

2. La legítima defensa precautoria

La legítima defensa en sentido estricto es una respuesta a un uso de fuerza ilegal ya consumado, lo que corresponde a la interpretación estricta del artículo 51 de la Carta; la legítima defensa precautoria es el derecho a responder por medio de la fuerza armada a un uso de la fuerza ilegal inminente que aún no se ha consumado¹, que encuentra su justificación legal en una interpretación amplia de ese artículo; si la respuesta precautoria se ejerce frente a una amenaza inminente y abrumadora de recibir un ataque ilegal, la fórmula de Webster puede ser alegada como fundamento consuetudinario de su legalidad. La aceptación de un uso de fuerza preventivo como respuesta a una amenaza que se supone es inevitable pero no inminente es, en cambio, mayoritariamente contestada: su diferencia con la agresión se basa exclusivamente en el hecho de existir un conflicto con el Estado amenazante; la inexistencia del ni del conflicto ni de la amenaza futura convierte el uso de la fuerza en una agresión lisa y llana sobre la que existe consenso sobre su ilegalidad². Los hechos ilegales cuya amenaza de consumación dan lugar a la legítima defensa precautoria son, en principio, los mismos que dan lugar al ejercicio de la legítima defensa en sentido estricto, excepto que de la naturaleza de las circunstancias no se pudiera probar que la comisión del ataque era inevitable.

Como se verá más adelante al analizar el caso de la Guerra de los Seis Días, a pesar de que un conjunto de circunstancias permitían inducir a Israel de que Egipto preparaba una invasión inminente de su territorio, ciertos analistas consideran que el presidente Nasser sólo procuraba con sus acciones aumentar la presión estratégica sobre Israel para provocar su debilitamiento, aunque otros aseguran que el objetivo último de ese debilitamiento era estar en mejores condiciones para una victoria militar. La evaluación de la inevitabilidad de la consumación de la amenaza, un derecho que los Estados que ejercen la legítima defensa precautoria consideran contenido en el derecho inmanente que establece el artículo 51, se torna, de este modo, una cuestión debatible, no sujeta a la certeza que brinda la consumación de la amenaza de la legítima defensa en sentido estricto.

La doctrina clásica de la legítima defensa precautoria.

Los elementos de la legítima defensa precautoria fueron sistematizados por

¹ "Derecho de intervenir, en el derecho de legítima defensa por anticipación de acuerdo al principio de precaución, en caso de amenaza inminente o próxima". Cassese, Antonio en Cot & Pellet, Jean-Pierre et Alain: "La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article", 3^{ème} Edition, Economica 2005. "Los académicos del derecho y juristas internacionales a menudo solían condicionar la legitimidad de la precaución a la existencia de una amenaza inminente – generalmente una visible movilización de ejércitos, barcos y fuerzas aéreas preparándose para atacar." U.S. Government: "The National Security Strategy of the United States of America", The White House, September 17, 2002. "(...) entendemos que la "inminencia" o no de un ataque constituye el carácter diferenciador entre la legítima defensa anticipada y la legítima defensa "simple". En el primer caso, el componente cronológico es la inminencia: el ataque aun no sucedió, pero es inevitable, en poco tiempo más –segundos, minutos o pocas horas–, sucederá, y por eso es legítimo anticipar el uso de la fuerza en defensa del Estado. En cambio, en la legítima defensa "simple", el componente cronológico es la inmediatez: hubo un ataque o agresión previa, y la respuesta defensiva se dio sin solución de continuidad, con rápida posterioridad al primer ataque, y mientras subsiste la posibilidad de que el ataque continúe." Consigli & Lavopa, José & Federico: "Dos aspectos de la legítima defensa frente al amenaza terrorista", AADI, Córdoba, 2006, pág. 36.

² Record, Jeffrey: "The Bush doctrine and war with Iraq", Parameters, Spring 2003, pág. 7.

Grocio³:

"(...) Si un hombre es asaltado de tal manera que su vida se enfrenta a un peligro inevitable, puede no iniciar una guerra contra él, pero sí muy justamente destruir al agresor. (...) Debe destacarse que este derecho de legítima defensa surge directa e inmediatamente del cuidado de nuestra propia preservación, que la Naturaleza encomienda a cada uno, y no sólo por la injusticia o el crimen del agresor.

(...) No pierdo, por lo tanto, el derecho que tengo a la legítima defensa: es suficiente que no estoy obligado a sufrir el mal del que me amenaza, del mismo modo que si fuera una bestia humana la que se abalanzara sobre mí.

Pero sí es necesario que el peligro esté presente y contenido en un punto. Concedo que, si un hombre toma las armas y sus intenciones son visiblemente las de destruir a otro, el otro pueda legítimamente prevenir sus intenciones; dado que tanto en el orden moral como material, no existe precisión y se admite cierta laxitud. Sin embargo, están muy equivocados, y engañan a otros, los que admiten que cualquier clase de temor da derecho a quitar la vida a otro."⁴

Grocio consideró que ciertas condiciones diferenciaban la precaución de la prevención: la amenaza debía ser actual ("*peligro presente*") y las intenciones agresivas ("*la intención de destruir a otro*"); la mera existencia de un temor ("*están muy equivocados, y engañan a otros, los que admiten que cualquier clase de temor da derecho a quitar la vida a otro*"), sin los dos requisitos anteriores, convertía la acción en ilegal. Grocio advirtió que la percepción de un peligro eventual puede dar lugar a una errónea evaluación de los hechos que descarte anticipadamente la oportunidad de evitar la guerra⁵; por ello, la justificación para tomar las armas se derivaba de la necesidad de hacerlo, basada en una certeza moral no sólo de que el enemigo tiene las fuerzas suficientes, sino también de que tiene toda la intención de provocarnos un daño⁶.

Pufendorf también consideró legítima la defensa precautoria, porque: "*Si cualquiera intenta atacar la seguridad de un hombre, éste no puede dejar de repelerlo ni de hacerlo*

³ Para los antecedentes romanos, véase: Tuck, Richard: "The rights of war and peace. Political thought and the international order from Grotius to Kant", Oxford University Press, 2001.

⁴ "*(...) If a man is assaulted in such a manner that his life shall appear in inevitable danger, he may not only make war upon, but very justly destroy the aggressor. (...) It is to be observed, that this right of self-defence, arises directly and immediately from the care of our own preservation, which Nature recommends to every one, and not only from the Injustice or crime of the aggressor (...). I don't therefore lose that right that I have to self-defence: for it is sufficient that I am not obliged to suffer the wrong that he threatens to do to me, no more than of it was a man's beast that came to set upon me".*

But here'tis necessary that the danger be present, and is it were, contained in a point. I grant, if a man takes arms, and his intentions are visibly to destroy another, the other may very lawfully prevent his Intentions; for as well in moral as in natural things, there is no point, but what admits of some latitude: But they are highly mistaken, and deceive others, who admit that any sort of fear gives a right to take away the life of another". Grotius, Hugo: "The Rights of war and peace", Libro II, cap. I, 3.

⁵ "*Porque si no tenemos nada que temer en el presente por parte de esa persona, sostengo que no podemos matarla lícitamente si ese daño pudiera ser evitado de alguna otra forma, e incluso si no apareciera con claridad suficiente que no puede ser evitado. Dado que el tiempo nos brinda frecuentes oportunidades de solución y muchas cosas pueden suceder (...).*" ["Yet whilst we have nothing to fear from the present, on the part of that person, I maintain that we cannot lawfully kill him; if either such a danger can be possibly avoided any other way, or even if it does not then sufficiently appear that it may not be avoided. For time gives us frequent opportunities of remedy, and there may many things happen (...)"]. Grotius: "The Rights of war and peace", Libro II, cap. I, 5.

⁶ Grotius: "The Rights of war and peace", Libro I, cap. 22.1.

*tan vigorosamente que el odio y el deseo de venganza duren, a menudo, hasta mucho después de que ha repelido el ataque*⁷.

Si no ejerciéramos nuestra defensa, los bienes que tenemos de la Naturaleza y los que hemos creado por nuestro trabajo nos habrían sido dados en vano, porque quedarían a merced de la injusticia de terceros si no los defendiéramos: elevado a principio general, ello llevaría a la ruina y destrucción de la Humanidad⁸.

Pufendorf estableció como condiciones para la legalidad del uso precautorio de la fuerza:

a). que el recurso a la fuerza fuera necesario por ser la última oportunidad, porque ni aún cediendo una parte de nuestros derechos lograríamos evitar el uso de la fuerza enemigo⁹: *“Pero cuando por la aplicación de estos expedientes moderados, no puedo protegerme a mí mismo del daño inminente, entonces debo oponer fuerza con fuerza, y estoy compelido a entrar en el combate”*¹⁰.

b). el peligro debía ser inminente (*“el peligro tiene que estar sobre nosotros o, en su caso, en el preciso momento de capturarnos”*)¹¹, no bastando con el mero temor o sospecha, aunque este requisito debía analizarse con mayor laxitud en el sistema internacional (regido por el derecho natural) que en el derecho interno (regido por la ley civil).

c). la amenaza debía estar dirigida contra el Estado que la alega: el hecho de que hubiera una agresión contra terceros¹², no otorgaba el derecho (*“justa causa”*) de ejercer la violencia contra otro Estado, porque ese ejercicio de la fuerza anterior del que supuestamente nos sentimos amenazados podría haberse realizado a su vez justamente¹³.

d). En caso de ser ello posible, el ejercicio de la legítima defensa precautoria debía estar precedido de un ultimátum o aviso previo de la decisión de utilizar la fuerza¹⁴.

Pufendorf consideró también que la intención de lanzar un ataque constituye en sí misma una agresión, aunque ésta no haya podido materializarse por la acción precautoria

⁷ *“If anyone attempts to attack a man’s safety, he cannot fail to repel him and to repel him so vigorously that hatred and desire for revenge usually last long after he has beaten off the attack”*. Pufendorf: *“On the Duty of Man and Citizen”*, Cambridge University Press, 1991, pág. 33. También: Sofaer, Abraham D.: *“On the Necessity of Pre-emption”*, EJIL, Vol. 14, Num. 2, 2003, pág. 216.

⁸ Pufendorf: *“Of the Law of Nature and Nations”*, Libro II, Cap. V.

⁹ Conviene, afirma Pufendorf, agotar todos los otros medios de evitar la guerra, ya sea a través de compromisos y negociaciones o por otros medios menos arriesgados, como cortar los accesos al enemigo que avanza, o levantar defensas.

¹⁰ *“But when by the Application of these moderate expedients, I cannot secure myself from the impending danger, I am then to oppose force with force, and am compelled to enter the combat”*. Pufendorf: *“Of the Law of Nature and Nations”*, Libro II, Cap. V.

¹¹ *“The danger be just upon us, or, as it were, in the very point of seizing us”*. Pufendorf: *“Of the Law of Nature and Nations”*, Libro II, Cap. V.

¹² Si no nos une con ellos una obligación derivada de una alianza o un mecanismo de seguridad colectiva regional.

¹³ *“Although such a mighty neighbour hath shewn himself to have the will of hurting as well as the power, he doth not yet give me directly a just cause of setting upon him, because he doth not yet express this will towards me in particular. For it is no sufficient proof that a man designs to hurt me, because he hath already hurt others, in as much as he might be provok’d to his attempt on them by some particular reasons, which he doth not find against me”*. Pufendorf: *“Of the Law of Nature and Nations”*, Libro II, Cap. V.

¹⁴ Véase el texto de Pufendorf en el desarrollo del tema *“Agotamiento de las negociaciones y ultimátum”* de este trabajo.

del que se defiende:

“En este caso, debe ser considerado agresor quien hizo el primer movimiento para herir a su vecino, o quien concibió la primera intención de dañar y la preparación de la guerra para alcanzarla, pese a que la otra parte, usando una mayor prontitud, lo haya sorprendido y oprimido antes de que pudiera llevar a cabo su plan a la perfección. Dado que no es absolutamente necesario para la noción y la cuestión de la defensa que una persona reciba el primer golpe, o que solamente pueda desviar o eludir los que están dirigidos a él, sino que también debe ser interpretado que actúa bajo legítima defensa aquel que, tomando a su enemigo tardíamente, hubiera prevenido el daño que estaba urdiendo contra él.”¹⁵

Vattel también defendió el derecho a un uso precautorio de la fuerza:

“El derecho a emplear la fuerza o a hacer la guerra solamente pertenece a la Naciones para defenderse y para mantener sus propios derechos. Así, si alguno ataca una Nación o viola sus perfectos derechos, comete un agravio. Solamente a partir de ese momento, esa Nación tiene el derecho de responder y de volver al otro a la razón. Tiene el derecho de prevenir el agravio, cuando se vea amenazada por él. (...) Las razones que justifican la guerra hacen ver que debe haberse recibido un agravio, o haber sido lo suficientemente amenazado, para estar autorizado a prevenirla mediante las armas”¹⁶.

Para que la legítima defensa precautoria fuera legal, Vattel estableció cuatro requisitos: que existiera una amenaza; que ésta fuera seria o grave; que consistiera en la comisión de un daño y que se dirigiera contra un Estado.

A pesar de estos esfuerzos doctrinarios, durante todo el período clásico, tanto la expansión colonial como la preservación de equilibrios de poder en los subsistemas estratégicos convirtieron el uso precautorio y preventivo de la fuerza en una práctica generalizada en el sistema internacional.

El caso del “Caroline” (1837) y la “fórmula” de Webster

En 1837 se produjo una controversia entre los Estados Unidos y Gran Bretaña –el

¹⁵ “In this case he is to be accounted the aggressor, who made the first motion toward hurting his neighbour, or who conceiv'd the first design of mischief, and war preparing to accomplish it, though the other party using greater expedition, may have surpriz'd and oppress'd him before he could bring his plot to perfection. For it is not absolutely necessary to the notion and business of defence, that a man receive the first stroke, or that he only ward off or elude the blows that are aim'd at him; but he too shall be interpreted to act by way of self-defence, who, taking his foe tardy, hath prevented the mischief that was hatching against him”. Pufendorf: “Of the Law of Nature and Nations”, Libro II, Cap. V.

¹⁶ «Le droit d'user de force, ou de faire la Guerre n'appartient aux Nations que pour leur défense & pour le maintien de leurs droits. Or si quelqu'un attaque une Nation ou viole les droits parfaits, il lui fait injure. Dès-lors, & dès-lors seulement, cette Nation est en droit de le repousser & de le mettre à la raison: Elle a le droit de prévenir l'injure, quand elle s'en voit menacée». (...) Les raisons justificatives de la Guerre font voir que l'on a reçu une injure, ou qu'on s'en voit assez menacé, pour être autorisé à la prévenir par les armes». Vattel, Emerich: “Le droit des gens ou principes de la loi naturelle”, Londres, 1758, Libro III, Cap. III, pág. 29. Sobre Vattel y la precaución: Rivkin, Casey & Wendell DeLaquil, David, Lee & Mark: “Preemption and Law in the Twenty-First Century”, Chicago Journal of International Law, Vol. 5 Num. 2, 2004-2005, pág. 468. Estos autores consideran que Vattel justificaba, con su formulación, la intervención armada para evitar que Luis XIV heredara el trono de España y su imperio en 1701.

incidente del "Caroline"¹⁷- que creó las condiciones para que dos Estados aceptaran mutuamente ciertas condiciones que debía reunir la legítima defensa precautoria¹⁸. A lo largo del año 1837¹⁹ se produjo una rebelión de un grupo de canadienses contra el gobierno colonial británico²⁰; muchos estadounidenses que vivían en la frontera apoyaban a los rebeldes, les hacían llegar diversos suministros y se alistaban como combatientes en sus filas. El 13 de diciembre de ese año, un grupo de insurgentes, dirigidos por un estadounidense, tomó el control de la base "Navy Island", sobre el río Niágara (en territorio canadiense), utilizándola como centro de operaciones para atacar barcos oficiales canadienses. La base rebelde comenzó a recibir suministros a través de cargamentos del buque "Caroline" (propiedad de ciudadanos estadounidenses) que hacía el transporte desde la costa estadounidense. El 29 de diciembre, un pequeño grupo de soldados británicos entró en Fort Schlosser (territorio de Estados Unidos), atacó, prendió fuego y envió el "Caroline", que estaba allí amarrado, aguas debajo de la Catarata del Niágara²¹.

Gran Bretaña justificó su accionar en su derecho de legítima defensa, sosteniendo que, si no lo hacía, el barco hubiera continuado suministrando ayuda a los rebeldes y comprometiendo sus intereses²².

La controversia sobre la legalidad del accionar británico comenzó el 5 enero de 1838, cuando el Secretario de Estado americano Forsyth envió una carta al embajador británico en los Estados Unidos, Henry Fox, pidiéndole explicaciones sobre las acciones cometidas por los soldados británicos, exigiendo reparaciones y el castigo de los responsables. Fox respondió que el gobierno estadounidense no hacía cumplir sus leyes en la frontera y que ello había obligado a su gobierno a actuar para proteger su propia

¹⁷ Jennings afirma que a partir de la doctrina del "Caroline", la legítima defensa dejó de ser una excusa política para convertirse en una doctrina legal y que el hecho de que el agredido fuera un Estado fuerte creó las bases para que la intervención fuera cuestionada y surgiera, así, un acuerdo sobre la necesidad de reconocer ciertas limitaciones tanto a la intervención como a la "autopreservación": Jennings, R. Y. "The Caroline and McLeod Cases", AJIL Vol. 32, Num. 1 (Jan., 1938), 82-99.

¹⁸ "Más que la desencadenar la guerra, el 'Incidente del Caroline' generó la doctrina moderna del derecho internacional de 'legítima defensa anticipatoria'". Rivkin, Casey & Bartram, David, Lee & Darin: "Remember the Caroline!: The Doctrine of 'Anticipatory self-defense' more relevant than ever", National Review, July 1, 2002. "El test del Caroline, frecuentemente utilizado en forma errónea como un test de necesidad y proporcionalidad, es en realidad un test para el caso especial de legítima defensa anticipatoria": Moore, John: "The secret war in Central America and the future of World Order", AJIL, Vol. 80, Num. 1, 1986. En el mismo sentido: Donnelly, Matt: "Hitting Back?. The United States' Policy of Pre-Emptive Self-Defense Could Rewrite the Rules of Military Engagement", ABC News, August 28, 2002.

¹⁹ Para un análisis de este caso, véase: Jennings, R. Y. "The Caroline and McLeod Cases", AJIL Vol. 32, Num. 1, 1938, págs. 82-99; Waldock, C. H. M.: "The regulation of the use of force by individual states in international law", RCADI, Vol. 81 (1952-II), pág. 463; Bowett, Derek: "Self-Defence in international law", Manchester University Press, 1958, pág. 58 y ss.; Arend, Anthony C.: "International Law and the Preemptive Use of Military Force", TWQ, Vol. 26, Num. 2, Spring 2003, pág. 90; Sofaer, Abraham D.: "On the Necessity of Pre-emption", EJIL, Vol. 14, Num. 2, 2003.

²⁰ Sofaer, Abraham D.: "On the Necessity of Pre-emption", EJIL, Vol. 14, Num. 2, 2003.

²¹ Para un minucioso relato de los hechos, véase: Jennings, R. Y.: "The Caroline and McLeod Cases", AJIL Vol. 32, Num. 1, 1938, págs. 82-99.

²² Este argumento "a futuro" es lo que caracteriza la controversia del caso como "legítima defensa precautoria" y no como represalia.

seguridad y evitar nuevos perjuicios²³. También afirmó que el derecho a la defensa propia y a la autopreservación²⁴ otorgaba a Gran Bretaña el derecho de destruir un barco pirata en territorio estadounidense²⁵.

El 12 de noviembre de 1840, tres años después del incidente del "Caroline", un ciudadano británico de apellido McLeod, al comentar que había participado en los hechos, fue arrestado y acusado de asesinato. Gran Bretaña solicitó su liberación argumentando que la operación contra el buque había sido un acto de Estado sobre el que McLeod no tenía responsabilidad personal. Finalmente, McLeod fue liberado en el mes de octubre siguiente²⁶.

A fines del año 1841, el gobierno británico envió a Lord Ashburton a Washington como Ministro Especial encargado de llegar a un acuerdo sobre límites y otras cuestiones conexas, entre las que se encontraban las cuestiones del "Caroline" y la reparación por la encarcelación de McLeod. Las negociaciones de Ashburton con Webster fueron las que brindaron la ocasión para establecer lo que se llama "fórmula" de Webster sobre la legítima defensa²⁷.

El Secretario de Estado americano envió una carta a Ashburton el 27 de julio de 1842 en la que afirmaba que para que procediera la legítima defensa debía haber una necesidad inmediata, abrumadora y que no dejara lugar a deliberación sobre las medidas a adoptar y que éstas debían ser proporcionales con el fin buscado. Es lo que se conoce con el nombre de "fórmula" de Webster:

*"Debe haber una necesidad de legítima defensa, instantánea, abrumadora, no dejando opción de medios ni momentos para deliberación. Debe corresponderle (al Gobierno Británico) demostrar, también, que las autoridades locales de Canadá, aun suponiendo que la necesidad del momento las autorizaba a entrar al territorio de los Estados Unidos de América, no hicieron nada irrazonable o excesivo; dado que el acto, justificado por la necesidad de la legítima defensa, debe ser limitado por esa necesidad y mantenido claramente dentro de este margen."*²⁸.

²³ "Through such violence, Her Majesty's subjects in Upper Canada had already severely suffered, and they were threatened with still further injury and outrage". (Carta de Fox del 6 de febrero de 1838).

²⁴ Toda la correspondencia británica sobre esta cuestión utilizó indistintamente los términos "autoprotección" y "legítima defensa" (*self-defence*).

²⁵ "A necessity of self-defence and self-preservation gave us the right to destroy the piratical vessel within US territory". Citado en Sofaer, Abraham D.: "On the Necessity of Pre-emption", EJIL, Vol. 14, Num. 2, 2003. El carácter pirata del barco fue objetado por el nuevo Secretario de Estado americano Daniel Webster por una nota dirigida a Fox del 24 de abril de 1841.

²⁶ El gobierno americano reconoció que McLeod no era responsable personalmente de una acción ordenada por su Gobierno, luego de resolver diversas cuestiones (incompetencia de los tribunales estatales, necesidad de una sentencia y no de un mero acto administrativo), pero objetó la pretensión británica de haber actuado en legítima defensa.

²⁷ Para las doctrinas de Grocio, Pufendorf y Vattel como antecedentes de la argumentación de Webster: Sofaer, Abram: "On the necessity of pre-emption", EJIL, Vol. 14, Num. 2, 2003.

²⁸ "There must be a necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation. It will be to it (the British Government) to show, also, that the local authorities of Canada, even supposing the necessity of the moment authorized them to enter the territories of The United States of America at all, did nothing unreasonable or excessive; since the act, justified by the necessity of self-defence, must be limited by that necessity and kept clearly within it". Letter from Secretary of State Daniel Webster to Lord Ashburton, dated August 6, 1842.

El gobierno británico aceptó la argumentación de Webster, sosteniendo que sus efectivos habían actuado conforme a tales principios²⁹. Webster y Ashburton reconocieron el principio de que todo Estado tiene el derecho inmanente de recurrir a la legítima defensa, que su uso debía juzgarse de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso y que el Estado que la ejercía debía probar que la acción era necesaria y respetar el criterio de la proporcionalidad entre el fin buscado y los medios empleados para alcanzarlo.

Luego de un intercambio de notas, surgió un acuerdo entre ambos gobiernos sobre las limitaciones de la legítima defensa³⁰:

- a). Debe existir una necesidad de legítima defensa, instantánea, abrumadora y que no permita la elección de los medios ni dé lugar a una deliberación previa, y
- b). La respuesta debe ser razonable y mesurada, porque las acciones deben encontrar su justificación en la necesidad de su ejercicio.

Vigencia de la fórmula de Webster

La fórmula de Webster representó una limitación reconocida por dos Estados al ejercicio de la legítima defensa precautoria, aunque estableció un conjunto de requisitos más propios de un destacamento de gendarmería en la frontera que del análisis de un aparato estatal y de defensa complejo, incluso para la época en que fue formulada. La falta de tiempo para la reflexión o la elección de los medios más idóneos para responder a la amenaza no se corresponden con la realidad de los manuales de procedimiento militares actuales ni con la racionalidad que debe exigirse al manejo de arsenales nucleares y otras armas de destrucción en masa³¹.

Por otra parte, si se exceptúa el caso de un atentado terrorista en el que la clandestinidad y el ocultamiento de las intenciones forma parte de la esencia del ataque, la sofisticación de los sistemas de detección temprana y la circulación de información internacional actuales convierten en altamente improbable que se efectúe un ataque absolutamente sorpresivo. Por el contrario, la realidad internacional ha probado que las crisis políticas se incuban durante un cierto tiempo, la posibilidad del uso de la fuerza es anunciada públicamente y debatida tanto al interior del país que lanzará el ataque como en la comunidad internacional, lo que brinda un tiempo para el análisis de las diversas alternativas; la evaluación de los costos y beneficios de responder precautoriamente y

²⁹ La controversia incluyó la modalidad del ataque al "Caroline", la pérdida de vidas, su incendio y posterior envío hacia la catarata. El gobierno británico, en su nota de respuesta argumentó que cada uno de esos actos había estado motivado por la necesidad y la proporcionalidad: por ejemplo, afirmó que el buque incendiado fue enviado aguas abajo por el río para evitar daños a la población vecina. Jennings, R. Y.: "The Caroline and McLeod Cases", AJIL, Vol. 32, Num. 1, 1938. Curiosamente, estas precauciones parecen alejadas del requisito de "no haber dejado un momento a la deliberación".

³⁰ Waldock, C. H. M.: "The regulation of the use of force by individual states in international law", RCADI, Vol. 81 (1952-II), pág. 463; Jennings, R. Y.: "The Caroline and McLeod Cases", AJIL, Vol. 32, Num. 1, 1938.

³¹ La posibilidad de que un jefe de unidad militar a cargo de un poderoso arsenal nuclear actuara irreflexivamente "sobre la marcha" era, precisamente, una contingencia que, durante la Guerra Fría, se procuró evitar por medio de un complejo sistema de decisiones que requería, en última instancia, la aprobación del Jefe del Estado. El cine ilustró este riesgo en la película "USS Alabama".

elegir los medios militares más idóneos para obtener el fin propuesto³².

La fórmula de Webster es considerada una norma de derecho consuetudinario³³, que reconoce el derecho de un Estado a actuar anticipadamente frente a una amenaza³⁴, al tiempo que establece ciertos criterios de distinción entre una guerra de agresión y la legítima defensa³⁵. Brownlie sostiene que la fórmula no refleja exactamente el derecho consuetudinario vigente al momento de aprobarse la Carta de las Naciones Unidas, porque su contenido se vio modificado por el Pacto Briand-Kellogg³⁶; por lo tanto, la legítima defensa precautoria ya era contraria al derecho internacional a partir de 1928. Empero, la práctica de los Estados no prueba esta afirmación, porque si bien el Pacto fue invocado como un precedente para la solución de conflictos en diversas oportunidades³⁷, lo fue por su carácter prohibitivo del uso de la fuerza "preventiva" o de agresión, pero no como opuesto a la fórmula "precautoria" de Webster³⁸; cuando en 1931 Japón ocupó Manchuria, afirmó que sus acciones satisfacían las condiciones establecidas en el caso del "Caroline"³⁹. Como se ha visto, la fórmula fue reconocida como derecho consuetudinario

³² "La fórmula de Webster parece ser la favorita entre los estudiantes de derecho internacional, pero no creo que se aplique de manera útil a la experiencia de la guerra inminente". Walzer, Michael: "Just and Unjust Wars", Basic Books, Third Edition, 1977, pág. 75. En el mismo sentido, Sofaer, Abraham: "On the Necessity of Pre-emption", EJIL, Vol. 14, Num. 2, 2003; Doyle, Michael: "Striking First. Preemption and Prevention in International Conflict", Princeton University Press, 2008, pág. 15.

³³ Arend, Anthony C.: "International Law and the Preemptive Use of Military Force", TWQ, Vol. 26, Num. 2, Spring 2003, pág. 89. Para algunos autores, el uso de la legítima defensa precautoria era una práctica común aún antes del incidente del "Caroline" y como ejemplo invocan el envío, en 1587, por parte de la reina Elizabeth I, de una flota a los puertos españoles y portugueses para atacar y destruir la "Armada Invencible". Rivkin, Casey & Bartram, David, Lee & Darin: "Remember the Caroline!: The Doctrine of 'Anticipatory self-defense' more relevant than ever", National Review, July 1, 2002.

³⁴ Rivkin, Casey & Bartram, "op. cit."

³⁵ Schachter, Oscar: "The Right of States to Use Armed Force", Michigan Law Review, Vol. 82, Num. 5/6, Festschrift in Honor of Eric Stein (Apr. -May, 1984), 1620-1646.

³⁶ Brownlie, Ian: "International law and the use of force by states", Oxford, Clarendon Press, 1963, pág. 235; "International Law and the use of force by states" revisited", Chinese Journal of International law, 2002, Vol. 1. En contra de esta posición se ha expresado Franck, quien sostiene que el artículo 51 de la Carta, al hablar de "derecho inmanente", incorporó el derecho consuetudinario de legítima defensa precautoria establecido en el caso del Caroline. Franck, Thomas: "The Power of Legitimacy of the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium", AJIL, Vol. 100, Num. 1, 2006, pág. 101.

³⁷ Brownlie recuerda que los Estados Unidos invocaron el Pacto en relación con las hostilidades entre China y URSS (1929); China y Japón (1931) y Perú y Ecuador. El Pacto también fue citado en la condena de la Liga de las Naciones de las acciones de la URSS contra Finlandia. Brownlie, Ian: "'International Law and the use of force by states' revisited", Chinese Journal of International law, 2002, Vol. 1, pág. 6.

³⁸ Para Bowett: "No es posible esperar de ningún Estado que aguarde un ataque inicial que, en el actual estado de los armamentos, bien puede destruir su capacidad para continuar la resistencia y de este modo comprometer su propia existencia." Bowett, Derek: "Self-Defense in International Law", Praeger Publishers Inc., Nueva York, 1958, págs. 191 y 192. Para Waldock: "Restringir el derecho consuetudinario de legítima defensa, incluso dentro de lo admitido en la doctrina Caroline, no tiene sentido en una época en que ha aumentado enormemente la celeridad y el poder de las armas de ataque. En efecto, en la Comisión de Energía Atómica [Documento A.E.C./18/ReV.I, Pág. 24] se ha propuesto que, en el supuesto de que las armas atómicas estén sujetas a fiscalización en el marco de una convención, los preparativos para una guerra atómica en violación de la convención, en vista del pasmoso poder del arma, se traten como un "ataque armado" conforme al Artículo 51. Pero incluso sin las armas atómicas, los modernos avances del arte bélico dan fuerza a la interpretación de ese Artículo propuesta más arriba." Waldock, H: "The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law". RCADI, Vol. II, 1952, pág. 498.

³⁹ El gobierno japonés declaró: "La posición especial de Japón en Manchuria 'a la cual se la reviste de tanto misterio', es un asunto muy sencillo. No es más que el conjunto de derechos excepcionales derivados de tratados de Japón (...) y de medidas vitales y justificadas de auto-protección, como el principio estándar establecido en el caso Caroline, de que todo

por el Tribunal de Nuremberg.

En el caso del ataque de Israel contra el reactor iraquí “Osirak” el 7 de junio de 1981⁴⁰, el debate en el Consejo de Seguridad mostró que existía una opinión mayoritaria⁴¹ sobre la vigencia de la fórmula de Webster como norma de derecho consuetudinario y que la acción israelí no era considerada precautoria sino preventiva en razón de no haber agotado previamente todos los medios pacíficos para la solución del conflicto⁴². La fórmula de Webster fue nuevamente esgrimida como expresión de la legítima defensa cuando se analizaron los ataques de Israel contra posiciones militares de la OLP en julio de 1981⁴³.

Intercepción, anticipación y acumulación de eventos.

La legítima defensa precautoria supone una atribución de inminencia a la amenaza que abarca una gama de grises entre el ataque ya lanzado y el que está en vías de preparación.

La necesidad de buscar una respuesta en el marco de una interpretación estricta del artículo 51 ha llevado a sugerir la creación de una categoría jurídica no prevista en el lenguaje de la Carta: la “intercepción de un ataque ya lanzado”. Si los Estados Unidos hubieran atacado la flota que se dirigía hacia Pearl Harbor⁴⁴ o las aeronaves que ya habían

acto de legítima defensa debe recurrir (para su justificación) a la importancia de los intereses que han de ser defendidos, o la inminencia del peligro y la necesidad del acto (...). Citado en Brown, Philip: “Japanese Interpretation of the Kellogg Pact”, *AJIL*, Vol. 27, Num. 1, 1933, pág. 100.

⁴⁰ El caso se analiza más adelante en este capítulo.

⁴¹ España y México manifestaron su preferencia por una interpretación limitada del artículo 51.

⁴² El representante de Uganda expresó: “¿Cuáles son, pues, las verdaderas disposiciones del derecho con respecto a la legítima defensa?. Los requisitos de la legítima defensa según lo que el representante de Israel llamó el derecho internacional general, han quedado bien establecidos desde el famoso caso norteamericano de *The Caroline*, en 1837”. S/PV.2282, del 15 de junio de 1981. El representante de Sierra Leona declaró que: “En cuanto al principio de legítima defensa, desde larga data se ha aceptado que para que se le invoque o justifique, la necesidad de la acción tiene que ser inmediata, abrumadora y que no deje ninguna opción de los medios y ningún momento para la deliberación. (...) el argumento de legítima defensa es insostenible donde no hay un ataque armado o no es inminente”. S/PV.2283, del 15 de junio de 1981. El representante británico también reconoció estos principios: “Se ha aseverado que el ataque israelí fue un acto de legítima defensa. Pero no fue una respuesta a un ataque armado por parte del Iraq contra Israel. En ningún momento hubo una necesidad instantánea o abrumadora de legítima defensa. Tampoco puede justificarse como una manifiesta medida de autoprotección. La intervención de Israel es una utilización de la fuerza que no tiene lugar en el derecho internacional ni en la Carta”. S/PV.2282, del 15 de junio de 1981. Véase el análisis del caso en este trabajo.

⁴³ El representante de Egipto, Embajador Alarabi, afirmó que: “(...) mucho antes de que existiera la Carta de las Naciones Unidas, la comunidad internacional había establecido normas definidas para circunscribir el uso de la fuerza en las relaciones internacionales. La licencia para atacar a voluntad y sin limitaciones desapareció definitivamente con el advenimiento del siglo XX. Hay que recalcar que aún en una sociedad menos ordenada y menos civilizada, los Estados tenían la obligación jurídica habitual de observar ciertas limitaciones. La más notoria de esas limitaciones fue señalada por el Sr. Webster, Secretario de Estado de los Estados Unidos, que ha sido citado muchas veces en el Consejo de Seguridad. Esa limitación establece que las acciones que dan derecho a la defensa propia deben ser “instantáneas, abrumadoras, sin dejar otro recurso ni tiempo para deliberaciones”. S/PV.2093, del 21 de julio de 1981. Para un detallado análisis de esta cuestión, véase: O’Brien, William: “Reprisals, Deterrence and Self-Defense in Counterterrorism Operations”, *VJIL*, Winter 1990, págs. 450 y ss.

⁴⁴ Betts, Richard: “Striking First: A History of Thankfully Lost Opportunities”, *EIA*, Vol. 17, Num. 1 (Spring 2003).

despegado de los portaviones japoneses, la respuesta sería calificada como una “interceptación de fuerzas hostiles”⁴⁵. De esta manera, se diferencia la amenaza cuya consumación es inminente (propio de la precaución) del uso de la fuerza ilegal ya iniciado que aún no ha producido sus efectos, a la que se asimilaría a la legítima defensa en sentido estricto; la interceptación resultaría lícita por tratarse de una reacción *a posteriori* de un acto de agresión en curso de ejecución que aún no se ha consumado completamente⁴⁶ pero que ya no puede volver atrás⁴⁷. La interceptación del transporte ilícito de armas de destrucción en masa ha llevado a la creación de la Iniciativa de Seguridad contra la Proliferación (PSI)⁴⁸.

La necesidad de la respuesta deriva directamente de la naturaleza de los hechos; la proporcionalidad de los medios utilizados para la interceptación dependerá de la magnitud de la agresión en curso de consumarse. Nuevamente, estamos aquí ante la dificultad de juzgar la “inevitabilidad” del ataque⁴⁹, comprobación que sólo puede realizarse con certeza *ex post facto*.

La agresión se ha lanzado cuando comienza el ataque: el disparo de los misiles o el despegue de las aeronaves de un portaviones pueden ser contrarrestados legalmente antes de que alcancen sus objetivos y provoquen el daño⁵⁰. Sin embargo, a los efectos de mantener una adecuada categorización de las respuestas, la interceptación de un ataque debe incluirse en la legítima defensa precautoria, en razón de que el ataque aún no se ha consumado, lo que es propio de la legítima defensa en sentido estricto. Si bien la respuesta del Estado atacado puede ser el fruto de un análisis cuidadoso, en función del tiempo disponible, la interceptación es una situación próxima a las condiciones de la fórmula de Webster.

La percepción de que un ataque ilegal inevitable puede estar en curso de lanzamiento puede producirse por la apreciación de diversas evidencias tanto materiales (como el despliegue de grandes contingentes de tropas en la frontera o el alistamiento y desplazamiento al eventual teatro de operaciones de naves y aviones de combate) como

⁴⁵ Dinstein, Yoram: “War, Aggression and Self-Defence”, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 1994, pág. 189. Dinstein considera que hubo “interceptación” en la Guerra de los Seis Días. Rivkin, Casey & Wendell DeLaquil, David, Lee & Mark: “Preemption and Law in the Twenty-First Century”, Chicago Journal of International Law, Vol. 5 Num. 2, 2004-2005, pág. 484, afirman que la interceptación requiere que el ataque sea inminente e inevitable.

⁴⁶ Sicilianos, Linos-Alexandre: “Les réactions décentralisées à l’illicite. Des contre-mesures à la légitime défense”, LGDJ, 1990, pág. 403. En el mismo sentido, Dinstein, Yoram: “War, Aggression and Self-Defence”, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 1994, pág. 190/191.

⁴⁷ Teurbe-Tolón, José Javier: «Questions concerning the legality of the use of force in Southern Lebanon during the Israel-Hezbollah conflict of 2006», New York International Law Review, Winter, 2008.

⁴⁸ La cuestión es analizada en: Dojas, Alberto E.: “La Iniciativa de Seguridad contra la Proliferación (PSI)”, Boletín del ISIAE, Consejo Argentino para las Relaciones internacionales, Julio 2009. También disponible en: <http://www.aedojas.com.ar>.

⁴⁹ Muchas veces la escalada de una crisis no termina en un incidente armado, por la intervención de numerosos factores, como la intervención de terceros, los cambios de gobierno o las presiones internacionales. Rivkin, Casey & Wendell DeLaquil, David, Lee & Mark: “Preemption and Law in the Twenty-First Century”, Chicago Journal of International Law, Vol. 5 Num. 2, 2004-2005, pág. 484.

⁵⁰ Remiro Brotons, Antonio: “Derecho Internacional Público I”, Principios Fundamentales, Tecnos, Madrid, 1987 y Barboza, Julio: “Derecho Internacional Público”, Zavalía, Buenos Aires, 1999, pág. 248.

políticas (la declaración de una intención hostil por parte del Estado amenazante). El Estado amenazado puede entonces considerar que es conveniente usar la fuerza para anticipar el ataque y poder responder en mejores condiciones. Aún cuando pueda probar que su respuesta anticipada respetó los principios de necesidad y proporcionalidad, la legalidad de su acción será mayoritariamente cuestionada. Schachter ha considerado que pueden existir situaciones en las que la inminencia del ataque es tan clara y el peligro tan grande que la acción defensiva es esencial para la autopreservación⁵¹.

El ataque de Israel contra Egipto en junio de 1967 puede considerarse un ejemplo paradigmático de la anticipación⁵²: en los debates en el Consejo de Seguridad previos al estallido del conflicto, Israel afirmó que las declaraciones agresivas del presidente Nasser; el cierre del Estrecho de Ormuz; la solicitud egipcia de que la Fuerza de las Naciones Unidas se retirara del Sinaí y la ocupación de ese territorio por las fuerzas armadas egipcias hasta la frontera con Israel, habían obligado a “adoptar limitadas medidas precautorias”⁵³. El Consejo no condenó a Israel, permitiendo una interpretación de que el ataque precautorio era considerado legítimo para una importante cantidad de países⁵⁴.

Un caso particular del ejercicio de la precaución sucede cuando un Estado está confrontado a un encadenamiento de ataques limitados y sucesivos, enmarcados en un conflicto prolongado; la amenaza queda así constituida por un continuo de acciones consumadas a lo largo del tiempo⁵⁵. El Estado amenazado puede entonces considerar los preparativos que continúan produciéndose por parte del Estado agresor como la preparación de un nuevo ataque y procurar evitar, por medio de una acción precautoria, la consumación del próximo ataque, argumentando que la necesidad de su acción deriva de una acumulación de eventos anteriores que le permiten, razonablemente, temer una

⁵¹ Schachter, Oscar: “The Right of States to Use Armed Force”, Michigan Law Review, Vol. 82, Num. 5/6, Festschrift in Honor of Eric Stein (Apr. –May, 1984), pág. 1634. Cañardo considera que las armas de destrucción en masa y sus vectores justifican la anticipación al ataque. Cañardo, Hernando V.: “El uso de la fuerza frente a las agresiones de baja intensidad”, Prudentia Iuris, Núm. 55, Marzo 2002, pág. 59. La anticipación es considerada legal por Waldock, Fitzmaurice, Bowett, Schwebel, Jennings, Higgins y Greenwood.

⁵² Véase el análisis del caso en este Capítulo. También, Record, Jeffrey: “Nuclear Deterrence, Preventive War, and Counterproliferation », Policy Analysis, July 8, 2004, pág. 2.

⁵³ “El 16 de mayo, el Presidente Nasser se había movido contra la UNEF y había desplegado fuerzas egipcias pesadas a lo largo de la frontera con Israel. A la luz de estos movimientos repentinos y amenazantes, el Gobierno Israelí se vio compelido a tomar medidas precautorias limitadas.” “Repertoire”, 1966-1968, VIII, pág. 137.

⁵⁴ Rivkin, Casey & Wendell DeLaquil, David, Lee & Mark: “Preemption and Law in the Twenty-First Century”, Chicago Journal of International Law, Vol. 5 Num. 2, 2004-2005, pág. 469, consideran anticipatorio el ataque a la flota española en Cádiz y otros puertos portugueses que Isabel I ordenó a Francis Drake, para evitar o, en su caso, postergar, el arribo de la Armada Invencible a territorio inglés. También anticipatorio juzgan el ataque británico a la flota danesa en 1801 y 1807, para que no cayeran en manos de Napoleón.

⁵⁵ La doctrina de la acumulación de eventos ha sido desarrollada por Bowett: “Si un estado ha estado sujeto a repetidos ataques armados en el pasado y es probable que continúen esporádicamente en el futuro, esto puede llegar en conjunto a acumularse y ser tomado como un ataque contra el Estado, de modo de poder habilitar la legítima defensa”. Bowett, Derek: “Reprisals Involving Recourse to Armed Force”, AJIL, Vol. 66, Num. 1, 1972, pág. 33. Barboza ha interpretado la fórmula: “Aquí la expresión “armed attacks” no puede ser interpretada en el sentido en que se emplea en el Art. 51 de la Carta, sino como actos de fuerza armada que, cada uno en sí mismo no equivale a “ataque armado” en sentido técnico, peros que todos juntos sí equivaldrían”. Barboza, Julio: “Contramedidas en la reciente codificación de la responsabilidad de los Estados. Fronteras con la legítima defensa y el estado de necesidad”, AADI, Córdoba, Núm. XII, 2003.

nueva agresión⁵⁶. Aún cuando la respuesta fuera proporcional a la amenaza en curso de ejecutarse, la legalidad de estas acciones precautorias ha sido mayoritariamente contestada a partir de la Carta de las Naciones Unidas.

La doctrina de la acumulación de eventos ha sido aplicada en las intervenciones contra las bases terroristas en terceros Estados, desde las que se lanzan periódicos ataques contra un Estado considerado enemigo. En los casos en los que acciones terroristas no incluyen el uso de medios militares, la aplicación de la doctrina supone una interpretación muy amplia de la expresión “ataque armado” del artículo 51, que ha sido considerada mayoritariamente como contraria a la Carta, según veremos más adelante⁵⁷.

En 1978, en respuesta a un atentado en su territorio, Israel ocupó el territorio libanés al sur del río Litani, para crear una zona que separara a los grupos que realizaban ataques contra su territorio. La operación fue mayoritariamente considerada ilegal⁵⁸. En 1986, la represalia estadounidense contra Libia en respuesta al atentado en la discoteca “La Belle”, fue justificada por la posesión de pruebas concluyentes de que agentes libios planeaban nuevos ataques; si bien el Consejo no pudo aprobar una resolución condenatoria por el veto de tres miembros permanentes, la legitimidad del accionar de los Estados Unidos fue criticada por un gran número de países. La intervención en Afganistán en 2001⁵⁹ fue justificada, entre otras razones, en la necesidad de evitar que se continuaran produciendo ataques terroristas por parte de los grupos instalados en su territorio y consentidos por el régimen de los talibanes⁶⁰ que, al anunciar nuevos ataques como el de las Torres Gemelas, conformaban una amenaza de ocurrencia potencialmente inminente. La comunidad internacional consideró mayoritariamente legales las acciones de los Estados Unidos.

El diccionario del Pentágono define las acciones precautorias como aquellas en las

⁵⁶ En opinión de Gutierrez Posse, «una acumulación de incidentes más o menos menores, desarrollados a lo largo del tiempo, tomados en su conjunto y situados en su contexto, podrían llegar a configurar un ataque armado si en forma recurrente comportan actos hostiles contra un Estado. La acumulación de este tipo de actos podría indicar la necesidad de acudir a una defensa que fuese legítima; y ello, aun cuando en apariencia la respuesta pudiese considerarse como no proporcionada o no inmediata con relación a un acto en particular.» Gutiérrez Posse, Hortensia: “11 de septiembre de 2001 y 1º de julio de 2002 ¿una nueva inflexión en la seguridad colectiva?”, RJBA, 2002-2003, pág. 55 y 56. Greenwood, Christopher: “International Law and the Pre-emptive Use of Force: Afghanistan, Al-Qaida, and Iraq”, San Diego International Law Journal, Vol. 4, Num 7, 2003, pág. 23, considera que la doctrina de la acumulación de eventos se aplicó correctamente al juzgar los atentados del 11/9 como un episodio más de una serie de acciones contra los Estados Unidos perpetrados por el mismo grupo.

⁵⁷ La doctrina, como se verá, ha ido creciendo en su legalidad a partir del 11/9: Tams, Christian J.: “The Use of Force Against Terrorists”, EJIL, Vol. 20, Num. 2, 2009, pág. 17 y ss..

⁵⁸ El caso es analizado en el capítulo IV de este trabajo.

⁵⁹ El caso es analizado en el capítulo IV de este trabajo.

⁶⁰ Así lo afirmó el entonces Consejero Legal del Departamento de Estado: “Después de los terribles ataques del 9/11, los Estados Unidos, con la cooperación de sus aliados, lanzaron un ataque contra Al Qaeda y el Talibán. Esta acción podría ser considerada precautoria, en un sentido, dado que Estados Unidos no estaba actuando en represalia, sino en realidad, para prevenir y disuadir un ataque inminente”. Taft, William: “The Legal Basis for Preemption”, Memorandum to ASIL-CFR, November 18, 2002. Kohen, Marcelo G.: “The use of force by the United States after the end of the Cold War, and its impact on international law”, (in Byers & Nolte: “United States Hegemony...”), 2003, pág. 209, sostiene que el derecho a invocar la legítima defensa no se extiende en el tiempo una vez que ha concluído el ataque. En contra: Franck, Thomas: “Terrorism and the Right of Self-Defense”, AJIL, Vol. 95, Num. 4, October 2001, pág. 840.

que se responde a un ataque inminente sobre el que se tiene una certeza indudable, lo que es propio de la doctrina de la anticipación⁶¹; la actual doctrina de la intervención preventiva, como veremos más adelante, une esta figura con la doctrina de la acumulación de eventos propia de la respuesta a los atentados terroristas que se prolongan en el tiempo.

Otros antecedentes

El Tribunal de Nuremberg consideró que la invasión nazi a Noruega en 1940, justificada en la necesidad de evitar una invasión aliada inminente, había constituido una agresión por no revestir carácter defensivo⁶².

El 12 de julio de 1946, el Departamento de Estado Americano presentó ante la Comisión de Energía Atómica de las Naciones Unidas, un Memorandum llamado "*Dealing with the Relations between the Atomic Development Authority and the Organs of the United Nations*" en el que expresaba la necesidad de crear una agencia nuclear internacional y de coordinar sus acciones con los órganos de las Naciones Unidas. En referencia a la legítima defensa, el Memorandum consideraba que si se utilizaban armas atómicas como parte de un ataque armado, el Estado afectado tenía derecho a invocar el artículo 51 de la Carta. El Departamento de Estado afirmaba, por lo tanto, que la noción de ataque armado de la Carta se había modificado sustancialmente a partir del descubrimiento de las armas atómicas y que era necesario incluir en ese concepto no sólo la utilización de esas armas sino también los preparativos previos a su utilización⁶³, reconociendo un derecho al uso precautorio de fuerza frente a una amenaza inminente.

El 30 de junio de 1947, una Comisión Especial del gobierno de los Estados Unidos presentó un informe sobre el uso de la bomba atómica como arma militar en el que consideró que la importancia de la sorpresa de un ataque aumentaba con cada mejora en la potencia de las armas y que, con el advenimiento de la bomba atómica, el hecho de atacar primero y de forma inesperada era capaz de provocar semejante ventaja que aseguraría la derrota de un enemigo considerado inicialmente más poderoso. Por lo tanto, era necesaria una revisión de las estrategias tradicionales acerca de lo que constituía un acto de agresión y que el único medio efectivo de defensa era la adopción de medidas

⁶¹ Grimmert, Richard F.: "U.S. Use of Preemptive Military Force", CRS Report to Congress Núm. RS21311, September 18, 2002, sostiene que la legítima defensa precautoria no fue invocada por los Estados Unidos hasta el año 2002 (Afganistán). Reiter, Dan: "Exploding the Powder Keg Myth: Preemptive Wars Almost Never Happen", IS, Vol. 20 (Fall 1995), considera que sólo han habido tres guerras precautorias en el siglo pasado: la primera Guerra Mundial, la intervención de China en Corea y la Guerra de los Seis Días.

⁶² El régimen nazi también alegó que Polonia había realizado incursiones en territorio alemán para justificar su invasión de ese país y que atacó la URSS porque Stalin estaba preparando una invasión de Alemania. Ambos argumentos no fueron aceptados por el Tribunal. Rivkin, Casey & Wendell DeLaquil, David, Lee & Mark: "Preemption and Law in the Twenty-First Century", Chicago Journal of International Law, Vol. 5 Num. 2, 2004-2005, pág. 468.

⁶³ "Está igualmente claro que un 'ataque armado' es ahora algo enteramente diferente de lo que era antes del descubrimiento de las armas nucleares. Parecería entonces que no sólo es importante, sino también apropiado, bajo las actuales condiciones, que el tratado defina 'ataque armado' en una forma apropiada a las armas nucleares, y que incluya en la definición no simplemente el dejar caer una bomba atómica, sino incluso determinados pasos que, en sí, son previos a tal acción". "United States Memorandum N°3, Dealing with the Relations between the Atomic Development Authority and the Organs of the United Nations", The Department of State, July 12, 1946.

ofensivas destinadas a ser utilizadas antes de que un potencial ataque pudiera causar un daño grave a los Estados Unidos⁶⁴. La Comisión señaló que para defenderse de un ataque con armas atómicas, la mejor estrategia era la prevención o la frustración de un ataque potencial por parte del enemigo o en medidas de represalia lo suficientemente poderosas como para destruir su poder y sus capacidades para hacer la guerra⁶⁵.

La Comisión recomendó, en consecuencia, actuar en forma precautoria frente a una amenaza inminente y consideró que mientras que en el pasado, el presidente de los Estados Unidos, en tanto que Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, tenía el deber de autorizar el uso de la fuerza luego de haberse producido un ataque contra sus nacionales o instalaciones, en el futuro, el presidente tendría el deber de defender el país frente un ataque inminente o incipiente con armas atómicas⁶⁶.

La conveniencia de actuar anticipadamente fue evaluada en repetidas oportunidades durante la Guerra Fría. Durante la crisis de los misiles en Cuba en 1962⁶⁷, el Departamento de Estado analizó la conveniencia de alegar la legítima defensa precautoria, pero ello fue descartado, entre otras razones, porque una argumentación similar podía ser utilizada por la URSS respecto de los misiles estadounidenses en Turquía que amenazaban el territorio soviético⁶⁸. En 1970, ante el peligro inminente que representaban para las tropas americanas en Vietnam, el gobierno de los Estados Unidos decidió el envío de un contingente militar para evitar que el territorio camboyano fuera utilizado por los beligerantes como refugio para lanzar sus ataques. El tema no fue tratado en el Consejo pero la legitimidad de la acción no fue cuestionada sino por un reducido grupo de países.

En la década de los 80, el Secretario de Estado George Shultz defendió la doctrina en el marco de lo que llamaba "la prevención activa"⁶⁹, una combinación de diversas

⁶⁴ "The Evaluation of the Atomic Bomb as a Military Weapon", The Final Report of the Joint Chiefs of Staff Evaluation Board for Operation Crossroads, 30 June 1947, pág. 10. La Comisión también afirmó que todo plan de defensa debía constar de dos elementos esenciales: a). información acerca de si el enemigo potencial está en posesión de los medios necesarios para producir un arma atómica; b). información sobre su preparación para el ataque. Para obtener esta información, el gobierno de los Estados Unidos debía contar con un efectivo servicio de inteligencia, del que no disponía en ese momento. "Op. cit.", pág. 12.

⁶⁵ "Para la defensa frente a las armas nucleares, la confianza principal debe basarse en la prevención o frustración de un poder enemigo y la habilidad para hacer la guerra". "The Evaluation of the Atomic Bomb as a Military Weapon", The Final Report of the Joint Chiefs of Staff Evaluation Board for Operation Crossroads, 30 June 1947, pág. 12.

⁶⁶ "Pero allí donde en el pasado, el deber del Presidente como Comandante en Jefe ha sido restringido (antes de una declaración formal de guerra) a la acción sólo después de la pérdida de vidas o de bienes americanos, en el futuro su obligación deberá incluir la defensa del país contra ataques nucleares inminentes o incipientes". "The Evaluation of the Atomic Bomb as a Military Weapon", The Final Report of the Joint Chiefs of Staff Evaluation Board for Operation Crossroads, 30 June 1947, pág. 10. En opinión de la Comisión, la definición de lo que constituía acto de agresión y un ataque inminente o incipiente era responsabilidad del Congreso de los Estados Unidos y era este órgano el que debía establecer una legislación al respecto.

⁶⁷ El Representante de Ghana afirmó en el Consejo de Seguridad que los Estados Unidos no podían alegar la legítima defensa según la fórmula de Webster, porque no habían presentado aún "una prueba incontrovertible del carácter ofensivo de las instalaciones militares en Cuba". S/PV.1024, para. 110. Véase el análisis del caso en este trabajo.

⁶⁸ Véase esta cuestión en: Gardner, Richard: "Neither Bush nor the "Jurisprudes"", AJIL, Vol. 97, Num. 3, 2003.

⁶⁹ "No podemos permitir convertirnos en el Hamlet de las Naciones, preocupándonos indefinidamente sobre si y cómo responder. Una gran nación con responsabilidades globales no puede permitirse estar atada a la confusión y la indecisión.

formas de respuestas precautorias y preventivas.

La Administración Clinton no descartó los ataques precautorios⁷⁰: en 1994 analizó la posibilidad de atacar un reactor nuclear en Corea del Norte; en 1996 acusó a Libia de construir una planta farmacéutica subterránea de uso dual en Tarhunah que ocultaba la producción de armas químicas y amenazó con atacarla si no cesaba su construcción⁷¹; en agosto de 1998 atacó una planta farmacéutica en Sudán con el mismo argumento⁷² y los centros de entrenamiento de Al Qaeda en Afganistán⁷³.

En 1990, luego de la agresión iraquí a Kuwait, el reino de Arabia Saudita solicitó ayuda a la coalición liderada por los Estados Unidos, ante el temor de ser atacado por el régimen hostil de Saddam Hussein⁷⁴. Como se verá en el análisis de diversos casos en este trabajo, la práctica de los Estados a partir de la Carta de las Naciones Unidas permite extraer la conclusión de que, cuando la inevitabilidad de la consumación de la amenaza quedó razonablemente probada, la legalidad de la respuesta precautoria fue generalmente reconocida⁷⁵.

Como se verá más adelante, la legalidad de la respuesta es directamente proporcional a la proximidad de la consumación de la amenaza.

Luchar contra el terrorismo no va a ser un combate limpio o agradable, pero no tenemos opción... Debemos llegar a un consenso en este país referido a que nuestras respuestas deben ir más allá de la defensa pasiva para considerar medios activos de prevención, precaución y represalia. Nuestro objetivo debe ser prevenir y disuadir futuros ataques terroristas. El público debe entender, de antemano, que en ocasiones su gobierno debe actuar antes de que todo hecho sea conocido - y las decisiones no pueden estar atadas a las encuestas". Citado en: Sofaer, Abraham D.: "On the Necessity of Pre-emption", EJIL, Vol. 14, Num. 2, 2003.

⁷⁰ Citados en Dershowitz, Alan M.: "Preemption, A knife that cuts both ways", W. W. Norton, 2006, pág. 319.

⁷¹ El posterior descubrimiento del embarque ilegal de partes de una centrifugadora y otras piezas similares provistas por la red del científico pakistaní Khan, enfrentó a Trípoli con la evidencia incontestable de que existían planes secretos. Finalmente, Libia desistió de sus planes, abriendo un debate sobre el rol cumplido por la amenaza del uso de la fuerza: ya en 1986 Libia había vivido la experiencia de los bombardeos americanos.

⁷² «La finalidad del ataque estadounidense a una planta farmacéutica en Sudán, en 1998, era asestar un golpe preventivo a unas instalaciones en las cuales se sospechaba que se producían armas químicas, pero aún son escasas las pruebas de que realizaran actividades ilícitas». Feinstein & Slaughter, Lee & Anne-Marie: "La obligación de prevenir", Foreign Affairs En Español, Abril-Junio 2004. La acusación fue que la planta química producía gas nervioso: Daalder & Lindsay, Ivo & James: "Shooting First. The Preemptive-War Doctrine has met an Early Death in Iraq", Los Angeles Times, May 30, 2004. El intento de obtener una reparación por el daño ocasionado por el ataque no ha prosperado hasta ahora en los tribunales estadounidenses, en parte porque no se puede revertir judicialmente una decisión de política exterior: Crook, John R.: "Circuit finds political questions, dismisses Sudan pharmaceutical plant bombing suit", American Journal of International Law, April 2009.

⁷³ Véase Albright, Madeleine: "Statement", National Commission on Terrorist Attacks upon the United States, March 23, 2004.

⁷⁴ Véase el caso Kuwait (1990) en este capítulo.

⁷⁵ Greenwood, Christopher: "International Law and the Pre-emptive Use of Force: Afghanistan, Al-Qaida, and Iraq", San Diego International Law Journal, Vol. 4, Num 7, 2003, pág. 13.
