



Anuario Mexicano de Derecho
Internacional

ISSN: 1870-4654

amdi_ij@yahoo.com.mx

Universidad Nacional Autónoma de
México
México

VALLARTA MARRÓN, José Luis

EL DERECHO INMANENTE A LA LEGÍTIMA DEFENSA INDIVIDUAL O COLECTIVA EN
CASO DE ATAQUE ARMADO. ¿SE JUSTIFICA UNA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA
PARA INCLUIR MEDIDAS PREVENTIVAS Y PUNITIVAS? UNA VISIÓN ISRAELÍ

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. IX, 2009, pp. 69-115

Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=402740624003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL DERECHO INMANENTE A LA LEGÍTIMA DEFENSA
INDIVIDUAL O COLECTIVA EN CASO DE ATAQUE ARMADO.
¿SE JUSTIFICA UNA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA
PARA INCLUIR MEDIDAS PREVENTIVAS Y PUNITIVAS?
UNA VISIÓN ISRAELÍ*

José Luis VALLARTA MARRÓN**

RESUMEN: El autor analiza las opiniones del jurista israelí Yoram Dinstein, quien intenta justificar ciertas represalias armadas, y las confronta con su interpretación restrictiva de la legítima defensa, según el derecho internacional incorporado en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas.

ABSTRACT: The author analyzes the opinions of the Israel jurist Yoram Dinstein, who attempts to justify some armed reprisals, and confronts them with his own interpretation of self-defence in accordance with International Law, as embodied in Article 51 of the United Nations Charter.

RÉSUMÉ: L'auteur fait une étude des opinions de l'auteur israélien Yoram Dinstein, qui essaye de justifier certaines représailles armées, et il les confronte avec son interprétation de la légitime défense, tel qu'elle a été reconnue dans l'article 51 de la Charte des Nations Unies.

* Artículo recibido el 22 de abril de 2008 y aceptado para su publicación el 26 de mayo de 2008.

** Licenciado y maestro en derecho; profesor de derecho internacional público y de otras asignaturas en la Facultad de Derecho de la UNAM y en la Universidad Iberoamericana.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La interpretación restrictiva del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas*. III. *La interpretación amplia o extensiva del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas*. IV. *Consideraciones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

El tema del derecho a la legítima defensa se ha debatido hasta el cansancio. De acuerdo. Prácticamente todas las tesis al respecto han sido expuestas; no obstante, todo estudioso del derecho internacional público está obligado a contrastar su posición con las de otros teóricos sobre la materia, en un ejercicio dialéctico indispensable para que el estudio pueda aspirar a la objetividad que requiere toda investigación seria.

De entrada, podemos afirmar que la tesis que hemos apoyado, con base en las conclusiones de maestros mayores en saber y gobierno, es una interpretación restrictiva. Esa interpretación está sólidamente apuntalada en las reglas acordadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969¹ para determinar el sentido de una norma convencional de derecho internacional público.² Sin duda alguna: a) la buena fe nos obliga a hacer a un lado todo prejuicio a favor o en contra de todo gobierno o Estado involucrado en un conflicto armado; b) el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, relativo a la legítima defensa,³ será nuestra guía obligada para desentrañar el sentido de esa norma de derecho positivo, lo cual nos fuerza de inicio a una interpretación semántica de la noción de *ataque armado* en el contexto de la Carta de la ONU y de todo el derecho aplicable, y c) el objeto y fin de la Carta de la ONU, expresados principalmente en su preámbulo, propósitos y principios, nos conduce

1 *Diario Oficial de la Federación* del 14 de febrero de 1975.

2 La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados, del 23 de mayo de 1969 dispone: “Art. 31. *Regla general de interpretación*. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

3 La Carta de la ONU a la letra dice: “Art. 51. Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado, contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales”.

necesariamente a una interpretación teleológica y a una tendencia pacifista en nuestra investigación. *La cuestión que más nos interesa en este análisis es la confrontación de las interpretaciones restrictiva y extensiva del citado artículo 51 de la Carta de la ONU para determinar si acciones preventivas o punitivas, a la manera de las represalias israelíes en Palestina, pueden caber en una interpretación que respete las reglas para una correcta interpretación.*

II. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL ARTÍCULO 51 DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS

Expondremos nuestro pensamiento basados en el libro que el autor de este ensayo publicó como texto para estudiantes de licenciatura.⁴ El análisis tiene las limitaciones propias de un libro de texto que intenta cubrir las cuestiones principales del derecho internacional público. En las secciones correspondientes de ese libro, relativas al uso de la fuerza, expusimos:

1. *Prohibición del uso de la fuerza*

La Carta de las Naciones Unidas (ONU) fue el primer documento de validez universal que lapidariamente prohibió el uso de la fuerza armada para la solución de controversias entre Estados. Como vimos anteriormente, el Pacto de la Sociedad de las Naciones estableció procedimientos para buscar una solución pacífica antes del inicio de las hostilidades, pero no llegó a prohibir el uso de la fuerza. Posteriormente, varios países suscribieron el llamado Pacto Bryand-Kellow, que sí prohibió el uso de la fuerza, pero no fue un tratado de carácter universal como lo es la Carta de las Naciones Unidas, pues sólo 63 Estados lo suscribieron. Además, si bien el pacto Bryand-Kellow contiene una renuncia a la guerra, esa renuncia se refiere sólo a la guerra oficialmente declarada, y no a otro tipo de conflictos, hostilidades o usos de la fuerza armada, sí incluidos en la prohibición que analizamos.

4 Véase Vallarta Marrón, José Luis, *Derecho internacional público*, México, Facultad de Derecho, UNAM-Porrúa, 2005.

Tanto el preámbulo de la Carta de la ONU como el artículo 1o. mencionan como propósito principal de la Organización el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. La primera prohibición categórica del uso de la fuerza de validez universal es expresada en el párrafo 4 del artículo 2o. de la Carta de la ONU, en los siguientes términos:

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

Veamos, en un apretado resumen, cuáles fueron los principales corolarios o deducciones que la Asamblea General de la ONU aceptó [resolución 2625 (XXV)], en relación con la prohibición del empleo de la amenaza o el uso de la fuerza armada:

1. Una guerra de agresión constituye un crimen contra la paz, que con arreglo al Derecho Internacional, entraña responsabilidad.
2. Los Estados tienen el deber de abstenerse de hacer propaganda a favor de la guerra.
3. Los Estados deben abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza para violar las fronteras internacionales o como medio para resolver conflictos internacionales (se incluyeron las líneas internacionales de demarcación, a condición del reconocimiento de ellas por los Estados involucrados; la propuesta fue de EUA para que se incluyera la línea internacional de demarcación entre Viet Nam del Norte y Viet Nam del Sur, pues la declaración se redactó en plena guerra de Viet Nam; la antigua URSS calificó esa mención con el “reconocimiento” por los Estados involucrados, pues Viet Nam del Norte no reconoció esa línea internacional de demarcación).
4. Los Estados tienen el deber de abstenerse de actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza.
5. Los Estados no deben usar la fuerza para privar a los pueblos de su derecho a la autodeterminación y a la independencia.
6. Los Estados deben abstenerse de organizar, instigar, ayudar, tolerar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otro Estado.

7. Los Estados se abstendrán de organizar o fomentar la organización de fuerzas irregulares o de bandas armadas, incluidos los mercenarios, para hacer incursiones en el territorio de otro Estado.⁵

2. Usos legítimos de la fuerza armada

Si bien la prohibición de la Carta de la ONU parece tener un carácter absoluto, la propia Carta establece dos únicas excepciones a esa prohibición.

La primera excepción se encuentra en la facultad que reconoce la Carta al Consejo de Seguridad para hacer uso de la fuerza armada o para autorizarla.

El artículo 42 de la Carta de la ONU a la letra dice:

Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el artículo 41 (medidas distintas al uso de la fuerza armada) pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas.

La segunda y última excepción a la prohibición del uso de la fuerza armada se encuentra en el artículo 51 de la Carta de la ONU, que dice:

Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.⁶

5 Véase López-Bassols, Hermilo, *Derecho internacional público contemporáneo e instrumentos básicos*, México, Porrúa, 2001, anexos, p. 353.

6 Sobre el alcance de la noción de *estado de necesidad* implícito en el artículo 51 de la Carta de la ONU, véase *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the*

El reconocimiento de ese derecho inmanente ha llevado a algunos autores a pretender que la Carta de la ONU reconoció la legítima defensa sin tocarla, tal como se había desarrollado por la práctica de los Estados en la época en que se reconocía a la guerra como un atributo del Estado soberano y, por tanto, se admitía la guerra preventiva. Por nuestra parte, insistimos en que la Carta de la ONU, al reconocer el derecho inmanente a la legítima defensa, lo delimitó con la claridad meridiana de su texto a una respuesta a un ataque armado, con el único fin de neutralizarlo.⁷

3. *Uso de la fuerza armada por organizaciones regionales*

El artículo 53 de la Carta de la ONU faculta al Consejo de Seguridad a utilizar acuerdos u organismos regionales para aplicar medidas coercitivas bajo su autoridad, y al respecto hace un claro hincapié en que: “no se aplicarán medidas coercitivas en virtud de acuerdos regionales o por organismos regionales sin autorización del Consejo de Seguridad...”. Por tanto, un uso de la fuerza por un organismo regional como la OEA o la OTAN es violatorio del derecho internacional, a menos que medie una previa y explícita autorización del Consejo de Seguridad.

4. *Definición de la agresión*

Durante años se dio en la Asamblea General una controversia tanto sobre el alcance del término “agresión” como sobre la necesidad de llegar a una definición del mismo. Finalmente, en 1974 la Asamblea Gene-

Occupied Palestinian Territory. (Request of advisory opinion, Summary of the Advisory Opinion of 9 July 2004, Self-defence and state of necessity) paras. 138-141.

7 Rechazamos las tesis realistas que consideran que sólo es derecho lo que deciden los tribunales, y que sólo las decisiones judiciales dan valor a la ley mediante la ejecución de las sentencias por el poder público. Nos adherimos a la tesis que sostiene que los tratados, desde su entrada en vigor para un Estado, son la máxima expresión del derecho internacional público. No obstante, estimamos conveniente recordar que la Corte Internacional de Justicia de la ONU, en el caso de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta (Nicaragua vs. Estados Unidos de América) declaró que la legítima defensa sólo procede en caso de ataque armado, reiterando así, no validando, el tenor del artículo 51 de la Carta de la ONU (*CIJ Recueil*), 1986, pp. 102-105.

ral de la ONU, mediante su Resolución 3314 (XXIX), logró el siguiente acuerdo sobre una definición:⁸

La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.

El primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá “prima facie” evidencia de un acto de agresión; sin embargo el Consejo de Seguridad puede, de conformidad con la Carta, concluir que no se justificaría determinar que se ha cometido un acto de agresión, a la luz de otras circunstancias pertinentes, incluido el hecho de que el acto en cuestión o sus consecuencias no tienen suficiente gravedad.

Cualquiera de los siguientes actos, con independencia de una declaración de guerra, serán calificados como acto de agresión, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo [párrafo] precedente:

1. La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;

2. El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado o el empleo de cualesquiera armas por un Estado, contra el territorio de otro Estado;

3. El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

4. El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas o las flotas marinas o aéreas de otro Estado;

5. La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo, o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

6. La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

8 Si bien es cierto que en el Estatuto de la Corte Penal Internacional está pendiente la definición del delito de agresión para los efectos del enjuiciamiento de las personas físicas, esa circunstancia no quita valor alguno a la definición de la agresión que hizo la Asamblea General de la ONU como lineamientos al Consejo de Seguridad para el desempeño de su atribución para determinar cuándo se ha dado una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión.

7. El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado, de tal gravedad, que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su substancial participación en dichos actos.⁹

Desde que se negoció la compleja definición de agresión hubo acuerdo en que la misma definición daría lineamientos generales para que el Consejo de Seguridad los usara sin detrimento de sus atribuciones en el momento de determinar si un acto constituye agresión. Así, el párrafo 4 de esa definición aclara que la lista arriba transcrita no es exhaustiva, y que, por tanto, el Consejo de Seguridad puede determinar qué otros actos, de conformidad con la Carta, constituyen agresión.

Al negociar esa definición, varias delegaciones, incluida la de México, expresaron interés en que se evitara que todo quebrantamiento de la paz o uso ilegítimo menor de la fuerza armada fuera catalogado como un *acto de agresión (o ataque armado)* que diera pie a la legítima defensa. El propósito de esa preocupación fue evitar que un concepto indebidamente ampliado de la institución de la legítima defensa fuera utilizado como pretexto para justificar actos de intervención. Esa preocupación se

9 Agradezco cumplidamente a la doctora Mónica Rocha Herrera, catedrática en la Universidad Iberoamericana, *campus* Santa Fe, que me haya introducido a la obra del profesor Dinstein, así como su sugerencia para que en este artículo evalúe la autoridad que tiene la definición de la agresión adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante su Resolución 3314 (XXIX) de 1974. Conocemos la tesis que sostiene que las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, en virtud del artículo 10 de la Carta y de otras de sus disposiciones, sólo pueden hacer recomendaciones. Según esa tesis, se requeriría que un tratado, la práctica de los Estados, la doctrina, o un tribunal internacional o nacional, confirmara el contenido de esa definición para que ésta adquiriera validez jurídica. Creemos que esa tesis, ciertamente ortodoxa, no toma en cuenta las aportaciones que al derecho internacional han hecho ciertas resoluciones de la Asamblea General de la ONU. Si la definición de la agresión aprobada por la Asamblea General de la ONU da lineamientos al Consejo de Seguridad, y el contenido es un enunciado de derechos y deberes de los Estados de conformidad con la Carta de la ONU, y si la resolución fue aprobada sin votación, es decir, por unanimidad, o por lo menos consenso, a no dudarlo nos encontramos ante una *opinio iuris* de los Estados miembros de la ONU, a la que se puede dar tanto valor como a una decisión judicial y, ciertamente, más valor que a la doctrina. Si bien las resoluciones de organizaciones internacionales no están mencionadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la ONU, son muchos los tratadistas que sostienen que en ciertos casos son fuente del derecho internacional público (véase, por ejemplo, Castañeda, Jorge, *Valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas*, México, El Colegio de México, 1967).

reflejó en el artículo de la definición que aclara que el Consejo de Seguridad puede concluir que un uso de la fuerza no alcanzó la magnitud de una agresión en virtud de que, entre otras circunstancias, el acto o sus consecuencias no fueron suficientemente graves.¹⁰

5. *Intervenciones armadas por motivos humanitarios*

Respecto de toda intervención armada por supuestas razones “humanitarias” no autorizada por el Consejo de Seguridad de la ONU, afirmamos que no hay consenso, no hay costumbre, no hay principio general del derecho y no hay derecho escrito que la apoye. Una posibilidad para justificar una intervención de tal naturaleza sería que el Consejo de Seguridad de la ONU, por considerar que la situación pone en peligro la paz y seguridad internacionales, autorizara tal intervención. Lo que no podemos aceptar es dar a cualquier Estado carta blanca para intervenir a su antojo cada vez que considera que se dan en un Estado, violaciones a los derechos humanos, aun cuando califiquemos de masivas esas violaciones.¹¹

6. *Represalias armadas*

Algunos autores empeñados en justificar las represalias armadas de Israel han llegado a afirmar que las represalias armadas están permitidas por el derecho internacional, si se llevan a cabo dentro del marco de la legítima defensa.¹² A nuestro parecer, esas represalias no cumplen con el requisito esencial relativo a la inmediatez ni tienen por objeto rechazar el ataque armado; por tanto, deben considerarse actos ilegítimos de venganza o acciones punitivas proscritas por la ley internacional, que incluye el derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados.

10 El autor del presente trabajo formó parte de la delegación que representó a México en el Comité de la Asamblea General de la ONU para la definición de la agresión.

11 Véase González Gálvez, Sergio, “La Corte Penal Internacional, el uso de las armas convencionales en caso de conflicto armado y la injerencia con fines humanitarios; tres temas básicos del derecho internacional humanitario”, *El derecho de injerencia armada*, México, edición especial para la Secretaría de la Defensa Nacional, noviembre de 2000, pp. 45-55.

12 Véase Shaw, Malcolm N., *International Law*, fourth edition, Cambridge, Cambridge, University Press-United Kingdom, 2001, p. 786, “Thus, reprisals short of force may still be undertaken legitimately, while reprisals involving armed force may be lawful if resorted to in conformity with the right of self-defence”.

Al respecto, recordemos que, sin dejar lugar a dudas, la Asamblea General de la ONU, en la Declaración arriba resumida (resolución 2625-XXV) estableció: “Los Estados tienen el deber de abstenerse de actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza”.

Nuestra experiencia personal en la Asamblea General de la ONU, convocada en periodo extraordinario de sesiones, con motivo del conflicto entre Israel y vecinos árabes en 1967, durante la llamada guerra de los seis días, nos confirmó en la tesis de la existencia de una diferencia sustancial entre la legítima defensa que entonces ejerció Israel ante un ataque armado, tan presente, actual y real como inminente y las represalias armadas que lleva a cabo ese Estado en respuesta a ataques de palestinos, que no siempre pueden calificarse de actos terroristas.¹³

Nuestra participación en la delegación que representó a México en la Comisión de la Asamblea General de la ONU que negoció la Declaración de los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, adoptada por esa Asamblea mediante la resolución 2625 (XXV), en 1970, confirmó nuestra tesis sobre la ilegalidad de las represalias armadas. Después de un profundo diálogo entre juristas, esa Comisión propuso a la Asamblea General de la ONU la adopción de un corolario de la prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, que ya mencionamos, que confirmó el deber de los Estados de abstenerse de actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza.

No obstante, son muchos los autores que con base en doctrinas que dan más valor a precedentes válidos en la era pre-ONU que a la propia Carta de la Organización mundial equiparan a las represalias armadas con la legítima defensa. Por ello, nos pareció necesario contrastar las tesis para confirmar, matizar nuestra convicción, o modificarla si las razones esgrimidas como antítesis a nuestra posición aquí delineada llegan a probar objetividad y corrección.

Entre los múltiples autores que apoyan la interpretación restrictiva del artículo 51 de la Carta de la ONU, con distintos matices, claro está,

13 El autor del presente trabajo, en su carácter de miembro del servicio exterior mexicano, de carrera, estuvo adscrito en la misión permanente de México en las Naciones Unidas de 1966 a 1973.

se encuentran: Antonio Remiro Brotóns,¹⁴ José A. Pastor Ridruejo,¹⁵ Nguyen Quoc Dinh,¹⁶ Malcolm N. Shaw¹⁷ y K. J. Skubiszewski.¹⁸

III. LA INTERPRETACIÓN AMPLIA O EXTENSIVA DEL ARTÍCULO 51 DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS

Cayó en nuestras manos un libro titulado *War, agresión and self-defence*, de un reconocido jurista israelí, considerado una autoridad en la materia, del cual teníamos noticia por citas que sobre él hacen varios autores.¹⁹ En esas citas pudimos leer la tesis de que las represalias armadas que Israel practica contra palestinos se enmarcan en la legítima defensa y se justifican por el ejercicio de esa autoprotección. Veamos las tesis de ese jurista, de nombre Yoram Dinstein.²⁰ Decidimos no incluir notas al pie de página, pues las referencias serán constantes, y los subtítulos que hemos utilizados son los mismos que utiliza el profesor israelí en la parte III de su libro, titulada: “Exceptions to the prohibition of the use of inter-State force”. Ello permitirá al lector que desee comparar nuestras paráfrasis y resúmenes con la versión original, hacerlo sin dificultad alguna. Por supuesto que al iniciar la lectura de ese libro esperábamos una defensa de prácticas israelíes, pues es difícil para un académico sustraerse de su entorno y de sus sentimientos patrióticos, pero veamos si al ana-

14 Véase Brotóns, Antonio Remiro, *Derecho internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 918-926.

15 Véase Pastor Ridruejo, *Curso de derecho internacional público o organizaciones internacionales*, 8a. ed., Madrid, Tecnos, 2002, pp. 621-625.

16 Véase Quoc Dinh, Nguyen, *Driot International Public*, 7a. ed., París, LGDJ, 2002, pp. 944-953.

17 Véase Shaw, Malcom S., *International Law*, United Kingdom, Cambridge University Press, 1997, pp. 786 y 787.

18 Véase Skubiszewski, K. J., “El uso de la fuerza por parte de los Estados. Seguridad colectiva. Derecho de guerra y de neutralidad”, en Sorensen, Max, *Manual de derecho internacional público*, 7a. ed., México, FCE, 2000, pp. 691-708.

19 Yoram Dinstein es profesor de derechos humanos en la Universidad de Tel Aviv, miembro del Instituto Max Plank de Derecho Internacional, y ha sido profesor de derecho internacional en la Escuela Naval de Guerra de Estados Unidos. Ha escrito sobre el derecho de guerra y sobre la conducción de las hostilidades según el derecho internacional de los conflictos armados

20 Véase Dinstein, Yoram, *War, aggression and self-defence, en Exeptions to the prohibitions of the use of inter-State force*, 4a. ed., Reino Unido, Cambridge University Press, 2005.

lizar desde la academia los hechos y al subsumirlos al derecho, incurre el profesor israelí en desviaciones no compatibles con la ortodoxia académica.

1. *El significado de autodefensa*

Empieza Dinstein con una referencia a la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad del uso de armas nucleares cuando la sobrevivencia de un Estado está en riesgo.²¹ Hace esa referencia, a nuestro parecer innecesaria, para contrastarla con la legítima defensa con armas convencionales en caso de un ataque armado, que, sin poner en riesgo la sobrevivencia del Estado, constituya, no obstante, la agresión prevista en el artículo 51 de la Carta de la ONU.²² En esa comparación del jurista israelí, creemos percibir ya su teoría en el sentido de que incidentes armados menores dan base a la legítima defensa.

Pasa Dinstein a analizar la noción de autoayuda (*self-help*), y nos explica la amplitud de esa institución del derecho internacional, que abarca casos tan disímiles al tema que nos ocupa, como el derecho de declarar *persona non grata* a un agente diplomático que abusa de sus privilegios e inmunidades. Nos parece que equiparar a la legítima defensa prevista en la Carta de la ONU con todo género de autoayuda sólo sirve para precisar la relación género-especie que existe entre esas dos instituciones. Veremos más adelante si el autor citado utiliza esa precisión en apoyo de sus tesis.

2. *La autodefensa como un derecho*

Nos recuerda el autor estudiado que la noción de legítima defensa tiene sus raíces en el derecho interno, en donde fue *santificada*²³ desde tiempo inmemorial. Nos congratulamos por esa referencia, pues creemos, a diferencia de Dinstein, que en el ámbito internacional la institución analizada tiene los mismos requisitos que en el derecho interno, es decir,

21 Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares [1996], ICJ, Rep. 226, 263.

22 Utilizamos la expresión “ataque armado” como sinónimo de “agresión armada”, con base en el uso de esta última expresión en el texto en francés del artículo 51 de la Carta.

23 Término usado por Dinstein, *op. cit.*, nota 20, p. 176.

debe ser inmediata, proporcional, y debe tener por único fin rechazar la agresión. Más adelante, el profesor israelí afirma que la legítima defensa ejercida por Estados no debe equipararse con la legítima defensa ejercida por personas físicas, pues como veremos, acepta el requisito de *inmediatez* muy diluido, seguramente basado en un prejuicio para defender las represalias del Estado hebreo.

El jurista israelí hace una aserción incontrovertida: cuando en el derecho internacional clásico se reconocía al Estado soberano el derecho subjetivo de hacer la guerra, según su saber y entender e intereses nacionales, la noción de legítima defensa tenía carácter político, no jurídico, pues el derecho de gentes de antaño no requería justificación alguna para el uso de la fuerza. Fue hasta que se consolida la prohibición de ese recurso infame cuando surge en derecho internacional la noción de legítima defensa como un derecho subjetivo del Estado.

3. *La autodefensa como un derecho inmanente*

Pasa Dinstein a analizar el significado del vocablo *inmanente* usado en el artículo 51 de la Carta de la ONU; rechaza interpretaciones iusnaturalistas y favorece la tesis de la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas, que en el caso de Nicaragua tomó la expresión *derecho inmanente* como una referencia al derecho consuetudinario y fortaleció la tesis de que la Carta de la ONU no estableció ese derecho como una nueva facultad del Estado, sino que lo reconoció como un derecho preexistente consolidado por la costumbre. Creemos que si se acepta esa tesis hay que agregar que al hacer ese reconocimiento, la Carta de la ONU lo acotó al caso de que se dé un ataque armado, descartándose así la legalidad de una defensa preventiva en caso de temor o amenaza. Esta precisión es necesaria para rechazar las tesis que sostienen que, “históricamente, el derecho internacional consuetudinario ha reconocido un amplio derecho “inmanente” a la legítima cuando razonablemente un Estado se siente blanco de amenazas contra su integridad o independencia política”.²⁴ El problema que se plantea con ese esfuerzo positivista es que, antes de la prohibición primera del uso de la fuerza, que publicistas identi-

24 Véase McDougal, Myers S., “The Soviet-Cuban Quarantine and Self Defence”, *International Law in the Twentieth Century. The American Society of International Law*, Nueva York, Appleton-Century-Crofts, 1963, pp. 597-604.

fican en el Pacto Briand-Kellow, de 1928, no existía, como hemos visto, la noción jurídica de la legítima defensa en el derecho consuetudinario invocado. Esa circunstancia deja sin valor la posición expresada por el relator de la primera comisión de la Conferencia de San Francisco, quien sostuvo que “el uso de las armas en legítima defensa se mantiene aceptado y sin restricciones”.²⁵ No obstante, creemos que si se acepta que la expresión *inmanente* hace referencia a un derecho internacional consuetudinario relativo a la legítima defensa, no definido con precisión por la práctica de los Estados en la era pre-ONU, toda defensa para rechazar una agresión sufrida por un Estado en esa época tendría una legitimidad que moralmente no podría tener la acción de un Estado agresor, aun antes de que en el derecho de gentes surgiera la prohibición de usarla contra terceros. Por nuestra parte, no nos incomoda la noción *ius naturalista* que hace de la autodefensa un derecho subjetivo inherente a la condición de Estado.

El jurista israelí recuerda que si bien la prohibición del recurso a la fuerza armada y el derecho a la legítima defensa incorporados ambos en la Carta de la ONU fueron concebidos, respectivamente, como prohibición a los Estados miembros y como un derecho subjetivo de ellos, el apoyo declarado por los Estados (aun por los violadores de la Carta) a esas disposiciones los han consolidado como derecho internacional consuetudinario. Veremos si más adelante Dinstein recurre a esa noción de derecho internacional consuetudinario para usar la práctica del Estado de Israel como determinante para delimitar el alcance del derecho a la legítima defensa.

4. *Legítima defensa como respuesta a un ataque armado.*

Ataques armados y guerra preventiva

Después de aceptar que, según el artículo 51 de la Carta de la ONU, el supuesto jurídico de esa norma es el ataque armado, el autor nos lleva a analizar la cuestión de la guerra preventiva, y nos recuerda que Estados Unidos de América, en el pasado, había aceptado la limitación de la llamada guerra preventiva, al caso del ataque inminente, lo cual es razonable. A continuación, Dinstein nos hace ver que, después de los ataques del 11 de septiembre, esa gran potencia militar ha adoptado la doctrina

25 *Ibidem*, pp. 718 y 719.

de la guerra preventiva ante amenazas terroristas. Se pregunta el autor si de manera paralela a la Carta de la ONU se ha desarrollado un derecho internacional consuetudinario que permita esa defensa preventiva. Nos parece que tal interrogante es improcedente, por estimar que si un Estado se involucra en una defensa preventiva estaría violando la Carta de la ONU y la prohibición de recurrir al uso de la fuerza lapidariamente hecha en ese tratado de jerarquía superior, el cual no sufre *desuetudo* por violaciones a normas que tienen carácter de *ius cogens*. Para nuestra sorpresa, el autor israelí declara su apoyo a una interpretación restrictiva del artículo 51 citado y enfatiza que otra interpretación sería contra el texto, contra los hechos (porque no identifica práctica de los Estados en ese sentido), y contra la lógica. Decimos para nuestra sorpresa, porque temíamos que el conflicto en el Oriente Medio llevara al autor a una interpretación extensiva del artículo 51 estudiado, que autorizara a Israel a acciones preventivas. Más adelante veremos una cierta incongruencia entre la interpretación restrictiva de Dinstein y otras de sus aseveraciones.

Con base en autores que citan a Dinstein, podemos prever que la argumentación de este autor habrá de encaminarse, más que a la interpretación extensiva del artículo 51 de la Carta de la ONU, a la justificación de las represalias israelíes ampliando la noción del *estado de necesidad* e interpretando, a su manera, tanto el requisito de la inmediatez como el objetivo natural de toda autodefensa, que debe ser el rechazo a un ataque armado específico.²⁶

Para rechazar la “doctrina” que acepta la guerra preventiva como un medio legítimo de defensa, el autor estudiado hace una comparación entre el bloqueo naval que Estados Unidos de América impuso a Cuba durante la llamada “crisis de los cohetes”, de 1962, y el bombardeo israelí de instalaciones nucleares en construcción en Irak, en 1981. Dinstein considera que la supuesta amenaza de Cuba no justificó el bloqueo, en tanto que la amenaza del reactor nuclear iraquí sí fue, según él, conforme a derecho, porque entre Irak e Israel se vivía un estado de guerra. Sabemos que el derecho no nos brinda siempre soluciones únicas y siempre correctas, y que si los hechos no son claros, se parte de presunciones. En este caso, dudamos en apoyar la tesis del jurista israelí, por estimar que más que un estado de guerra, existía entre Israel e Irak una muy fuerte

26 Véase Carter E., Barry y Trimble, Phillip R., *International Law*, 3a. ed., Nueva York, Aspen Law & Bussines, 1999, pp. 1177 y 1178.

tensión. A nuestro entender, cuando ocurrió el bombardeo israelí no se estaban dando ataques armados entre esos dos países. Ya podemos percibir que, así como el autor intenta justificar el bombardeo de Israel en Irak por el “estado de guerra” que supuestamente existía, habrá de intentar justificar las represalias israelíes en Palestina por el “estado de guerra” que vive su país y en la reglamentación que de las represalias se hace en el derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados.

Contrasta el rechazo que el autor israelí hace de la “doctrina” de la defensa preventiva con su intento por justificar en general las acciones bélicas de Israel cuando se tiene información de los servicios de inteligencia de que se prepara un ataque. Estamos de acuerdo si se usa la noción de *inminencia* de un ataque armado, aceptada como justificante de una legítima defensa, pero dudamos que amenazas basadas únicamente en información de inteligencia, que no se manifiesten en auténticos preparativos y movilizaciones militares, sean el ataque armado previsto en el artículo 51 de la Carta de la ONU. Recordemos las mentiras del presidente George W. Bush sobre la información de inteligencia respecto de las armas de destrucción masiva de Saddam Hussein, las cuales nunca fueron encontradas.

5. La naturaleza y alcance de un ataque armado. El ataque armado por un Estado

Nos recuerda el autor israelí que cuando se da un conflicto armado, las partes son proclives a acusarse mutuamente de agresión, y que puede darse la tendencia reduccionista de considerar agresor a la parte responsable del primer disparo; a continuación nos refiere a la definición de la agresión aprobada por la Asamblea General de la ONU como lineamientos recomendados al Consejo de Seguridad.²⁷ En esa definición se establece que el primer uso de la fuerza debe considerarse *prima facie* como evidencia de agresión, o sea, como una mera presunción que admite prueba en contrario, como una mera abducción. Es decir, que el primer disparo puede responder a acciones de la otra parte más decisivas para pasar de la paz a la guerra. Nuevamente estamos de acuerdo, pues hay

27 Véase resolución de la Asamblea General de la ONU 3314 (XXIX). El autor del presente trabajo representó a México en varios periodos de sesiones del Comité que negoció esa definición de la agresión.

actos de guerra, como puede ser un bloqueo naval, que bien pueden considerarse como agresión. La definición de la agresión mencionada incluye ese bloqueo como un acto de agresión. No obstante, tengamos cautela, pues la tesis de Dinstein se acerca peligrosamente a la defensa preventiva que párrafos atrás de su obra parece rechazar.

En su análisis, el autor israelí estudia una serie de casos imaginarios entre Estados hipotéticos para referirnos finalmente al caso del ataque japonés a Pearl Harbor, en diciembre de 1941. Si bien es cierto que la Carta de la ONU no existía a la sazón, y que pudiera aducirse el derecho subjetivo que antaño se reconocía a todo Estado para hacer la guerra según su criterio, lo cierto es que con la dogmática actual no se hubiera podido dudar del derecho de Estados Unidos de América de ejercer la legítima defensa ante la indudable realidad e *inminencia* de la agresión japonesa. Por supuesto que, con razón, Dinstein hace referencia a la llamada “guerra de los seis días”, cuando Israel ejerció su legítima defensa, antes de que las tropas de Egipto y de otros Estados árabes hubieran disparado un solo tiro o hubieran cruzado la frontera. La *inminencia* del ataque que ya estaba en curso, que ya era una realidad, justificó la legítima defensa de Israel. Sólo nos queda una duda, ya para entonces Israel ocupaba territorios que no habían sido para el Estado judío en la partición de Palestina, hecha por la Asamblea General de las Naciones Unidas, lo cual daría a los atacantes el argumento de que su acción tenía por fin restaurar los derechos de los palestinos. Por otra parte, aceptamos la dificultad de esa tesis frente a la realidad del rechazo que en aquel entonces hacían los Estados árabes, de manera unánime, a la existencia de un Estado judío en Palestina. En cuanto a los límites territoriales de Israel, si se acepta como título jurídico la resolución de la Asamblea General de la ONU de 1947, aquéllos deberían ser las únicas fronteras aceptables. Ahora bien, la crisis armada que siguió a esa controvertida resolución, en la que participaron Egipto, Irak, Líbano, Siria, Transjordania y Arabia Saudita, provocaron que el proceso para la pacificación de la ONU terminara con nuevas líneas de demarcación, en aquel entonces no aceptadas por los Estados árabes que, de hecho, agregaron veinte mil setecientos kilómetros cuadrados a Israel. Por supuesto que esas acciones provocaron la expulsión de palestinos que se convirtieron en refugiados en otras áreas de la región.

6. *El caso de un ataque de baja intensidad*

Nos dice Dinstein que la invasión es el más grave acto de agresión; no obstante, nos advierte, con razón, que ese caso puede ser un ataque masivo o bien uno de menor escala; por ello en la definición de la agresión de la Asamblea General de la ONU, además de la expresión *prima facie*, que nos fuerza a considerar al primer uso de la fuerza como una presunción que admite prueba en contrario, está la referencia a que el Consejo de Seguridad puede decidir que una declaración de que se ha dado una agresión no tiene lugar, debido a las circunstancias, entre ellas la evaluación de que el hecho o sus consecuencias no tuvieron suficiente gravedad.

La delegación que representó a México en el Comité sobre la definición de la agresión insistió en todo momento en la necesidad de distinguir la agresión o ataque armado de otros usos menores de la fuerza, sin duda ilegales, pero distintos al supuesto jurídico del artículo 51 de la Carta de la ONU. Poco antes de la redacción de este artículo se dio la violación de la frontera de México por una patrulla fronteriza del vecino del norte. No sabemos si esa violación de la integridad territorial de México fue intencional o por error; de cualquier manera, no se nos hubiera ocurrido calificarla como una agresión que da base a una legítima defensa. Puede parecer risible esta consideración dada la desproporción de las fuerzas armadas de México y de Estados Unidos de América, pero pensemos que un incidente de esa naturaleza puede ocurrir entre Estados vecinos con ejércitos similares en poderío militar.

Dinstein se refiere al párrafo 4 del artículo 2o. de la Carta de la ONU, que prohíbe tanto la amenaza como el uso de la fuerza; pero este jurista serio no cae en el sofisma de otros²⁸ que, haciendo una supuesta interpretación sistemática de esa norma, concluyen que, si están prohibidas tanto la amenaza como el uso de la fuerza, la legítima defensa procede cuando un Estado se siente amenazado y cuando sufre un ataque de baja intensidad o una invasión total a la manera de las hordas nazis. El autor nos recuerda que la Corte Internacional de Justicia, en el caso de Nicaragua, aludió a medidas que no constituyen un ataque armado, pero que, no obstante, involucran el uso de la fuerza, y consideró necesario distinguir las más graves formas del uso de la fuerza (las que constituyen

28 Véase McDougal, Myers S., *op. cit.*, nota 24.

un ataque armado) de menos graves usos de la fuerza.²⁹ El profesor israelí parece aceptar que los casos menores —que no son un ataque armado o agresión— no dan pie a la legítima defensa, pero lamenta que la Corte no haya aceptado que las contramedidas adoptadas por el Estado víctima de usos menos graves de la fuerza puedan fundamentar legalmente el uso de la fuerza.

Durante la negociación de la definición de la agresión, la delegación de México sostuvo que cuando se da un uso menor de la fuerza, que tenga la forma de una violación de la frontera por fuerzas de otro Estado, el Estado víctima está facultado por el derecho internacional para tomar todas las medidas que estime necesarias dentro de su territorio, pero que en modo alguno surge el derecho a la legítima defensa allende sus fronteras. Cuando Venezuela neutralizó a unos cuantos guerrilleros cubanos que se proponían levantar en armas a la población y convocó a una reunión de consulta de ministros de relaciones exteriores de conformidad con el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, concebido para defender al hemisferio de ataques desde el exterior, México no aceptó la aplicación de ese tratado al caso, por estimar que no era el ataque armado previsto en el artículo 51 de la Carta de la ONU ni ese uso menor de la fuerza provenía del exterior de la zona descrita en el propio tratado; sostuvimos que se trataba sólo de un pequeño conflicto entre Estados latinoamericanos.

Dinstein también lamenta que la Corte haya distinguido entre ataque armado y meros incidentes fronterizos, pues, citando al sir Gerald Fitzmaurice,³⁰ destaca que hay incidentes fronterizos de poca monta e incidentes fronterizos graves. El autor insiste, con razón, en que el artículo 51 de la Carta de la ONU no especifica qué tan grave debe ser el ataque armado para que se dé el supuesto jurídico que tendría como consecuencia el derecho *inmanente* a la legítima defensa; al respecto, agrega que una emboscada a una patrulla fronteriza que tenga la dimensión de una acción militar no puede disociarse de otras formas de agresión. De acuerdo, pero insistimos en que la reacción debe ser inmediata, proporcional, y debe tener por único fin rechazar la agresión. Vemos venir la intención

29 *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Merits)* [1986] ICJ, Rep. 14, 100 (traducción del autor).

30 Fitzmaurice, Gerald G., "The definition of Aggression", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 137, 1952, p. 139.

del jurista israelí de justificar en derecho las represalias armadas que el Estado judío lleva a cabo prácticamente cada vez que los palestinos atacan. El autor nos recuerda que la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas, en el caso Nicaragua declaró que el envío de bandas armadas al territorio de otro Estado puede equivaler a un ataque armado. De acuerdo, siempre y cuando se distinga entre represalias armadas y legítima defensa.

Dinstein hace una reflexión interesante al referirse a los avances tecnológicos que pueden generar cierto tipo de actos que requieren clasificación en derecho; nos dice que, por ejemplo, una interferencia en computadoras que controlan una presa que resultara en una inundación masiva puede equipararse a un ataque armado. Tiene razón, si la inundación se provoca con explosivos o con interferencias en ordenadores, no hay diferencia sustancial, y en ambos casos podemos hablar de ataque armado. Hemos sostenido que los ataques a las torres gemelas del World Trade Center de Nueva York y al llamado pentágono en Washington, el 11 de septiembre del 2001, fue un ataque armado, a pesar de que se hayan usado aeronaves civiles y no militares. También hemos sostenido que Estados Unidos de América no tuvo el derecho a la legítima defensa porque la invasión de Afganistán fue semanas después; no se dieron los requisitos de *inmediatez* ni el *objetivo* fue rechazar la agresión, pues lamentablemente ya se había consumado el ataque, y ya no había agresión que rechazar.³¹

Debemos distinguir cada caso. Supongamos que una patrulla israelí es atacada por unos palestinos en territorios ilegalmente ocupados por el Estado hebreo. En ese caso, los palestinos estarían llevando a cabo un acto de resistencia armada, que bien encaja en la figura de la legítima defensa, pues, según la definición de la agresión de la Asamblea General de la ONU, es agresión toda ocupación militar, aun temporal. Toda reacción militar de Israel sería ilegal, y se sumaría a la agresión patente en la ocupación. Es verdad que el derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados reconoce las responsabilidades de toda potencia ocupante, con independencia de la legalidad o ilegalidad de la ocupación,

31 Véase Vallarta Marrón, José Luis, "La legítima defensa, ¿es imprecisa la Carta de las Naciones Unidas o interpretaciones amañadas la deforman?, ¿es la defensa preventiva una norma *in statu nascendi*?", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 955-984.

y que, por tanto, la potencia ocupante tiene jurisdicción y potestad para patrullar y realizar acciones de policía dentro del territorio ocupado, pero no puede pretender derecho a la legítima defensa por ser víctima de actos de resistencia patriótica. Imaginemos a la Alemania nazi pretendiendo que ejercía la legítima defensa al reprimir a los valientes *maquisard* de la resistencia gala.

Si unos palestinos atacan a objetivos militares dentro de las fronteras de Israel, no en los territorios palestinos ocupados ilegalmente, cometen un acto de agresión, e Israel tendría el derecho a la legítima defensa, con las limitaciones que imponen la doctrina y el sentido común.

Si el ataque es contra la población civil, se da un acto de terrorismo. Toda medida que tomara Israel para detener a los terroristas dentro de su territorio sería conforme a derecho.

Ahora bien, toda contramedida que adoptara Israel en los supuestos previstos como conformes a derecho tendría que cumplir con los requisitos de constituir un verdadero estado de necesidad, tendría que ser proporcional e inmediata, no diferida, y debería también tener como objetivo único el rechazo del uso de la fuerza, no la venganza, la ley del talión ni fines punitivos.

En 2006 fueron capturados unos soldados israelíes; la captura fue en territorios ocupados ilegalmente por Israel; por tanto, la acción militar fue un legítimo acto de resistencia, y, de haber sido tratados esos soldados como prisioneros de guerra, la acción hubiera sido conforme a derecho. La ilegalidad de la captura se dio cuando los trataron como rehenes. Por esa acción, Israel no tuvo en momento alguno derecho a la legítima defensa. Cuando Israel invadió al Líbano para detener los ataques con cohetes, no aislados, sino constantes, sí tuvo base para aducir legítima defensa, en la medida en que los objetivos de esos cohetes estuvieran dirigidos a territorio israelí, no a territorios ilegalmente ocupados. Si los cohetes estaban dirigidos a la población civil, dejarían de ser actos de resistencia legítima, y pasarían a ser crímenes de guerra, pero aún así Israel no tendría derecho a la legítima defensa en la medida en que los ataques ocurrieran en territorios ocupados.

7. El lugar del ataque armado

Nos dice Dinstein, con propiedad, que normalmente los ataques armados se hacen fuera de las fronteras del agresor y en el territorio del

Estado víctima, pero que la agresión también puede tener lugar en el mar o en territorios de otros Estados. Al respecto, nos recuerda que los ataques a embajadas estadounidenses en Kenia y Tanzania en 1998 fueron ataques armados, y afirma que ese tipo de actos dan base a la legítima defensa. Tenemos dudas y seguimos percibiendo la intención del autor de sentar bases para después justificar las represalias israelíes. Estamos de acuerdo en que los ataques a una embajada son actos terroristas y constituyen un ataque armado, pero al igual que en el caso de los ataques del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos de América, consumado el ataque, no hay agresión que rechazar, y toda contramedida posterior, preventiva o punitiva es contraria a derecho, a menos que el Consejo de Seguridad de la ONU la autorice expresamente.

Recuerda el autor que la Corte Internacional de Justicia de la ONU en el caso Teherán, de 1980, usó la expresión “ataque armado” al referirse a la toma de rehenes en la embajada estadounidense por turbas de exaltados iraníes. Cuando terroristas palestinos tomaron un avión civil en el que viajaban entre otros pasajeros miembros de la nación judía y los llevaron a Uganda, un comando israelí llevó a cabo una exitosa operación de rescate. El asunto se debatió en la Sexta Comisión de la Asamblea General de la ONU, encargada de asuntos jurídicos, en donde varios representantes africanos denunciaron la violación de la soberanía de Uganda. El autor del presente trabajo representaba a México en esa Comisión y escuchó la defensa del representante de Israel, el doctor Shabtai Rossene, quien adujo un estado de necesidad, y calificó el rescate militar como *legítima defensa*. La delegación de México expresó dudas sobre el estado de necesidad aludido, pues el gobierno de Israel había aceptado negociar cuando los militares decidieron actuar. El proyecto de artículos que posteriormente aprobó la Asamblea General de la ONU sobre la responsabilidad internacional por hechos ilícitos de los Estados nos dio la razón, pues allí se aclara que el estado de necesidad no existe como justificante de la fuerza armada si otras vías están abiertas.³² Cuestión aparte

32 Véase inciso 1, párrafo a) del artículo 25, del “Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” (2001), que dispone que sólo puede invocarse el estado de necesidad “cuando [*se*] sea el único medio para el Estado te salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y...” (énfasis del autor).

es la justificación moral del rescate y la ilegalidad del infame acto terrorista contra la población civil que provocó la operación israelí.

8. *El objetivo de un ataque armado*

Nos dice el autor que el ataque que más claramente da derecho a la legítima defensa es el ataque al territorio de un Estado, en tierra, mar o en el espacio aéreo suprayacente al territorio nacional. Agrega Dinstein que otro objetivo obvio de un ataque armado suelen ser las fuerzas armadas estacionadas fuera del territorio nacional o en tránsito. De acuerdo, pero como dijimos anteriormente, un ataque a fuerzas de una ocupación ilegal es una resistencia legítima. El autor también equipara todo ataque a instalaciones públicas (civiles o militares) fuera del territorio nacional al ataque a las fuerzas armadas fuera del territorio. La misma observación puede hacerse en caso de resistencia legítima contra esas instalaciones, a pesar del carácter civil de la presencia del ocupante invasor.

Pasa el autor a tratar la difícil cuestión de si un ataque a extranjeros en el territorio de otro Estado da derecho a la legítima defensa. Supongamos que en un determinado barrio habita un porcentaje elevado de nacionales de un Estado extranjero y que las fuerzas armadas locales lanzan un ataque armado contra ese barrio. ¿Nace el derecho a la legítima defensa? Con el autor, pensamos que ese ataque es agresión *prima facie*, y que cada caso en particular debe ser estudiado. Una operación para salvar a extranjeros pudiera ser conforme a derecho si no hay otra alternativa. Preferimos interpretar el derecho a la legítima defensa de manera restrictiva, tomando en cuenta que el propósito principal de las Naciones Unidas es el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Si la población extranjera llegara a ser exterminada, ya no se tiene el derecho a la legítima defensa, pues sólo procedería acudir al Consejo de Seguridad de la ONU, debido a que los Estados, individualmente considerados, no tienen atribuciones para adoptar unilateralmente acciones punitivas. Dinstein recuerda que algunos autores, habida cuenta de que el terrorismo internacional es cada día más activo, sostienen que hay una norma de derecho internacional consuetudinario *in statu nascendi*. Al respecto, insistimos en que para que surja una norma de derecho consuetudinario es necesario tomar la *opinio iuris* en serio y esperar a que los gobiernos de la mayoría de los Estados se pronuncien. Un puñado de autores occidentales o de sus gobiernos no forma la *opinio iuris* necesaria.

9. *Apoyo a bandas armadas y a terroristas*

Sobre el tema de los ataques armados mediante bandas armadas irregulares, el autor nos refiere a la tesis de la Corte Internacional de Justicia de la ONU en el caso Nicaragua. Ese tribunal internacional sostuvo que un ataque armado se da no sólo cuando ejércitos regulares cruzan fronteras y llevan a cabo acciones militares, sino también cuando se envían bandas armadas irregulares al territorio de otro Estado. Nos recuerda el profesor israelí que la Corte también se basó en el inciso g) del artículo 3o. de la definición de la agresión de la Asamblea General de la ONU, que en la lista de los actos que *prima facie* constituyen agresión incluye: “El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado, de tal gravedad, que sean equiparables a los actos antes enumerados [los ataques con fuerzas regulares] o su substancial participación en dichos actos”.³³

El tema es de gran actualidad con motivo del ataque armado por fuerzas del ejército de Colombia a las fuerzas armadas revolucionarias de Colombia (FARC) en marzo de 2008, dentro del vecino Ecuador. La opinión más generalizada ha denunciado la violación de las fronteras de Ecuador y su soberanía. Queda pendiente dilucidar si, como dicen algunas autoridades colombianas, el gobierno del Ecuador tuvo una *substancial participación* mediante su hospitalidad y tolerancia a las acciones de las FARC contra Colombia. Dependiendo de la determinación de los hechos, pudiera llegar a aducirse legítima defensa por parte de Colombia.

El autor también hace referencia la declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, adoptada por la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU en 1970. En esa declaración solemne, que formó parte de los eventos para conmemorar el vigésimo quinto aniversario de la ONU, se proclamó que “Todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar o fomentar la organización de fuerzas irregulares o de bandas armadas, incluidos los mercenarios, para hacer incursiones en otro Estado”. Para completar el marco jurídico, Dinstein recuerda el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de la Comisión

33 Énfasis del autor.

de Derecho Internacional de la ONU. En ese código se incluyen como crímenes la organización, o el estímulo a la organización, por autoridades de un Estado de bandas armadas para la incursión en el territorio de otro Estado, el apoyo directo de esas incursiones y aun la tolerancia del uso del territorio como base de operación por bandas armadas contra otro Estado.³⁴

Cuando el autor de este artículo ocupaba el cargo de representante permanente alerno de México en la Organización de los Estados Americanos, el presidente de Honduras, durante una visita que hizo a la Organización, pretextó que su gobierno no tenía recursos para controlar el territorio que, con la complicidad del gobierno hondureño, ocupaban los llamados *contras*, quienes, apoyados por el gobierno del presidente Reagan de Estados Unidos, lanzaban ataques contra el gobierno sandinista de Nicaragua. Ése es un claro ejemplo de un crimen contra la paz y la seguridad, según fue concebido ese acto agresivo en el citado proyecto de código.

Plantea Dinstein la cuestión de si ataques de grupos irregulares, letales, pero de poca monta, son los ataques previstos en la definición de la agresión de la ONU, y al respecto nos pregunta si la acumulación de esos ataques haría que éstos tuvieran la gravedad que exige la citada definición. De la respuesta dependerá el reconocimiento de que esa acumulación de eventos es el supuesto jurídico del artículo 51 de la Carta de la ONU. De nuevo podemos percibir el propósito del profesor israelí de justificar las represalias del Estado hebreo contra los palestinos. Esas bandas armadas, que pueden denunciarse como terroristas si actúan contra la población civil o calificarse como resistencia legítima, si actúan contra objetivos militares en territorios ilegalmente ocupados, suelen atacar y huir ante la incapacidad militar de ocupar territorios. En esa circunstancia, la defensa normalmente no puede ser inmediata, y por tanto no puede ser legítima. La otra cuestión, de índole política y estratégica, es si Israel resuelve el problema con sus represalias o si, por el contrario, fomenta el reclutamiento de bandas armadas palestinas.

34 *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU*, 1954, pp. 140, 149 y 151, artículo 2o. (4).

10. *Ataques armados por entidades que no son órganos del Estado*

Nos dice el autor que la prohibición del uso de la fuerza incorporada en el párrafo 4 del artículo 2o. de la Carta de la ONU está dirigida sólo a los Estados, y que el artículo 51 sólo menciona al Estado como víctima potencial de un ataque armado. Compartimos el punto de vista del profesor israelí, en el sentido de que esas disposiciones permiten interpretar que, según la letra y el espíritu de la Carta de la ONU, el ataque armado que da pie a la legítima defensa puede ser llevado a cabo por entidades distintas a los órganos del Estado. En ese caso la legítima defensa sería contra esa entidad distinta del Estado.

Hace Dinstein un acucioso análisis en el que fundamenta sólidamente su denuncia de las actividades delictivas en que incurren Estados que toleran que grupos irregulares lancen desde sus territorios ataques armados a un tercer Estado. Por otra parte, no considera el caso de los Estados que permiten esas acciones contra objetivos militares en territorios ocupados ilegalmente. Obviamente, su razonamiento, que comprendemos por su nacionalidad, mas no compartimos, no es un discurso objetivo que busque el deber ser del derecho. En lugar de referir sus teorías a la situación de los territorios ilegalmente ocupados por Israel, lleva su análisis a un conflicto entre Estados ficticios llamados Arcadia y Utopía.

Por convenir a sus teorías, el autor se refiere al párrafo preambular de las resoluciones 1368 (2001) y 1373 del mismo año, del Consejo de Seguridad de la ONU. En esas resoluciones, adoptadas inmediatamente después de los ataques del 11 de septiembre, se hizo una improcedente alusión al derecho inmanente de legítima defensa. Decimos que esa referencia fue improcedente porque ya no había ataque armado que rechazar y no tenía cabida una contramedida militar contra Afganistán con base en el artículo 51 de la Carta de la ONU. Probablemente Estados Unidos de América buscó esa referencia, y no una clara autorización para usar la fuerza contra Afganistán con base en el artículo 42 de la Carta de la ONU, que hubiera logrado, dado el entorno político del momento, con la maquiavélica intención de poder aducir después que todo acto que lleve a cabo contra el terrorismo, incluidas las violaciones a los derechos humanos en Abu-Graib y Guantánamo, son actos en el ejercicio de la legítima defensa reconocida en el artículo 51 de la Carta de la ONU.³⁵ Desde lue-

35 Vallarta Marrón, José Luis, *op. cit.*, nota 31.

go, esa impropia referencia a la legítima defensa por un órgano político, como lo es el Consejo de Seguridad, no da base jurídica alguna para abandonar la doctrina que apoyamos, según la cual la legítima defensa debe responder a un “estado de necesidad, debe ser proporcional e inmediata y debe tener como único fin rechazar el ataque armado”.

11. *Condiciones para la legítima defensa*

Con base en fallos y opiniones de la Corte Internacional de Justicia, Dinstein afirma que si bien el artículo 51 de la Carta de la ONU no especifica que la legítima defensa deba ser proporcional, ha sido opinión de ese tribunal que las condiciones de necesidad y proporcionalidad son reglas de derecho internacional consuetudinario. Por lo que se refiere a la condición de inmediatez, que para nuestra sorpresa acepta el profesor israelí, lo fundamenta en el caso *Carolina* y en la declaración del secretario de Estado, Webster, de Estados Unidos de América.

Veremos cómo hace el autor para salir del embrollo en que se ha metido al aceptar a la inmediatez como un requisito de la legítima defensa, pues normalmente las represalias israelíes no son inmediatas, sino diferidas. La fórmula de Dinstein es simple y acomodaticia a sus tesis; aduce que la condición de inmediatez debe interpretarse de manera flexible, y recurre a la siguiente falacia: según él, el Consejo de Seguridad tardó un tiempo considerable para autorizar la acción militar en contra de Irak para forzar su salida de Kuwait. Por nuestra parte, sostenemos que Kuwait pudo haber recurrido a la legítima defensa colectiva pidiendo y obteniendo ayuda de potencias occidentales ávidas de atacar a Irak. Pero esas potencias prefirieron, tal vez con intenciones a futuro, buscar una autorización, que lograron, para poder aducirla posteriormente, como lo hicieron en 2003 como una autoridad continua. Para empezar, ningún Estado requiere autorización del Consejo de Seguridad para ejercer la legítima defensa colectiva en caso de ataque armado. Además, si Kuwait y aliados hubieran optado por la legítima defensa en lugar de buscar la autorización del Consejo de Seguridad, esa contramedida militar sí hubiera sido inmediata, aún después de meses o años, pues mientras dura la ocupación, continúa el ataque armado contra el Estado o territorio ocupado y se cumple con el requisito de la inmediatez. En aras de nuestra búsqueda del deber ser del derecho, distingamos siempre las diferencias sustanciales que existen entre la legítima defensa en caso de ocupación ilegal y las

represalias ilícitas después de ataques *hit and run*, o aquellas que siguen a un ataque en el que se inmola el agresor. Además, cuando el Consejo de Seguridad autorizó en 2001 el uso de la fuerza contra Irak, lo hizo con base en el artículo 42 de la Carta de la ONU, y no en el artículo 51 de ese ordenamiento; por tanto, no fue un acto de legítima defensa, sino una acción coercitiva del Consejo de Seguridad, de conformidad con el capítulo VII de la Carta, la cual no tiene las restricciones que la doctrina ha establecido para la legítima defensa.

12. *El papel del Consejo de Seguridad y la regla de las dos fases. Opciones para el Consejo de Seguridad*

Nos dice el profesor israelí que la realidad muestra que un Estado atacado no puede esperar a que una efectiva fuerza internacional venga en su ayuda, y por ello se enfrenta a la necesidad de defenderse. Ciertamente, pero recordemos que la opción de recurrir al Consejo de Seguridad está siempre abierta; cuando Irak invadió Kuwait, los aliados de la víctima no acudieron en su ayuda, sino que optaron por obtener una autorización del Consejo de Seguridad de la ONU. Agrega el autor que el proceso de autodefensa debe consistir en dos pasos separados. La primera fase se da cuando la opción de la legítima defensa se da a la víctima o a uno o varios Estados dispuestos a ayudarla y se ejerce ese derecho, y la segunda, lo sabemos, se presenta cuando el Consejo de Seguridad de la ONU toma medidas efectivas, después de ejercida la legítima defensa. Nos dice Dinstein, con razón, que en esta segunda etapa el Consejo de Seguridad tiene múltiples opciones, e inclusive puede decidir que no fue un caso de legítima defensa, y declarar agresor al Estado que adujo esa autodefensa. La otra cuestión planteada por el autor es: ¿qué sucede cuando el Consejo de Seguridad no adopta medidas efectivas para restablecer la paz y seguridad internacionales, y se limita a alentar a las partes a negociar un alto el fuego y el cese de beligerancia? La respuesta del autor es lógica: el derecho a la legítima defensa continúa hasta que el agresor cese las hostilidades y se retire, si ha ocupado territorio de la víctima.

13. *Omisión de informar al Consejo de Seguridad en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 51 de la Carta de la ONU*

Nos dice el profesor israelí que en algunas ocasiones el Estado miembro de la ONU que ejerce la legítima defensa se apresura a cumplir

con la obligación de informar al Consejo de Seguridad, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 51 de la Carta de la ONU. Cita como ejemplo la notificación que hicieron los Estados Unidos de América cuando invadieron Afganistán a raíz de los ataques del 11 de septiembre de 2001. Ya hemos expresado nuestra opinión en el sentido de que esa invasión no fue en el ejercicio de la legítima defensa, y ahora denunciemos lo expresado en una carta de autoridades estadounidenses al presidente del Consejo de Seguridad en la que afirmaron que “todavía es mucho lo que no conocemos... y podemos encontrarnos con que nuestra legítima defensa requiera nuevas acciones contra otras organizaciones y otros Estados”.³⁶ Aun para aquellos que sostienen que sí fue un acto de legítima defensa, llevar esa institución al extremo de permitir acciones contra otras organizaciones y otros Estados es una interpretación dolosa y *contra legem*.

Dinstein, interesado en ampliar la noción de legítima defensa, se abstiene de hacer crítica alguna a la posición de las autoridades que expresaron el desatino transcrito, que no sólo pretende que la invasión de Afganistán fue legítima defensa, sino que se olvida de la doctrina que impone los requisitos de inmediatez y proporcionalidad e interpreta las resoluciones del Consejo de Seguridad como una carta blanca para hacer uso de la fuerza armada a su antojo.

Nos recuerda el autor que suele ocurrir que el Estado miembro de la ONU que ejerce la legítima defensa se abstiene de informar al Consejo de Seguridad como es su obligación, y nos refiere al caso Nicaragua, en el que la Corte Internacional de Justicia de la ONU expresó que la falta de notificación al Consejo de Seguridad puede ser uno de los factores que ponen en duda si el Estado en cuestión está convencido de que está ejerciendo su legítima defensa. Compartimos la opinión de este autor en el sentido de que el Estado que no notifica al Consejo de Seguridad que ha hecho el uso de la fuerza en el ejercicio de su derecho inmanente a tal defensa viola una obligación internacional, pero no se afecta su derecho, según el artículo 51 de la Carta de la ONU.

36 Doc.S/2001/1946, del 7 de octubre, citado por Acosta Estévez, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006, p. 46.

14. *La modalidad de la defensa individual. Respuesta de un ataque armado por un Estado*

Con su objetivo ya transparente en defensa de las represalias israelíes, Dinstein nos dice, con razón, que los ataques armados pueden provenir de otro Estado, pero también de fuerzas irregulares que actúan desde el territorio de otro Estado.

Al analizar los ataques armados en el contexto del artículo 51 de la Carta de la ONU, afirma, de nuevo con razón, que esa norma, tanto en la Carta de la ONU como en el derecho internacional consuetudinario, requiere interpretación. Reiteramos que el derecho internacional consuetudinario pre-ONU pierde validez en la medida en que es incompatible con esa Carta. Dinstein analiza la cuestión de ataque de baja intensidad (*short of war*). Acepta el autor israelí que todo ejercicio de la legítima defensa debe cumplir con los requisitos de necesidad, inmediatez y proporcionalidad. Supongamos que en persecución de narcotraficantes, fuerzas del ejército mexicano cruzan la frontera con el vecino del norte y usan armas de fuego que inclusive causan accidentalmente víctimas en la población civil, ¿se trata de un ataque armado? Supongamos que el gobierno del Estado víctima así lo considera. ¿Puede usar la fuerza para rechazar al ejército extranjero que ha violado sus fronteras? El ejemplo es remoto, y tal vez irreal, pero nos sirve. Creemos que el Estado así invadido tendría el derecho de defenderse de inmediato y proporcionalmente, pero a nadie se le ocurriría que ese incidente daría derecho a la víctima de bombardear la capital del Estado que ha usado ilegalmente la fuerza contra él. El problema que puede plantearse es de determinación de hechos, pues incidentes fronterizos pueden escalar en un conflicto armado, dándose así gran dificultad para determinar quién fue el agresor.

15. *Represalias armadas*

Dinstein las llama *represalias armadas defensivas*. La cuestión que debemos dilucidar, tomando en cuenta las opiniones de este autor israelí, es no sólo si hay analogía entre el ataque armado previsto en el artículo 51 de la Carta de la ONU y los usos ilegales de la fuerza a los que responden las llamadas represalias armadas defensivas. También debe aclararse si esas represalias cumplen con los requisitos de necesidad, proporcionalidad e inmediatez y si tienen por fin exclusivo rechazar el ataque. El autor comentado nos recuerda una definición clásica de represalias:

“son contra-medidas que hubieran sido ilegales de no ser por actos previos ilegales del Estado contra el que se dirigen las represalias”.

Por nuestra parte, puesto que consideramos, con base en la declaración adjunta a la resolución de la Asamblea General de la ONU 2625 (XXV), que las represalias armadas son siempre ilegales, ponemos en una categoría aparte las contramedidas comerciales, que sí encajan en la definición transcrita. Por otra parte, no las represalias armadas, sino la legítima defensa en caso de *ataque armado* sí es una “contra-medida que hubiera sido ilegal de no ser por actos previos ilegales del Estado contra el que se dirige la legítima defensa”.³⁷

Dinstein establece diferencias y similitudes entre: a) las reacciones inmediatas de rechazo a un uso ilegal de la fuerza (*on the spot*) que nosotros identificamos como una legítima defensa, que puede ser de mayor o menor intensidad, en respeto al principio de proporcionalidad que gobierna esa defensa, y b) el caso de una respuesta en tiempo y lugar diferentes del momento y la localidad donde se originó el primer uso de la fuerza, que nosotros calificamos de represalias armadas ilegales. En el segundo caso, marcado con la letra b), sostenemos que esas respuestas son violatorias del derecho internacional, por no cumplir con el requisito de la inmediatez y por encajar en la noción de medidas punitivas que Estado alguno puede tomar sin violar el monopolio de la fuerza que la Carta de la ONU da al Consejo de Seguridad, salvo el caso de la legítima defensa en caso de ataque armado.

Pasa Dinstein a analizar el caso del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados, en particular las convenciones de Ginebra de 1949 y el Protocolo I, sin distinguir algo fundamental: a ese derecho internacional humanitario no interesa determinar quién es el agresor y quién la víctima; sólo limita los medios para hacer la guerra sin legalizarla y establece derechos y deberes de los beligerantes y de todo no combatiente. Por tanto, si ese derecho internacional humanitario prohíbe ciertas represalias dentro de un conflicto armado, no puede deducirse que otras sí están permitidas en el marco de la Carta de la ONU. En el caso de las represalias armadas israelíes contra fuerzas irregulares de palestinos, primero hay que insistir en que, en la medida en que los ataques palestinos están dirigidos contra objetivos militares en los terri-

37 Vallarta Marrón, José Luis, *Derecho internacional público*, México, Facultad de Derecho de la UNAM-Porrúa, 2006, pp. 346-348.

torios ocupados ilegalmente por Israel, no se genera derecho alguno para adoptar contramedidas, si bien una reacción israelí *on the spot* pudiera calificarse de defensa aceptable, pues no podemos llegar al extremo de negarles el derecho a reaccionar, sin que ello legalice la ocupación ni permita calificar al ataque palestino de agresión. Si se trata de ataques a la población civil, que puedan calificarse de terroristas, la reacción *on the spot* se justificaría, si bien el caso es poco probable dado el carácter sorpresivo de los actos terroristas.

En un caso regulado por el derecho internacional humanitario, una represalia legal sería todo contraataque dirigido a la otra parte del conflicto que respete las reglas de las convenciones de Ginebra. Pensemos en un contraataque de las fuerzas de la Alemania nazi contra las fuerzas liberadoras que desembarcaron en Normandía en el “día D”. Esa acción militar nazi sería legal según el derecho internacional humanitario, pero no daría legitimidad ni legalidad alguna a la agresión nazi que inició la Segunda Guerra Mundial en violación del Pacto Briand-Kellow, que prohibía el recurso a la guerra, y que estaba en vigor para la Alemania nazi. De igual manera, una represalia israelí, dentro de un conflicto armado, que cumpla con las convenciones de Ginebra, sería legal, según el derecho internacional humanitario, pero si no cumple con los requisitos de necesidad, inmediatez y proporcionalidad sería violatoria de la Carta de la ONU.

Llama la atención la renuencia de Dinstein para aceptar la validez del Protocolo I a las convenciones de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados. En particular, le molesta el párrafo 6 del artículo 51, que a la letra dice: “Se prohíben los ataques dirigidos como represalias contra la población civil o las personas civiles”.

Nos dice el profesor israelí que Estados Unidos de América (entre otros) no ha ratificado el protocolo, pero se abstiene de decir que más de 150 Estados lo han hecho. Sí tiene Dinstein la honestidad de recordar que la Corte Penal para la antigua Yugoslavia, en el caso Kuperskic, declaró que ese Protocolo ya ha cristalizado como derecho internacional consuetudinario, si bien cita autores que están en desacuerdo con esa declaración. Por nuestra parte, nos parece que la disposición transcrita es ya una norma imperativa del derecho internacional (*ius cogens*).

Veamos cómo refuta Dinstein un argumento que compartimos, según el cual se niega legalidad a las represalias armadas sobre la base de que

tienen lugar cuando el daño ya ha sido causado, por lo que el propósito de esas contramedidas es siempre punitivo, y no defensivo.³⁸ Nos dice el jurista israelí que las represalias armadas en respuesta a un ataque armado, si bien es cierto que tienen lugar cuando el daño ya ha sido causado, no se puede afirmar que el propósito es siempre punitivo, pues inevitablemente será multifacético. Ciertamente, las represalias pueden tener como fin evitar futuros ataques, desalentar reclutamiento de guerrilleros, venganza, eliminación de líderes peligrosos, posiblemente terroristas, delincuentes y criminales de guerra, pero no nos convence, porque si interpretamos la Carta de la ONU de buena fe, dando a los términos de la norma el sentido que normalmente se les atribuye en su contexto y si tomamos en cuenta los propósitos de la ONU, tenemos que insistir en que el único propósito de la legítima defensa debe ser rechazar la agresión, por lo que sólo una reacción *on the spot* es admisible. El único caso en que se puede diferir legalmente la contramedida es si el ataque tiene una ejecución continua, como es el caso de una ocupación ilegal. En ese caso, quien ejerce la legítima defensa puede contraatacar cuando tiene posibilidades de hacerlo. Nos dice Dinstein que algunos sostienen que la legítima defensa sólo tiene lugar mientras el ataque armado está en progreso y no cuando se ha consumado. Aquí hay que distinguir dos situaciones: la operación *hit and run* o la inmolación del atacante, donde ya no hay agresión armada que rechazar y el ataque que continúa y se mantiene *in situ*. En ese caso, insistimos, mientras dure la ocupación resultado del uso de la fuerza se tiene derecho a la legítima defensa en contra de la potencia ocupante.

Pasa el profesor israelí a confrontar la práctica de los Estados con las opiniones que, como las nuestras, niegan la legalidad de las represalias armadas, y afirma que el derecho internacional se forma por la práctica de los Estados, no con la opinión de los estudiosos, sin aclarar que esa práctica sólo hace derecho cuando la *opinio iuris* mundial la considera como obligatoria y conforme a derecho. Adelantamos que las prácticas de los Estados violatorias de la Carta de la ONU no tienen valor derogatorio alguno; sería como atribuir a la comisión de delitos por personas físicas, poder derogatorio sobre los códigos penales en derecho interno. Para ello, nos cita actos tan reprobables como la violencia que los gene-

38 Bowett, D., "Reprisals Involving Recourse to Armed Force", *American Journal of International Law*, vol. I, 1972, citado por Dinstein, *op. cit.*, nota 20, p. 226.

raron, tales como las represalias de Estados Unidos de América en Libia en 1986.

Debemos rechazar con convicción firme tesis como la siguiente, que coincide con Dinstein en el valor que da a prácticas de los Estados abiertamente violatorias de la Carta de la ONU. Un profesor de derecho internacional de la Universidad de Carolina del Norte, al estudiar los que él llama el derecho internacional consuetudinario relativo al uso de la fuerza, afirma:³⁹

As far as the Charter [of the UN] is concerned, it must be stressed initially that the question addressed in this paper is not the entire corpus of international law regarding the “jus ad bellum”, but only the customary international law on the subject. The Charter as a treaty “is thus not relevant to the discussion”. Regarding the customary law in this area, while it is possible that the rules set out in the Charter could become rules of customary law, whether this translation has in fact taken place depends, once again on the practice of states. Of course, one can imagine state practice so inconsistent with the Charter as to eliminate the legal effect of that instrument through desuetude... In other words, divergence between a valid treaty and practice can lead to a situation in which the rules of customary law differ so much from those established by the treaty that acts contrary to the treaty cannot be labeled as contrary to customary law. (Por lo que se refiere a la Carta de las Naciones Unidas, de entrada debe ponerse énfasis en que la cuestión a que se refiere el presente trabajo no es la totalidad de las normas de derecho internacional referente al *ius ad bellum*, sino sólo el derecho internacional consuetudinario sobre la materia. La Carta, en tanto que tratado, “no es relevante para esta discusión”. Por lo que se refiere al derecho consuetudinario en esta area, en tanto que es posible que las reglas incorporadas en la Carta puedan devenir normas de derecho consuetudinario, ello depende, de nuevo, de la práctica de los Estados. Desde luego, podemos imaginar una práctica de los Estados tan inconsistente con la Carta que elimine los efectos jurídicos de ese instrumento por *desuetudo*... en otras palabras, divergencia entre un tratado en vigor y la práctica puede llevar a una situación en la que las normas del derecho consuetudinario difieran tanto de las establecidas en el tratado que actos contrarios al

39 Weisburd, A. Mark, “Consistency, universality, and the customary law of interstate force”, *Customary International Law on the use of force*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 32, nota al pie de página 2.

tratado no puedan ser catalogados como contrarios al derecho consuetudinario.⁴⁰

Reconocemos que la práctica de los Estados y de otros sujetos del derecho internacional público pueden cambiar el derecho internacional, aun ciertas normas incorporadas en la Carta de la ONU (la descolonización, por ejemplo, dejó sin efecto la declaración relativa a los territorios no autónomos y las disposiciones sobre el régimen de administración fiduciaria),⁴¹ pero de allí a sostener, como implica el profesor estadounidense citado en el párrafo anterior, que, por ejemplo, violaciones a las disposiciones de la Carta de la ONU que prohíben el uso de la fuerza provoquen derogación por *desuetudo*, existe un abismo ideológico insalvable.

Acepta Dinstein que el Consejo de Seguridad ha declarado que las represalias armadas son contrarias a los propósitos y principios de las Naciones Unidas, y hace referencia a la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, en la que se afirma que los Estados tienen el deber de abstenerse de represalias armadas [Resolución de la Asamblea General de la ONU 2625 (XXV)], y confronta esas autorizadas opiniones con la circunstancia de que la Corte Internacional de Justicia de la ONU no expresó en el caso Nicaragua que toda represalia es automáticamente ilegal. No podemos concluir, con base en esa omisión, que, en opinión de la Corte, ciertas represalias son conforme a derecho. Dicho sea de paso, no comprendemos por qué califica la colocación de minas por Estados Unidos de América en puertos nicaragüenses como actos de represalia; más bien fueron actos de agresión.

Finalmente, el profesor Dinstein, en lugar de usar sus hipotéticos ejemplos entre los Estados imaginarios Arcadia y Utopía, reconoce que el Estado que más ha usado represalias en tiempos modernos es Israel, y afirma que unas han sido ilegales y otras no. Creemos que debería decir que las represalias armadas israelíes son ilegales en tanto que el ejercicio de la legítima defensa por el Estado hebreo ha sido conforme a derecho. Estamos de acuerdo en que cada caso debe considerarse por separado y

40 Traducción del autor.

41 Capítulos XI y XII de la Carta de la ONU.

analizando todas las circunstancias, incluida la justificación que tienen actos de legítima resistencia en territorios ocupados ilegalmente por Israel, si aquéllos se dirigen a objetivos militares.

Si Israel es víctima de cohetes lanzados desde territorios palestinos o desde cualquier otro Estado, y esos u otros ataques son continuos y se vive la inminencia de otros ataques, no puede ponerse en duda el derecho de Israel de ejercer su derecho inmanente a la legítima defensa, que en este ejemplo sí sería legal, por ser un estado de necesidad; también lo sería por ser una respuesta inmediata y proporcional (si guarda esa proporción con el ataque) y por tener por objeto exclusivo rechazar un ataque armado. Nos preguntamos por qué el profesor israelí, desde la academia, condiciona su ciencia y su indudable erudición a la defensa de las represalias israelíes, y para ello deforma la institución de la legítima defensa si al fin de cuentas acaba reconociendo que algunas represalias sí han sido violatorias del derecho internacional, en tanto que otras acciones han sido el ejercicio de la legítima defensa reconocido en la Carta de la ONU.

Por otra parte, si Israel, en respuesta a un acto terrorista ya consumado, semanas después, lanza un ataque punitivo contra el poblado de donde se supone era originario el o los terroristas, y asesina a víctimas civiles inocentes, comete una clara violación a la prohibición de recurrir al uso de la fuerza armada incorporada en la Carta de la ONU y comete un crimen contra la paz, aunque se diga que el propósito fue desalentar otros actos similares. Además, está la cuestión de si esos actos ilegales desalientan a futuros terroristas o si promueven el reclutamiento de guerrilleros que sienten justificados sus actos por la misma ley del talión que inspira al Estado hebreo.

16. La protección de los nacionales en el extranjero

El profesor Dinstein se refiere a una tesis de sir Humfrey Waldock que pone como condiciones para la legalidad de acciones militares para la protección de los nacionales en el extranjero: a) la inminencia de la amenaza; b) la incapacidad del Estado extranjero para brindar protec-

ción, y c) que las medidas se limiten a la protección.⁴² Nuestra reacción ante esa tesis es reafirmar el monopolio que la Carta de la ONU otorga al Consejo de Seguridad respecto del uso de la fuerza. No vemos razón alguna para que ante una amenaza, los Estados se sientan autorizados para actuar sin recurrir al sistema de seguridad que ellos mismos crearon mediante el tratado de mayor jerarquía jurídica en el sistema mundial de derecho. Si ya estuvieran siendo exterminados extranjeros, sí se podría aducir el estado de necesidad que justificaría la acción limitada a que se refiere Waldock. Recordemos el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos. Según ese proyecto, no se puede invocar el estado de necesidad a menos que sea el único medio para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente.⁴³

Dinstein se refiere al caso del rescate de rehenes por Israel en el aeropuerto de Entebbe en Uganda en 1976, al que ya nos hemos referido. Los Estados africanos en términos generales condenaron la violación a la soberanía de Uganda en tanto que Israel invocó un *estado de necesidad*. El autor israelí comentado se refiere a este caso como el evento en el que, comparado con otros casos de intervenciones armadas para brindar protección a nacionales, se cumplieron con mayor rigor los requisitos enunciados por Waldock, que no menciona el estado de necesidad. Después de condenar sin titubeos el acto de terrorismo en el que fueron cómplices el gobierno de Uganda y los guerrilleros palestinos y de otras nacionalidades y de regocijarnos por la liberación de los rehenes, nos limitaremos a destacar que la liberación de los rehenes sí era un interés esencial de Israel y de otros Estados, pero que el uso de la fuerza armada no era el único medio. Por tanto, abrigamos dudas sobre si el estado de necesidad fue invocado correctamente. La historia muestra infinidad de abusos so pretexto de protección a extranjeros; por tanto, nuestra tendencia es interpretar de manera restrictiva las excepciones a la prohibi-

42 Waldock, C. H. M., "The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1952, pp. 451-467, citado por Dinstein, *op. cit.*, nota 20, p. 251.

43 Véase artículo 25 del proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, preparado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU y recibido con beneplácito por la Asamblea General de la ONU, *Derecho internacional, tratados y otros documentos*, Madrid, Ciencias Jurídicas, McGraw-Hill, 2001, pp. 300 y 301.

ción del uso de la fuerza incorporada en la Carta de la ONU, aferrándonos a la ortodoxia de la interpretación establecida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

17. *Guerra defensiva*

Dinstein sostiene que en algunas situaciones el ejercicio del derecho a la legítima defensa es un acto de guerra. Ciertamente, por ejemplo, cuando varios Estados árabes atacaron a Israel en 1967, la legítima defensa de Israel involucró a ese Estado en una guerra conocida como la *guerra de los seis días*, a la que también ya nos hemos referido. Si la legítima defensa responde a un incidente menor, la respuesta no puede ser la guerra, como afirma el profesor israelí, so pena de violar el principio de proporcionalidad.

Nos lleva el autor estudiado a la invasión de Irak de 2003, y nos dice que es erróneo considerar que la acción militar de los invasores, que él llama *la coalición*, fue un acto de legítima defensa ante un nuevo ataque de Irak. Para empezar, ya hemos sostenido que la primera reacción por la invasión de Kuwait por Irak, que pudo haberse hecho en el ejercicio de la legítima defensa, no se hizo invocando el artículo 51 de la Carta de la ONU, relativo a esa defensa, sino con base en el artículo 42 del mismo ordenamiento, que reglamenta el uso de la fuerza armada por el Consejo de Seguridad, o bajo su autoridad.

Después Dinstein nos lleva a analizar el caso de una guerra en legítima defensa en respuesta a un ataque armado por fuerzas irregulares, y plantea el caso de la invasión de Afganistán después del 11 de septiembre. No estamos de acuerdo con el profesor israelí en que esa invasión fue una guerra en el ejercicio de la legítima defensa. Ciertamente es que la resolución del Consejo de Seguridad, adoptada al día siguiente del ataque, invocó inapropiadamente, en un párrafo preambular, “el derecho inmanente a la legítima defensa individual o colectiva en caso de ataque armado” reconocido en la Carta de la ONU. Ello no nos obliga a aceptar que fue un acto de legítima defensa, pues ya hemos expresado nuestro pensamiento al respecto, en el sentido de que la legítima defensa tiene que ser inmediata, y la reacción de Estados Unidos no lo fue, y sobre todo porque, consumado el artero ataque, ya no había agresión que rechazar, que es el objetivo que debe tener toda legítima defensa, so pena de caer en la ilegalidad. Si se quiere sostener la legalidad de la invasión de Afga-

nistán, se tiene más base jurídica en el llamamiento que hizo el Consejo de Seguridad a los Estados miembros de la ONU para llevar a la justicia a los autores de tan horrendo crimen.⁴⁴

A. Necesidad

Afirma Dinstein, con razón, que en caso de una invasión en gran escala, el estado de necesidad es evidente, y no sujeto a comprobación. Por otra parte, nos dice que en caso de un ataque aislado, la legítima defensa procede sólo si una solución amigable del conflicto no es posible. De nuevo no estamos de acuerdo. Si el ataque ya se consumó, fue aislado y los atacantes se retiraron, no hay derecho a la legítima defensa, y sería un acto punitivo por parte del Estado atacado, para lo cual no tiene atribuciones. El recurso al Consejo de Seguridad de la ONU es la única vía posible conforme a derecho, en busca de una reparación u otra medida.

B. Proporcionalidad

Insiste el profesor israelí en algo que ya hemos rechazado; según él, cuando se sufre un ataque, lleva tiempo evaluar la fuerza usada por el atacante y la extensión de los daños sufridos. Por tanto, insiste, esa evaluación tiene que hacerse a posteriori. Su tesis apunta a que, pasado el ataque y retirado el atacante, procede la evaluación para responder con la misma intensidad. Tenemos que repetirnos: si ya ocurrió el ataque y el atacante se retiró o se inmoló, en virtud del requisito de la inmediatez y del único propósito admisible de la legítima defensa que es el rechazo del ataque, una represalia, después de una evaluación a posteriori sería necesariamente ilegal, punitiva y preventiva de futuros ataques. Para ello, los Estados no tienen atribuciones, según el monopolio del uso de la fuerza que para esos fines la comunidad internacional, incluido Israel, ha dado al Consejo de Seguridad de la ONU.

Plantea Dinstein la cuestión de lo que él llama la *guerra en legítima defensa*. Nos presenta el caso de una defensa ante una agresión, y nos llama a evaluar la dificultad para exigir a quien se defiende que no proceda a la destrucción total del enemigo. Nos parece que el profesor israelí

44 Vallarta Marrón, José Luis, *op. cit.*, nota 31, y Acosta Estévez, José B., “La operación *libertad duradera* y la legítima defensa a la luz de los atentados del 11 de septiembre de 2001”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VI, 2003.

olvida que la Corte Internacional de Justicia de la ONU decidió en el caso Nicaragua, que la proporcionalidad exige que la reacción se limite a poner fin a la agresión sufrida.⁴⁵ Tomemos el ejemplo de la *guerra de los seis días* de 1967. Creemos que Israel cumplió con el requisito de la proporcionalidad, precisamente porque en seis días concluyeron las hostilidades. Si dominada la situación, Israel se hubiera lanzado a bombardear puertos, aeropuertos, centros industriales, instalaciones productoras de energía eléctrica, instalaciones militares y otros lugares de los Estados que lo agredieron, no hubiera podido invocar la legítima defensa para justificar esos actos, por falta de proporcionalidad y porque el ataque ya había sido rechazado y neutralizado. A pesar de la medida mostrada por Israel (salvo la ocupación ilegal de territorios, con claras intenciones de anexión, con el pretexto de que requiere fronteras seguras) el profesor israelí sostiene que la rendición del atacante no obliga al cese de las hostilidades, a menos que el Consejo de Seguridad lo ordene. Creemos que la rendición del atacante obliga a quien ejerce la legítima defensa, a suspender las hostilidades, tomando todas las medidas de seguridad que estime necesarias. La cuestión de la proporcionalidad suele ser de difícil evaluación, porque una guerra puede desencadenarse por un incidente menor y una escalada en los subsiguientes contraataques. Nuevos ataques pudieran confundir al observador sobre en qué momento se inició realmente el ataque. El profesor israelí previene, no obstante, sobre el riesgo de que la legítima defensa sin proporcionalidad desencadene una guerra de gran magnitud.

Analiza Dinstein la opinión de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad del uso de armas nucleares, y recuerda que la Corte concluyó que el principio de proporcionalidad no excluye en toda circunstancia el uso de armas nucleares. Al respecto, el autor del presente ensayo presenció en el Comité de la Asamblea General de la ONU para la definición de la agresión el debate que se describe a continuación: la antigua Unión Soviética propuso que en la lista de actos que constituyen agresión se incluyera el primer uso de armas nucleares. La reacción de la delegación estadounidense no se hizo esperar, y declaró que si Europa occidental sufría una invasión masiva proveniente del Este con armas convencionales, se reservaban el derecho de usar armas nucleares en el ejer-

45 Rec., pp. 94 y 122.

cicio del derecho inmanente a la legítima defensa colectiva en caso de ataque armado.

El autor estudiado considera que es una *reductio ad absurdum* la tesis que sostenemos en el sentido de que el objeto de la legítima defensa es, según el espíritu de la Carta de la ONU, el rechazo de la agresión, por lo que la legítima defensa debe constreñirse al teatro de las operaciones agresivas. Para refutar esa tesis, Dinstein nos da ejemplos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Carta de la ONU. A no dudarlo, el profesor israelí, como persona de gran cultura que es, tiene influencia de varios sistemas jurídicos, entre ellos del *common law*. Seguramente por la veneración que tienen por los precedentes los juristas que heredan el pensamiento jurídico de Inglaterra, tienden a dar gran valor jurídico a casos válidos en la era pre-ONU, pero inválidos después de instaurado un nuevo orden jurídico mundial en San Francisco, en 1945.⁴⁶ Dinstein vuelve a plantear la legítima defensa después de los arteros ataques del 11 de septiembre. De nuevo insistimos en que la invasión de Afganistán no fue un acto de legítima defensa; en todo caso podría justificarse en el llamamiento que hizo el Consejo de Seguridad para adoptar medidas encaminadas a llevar a la justicia a los autores de ese crimen contra la paz, pero ésa sería una acción, según el artículo 42 de la Carta de la ONU, y no según el artículo 51 de ese ordenamiento.

Algo desalentador y frustrante para quienes somos herederos del derecho romano y sus secuencias posteriores es el abuso que juristas, sobre todo del *common law*, hacen de toda práctica de los Estados que presentan como generadora de derecho. Dinstein recurre a ese viciado sistema al referirse a la práctica post-ONU de los Estados, sin considerar si esa práctica es violatoria de la Carta de la ONU. Si toda práctica de los Estados en el ámbito de la guerra, la agresión y otros usos ilegales de la fuerza armada fuera generadora de derecho consuetudinario, nada quedaría en pie de la Carta. Felizmente las disposiciones de la Carta de la ONU relativas a la prohibición del uso de la fuerza armada tienen carácter de normas de *ius cogens*, y las violaciones a ellas no tienen poder derogatorio alguno.

46 McDougal, Myers S., *op. cit.*, nota 24. En este artículo, el autor sostiene que históricamente los Estados han recurrido a la legítima defensa cuando se sienten amenazados (paráfrasis del autor), haciendo caso omiso de lo dispuesto en el artículo 51 de la Carta de la ONU, que limita el derecho a la legítima defensa en caso de ataque armado.

Para demostrar que la legítima defensa no tiene que suspenderse cuando se rechaza el ataque armado, sino que quien la ejerce puede continuar hasta la victoria final, el profesor israelí nos presenta como práctica de los Estados post-ONU la invasión de Irak en 2003, que justifica con los falaces argumentos esgrimidos por los invasores. Ellos, los invasores, adujeron tener una autoridad continua otorgada por el Consejo de Seguridad mediante la resolución que autorizó el uso de la fuerza armada para sacar a Irak de Kuwait. Nótese que la liberación de Kuwait se hizo con base en el artículo 42 de la Carta y no con base en las disposiciones sobre la legítima defensa. El argumento es falaz, porque ese Consejo, en todas las resoluciones sobre ese conflicto, expresó que seguiría ocupándose de la cuestión; por tanto, se requería una nueva resolución. Recordemos que cuando Estados Unidos y el Reino Unido se percataron de que una resolución que autorizara la invasión para derrocar a Saddam Hussein no recibiría el voto afirmativo de algunos miembros permanentes, se retiraron y decidieron actuar unilateralmente en violación de la Carta de la ONU.⁴⁷

C. Inmediatez

Nos dice Dinstein que una guerra para defender a un Estado de un ataque puede requerir tiempo y preparación para responder a un ataque aislado; agrega que un Estado agredido puede requerir deliberaciones para decidir lo relativo a la defensa, sobre todo si es una democracia, y afirma que un intervalo entre el ataque armado puede ser amplio sin que ello quite legitimidad al contraataque defensivo.

Son muchos los autores occidentales que, ante la parálisis que sufrió el Consejo de Seguridad durante la guerra fría, han elaborado sus doctrinas como si la Carta de las Naciones Unidas no existiera. Es comprensible que el profesor israelí haya procedido de esa manera, pues con el binomio de un Israel permanentemente atacado y la manifiesta actitud anti-Israel de la antigua Unión Soviética, la desconfianza en el orden mundial que se intentó consolidar en San Francisco es una consecuencia comprensible. Pero nosotros partimos de la obligatoriedad indiscutible

47 Vallarta Marrón, José Luis, "La supuesta legalidad de la reanudación de la guerra en Irak. Réplica a una defensa de la posición de José María Aznar", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2006, vol. VI, pp. 985-1017.

de la Carta de la ONU, y si bien el caso de Kosovo y la ilegal invasión de Irak de 2003 alejaron nuestras esperanzas de que finalmente los miembros permanentes del Consejo de Seguridad habrían de actuar en armonía para el cumplimiento cabal de sus responsabilidades, nuestras tesis, a diferencia de las de Dinstein, parten del supuesto de que tenemos un orden jurídico mundial vigente y obligatorio.

Nos preguntamos por qué Dinstein no analiza y distingue entre el ataque aislado de corte terrorista, en el que el atacante desaparece después o inclusive antes de la ejecución del crimen cuando coloca una bomba, y el ataque que es continuo porque tiene la forma de una ocupación. Tal vez en su fuero interno se niega a reconocer que, mientras Israel ocupe ilegalmente territorios palestinos, los desposeídos tienen en todo momento el derecho a una resistencia legítima, que, por supuesto, los obliga a respetar el derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados. Son dos situaciones que plantean problemas y soluciones muy distintas si se piensa en el marco jurídico de la Carta de la ONU. El profesor israelí, en un intento fallido por demostrar que la legítima defensa puede cumplir con el requisito de inmediatez, que no rechaza, sino amplía más allá de toda lógica, nos plantea el caso de las Islas Malvinas⁴⁸ sin reparar en que, desde el punto de vista británico, la invasión por Argentina fue un ataque continuo que, mientras durara, daba al Reino Unido el derecho de actuar en legítima defensa para rechazar la invasión.

18. *Legítima defensa en respuesta a un ataque desde otro Estado.*
Defensa fuera del territorio nacional

Nuevamente recurre Dinstein a sus ejemplos con los imaginarios Estados de Arcadia y Utopía. Seguiremos el pensamiento de profesor israelí, pero utilizaremos el caso del reciente conflicto entre Colombia y Ecuador, detonado por la incursión del ejército colombiano en territorio ecuatoriano para someter o eliminar a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC).

48 El autor deja a salvo el punto de vista de muchos argentinos de que la ocupación británica de las Malvinas es ilegal y que, por tanto, la fuerza usada en la ocupación de las islas fue para recuperar territorio argentino.

Según la teoría del profesor israelí, si es aplicada al caso mencionado, la cuestión sería determinar si Colombia tuvo derecho de actuar dentro de Ecuador en ausencia de complicidad entre Ecuador y las FARC. Si Ecuador no tuvo noticia del campamento de las FARC en territorio ecuatoriano, no se da violación alguna del derecho internacional por parte de Ecuador. Pudo ser que Ecuador sabía de la presencia de las FARC en su territorio, pero estaba imposibilitado para controlar el territorio ocupado por esos rebeldes; no obstante, Ecuador estaba obligado a ejercer la debida diligencia, en la medida de sus capacidades. Si Ecuador no condona las acciones y presencia de las FARC, pero es débil militar o políticamente, Colombia no tiene que aceptar pasivamente los ataques de las FARC desde suelo ecuatoriano, tan sólo porque no provienen de otro Estado. En todo caso, podría reprochársele la falta de comunicación con Ecuador. Si Ecuador permitió la operación de las FARC desde su territorio, teniendo capacidad para dominarlas, y rehúsa peticiones de Colombia para actuar, no puede negar el derecho de Colombia de actuar en legítima defensa. En este caso Dinstein exigiría a Colombia que su acción se limitara a dismantelar y dominar los campamentos de las FARC; resulta curioso que en otros análisis, el profesor israelí amplía las facultades del Estado que ejerce la legítima defensa a acciones punitivas y preventivas.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

1. La confrontación de nuestra tesis, que favorece una interpretación restrictiva del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, con las tesis del profesor israelí Yoram Dinstein, no modifica nuestra interpretación que establece diferencias sustanciales entre la legítima defensa y las represalias armadas.

2. Nos parecen inválidos los titubeos de Dinstein sobre la cuestión de si, en virtud de los ataques del 11 de septiembre, se está generando un derecho internacional consuetudinario paralelo a la Carta de la ONU, que permitiría una defensa preventiva. Negamos que en el derecho internacional consuetudinario se esté dando tal norma en *statu nascendi*; sólo tenemos prácticas violatorias de la Carta de la ONU y opiniones aisladas de académicos comprometidos con posiciones políticas.

3. Aceptamos que cuando un ataque armado es inminente procede la legítima defensa, pero rechazamos la tesis del profesor israelí, en el sen-

tido de que ésta pueda ser legítima con base en información de servicios de inteligencia no confirmados con una evidencia indudable de preparativos reales. Recordemos que los servicios de inteligencia de Estados Unidos informaron que Saddam Hussein tenía armas de destrucción masiva que nunca fueron encontradas.

4. Nos parece que Dinstein no toma en cuenta que los ataques palestinos a objetivos militares en territorios ilegalmente ocupados por Israel tienen una naturaleza jurídica distinta a los ataques contra territorios sobre los que Israel tiene títulos jurídicos legítimos. Tampoco toma en cuenta que una ocupación ilegal por la fuerza armada es una agresión continua.

5. Percibimos contradicciones en las tesis de Dinstein, quien acepta que hay usos ilegales de la fuerza que, por ser de poca monta, no son el ataque armado previsto en el artículo 51 de la Carta de la ONU, pero a la vez lamenta que la Corte Internacional de Justicia de la ONU no haya aceptado que las contramedidas adoptadas por el Estado víctima de usos menores de la fuerza puedan fundamentar legalmente una respuesta armada.

6. Rechazamos las tesis de Dinstein que infieren que porque el derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados prohíbe ciertas represalias dentro de una guerra, otras represalias armadas sí son legalmente permitidas.

7. También rechazamos la tesis del profesor israelí, quien, después de aceptar el requisito de la inmediatez que debe tener toda autodefensa para ser legítima, aduce que ésta puede ser diferida por los preparativos militares y las deliberaciones gubernamentales. Igualmente, nos oponemos a sus intentos por dar legitimidad a supuestos propósitos múltiples de la legítima defensa, cuando el único aceptable es el rechazo de ataque armado, si se toman en cuenta los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

8. En cuanto a la cuestión de si la acumulación de ataques menores en forma de escaramuzas aisladas por fuerzas irregulares dan base a la legítima defensa, sostenemos, contra las dudas de Dinstein, que esa acumulación de ataques menores no puede justificar una legítima defensa, porque necesariamente se estaría ignorando el requisito de inmediatez que requiere esa autodefensa, y que toda reacción diferida sería una represalia ilegal con fines distintos al rechazo del ataque.

9. Nos parece que en su esfuerzo por dar al requisito de la inmediatez una flexibilidad que lo haga nugatorio, Dinstein recurre a una falacia, al decir que el Consejo de Seguridad de la ONU requirió de mucho tiempo para decidir autorizar el uso de la fuerza para sacar a Irak de Kuwait. Decimos que el argumento es falaz porque esa acción fue una medida punitiva autorizada según el artículo 42 de la ONU, y no un acto de legítima defensa colectiva.

10. Al referirse a la obligación de los Estados de informar al Consejo de Seguridad de la ONU cuando ejercen la legítima defensa, Dinstein da como ejemplo la notificación que hizo el gobierno de Estados Unidos cuando invadieron Afganistán. Creemos que esa invasión no fue un acto de legítima defensa, porque no fue inmediata, y porque ya no había ataque que rechazar. Reprochamos al profesor israelí la relación especial, que muestra a lo largo de su libro, con el gobierno de Estados Unidos, y su omisión de denuncia de la notificación aludida en la que Estados Unidos, sin base jurídica alguna, se reservó el “derecho” de actuar militarmente contra otros Estados y organizaciones para combatir el terrorismo, en una supuesta “legítima” defensa.

11. Percibimos una contradicción en Dinstein, quien primero acepta que la legítima defensa debe reunir los requisitos de estado de necesidad, proporcionalidad e inmediatez, para, acto seguido, intentar justificar en derecho las represalias armadas que tienen lugar en tiempo y lugar diferentes del momento y localización del ataque original. No aceptamos que las represalias armadas se legalicen por fines distintos al rechazo del ataque original. La prevención de futuros ataques, las acciones punitivas, el escarmiento, la eliminación de líderes rebeldes que pueden ser actores de una resistencia legítima, son objetivos que no sólo no dan legitimidad a las represalias, sino que las confirman como crímenes contra la paz, pues Estado alguno tiene atribuciones, según la Carta de la ONU, para perseguir esos fines.

12. El profesor israelí, cuando confronta opiniones de académicos, no coincidentes con las suyas, las somete a la práctica de los Estados, sin distinguir que algunas de las prácticas por él citadas son violatorias de la Carta de la ONU, tales como las represalias de Estados Unidos en Libia, en 1986. Esas prácticas ilegales no forman derecho internacional consuetudinario por una notoria *opinio iuris* de la comunidad internacional que condena esos actos.

13. Al referirse a la protección de los nacionales en el extranjero, que pocas veces se limita a ese fin, Dinstein abusa de la noción de estado de necesidad, que, según el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos, recibido con beneplácito por la Asamblea General de la Organización, sólo procede, respecto del uso de la fuerza, cuando no se cuenta con otra posible solución.

14. De nuevo Dinstein se contradice, pues, después de aceptar que la proporcionalidad es una exigencia para que la autodefensa sea legítima, justifica que cuando un Estado recurre a la legítima defensa la lleve hasta la destrucción total del enemigo.