

2. Las limitaciones generales al uso de la fuerza

La respuesta armada a una amenaza o a un uso de la fuerza ilegales está sujeta a ciertas restricciones. La Carta de las Naciones Unidas reconoció el derecho a la legítima defensa individual o colectiva pero no reglamentó todos sus aspectos¹: un conjunto de normas consuetudinarias completa el régimen jurídico². En el caso Nicaragua-USA³, la Corte afirmó la existencia de una norma de derecho consuetudinario según la cual la legítima defensa sólo autoriza las medidas que sean proporcionales al ataque armado sufrido y necesarias para responder a él⁴. La Corte reafirmó esta opinión en su Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el uso de las armas nucleares⁵, recordando la obligación de que las medidas adoptadas sean puestas inmediatamente en conocimiento del Consejo de Seguridad⁶. La respuesta armada en ejercicio de la legítima defensa debe, además, observar las normas de derecho humanitario aplicables en tiempo de guerra⁷.

Necesidad

El uso de la fuerza no puede ser antojadizo, sino que debe ser realizado cuando no queda otra alternativa pacífica disponible⁸ y la preservación de los derechos vulnerados obliga a reaccionar por medios violentos⁹. La inminencia e imposibilidad de evitar un

¹ “La Carta, habiendo reconocido la existencia de este derecho (de legítima defensa), no reguló directamente todos los aspectos de su contenido». ICJ, «Nicaragua-USA, Merits», para. 176.

² Kelly, Michael: «Time Warp to 1945 - Resurrection of the Reprisal and Anticipatory Self-Defense Doctrines in International Law », JTLF, Fall 2003, pág. 24.

³ ICJ, «Nicaragua-USA, Merits».

⁴ “Por ejemplo, no contiene ninguna norma específica sobre si la legítima defensa podría cubrir sólo medidas que sean proporcionales a un “ataque armado» que, si se ha producido, autoriza el ejercicio del «derecho inmanente» de legítima defensa, no está previsto en la Carta y no es parte del derecho convencional». (ICJ, *id.*, para. 176).

⁵ “La sumisión del ejercicio del derecho de legítima defensa a las condiciones de necesidad y proporcionalidad es una norma de derecho internacional consuetudinario. Como la Corte estableció en el caso relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América) (I.C.J Reports 1986, p. 94, para. 176): ‘hay una norma específica por la que la legítima defensa sólo garantiza aquellas medidas que son proporcionales al “ataque armado” y necesarias para responder a él, norma que está bien establecida en el derecho internacional consuetudinario.’ Esta doble condición se aplica igualmente al Artículo 51 de la Carta, cualesquiera que sean los medios de fuerza empleados». ICJ, «Nuclear Weapons, Op. Cons. », para. 41.

⁶ ICJ, «Nuclear Weapons, Op. Cons. », paras. 40 a 44.

⁷ “(...) un uso de fuerza que sea desproporcionado bajo el derecho de legítima defensa debe, para poder ser lícito, también cumplir con los requisitos del derecho aplicable en los conflictos armados (...)”. ICJ, «Nuclear Weapons, Op. Cons. », para. 42.

⁸ Tucker, Robert: “Reprisals and Self-Defense: The Customary Law”, *AJIL*, Vol. 66, Num. 3, 1972, pág 592; Wilmshurst, Elizabeth: “The Chatham House Principles of International Law on the Use of Force in Self-Defence”, *International & Comparative Law Quarterly*, October 2006.

⁹ ICJ, «Nicaragua-USA», Op. Dis. Schwebel, para. 201. También: “La razón por la que se hace hincapié en que la acción llevada a cabo en legítima defensa debe ser necesaria es que el Estado atacado ... no debe haber contado, en las circunstancias particulares, con ningún otro medio para detener el ataque que no fuera el recurso a la fuerza armada. En otras palabras, si hubiera sido capaz de alcanzar el mismo resultado mediante medidas que no involucraran el uso de la fuerza armada, no habría tenido justificación para asumir un comportamiento contrario a la prohibición general contra el uso de la fuerza armada. El punto es evidente de por sí y generalmente reconocido. No requiere por lo tanto de mayores discusiones...” Ago, Roberto: “Addendum to the eight report on State responsibility”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1980, Vol. II, Part One, pág. 69).

ataque impone la necesidad de la respuesta¹⁰. La necesidad está relacionada con los medios de que se dispone para repeler un acto ilegal y alcanzar el objetivo propuesto, una elección que debe ser analizada teniendo en cuenta la urgencia de la situación¹¹: la inmediatez y naturaleza del peligro así como la ausencia de medios pacíficos alternativos de protección convierten en necesaria la utilización de la fuerza.

El agotamiento de los esfuerzos por encontrar una solución pacífica a la controversia por un daño sufrido puede convertir en necesaria la utilización de la fuerza. Si un territorio propio es ocupado ilegalmente por la fuerza, no puede obligarse al despojado a esperar la devolución pacífica de lo sustraído, iniciando inconducentes negociaciones. El ejercicio permanente de la jurisdicción del agresor sobre el territorio invadido puede ser interpretado como aceptado por la víctima del despojo y, por el transcurso del tiempo, constituir un título válido sobre ese territorio. La situación resulta agravada por el hecho de que no existe una autoridad internacional de reparación efectiva¹². La recuperación de lo que es propio, en particular si se trata de un elemento indispensable e irremplazable del Estado como el territorio, convierte en necesario el ejercicio de la legítima defensa.

Habitualmente, la necesidad es utilizada como justificación política del uso de la fuerza¹³ frente a la eventual ambigüedad de las circunstancias del caso¹⁴. A menudo, se ha considerado que la fórmula de Webster establece los requisitos de necesidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza (como ha sostenido nuestro país en algunas ocasiones¹⁵); sin embargo, esa fórmula enumera, en realidad, los requisitos de la legítima defensa precautoria.

¹⁰ "El grado de necesidad requerido para justificar una medida de legítima defensa ha de depender mayormente de la inmediatez del peligro". Tucker, Robert: "Reprisals and Self-Defense: The Customary Law", AJIL, Vol. 66, Num. 3, 1972, pág. 588.

¹¹ Schwarzenberger, Georg: "The fundamental principles of international law", RCADI, Vol. 87 (1955-I), pp. 191-385.

¹² 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. 1636.

¹³ Schwarzenberger, Georg: "The fundamental principles of international law", RCADI, Vol. 87 (1955-I), págs. 191-385.

¹⁴ "El peligro de justificar la adopción de medidas no solamente preventivas sino también anticipatorias puede depender por cierto de una interpretación de conducta que está muy lejos de ser abierta y poco ambigua. Por lo demás, si la incertidumbre tolerable antes del recurso a la legítima defensa está relacionada con la naturaleza del peligro en cuestión, la naturaleza del peligro dependerá de factores tales como los medios de daño que la otra parte tiene a su disposición, el ánimo que haya manifestado hasta ese momento, etc. -factores que se apartan considerablemente de la engañosa simplicidad del test de necesidad propuesto en el caso "Caroline" ("instantáneo, abrumador y que no deje opción de medios ni tiempo para deliberar")". Tucker, Robert: "Reprisals and Self-Defense: The Customary Law", AJIL, Vol. 66, Num. 3, 1972, pág. 588.

¹⁵ Ortiz de Rozas (Argentina): "Conforme al principio de la necesidad, tal cual es comúnmente proclamado por la doctrina y los tratadistas, es preciso que las medidas de defensa sean indispensables e inmediatas, no dejando otra alternativa ni debiendo mediar transcurso de tiempo alguno para deliberar o meditar sobre la conveniencia de una reacción. Vale decir, tiene que producirse inmediatamente después del ataque ilegal. S/PV/1644, para. 25, del 28 de febrero de 1972. "El test "Caroline", frecuentemente empleado de modo erróneo como un test general para la necesidad y la proporcionalidad, es en verdad un test para el caso especial de la defensa anticipatoria". Moore, John: "The secret war in Central America and the future of World Order", AJIL Vol. 80, Num. 1, 1986. Véase también: Ratner, Steven: "Jus ad Bellum and Jus in Bello after September 11", AJIL, Vol. 96, Num. 4, 2002.

Proporcionalidad.

«Hay deberes que observar incluso respecto de aquellos que nos han hecho soportar una injusticia; hay una medida que respetar en la venganza y el castigo».

Cicero, *“De Officiis”*, Libro I, Cap. XI, 34.

La doctrina clásica estableció el principio de que la importancia y características de la fuerza a contrarrestar determinaba la proporcionalidad de la respuesta¹⁶, que mantiene su vigencia actualmente¹⁷: Francisco de Vitoria consideraba que *“Cada uno está obligado a defenderse con el menor daño posible para el agresor”*¹⁸; Grocio, que *“(…) el que es acometido, aún en el mismo instante debe preferir hacer aquellos que aleje al adversario o lo debilite, a lo que lo mate”*¹⁹. Pufendorf afirmó que de acuerdo con el derecho natural, una vez que somos atacados por medio de la fuerza, tenemos *“una infinita libertad”* de responder con violencia cuando no existe un arrepentimiento del que nos agrede; una reparación del daño que nos infligió y un compromiso de no renovar su ofensa. El derecho a la respuesta armada se extiende hasta el momento y las condiciones en que podemos sentirnos seguros de que en el futuro no se volverá a sufrir un ataque; sin embargo, la respuesta no debe incluir la venganza que puede llevar a la destrucción del enemigo²⁰.

La proporcionalidad de la respuesta está en función de la amenaza que afecta al Estado víctima²¹: se trata de una relación entre la acción y su objetivo de evitar, detener o rechazar un ataque²², sin exceder la necesidad que la origina²³ ni el tiempo necesario para

¹⁶ La proporcionalidad tiene una relación estrecha con el principio de la reciprocidad, que es una consecuencia, a su vez, de la igualdad soberana. Para un análisis de esta cuestión, véase: Greig, D.W.: *“Reciprocity, Proportionality and the Law of Treaties”*, VJIL, vol. 32, 1994. También: Gardam, Judith: *“Necessity, Proportionality and the Use of Force by States”*, Cambridge University Press, 2004. La proporcionalidad está en la base del derecho internacional, incluyendo el derecho al uso de la fuerza: Watts, Sean: *“Reciprocity and the law of war”*, Harvard International Law Journal, Summer 2009.

¹⁷ *“La proporcionalidad en la coerción constituye un requisito de que la respuesta coercitiva esté limitada en intensidad y magnitud a aquello que sea razonablemente necesario para asegurar prontamente los objetivos permisibles de la legítima defensa”*. McDougal, Myres and Feliciano, Florentino: *“Law and Minimum World Public Order. The Legal Regulation of International Coercion”*, Yale University Press. También:

“el Estado víctima y sus aliados deben responder de un modo tal que sea lo suficientemente efectivo para desalentar, no excediendo sin embargo los límites de la proporcionalidad”. Entrevista con Franck, Thomas citado en Moore, John: *“The secret war in Central America and the future of World Order”*, AJIL Vol. 80, Num. 1, 1986.

¹⁸ de Vitoria, Francisco: *“Relectio de Iure Belli o Paz Dinámica”*, C.S.I.C., Madrid, 1981, pág. 113.

¹⁹ *«Puesto que aquel que está siendo atacado debe entonces optar por hacer cualquier otra cosa que detenga la furia del agresor o neutralizarlo, antes que protegerse a sí mismo eliminándolo»*. Grotius, Hugo: *“De Jure Belli ac Pacis”*, Liberty Fund, Edited and with an Introduction by Richard Tuck, bk.II, ch.I, pt.III, pág. 398.

²⁰ Pufendorf: *“Of the Law of Nature and Nations”*, Libro II, Cap. V.

²¹ *“El Procurador General británico se dirigió de este modo en las actuaciones orales ante la Corte: “Si uno debe hablar de falta de proporcionalidad, la pregunta que surge es: ¿desproporcionado respecto de qué? La respuesta ha de ser: a la amenaza planteada. Es en relación a esa amenaza que corresponde medir la proporcionalidad. Entonces uno debe mirar todas las circunstancias, en particular la escala, el tipo y la ubicación de la amenaza”*. ICJ, *“Nuclear Weapons, Op. Dis. Schwebel”*.

²² *“La acción necesaria para detener y repeler el ataque podría asumir dimensiones desproporcionadas con relación al ataque sufrido”*. ICJ, *“Nicaragua-USA, Op. Dis. Schwebel”*, para. 212.

²³ 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.1637. También: Cannizzaro, Enzo: *“The role of*

su ejecución con vistas a lograr el objetivo fijado; en la legítima defensa tiene dos significados que no se excluyen entre sí: por un lado, la intensidad de la fuerza utilizada en la respuesta debe guardar similitud con la fuerza de la que ha sido víctima; por el otro, implica que aún si la intensidad es mayor, ese uso de fuerza está permitido siempre y cuando su objetivo sea proteger la integridad territorial o los intereses vitales de la parte que se defiende²⁴. La respuesta debe ser la reacción a un acto previo ilegal²⁵.

En el caso Nicaragua-Estados Unidos, la Corte Internacional de Justicia afirmó que el minado de puertos y de instalaciones petroleras por parte de los Estados Unidos no era una respuesta proporcional tanto material como temporalmente a la ayuda que los rebeldes salvadoreños habían recibido de Nicaragua²⁶. En el caso de las plataformas petroleras en Irán, la Corte estimó que la destrucción de barcos y aeronaves iraníes por parte de los Estados Unidos, como respuesta a los daños producidos por el minado del Golfo Pérsico que había sufrido una fragata americana durante la guerra entre Irak e Irán, no podía ser considerada como un uso proporcional de la fuerza en legítima defensa²⁷. En el caso entre la República Democrática del Congo y Uganda, la Corte expresó que la toma de aeropuertos y pueblos del Congo a cientos de kilómetros de la frontera de Uganda no era proporcional a los ataques fronterizos que habían llevado a ese país a invocar su derecho de legítima defensa²⁸. La resolución 665 del Consejo de Seguridad, adoptada en ocasión de la anexión de Kuwait por Irak, hizo referencia a que las medidas tomadas para controlar la entrada y salida de cargamentos de Irak debían ser proporcionales a las

Proportionality in the Law of International Countermeasures”, EJIL, Vol. 12, Num. 5, 2001, pág. 891; Rodin, David: “War and Self-Defense”, EIA, Vol. 18, Num. 1, Winter 2004.

²⁴ Kirgis, Frederick: “Some Proportionality Issues Raised by Israel’s Use of Armed Force in Lebanon”, ASIL Insight, Volume 10, Issue 21, 2006. Fawcett, J.E.S.: “Intervention in International Law. A study of some recent cases”, RCADI, 1961 (II), pág. 365.

²⁵ Franck, Thomas: “On proportionality of countermeasures in International Law”, AJIL, Vol. 102 (2008), págs. 715 y ss.

²⁶ “Haya cumplido o no la asistencia a los contras con el criterio de proporcionalidad, la Corte no puede considerar que las actividades de los Estados Unidos (...) vinculadas con el minado de los puertos nicaragüenses y los ataques contra la puertos, instalaciones de petróleo, etc, hayan satisfecho ese criterio. A pesar de las incertidumbres que puedan existir respecto de la escala exacta de la ayuda que recibió la oposición salvadoreña por parte de Nicaragua, queda claro que estas (...) actividades de los Estados Unidos (...) no pueden haber sido proporcionales para esa ayuda. Finalmente con relación a este punto, la Corte debe también observar que la reacción de los Estados Unidos en el contexto de lo que es visto como legítima defensa se prolongó mucho después del período en el que se contemplaba razonablemente que pudiera tener lugar un presunto ataque armado por parte de Nicaragua”. ICJ, «Nicaragua-USA, Merits», 27 June 1986, para. 237.

²⁷ “La Corte (...) no puede cerrar sus ojos ante la escala de la operación en su conjunto, que supuso, entre otros, la destrucción de dos fragatas iraníes y de un número de otras embarcaciones y aeronaves. Como respuesta al minado, por parte de una agencia no identificada, de un único barco de guerra estadounidense, que fue gravemente dañado pero no hundido, y sin pérdida de vidas, ni la “Operation Praying Mantis” en su totalidad ni la parte de ella que destruyó las (...) plataformas pueden ser vistas, en las circunstancias del caso, como un uso proporcional de la fuerza en legítima defensa”. ICJ: “Oil Platforms, Merits”, 6 November 2003, para. 77. Para un análisis de este caso véase Bekker, Pieter H. F.: “The World Court Finds that U.S. Attacks on Iranian Oil Platforms in 1987-1988 Were Not Justifiable as Self-Defense, but the United States Did Not Violate the Applicable Treaty with Iran”, ASIL Insights, November 2003.

²⁸ “La toma de aeropuertos y pueblos distanciados de la frontera de Uganda por muchos cientos de kilómetros no parecería ser proporcional a la serie de ataques transfronterizos que, alegan, dio lugar al derecho de legítima defensa (...)” ICJ: “Armed Activities on the Territory of the Congo, Merits”, 2006, para. 147. Para un análisis de la decisión de la Corte véase McGuinness, Margaret: “Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo: The ICJ Finds Uganda Acted Unlawfully and Orders Reparations”, ASIL Insights, Volume 10, Issue 1, January 9, 2006.

circunstancias concretas²⁹. La respuesta de Israel en el territorio del Líbano ante el secuestro de dos de sus militares por Hezbollah en julio y agosto de 2006 y el lanzamiento reiterado de cohetes contra su territorio fue considerada por muchos países como « *desproporcionada* »³⁰. Lo mismo ocurrió con la incursión en Gaza en 2008³¹.

La evaluación de estos requisitos requiere un análisis de las circunstancias de cada caso, que puede ser altamente controvertida. Alberdi describió con claridad las limitaciones para establecer con precisión la proporcionalidad de la fuerza utilizada en cada caso:

*“la defensa se convierte en agresión, el derecho en crimen, desde que el tamaño del mal hecho por la necesidad de la defensa excede del tamaño del mal hecho por vía de agresión no provocada. Hay o debe haber una escala proporcional de penas y delitos en el derecho internacional criminal, como la hay en el derecho criminal interno o doméstico. Pero esa proporcionalidad será eternamente platónica y nominal en el derecho de gentes, mientras el juez llamado a fijar el castigo que pertenece al delito sea la parte misma ofendida, para cuyo egoísmo es posible que no haya jamás un castigo condigno del ataque inferido a su amor propio, a su ambición, a su derecho mismo”*³².

De acuerdo con la fórmula de Pufendorf citada *ut supra*, la legítima defensa se extiende hasta un punto en el que el que la ejerce puede tener razonable seguridad de que un nuevo hecho similar no volverá a repetirse ni por razones psicológicas o de evaluación de costo-beneficio (disuasión), ni por la destrucción fáctica de la capacidad militar adversaria. El derecho a la legítima defensa autoriza la eliminación de las bases del peligro que inicialmente justificaron la acción, pero las medidas defensivas contra el Estado atacante deben ser proporcionales al objetivo buscado y los derechos que se busca proteger o restablecer³³. La fórmula puede incluir un castigo que disuada de volver a intentar un ataque, pero la proporcionalidad de esta fuerza “extra” ejercida con ese fin puede ser también altamente controvertida³⁴; todo uso de medios desmesurados frente al

²⁹ “Hace un llamamiento a aquellos Estados Miembros que cooperan con el Gobierno de Kuwait y despliegan fuerzas marítimas en el área para que usen dichas medidas de modo proporcional a las circunstancias específicas”. SC Res. 665, 25 de agosto 1990.

³⁰ Véase el análisis de este caso más adelante en este capítulo.

³¹ Véase el análisis de este caso en el Capítulo V.

³² Alberdi, Juan Bautista: “El crimen de la guerra”, Obras selectas, Nueva edición ordenada, revisada y precedida de una introducción por el Dr. Joaquín V. González, Buenos Aires, Librería “La Facultad” de Juan Roldán, 1920, t. XVI., pág. 14.

³³ “(...) el derecho a la defensa de acuerdo al derecho internacional consuetudinario y a la Carta es un derecho a la defensa efectiva; esto es, un derecho a realizar aquellas acciones que resulten razonablemente necesarias para hacer cesar rápidamente el ataque y proteger los valores amenazados”. ICJ, “Nicaragua-USA”, Op. Dis. Schwebel, para. 217, citando a Moore. En el caso de la intervención en Afganistán (2001), según Verhoeven, una respuesta proporcional debería haberse limitado al arresto de los responsables de los actos del 11 de septiembre, como así también la destrucción de las instalaciones terroristas en Afganistán. Sin embargo, la amplitud de las operaciones militares conducidas por Estados Unidos y sus aliados resultaría difícilmente compatible con la regla de la proporcionalidad. Verhoeven, Joe: “Les étirements de la légitime défense”, AFDI, XLVIII, 2002, CNRS Editions, Paris. A ello debe agregarse el cambio de régimen.

³⁴ “Dadas las condiciones de la sociedad internacional, un derecho de legítima defensa puede carecer de sustancia si no permite remover los peligros que inicialmente justificaron el recurso a las medidas de legítima defensa”. Tucker, Robert: “Reprisals and Self-Defense: The Customary Law”, AJIL, Vol. 66, Num. 3, 1972, pág. 589.

daño que amenaza o se sufre constituye un uso excesivo o abusivo de la legítima defensa, que puede transformarse en una represalia encubierta³⁵ o un acto ilegal³⁶.

La proporcionalidad de los medios empleados depende de la necesidad militar. Tradicionalmente, se pensaba que la relación de tres a uno para las fuerzas propias daba lugar a un éxito razonablemente seguro. Sin embargo, las nuevas doctrinas militares consideran que para minimizar los daños a las fuerzas propias y a la población civil y aumentar el poder disuasivo, la superioridad no solo material sino tecnológica debe ser abrumadora, procurando reducir al adversario a la impotencia.

Inmediatez

El ejercicio del derecho a la legítima defensa debe seguir secuencialmente a la inminencia o realización del ataque, pero la aplicación del requisito de la inmediatez depende de las circunstancias del caso: no siempre un Estado que es atacado sorpresivamente puede efectuar una respuesta militar instantánea, entre otras razones porque tal vez la preparación de su aparato militar no lo haga posible³⁷. Si el Estado A invade una parte del territorio de B por sorpresa y B no pudo evitar ese ataque o, una vez producido, no pudo rechazarlo, B tiene, a pesar de ello, el derecho a preparar su aparato militar para reaccionar en ejercicio de la legítima defensa y recuperar su territorio. Sin embargo, el tiempo que media entre la invasión de A y la respuesta de B no es indiferente. Pasado un tiempo, la falta de preparativos o la falta de condiciones materiales de B para recuperar el territorio harán caducar el derecho al ejercicio de la legítima defensa: la justificación legal para el uso de la fuerza posterior no podrá ser ya la legítima defensa³⁸. Todo intento de recuperación de un territorio será considerado, a partir de cierto momento, una acción de autoayuda pero no de legítima defensa. Las razones invocadas por el Estado A comenzarán a cobrar importancia a medida que la respuesta de B va postergándose en el tiempo. Llegado cierto momento, A disfrutará del ejercicio de su control sobre el nuevo territorio y B se verá obligado a buscar la solución de la

³⁵ En la mayor parte de los casos, el establecimiento de la justa proporcionalidad ha resultado una tarea compleja y dilemática ante la laxitud de las interpretaciones de la aplicación de este principio a las situaciones concretas de un conflicto, como se verá en el análisis de casos más adelante.

³⁶ Schwarzenberger, Georg: "The fundamental principles of international law", RCADI, Vol. 87 (1955-I), págs. 191-385.

³⁷ En un régimen político democrático, la decisión de ir a la guerra también requiere, habitualmente, una autorización del Congreso y la atribución presupuestaria correspondiente.

³⁸ Véase Kohen, Marcelo: "The use of force by the United States after the end of the Cold War, and its impact on international law", in "United States Hegemony...", Edited by Byers & Nolte, Cambridge University Press, 2003. Gutiérrez Posse sostiene que la acción de legítima defensa debe ser inmediata al desarrollo del ataque armado; en caso contrario, un acto conforme a derecho puede convertirse en una represalia armada. Gutiérrez Posse, Hortensia: "11 de septiembre de 2001 y 1º de julio de 2002 ¿una nueva inflexión en la seguridad colectiva?", RJBA, 2002-2003. Barboza es partidario de cierta flexibilidad que tenga en cuenta las circunstancias del caso: "(...) los conceptos de legítima defensa y represalia armada están íntimamente ligados y sólo separados entre sí en relación con el hecho antecedente por la magnitud que éste ha asumido, y por el momento en que ambas tienen lugar: la primera podría considerarse una medida aplicada durante un tal ataque, la segunda una medida aplicada después de producido el episodio de fuerza. Tampoco esto es tan tajante: por ejemplo, un Estado se apodera por la fuerza de una región de otro Estado y la ocupa. Un contraataque no deja de ser legítima defensa por el hecho de que entre ataque y contraataque haya transcurrido un período como para hacerlo parecer una represalia". Barboza, Julio: "Contra medidas en la reciente codificación de la responsabilidad de los Estados. Fronteras con la legítima defensa y el Estado de necesidad", AADI, Vol. XII, Córdoba, Argentina, 2003, págs. 27 y 28.

controversia por medios pacíficos³⁹. En el contexto de la Carta de las Naciones Unidas, si el poder de B fuera a todas luces menor que el de A y, por lo tanto, no pudiera expulsarlo militarmente, B sólo tiene dos alternativas: la capacidad política de B para poder reunir el apoyo relativamente inmediato de un grupo de otros Estados para ejercer la legítima defensa colectiva o lograr en algún momento el apoyo de un miembro permanente del Consejo dispuesto a expulsar a A de ese territorio. En este segundo caso, la alegación de la legítima defensa colectiva no podría ser atacada por el Consejo en razón del veto.

La influencia del paso del tiempo en el uso del derecho a la legítima defensa se comprobó cuando el Consejo de Seguridad no aceptó el argumento egipcio de que se encontraba en guerra con Israel luego de que hubiera transcurrido un período de dos años y medio sin hostilidades: las trabas impuestas por Egipto al tráfico de mercaderías por el canal de Suez hacia Israel no fueron aceptadas⁴⁰.

La inmediatez de la amenaza o el ataque es crucial para diferenciar la legítima defensa en sentido estricto, de la legítima defensa precautoria en caso de que el ataque sea inminente y de la intervención preventiva si se procura evitar la creación de las condiciones para una amenaza más grave en el futuro. La necesidad y proporcionalidad de la respuesta pueden obligar a un análisis cuidadoso de la capacidad del enemigo, del terreno y de un conjunto de circunstancias concretas que involucre un cierto lapso de tiempo antes de hacer efectiva la respuesta. El atentado contra las Torres Gemelas se produjo el 11 de septiembre; la respuesta americana invocando la legítima defensa se produjo recién treinta días después. Algunos autores han manifestado que el transcurso de ese tiempo y los objetivos enunciados⁴¹ convirtieron a las acciones posteriores de los Estados Unidos en una represalia contra el régimen de los talibanes en lugar del ejercicio de la legítima defensa invocada. Sin embargo, las circunstancias del caso son decisivas: contra quién había que lanzar un ataque el 11 de septiembre mientras ardían las Torres?. Las operaciones militares no podían planificarse sino a posteriori de la identificación de los responsables y la ubicación de sus bases de operaciones; además, las acciones en un país tan alejado como Afganistán requirieron un cierto tiempo de preparación. El Reino Unido ejerció militarmente su derecho a la legítima defensa durante la Guerra de Malvinas varias semanas después de producida la ocupación de las Islas⁴². El

³⁹ Es la situación argentina respecto del caso de las Islas Malvinas.

⁴⁰ Sicilianos, Linos-Alexandre: "Les réactions décentralisées à l'illicite. Des contre-mesures à la légitime défense", LGDJ, 1990, pág. 203.

⁴¹ Según Kohen, los objetivos enumerados para justificar el uso de la fuerza - evitar futuros ataques terroristas, la destrucción de la red terrorista Al Qaeda y el juzgamiento de sus miembros- caen fuera de los propósitos de la legítima defensa en sentido estricto. Por el contrario, algunas de las medidas de fuerza tomadas por Estados Unidos y que pretenden ser justificadas como actos de legítima defensa, encuadrarían mejor en las denominadas contramedidas de fuerza. Sin embargo este tipo de contramedidas están prohibidas en derecho internacional. Kohen, Marcelo: "The use of force by the United States after the end of the Cold War, and its impact on international law", in "United States Hegemony...", Edited by Byers & Nolte, Cambridge University Press, 2003. Véase el análisis de este caso más adelante en este capítulo.

⁴² «En ese caso, el uso de la fuerza por parte del Reino Unido presentaba algunas novedades interesantes : a) la legítima defensa siguió a la resolución del Consejo de Seguridad que pedía a la Argentina que retirara sus tropas; dado que la Argentina no respetó esa solicitud, el Reino Unido interviene ; b) dada la gran distancia existente entre el Reino Unido y el archipiélago en cuestión, las hostilidades armadas solamente fueron iniciadas por el Reino Unido muchos días después de la ocupación argentina de las islas (mientras que, generalmente, la acción en legítima defensa debe realizarse cuando el

representante argentino señaló que el Reino Unido no había cumplido con el requisito de la inmediatez, porque las acciones en legítima defensa habían comenzado luego de haber transcurrido tres semanas desde la recuperación de las islas y porque las islas se encontraban a 8000 millas del Reino Unido⁴³. El representante británico respondió que la distancia no era un argumento válido para negarle el derecho de legítima defensa⁴⁴.

También respecto de la inmediatez, se ha considerado aplicable la fórmula de Webster, que exige que no deba haber otra alternativa ni tiempo para deliberación⁴⁵, expresión que puede ser aplicable para un ser humano individual pero que es inaplicable a las complejas maquinarias estatales actuales⁴⁶.

La "reporting clause"

El artículo 51 de la Carta establece que: "...Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad...". No respetar la obligación de informar al Consejo no convierte en ilícito el uso del derecho de legítima defensa porque se trata de un derecho inmanente al que nada menoscabará en su ejercicio⁴⁷, pero su incumplimiento puede ser considerado como un indicio de mala fe⁴⁸.

En su Opinión Consultiva sobre el uso de las armas nucleares, la Corte afirmó que más allá de las condiciones de necesidad y proporcionalidad, el artículo 51 de la Carta afirma expresamente que las medidas tomadas por los Estados en ejercicio del derecho de legítima defensa deben ser comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad y que las medidas tomadas por el Estado en ningún modo afectan la autoridad y la responsabilidad del Consejo de Seguridad en adoptar todas las medidas que estime necesarias para mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales. Estos requerimientos del artículo 51 se aplican sean cuales fueran los medios de fuerza usados en legítima defensa⁴⁹.

ataque ilícito se está produciendo o bien apenas éste se ha terminado)». Cassese, Antonio, en : Cot, Jean-Pierre et Pellet, Alain: "La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article", 3^{ème} Edition, Economica 2005.

⁴³ S/15021.

⁴⁴ S/PV.2362, para. 271.

⁴⁵ La fórmula fue también invocada por la Argentina a propósito del requisito de la inmediatez. En la misma ocasión citada *ut supra*, Ortiz de Rozas expresó que: "(...) es preciso que las medidas de defensa sean indispensables e inmediatas, no dejando otra alternativa ni debiendo mediar transcurso de tiempo alguno para deliberar o meditar sobre la conveniencia de una reacción. Vale decir, tiene que producirse inmediatamente después del ataque ilegal." S/PV/1644, para. 25, del 28 de febrero de 1972.

⁴⁶ Dinstein considera la fórmula una "declaración hiperbólica" ("hyperbolic statement"). Dinstein, Yoram: "War, Aggression and Self-Defence", Cambridge University Press, Cambridge, UK, 1994, pág. 236.

⁴⁷ Un Estado no puede verse privado de su derecho de actuar en legítima defensa por no haber cumplido con el requisito de comunicar su accionar al Consejo de Seguridad. ICJ, «Nicaragua-USA, Op. Dis. Schwebel», para. 230.

⁴⁸ Este reclamo fue efectuado por la India a propósito de la intervención armada en Cachemira y por los Estados Unidos ante la intervención soviética en Afganistán. Sicilianos, Lino-Alexandre: "Les réactions décentralisées à l'illicite. Des contre-mesures à la légitime défense", LGDJ, 1990, pág. 207.

⁴⁹ "Más allá de las condiciones de necesidad y proporcionalidad, el Artículo 51 requiere específicamente que las medidas llevadas a cabo por los Estados en ejercicio del derecho de legítima defensa sean inmediatamente informadas al Consejo de Seguridad; este artículo además establece que dichas medidas en ningún caso afectarán la autoridad y responsabilidad del Consejo de Seguridad, de acuerdo con la Carta, para asumir en cualquier momento aquellas acciones que estime

Agotamiento de las negociaciones y ultimátum

Una agresión puede ser sorpresiva, aunque si el Estado tiene un sistema adecuado de seguimiento de crisis potenciales, rara vez un ataque de un Estado contra otro surge de manera absolutamente imprevisible⁵⁰, sino que es la culminación de una acumulación de diferencias que se prolongan en el tiempo. Si la controversia deviene en una crisis cuya resolución puede involucrar el uso de la fuerza, es una práctica habitual formular una última intimación a dar satisfacción a la demanda de la parte que se considera ha sufrido la ofensa o perjuicio en sus derechos, antes de proceder al uso de la fuerza. Generalmente, el ultimátum incluye una fecha límite, a partir de la cual el Estado se considera habilitado para el uso de la fuerza. El ultimátum, por lo tanto, es la última oportunidad de dar solución negociada a una controversia, antes de que esta se resuelva por la fuerza.

La teoría del período clásico y de los tratados del período entreguerras desarrollaron exhaustivamente la figura jurídica del ultimátum, al que se relacionaba con la declaración de guerra previa al enfrentamiento entre naciones civilizadas⁵¹. Así, por ejemplo, Pufendorf consideraba el ultimátum como una condición que debía respetarse para que procediera la legítima defensa precautoria, si la situación permitía contar con el tiempo necesario para realizarlo:

“Parece a todas luces evidente que un hombre que actualmente tiene el designio real de lastimarnos, aunque todavía no procedió a la ejecución abierta del plan (...), podemos pasar inmediatamente a nuestra defensa por medios violentos y prevenir el hecho, si el hombre no manifiesta querer abandonar sus intenciones hostiles ante una advertencia amistosa o bien si hacer esa advertencia acarrea consecuencias negativas para nuestros asuntos”.⁵²

El Consejo de Seguridad puede también formular un ultimátum a una o varias partes en un conflicto, antes de proceder a intervenir directamente o autorizar la actuación de un país o grupo de países militarmente. En ocasión de la intervención iraquí en Kuwait, el Consejo de Seguridad, a través de la resolución 678, autorizó a los Estados Miembros que “cooperaban” con el gobierno de Kuwait para que, a menos que Irak cumpliera plenamente para el 15 de enero de 1991 las resoluciones anteriores, utilizaran “todos los medios necesarios” para hacer valer y llevar a la práctica la resolución 660 y las resoluciones aprobadas ulteriormente para restablecer la paz y la seguridad internacionales en la región.

necesarias para mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales. Estos requisitos del Artículo 51 son aplicables cualquiera sea el medio de fuerza utilizado en la legítima defensa”. ICJ, "Nuclear Weapons, Op. Cons.", para. 44.

⁵⁰ Como veremos más adelante, la Doctrina Bush (h) consideró que los ataques terroristas cambian de manera radical la lógica de seguimiento y previsibilidad de las amenazas potenciales a la seguridad nacional.

⁵¹ La Convención de La Haya de 1907, artículo 1, requería una declaración de guerra o un ultimátum como condición para la legalidad del uso de la fuerza. Para una historia de la cuestión: Brownlie, Ian: “Use of force in self-defence”, *BYIL*, Vol. 37, 1961, págs. 38-41.; Stürchler, Nikolas: “The threat of force in international law”, Cambridge University Press, 2007, págs. 13 y ss.; Wilson, George G.: “Use of force and declaration of war”, *AJIL*, Vol. 32, Núm. 1, 1938, págs. 100 y ss.; Brown, Philip Marshall: “Undeclared wars”, *AJIL*, Vol. 33, Núm. 3, 1939, pág. 538 y ss.

⁵² Pufendorf: “Of the Law of Nature and Nations”, Libro II, Cap. V.

En el caso de la intervención de Estados Unidos en Irak (2003), el 17 de marzo, el gobierno americano envió un ultimátum a Saddam Hussein para que un plazo de 48 horas abandonara su país⁵³.

Un tema controvertido es si puede existir un ultimátum implícito, que se desprenda del texto y las circunstancias del caso: la Resolución 1441 del Consejo de Seguridad, que mencionó las “*graves consecuencias*” a que se exponía Irak en caso de incumplimiento⁵⁴; la Resolución 1559, por la que el Consejo de Seguridad reafirmó “*su llamamiento para que se respete estrictamente en todo el Líbano la soberanía, la integridad territorial, la unidad y la independencia política del Líbano bajo la autoridad única y exclusiva del Gobierno del Líbano*”, pidió que las fuerzas extranjeras se retiraran del país; exhortó a la disolución y desarme de todas las milicias, fueran o no libanesas, y declaró su apoyo a un proceso electoral libre y limpio⁵⁵. Esta exhortación fue interpretada por el Departamento de Estado americano como un ultimátum⁵⁶. Lo interesante de este caso es que el Consejo incluyó en la intimación la realización de un conjunto de actos que tienen que ver directamente con el régimen político interno de un país. Como se verá más adelante a propósito de la facultad legislativa del Consejo, no puede descartarse que éste pueda en un futuro intimar mediante un ultimátum al dictado de una legislación interna o a la puesta en marcha de un mecanismo de control interno, so pena de ejercer las atribuciones previstas en el Capítulo VII.

⁵³ “Saddam Hussein y sus hijos deben abandonar Iraq en las próximas 48 horas. Su negativa a hacerlo tendrá como consecuencia el conflicto militar, que comenzará en el momento en que nosotros escojamos”. Bush, George W.: “Remarks by the President in Address to the Nation”, Office of the Press Secretary, March 17, 2003.

⁵⁴ El Consejo de Seguridad recordó que “*ha advertido reiteradamente al Iraq que, de seguir infringiendo sus obligaciones, se expondrá a graves consecuencias*”. Res C.S.1441, 8 de noviembre de 2002.

⁵⁵ Res. C.S. 1559, 2 de septiembre de 2004.

⁵⁶ “Pregunta: Bueno, la verdad es que tengo curiosidad por si – la caracterización del ultimátum en esa historia me llama la atención como una suerte de exageración. Quiero decir, tanto nosotros como el New York Times informamos ayer que se iría con un cronograma. Básicamente, el cronograma está ahora descripto en términos de ultimatum.
Secretario Rice: Bueno, el ultimatum fue 1559.

Pregunta: Lo que no es ninguna novedad, básicamente.

Secretario Rice: Tal cual. El ultimatum era que se fuera. Se lo dio el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, los sauditas, los –y acá es donde creo que el ultimátum...- estoy de acuerdo con usted, no creo que esto sea una novedad en ese sentido”. Rice, Condoleezza: “Interview With Washington Times Editorial Board”, U.S. State Department , March 11, 2005.
