que la medida preventiva se encontraba fundamentada en base al peligro que representaba el programa de producción de armas atómicas de Irak, fundamentándose en estudios científicos e indicios, y finalmente, exige la proporcionalidad en el medio empleado para suprimir la amenaza. Sin embargo este listado no es exhaustivo ni representa una serie de requisitos de fácil estimación. Dentro de las posibles acciones que puede adoptar un Estado en forma preventiva no necesariamente debe ejercer medidas militares, sino que es posible adoptar medidas no militares o semi militares, como la interrupción de comunicaciones, y de la misma manera no todas las medidas deben ser llevadas a cabo dentro del territorio del Estado¹⁵⁸. En este caso, considero que se observa un límite en la legítima defensa preventiva dado que de reconocerse su legitimidad siempre se debe proceder de la manera menos lesiva posible, utilizando la fuerza únicamente como recurso de ultima ratio.

3.6. Análisis doctrinario sobre la legitimidad del instituto:

A continuación se elaborará una recopilación de las diferentes posturas sobre la legitimidad de este instituto que serán tenidas en cuenta en la conclusión con el fin de descartar o no la hipótesis contenida en la introducción del presente trabajo.

La doctrina se encuentra dividida en cuanto a la legitimidad de este instituto en virtud del Derecho Internacional vigente en la actualidad, tal división nace en principio en como interpretar el Art. 2.4 de la Carta de la ONU. De estas diferentes interpretaciones podemos encontrar las escuelas restrictivas quienes consideran que el uso de la fuerza se encuentra proscripto y cuyas excepciones sólo pueden encontrarse en el texto de la Carta, básicamente reconocen como excepción la legítima defensa y el uso de la fuerza por parte del Consejo de Seguridad mediante el mecanismo previsto en la Carta, y por otro lado encontramos escuelas permisivas quienes consideran que debido a la existencia de un derecho consuetudinario anterior u otras razones de índoles prácticas o jurídicas, es posible encontrar mayores excepciones al uso de la fuerza que las expresamente mencionadas en la Carta de Naciones Unidas. Por un lado encontramos el art. 2.4 de la Carta que prohíbe el uso de la fuerza si atenta "contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado", autores de una escuelas más permisiva, como el caso de Bowett consideran que esto autoriza el uso de la fuerza en otros casos además de los mencionadas en la Carta, por ej. al ejercer la fuerza contra sujetos o actores del Derecho Internacional

¹⁵⁵ SEARA VÁZQUEZ, Modesto. "La urgencia como elemento de la legítima defensa internacional". Boletín de Derecho Comparado de México. N° 55. Universidad Nacional Autónoma de México. México D. F. 1996 pág. 880

¹⁵⁶ Ídem anterior pág. 88-ss.

¹⁵⁷ GROS ESPIELL. "La pretendida legítima defensa preventiva y la guerra en Irak". Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Tomo 2. Montevideo. 2004. pág. 885

¹⁵⁸ KAMP, Karl- Heinz. "Intervenciones militares cautelares (preemptive strikes): ¿una nueva realidad de la política de seguridad?". Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Tomo 2. Montevideo. 2004. pág. 899-ss.

que no son Estados, Brownlie por su parte al pertenecer a una escuela más restrictiva sostiene que este fragmento refuerza la prohibición dado que se prohíbe el uso de la fuerza no sólo contra Estados sino también contra colonias, protectorados, etc.¹⁵⁹. Esta distinción es esencial dado que a medida que más nos acercamos a la postura de Brownlie menor es la posibilidad de aceptar la legalidad de un instituto como la legítima defensa preventiva, Brownlie particularmente se encuentra en contra de admitir su legalidad¹⁶⁰, y a la inversa cuanto más nos aproximamos a las posturas permisivas, como la de Bowett, menores son los inconvenientes para admitir su legalidad.

Por otro lado, una interpretación sistemática de la Carta de Naciones Unidas también puede ocasionar inconvenientes, en principio el art. 51 solo admite la legítima defensa en el caso de un ataque armado, sin embargo este instituto se encuentra incorporado en el Cap. VII denominado: "Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz y actos de agresión". Unánimemente la doctrina admite que el uso de la fuerza en ejercicio de la defensa estatal se legitima ante un ataque armado, es decir en el supuesto de agresión mencionado en el título del Capítulo, continuando con este razonamiento ciertas escuelas permisivas consideran que al incorporarlo como un instituto en el capítulo VII se permite el uso de la fuerza en ejercicio de la defensa no solo ante agresiones o quebrantamientos de la paz sino también ante amenazas a la paz, es decir su incorporación en el Cap. VII confirma a la legítima defensa preventiva como un instituto conforme la Carta de Naciones Unidas, sin embargo es posible elaborar diferentes teorías en base al concepto de amenaza y aún poder graduarla, por lo tanto, no puede solucionarse la cuestión únicamente con la mera lectura de la Carta, sino que es necesario para poder comprobar la licitud de la legítima defensa preventiva hacer un análisis de diversas doctrinas dentro de estas escuelas.

3.6.1. Escuelas Permisivas:

Algunos autores afirman que la legítima defensa preventiva pertenece al derecho consuetudinario que no fue derogado por la Carta, alegando que encontrarse en una necesidad urgente en los términos de Webster¹⁶¹ habilita al Estado a defenderse. Nada se refiere a términos como el ataque armado o agresión, es decir que aquellos doctrinarios que consideran que la doctrina de Webster se encuentra aun vigente, pueden justificar la defensa aun ante amenazas.

Brown entiende que ante un posible ataque de otro Estado es necesario primero iniciar todas las medidas defensivas tanto en forma individual como colectiva, recurriendo a la ONU u otras organizaciones internacionales, pero debiendo estar preparado para defenderse ante un ataque inminente (si existe una suficiente certeza), dado que un Estado creyendo ser posible víctima de un agresión tiene el derecho de defenderse¹⁶².

Kamp es consciente que si bien Estados como Japón, Estados Unidos, Francia, Rusia y Australia y organizaciones internacionales como OTAN se encuentran a favor de la posibilidad de ejercicio preventivo de la legítima defensa, una interpretación restrictiva de la Carta de Naciones Unidas demuestra que se prohíben este tipo de acciones. Sin embargo, considera que la interpretación tan restringida se ha debilitado en los últimos años. Continuando con este concepto, afirma que se han intentado delimitar ciertos criterios para su legalidad: tales como la intención hostil evidente, para los cuales se acrediten la existencia de preparativos para concretarlo y que la falta de acción provoque, que sea imposible detener la amenaza o produzca un aumento en el peligro que representa¹⁶³. Conuerdo con el autor, que estos criterios que enumera no son preciosos, sino que representan criterios vagos que pueden dar lugar a abusos por parte de los Estados más poderosos militar, política o económicamente.

¹⁵⁹ BARBOZA, Julio. "Derecho Internacional Público". 2da Edición. Edit. Zavalia. Buenos Aires. 2008.pág. 248-ss.

¹⁶⁰ PINTORE, Eduardo. "La Legítima Defensa en el Derecho Internacional". Universidad Nacional de Córdoba. Argentina. 2012. pág. 148-ss.

¹⁶¹ Webster, en el Caso Caroline, desarrollado en el segundo capítulo considera legítima la defensa cuando exista una necesidad urgente y abrumadora de defenderse que no permita elegir ni los medios ni los tiempos de la misma, siempre y cuando estos actos de defensa se ajusten a los límites de la necesidad y proporcionalidad.

¹⁶² BROWN, Chris. "Self Defense in an imperfect World"; Chris Brown. Accedido mediante el servidor de EBSCO: <http://web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=ea59e4d9-182c-49b2-a986-a18bb030f88e%40sessionmgr4&vid=2&id=9;2003>

¹⁶³ KAMP, Karl- Heinz. "Intervenciones militares cautelares (preemptive strikes): ¿una nueva realidad de la política de seguridad?". Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Tomo 2. Montevideo. 2004. pág. 890-ss.

Es necesario tener en cuenta que si bien Naciones Unidas suple las fallas de Sociedad de Naciones, no es aun un sistema perfecto: El derecho de veto de los miembros permanentes del CS pueden paralizar el correcto funcionamiento de este órgano, tal como sucedió durante la Guerra Fría, por otro lado carece de un cuerpo armado propio, tal como se establece en el Art. 43 dado que los acuerdos no fueron firmados, y en principio la fuerza de las resoluciones de la AG es meramente política, salvo el caso excepcional regulado en la Res. AG 377 “Unión Pro Paz”. Es por ello que durante la Guerra Fría algunos estudiosos, especialmente en EEUU, afirmaban que el art. 2.4 de la Carta dependía para su validez que funcione el sistema de seguridad colectiva, por los conflictos que surgen con el ejercicio del derecho de veto, autores como Frank, Combacau, Glennon, entienden que la Carta ha perdido utilidad y por eso generalmente ignorada¹⁶⁴.

3.6.2. Escuelas Restrictivas:

Remiro Brotóns, por su parte, como se mencionó ut supra afirma que el derecho de defensa del Estado nace una vez que se ponen en marcha los mecanismos efectivos necesarios para desencadenar el ataque, desde este momento se considera ataque armado, sin requerirse la consumación de éste. Cita como ejemplo: el ataque británico contra Argentina en 1982 (por el conflicto con las Islas Malvinas) inició cuando la flota zarpó en misión de guerra con rumbo al Atlántico Sur¹⁶⁵. Es decir a diferencia de las escuelas permisivas, no considera que la amenaza de un ataque armado sea suficiente para justificar la legítima defensa.

Gros Espiell considera que “La legítima defensa sólo se configura...en caso de ataque armado...No puede invocarse el derecho de legítima defensa, individual o colectivo, para prevenir un posible ataque armado que aún no se ha hecho efectivo. En una situación de peligro de ataque armado previsible o posible, sólo cabe poner el hecho y la situación en conocimiento del Consejo de Seguridad para que éste tome de inmediato todas las medidas requeridas para mantener la paz y la seguridad internacionales... en el criterio de que en aras de la paz y seguridad no puede aceptarse la llamada legítima defensa preventiva... Creo que lo que hay que afirmar, jurídica y políticamente, es que no hay un derecho de legítima defensa preventiva y que conceptualmente la prevención de los conflictos bélicos no puede realizarse mediante el uso de la fuerza, invocando la legítima defensa preventiva. Considera entonces que de no existir ataque armado, por lo menos preliminar, no es posible hacer uso de la fuerza en forma preventiva, ya sea en forma colectiva o individual sin autorización del Consejo de Seguridad de la ONU¹⁶⁶”.

Eduardo Jiménez de Aréchega concuerda con Gros Espiell: “...el artículo 51...expresa inequívocamente que el derecho de legítima defensa existirá “en caso de ataque armado. La versión francesa dice “en caso de agresión militar”, lo cual aclara y ciñe aún más el concepto...Como señala Beckett, ex asesor jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores británico, la Carta debe entenderse como si expresara: “después de que ocurra un ataque armado¹⁶⁷”.

Gamarra Chopo¹⁶⁸ considera que en base a la Carta no puede invocarse la legítima defensa preventiva dado que puede atentar contra la paz y la seguridad internacionales. Tampoco puede justificarse, afirma, en base al Derecho consuetudinario anterior dado que este derecho no prohibía la guerra ni la agresión y por lo tanto toda defensa, preventiva o reactiva, era legítima, al contrario actualmente el derecho internacional se encuentra modificado por la Carta de la ONU, que prohíbe el uso de la fuerza, y la legítima defensa preventiva no se justifica ni siquiera en los casos de posesión de armas de destrucción masiva, dado que su posesión no se encuentra prohibida por el derecho internacional, teniendo en cuenta que ninguna resolución de la AG o el CS admiten en forma alguna la defensa preventiva. Sin embargo a fines

¹⁶⁴ ALICE, Mauricio. “La construcción del muro como violación al principio de la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza (Art. 2:4 carta de la ONU. La Corte Internacional de Justicia y el Derecho Internacional: Temas relacionados con la opinión consultiva sobre la construcción del muro. CARI. Bs. As. 2005.

¹⁶⁵ BARBOZA, Julio. “Derecho Internacional Público”. 2da Edición. Edit. Zavalia. Buenos Aires. 2008. pág. 266

¹⁶⁶ GROS ESPIELL. “La pretendida legítima defensa preventiva y la guerra en Irak”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Tomo 2. Montevideo. 2004. pág. 877-ss.

¹⁶⁷ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. “Derecho constitucional de la Naciones Unidas” cit. en GROS ESPIELL. “La pretendida legítima defensa preventiva y la guerra en Irak”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Tomo 2. Montevideo. 2004. pág. 879.

¹⁶⁸ GAMARRO CHOPO; Yolanda. “La defensa preventiva contra el terrorismo internacional y las armas de destrucción masiva: una crítica razonada”. Revista CIDOB d’Afers Internacionals N° 77. pág. 277-251.

didácticos menciona que en el caso extremo de lograr admitirse la legítima defensa preventiva como instituto legítimo en el DIP actual, sólo debería hacerse en forma casuística, es decir no como doctrina globalmente aceptada sino que dependerá del caso, y teniendo en cuenta varios límites: la existencia de una amenaza cierta e inminente, la agresión esperada debería constituir un ataque armado, el uso de la fuerza debe ser un recurso de ultima ratio, proporcional y necesario respetando el derecho internacional humanitario.

Pintore realiza un análisis en el cual considera que la legítima defensa reactiva goza de total legitimidad en el Derecho Internacional Público vigente, basándose en el término utilizado en el art. 51 de la Carta en el texto en inglés para legitimarla: "if an armed attack occurs", es decir si ocurre un ataque armado, pero no legítima una defensa preventiva, mencionando a autores como Brownlie quien concuerda con esta posición, nada resuelve sin embargo sobre el problema planteado anteriormente de la incorporación del art. 51 en el capítulo VII y las implicaciones del nombre de tal capítulo en la interpretación del instituto. A posteriori realiza una tarea de interpretación del art. 51 en virtud de fuentes como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, para confirmar esta postura: realizando una interpretación literal de este artículo, no podría justificarse una defensa preventiva legítima dado que surge del texto de la norma que debe existir un ataque armado para legitimar una defensa, por otro lado utilizando el método histórico, cita a Zanardi quien realizó un estudio de los trabajos preparatorios de la comisión redactora de la Carta en San Francisco en el año 1945 y de ella emana que era su intención, limitar el ejercicio de la legítima defensa al caso de un ataque presente y no ante una amenaza o peligro, por otro lado una interpretación sistémica nos conduce a la misma conclusión en virtud de la creación del sistema de seguridad colectiva y la prohibición al uso de la fuerza y finalmente una interpretación teleológica concuerda con los anteriores dado que la ONU fue creada, entre otros, con el fin de mantener la paz y seguridad internacionales y toda su normativa debe ajustarse al logro de este fin¹⁶⁹.

Cheng al analizar este instituto reconoce que debe ser interpretado desde una postura del Derecho Internacional, para entender su legitimidad dado que muchas veces es legitimado mediante el derecho interno del Estado. En principio, se remite al caso del Caroline y reconoce que para poder alegar jurídicamente el uso de la legítima defensa o eventualmente su modalidad preventiva es necesario que existan los requisitos propios del instituto, en especial un peligro ilegal originado por acción u omisión de un Estado (diferenciando la ilegalidad del acto de este instituto, con el instituto del estado de necesidad), aunque reconoce que desde un punto de vista estratégico militar, político o económico tendiente a asegurar la seguridad estatal esto puede ser diferente. Por otro lado reconoce que la legítima defensa preventiva en tiempos de guerra es de aplicación dudosa y mayor aún en tiempos de paz y no debería ser utilizado como un medio para permitir abusos del fuerte sobre el débil. Para ejemplificar esta cuestión menciona el caso tratado por el tribunal de Nuremberg en 1945 de la invasión alemana a Noruega durante la Segunda Guerra Mundial, finalizada la guerra Alemania alega el uso legítima defensa (que consideró sería su modalidad preventiva), dado que recibieron noticia que los Aliados pretendían ocupar el territorio de Noruega, que vale recordar era un Estado neutral. El tribunal, aplicando la doctrina que emana del caso Caroline, considera que no se puede alegar el uso de la legítima defensa dado que la información de la ocupación aliada de Noruega no fue considerada confiable durante la guerra y la invasión alemana fue independiente de esta presunta intervención de los Aliados. Cheng reconoce que este razonamiento puede dar lugar a considerar legítima la ocupación alemana de haber tenido como fin detener el avance aliado, sin embargo esto no puede entenderse así, primero porque un Estado beligerante no puede ocupar territorio neutral para obtener una ventaja, en segundo lugar una correcta interpretación del caso del Caroline implicaría que la defensa se legitimaría una vez que los Aliados ocupen Noruega y este último Estado sea incapaz de repeler esta ocupación o no demuestre intención de hacerlo (perdiendo su calidad de neutral actuando como base de operaciones de un Estado o varios Estados beligerantes)¹⁷⁰.

¹⁶⁹ PINTORE, Eduardo. "La Legítima Defensa en el Derecho Internacional". Universidad Nacional de Córdoba. Argentina. 2012. pág. 148-ss.

¹⁷⁰ CHENG, Bin. "Pre-emptive or similar type of self-defence in the territory of foreign States". Chinese Journal of International Law Advance Access. Publicado por Oxford University Press. 2013. Pág. 7-ss.

3.6.3. Escuelas Intermedias:

Así como existen escuelas permisivas y restrictivas, existen corrientes doctrinarias que proponen alternativas diferentes a ambas posturas o combinando algunos elementos de ellas, por lo tanto vale mencionarlás en un subtítulo diferente.

Theodore Christakis no considera este instituto legítimo sin embargo permite un uso similar de la fuerza, pero bajo el amparo del estado de necesidad. Sin embargo esta interpretación no carece de fallas: principalmente porque la Res. AG 36/84, como se expresa anteriormente, no permite suspender la aplicación de normas imperativas en el ejercicio del estado de necesidad, y como bien la expresa Vernet, de permitirse el ejercicio del uso de la fuerza por un estado de necesidad se estaría reconociendo una excepción mayor a la prohibición del uso de la fuerza o el carácter dispositivo del art. 2.4¹⁷¹, cuando en realidad no es una norma dispositiva sino imperativa.

Dinstein¹⁷², distingue dos tipos de uso de la fuerza en estos casos: por un lado un uso preventivo: para un ataque previsible o concebible y por otro lado un uso interceptivo ante un ataque inminente y prácticamente inevitable, siendo este el de mayor compatibilidad con el derecho internacional actual. Este tipo de distinción es compartida por otros doctrinarios quienes la realizan para evitar que un ataque demasiado temprano constituya una agresión, por un lado autores distinguen la legítima defensa interceptiva¹⁷³: que existe en aquellos casos donde el ataque es inminente e inevitable y la legítima defensa anticipatoria¹⁷⁴ que se configura en situaciones donde el ataque es previsible, John Gaddis por su lado usa el término precautorio¹⁷⁵ al referirse las situaciones donde el Estado pretende impedir un ataque inminente contra él, mientras que utiliza el término prevención para los casos donde se inicia una acción bélica para evitar que el Estado atacado desarrolle su capacidad de atacar, ajustándose a derecho el primer término a diferencia del segundo que es contrario a derecho¹⁷⁶.

3.7. Año 2001: ¿Cambio de paradigma?

Teniendo en cuenta los grandes cambios políticos surgidos luego de los atentados en el territorio norteamericano, cabe preguntarse si realmente existió un quiebre en los alcances del art. 2.4 de la Carta. En el año 2002 se publicó en EEUU el "National Security Strategy of the United States", este documento declara que EEUU puede actuar en forma preventiva (utilizando el término "pre-emptive defence") ante las amenazas. Es decir que EEUU ya no se refiere a la Legítima Defensa en términos de Webster o del Art. 51 de la Carta sino que es un término mucho más amplio, permitiendo su defensa aún antes que exista el ataque armado, bastaría con una amenaza de ataque para justificar la defensa. Esto se complementa en otros dos componentes en la política exterior norteamericana: la existencia y amenaza de los "Rogue States" o Estados Canallas y también la creciente amenaza de las armas de destrucción masiva (que pueden estar en poder de estos Estados), como se encuentra expresado en dicho documento¹⁷⁷. Muñoz¹⁷⁸ considera que la postura del gobierno de Bush (la cual aclara es sólo una postura del gobierno

¹⁷¹ VERNET, Paula. "La noción de Legítima Defensa en el Derecho Internacional actual a la luz de la opinión consultiva de la CIJ relativa a las consecuencias legales sobre la construcción de un muro en el territorio ocupado palestino". La Corte Internacional de Justicia y el Derecho Internacional: Temas relacionados con la opinión consultiva sobre la construcción del muro. CARI. BS. AS. 2005. pág. 197-ss.

¹⁷² BARBOZA, Julio. "Derecho Internacional Público". 2da Edición. Edit. Zavalía. Buenos Aires. 2008. pág. 267

¹⁷³ Traducción del autor en el original: "interceptive self defence"

¹⁷⁴ Traducción del autor en el texto original: "anticipatory self defence"

¹⁷⁵ Traducción del autor: en el original "pre-emption"

¹⁷⁶ ALICE, Mauricio. "La construcción del muro como violación al principio de la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza (Art. 2:4 carta de la ONU. La Corte Internacional de Justicia y el Derecho Internacional: Temas relacionados con la opinión consultiva sobre la construcción del muro. CARI. Bs. As. 2005. pág. 27.

¹⁷⁷ "...Nuevos retos mortales han surgido de Estados canallas y terroristas... otros regímenes canallas también buscan armamento nuclear, biológica y químico... Debemos estar preparados para detener a los Estados canallas y sus clientes terroristas antes que puedan amenazar o usar armas de destrucción masiva contra Estados Unidos u nuestros aliados y amigos.... Cuando mayor es la amenaza, mayor es el riesgo de la inacción... Para evitar o prevenir tales actos hostiles de nuestros adversarios, los Estados Unidos, si es necesario, actuar preventivamente (preemptively en el original)... El objetivo de nuestras acciones será siempre para eliminar una amenaza específica para los Estados Unidos o nuestros aliados y amigos." TRADUCCIÓN DEL AUTOR, TRANSCRIPCIÓN ORIGINAL EN ANEXO

¹⁷⁸ MUÑOZ, Carlos. "La Doctrina Drago". Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. 1ra serie. 2da época. Volumen XLVII-40. Bs. As. 2002. pág. 389-ss.

de EEUU y no es una postura reconocida como norma universal), permite que EEUU por razones de seguridad intervenga en forma preventiva aún utilizando la fuerza en otros Estados, y de no lograr el apoyo internacional, en virtud de su derecho de auto defensa, puede intervenir en forma individual. Esta postura descarta el uso de diplomacia, intimidación u otros medios en los casos de peligros a la seguridad de Estados Unidos, sino que se debe recurrir en forma exclusiva a la defensa preventiva, aun sin autorización de Naciones Unidas¹⁷⁹.

En este sentido puede observarse que realmente no existió un cambio en la interpretación jurídica de los art. 2.4, art. 51 y concordantes de la Carta sino que estamos ante actos del derecho interno de un Estado, que conforme al art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no puede alegarse para incumplir normas del derecho internacionales¹⁸⁰, que sin importar su poderío económico, militar y político no puede hacerlos valer en el Derecho Internacional para ampliar las excepciones al uso de la fuerza y crear un derecho a la legítima defensa más amplio del permitido por la Carta.

¹⁷⁹ KAMP, Karl- Heinz. "Intervenciones militares cautelares (preemptive strikes): ¿una nueva realidad de la política de seguridad?". Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Tomo 2. Montevideo. 2004. pág. 893.

¹⁸⁰ Art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado..."

Conclusión:

Luego de haber concluido la investigación y elaboración de este trabajo de investigación, cumpliendo los objetivos planteados en la introducción, es necesario refutar o confirmar la hipótesis planteada en la introducción, a fines didácticos transcribiré problema elegido como punto de partida: ¿Es compatible la Legítima Defensa Preventiva con el Derecho Internacional Público posterior a 1945? Y posteriormente, también la hipótesis cuyo fin fue resolver en forma provisoria el problema: La legítima defensa preventiva es incompatible con el Derecho Internacional Público, esto se basa en que en virtud de normas imperativas principalmente el Art. 2.4 de la Carta de la ONU, el uso de la fuerza se encuentra prohibido y toda excepción debe interpretarse según la escuela restrictiva.

A partir de la información recolectada se puede afirmar que al definir en el primer capítulo como regula el DIP el uso de la fuerza se comprueba que los Estados desde 1648, funcionaron con determinadas normativas, por un lado el principio de no intervención en los asuntos internos de otros Estados y por otro lado la igualdad soberana de ellos, y dentro de esta soberanía se reconocía el uso irrestricto de la fuerza en las relaciones interestatales, pudiendo hacer uso de la fuerza tanto en guerras, un gran flagelo de la humanidad ocasionando millones de muertes y un número imposible de calcular de heridos y grandes daños materiales y dado que el recurso a la guerra tanto como medio de solución de controversias y como medio de política nacional era un atributo propio del Estado nada impedía que estos hagan otros usos menores de la fuerza: represalias armadas, ejercer legítima defensa sin límites, etc. Sin embargo esta situación empezó a cambiar, en principio fueron intentos doctrinarios que no lograron cambios en la realidad pero que marcaron un camino hacia posibles límites al uso de la fuerza.

Luego de 1899, como se expuso en el primer capítulo, se observa que en forma paulatina se celebraron tratados que buscaron limitar el uso de la fuerza en las relaciones interestatales, acompañado con actos políticos y la doctrinaria, como fue la Doctrina Drago, sin embargo a pesar de ello no se logra el resultado deseado dado que se desencadenan las dos Guerras Mundiales, estos intentos no fueron vanos dado que inician un cambio en el derecho consuetudinario y a su vez marcan una tendencia hacia un límite al recurso de la fuerza, que es importante tenerlo en cuenta al aplicar una interpretación histórica.

Se destaca en estos periodos la creación de la Sociedad de Naciones y la Organización de las Naciones Unidas, dado que demuestra la necesidad de un tercero que resguarde la paz y la seguridad internacionales. La Carta de Naciones Unidas significa un gran cambio en la situación reinante del momento: se prohíbe el uso de la fuerza y la amenaza de este en las relaciones interestatales. De esta manera encontramos un quiebre, en el Derecho Internacional Público, y es aquí donde empiezan a surgir el problema planteado en este trabajo de investigación. A partir de este momento los Estados para la solución de sus controversias deben hacerlo en forma pacífica mediante los medios explicados al finalizar el primer capítulo y estos continúan el trabajo de limitar el uso a la fuerza, tanto con la celebración de tratados como el Tratado Antártico como el trabajo realizado en el seno de Naciones Unidas con la Res. AG. 3314, 2625, etc. Todo esto permite concluir que se crea un sistema en el cual el uso de la fuerza está proscripto, salvo excepciones y es por este trabajo tanto en el marco de Naciones Unidas como fuera de esta organización tendientes a mantener la paz y seguridad internacionales, que estas excepciones deben ser interpretadas en conforme la escuela restrictiva y admitirse únicamente si se ajustan a este Derecho Internacional Público que pretende la paz.

Existen excepciones que no gozan de controversia alguna: el uso de la fuerza en legítima defensa y el uso de esta en el marco del sistema de seguridad colectiva de la ONU; sin embargo existen conductas estatales, alguna de ellas repetidas en el tiempo, que tratan de lograr ampliar estas excepciones: tales como las represalias, intervenciones estatales, el uso de la fuerza para el cambio de régimen, etc. que no encuentran justificación en el Derecho emanado de la Carta y no son consideradas excepciones al art. 2.4 de la Carta, salvo por sectores de la doctrina y por aquellos Estados que pretenden hacerlos valer por diversos fines.

Sin embargo, la solución del problema planteado en este trabajo, no es tan sencilla respuesta, dado que en cierta forma puede ajustarse al art. 2.4 dado que puede considerarse a la legítima defensa preventiva una especie dentro del género de la legítima defensa, que es una excepción indiscutida a la prohibición del uso de la fuerza.

Es por ello que resultaba necesario en principio estudiar la legítima defensa, en principio viéndola como un instituto del derecho y luego incorporando los requisitos y caracteres propios del DIP: su carácter de excepcional, provisorio y subsidiario teniendo en cuenta el sistema de seguridad colectiva y las funciones del Consejo de Seguridad, su carácter de derecho inmanente, proporcionalidad, necesidad, etc. tal como fue expuesto en el segundo capítulo.

El carácter esencial en este caso es que la legítima defensa, a partir del derecho creado luego de 1945, con el art. 51 y concordantes, solo procede ante el caso de ataque armado, un concepto que, como se ha visto, es discutido por la doctrina en cuanto a sus alcances, en casos especiales: como los ataques indirectos y los ataques terroristas.

Debido al carácter restrictivo que debe ser utilizado al analizar este instituto, es inadecuado ampliar este concepto a los ataques terroristas, sin embargo dependiendo del caso en particular, sería posible equiparar un ataque indirecto a un ataque directo, siempre y cuando sea imposible recurrir a los medios de solución pacífica de controversias y especialmente al Consejo de Seguridad para evitar la continuación de los pequeños actos de agresión o el envío de bandas armadas irregulares.

Actualmente los avances tecnológicos, permiten la creación de armas con un gran poder destructivo y con una rapidez, que imposibilitan o dificultan en gran medida su intercepción, por lo tanto los Estados inician actividades preventivas tendientes a su destrucción (o presunta destrucción) en manos de otros Estados que posean este tipo de armas, bastantando para estos casos la mera amenaza para legitimar una defensa.

De esta manera encontramos en 1967 el caso de Israel ejerciendo esta actividad preventiva en Osirak, pero en este caso pueden justificarse las medidas teniendo en cuenta que la amenaza tenía cierta certeza y se prevenía la inacción de Naciones Unidas, sin embargo estas justificaciones son más bien morales o políticas, pero jurídicamente no excusa a Israel por violentar el art. 2.4 de la Carta, en 1981 al atacar Irak y destruir las instalaciones nucleares en Osirak, violenta de nuevo estas disposiciones pero la justificación es aún más frágil, dado que la amenaza posible, cuando ni siquiera se terminó de construir la central, que fabricaría las armas con las que presuntamente se atacaría a Israel, por lo tanto se basaba en posibilidades de posibilidades.

El caso del bloqueo norteamericano a Cuba en 1982, si bien se trató de escudar las medidas tomadas con la aplicación del TIAR, no pudo demostrarse que se halla ajustado a la Carta de Naciones Unidas, a diferencia del caso de la Guerra del Golfo que goza de mayor legitimidad dado que se basa en la Res. 678 CS, sin embargo a mi entender muestra un problema inverso que los casos anteriores: en los primeros tres casos se alegaba que el CS se veía imposibilitado de actuar por el derecho de veto de los miembros permanentes, sin embargo en este caso lo que se observa es la manipulación del CS para lograr los fines de algunos miembros permanentes, en este caso cabe destacarse los intereses norteamericanos. En los últimos dos casos: el cambio de EEUU y GB de las reglas de engagement y la invasión norteamericana de Irak, no gozan a mi entender de justificación alguna en virtud de la Carta, sino que únicamente puede entenderse justificada en términos militares y estratégicos.

Lo elaborado anteriormente me lleva a la conclusión que es necesario modificar el régimen del CS, para que sea más democrático, más efectivo, menos político y más rápido. Sin embargo, no considero como lo si lo entienden Frank, Combacau o Glennon, que esto justifique violentar la Carta de Naciones Unidas, en principio desde un punto de vista jurídico debido al carácter imperativo del art. 2.4 que no puede ser modificado sino en virtud de otra norma imperativa posterior, y no por intereses políticos estatales sin importar la influencia y poder de estos Estados; pero por otro lado desde un punto de vista moral no puede olvidarse la cantidad de víctimas que provocaron y provocan las guerras como para permitir que los Estados amplíen en forma unilateral las excepciones a la prohibición del uso de la fuerza.

El argumento de la celeridad y poder destructivo de las nuevas armas me parece que es posible tenerlo en cuenta como eventual legitimación de una defensa, no creo que con ello se modifique en forma esencial el art. 2.4 o el art. 51 de la Carta, sino que es posible utilizarla en la interpretación de estas normas. El requisito de un ataque armado para la existencia de legítima defensa, puede ser configurado en aquellos casos en los cuales existan un comienzo de ejecución de este, como lo considera Remiro Brotons, o actos hostiles evidentes, tales como lo exige Kamp pero cuya inminencia, pueda ser apreciable no solo en el

tiempo que transcurre entre los preparativos y el ataque, sino también como lo explica Yoo, teniendo en cuenta los posibles daños y posibilidad de que el ataque ocurra.

Considero que la postura de Christakis, de asimilar este instituto al estado de necesidad, no soluciona el problema, sino que conforme la Res. 56/83 con carácter obligatorio por el derecho consuetudinario, no debe alegarse este instituto para violentar normas imperativas, como la prohibición del uso de la fuerza, por lo tanto traerá más preguntas que soluciones.

Tampoco puede entenderse que después del 2001 existió un cambio jurídico que legitima las acciones preventivas, es cierto que EEUU, y otros Estados aliados como GB, lo admiten y consideran que debe aplicarse en algunos casos, sin embargo esto se realiza en base a una postura militar y con intereses y fundamentos políticos, por lo tanto es inaplicable para justificar jurídicamente el instituto. Por otro lado, el derecho consuetudinario, no admite este instituto como lo afirma Pintore, por lo tanto no sería posible encontrar una justificación plena del mismo.

En base a todo lo expuesto en el trabajo de investigación, confirmo parcialmente la hipótesis, es cierto que la legítima defensa preventiva entendida en términos amplios es incompatible con el DIP vigente. Sin embargo, entiendo que existen casos en los cuales para asegurar una correcta defensa, siendo esta un derecho inmanente reconocido en la Carta, sería necesario algunas actuaciones preventivas pero ante casos extremos y ataques inminentes entendiéndose en forma casuística, pero ante un ataque no inminente no queda otro camino conforme derecho, que el de comunicar al CS, como lo menciona el informe "Un mundo mas seguro". Sin embargo en aquellos casos en los cuales existe un ataque inminente, habría que seguir los pasos propuestos por Brown: tomar todas las medidas defensivas y agotar todas las vías de solución pacífica de controversias, ya sea negociación entre las partes o la intervención de terceros, como Naciones Unidas, un mediador, un arbitro u otras Organizaciones Internacionales, entre otros. Sin embargo todas estas medidas deberían ser probadas ante el CS pero como bien lo afirma Blumenwitz es difícil probar la intención hostil de los presuntos atacantes. Concluyendo el trabajo reconozco la legitimidad absoluta de una legítima defensa reactiva, es decir ante la existencia de un ataque armado, y reconozco parcialmente la legitimidad de una defensa interceptiva más que preventiva, tendiente a asegurar la seguridad del Estado pero sin violentar el art. 2.4 de la Carta, es decir actuar cuando exista un comienzo de ejecución del ataque o la amenaza signifique un ataque inminente y sea imposible recurrir a otra vía, sin embargo toda medida adoptada en este caso debe ajustarse a los límites de la legítima defensa: especialmente la proporcionalidad, necesidad y la utilización de los medios menos lesivos. De esta manera no se suple el requisito del ataque armado, sino que se adapta a los tiempos modernos pero sin descartar todo el sistema de protección de la paz y seguridad internacionales existente.

Bibliografía:

Libros:

- ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando. "Historia del Derecho Internacional Público: Obra homenaje al coronel Carlos Alberto Barragán Galindo". Edit. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. 2000.
- BARBOZA, Julio. "Derecho Internacional Público". 2da Edición. Edit. Zavalia. Buenos Aires. 2008.
- GOLDSCHMIDT, Werner. "Introducción Filosófica al Derecho". Edit.: Lexis Nexis. Bs. As. 2005.
- GUITERREZ POSSE, Hortensia. "Moderno Derecho Internacional y Seguridad Colectiva". Edit. Zavalia. Bs. As. 1995.
- MOYA DOMÍNGUEZ, María T. "Manual de Derecho Internacional Público". 1ra Edición. Edit.: Ediar. Buenos Aires. 2004.
- OSORLO, Manuel. "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales". Tomo II. Edit.: Ruy Díaz. Buenos Aires. 1995.
- PINTORE, Eduardo. "La Legítima Defensa en el Derecho Internacional". Universidad Nacional de Córdoba. Argentina. 2012.
- PODESTA COSTÁ, Luis A. "Derecho Internacional Público I". 4ta Edición. Edit. Tipográfica Editora Argentina. Bs. As. 1960.
- TETTAMANTI, Pablo A. "Uso de la fuerza en los Conflictos Internacionales: Un análisis al final del bipolarismo". Edit. Universidad. Bs. As. 1995.
- VERDROSS, Alfred. "Derecho Internacional Público". Edit. Aguilar. Madrid. 1957. Traducción de la tercera edición alemana con notas y bibliografía adicionales de TRUYOL y SERRA, Antonio.
- VIDELA ESCALADA, Federico. "Manual de Derecho Aeronáutico". Edit.: Zavalia. Bs. As. 1988.

Artículos:

- ALICE, Mauricio. "La construcción del muro como violación al principio de la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza (Art. 2:4 carta de la ONU. La Corte Internacional de Justicia y el Derecho Internacional: Temas relacionados con la opinión consultiva sobre la construcción del muro. CARI. Bs. As. 2005.
- BROWN, Chris. "Self Defense in an imperfect World"; Chris Brown. Accedido mediante el servidor de EBSCO:
<http://web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=ea59e4d9-182c-49b2-a986-a18bb030f88e%40sessionmgr4&vid=2&hid=9;2003>
- CHENG, Bin. "Pre-emptive or similar type of self-defence in the territory of foreign States". *Chinese Journal of International Law Advance Access*. Publicado por *Oxford University Press*. 2013.
- COLIN, Gary. "The implications of preemptive and preventive war doctrines: a reconsideration".
<http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/pdffiles/pub789.pdf> (visto el 19/11/2013).
- DAVEGGIO, Javier. "Legítima defensa preventiva". La Corte Internacional de Justicia y el Derecho Internacional: Temas relacionados con la opinión consultiva sobre la construcción del muro. CARI. Bs. As. 2005.

- GAMARRO CHOPO; Yolanda. "La defensa preventiva contra el terrorismo internacional y las armas de destrucción masiva: una crítica razonada". Revista CIDOB d'Afers Internacionals N°77
- GROS ESPIELL. "La pretendida legítima defensa preventiva y la guerra en Irak". Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Tomo 2. Montevideo. 2004.
- KAMP, Karl- Heinz. "Intervenciones militares cautelares (preemptive strikes): ¿una nueva realidad de la política de seguridad?". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Tomo 2. Montevideo. 2004.
- LEVY, Jack. "Preventive war and democratic politics." 2007.
<http://www.polsci.wvu.edu/faculty/hauser/ps591m/levypreventativewardemopoliticsisq2008.pdf> (visto el 19/11/2013).
- LOZADA, Martín. "El Uso de la Fuerza en las Relaciones Internacionales: los atentados del 11 de septiembre, su respuesta y el Derecho Internacional". *Jurisprudencia Argentina*. Vol.: 2002-I. Bs. As. 2002.
- MUÑIZ, Carlos. "La Doctrina Drago". Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. 1ra serie. 2da época. Volumen XLVII-40. Bs. As. 2002.
- ORÍA, Salvador. "La Sociedad de Naciones". *Revista Facultad de Derecho de Buenos Aires*. Tomo IX. Bs. As. 1931.
- PUIG, Juan Carlos. "Seguridad nacional y política exterior (Argentina 1810-1914)". *Revista de la Escuela de Defensa Nacional*. N° 6. Bs. As. 1974.
- SEARA VÁZQUEZ, Modesto. "La urgencia como elemento de la legítima defensa internacional". Boletín de Derecho Comparado de México. N° 55. Universidad Nacional Autónoma de México. México D. F. 1996.
- SUTTER SCHNEIDER, Eduardo. "La no intervención y la Doctrina Drago". *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*. 3ra serie N° 121. Santa Fe. 1979.
- VERNET; Paula. "La noción de Legítima Defensa en el Derecho Internacional actual a la luz de la opinión consultiva de la CIJ relativa a las consecuencias legales sobre la construcción de un muro en el territorio ocupado palestino". La Corte Internacional de Justicia y el Derecho Internacional: Temas relacionados con la opinión consultiva sobre la construcción del muro. CARI. BS. AS. 2005.
- VINUESA Raúl E. "Principios y propósitos del Tratado Antártico". *Antártida al iniciarse la década de 1990: Contribución al 30 aniversario de la entrada en vigencia del Tratado Antártico*. Ediciones Manantial. Bs. As. 1992.

Documentos:

- Declaración de Helsinki de 1975
- Declaración Welles
- National Security Strategy of the United States del año 2002
- Nota enviada por Henry Stimson a Forbes en 1932 relativo al no reconocimiento de la anexión japonesa de Manchuria
- Nota enviada por Luis María Drago a Martín García Merou en 1902 conteniendo las bases de la Doctrina Drago
- Proyecto Politis-Litinov (1933)

Tratados Internacionales:

- Carta de las Naciones Unidas (1945)
- Convenio Relativo a la Limitación del Empleo de la Fuerza para el Cobro de Deudas Contractuales
- Convenio de Tokio, sobre infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves de 1963
- Convención de 1899 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales
- Convención de 1907 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales
- Convención de Montreal de 1971 para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
- Convención sobre el Derecho del Mar
- Convención V de La Haya (1907)
- Convenio de La Haya de 1970 para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves
- Convenio de Tokio de 1963 Sobre Infracciones y otros actos cometidos a bordo de aeronaves
- Pacto Antibélico de Saavedra Lamas (1932)
- Pacto de Sociedad de Naciones (1919)
- Pacto Briand-Kellog o Tratado de Renuncia a la Guerra (1928)
- Tratado Antártico
- Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca
- Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes

Resoluciones AG de la ONU:

- Res. 32/150 “Concertación de un tratado mundial sobre la no utilización de la fuerza en las relaciones internacionales”
- Res. 36/27 (1981): “agresión armada israelí contra las instalaciones nucleares iraquíes y sus graves consecuencias para el sistema internacional establecido respecto de la utilización de la energía nuclear con fines pacíficos, la no proliferación de armas nucleares y la paz y la seguridad internacionales”
- Res. 42/22 “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”
- Res. 56/83 “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”
- Res. 377 “Unión Pro-Paz”
- Res. 378 “Deberes de los Estados en caso de ruptura de hostilidades”
- Res. 2625 “Declaración relativa a 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.”
- Res. 3314 “Definición de la Agresión”

Resoluciones CS de la ONU

- 242 (1967)
- 255 (1968)
- 276 (1970)
- 487 (1981)
- 502 (1982)
- 505 (1982)
- 660 (1990)
- 661 (1990)
- 665 (1990)
- 670 (1990)
- 678 (1991)
- 1368 (2001)
- 1373 (2001)

Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia

- Nicaragua c/ Estados Unidos: Actividades militares y paramilitares en y contra el Gobierno de Nicaragua. 1969
- Consecuencias Jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad. Opinión consultiva. 1971

Páginas Web:

- <http://edition.cnn.com/2001/US/09/20/gen.bush.transcript/> el día 09 de Mayo de 2013

ANEXO:

Texto Original de las Notas

NOTA 37: "...But in view of the present situation and of its own rights and obligations therein, the American Government deems it to be its duty to notify both the Imperial Japanese Government and the Government of the Chinese Republic that it cannot admit the legality of any situation de facto nor does it intend to recognize any treaty or agreement entered into between those Governments, or agents thereof, which may impair the treaty rights of the United States or its citizens in China, including those which relate to the sovereignty, the independence, or the territorial and administrative integrity of the Republic of China, or to the international policy relative to China, commonly known as the open door policy; and that it does not intend to recognize any situation, treaty or agreement which may be brought about by means contrary to the covenants and obligations of the Pact of Paris of August 27, 1928, to which Treaty both China and Japan, as well as the United States, are parties."

NOTA 38: "During these past few days the devious processes whereunder the political independence and territorial integrity of the three small Baltic Republics – Estonia, Latvia, and Lithuania – were to be deliberately annihilated by one of their more powerful neighbors, have been rapidly drawing to their conclusion... The people of the United States are opposed to predatory activities no matter whether they are carried on by the use of force or by the threat of force. They are likewise opposed to any form of intervention on the part of one state, however powerful, in the domestic concerns of any other sovereign state, however weak...."

NOTA 42: "First, their countries seek no aggrandizement, territorial or other;..."

NOTA 43: "Fifth, they desire to bring about the fullest collaboration between all nations in the economic field..."

NOTA 44: "..., they hope to see established a peace which will afford to all nations the means of dwelling in safety within their own boundaries, and which will afford assurance that all the men in all lands may live out their lives in freedom from fear and want;... they believe that all of the nations of the world, for realistic as well as spiritual reasons must come to the abandonment of the use of force. Since no future peace can be maintained if land, sea or air armaments continue to be employed by nations which threaten, or may threaten, aggression outside of their frontiers, they believe, pending the establishment of a wider and permanent system of general security, that the disarmament of such nations is essential. They will likewise aid and encourage all other practicable measure which will lighten for peace-loving peoples the crushing burden of armaments."

NOTA 47: "Artículo 1: Los Propósitos de las Naciones Unidas son: 1. 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; 2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal; 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y 4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes."

"Artículo 2: Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: 1. La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros. 2. Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta. 3. Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia. 4. 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. 5. Los Miembros de la Organización prestaron a ésta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva. 6. 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. 7. Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII.”

NOTA 60: “...an opinio juris with regard to the principle of non-use of force, regarded as a principle of customary international law,...”

NOTA 74: “...With regard more specifically to alleged violations of human rights relied on by the United States, the Court considers that the use of force by the United States could not be the appropriate method to monitor or ensure respect for such rights...”

NOTA 100: “...The exception of the right of individual or collective self-defence is also, in the view of States, established in customary law, as is apparent for example from the terms of Article 51 of the United Nations Charter, which refers to an “inherent right”, and from the declaration in resolution 2625 (XXV).”

N

OTA 106 “The Court does not believe that the concept of “armed attack” includes assistance to rebels in the form of the provision of weapons or logistical or other support. Furthermore, the Court finds that in customary international law, whether of a general kind or that particular to the inter-American legal system, there is no rule permitting the exercise of collective self-defence in the absence of a request by the State which is a victim of the alleged attack, this being additional to the requirement that the State in question should have declared itself to have been attacked... Judge Ruda deals with the question of self-defence ...in his view it is not necessary to enter into all the factual details, because assistance to rebels is not per se a pretext for self-defence from the legal point of view... States do not have a right of “collective” armed response to acts which do not constitute an “armed attack”...”

NOTA 109: “to the transborder incursions into the territory of those two States from Nicaragua, it is difficult to decide whether they amount, singly or collectively, to an armed attack by Nicaragua. ...may be relied on as justifying the exercise of the right of collective self-defence.”

NOTA 112 “From this day forward, any nation that continues to harbor or support terrorism will be regarded by the United States as a hostile regime...”

NOTA 116: “The Parties, who consider the existence of this right to be established as a matter of customary international law, agree in holding that whether the response to an attack is lawful depends on the observance of the criteria of the necessity and the proportionality of the measures taken in self-defence.”

NOTA 177 “... New deadly challenges have emerged from rogue states and terrorists ... other rogue regimes seek nuclear, biological, and chemical weapons as well... We must be prepared to stop rogue states and their terrorist clients before they are able to threaten or use weapons of mass destruction against the United States and our allies and friends... the greater the threat, the greater is the risk of inaction... To forestall or prevent such hostile acts by our adversaries, the United States will, if necessary, act preemptively... The purpose of our actions will always be to eliminate a specific threat to the United States or our allies and friends.”

Abreviaturas:

AG: Asamblea General de las Naciones Unidas
Art.: Artículo
Cap.: Capítulo
CIJ: Corte Internacional de Justicia
CONVEMAR: Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar
CS: Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas
DI: Derecho Internacional
DIP: Derecho Internacional Público
EEUU: Estados Unidos de Norteamérica
GB: Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte
Inc.: Inciso
ONU: Organización de las Naciones Unidas
OTAN: Organización del Tratado del Atlántico Norte
Res. AG.: Resolución de la Asamblea General
Res. CS.: Resolución del Consejo de Seguridad
SN: Sociedad de Naciones
TIAR: Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca

