

DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS¹

I. Aplicación del Derecho Internacional

A diferencia de los órdenes jurídicos nacionales, en donde existen tribunales obligatorios para todos los sujetos de derecho y un poder de policía bien desarrollado, el orden jurídico internacional carece de esos elementos, al menos en la amplitud y desarrollo típicos en el orden interno. La competencia de los tribunales internacionales es por lo general de naturaleza voluntaria para los sujetos internacionales², y si bien el orden internacional conoce un monopolio de poder en las manos del Consejo de Seguridad³, éste no posee ni las facultades, ni el funcionamiento, ni la presencia que poseen en el orden interno las instancias facultadas a forzar el cumplimiento del derecho. No obstante ello el grado de cumplimiento espontáneo de las normas internacionales no es necesariamente menor a aquella que se observan en los órdenes jurídicos internos. Lo normal es que los Estados y otros sujetos internacionales cumplan de buena fe las obligaciones que ellos mismos se comprometieron a observar: Cada decisión de un tribunal ordinario en nuestro país que falla, por ejemplo, en un caso de usucapión sobre una parcela de terreno que colinda directamente con el límite internacional con Chile, sin sobrepasarse ese límite, significa que Argentina cumple con el Tratado General de Límites del año 1881. La gran mayoría de los Estados se abstiene diariamente de enviar tropas propias en el territorio de otro Estado, con lo cual cumplen espontáneamente la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza del artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas. Con estos ejemplos cotidianos puede corroborarse que las normas del derecho internacional se cumplen en su mayor parte de manera generalizada.

Pueden surgir situaciones en las cuales un sujeto de derecho internacional reclama a otro el incumplimiento de una norma internacional, lo que es negado por el sujeto señalado, generándose así una controversia internacional. Ya en el capítulo anterior hemos visto cómo el derecho internacional ofrece un conjunto de medios, sean diplomáticos o de naturaleza jurisdiccional, los cuales coadyuvan a la aplicación de las normas internacionales. Ahora bien, para llegar a una solución de fondo en los medios diplomáticos, como para llegar a la instancia misma en los procedimientos jurisdiccionales, se necesita el consentimiento de las partes involucradas en la controversia. El problema se suscita cuando el sujeto internacional es reticente a cumplir con la obligación internacional y tampoco presta su consentimiento para allanar la cuestión sobre el incumplimiento de ella. Es allí en donde se activan las medidas de cumplimiento forzoso que el mismo derecho internacional prevé.

A. Las medidas de aplicación forzosa en el Derecho Internacional.

Evolución histórica, caracterización Las medidas de aplicación forzosa del derecho internacional son un cúmulo heterogéneo de medios que el Derecho Internacional ofrece a sus sujetos para forzar el cumplimiento de sus normas, cuando otro sujeto es reticente a ello. Son medios de presión para forzar el cumplimiento de la obligación internacional, la cual puede provenir de cualquiera de las fuentes del derecho

¹ Este capítulo fue redactado por el Dr. Eduardo J. Pintore. Abogado. Universidad Nacional de Córdoba. Doctor en Derecho y Magister Legum (LL.M.) ambos por la Freie Universität Berlin, Alemania. Docente de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

² Como ejemplo paradigmático de esto menciónese el artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el que en su inciso primero establece: “*La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan...*”.

³ En ese sentido el artículo 24 de la Carta de Naciones Unidas expresa: “*A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales...*”.

internacional. Estas medidas constituyen un conjunto heterogéneo por la diversidad de su naturaleza ya que pueden ser de carácter político, diplomático, económico, militar, etc. Ellas vienen establecidas a través de las distintas fuentes del derecho internacional, siendo las más comunes a estos efectos los tratados, la costumbre y las resoluciones de las organizaciones internacionales.

B. Clases

En cuanto a las clases de medidas⁴, ellas pueden ser clasificadas en dos grandes grupos. a) Las *medidas de observación*, por una lado, son aquellas que actúan sin que se haya producido un incumplimiento de la obligación internacional y se sub clasifican en *medidas de control* y en *técnicas de seguimiento*. b) Las *medidas de reacción* en cambio, actúan una vez que ya se ha producido la violación de una obligación internacional y se sub clasifican en medidas de reacción descentralizada y en medidas de reacción institucional. A continuación analizaremos cada uno de estos grupos de medidas.

1. Medidas de observación

Las medidas de observación actúan sin que se haya producido una violación a la obligación internacional, de hecho, este tipo de medidas tienden a evitar todo posible incumplimiento por su efecto disuasorio. Se trata de medidas de información para verificar el normal cumplimiento de las obligaciones internacionales. Ellas pueden ser de dos tipos: a) *El control internacional*: Es la actividad de verificación de la conducta del sujeto de derecho internacional con respecto a la obligación internacional, con la finalidad de promover su cumplimiento efectivo. Se trata de un control que puede abarcar no sólo el control de legalidad y de oportunidad de la conducta del sujeto de derecho, sino también su adecuación a normas protojurídicas (*softlaw*). Estas medidas pueden ser llevada adelante por los Estados individuales, como es el derecho que todo buque de guerra posee en Alta Mar para inspeccionar buques no públicos de otros Estados cuando haya sospecha fundada de violación a determinadas obligaciones internacionales (derecho de visita en Alta Mar del artículo 110 de la CONVEMAR⁵), el derecho de toda Parte Consultiva de inspeccionar sobre la Antártida la actividad de las otras partes (principio de control de todos por todos del artículo 7 del Tratado Antártico), la actividad de las comisiones mixtas en acuerdos de limitación de armamentos o de utilización de la energía nuclear sólo con fines pacíficos, etc. Sin embargo la mayor parte de estas medidas está a cargo de las diversas organizaciones Internacionales, como por ejemplo la actividad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, o las facultades del Consejo de Seguridad para realizar seguimientos de acciones que puedan poner en peligro la paz y la seguridad internacionales o de cumplimiento de sus resoluciones. Organizaciones internacionales tan diversas como la Organización Mundial del Comercio, el Mercosur, la Unión Europea o el Organismo Internacional de Energía Atómica, poseen facultades de control dentro de sus respectivas competencias. Otros sujetos de derecho internacional, como es el caso del Comité Internacional de la Cruz Roja, poseen facultades de control establecidas por el derecho internacional.

⁴ Por su prolijidad, claridad en la exposición y su carácter comprensivo del tema seguimos aquí la clasificación propuesta por el Prof. Dr. Garzón Clariana. Ver: GARZÓN CLARIANA, G. "Capítulo XLI. Procedimientos de aplicación de las normas internacionales (VI): Aplicación forzosa: Procedimientos descentralizados e institucionales", en: DIEZ DE VELASCO VALLEJO M. Instituciones de Derecho Internacional Público, 17ª edición, Madrid, (2009) (en adelante: DIEZ DE VELASCO, Instituciones), pp. 1019-1038.

⁵ [Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar](#), firmada en 1082 en Montego Bay.

b) Las *técnicas de seguimiento* consiste en la recopilación de información que un sujeto de derecho internacional facultado a ello realiza sobre las conductas relacionadas a determinadas normas internacionales. Estas medidas no incluyen una valoración jurídica del hecho establecido, sólo se limita a recabar información y actúan paralelamente con respecto a las medidas de control y de reacción internacionales. Ejemplo paradigmático es la actividad de registro a cargo de la Secretaría General de Naciones Unidas sobre los tratados firmado por los Estados. Si bien no existe aquí una valoración jurídica, por ejemplo de los tratados registrados en sí, la no registración posee efectos jurídicos, esto es, los tratados no registrados no pueden ser invocados ante los órganos de Naciones Unidas (artículo 102 de la Carta de Naciones Unidas). Técnicas de seguimiento son también realizadas por Estados individuales, como es el caso del Estado depositario de un tratado internacional multilateral, que lleva el registro de las ratificaciones y demás novedades que se van produciendo en torno al tratado. Las actividades de registro están por lo general acompañadas de actividades de publicidad y notificación.

2. Medidas de reacción

Las medidas de reacción se aplican frente al incumplimiento de una obligación internacional y tienen como finalidad forzar el cumplimiento de dicha obligación internacional.

Las medidas de reacción pueden ser tomadas de forma descentralizada, es decir por los Estados, o de forma institucionalizada, es decir por las organizaciones internacionales. Las medidas de reacción han evolucionado a lo largo de la historia. En la etapa del derecho internacional clásico no existía ninguna instancia por sobre los Estados, por lo que ellos eran la única autoridad para tomar medidas tendientes a forzar el cumplimiento de las obligaciones internacionales o, incluso, para punir su incumplimiento. Este cúmulo de medidas, consistentes tanto en retorsiones como en represalias, constituía el derecho de autoayuda (self-help) que poseía todo Estado y que comprendían tanto medidas que no implicaban el uso de la fuerza como aquellas que sí lo hacían, incluido el recurso a la guerra. La doctrina Drago-Porter, receptada en la Conferencia de la Haya de 1907, el Pacto BriandKellog, el Pacto Saavedra Lamas y el mismo Pacto de la Sociedad de las Naciones fueron limitando la facultad de los Estados a utilizar las medidas de fuerza como medio de responder a un ilícito internacional. Sin embargo fue con la Carta de Naciones Unidas en donde cambió radicalmente esta situación, cuando en el artículo 2.4 se estableció una prohibición general de la amenaza y del uso de la fuerza, dejando sólo en mano de los Estados la legítima defensa del artículo 51, como única reacción a título individual que implica el uso de la fuerza militar frente a un ataque armado. De este modo en el sistema establecido por la Carta de NU en la actualidad los Estados están facultados, salvo en el caso de legítima defensa, a tomar sólo medidas que no impliquen el uso de la fuerza para forzar el cumplimiento de una obligación internacional que exista a favor de ellos⁶. Este sistema, que incluyen tanto las retorsiones como las represalias, en mano de los Estados y que consiste sólo en medidas que no impliquen el uso de la fuerza, convive con un sistema

⁶ En ese sentido, la resolución 2625 (XXV) de Asamblea General, 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, establece que “[l]os Estados tiene el deber de abstenerse de actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza”. UN Doc. A/RES/2625 (XXV), accesible en:

[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2625\(XXV\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2625(XXV)&Lang=S&Area=RESOLUTION) Fecha de consulta: 06/03/2017

centralizado de “sanciones” a cargo de organizaciones internacionales y que incluyen tanto medidas que no impliquen el uso de la fuerza como aquellas que si lo hacen⁷. En base a ello, la doctrina se refiere al primero, al de las contramedidas, como un sistema horizontal basado en la igualdad de los Estados, mientras que el sistema de sanciones es un sistema vertical, vasado en la autoridad de las organizaciones internacionales sobre sus Estados miembros. Sin embargo se debe remarcar que este sistema de sanciones lo lleva adelante la organización internacional con respecto a sus miembros u otros sujetos subordinados a ella. Con respecto a otros sujetos de derecho no miembros o no subordinados a ella, las organizaciones internacionales también tienen el poder de adoptar contramedidas⁸.

a) **Reacción descentralizada.** La reacción descentralizada está dada por el conjunto de medidas que un Estado puede tomar frente a otro sujeto de derecho internacional que ha violado una obligación internacional que le incumbe, con la finalidad de forzar el cumplimiento de esa obligación internacional y, en su caso, recibir las reparaciones pertinentes. Se trata de medidas de la más variada naturaleza pudiendo ser políticas, económicas, diplomáticas, etc. Se excluyen las medidas que impliquen la amenaza o uso de la fuerza. Estas medidas presuponen un hecho ilícito de parte del Estado al cual van dirigidas, en principio sólo pueden ser tomadas por el Estado afectado. Este conjunto de medidas pueden ser de dos tipos la retorsión y las represalias o contramedidas. La *retorsión* es una medida lícita pero perjudicial para el Estado infractor, como por ejemplo el retiro de embajadores o una suba en las tasas de importación de los productos provenientes del Estado infractor, que no esté prohibida por ninguna norma de derecho internacional. Al ser lícitas, estas medidas no necesitan una causa de justificación. La *represalia o contramedida*⁹ en cambio consiste en una medida que en principio constituye una violación a una obligación internacional, sin embargo se tiene como lícita por ser la respuesta a un ilícito internacional precedente. Importan un perjuicio para el Estado infractor para así forzarlo a que abandone su conducta ilícita.

Las contramedidas son reguladas por el derecho consuetudinario, el cual es receptado en el capítulo II (Contramedidas) de la Tercera Parte (Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado) del proyecto de responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito, del año 2001¹⁰. Las contramedidas, para

⁷ WHITE, N. D./ABASS, A. “Countermeasures and sanctions”, en: EVANS, M. D. International Law, Fourth Edition, Oxford, (2014) (en adelante: EVANS International law), pp. 537-562, p. 538.

⁸ Las contramedidas que pueden tomar las organizaciones internacionales están contempladas en el Capítulo II de la Cuarta Parte, artículos 51 a 57, del proyecto de la CDI sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales del año 2011. En líneas generales, sigue lo establecido para los estados en este tema, en su proyecto del año 2001 (UN Doc. A/56/83). Ver: UN Doc. A/RES/66/100, accesible en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/100&Lang=S Fecha de consulta: 21/02/2017.

⁹ Si bien el concepto de “contramedidas”, que sólo son un medio para inducir el cumplimiento del derecho, no es exactamente igual al de “represalias”, que incluye elementos punitivos, la CDI lo utiliza como sinónimo en la parte en que ellos coinciden: “El término “contramedida” cubre la parte del tema de las represalias que no está asociada al conflicto armado y, de conformidad con la práctica moderna y las decisiones judiciales, el término se utiliza en este sentido en el presente capítulo”. Ver comentario de la CDI al Capítulo II, Contramedidas, de la Tercera Parte del proyecto de responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito, al para 3 pp. 356-357, contenido en UN Doc. Suplemento N° 10 (A/56/10). Sin embargo, no hay que olvidar que represalias que tengan mera intención punitiva o que por su finalidad e intensidad sean idóneas para constituir una violación a la prohibición de no intervenir en los asuntos internos de los Estados son ilícitas.

¹⁰ UN Doc. A/[RES/56/83](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/56/83)

que funcionen como causa de exclusión de la ilicitud (artículo 22 del proyecto), deben respetar diversos requisitos:

. Las contramedidas pueden ser tomadas sólo por el Estado perjudicado por el ilícito internacional. Sin embargo, el estado lesionado puede solicitar a otros Estados que tomen contramedidas en apoyo a las suyas.

. El Estado facultado será el estado perjudicado en una relación bilateral, mientras que en una relación multilateral o en una que afecte a la comunidad internacional en su conjunto serán sólo los Estados especialmente perjudicados por el ilícito¹¹. El Estado que aplica las contramedidas es, al menos en un primer momento, *iudex in causa propria*, por lo que no se debe descartar que su propia valoración de la situación no sea equivocada. De todos modos, la carga de la prueba de la violación de la obligación internacional por parte del infractor pesa sobre el Estado que la invoca y que aplica las contramedidas. Muchas veces las explicaciones de parte de los Estados ejecutores de contramedidas sobre la existencia del ilícito que las fundamenta no son compartidas por los otros sujetos de derecho internacional, por lo que se suele dar el caso de contramedidas recíprocas¹². De todos modos la ilicitud primera es la que funda verdaderas contramedidas y eso puede ser determinado en una instancia más objetiva¹³.

. Las contramedidas sólo pueden tomarse en contra del Estado que cometió el ilícito internacional y afectar sólo obligaciones que se tienen con respecto a él.

. Las contramedidas deben poder retrotraerse en cualquier momento, especialmente cuando el Estado responsable reanudó el cumplimiento de la obligación internacional o la controversia que surgió del incumplimiento sea sometida a un medio pacífico de solución.

. Las contramedidas deben ser proporcionales al daño sufrido teniendo en cuenta la gravedad del hecho ilícito y los bienes jurídicos afectados.

. Las contramedidas no pueden afectar la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza, las obligaciones que constituyen el núcleo duro de los derechos humanos, las obligaciones del derecho humanitario y las demás obligaciones pertenecientes al *ius cogens*.

. El Estado que tome las contramedidas debe respetar la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares y deberá cumplir con las obligaciones que surjan de cualquier medio de solución de controversias a que hayan sometido el asunto.

. El Estado que desee imponer contramedidas deberá primero requerir al Estado infractor indicándole en especial la conducta que deberá adoptar para terminar con el ilícito y la forma de la reparación exigida. Si el Estado requerido no responde satisfactoriamente, el Estado perjudicado deberá notificar su decisión de tomar contramedidas como así también deberá ofrecer una negociación sobre el asunto. Estos pasos pueden obviarse si se trata de un caso de urgencia en el que el Estado lesionado debe tomar contramedidas para preservar sus derechos.

. Las contramedidas deben cesar inmediatamente si la violación de la obligación internacional cesa, es decir, el Estado infractor a comenzado a cumplir nuevamente la

¹¹ Véase artículo 42 y 48 del proyecto.

¹² El caso de las sanciones económicas que los EE.UU y la UE tomaron en contra de Rusia por la “anexión” de Crimea, argumentando su ilegalidad, lo que es negado por la misma Rusia quien a su vez aplicó también “contramedidas” en respuesta a lo que ella considera medidas económicas ilícitas por parte de EE.UU. y la UE.

¹³ Como se dio en el Air Services Agreement Case. France v. United States (1978) resuelto en laudo arbitral. La decisión arbitral puede consultarse en: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XVIII/417-493.pdf
Fecha de consulta: 21/02/2017.

obligación violada, o cuando la controversia que de esa violación surja, sea sometida a medios de solución pacífica.

Por último cabe destacar que un roll especial como contramedidas juegan las sanciones económicas que buscan afectar al Estado en alguna de sus actividades económicas importantes. Estas medidas pueden consistir en embargos, esto es, en la prohibición o limitación de la exportación o importación de determinados productos o servicios, pero también pueden consistir en la expropiación de capitales estatales en el extranjero, el corte del crédito al Estado o de la ayuda financiera, etc.

b) Reacción institucional. Esta forma de reacción ante el hecho ilícito internacional consiste en las medidas tomadas por las organizaciones internacionales para forzar el cumplimiento de una obligación internacional o de una resolución no obligatoria dictada por la misma organización. El hecho de que sea adoptada por organizaciones internacionales lleva a que estas medidas sean generalmente conocidas como *sanciones*. Entre la organización internacional y sus Estados miembros u otros sujetos de derecho a ella subordinados se establece una relación jerárquica basada en la autoridad de la primera frente a los segundos¹⁴. Sólo la organización internacional en base a su autoridad puede adoptar sanciones: Las medidas que tome un grupo de Estado para inducir a otro Estado a cumplir con una obligación internacional, no constituirá sanción por el mero hecho de haberse tomado colectivamente. Estas medidas son contramedidas y deberán ajustarse a las estrictas condiciones de aplicación arriba analizadas, ya que no están provistas de la legitimidad de una organización internacional¹⁵. A diferencia de las contramedidas, las sanciones están bien determinadas por los instrumentos legales que facultan a la organización internacional a adoptarlas.

b) 1. Sanción social.

Es la medida tomada en el seno de una organización internacional que no produce un efecto jurídico en sentido propio, sino que se trata más de una condena social producto de la verificación y publicación del hecho repudiado. La sanción social puede estar destinada a forzar el cumplimiento tanto de una verdadera obligación internacional como de resoluciones de la organización que no tienen carácter obligatorio. Esto puede sin embargo provocar un aislamiento del infractor en el seno de la comunidad internacional, lo que no es de subestimar¹⁶.

Ejemplo de este tipo de medida lo constituyen las resoluciones condenatorias dictadas por Asamblea General de Naciones Unidas o la publicación del informe definitivo por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la

¹⁴ Sólo la Organización de Naciones Unidas, como organización universal principal, tiene la posibilidad de imponer sanciones a los Estados no miembros, cuando ello sea necesario para mantener la paz y la seguridad internacionales, tal como lo dispone el artículo 2,6 de la Carta.

¹⁵ White y Abass ponen como ejemplo las sanciones que la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (ECOWAS, en sus siglas en inglés) tomo en contra de Togo con la finalidad de hacer caer el gobierno inconstitucional que tomara el poder en febrero de 2005. En este caso el ECOWAS poseía ese poder de sanción ya que Togo era miembro de la organización cuya base legal permitía tomar esas medidas cuando se diera un caso como el acaecido. Muy distinto hubiese sido, si Togo no hubiera sido miembro del ECOWAS, caso en el cual dicha organización sólo podría haber tomado contramedidas, las cuales no pueden tender a un cambio de gobierno. Ver: WHITE, N. D./ABASS, A. en: EVANS International law, pp. 537-562, p. 555. De acuerdo a su intensidad pueden ser divididas en sanción social, poder disciplinario o poder de coerción.

¹⁶ SCHRÖDER, M. en: GRAF VITZTHUM, Völkerrecht, 7. Überarbeitete und aktualisierte Auflage, Berlin/Boston, (2016) (en adelante: GRAF VITZTHUM, Völkerrecht), p. 586.

Organización de Estados Americanos frente a un Estado incumplidor de sus recomendaciones.

b) 2. Poder disciplinario. Consiste en la suspensión o privación definitiva de un derecho que se posee como miembro de una organización internacional o concedido por ella. Las medidas en ejercicio del poder disciplinario pueden consistir en la revocación de un derecho, en la suspensión o expulsión de un miembro de la organización. Por ejemplo, la Carta de Naciones Unidas prevé supuestos de suspensión y de expulsión de un miembro del seno de la organización en sus artículos 5 y 6 respectivamente.

b) 3. Poder de coerción. Son medidas de mayor intensidad en cuanto a los intereses del Estado que afecta. Ellas pueden consistir en medidas que no impliquen el uso de la fuerza, como son las sanciones económicas, ruptura colectiva de relaciones diplomáticas, interrupción de comunicaciones, etc. dispuesta por la organización, cuyo ejemplo más paradigmático es el artículo 41 de la Carta de Naciones Unidas, pero pueden también consistir en medidas que impliquen el uso de la fuerza militar sea por tierra, mar o aire, tal como lo prevé el artículo 42 de la misma Carta. Esta última facultad será analizada con más detalles más adelante, cuando tratemos el sistema de seguridad colectiva.

II. USO DE LA FUERZA

El tema de la licitud o ilicitud del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, es la materia conocida como *ius ad bellum*, que literalmente significa “derecho a iniciar una guerra”. El concepto de “uso de la fuerza” surge a partir de la Carta de Naciones Unidas en el año 1945. Hasta ese momento, el término más utilizado fue el de “guerra” y el traspaso de este término al de “uso de la fuerza” es de fundamental importancia, como lo veremos más adelante. El tema que acá nos ocupa es determinante en la evolución del derecho internacional público y se basa en una pregunta concreta: ¿Es lícito iniciar una guerra? Von der Heydte, sintetizaba con impecable claridad que el problema de la guerra en el derecho internacional es un problema del control del poder por parte del derecho: El derecho busca llevar el poder bajo su control y someterlo a sus normas y por ello el derecho surge como un obstáculo para aquellos Estados que desean imponer su decisión a través de la fuerza armada¹⁷.

A. Evolución Histórica

La cuestión de la licitud de la guerra ha variado a lo largo del tiempo. En la Antigüedad la guerra era lícita siempre. Era un medio más de solucionar las controversias entre pueblos e imperios. Algunos pueblos antiguos conocían reglas del derecho interno y de la religión que establecía condiciones o tiempos de veda para comenzar una guerra, pero las normas que regían las relaciones entre los pueblos no contemplaban a la guerra como un hecho ilícito. Hay ejemplos de tratados de paz y no agresión como el Tratado de Qadesh de 1278 A.C. entre hititas y egipcios, en donde ambos imperios se obligaban a no iniciar la guerra el uno contra el otro.

El primer gran intento de limitar el recurso a la guerra lo encontramos en la Edad Media con la doctrina de la guerra justa, la cual viene desarrollada en la obra de Santo Tomás de Aquino, La Suma Teológica. Aquí se contempla a la guerra como un hecho excepcional y negativo por lo que se establece que la guerra será lícita sólo si reúne tres requisitos: a) Principio de autoridad: debe ser declarada por un monarca, pues sólo el

¹⁷ FREIHERR VON DER HEYDTE, F. A., *Völkerrecht, EinLehrbuch*, Berlin, (1960) (en adelante: VON DER HEYDTE, *Völkerrecht*), p. 134.

monarca no tiene un tribunal que tenga competencia sobre él para hacer valer sus derechos, b) Causa justa: debe tener una causa justa, esto es debe existir un acto ilícito o injuria, para prevenirlo, hacerlo cesar o reprimirlo y c) Recta intentio: debe ser ejecutada con una “recta intención”, lo que se entiende en un doble sentido: por un lado el animus que motivaban las operaciones militares era el contrarrestar o responder a la injuria excluyéndose así las guerras por motivos de odio, venganza o codicia y, por otro lado, la guerra debía ser llevada de una forma que cause el menor daño posible, en especial, que respete a la población civil, es decir se prohibía el saqueo, violaciones, devastaciones, etc. en definitiva, lo que hoy conocemos con el nombre de derecho internacional humanitario o *ius in belli*.

En la *Edad moderna* la escuela teológica española del siglo XVI y XVII continúa la enseñanza de la guerra justa en los nombres de autores tales como Francisco de Vitoria (padre del derecho internacional) y Francisco Suarez, entre otros. Sin embargo un cambio de paradigmas en el derecho internacional vendría a modificar sensiblemente la relación entre fuerza y derecho en las relaciones internacionales. Con el nacimiento del derecho internacional clásico, luego de la paz de Westfalia (1648), se establece un sistema de derecho basado en la soberanía del Estado. Como en la sociedad internacional no existía un órgano central que pudiera imponer el derecho, los Estados individuales debían procurarse por sí mismos que los otros respetaran sus derechos, esto se conoce con el nombre de “autoayuda” o self-help en inglés, lo cual comprendía también el derecho a iniciar la guerra incluso, por mera cuestiones de oportunidad. El derecho consuetudinario reconocía, sin embargo, algunos límites a la utilización de la fuerza. Uno de ellos era la exigencia de una declaración formal de guerra, con la cual comenzaba el “estado de guerra” entre dos Estados, con todos los efectos jurídicos que ello implicaba, finalizando este estado de guerra con la firma formal de un tratado de paz. Existía también una limitación importante para el uso de la fuerza consistente en la obligación de respetar la neutralidad de los terceros Estados, lo que generalmente fue seguido. Otra limitación lo constituían los “Pactos de no agresión”, por los cuales los Estados se comprometían a no agredirse mutuamente ni a apoyar a cualquier tercer Estado que agrediera a la contraparte en el tratado. A la par de ello, se disponía también que de surgir cualquier divergencia entre las partes se sometería a medios pacíficos. Estos tratados empero tenían alcance restringido ya que eran acuerdos bilaterales y podían ser denunciados en cualquier momento. Esta situación perduró en la *Edad Moderna*.

En los inicios de la *Edad Contemporánea* la facultad de utilizar el recurso de la guerra como un atributo propio de la soberanía del Estado continuaba teniendo vigencia¹⁸. Sin embargo es en esta última etapa histórica que se inicia y se completa un cambio fundamental en el derecho sobre el uso de la fuerza. Un hito en este sentido lo constituyen las Conferencias de la Haya de 1899 y de 1907 en donde se firman diversas convenciones sobre esta temática. Los Convenios I tanto de la conferencia de 1899 como la de 1907 establecían en sus respectivos artículos segundos que las altas partes contratantes en caso de desacuerdo, antes de recurrir a las armas, se obligaban a buscar un medio pacífico de solución “*siempre que las circunstancias lo permitan*”. Como se verá se trata de una limitación muy relativa y que no tenía en realidad mayores efectos

¹⁸ Carl von Clausewitz (1780-1831) en su obra *Vom Kriege* (De la Guerra) caracterizó muy bien el pensamiento corriente en la época cuando sostuvo que la guerra no era más que una continuación de la política con otros medios. Allí remarcaba también que la guerra no tiene fines propios, sino que los fines de la guerra son los fines de la política, es la política quien se sirve de la guerra para alcanzar sus propios fines.

prácticos¹⁹. Otra limitación al derecho a iniciar una guerra se establece en la Convención sobre la limitación del empleo de la fuerza en el cobro de las deudas contractuales firmada en la Haya de 1907 (Convenio II). Esta convención recepta la doctrina Drago con la enmienda Porter. La doctrina Drago (Ministro de Relaciones Exteriores argentino) sostenía que bajo ningún punto de vista un Estado podía cobrar la deuda que otro Estado tuviera en frente a él o a sus nacionales a través de la fuerza. Esta doctrina fue enunciada a causa del bloqueo de los puertos de Venezuela por parte de Alemania, Inglaterra e Italia para cobrar deudas que Venezuela tenía con estos países y nacionales de los mismos. La enmienda Porter (diplomático norteamericano) limita ese principio estableciendo que si el Estado deudor no aceptaba someterse a arbitraje o aceptado éste el Estado se negaba a cumplir con el laudo, el Estado acreedor podía utilizar la fuerza para el cobro compulsivo. Se trata de la primera, pequeña, limitación establecida por un tratado, que disponía que la guerra no podía ser desencadenada por cualquier motivo. Había motivos que no eran suficientes para declarar una guerra. Por último en ambas conferencias de La Haya se inició la regulación jurídico internacional de las conductas de los beligerantes en el teatro de operaciones, tendiente a evitar los daños y sufrimientos innecesarios. Como este derecho regula las relaciones de los beligerantes dentro del estado de guerra, se lo denominó *ius in bello*, hoy también conocido como derecho internacional humanitario.

Luego de la Primera Guerra Mundial, el pacto de la Sociedad de Naciones, integrante del Tratado de Versalles²⁰, previó una limitación al derecho a iniciar una guerra que posee más bien un mero carácter procesal: ningún Estado Parte podía comenzar una guerra si antes no había sometido la controversia a un arbitraje, o a la Corte Permanente de Justicia Internacional o al Consejo de la Sociedad de las Naciones. Si el Estado en cuestión no cumplía con lo decidido por el árbitro o por la Corte Permanente de Justicia Internacional o por el Consejo (decisión que debía ser tomada por unanimidad de sus miembros), el Estado damnificado quedaba facultado para iniciar una guerra con el fin de exigir su derecho luego de los 30 días de emitido el fallo o informe. Sin embargo, este sistema tenía varias lagunas: a) Si los Estados sometían al Consejo la cuestión y este no podía adoptar una solución por unanimidad, los Estados tenían libertad de acción para recurrir a la guerra (art. 15,7). b) Si el Consejo no adoptaba una recomendación antes de los 6 meses o el árbitro o la CPJI no fallaba en tiempo razonable, los Estados podían recurrir a la guerra (artículo 12). c) Si el Estado condenado no cumplía con el fallo, el Estado favorecido podía recurrir a la guerra para hacer cumplir el fallo, laudo o el informe del Consejo. A la par de ello, al utilizar el tratado el término de “guerra” la práctica demostró que los Estados llevaban adelante verdaderos conflictos armados pero, para evadir las obligaciones del tratado, evitaban calificar la situación como “guerra” simplemente, con obviar la declaración de la misma. Por último es de destacar que las limitaciones del sistema de la Sociedad de Naciones regían sólo para los Estados Partes del Tratado, pero no para las relaciones entre Estados Partes y Estados no partes o Estados no partes entre sí. Por ejemplo, al

¹⁹ Dice el artículo 2 de la Convención de la Haya para la resolución pacífica de controversias internacionales: “Artículo 2. En caso de grave disenso o de conflicto, antes de convocar a las armas, las Potencias Contratantes acuerdan recurrir, tanto cuanto las circunstancias lo permitan, a los buenos oficios o a la mediación de una o de varias Potencias amigas”.

²⁰ Ver artículos 1 a 26 y anexo del Tratado de Versalles de 1919. El texto del Tratado de Versalles puede ser consultado en: <http://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/> Fecha de consulta: 12/03/2017.

retirarse Alemania de la Sociedad de Naciones en 1933, estas reglas no le regían en 1939 cuando invade Polonia y se inicia la Segunda Guerra Mundial.

La situación jurídico-internacional que veía la guerra como lícita adolecía de una contradicción lógica: Los Estados eran los sujetos absolutamente preponderantes y cuasi exclusivos del Derecho Internacional en aquella época, luego ¿qué clase de derecho es el Derecho Internacional que no es capaz de garantizar la existencia de sus sujetos? Por otra parte este derecho estaba basado en la soberanía de los Estados y al mismo tiempo que cuidaba la soberanía de cada Estado otorgaba amplia libertad para destruir la soberanía de cada Estado a través de la guerra como recurso lícito.

Otro hito importante en esta evolución comenzada en La Haya lo constituye el Pacto Briand-Kellogg²¹. Este pacto, cuyo nombre es Tratado sobre la renuncia a la guerra, se firma en el año 1928 por iniciativa del entonces Ministro de RR.EE. el francés Aristide Briand y del Secretario de Estado norteamericano Frank Kellogg. Fue ratificado por la mayoría de los Estados existentes en aquel momento. El pacto consta de un preámbulo y tres artículos. El artículo 1 establece que *“las Altas Partes Contratantes declaran solemnemente en nombre de sus naciones, que condenan la guerra como medio de solución de controversias internacionales y que desisten de su uso como herramienta de la política nacional en sus relaciones mutuas”*. Por el artículo 2 se comprometen a solucionar las controversias y conflictos que surgieran entre ellas exclusivamente por medios pacíficos. Si bien no está expresamente establecido, las notas diplomáticas que lo posibilitaron muestran que se sobreentendieron dos excepciones: la legítima defensa y la participación en medidas de fuerza adoptadas por la Sociedad de las Naciones. Este pacto incurrió en el mismo defecto que el pacto de la Sociedad de Naciones ya que al utilizar el término “guerra” quedaban fuera de su regulación todas las acciones militares que no fueran calificadas como tal. Es el caso de las guerras ruso-japonesa en la región de Manchuria entre 1932 y 1941.

En el ámbito americano surge por aquella época el Pacto Saavedra Lamas²², impulsado por Argentina a través de su Ministro de RR.EE. Carlos Saavedra Lamas y que fuera firmado en el año 1933. Por el artículo 1 las partes condenaban la guerra de agresión y se comprometían a la solución pacífica de los conflictos que pudieran surgir entre ellas. Por el artículo 2 las partes no reconocerían ninguna adquisición territorial llevada a cabo a través de la guerra. El mismo dispone también un procedimiento de conciliación para resolver las controversias de forma pacífica.

Todos estos acuerdos internacionales no lograron evitar la Segunda Guerra Mundial, la guerra directa y abierta más grande que haya conocido la humanidad. Una vez finalizada ésta, y con las impresiones y concientización de los daños que la guerra acarrea sobre la humanidad, se adopta la Carta de la Organización de Naciones Unidas (ONU) en junio de 1945²³. El uso de la fuerza en las relaciones internacionales está previsto en su artículo 2.4 el cual deja de lado el concepto de “guerra” y establece una prohibición general para los Estados miembros a recurrir a “la amenaza o al uso de la fuerza”. De esta forma, la prohibición del artículo 2.4 de la Carta prohíbe no sólo el recurso a la “guerra”, sino también todo “uso de la fuerza” haya o no haya declaración

²¹ El texto puede ser consultado en: <http://www.dipublico.com.ar/3584/tratado-de-renuncia-a-la-guerra-pactobriand-kellogg-1928/> Fecha de consulta: 12/03/2017

²² 21 Tratado antibélico de no-agresión y conciliación (Pacto Saavedra Lamas), del 10 de octubre de 1933. El texto puede ser consultado en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-9.html> Fecha de consulta: 12/03/2017.

²³ El texto de la Carta de Naciones Unidas puede ser consultado en: <http://www.un.org/es/sections/uncharter/preamble/index.html> Fecha de consulta: 12/03/2017.

de guerra, la cual de ahora en más queda prohibida, incluyendo en esa prohibición también la amenaza con el uso de la fuerza. A continuación analizaremos la regulación jurídica del uso de la fuerza en el derecho internacional actual.

C. El sistema de la Carta de Naciones Unidas

El uso de la fuerza en el derecho internacional contemporáneo está regulado en su parte fundamental por la Carta de Naciones Unidas, la cual significó un cambio de paradigmas con respecto a la situación anterior a 1945. La Carta de San Francisco ha establecido una serie de normas sobre esta materia que forma una construcción jurídico política denominada sistema de seguridad colectiva. Si bien la mayor parte de la doctrina utiliza el concepto de sistema de seguridad colectiva en referencia a las facultades del Consejo de Seguridad en lo atinente al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales²⁴, no se pueden valorar las facultades de este órgano sino dentro de un marco general de renuncia por parte de los Estados del uso de la fuerza de forma individual, salvo en el caso de legítima defensa, y de las posibilidades de la comunidad internacional de actuar en contra del infractor²⁵: El artículo 2.4 de la Carta es el presupuesto indispensable del Capítulo VII de la misma; sin el primero, el segundo no tendría sentido. En virtud de este sistema, el derecho a recurrir a la fuerza en la comunidad internacional es quitado del ámbito de las facultades del Estado individual y es otorgada a la misma comunidad para que ésta la aplique a través de sus órganos.

El sistema de seguridad colectiva que instaura la Carta de Naciones Unidas responde a la aspiración, plasmada en el preámbulo de ella misma, a “...asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará la fuerza armada sino en servicio del interés común...”. Es por ello que el artículo 1,1 al mencionar como primer propósito de las Naciones Unidas el mantener la paz y la seguridad internacionales agrega: “...y con tal fin, tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos a la paz...”. En vistas a ese propósito, la Carta de Naciones Unidas diseña un sistema de seguridad colectiva que está basado en tres pilares fundamentales: a) la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza, b) las facultades en manos del Consejo de Seguridad para mantener la paz y la seguridad internacionales, y c) el reconocimiento del derecho a legítima defensa.

Estos tres elementos construyen un sistema jurídico que no sólo rompe con el esquema previo a 1945, sino que adquiere rasgos parecidos a lo que es el uso de la fuerza en el derecho interno: A los miembros de la comunidad internacional, sean Estados, sean otras organizaciones internacionales (Capítulo VIII de la Carta), se les prohíbe el uso de la fuerza armada pero también la amenaza con ella. Ninguno de los miembros de la comunidad internacional puede usar, en principio, la fuerza. Pero como en toda sociedad, por ende también en la sociedad internacional, existen situaciones en que se torna necesario utilizar la fuerza para forzar el cumplimiento del derecho, se faculta a tal efecto a una instancia central que con su autoridad se encuentra por sobre

²⁴ DINSTEIN Y. War, aggression and self-defence, Fifth edition, Cambridge, (2011) (en adelante: DINSTEIN War, aggression), para 810, p. 305, si bien el mismo autor lo define previamente de una forma más amplia: “Collective security postulates the institutionalization of the lawful use of force in the international community”, allí mismo para 806, p. 303

²⁵ Esto es expresado por von der Heydte de forma muy clara cuando dice: “En un sistema de seguridad colectiva se unen una gran cantidad de Estados, los cuales se han obligado a desistirse del uso de la fuerza en sus relaciones recíprocas; viola uno de estos Estados miembros esa obligación, los demás Estados están obligados a actuar en contra de él”. VON DER HEYDTE Völkerrecht, p. 158. La traducción del idioma alemán pertenece al autor de este trabajo.

los miembros de la sociedad, esto es Naciones Unidas y en particular al Consejo de Seguridad, la cual detenta en virtud de ello el monopolio del poder en la comunidad internacional²⁶. Quitado a los miembros de la comunidad internacional la facultad de usar la fuerza en sus relaciones mutuas, y entregada ésta a una instancia central, hay casos en los que los miembros de la comunidad pueden sufrir un ataque no justificado y en los cuales no hay tiempo para recurrir a esa instancia central. Allí se reconoce el derecho a legítima defensa al Estado atacado, para aplicar por sí solo la fuerza con la finalidad de repeler tal ataque.

Esta configuración piramidal del sistema de seguridad colectiva, en cuya cúspide se encuentra el Consejo de Seguridad con sus múltiples facultades en la materia, responde tanto a una razón jurídica como a una política: Limitando el recurso de la fuerza en mano de los Estados a un mínimo, se tiende a lograr una reducción de su uso por parte de ellos, incluso de los Estados de mayor poderío militar. Con ello el derecho se impone con mayor posibilidad por sobre la fuerza. La razón política está en el nacimiento mismo de la Carta. El proyecto resultante de los acuerdos de Dumbarton Oaks²⁷ y Yalta²⁸ centralizaba la aplicación efectiva del sistema de seguridad colectiva de la Organización por nacer en el Consejo de Seguridad y con ello lo hacía depender de la “unanimitad de las Grandes Potencias”, es decir, a la voluntad unánime de los cinco miembros permanentes con derecho a veto, esto es, a las principales potencias victoriosas de la Segunda Guerra Mundial²⁹. Sin embargo este mismo sistema privilegiado en manos de los cinco miembros permanentes ha demostrado constituir un lazo jurídico al cual ellos mismos quedaron en diversas oportunidades atados³⁰.

A continuación analizaremos cada uno de los tres elementos básicos que constituye el sistema de seguridad colectiva.

²⁶ En el sentido que, salvo la excepción del artículo 51 y solo en la hipótesis en él previsto, sólo la Organización de las Naciones Unidas a través del Consejo de Seguridad está autorizada por la comunidad internacional a hacer uso de la fuerza en el cumplimiento de sus funciones. Ver: VON DER HEYDTE, *Völkerrecht*, pp. 156 ss. STEIN/VON BUTTLAR, *Völkerrecht*, 12. Neubearbeitete Aufgabe, Köln-München, (2009) (en adelante: STEIN/VON BUTTLAR, *Völkerrecht*), Nr. 798. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M. P./ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D./SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. *Curso de Derecho Internacional Público*, Cuarta edición revisada, Cizur Menor, Navarra, (2008) (en adelante: ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA/ GONZÁLEZ CAMPOS/SÁNCHEZ RODRÍGUEZ *Derecho Internacional*), p. 1015. También Hans Kelsen se expresa en ese sentido: “The Charter reserves the use of force to a central organ of the United Nations, the Security Council. The collective security established by the Charter is characterized by a centralized force monopoly of the Organization”. KELSEN, H. *Principles of International Law*, New Jersey, (2003) (en adelante: KELSEN *International Law*) p. 45.

²⁷ Conferencia que se realizó en 1944 en la residencia particular de Dumbarton Oaks, Washington, con la finalidad de confeccionar un proyecto de Carta de la futura Organización. En ella participaron representantes de los Estados Unidos de América, La Unión Soviética y Gran Bretaña y China y concluyó el 7 de octubre del mismo año.

²⁸ Conferencia llevada a cabo por Roosevelt, Churchill y Stalin en la ciudad balnearia de Yalta, en donde se terminó de decidir la forma de votación que tendría el Consejo de Seguridad de la futura Organización, entre otras cosas.

²⁹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. en: GIMÉNEZ DE ARÉCHAGA/ARBUET VIGNALI/PUCEIRO RIPOLI, *Derecho Internacional Público*, Tomo II, Montevideo, (1996) (en adelante: GIMÉNEZ DE ARÉCHAGA/ARBUET VIGNALI/PUCEIRO RIPOLI, *Derecho Internacional Público*), p. 309. A los Estados Unidos, Gran Bretaña, la Unión Soviética y China se agregaría Francia con posterioridad.

³⁰ A modo de ejemplo reciente repárese en los fracasados intentos de intervención militar directa impulsada por los EE.UU., Francia y Reino Unido entre el 2012-2013, a título de “responsabilidad de proteger” al estilo Libia 2011, a causa del veto ruso y chino, junto a miembros no permanentes del Consejo de Seguridad.

1. Prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza

El primer elemento del sistema de seguridad colectivo es a la vez la base de la regulación jurídica del uso de la fuerza en las relaciones internacionales contemporáneas, esto es, el principio de prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza, contenido en el artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas, el cual es allí expresado como sigue:

“Art. 2. Para la realización de los Propósitos consignados en el artículo 1, la Organización y sus miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios:

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

Esta norma, como ya se adelantara, prohíbe no tan solo el uso sino también la amenaza del uso de la fuerza. Este uso o amenaza debe darse *“en sus relaciones internacionales”*, lo cual exceptúa la aplicación de esta norma a los asuntos internos de los Estados.

En cuanto a los destinatarios de esta prohibición la norma es clara: *“Los miembros de la Organización”*. Miembros de la Organización pueden ser solo los Estados, tal como lo establece la misma Carta en su artículo 4³¹. Es decir que sujeto activo de una conducta prohibida por artículo 2.4 pueden ser solamente los Estados³². De esa forma el uso o la amenaza de la fuerza llevados a cabo por personas privadas no son contemplados en la prohibición del mencionado artículo³³. Si bien el Consejo de Seguridad de la ONU en alguna de sus resoluciones califica a los actos de terrorismo internacional como una amenaza a la paz internacional³⁴, no significa que estos actos llevados a cabo por grupos de personas privadas constituyan una violación al artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas³⁵. Estos actos generan la responsabilidad individual de las personas y se deben juzgar, antes que nada, por el derecho penal interno de los Estados³⁶.

³¹ Si bien se debe mencionar el hecho de que tanto Filipinas como India fueron miembros originarios sin ser Estados independientes a la época de adoptarse la Carta, esto constituyó una situación excepcional. Salvo esa excepción y en virtud del art. 4 de la Carta, solo Estados pueden ser miembros plenos de las Naciones Unidas.

³² Confirma: RANDELZHOFFER A./DÖRR O. “Article 2 (4)”, en: SIMMA B./KHAN D.E./NOLTE G./PAULUS A. *The Charter of the United Nations. A Commentary, Third Edition, Volume I*, Oxford, (2012) (en adelante: RANDELZHOFFER/DÖRR en: SIMMA the Charter, Article 2 (4)),Nr. 31. DINSTEIN War, aggression, para 511, p. 193.

³³ BOTHE M. “Friedenssicherung und Kriegsrecht”, en: GRAF VITZTHUM W./PROELSS A. *Völkerrecht, 7. überarbeitete und aktualisierte Aufgabe*, Berlin -Boston, (2016) (en adelante: BOTHE en: GRAF VITZTHUM/PROELSS *Völkerrecht*), Nr. 11. Si bien se puede discutir la situación de los pueblos sojuzgados y levantados, ellos no pueden ser considerados como un grupo de personas privadas de acuerdo al tratamiento que a ellos le otorga el art. 1,2 de la Carta, cuando les reconoce el derecho a su libre determinación como pueblo. Por razón de extensión no se profundizará aquí en esta discusión.

³⁴ Si se ve por ejemplo las siguientes resoluciones: UN Doc. S/RES/1368 (2001) y UN Doc. S/RES/1373 (2001).

³⁵ BOTHE en: GRAF VITZTHUM/PROELSS *Völkerrecht*, Nr. 11.

³⁶ La Resolución 1373 del Consejo de Seguridad sigue esta solución cuando en el artículo 2 ap.e de la parte dispositiva exige a los Estados que *“aseguren el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos, y aseguren que, además de cualquiera otras medidas de represión de esos actos que se adopten, dichos actos de terrorismo queden tipificados como delitos graves en las leyes y otros instrumentos legislativos internos y que el castigo que se imponga corresponda a la gravedad de esos actos de terrorismo”*. [UN Doc. S/RES./1373](#). Es la solución seguida por los diversos convenios internacionales contra el terrorismo.

Sujeto pasivo de las conductas prohibidas en este artículo pueden ser, nuevamente, solo los Estados³⁷. Esto es así desde que el artículo 2.4 prohíbe la amenaza o uso de la fuerza solo en las “relaciones internacionales”³⁸. De allí que la aplicación de la fuerza por parte de un Estado sobre su propia población, y que diera oportunidad a las denominadas “intervenciones humanitarias”³⁹, no son contempladas por este artículo⁴⁰.

Una parte minoritaria de la doctrina sostuvo que toda amenaza o uso de la fuerza que no estuviera dirigido a menoscabar la “integridad territorial” o la “independencia política” de los Estados y que fuera “compatible” con los propósitos de las Naciones Unidas, no caerían dentro de la prohibición del artículo 2.4 y, por lo tanto, estarían permitidas. Ejemplo de ello sería la intervención militar de corta duración para rescatar nacionales propios en territorio de otro Estado. Esta postura es, empero, incorrecta. Tal como la parte mayoritaria de la doctrina lo expresa y surge de los trabajos preparatorios de esta norma, la inclusión de los conceptos de “integridad territorial” e “independencia política” fue una garantía especial para los Estados más débiles y no se entendió en el sentido de que limitara la prohibición en ella contenida a solo los casos donde esos bienes jurídicos estuvieran afectados⁴¹. La expresión “integridad territorial” significa en el artículo 2.4 cualquier violación a la soberanía del Estado territorial y no se refiere solo a la violación de la soberanía Estatal con la intención de la apropiación por la fuerza de parte de su territorio⁴². Esta interpretación correcta del artículo 2 párrafo 4 de la Carta se fundamenta tanto en los trabajos preparatorios de este artículo⁴³ como en la práctica estatal actual⁴⁴.

El entendimiento de “fuerza” contenido en esta norma es el de fuerza militar, quedando fuera de su ámbito otros tipos de fuerza tales como las presiones políticas, económicas, financieras, etc., si bien algunos autores son favorables a incluir dentro de

Por ejemplo el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, adoptado por resolución de la Asamblea General del 15 de diciembre de 1997, establece en su art. 4: “Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para: a) Tipificar, con arreglo a su legislación interna, los actos indicados en el artículo 2º del presente Convenio; b) Sancionar esos delitos con penas adecuadas en las que se tengan en su naturaleza grave”. El texto completo del Convenio en español se puede consultar en:

http://www.oas.org/juridico/Mla/sp/per/sp_per_Con_inter_repr_aten_terro_come_bombas.pdf Fecha de consulta: 06/03/2017. El Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo del 16 de mayo de 2005, contiene una serie de hechos que, de acuerdo al mismo convenio, deben ser tipificados como delitos de derecho interno por los distintos Estados que lleguen a ser partes. El texto en español de este convenio puede ser consultado en: <https://www.boe.es/boe/dias/2009/10/16/pdfs/BOE-A-2009-16476.pdf> Fecha de consulta: 06/03/2017.

³⁷ RANDELZHOFFER/DÖRR en: SIMMA the Charter, Article 2 (4), Nr. 29.

³⁸ RANDELZHOFFER/DÖRR en: SIMMA the Charter, Article 2 (4), Nr. 32 ss. BOTHE en: GRAF VITZTHUM/PROELSS Völkerrecht, Nr. 11.

³⁹ Como fuera la “intervención humanitaria” de la OTAN en contra de la República de Yugoslavia, por los hechos ocurridos en la provincia de Kosovo en el año 1999.

⁴⁰ BOTHE en: GRAF VITZTHUM/PROELSS Völkerrecht, Nr. 11.

⁴¹ BROWNLIE I. Principles of Public International Law, Seventh edition, Oxford-New York, (2008) (en adelante: BROWNLIE International Law), p. 732.

⁴² VERDROSS/SIMMA Völkerrecht, Nr. 469.

⁴³ WANDSCHER C. Internationaler Terrorismus und Selbstverteidigungsrecht, Berlin, (2006), pp. 135 ss.

⁴⁴ Como ejemplo reciente, entre otros, se puede citar la incursión militar de Colombia en territorio de Ecuador. Esta incursión tuvo como objetivo eliminar integrantes de las FARC que desde Ecuador incursionaban en Colombia. La acción militar fue muy reducida en cuanto a tiempo, espacio e intensidad. Sin embargo el Consejo Permanente de la OEA la calificó como una violación de la soberanía y la integridad territorial de Ecuador y de los principios de derecho internacional”. Véase: CP/RES.930 (1632/08) del Consejo Permanente de la OEA del 5 de Marzo de 2008.

esta prohibición la utilización de otros medios no puramente militares, tales como los ciberataques.

Artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas al prohibir el “uso de la fuerza” entre los Estados, prohíbe todo uso de fuerza militar entre ellos, por más pequeño que sea. En su ámbito de aplicación están comprendidos desde los usos menos graves, como por ejemplo un incidente fronterizo menor, hasta los conceptos de agresión y ataque armado. Entre estos tres conceptos hay sólo una diferencia de intensidad en el uso de la fuerza pero no de conducta típica. Esta conducta típica, prohibida por la norma en análisis, puede ser descripta utilizando la definición de la agresión que emitiera la Asamblea General de Naciones Unidas en su [resolución 3314 \(XXIX\)](#). Allí se dice que constituye agresión todo “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 artículo 3 de esa resolución nos brinda ejemplos de agresión, tales como la invasión del territorio de un Estado por las fuerzas armadas de otro, los bombardeos, los bloqueos de puertos realizados por las fuerzas armadas de otro Estado, el ataque de las fuerzas armadas de un Estado a las de otro, la agresión armada indirecta, es decir, el envío de bandas armadas en el territorio de otro Estado, etc., no siendo la enumeración allí realizada taxativa⁴⁵.

En cuanto a la amenaza del uso de la fuerza que está prohibida por artículo 2.4 existe dificultad en cuanto en su determinación. La pregunta aquí es qué tipo de amenaza está prohibida por esta norma y cual no. La amenaza con el uso legal de la fuerza, como por ejemplo la promesa de responder en legítima defensa en contra de algún eventual ataque armado, es totalmente lícita y no contraría la prohibición⁴⁶.

Esta prohibición general de la amenaza y uso de la fuerza del artículo 2.4 está estrechamente vinculada con la obligación que tienen los Estados de resolver sus controversias internacionales exclusivamente por medios pacíficos, según lo ordena el párrafo 3 del mismo artículo y está regulado en el Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas⁴⁷. Es también preciso remarcar que la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza contenida en el artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas constituye una norma del *ius cogens*⁴⁸. Como tal su vigencia no se circunscribe solamente al ámbito de vigencia de la Carta de la ONU, sino que rige también como norma del derecho internacional consuetudinario general, al igual que su excepción, esto es, la legítima defensa internacional⁴⁹. Esta postura es así mismo jurisprudencia constante de la Corte Internacional de Justicia⁵⁰.

⁴⁵ Ver: UN Doc. A/RES/3314 (XXIX), accesible en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3314\(XXIX\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3314(XXIX)&Lang=S&Area=RESOLUTION)
Fecha de consulta 22/02/2017.

⁴⁶ BOTHE en: GRAF VITZTHUM/PROELSS *Völkerrecht*, Nr. 17.

⁴⁷ KELSEN. *International Law*, pp. 44 ss.

⁴⁸ El Juez Simma sostuvo en ese sentido, que la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza es “...the most fundamental of all obligations under present international law”. Véase ICJ Reports (2003) Separate Opinion of Judge Simma, para. 10. En la doctrina: VERDROSS/SIMMA *Völkerrecht*, Nr. 96.

⁴⁹ La doctrina mayoritaria sostiene esta doble vigencia de dicha norma. Ver por ejemplo: BOTHE M. “Terrorism and the legality of pre-emptive force”, en: *European Journal of International Law (EJIL)* Vol. 14, 2003, pp. 227- 240. (en adelante: BOTHE, en: *EJIL* 14 (2003)), p 228, accesible en: <http://www.ejil.org/pdfs/14/2/412.pdf> Fecha de consulta: 06/03/2017. HEINTSCHEL V. HEINEGG W./ GRIES T. “Der Einsatz der Deutschen Marine imRahmen der Operation “Enduring Freedom””, en: *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 40, (2002) , pp. 145-182, p. 148.

⁵⁰ La Corte ve como prueba del reconocimiento expreso por parte de los Estados de esta prohibición y de su excepción dada en la legítima defensa en el derecho consuetudinario, a la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación de conformidad

En cuanto al derecho establecido por medio de tratados internacionales, hay que recordar que si bien existen otros acuerdos internacionales que prevén normas relativas al uso de la fuerza, tal el caso de del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) y del Tratado del Atlántico Norte, constitutivo de la OTAN, la regulación jurídica dispuesta por la Carta de Naciones Unidas tiene jerarquía superior a todos ellos en virtud de su artículo 103.

Analizada la regla general, esto es la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza, nos dirigiremos a estudiar la excepción dispuesta por la misma Carta referente a las facultades del Consejo de Seguridad en ejercicio de sus funciones, para luego poder analizar en un mejor contexto la excepción de la legítima defensa del artículo 51 de la Carta.

2. Las facultades del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el sistema de seguridad colectiva

El sistema de seguridad colectiva fundado en la Carta de Naciones Unidas, con la intención de centralizar y monopolizar el uso de la fuerza, fue confiado a un órgano en especial: El Consejo de Seguridad. La función primordial de éste órgano es “mantener la paz y la seguridad internacionales”, tal como lo dispone el artículo 24 de la Carta⁵¹.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas es uno de los seis órganos principales de la Organización, tal como lo declara el artículo 7 de su Carta. Es un órgano eminentemente ejecutivo, ya que como lo dispone el artículo 24 el Consejo de Seguridad está creado y se le otorgan las facultades que detenta “a fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas”⁵². El Consejo de Seguridad está compuesto por quince miembros de los cuales cinco, EEUU, Rusia, China, Francia y Gran Bretaña, son miembros permanentes siendo los otros diez restantes miembros no permanentes que se renuevan cada dos años (art. 23 de la Carta). Los cinco miembros permanentes gozan de un derecho de veto, es decir, que poseen la facultad de poder evitar la adopción de una resolución por parte del Consejo de Seguridad (artículo 27)⁵³.

A diferencia de la Asamblea General de las Naciones Unidas la cual se reúne en sesiones ordinarias anuales (artículo 20 de la Carta), el Consejo de Seguridad funciona continuamente y realiza reuniones periódicas, tal como lo establece el artículo 28 de la Carta. A tal fin el mismo artículo ordena que cada Estado miembro del Consejo de Seguridad “*tendrá en todo momento su representante en la sede de la Organización*”.

El párrafo 2 de este artículo a su vez nombra los capítulos de la Carta en donde se establecen los “poderes” otorgados al Consejo de Seguridad para el desempeño de sus funciones. Entre ellos se encuentra mencionado el Capítulo VII, el cual se titula “Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión”. Este capítulo comienza con el artículo 39 el cual le otorga al Consejo de Seguridad un poder considerable:

con la Carta de Naciones Unidas, A/RES/2625 (XXV) del año 1970. Ver: ICJ Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Reports 1986, p. 14, en adelante: ICJ Reports (1986), parag. 190, 193, 200, 211 y 235, e ICJ Case concerning oil platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America) Reports 2003, p. 161, en adelante: ICJ Reports (2003), parag. 42 y 51.

⁵¹ Como bien lo señala von der Heydte, el Consejo de seguridad es el órgano del sistema de seguridad colectiva. VON DER HEYDTE, *Völkerrecht*, p. 164.

⁵² BAQUERO LAZCANO P. E. en: BAQUERO LAZCANO E./BAQUERO LAZCANO P. E./CARUBINI D. B./ BAQUERO LAZCANO H. *Tratado de Derecho Internacional Público Profundizado*, Tomo II, Córdoba, (1994), N° 186.

⁵³ Véase al respecto: DIEZ DE VELASCO VALLEJO M. *Las Organizaciones Internacionales*, 15° edición, Madrid, (2008), pp. 214 ss.

“El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”⁵⁴.

Con ello el Consejo de Seguridad es el único órgano facultado para decidir cuando existe una amenaza a la paz o un quebrantamiento a la paz o un acto de agresión. Es decir posee una facultad⁵⁵ cuasi judicial de determinar, en el caso concreto, si un Estado con su conducta amenaza o quebranta la paz o realiza un acto de agresión. Esta facultad de calificación, como lo adelantáramos, corresponde solo al Consejo de Seguridad y ningún otro órgano⁵⁶ de las Naciones Unidas ni mucho menos ningún Estado se la puede atribuir⁵⁷. Se trata de una decisión del Consejo que es obligatoria para los Estados miembros, los demás órganos de la ONU y para terceros Estados, resultando esta decisión exigible y ejecutable⁵⁸.

Fijada esta facultad de calificación, el artículo 39 también hace referencia a las facultades de recomendación y de decisión que posee el Consejo. Las recomendaciones tienen un carácter no obligatorio para los Estados miembros, mientras que las decisiones obligan a los Estados miembros, de acuerdo a lo establecido en el artículo 25 de la Carta. Ahora bien, tal como le expresa el artículo 39 de la Carta, las decisiones del Consejo pueden consistir en la adopción de medidas que no impliquen el uso de la fuerza, reguladas en el artículo 41, y medidas que implican el uso de la fuerza, tal como las dispone el artículo 42 de la Carta. A esto se le suman las medidas provisionales que el Consejo puede tomar, previo a las medidas de los artículos 41 y 42, siendo esto un poder discrecional que el Consejo puede o no ejercer.

⁵⁴ Con razón la determinación por parte del Consejo de una amenaza a la paz, quebrantamiento a la paz o acto de agresión contenida en esta norma, fue calificada como, el acto más importante del sistema de las NU“. DRNAS DE CLÉMENT, Z. “Sentido y alcance de la determinación por parte del Consejo de Seguridad de una amenaza a la paz, quebrantamiento a la paz o acto de agresión”, en: XXX Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano de la OEA, Secretaría General, Washington, (2004), pp. 77-134 (en adelante: DRNAS DE CLÉMENT Sentido y alcance), p. 77. El texto es accesible en:

http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xxx_curso_derecho_internacional_2003_zlata_drnas_de_clement.pdf Fecha de consulta: 07/03/2017.

⁵⁵ Si bien el artículo 39 se expresa en términos imperativos (El Consejo de Seguridad determinará), entendemos que se trata de una facultad ya que el Consejo actúa por iniciativa propia en virtud de acuerdo de sus miembros en procedimiento conforme al artículo 27 de la misma Carta. Drnas de Clément utiliza el concepto “facultad responsabilidad”, el cual es más comprensivo y remarca que el Consejo posee un obrar discrecional limitado solo por el artículo 24,2, el cual determina que el Consejo de Seguridad “procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas”. DRNAS DE CLÉMENT Sentido y alcance, p. 84.

⁵⁶ Solo en situaciones excepcionales, en las cuales el Consejo de Seguridad por la falta de acuerdo de los cinco miembros permanentes se encuentre imposibilitado de actuar, reconoce la Resolución 377 (V) “Uniting for Peace” del año 1950, a la Asamblea General facultades para actuar a través de recomendaciones en caso de amenazas o quebrantamientos de la paz o actos de agresión.

⁵⁷ BOTHE, en: EJIL 14 (2003), p. 229. BLUMENWITZ D. “Der Präventivkrieg und das Völkerrecht”, en: Politische Studien, Vol. 54, Nr. 391, (2003), pp. 21-32 (en adelante: BLUMENWITZ Präventivkrieg), p. 26. BAQUERO LAZCANO, Tratado, tomo II, Nr. 193. CONFORTI B. Diritto Internazionale, Settima edizione, Napoli, (2006), p. 368. KRISCH N. “Article 39”, en: SIMMA B./KHAN D.E./NOLTE G./PAULUS A. The Charter of the United Nations. A Commentary, Third Edition, Volume II, Oxford, (2012), N° 4.

⁵⁸ DRNAS DE CLÉMENT Sentido y alcance, p. 80.

El mismo artículo 40 expresa que: “[d]ichas medidas provisionales no perjudicarán los derechos, las reclamaciones o la posición de las partes interesadas”⁵⁹.

El artículo 41 trata de las medidas que no impliquen el uso de la fuerza que puede ordenar el Consejo para hacer cumplir sus decisiones. Este artículo menciona medidas tales como “*la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas*”. Aquí se trata de una mera enunciación ejemplificativa, no taxativa, estando a disposición del Consejo cualquier otro tipo de medida que no implique el uso de la fuerza.

El artículo 42 de la Carta fija la facultad del Consejo de adoptar medidas que impliquen la utilización de fuerzas aéreas, navales o terrestres. Si bien puede hacerlo, el Consejo no está obligado a tomar medidas que no impliquen el uso de la fuerza previo a la aplicación de las medidas que si lo hagan, sino que puede adoptar estas medidas directamente cuando estimare ab initio que las medidas del artículo 41 serán inadecuadas en la situación dada.

A partir del artículo 43 la Carta preveía la constitución de fuerzas armadas puesta a disposición del Consejo de Seguridad por los Estados miembros a través de acuerdos especiales. Se prevé también la constitución de un Comité de Estado Mayor, formado por los Jefes de Estado Mayor de cada uno de los cinco miembros permanentes, el cual tendrá, bajo la autoridad del Consejo de Seguridad, la dirección estratégica de todas las fuerzas armadas puesta a disposición del Consejo. La verdad es que este sistema nunca llegó a aplicarse. Los Estados fueron, seguramente con buenos fundamentos, reacios a entregar parte de sus fuerzas armadas a un sistema en donde ellos perdían en poder de determinación sobre su uso. La situación de Guerra Fría post 1945 fue en ese sentido determinante.

Lo cierto es que el sistema de aplicación de medidas de acuerdo al artículo 42 de la Carta se realiza por el Consejo de Seguridad de una forma en que él autoriza las medidas ya sea en general, ya sea mencionando el o los Estados o el organismo regional que deberán aplicarla⁶⁰.

El Capítulo VIII de la Carta, titulado “Acuerdos Regionales”, regula la relación entre el Consejo de Seguridad y los acuerdos u organismos regionales tales como el Tratado Interamericano de Asistencia recíproca (TIAR), la Organización del Tratado Atlántico Norte (OTAN), etc. La regulación de la Carta establece la autoridad indiscutida del Consejo de Seguridad por sobre todo acuerdo u organismo que se

⁵⁹ La resolución S/RES/502 (1982), del 3 de abril de 1982 es un ejemplo del ejercicio de estas facultades del Consejo de Seguridad, si bien el artículo 40 de la Carta no viene mencionado en el texto de la resolución. Ver: UN Doc. S/RES/502 (1982), accesible en:

[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/502%20\(1982\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/502%20(1982)) Fecha de consulta 26/02/2017. En cambio la resolución S/ RES/660 (1990), del 2 de agosto de 1990, menciona expresamente tanto al artículo 39 como al 40 de la Carta y condena la invasión de Kuwait por parte de Iraq y exige que el Iraq retire sus tropas de forma inmediata del territorio de Kuwait. Ver UN Doc. S/RES/660 (1990), accesible en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/660%20\(1990\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/660%20(1990)) Fecha de consulta: 26/02/2017.

⁶⁰ Existe una discusión al respecto si la “autorización” que otorga el Consejo de Seguridad está enmarcada en el artículo 42 o en el artículo 39 de la Carta. Quienes se oponen al encuadramiento del artículo 42 sostienen que dicha norma exigiría una decisión obligatoria del Consejo, mientras que una autorización se corresponde con el concepto de “resolución”, no obligatoria, del artículo 39 ver: DINSTEIN War, aggression, paras 887-893, pp. 333-335.

constituya para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales a nivel regional⁶¹.

El artículo 52, que es el primero del Capítulo VIII, reafirma que ninguna disposición de la Carta “*se opone a la existencia de acuerdos u organismos regionales cuyo fin sea entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y susceptibles de acción regional...*”.

El artículo 53 en su parte inicial establece: “*El Consejo de Seguridad utilizará dichos acuerdos u organismos regionales, si a ello hubiere lugar, para aplicar medidas coercitivas bajo su autoridad*”. Nótese el verbo usado por esta norma cuando dice que el Consejo de Seguridad “utilizará” estos acuerdos u organismos regionales para aplicar las medidas por él decididas. Aquí se ve el carácter instrumental que dichos acuerdo u organismos adquieren en el marco de las facultades que la Carta de las Naciones Unidas le otorga al Consejo de Seguridad. Este párrafo a su vez deja en claro que las medidas tomadas por estos acuerdos u organismos regionales a instancia del Consejo de Seguridad se tomarán bajo la autoridad de este último, lo cual reafirma la autoridad preeminente, superior, del mismo Consejo de Seguridad con respecto a estos acuerdo u organismos y, con mayor razón aún, con respecto a la autoridad que le pudieran haber a los Estados en materia del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Pero el mismo artículo deja en claro que “no se aplicarán medidas coercitivas en virtud de acuerdos regionales o por organismos regionales sin autorización del Consejo de Seguridad...”⁶². Con ello ningún organismo regional puede aplicar la fuerza sin previa autorización del Consejo de Seguridad. Sin embargo, aquí se debe recordar, que dichos organismos regionales sí pueden usar la fuerza sin previa autorización del Consejo en caso de ejercicio de legítima defensa colectiva, de acuerdo al artículo 51 de la Carta⁶³. Por último el artículo 54 de la Carta establece que se deberá mantener en todo momento informado al Consejo de Seguridad sobre todas las actividades proyectadas o emprendidas en virtud de los acuerdos o por los organismos regionales.

Si el Consejo de Seguridad debe adoptar una resolución en una situación o controversia en la cual un miembro permanente es parte, este miembro permanente no necesita abstenerse en la votación y puede participar en la negociación y en la adopción, o no, de la resolución, incluso, provisto de derecho a veto⁶⁴.

⁶¹ Fueron los Estados americanos los que defendieron en la Conferencia de San Francisco la existencia de acuerdos u organismos internacionales dentro del sistema de la carta. Ver: SALAS G. R. Temas de Derecho Internacional Público. Nociones de Historia, 5ª Edición, Córdoba, (2011), p. 72.

⁶² Este mismo artículo a continuación exceptúa de autorización previa del Consejo de Seguridad a las acciones militares contra los “Estados enemigos” (los que estuvieron en guerra con los entonces miembros de Naciones Unidas hasta 1945) de acuerdo al artículo 107 de la Carta. Sin embargo se debe destacar que la norma del artículo 107 se considera carente de fuerza obligatoria en virtud de desuetudo.

⁶³ Esto tiene como consecuencia que estos acuerdos u organismos regionales sólo podrán usar la fuerza de forma preventiva si son autorizados, o requeridos, por el Consejo de Seguridad, mientras que por autoridad propia sólo podrán hacer uso de la fuerza “en caso de ataque armado”, de acuerdo al artículo 51 de la Carta.

⁶⁴ La resolución [S/RES/502](#) (1982), del 3 de abril de 1982 sobre la situación en Malvinas, es un ejemplo claro de esta situación. En esta resolución el Consejo de Seguridad declara que existe un quebrantamiento de la paz en la región de las Islas Malvinas, exige la cesación inmediata de las hostilidades, exige la retirada inmediata de todas las fuerzas argentinas de las islas y exhorta a los gobiernos de Argentina y Reino Unido a que procuren hallar una solución diplomática de sus diferencias y a que respeten plenamente los propósitos y principios de la Carta de Naciones Unidas. Esta resolución se aprobó también con el voto afirmativo de Gran Bretaña, pues el cap. VII de la Carta no establece nada en contrario de que un miembro permanente vote una resolución sobre una situación en la cual él mismo es parte interesada.

Una excepción al monopolio del Consejo de Seguridad en la ejecución del sistema de seguridad colectiva está dada por la resolución 377 A (V) del año 1950. En el marco de la Guerra de Corea el Consejo de Seguridad emitió una serie de resoluciones⁶⁵ en contra de Corea del Norte aprovechando la ausencia de la URSS como política de boicot en contra del Consejo por no aceptar los miembros occidentales a la República Popular de China como miembro permanente. Frente a esta situación la URSS se reincorpora al Consejo y el 1 de agosto vetó una resolución sobre la Guerra de Corea que autorizaba el uso de la fuerza de acuerdo al artículo 42 de la Carta. Como respuesta, los EE.UU. y sus aliados llevaron la cuestión a la Asamblea General, en donde las potencias occidentales disponían por aquel entonces de mayorías en la votación. Es así que Asamblea General dicta la resolución 377 (V) del 3 de noviembre de 1950⁶⁶. Esta resolución establece que, en caso de parálisis del Consejo de Seguridad en un asunto determinado por falta de unanimidad de los cinco miembros permanentes en su seno⁶⁷ la Asamblea General examinará inmediatamente el asunto a fin de emitir a sus miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas inclusive, si fuera necesario frente a un caso de quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el uso de la fuerza armada. De no estar reunida en ese momento la Asamblea General se podrá llamar a un periodo de sesiones extraordinario por el voto de 7 miembros “cualesquiera” del Consejo de Seguridad (por aquel entonces el Consejo de Seguridad estaba compuesto por 11 miembros) o a petición de la mayoría (la mitad más uno) de los miembros de Naciones Unidas en votación efectuada en la Comisión Interina o de cualquier otra manera. La Asamblea General deberá reunirse dentro de las 24 horas siguientes a la presentación de la petición a tal efecto. Esta resolución se aplicó en varias oportunidades, la más notable sin duda fue en la crisis del Canal de Suez en 1956⁶⁸. Hasta la fecha hubo diez periodos extraordinarios de sesiones de emergencia⁶⁹.

El instrumento que proporciona la resolución 377 (V) “Unión por paz” se utilizó de forma muy esporádica y no es de interés de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad que su aplicación se generalice, ya que significaría para ellos la pérdida del monopolio de poder que el articulado de la Carta puso en sus manos. Sin embargo esta resolución ofrece una buena alternativa frente a nuevas cuestiones sobre el uso de la

⁶⁵ Para más detalles: CASANOVA Y LA ROSA O. “Capítulo XLII. El principio de la prohibición del uso de la fuerza”, en: DIEZ DE VELASCO, Instituciones, p. 1053.

⁶⁶ Ver: A/RES/377 (V) “Unión pro paz”, accesible en:

[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/377\(V\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/377(V)) Fecha de consulta: 26/02/2017.

⁶⁷ Para esa época la necesidad del voto afirmativo de los cinco miembros permanente, tal como lo establece la letra del artículo 27. Esto significaba que bastaba la abstención o la ausencia de uno de ellos para evitar la adopción de cualquier resolución.

⁶⁸ Este conflicto se desató frente a la nacionalización de la compañía anglo-francesa del Canal de Suez, que administraba ese canal de importancia estratégica para el comercio por vía naval ente oriente y occidente. A ello se le sumó la situación de guerra de Egipto con Israel. Frente a una ofensiva común de Israel, Francia y Gran Bretaña, Egipto cerró el canal a través del hundimiento de buques viejos. Al faltar el voto de Gran Bretaña y Francia en el Consejo de Seguridad la Asamblea General se ocupó de la cuestión que interesaban a la URSS y a los EE.UU. por cuestiones de influencia en la región. A través de un periodo extraordinario de sesiones de emergencia se decidió un alto el fuego, el retiro de las tropas extranjeras y la creación de una Fuerza de Emergencia de Naciones Unidas. Esto sumado a las contramedidas que los EE.UU. aplicó en contra de Israel, Francia y Gran Bretaña logró el retiro de esas tropas de Egipto. A partir de este conflicto, tanto Francia como Gran Bretaña comprendieron que su roll en el mundo de postguerra no era más de el de ser potencias de segundo orden, mientras que los EE.UU. u la URSS se constituían en los únicos polos de primer orden de poder en el marco de la Guerra Fría.

⁶⁹ Un resumen de los periodos extraordinarios de sesiones de emergencia puede consultarse en: <http://www.un.org/es/ga/sessions/emergency.shtml> Fecha de consulta: 26/02/2017.

fuerza. Por ejemplo frente a una necesidad humanitaria en la cual el Consejo de Seguridad no puede adoptar medidas por falta de unanimidad de los miembros permanentes, la opción de llamar en Asamblea General a un periodo extraordinario de sesiones de emergencia es una mejor alternativa al uso de la fuerza armada por parte de los Estados individuales o coaliciones de Estados que pretenden actuar al margen de Naciones Unidas, como sucedió con la “intervención humanitaria” en Kosovo en 1999. Esta podría ser una opción también para enfrentar la amenaza terrorista dentro del territorio de un Estado que es renuente a prestar su consentimiento a tal efecto. Se evitaría así la intervención individual o colectiva bajo la excusa del ejercicio de la “legítima defensa preventiva”, tan cuestionable en cuanto a su legalidad. En uno como en otro caso, Naciones Unidas recuperaría su autoridad y sería la comunidad internacional representada en Asamblea General quien decidirá si hay o no razón para intervenir.

A continuación estudiaremos la excepción, no sólo de la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza del artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas, sino del monopolio de poder que ésta dejó en manos del Consejo de Seguridad, esto es, la legítima defensa.

3. La legítima defensa en el derecho internacional

La legítima defensa es el derecho que posee todo Estado de defenderse frente a los ataques que se le realicen con fuerza armada.

La *naturaleza jurídica* de la legítima defensa en el orden jurídico internacional, al igual que en los diversos órdenes internos, es el de una causa de justificación que excluye la ilicitud de un hecho que, en principio, cumple con los tipos legales de un ilícito internacional⁷⁰. La legítima defensa actúa, de esa forma, sobre el elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito⁷¹. Ahora bien, el elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito es descrito en el artículo 2, b del proyecto de la CDI sobre responsabilidad del Estado como “una violación de una obligación internacional del Estado”. En el caso de la legítima defensa, el elemento objetivo que es excluido es el carácter violatorio de la conducta con respecto a la obligación contenida en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, esto es la obligación de abstenerse a la amenaza o uso de la fuerza⁷². La legítima defensa también justifica la violación de otras

⁷⁰ El Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, realizada en el seno de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas y presentada a la Asamblea General en el año 2001 (UN Doc. A/56/10), regula este instituto en su artículo 21 bajo el Capítulo V titulado “Circunstancias que excluyen la ilicitud”. El artículo 21 del proyecto establece: “*La ilicitud del hecho de un Estado queda excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.*”. Si bien se trata de un proyecto de tratado, jurisprudencia y doctrina son pacíficas en sostener que este documento expresa el derecho consuetudinario vigente en la materia de responsabilidad internacional de los Estados. La Corte Internacional de Justicia también se ha expresado en el mismo sentido de manera impecable: “*The Court has recalled above (paragraphs 193 to 195) that for one State to use force against another, on the ground that that State has committed a wrongful act against a third State, is regarded as lawful, by way of exception, only when the wrongful act provoking the response was an armed attack.*”. Ver: ICJ Reports (1986) para. 211. En la doctrina internacional: VERDROSS/SIMMA *Völkerrecht*, Nr. 1288. En el mismo sentido: TREVES T. *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, (2005), p. 525.

⁷¹ LAMBERTI ZANARDI P. *La legittima difesa nel diritto internazionale*, Milano, (1972) (en adelante: LAMBERTI ZANARDI *Legittima difesa*), p. 138.

⁷² CRAWFORD J. *The International Law Commission’s articles on state responsibility: Introduction, text and commentaries*, Cambridge, (2002), art. 21 Nr. 1, p. 166. KUNIG P./UERPMANN-WITZACK R. *Übungen im Völkerrecht*, 2. Auflage, Berlin, (2006) (en adelante: KUNIG/UERPMANN-WITZACK *Übungen*), p. 20.

obligaciones conexas que hacen a la defensa pero, tal como lo expresa el comentario del proyecto de la CDI sobre responsabilidad del Estado, ella no justifica la violación de las obligaciones que emanen de los tratados sobre derechos humanos y de los tratados sobre derecho humanitario, con respecto al núcleo de derechos reconocidos en estos ámbitos y que se consideran inderogables incluso en caso de emergencia pública, como lo es una situación de legítima defensa internacional⁷³.

El derecho de legítima defensa reconocido a los Estados en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas tiene, en frente a las competencias otorgadas al Consejo de Seguridad por la Carta, solo carácter subsidiario⁷⁴. Ese carácter subsidiario del derecho de legítima defensa se expresa en el hecho de que el permiso que el sistema jurídico le otorga al Estado individual de utilizar por propia autoridad la fuerza, está justificado solo en frente a un *periculum in mora*, es decir, cuando el órgano que detenta la responsabilidad primordial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales no puede intervenir a tiempo para evitar o frenar el ataque armado⁷⁵.

La Carta de las Naciones Unidas reconoce el derecho a legítima defensa ya sea ejercido individual o colectivamente en su artículo 51, que es el artículo que cierra el Capítulo VII que analizamos más arriba. En él se dispone:

“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. 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”.

La primera observación que se puede realizar es que el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas reconoce el derecho a legítima defensa pero, salvo la mención de los requisitos “en caso de ataque armado” y “en contra de un miembro de las Naciones Unidas”, no describe los restantes que son constitutivos de este instituto jurídico⁷⁶.

⁷³ Ver: [UN Doc. A/56/10](#), p. 178 N° 3.

⁷⁴ RANDELZHOFFER A./NOLTE G. “Article 51”, en: SIMMA B./KHAN D.E./NOLTE G./ PAULUS A. The Charter of the United Nations. A Commentary, Third Edition, Volume II, Oxford, (2012), Nr. 56. KUNIG/UERPMMANN-WITZACK Übungen, p. 135. KUNDE M. Der Präventivkrieg. Geschichte, Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung, Frankfurt am Main, (2007), p. 118. BRYDE B. O. “Self-Defence”, en: Encyclopedia of Public International Law, BERNHARDT R. (Edit.), Amsterdam, (2000), p. 362. STEIN/VON BUTTLAR, Völkerrecht, Nr. 798. ALEXANDROV S. A. Self-defense against the use of force in international law, The Hage, (1996) (en adelante: ALEXANDROV Self-defense, p. 104 (quien utiliza el concepto: provisional right). ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA/ GONZÁLEZ CAMPOS/ÁNCHEZ RODRÍGUEZ Derecho Internacional, p. 1016. GIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, en: GIMÉNEZ DE ARÉCHAGA/ARBUET VIGNALI/PUCEIRO RIPOLI, Derecho Internacional Público, p. 316. REMIRO BROTONS A. “El Orden Internacional tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden”, en: Revista Española de Derecho Internacional, N° LIII-1/2, (2001), p. 155. CASANOVAS Y LA ROSA en: DIEZ DE VELASCO, Instituciones, p. 1050.

⁷⁵ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, en: GIMÉNEZ DE ARÉCHAGA/ARBUET VIGNALI/PUCEIRO RIPOLI, Derecho Internacional Público, p. 316. El remarca allí mismo que el carácter de subsidiariedad del derecho de legítima defensa es un carácter esencial de este derecho, sea en el derecho internacional como en el derecho interno.

⁷⁶ Esto es reconocido por la Corte Internacional de Justicia cuando en la cuestión concerniente a las actividades militares y paramilitares en y contra de Nicaragua expresa: “More over the Charter, having it self recognized the existence of this right, does not go on to regulate directly all aspects of its content”. Véase: ICJ Reports (1986) para 176. En la doctrina se expresa claramente al respecto: Skopets, M. “Battered Nation Syndrome: Relacing the Imminence Requirement of Self-Defense in International Law”,

Estos requisitos no mencionados en el artículo 51 de la Carta pueden ser inferidos de los principios generales del derecho que rigen este instituto⁷⁷. La jurisprudencia y la doctrina, como medios auxiliares del derecho internacional público, también han ayudado a la determinación de la existencia y alcance de todos sus requisitos.

Realizando una descripción general de este instituto jurídico internacional podemos decir que la legítima defensa consta de dos grandes polos, el ataque, o situación de legítima defensa como lo nombra la doctrina alemana⁷⁸, por un lado y la conducta defensiva por el otro. El ataque debe consistir en un ataque armado el cual debe ser ilícito y actual. La conducta defensiva debe ser necesaria, proporcional y debe estar motivada por una voluntad defensiva. Analicemos a continuación cada uno de ellos.

En primer lugar debe haber un *ataque*. No cualquier sujeto de derecho internacional o actor internacional puede llevar adelante un ataque a los fines del artículo 51 de la Carta. Según jurisprudencia constante de la Corte Internacional de Justicia, sólo los Estados pueden ser sujetos activos de este tipo legal⁷⁹. Si todo ataque armado es una agresión, como se verá más abajo, es claro que este debe ser realizado

en: American University Law Review, 55 (2006) pp. 753-783, p. 772, accessible en: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/aulr/vol55/iss3/8/> Fecha de consulta: 28/02/2017.

⁷⁷ El gran ius internacionalista uruguayo, Eduardo Jiménez de Aréchaga expresó esta necesidad de una manera magistralmente clara: “La revisión y examen de los hechos para determinar si se ha configurado o no defensa legítima debe realizarse conforme a ciertos criterios de derecho internacional, que tienen sus fuentes en los principios generales del derecho. Todos los países reconocen en su foro interno el instituto de la legítima defensa, sometido a ciertos principios que regulan su ejercicio. Estos principios constituyen, por lo tanto, principios generales de derecho directamente aplicables en la esfera internacional”. Ver: GIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, en: GIMÉNEZ DE ARÉCHAGA/ARBUEY VIGNALI/PUCEIRO RIPOLI, Derecho Internacional Público, p. 318. Junto a esta función normativa, los principios generales del derecho tienen una función de ayuda interpretativa de las normas convencionales no claras, tal como lo reconoce el artículo 31,3,c de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados del año 1969, y doctrina generalizada. En cuanto a esta última ver, a modo de ejemplo: VERDROSS/SIMMA Völkerrecht, Nr. 610. LAUTERPACHT H. The Development of international law by the international Court, Cambridge-New York, 1996, p. 165 ss. CHENG B. General Principles of law as applied by international courts and tribunals, Cambridge, (1953), p. 390. WENGLER W. Völkerrecht, Band I, erster und zweiter Teil, Berlin-Göttingen-Heidelberg, (1964), p. 365. HAILBRONNER K. “Ziele und MethodenvölkerrechtlichererrelevanterRechtsvergleichung”, en:

Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Vol. 36, (1976), pp. 190-226, p. 206. Accesible en: http://www.zaoerv.de/36_1976/36_1976_1_3_a_190_226.pdf Fecha de consulta: 09/03/2017. SEPULVEDA C. Derecho Internacional, México DF, (1991), p. 444. WEISS W. “Allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts”, en: Archiv des Völkerrechts, Vol. 39, (2001), pp. 394-431, (413).

⁷⁸ El término “situación de legítima defensa” (Notwehrlage) es utilizada sobre todo por la doctrina penalista alemana y fue tomada por la doctrina internacionalista alemana. Véase: VON DER HEYDTE, Völkerrecht, p. 111.

⁷⁹ La Corte es clara en ese sentido cuando en su opinión consultiva sobre la construcción de un muro en territorio palestino expresó terminantemente: “Article 51 of the Charter thus recognizes the existence of an inherent right of self-defence in the case of armed attack by one State against another State”. Con respecto a esta decisión sólo tres jueces de los quince, Higgins, Burgenthal y Kooijmans, no estuvieron de acuerdo y emitieron votos en disidencia e incluso Higgins y Kooijmans reconocieron que la estatalidad del ataque armado era la posición dominante. Ver: ICJ Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory, Advisory Opinion, Reports 2004, p. 136, en adelante: ICJ Reports (2004), parg. 139. Los votos en disidencia: ICJ Reports (2004) Separate Opinion of Judge Higgins, para 33. ICJ Reports (2004) Separate Opinion of Judge Burgenthal, para 6, ICJ Reports (2004) Separate Opinion of Judge Kooijmans, para 35.

por un Estado, tal como lo define la resolución 3314 de Asamblea General⁸⁰. Si sólo los Estados pueden llevar adelante un ataque, es claro que otros sujetos de derecho internacional o actores internacionales, como el “terrorismo internacional” sólo pueden ser sujetos activos de este tipo legal, si sus actos pueden ser atribuidos a un Estado⁸¹. Para que esos actos puedan ser atribuidos a un Estado, la jurisprudencia constante de la Corte exigió que el Estado tenga el control efectivo sobre los actos del grupo que se le quieren atribuir, no bastando un mero control general sobre el grupo mismo⁸². Frente a la relativización de este requisito en los últimos años⁸³, es de remarcar que la estatalidad del ataque armado es esencial en el derecho a legítima defensa internacional: Sólo en ejercicio de legítima defensa se permite aplicar la fuerza militar en contra de un Estado, esto es el Estado atacante, justamente porque él es el autor del ataque armado. Toda medida que se adopte contra un Estado que no se le pueda atribuir un ataque armado cae dentro del estado de necesidad, ya que es el instituto jurídico internacional por el cual se pueden afectar bienes de terceros inocentes. La legítima defensa sólo permite usar la fuerza en contra del Estado si a este se le puede atribuir el estar realizando un ataque armado. No cualquier ataque habilita a ejercer el derecho de legítima defensa del artículo 51, sino que este debe consistir en un ataque armado. Aquí se hacer referencia a la intensidad del mismo. El artículo 2.4 de la Carta prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza, incluyo aquellos de baja intensidad. La Corte, por su parte, define al ataque armado como el “más grave uso de la fuerza”⁸⁴. Con ello, si bien todo ataque armado constituye una violación al artículo 2.4 de la Carta, no toda violación al artículo 2.4 de la Carta constituye un ataque armado. Randelzhofery Nolte hacen notar que de este modo queda una laguna jurídica en la cual se encuentran una serie de usos menores de la fuerza violatorios del artículo 2.4 de la Carta y que, al no constituir ataques armados no pueden ser respondidos a través de una legítima defensa⁸⁵. Esta posición es también la sostenida por la Corte⁸⁶.

⁸⁰ Resolución 3314 de Asamblea General define el acto de agresión como “...el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial y la independencia política de otro Estado...”. UN Doc. A/RES/3314 (XXIX).

⁸¹ En el caso al que se refirió la opinión consultiva sobre la construcción de un muro en territorio de Palestina, Israel había fundamentado la construcción del muro como medida de legítima defensa en contra de ataques terroristas. Como los mismos no podían serle atribuidos a un Estado, la Corte rechazó que haya habido un ataque a los fines del artículo 51 de la Carta.

⁸² ICJ Reports (1986) para 115 y en ICJ Case concerning armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Reports 2005, p. 168, en adelante: ICJ Reports (2005), paras 146 y 160, en donde la Corte al respecto cita su decisión en Nicaragua, paras 109-115.

⁸³ Si se ven las notificaciones al Consejo de Seguridad invocando el ejercicio en legítima defensa de Australia (UN Doc. S/2015/693), de Alemania (UN Doc. S/2015/946), de Bélgica (UN Doc. S/2016/523) y de Noruega (UN Doc. S/2016/513), quienes afirma expresamente llevar adelante acciones militares contra el Estado Islámico en territorio sirio, pero no en contra del Estado Sirio.

⁸⁴ ICJ Reports (1986) para 191, en donde la Corte expresa: “As regards certain particular aspects of the principle in question, it will be necessary to distinguish the most grave forms of the use of force (those constituting an armed attack) from other less grave forms....”. en el mismo sentido: ICJ Reports (2003) para 64. En la doctrina: PEZZANO, L. “El umbral de gravedad en el crimen de agresión: ¿una nueva categoría en los usos ilícitos de la fuerza?”, en: Anuario Iberoamericano De Derecho Internacional Penal, (2015), ANIDIP, 4, 86-104, doi: dx.doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.04, especialmente en: pp. 88-91.

⁸⁵ RANDELZHOFFER A./NOLTE G. “Article 51”, en: SIMMA B./KHAN D.E./NOLTE G./ PAULUS A. The Charter of the United Nations. A Commentary, Third Edition, Volume II, Oxford, (2012) (en adelante: RANDELZHOFFER/NOLTE en: SIMMA the Charter, Article 51) Nr. 20.

⁸⁶ ICJ Reports (1986) para 249, en donde se sostiene: “While an armed attack would give rise to an entitlement to collective self-defence, a use of force of a lesser degree of gravity cannot, as the Court has already observed (paragraph 211 above), produce any entitlement to take collective countermeasures involving the use of force”.

El ataque armado debe ser *ilícito*. La doctrina internacional reconoce que el requisito de la ilicitud del ataque no está expresamente enunciado en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, y sin embargo este requisito es inmanente a este instituto jurídico por lo cual está contenido en ese artículo de forma implícita⁸⁷. En virtud de este requisito, una legítima defensa no puede ser respondida con otra legítima defensa ya que la primera es un uso lícito de la fuerza⁸⁸. Por la misma razón no es precedente ejercer legítima defensa en contra las medidas que el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta, ya que este uso de la fuerza también es lícito.

Por último el ataque armado e ilícito debe ser también actual. Esto se desprende de la misma letra del artículo 51 cuando habilita a ejercer legítima defensa “en caso de ataque armado”. El texto en inglés de este artículo, if an armed attack occurs, es aún más claro en expresar que el ataque debe estar ocurriendo. El texto de este artículo se refiere claramente a un “ataque armado” y no a un “peligro de ataque armado”, por lo que el requisito de “ataque” ya exige su actualidad⁸⁹. El concepto de “peligro” es típico de un estado de necesidad internacional⁹⁰. Es clara la diferencia conceptual de uno y otro instituto jurídico internacional: mientras artículo 51 de la Carta caracteriza a la situación de legítima defensa por medio del concepto de “ataque”, el estado de necesidad viene caracterizado en el proyecto sobre responsabilidad del Estado de la CDI del año 2001 a través del concepto de “peligro grave e inminente”⁹¹. La actualidad del ataque armado incluye también su inminencia, es decir, la situación en la que el ataque está a punto de comenzar, quedando excluidas las acciones preparatorias para el mismo⁹². De todos modos el problema que se plantea al utilizar el concepto de “inminente” es establecer la línea divisoria entre lo inminente y lo no inminente del ataque. La actualidad del ataque se mide en relación a la conducta defensiva: El momento en el cual se ejecuta la conducta defensiva es, a su vez, el momento para determinar si el ataque es actual o no.

El requisito de la actualidad del ataque armado viene cuestionado por la teoría de la legítima defensa preventiva o *pre-emptive self-defence*⁹³. Ella sostiene que frente a

⁸⁷ FLETCHER G./OHLIN J. D. Defending humanity. When force is justified and why, New York, (2008), p. 89. KELSEN International Law, p. 60.

⁸⁸ Si bien una situación de “legítima defensa en contra de una legítima defensa” es algo jurídicamente ilógico, sería una situación que sí se daría en el caso de reconocer un derecho a legítima defensa preventiva: Si de dos Estados están convencidos respectivamente, incluso con buenos fundamentos, que el otro Estado realizará un ataque en el futuro en contra de él, entonces ambos tendrían el derecho a ejercer legítima defensa en contra del otro, para evitar ese ataque futuro.

⁸⁹ En ese sentido: BROWNLIE International Law, p. 732.

⁹⁰ BLUMENWITZ Präventivkrieg, p. 27.

⁹¹ Ver artículo 25, Estado de necesidad, del proyecto de responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito, presentado por la CDI en el año 2001, [UN Doc. A/RES/56/83](#).

⁹² Esto se condice con lo dispuesto en los distintos sistemas jurídicos internos de los Estados. Es también, si bien con una no muy clara enunciación, lo expresado por el Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio, “Un mundo más seguro: nuestra responsabilidad que compartimos”, UN Doc. A/RES/59/565 (En adelante: UN Doc. A/59/565, Informe del Grupo de Alto Nivel. Accesible en: <http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-internacional-publico-1/ejercicios-proyectos-y-casos1/capitulo7/documento-10-a-59-565-informe-grupo.pdf>). Este documento manifiesta en su par. 188: “Sin embargo, según un principio de derecho internacional bien establecido, el Estado amenazado puede recurrir a la acción militar siempre que la amenaza de agresión sea inminente, no haya otro medio de impedir la acción y la acción sea proporcional. El problema se plantea cuando la amenaza no es inminente pero se puede aducir que es real como ocurriría, por ejemplo, con la adquisición, con un propósito presuntamente hostil, de la capacidad necesaria para fabricar armas nucleares”.

⁹³ Si bien algunos defensores de medidas tomadas en legítima defensa previas a la aparición de un ataque actual prefieren utilizar el concepto inglés “pre-emptive” para distanciarse del concepto “preventive”, al

una serie de ataques terroristas, el Estado tiene el derecho a ejercer legítima defensa, a pesar de no haber un ataque actual, para evitar los ataques que se producirán en el futuro⁹⁴. Como se observa, y dejando de lado todo el problema de la atribución de esos ataques terroristas a un Estado, es claro que lo que aquí se describe, en el mejor de los casos, es una situación de “peligro grave e inminente” y no una de “ataque armado”. También los trabajos preparatorios del artículo 51 demuestran la intención de los Estados de limitar la legítima defensa sólo a los ataques armados actuales y no a los que aún no han comenzado⁹⁵. El derecho de la Carta de Naciones Unidas es claro en la delimitación de competencias a este respecto: si hay ataque armado, hay derecho de legítima defensa, si hay un mero peligro, por ejemplo el peligro terrorista, que requiere de acción preventiva es el Consejo de Seguridad como ejecutor del sistema de seguridad colectiva el facultado para tomar las medidas preventivas necesarias⁹⁶.

Para que el derecho a legítima defensa pueda ser ejercido es necesario, no solamente que el ataque exista, sino que también exista aún⁹⁷. Esto es, el derecho de legítima defensa dura todo el tiempo que dure el ataque armado. Y el ataque armado dura, mientras dure la violación a la obligación internacional realizada por el ataque lo cual determina la existencia de un ataque armado continuo⁹⁸. El típico caso es la

ver sus postulados se puede llegar, por lo general, a la conclusión de que también bajo el primer concepto se trata de facultades eminentemente preventivas.

⁹⁴ El requisito de la actualidad del ataque ha sido cuestionada en estos últimos años en razón de las operaciones militares de gran magnitud realizadas en Afganistán, en el año 2001, en Irak, en el año 2003, como así también por las intervenciones militares en Siria a partir del año 2014.

⁹⁵ Lamberti Zanardi en uno de los libros más sólidos que se hayan escrito sobre la legítima defensa en el derecho internacional, cita documentos de las comisiones redactoras de la Carta de San Francisco y, entre ellos, un documento de la delegación de los Estados Unidos de América que se refiere al tema aquí tratado. Allí expresan los representantes de este Estado: “Mr. Hack worth expressed the view that the present draft (aquí se refiere al proyecto definitivo del art. 51 que es el que sería adoptado con posterioridad) greatly qualified the right of selfdefense by limiting it to the occasion of an armed attack. Mr. Stassen stated that this was intentional and sound. We did not want exercised the right of self-defense before an armed attack had occurred”. Se trata del documento U.S. For. Rel., 1945, I P. 668, 709, 710, 776 y 818, documento de la diplomacia americana, citado por LAMBERTI ZANARDI *Legittima difesa*, p. 210, notas a pié de página número 57 y 58, con cita de más fuentes. Este documento es también citado por: FERZAN K. K. “Defending imminence: from wattered women to iraq”, en: *Arizona Law Review*, Vol. 42, (2004), pp. 213-262, p. 225, nota a pié de página número 65. El remarcado pertenece al autor de este trabajo. Accesible en: <http://www.arizonalawreview.org/pdf/46-2/46arizlrev213.pdf> Fecha de consulta: 09/03/2017.

⁹⁶ Esto es lo que concluyó también el Informe del Grupo de Alto Nivel, el cual en su para 194 expresa: “Queremos insistir en que las inquietudes que expresamos a cerca de la legitimidad y la utilización preventiva de la fuerza militar en el caso de legítima defensa en virtud del Artículo 51 no son aplicables en el caso de la acción colectiva autorizada en virtud del Capítulo VII. En el mundo del siglo XXI la comunidad internacional tiene que preocuparse por visiones apocalípticas que aúnan terroristas, armas de destrucción masiva y Estados irresponsables, y mucho más, que puedan concebiblemente justificar el uso de la fuerza no solo como reacción sino también a título preventivo y antes de que una amenaza latente cobre carácter inminente. No se trata de saber si se puede tomar esa medida; si se puede y es el Consejo de Seguridad quien tiene que tomarla como voz de la comunidad internacional en el ámbito del Sistema de Seguridad Colectiva y en cualquier momento en que a su juicio haya una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. El Consejo tal vez tenga que estar preparado en este contexto para adoptar una actitud mucho más proactiva que lo que lo ha estado en el pasado y para adoptar decisiones más resueltas antes”. UN Doc. A/59/565, Informe del Grupo de Alto Nivel, parag. 194.

⁹⁷ BOTHE en: GRAF VITZTHUM/PROELSS *Völkerrecht*, N°. 19.

⁹⁸ En este sentido el artículo 14.2 del Proyecto sobre responsabilidad del Estado por hechos Internacionalmente Ilícitos de la CDI del año 2001 establece “*La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional*”.

ocupación militar de parte o de todo el territorio de otro Estado, el Estado ocupante incumple con la obligación de no ocupar militarmente el territorio extranjero en violación al artículo 2.4 de la Carta y ese incumplimiento se prolonga en el tiempo mientras dure la ocupación ilegal. Es justamente en base a la existencia de un ataque armado continuo que en el caso del conflicto por las islas Malvinas e islas del Atlántico Sur, ambas partes se inculpaban de atacantes: Si no existiera la figura del ataque armado continuo, es claro que el ataque armado que realizó Argentina sobre las fuerzas militares británicas en las islas hubieran terminado el mismo 2 de abril de 1982 con la ocupación de las islas y Gran Bretaña no hubiera tenido derecho a legítima defensa⁹⁹. Pero justamente ese reconocimiento generalizado de la existencia de la figura del ataque armado continuo lo que fundamenta la postura, a nuestro entender correcta, de que el ataque armado que realizó Gran Bretaña en contra de la integridad territorial de Argentina al tomar las islas por la fuerza el 3 de enero de 1833 y la subsecuente ocupación militar de las mismas, perdura mientras perdure la ocupación militar de las mismas¹⁰⁰. Como el ataque armado continuo realizado por Gran Bretaña perdura, es claro que la recuperación de las islas realizada a cabo por Argentina fue en ejercicio del derecho de legítima defensa, mientras la alegada legítima defensa del Reino Unido el 2 de abril de 1982, no era tal ya que no hay legítima defensa frente a un uso autorizado de la fuerza.

Si el ataque debe ser actual, luego no hay legítima defensa en contra de ataques ya concluidos y que se encuentran en el pasado: Frente a ataques armados pasados falta el requisito de la necesidad de la defensa. Toda reacción armada en contra de un ataque ya pasado no es más que el ejercicio de represalias armadas prohibidas por el derecho internacional¹⁰¹. Otro modo de finalizar el derecho a legítima defensa internacional es cuando el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha adoptado las “medidas necesarias” de las que habla el artículo 51 de la Carta tendientes a neutralizar el ataque. El problema se puede plantear si las medidas tomadas por el Consejo de Seguridad, si bien necesarias, se muestran insuficientes¹⁰². En este caso de debería reconocer al Estado lesionado la continuidad de su derecho a legítima defensa hasta neutralizar el ataque en cuestión, es decir, hasta que la situación lesiva del bien jurídico en cuestión cese.

El otro polo de la legítima defensa, la conducta defensiva, no es sino el uso de la fuerza en contra de otro Estado, esto es el atacante, el cual, de no mediar la situación de

⁹⁹ Esta fue la postura sostenida en ese momento por el gobierno británico en sus comunicaciones al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: UN Doc. S/14963, S/14964, S/14973, S/15006, y S/15016, como así también las declaraciones de este gobierno en las reuniones 2360 y 2362 sesiones del Consejo de Seguridad.

¹⁰⁰ Esta es la postura argentina sostenida en las comunicaciones al Consejo de Seguridad: UN Doc. S/14961, S/14975 y S/15009, como así también lo expresado por este país en las sesiones N° 2360, 2362, 2364, 2366 y 2368, realizadas entre el 21 y el 26 de Mayo de 1982. En la doctrina ver: ALEXANDROV Self-defense, pp. 131 ss., BAQUERO LAZCANO P. E. en: BAQUERO LAZCANO E./BAQUERO LAZCANO P. E./CARUBINI D. B./ BAQUERO LAZCANO H. Tratado de Derecho Internacional Público Profundizado, Tomo IV, Córdoba, (1997), N° 586.

¹⁰¹ ICJ Legality of the threat or use of nuclear weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, p. 226, en adelante: ICJ Reports (1996), parag. 46. RANDELZHOFFER/NOLTE en: SIMMA the Charter, Article 51, N° 57. BOTHE en: GRAF VITZTHUM/PROELSS Völkerrecht, N° 19.

¹⁰² Un caso de superposición de medidas del Consejo de Seguridad y de ejercicio de legítima defensa se dio en la Guerra del Golfo de 1990-1991, en donde, a pesar de las resoluciones del Consejo de Seguridad al respecto, los EE.UU. y demás miembros de la coalición sostenían estar ejerciendo el derecho a legítima defensa colectiva solicitado por Kuwait. RANDELZHOFFER/NOLTE en: SIMMA the Charter, Article 51, N° 64-65.

legítima defensa, estaría prohibido por la interdicción general del artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas.

La conducta defensiva es llevada adelante por quien es el sujeto pasivo o víctima del ataque armado. Sólo él es, en principio, el único legitimado a ejercer el derecho a legítima defensa. El artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas reconoce un derecho a legítima defensa en caso “*de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas*”. Como en virtud del artículo 4 de la Carta sólo los Estados pueden ser “miembros de Naciones Unidas”, es claro que sólo los Estados pueden ser sujetos pasivos de un ataque armado. La estatalidad del sujeto pasivo del ataque y legitimado a la defensa es corroborada por jurisprudencia constante de la Corte¹⁰³. Otros Estados pueden recurrir a la ayuda del Estado atacado sólo si media la solicitud del mismo¹⁰⁴.

La conducta defensiva está gobernada por los requisitos de necesidad, proporcionalidad y, según nuestro criterio, la *voluntad defensiva*.

Si la conducta defensiva no es necesaria, no existe el derecho a ejercerla. La causa por la cual el sistema legal internacional reconoce el derecho a la defensa violenta, se basa justamente en que el uso de la fuerza es imprescindible para repeler el ataque. El requisito de necesidad es ampliamente reconocido por jurisprudencia constante de la Corte¹⁰⁵. La conducta defensiva es necesaria cuando, de entre todos los medios idóneos para detener el ataque, ésta es la menos dañosa para los bienes jurídicos del Estado atacante¹⁰⁶. Si existe una conducta defensiva idónea y menos dañosa para el atacante, sobre todo que no implique el uso de la fuerza, que la conducta efectivamente ejecutada, esta será entonces innecesaria. Bajo el concepto de medios no se incluyen únicamente los objetos materiales, es decir los instrumentos utilizados, sino también cómo se los utiliza, por lo tanto dentro de este concepto se encuentra la conducta misma del Estado que se defiende. Existe una estrecha vinculación entre la necesidad de la conducta defensiva y la finalidad de la legítima defensa, esto es el neutralizar el ataque armado y esto es valorable objetivamente¹⁰⁷. Con ello se rechaza toda conducta que no sea

¹⁰³ Esto se puede comprobar en la opinión consultiva sobre la Construcción de un Muro en los Territorios Ocupados de Palestina, ICJ Reports (2004) par. 139. En el caso de las plataformas petrolíferas del año 2003, ICJ Reports (2003) para 51, y en el caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, ICJ Reports (1986) para 211.

¹⁰⁴ Esto también viene confirmado por la CIJ en jurisprudencia contante. En Nicaragua la Corte sostiene: “*At all events, the Court finds that in customary international law, whether of a general kind or that particular to the inter-American legal system, there is no rule permitting the exercise of collective self-defence in the absence of a request by the State which regards itself as the victim of an armed attack*”. CIJ Reports (1986) par. 199. En el caso de las plataformas petrolíferas: “*...the United States has not claimed to have been exercising collective self-defence on behalf of the neutral States engaged in shipping in the Persian Gulf; this would have required the existence of a request made to the United States "by the State which regards itself as the victim of an armed attack"* (I. C. J. Reports 1986, p. 105, para. 199)”. ICJ Reports (2003) par. 51.

¹⁰⁵ ICJ Reports (1986) par. 176. Esta jurisprudencia es repetida en la opinión consultiva sobre la Legalidad del uso de armas nucleares, ICJ Reports (1996) para 41 y en el Caso concerniente a plataformas petrolíferas, ICJ Reports (2003) par. 43.

¹⁰⁶ También el Informe del Grupo de alto nivel es claro en relacionar el juicio sobre la necesidad de la conducta defensiva con los medios empleados, ya que allí se lee: “...el Estado amenazado puede recurrir a la acción militar siempre que la amenaza de agresión sea inminente, no haya otro medio de impedir la acción sea proporcional” UN Doc. [A/59/565](#), Informe del Grupo de Alto Nivel, N° 188.

¹⁰⁷ En ese sentido la Corte expresó: “...since the requirement of international law that measures taken avowedly in self-defence must have been necessary for that purpose is strict and objective, leaving no room for any “measure of discretion”...”. ICJ Reports (2003) par. 41.

estrictamente necesaria para la defensa en contra del ataque que se sufre¹⁰⁸. En ese sentido la Corte rechazó la necesidad de los ataques armados de los Estados Unidos de América en contra de las plataformas petrolíferas de Irán, ya que no existieron pruebas de que esas plataformas petrolíferas estuvieran vinculadas de algún modo con la serie de ataques que los Estados Unidos imputaban a Irán¹⁰⁹.

La conducta defensiva para ser tal debe también cumplir con el requisito de proporcionalidad. Este requisito viene confirmado por jurisprudencia constante de la Corte¹¹⁰. A pesar de algunas confusiones o posturas pocos claras al respecto, es indudable que el juicio de proporcionalidad de la conducta defensiva se refiere a los bienes jurídicos afectados tanto por el ataque como por la defensa¹¹¹. Los bienes jurídicos que se afectan al Estado atacante a través de la conducta defensiva, no deben ser desproporcionalmente superiores a los bienes jurídicos afectados por el ataque armado. En efecto, si el juicio de proporcionalidad se refiriera a los medios, como suele ser sostenido tanto en el orden nacional como internacional, se debería sentenciar como “proporcional” la utilización de aquel único medio idóneo del que se dispone para neutralizar el ataque, no obstante ser dañoso de bienes jurídicos de altísimo valor, para defender bienes jurídicos de mucho menos valor¹¹². No obstante, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte el requisito de proporcionalidad de la conducta defensiva no excluye per se la utilización de armas nucleares en toda circunstancia¹¹³. La proporcionalidad debe existir no solo al inicio de la conducta defensiva sino mientras ella dure¹¹⁴. Pero la extensión misma de la conducta defensiva o su prolongación en el tiempo es otro factor mencionado por la doctrina como a ser tenido en cuenta en el juicio de proporcionalidad¹¹⁵.

Un requisito no tratado por la doctrina internacional, pero reconocido en la mayoría de los órdenes jurídicos internos es el de la voluntad defensiva o *animus defendendi*. La voluntad defensiva como requisito de la conducta defensiva significa que el sujeto que se defiende debe conocer la situación defensiva, es decir conocer que está siendo atacado, y él debe actuar con voluntad de defenderse, esto es, no con finalidades ajenas a la defensa. Conocimiento y voluntad constituyen la voluntad

¹⁰⁸ Cot y Pellet sostienen al respecto: “En conséquence, la victime de l’agression ne peut occuper le territoire de l’agresseur à moins que cela ne sois strictement nécessaire pour l’empêcher de continuer l’agression avec d’autres moyens; et en tout cas jusqu’aceque ne cesse un tel danger imminent et grave.”. COT J. P./PELLET A. La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article, 2^o édition, Paris, (1991), p. 775.

¹⁰⁹ ICJ Reports (2003) para 76.

¹¹⁰ En su fallo sobre Nicaragua sostuvo: “...self-defence would warrant only measures which are proportional to the armed attack...”. ICJ Reports (1986) par. 176. Esta exigencia de proporcionalidad fue mantenida en la opinión consultiva sobre la Legalidad de la amenaza o del uso de las armas nucleares, ICJ Reports (1996) par. 41, y en el Caso concerniente a plataformas petrolíferas, ICJ Reports (2003) par. 74.

¹¹¹ Confirma: LAMBERTI ZANARDI Legittima difesa, p. 128.

¹¹² Esto se expresa con gran claridad en la doctrina italiana. Véase: FINDACA G./MUSCO E. Diritto Penale. Parte generale, Quinta edizione, Bologna, (2007), p. 282.

¹¹³ ICJ Reports (1996) para 42. Sin embargo allí mismo la Corte recuerda que un uso de fuerza en principio proporcional, para ser lícito, debe a su vez respetar los requisitos impuestos por el derecho de los conflictos armados que comprende, en particular, los principios y reglas del derecho humanitario.

¹¹⁴ GAZINNI T. The changing rules on the use of force in international law, Manchester, (2005), p. 147.

¹¹⁵ En ese sentido: MEISER C./VON BUTTLAR C. Militärische Terrorismusbekämpfungunterdem Regime der UN-Charta, Baden-Baden, (2005), p. 89. KOTZUR M. “Krieggegen den Terrorismus. PolitischeRhetorikoderneueKonturen des KriegsbegriffsimVölkerrecht”, en: Archiv des Völkerrechts, Vol. 40, (2002), pp. 454-479, p. 476. GRAY C. en: EVANS M. (Edit.), International Law, Second edition, Oxford, (2006), p. 603.

defensiva y cada una presenta su propia problemática. En el ámbito del conocimiento se trata el tema del error de hecho, es decir la falsa percepción de la situación de legítima defensa. En el ámbito de la voluntad aparecen problemas típicos generados por un lado a través de la aparición de motivos extraños o ajenos a la voluntad de defenderse, como ser el típico caso de querer lograr, a través de una alegada legítima defensa, el cambio de gobierno (regime change) de un Estado para poner otro más favorables al Estado actuante. Esos motivos extraños no deben relegar la voluntad de defenderse misma ni ser los motivos determinantes de la conducta defensiva. Este es el problema de los motivos entremezclados. También en el ámbito de la voluntad de defenderse encuentra su lugar el problema de la legítima defensa fingida, esto es, cuando un sujeto disfraz su ataque como legítima defensa mostrando, a través de maquinaciones, al atacado como atacante. Ni la doctrina ni la jurisprudencia en el ámbito internacional tratan este requisito de forma expresa y diferenciada.

Algunos autores sin embargo mencionan problemáticas relacionadas con este requisito. Así García Rico habla de “propósito defensivo” que subyace a toda acción de tipo defensivo y remarca cómo una acción desproporcionada puede significar la persecución de un “fin meramente punitivo o sancionador totalmente ajeno a la legítima defensa”¹¹⁶. La posibilidad de abusos en caso de reconocerse un derecho a legítima defensa preventiva, en el sentido de que esta sea utilizada con otros fines ajenos a la defensa, es también tema de preocupación en la doctrina¹¹⁷. A nuestro entender la voluntad defensiva es un requisito esencial de la legítima defensa, que abarca en sí algunas cuestiones y problemas centrales de este instituto jurídico en el orden internacional¹¹⁸ y que hemos tratado en otras oportunidades¹¹⁹.

La legítima defensa, tal como lo expresa el mismo artículo 51 de la Carta, puede ser ejercida de forma colectiva. Para que uno o una pluralidad de Estados puedan acudir en defensa del Estado atacado el derecho internacional exige, a diferencia de lo que ocurre en el derecho interno, que el Estado víctima del ataque armado solicite expresamente la ayuda en su defensa¹²⁰. Con este requisito, el derecho internacional quiere evitar casos de intervención en los asuntos internos de otros Estados y el uso de la fuerza prohibido por artículo 2.4 de la Carta en el caso de que Estados extranjeros tomen parte en un conflicto armado persiguiendo sus propios intereses geopolíticos más

¹¹⁶ GARCÍA RICO E. “La legítima defensa en el derecho internacional contemporáneo: ¿Algo nuevo bajo el sol tras la sentencia de la CIJ sobre el asunto de las plataformas petrolíferas?”, en: Revista Española de Derecho Internacional, Núm. LV-2, julio (2003), pp. 819-838, p. 833. En el mismo sentido: FISCHER H. “Friedenssicherung und friedliche Streitbeilegung”, en: IPSEN K. (Edit), Völkerrecht. Ein Studienbuch, München, (1999) (en adelante: FISCHER, en: IPSEN), p. 950.

¹¹⁷ Ver: DINSTEIN War, aggression, para 523, p. 198. FISCHER, en IPSEN, p. 945.

¹¹⁸ Como ser el error de hecho en la percepción de una situación de legítima defensa inexistente, el problema de los motivos entremezclados, esto es, aparte de la voluntad defensiva la conducta persigue otros fines diversos y el problema de la legítima defensa fingida, esto es, disfrazar un ataque como un acto de legítima defensa.

¹¹⁹ PINTORE, E. J. Das präventive Selbstverteidigungsrecht im Lichte allgemeiner Rechtsgrundsätze, Frankfurt am Main, (2011), pp. 91-96, 239-240, 287-289, 320-321 y 353-354. Del mismo autor: “El animus defendendi en la legítima defensa internacional”, en: Anuario XIII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, UNC, Córdoba, (2011), pp. 179-198. Del mismo autor: La legítima defensa en el derecho internacional, Córdoba, (2012), pp. 225-239. Del mismo autor: “Der Verteidigungswille: Einem noch unerforschten Voraussetzung des Selbstverteidigungsrechts?”, en: Verfassung und Recht in Übersee, Vol 46, (2013), pp. 60-81.

¹²⁰ ICJ Reports (1986) para 105 e ICJ Reports (2003) parag. 186.

que la alegada intervención en favor del Estado atacado¹²¹. La legítima defensa colectiva puede presentarse de forma institucionalizada como acuerdos u organismos regionales previstos en el Capítulo VIII de la Carta de Naciones Unidas. En virtud de dichos acuerdos, un ataque contra uno de los Estados partes del acuerdo será considerado como un ataque contra todos las demás partes, las cuales se comprometen a asistir al Estado atacado en su defensa. Ejemplo de dichos acuerdos lo constituyen el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), el Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y el ya extinto Pacto de Varsovia. Estos acuerdos u organismos regionales vienen a constituir lo que von der Heydte nombró como sistemas de *defensa colectiva*¹²² y que en virtud del Capítulo VIII de la Carta están totalmente integrados al sistema de seguridad colectiva. La base jurídica de estos acuerdos y organismos lo constituye el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas¹²³ y sólo pueden utilizar la fuerza, fuera de los casos autorizados por el Consejo de Seguridad, dentro de los estrictos límites de esa norma.

La legítima defensa como instituto jurídico coadyuva a la aplicación del derecho, particularmente la norma que prohíbe el uso de la fuerza y éste en su forma de ataque armado, a través, justamente, del uso de la fuerza pero en su forma lícita. El punto débil de este instituto jurídico es el hecho de que los Estados que gozan de mayor poder militar pueden hacer mayor uso del mismo mientras que los que no poseen poder militar raramente lo podrán utilizar. No se defiende quien quiere, sino quien puede. Con todo se trata de un instituto jurídico imprescindible en todo orden jurídico.

D. Responsabilidad internacional por violación de la prohibición de la amenaza y uso de la fuerza

La prohibición de la amenaza y uso de la fuerza genera responsabilidad internacional¹²⁴ tanto del Estado como del individuo.

Con respecto al Estado, la violación a la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza del artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas y del derecho consuetudinario generará la responsabilidad internacional regulada por el derecho consuetudinario y receptada en el proyecto de la CDI del año 2001 sobre responsabilidad internacional del

¹²¹ Dinstein acepta la posibilidad de que un tercer Estado ejerza “legítima defensa colectiva” sin el requerimiento del Estado atacado, a condición de que el tercer estado no afecte los intereses del Estado víctima, principalmente, no penetre con sus tropas su territorio. DINSTEN War, aggression, paras 782-787, pp. 294-296. Esto sin embargo no es correcto: Artículo 51 de la Carta, al igual que los principios que rigen las contramedidas en general, reconoce el derecho a legítima defensa sólo al Estado víctima del ataque armado y sólo a él le corresponde si ejercerá ese derecho o no y, en caso positivo, quienes lo asistirán. Permitir a un tercer Estado a ejercer la “legítima defensa colectiva” sin el requerimiento del Estado víctima del ataque armado, es abrir las puertas para que todo Estado, que posea los medios suficientes claro está, intervenga en conflictos en cualquier lugar del mundo, de acuerdo a sus intereses geopolíticos, lo que va directamente en contra del principio fundamental de todo el sistema de seguridad colectiva. Se siente el tercer Estado “amenazado” por la situación de ataque, puede tomar otras medidas que no incluyan el uso de la fuerza, incluido el recurrir al Consejo de Seguridad. Artículo 51 de la Carta no es una autorización a utilizar la fuerza frente a una percibida situación de amenaza.

¹²² VON DER HEYDTE, *Völkerrecht*, pp. 157-158.

¹²³ El artículo 3.1 del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), el artículo 5 del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y el artículo 4 del ya extinto Pacto de Varsovia hacen referencia expresa al artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas y disponen la forma de actuar en el ejercicio de la legítima defensa colectiva en ellos prevista.

¹²⁴ La resolución 2625 (XXV) dispone expresamente: “Una guerra de agresión constituye un crimen contra la paz, que, con arreglo al derecho internacional, entraña responsabilidad”. UN Doc. A/RES/2625 (XXV).

Estado por el hecho internacionalmente ilícito¹²⁵. El uso de la fuerza en su forma de agresión, por lo que se excluye los usos menores de la fuerza y las amenazas, llevada a cabo por un Estado genera la responsabilidad de los individuos que tuvieron un papel decisivo en la misma. La responsabilidad penal internacional del individuo está tipificada en el artículo 8bis del Estatuto de la Corte Penal Internacional¹²⁶. De acuerdo a él, para que el individuo incurra en responsabilidad en virtud del crimen de agresión deberá haber estado, al momento de la realización del acto de agresión, en condiciones de “*controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar del Estado*” y su conducta consistirá en planificar, preparar, iniciar o realizar un acto de agresión que “*por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de Naciones Unidas*”. El acto de agresión es definido por el artículo 8bis como el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”.

D. Conclusiones de este título/capítulo

Como se pudo observar a lo largo de la evolución histórica de la regulación jurídica del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, la Carta de Naciones Unidas significó un cambio fundamental en la materia: de un sistema en el cual cada Estado era libre, con algunos matices según la época, de recurrir a la guerra, la adopción de la Carta de San Francisco en 1945 significó la adopción de un sistema en el cual los Estados se auto impusieron una prohibición general y amplísima de utilizar la fuerza, cualquiera fuera su intensidad, en sus relaciones internacionales. Crearon una autoridad que detenta el monopolio de poder, las Naciones Unidas y dentro de ella el Consejo de Seguridad, que posee la facultad de tomar medidas obligatorias para los Estados miembros y que pueden incluir el uso de la fuerza. A su vez los Estados se reservaron como única excepción al recurso a la fuerza el derecho a legítima defensa, como un derecho excepcional tanto con respecto a la prohibición general de la amenaza o uso de la fuerza como a las facultades del Consejo de Seguridad. Estos tres elementos básicos constituyen el sistema de seguridad colectiva el cual tiene como finalidad primordial reducir a un mínimo el uso de la fuerza de forma individual por los Estados y ampliar la intervención de la comunidad internacional organizada, a través del Consejo de Seguridad. Naturalmente es criticable la conformación del mismo por el poder dominante de los cinco miembros permanentes. En San Francisco los demás Estados entendieron, de forma correcta, que era mejor contar con un Consejo de Seguridad defectuoso que a tener los Estados poderosos fuera de todo sistema, libres para decidir por autoridad propia sobre el uso de la fuerza. En efecto, si bien los EE.UU., Rusia, China Francia y Gran Bretaña tienen un poder de decisión dominante dentro del sistema de seguridad colectiva, el mismo sistema a su vez impide que ellos puedan utilizar unilateralmente la fuerza, de forma arbitraria, como quedó demostrado en ejemplos históricos tales como la crisis del Canal de Suez en 1956 y el fracaso de una “intervención humanitaria” en Siria entre los años 2011 a 2013. Aquí se ve que, a pesar de la tremenda influencia que tienen los miembros permanentes del Consejo de Seguridad dentro del sistema, la voluntad de la organización es una voluntad diferente a la de sus Estados miembros. Este sistema es seguramente perfectible, pero por el

¹²⁵ UN Doc. [A/RES/56/83](#).

¹²⁶ [Estatuto de Roma constitutivo de la Corte Penal Internacional](#) del 17 de julio de 1998, con sus respectivas enmiendas. United Nations, Treaty Series, vol. 2187, No. 38544. El texto del Estatuto de Roma puede ser consultado en: <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/add16852-ae9-4757-abe7-9cdc7cf02886/283783/compendium3rd01spa.pdf> Fecha de consulta 06/03/2017.

momento es lo que es y el mismo posee una base jurídica apta para funcionar en un mundo multipolar, como el que se está consolidando actualmente.

III. Derecho Internacional Humanitario

El capítulo anterior giró en torno al concepto de *ius ad bellum*, que significa el derecho a iniciar una guerra o, en términos actuales a usar la fuerza. Este capítulo trata del *ius in bello*, que es el derecho que rige dentro del conflicto armado, en la conducción de las hostilidades, y que se lo conoce comúnmente como derecho internacional humanitario. El derecho internacional humanitario es el cúmulo de normas provenientes tanto del derecho internacional convencional como del consuetudinario y que rigen las relaciones entre las partes beligerantes dentro de un conflicto armado determinado, sea este de carácter internacional o no. Se habla de conflicto armado y no de guerra, ya que a partir de la Carta de Naciones Unidas el concepto de guerra perdió toda significación¹²⁷. Al prohibir la Carta todo uso de la fuerza, es natural que los Estados no pueden “declarar la guerra” en contra de otro Estado, como era la norma antes de 1945. El conflicto armado es internacional cuando dos o más Estados conducen hostilidades recíprocas a través de sus fuerzas armadas. A partir de los cuatro convenios de Ginebra de 1949 el derecho humanitario rige también en conflictos armados sin carácter internacional, en virtud del artículo 3 común a todos ellos. Esta tendencia se consolidó en 1977 cuando a la par de un acuerdo sobre los conflictos armados internacionales (Protocolo I), también se adoptó un acuerdo sobre conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). El conflicto armado no tiene carácter internacional cuando se da en el territorio de un solo Estado entre el gobierno de éste y grupos armados organizados o entre tales grupos¹²⁸.

A. Evolución histórica

Como se observara en el capítulo anterior salvo las limitaciones parciales y defectuosas del Pacto de la Sociedad de Naciones de 1919, y de los pactos Briand-Kellogg de 1928 y Saavedra Lamas de 1933, la guerra fue lícita desde los orígenes de la historia hasta 1945. La guerra era considerada como una situación jurídica bilateral, que comenzaba con una declaración formal de guerra, lo que iniciaba la situación jurídica de estado de guerra entre los contendientes y finalizaba a través de un tratado de paz, con el cual cesaba el estado de guerra y se retornaba a una relación de paz. De este sentido técnico, formal, de la guerra, el cual es importante por sus efectos jurídicos, hay que distinguir la guerra en sentido material, esto es, la confrontación armada real en el terreno¹²⁹: El estado de guerra era una situación jurídica formal, pudiendo dos Estados encontrarse en estado de guerra sin que estuvieran llevando adelante una guerra en sentido material. No obstante en este caso, el estado de guerra producirá los efectos jurídicos propios¹³⁰. Hubo en la historia numerosos casos de guerras en sentido material

¹²⁷ Como se vio, en el *ius ad bellum* el concepto de “guerra” fue reemplazado por el de “uso de la fuerza”, mientras que en el *ius in bello*, tal como se verá, por el de “conflicto armado”, haya o no declaración de guerra.

¹²⁸ El artículo 1 del Protocolo II define a los conflictos armados sin carácter internacional como aquellos que “se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”.

¹²⁹ Ver: DINSTEIN War, aggression, parags. 16-22, pp. 9-10.

¹³⁰ El 28 de marzo de 1945 la República Argentina declara “el estado de guerra” al Imperio de Japón y a Alemania como aliada del primero. Al igual que la mayoría de los Estados latinoamericanos, el estado de

pero que no generaban un estado de guerra (guerra en sentido formal) ya que no se emitían las correspondientes declaraciones de guerra¹³¹.

Como la guerra era lícita, los Estados buscaron la forma de limitar sus efectos destructivos. Si bien hubo algunas normas y proyectos al respecto, como la Conferencia de Ginebra de 1864¹³², las dos primeras grandes conferencias dirigidas a regular las relaciones dentro de un conflicto armado internacional fueron las conferencias de la Haya de 1899 y de 1907, que surgieron de la iniciativa de diversos Estados. En estas dos conferencias se puso énfasis en la forma de conducción de la guerra en general, en sus métodos y en sus medios. Con ese fin se buscó limitar y prohibir determinados tipos de armamento. Limitando el tipo y modo de uso de los armamentos, se protegerían a las personas alcanzadas por la guerra. En ambas conferencias se firmaron diversas convenciones, siendo la más importante en este tema la Convención II sobre las leyes y usos de la guerra terrestre. El derecho humanitario surgido en estas dos conferencias pasó a denominarse comúnmente como derecho de la Haya. Estas convenciones son aplicables en caso de guerra entre dos Estados partes del mismo, con lo cual se requería un estado de guerra en sentido técnico¹³³. Se había proyectado una tercera conferencia pero el comienzo de la Primera Guerra Mundial en 1914 lo impidió. El derecho de la Haya no reguló el derecho humanitario en las guerras civiles.

En el sistema de la Carta de Naciones Unidas, que prohíbe el uso de la fuerza, la Comisión de Derecho Internacional fue de la idea de que representaba una contradicción lógica querer regular algo que estaba prohibido, por lo cual no elaboró proyecto alguno de convenio relativo al derecho humanitario. No obstante, y a pesar de la prohibición del artículo 2.4 de la Carta, las guerras continuaron produciéndose. Es por ello que en 1949 por iniciativa del Comité Internacional de la Cruz Roja se celebra la conferencia de Ginebra que si bien tiene el mismo objeto que las anteriores, pone énfasis en la protección de las personas víctimas de la guerra. En consecuencia esta regulación establece obligaciones que las partes contendientes tienen con respecto a los prisioneros de guerra, heridos, civiles, etc. En Ginebra se firman cuatro convenios que son conocidos como derecho de Ginebra. A diferencia de las convenciones firmadas en la Haya, los de Ginebra amplían su ámbito de aplicación cuando su artículo 2 común a los cuatro convenios dispone que ellos se aplicarán *“en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes contratantes,*

guerra de Argentina con Japón y Alemania no fue acompañado por enfrentamiento armado alguno. Aquí se ve un estado de guerra, una guerra en sentido técnico, sin la existencia de una guerra en sentido material. El estado de guerra contra los países del eje tuvo una serie de efectos jurídicos tales como están expresado en el artículo 4 del decreto: *“Por los respectivos Ministerios y Secretarías de Estado se adoptarán de inmediato las medidas necesarias al estado de beligerancia, así como las que se requieran para poner término definitivamente a toda actividad de personas, firmas y empresas de cualquier nacionalidad que puedan atentar contra la seguridad del Estado o interferir en el esfuerzo bélico de las Naciones Unidas o amenazar la paz, el bienestar y la seguridad de las Naciones americanas”*.

¹³¹ Esto fue utilizado por los Estados para burlar las obligaciones de los tratados de renuncia a la guerra, tales como el Pacto Briand-Kellogg. Las guerras fronterizas entre la URSS y el Japón entre 1932 y 1941, en la región de Manchuria son un ejemplo típico al respecto. Si bien hubo situación de guerra en sentido material, con ingente pérdida de vidas humanas y de material, nunca llegaron a constituir una guerra en sentido técnico por falta de la correspondiente declaración de guerra. En abril de 1941 la URSS y Japón firman un pacto de neutralidad con lo cual ponen fin a esa larga serie de enfrentamientos armados.

¹³² En el que se adoptó el Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña, accesible en:

<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-1864-geneva-convention-1.htm> Fecha de consulta: 12/03/2017.

¹³³ Tal como lo establece el artículo 2 del Convenio II sobre las leyes y usos de la guerra terrestre.

aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra". En el artículo 3 común a las cuatro convenciones se regula por primera vez el derecho humanitario en los conflictos armados no internacionales.

Esta distinción entre derecho de la Haya y derecho de Ginebra se refiere al centro de gravedad de una y otra regulación, pero no significa una división tajante ya que ambos derechos regulan, en varios puntos, las mismas cuestiones.

En el año 1977 se realiza una nueva conferencia en donde se firman dos protocolos a las cuatro convenciones de Ginebra de 1949. Estos protocolos se ocupan no sólo del cuidado de las víctimas de los conflictos armados internacionales y no internacionales, derecho de ginebra, sino también de la forma de conducir el mismo, derecho de la Haya. El Protocolo I relativo a los conflictos armados internacionales hace extensiva su aplicación a los conflictos en que los pueblos luchan en contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas (artículo 1,4 del Protocolo I de 1977).

B. Fuentes del derecho internacional humanitario

El derecho internacional humanitario está compuesto por normas tanto convencionales como consuetudinarias.

1. Normas convencionales

Las diversas conferencias enumeradas más arriba generaron una serie de tratados de vigencia actual y que constituyen la base jurídica del derecho humanitario, si bien no la única regulación convencional. Estos acuerdos internacionales son:

. **Convenciones de la Haya de 1899 y 1907.** En la Conferencia de 1899 se firmaron cuatro convenciones de las cuales, en temas de derecho humanitario, las más importantes fueron: Convención II Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, Convención III Adaptación a la Guerra Marítima de los Principios del Convenio de Ginebra del año 1864, Convención IV Prohibición del Lanzamiento de Proyectiles y Explosivos Desde Globos.

A ello se le sumaron tres declaraciones sobre limitación y prohibición de determinados armamentos. En la Conferencia de 1907 se firmaron trece convenciones. Dos de ellas fueron una revisión de las convenciones II y III de la conferencia de 1899 y se firmaron otras referente a derecho humanitario tales como la Convención III La Apertura de Hostilidades, Convención V Los Derechos y Deberes de las Potencias y Personas Neutrales en Caso de Guerra Terrestre, Convención IX Bombardeo por Fuerzas Navales en Tiempo de Guerra, Convención X La Adaptación de la Guerra Marítima a los Principios de la Convención de Ginebra, etc. Se formularon dos declaraciones.

. **Convenios de Ginebra de 1949.**

En la conferencia de Ginebra se firmaron cuatro convenios¹³⁴: I. Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, II. Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, III. Convenio relativo al trato a los prisioneros de guerra y IV. Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Estos cuatro convenios han logrado un nivel de ratificación

¹³⁴ El texto completo de cada uno de los cuatro convenios publicados por el Comité Internacional de la Cruz Roja pueden ser consultados en: <https://www.icrc.org/spa/assets/files/publications/convenios-gva-esp2012.pdf> Fecha de consulta 02/03/2017.

(196 Estados¹³⁵) que pasaron a formar parte del derecho internacional humanitario consuetudinario¹³⁶.

. **Protocolos de 1977.** En 1977 se firmaron dos protocolos adicionales a los convenios de Ginebra de 1949, ellos son¹³⁷: [Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales](#) y [Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional](#).

A estas normas convencionales, que constituyen el núcleo más importante del derecho humanitario, se le suman otras convenciones sobre temas puntuales, tales como la [Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado](#), la [Convención de 1972 sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas \(biológicas\) y tóxicas y sobre su destrucción](#), la [Convención de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados](#), la cual viene acompañada de tres protocolos: [Protocolo I sobre fragmentos no localizables](#), [Protocolo II sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos](#), [Protocolo III sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias](#). En 1993 se firma la [Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción](#), en 1997 la [Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción](#), en 1998 se adopta el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en 1999 el [Protocolo a la Convención de 1954 para la protección de los bienes culturales](#), en el año 2000 el [Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados](#) y en el 2005 se firma el protocolo III de los [Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional](#)¹³⁸.

2. Normas consuetudinarias

A la par de un derecho humanitario convencional existe un derecho humanitario consuetudinario. Este derecho es de vital importancia ya que, mientras el derecho humanitario convencional se aplica sólo a los Estados partes contratantes de las diversas convenciones, el derecho humanitario consuetudinario constituye un núcleo básico y común que se aplica a todas las partes en un conflicto armado sean o no parte de las diversas convenciones¹³⁹. De este modo, muchos Estados, algunos de los cuales con gran capacidad bélica, que no firmaron algunos de los acuerdos internacionales en esta

¹³⁵ El estado de ratificación de los principales tratados de derecho humanitario puede consultarse en: <https://ihldatabases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/> Fecha de consulta: 12/03/2017.

¹³⁶ TURNS, D. "The law of armed conflicts (International humanitarian law)", en: EVANS International law, p. 823

¹³⁷ El texto completo de cada uno de los dos protocolos publicados por el Comité Internacional de la Cruz Roja pueden ser consultados en: <https://www.icrc.org/spa/assets/files/publications/icrc-003-0321.pdf> Fecha de consulta: 02/03/2017.

¹³⁸ Una enumeración más completa de los acuerdos internacionales en materia de derecho internacional humanitario puede consultarse en la página del Comité Internacional de la Cruz Roja, accesible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlja.htm> Fecha de consulta 02/03/2017.

¹³⁹ El Comité Internacional de la Cruz Roja publicó un trabajo de investigación que identifica el derecho humanitario consuetudinario. Esta publicación puede ser consultada en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/pcustom.htm> Fecha de consulta: 01/03/2017.

materia están, sin embargo, obligados a respetar los principios del derecho humanitario en virtud del derecho consuetudinario general.

El derecho internacional humanitario consuetudinario se aplica también a las cuestiones no reguladas por el derecho internacional humanitario convencional, al igual que se aplican los “principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”¹⁴⁰.

Por último, no hay que olvidar que el núcleo duro de las normas del derecho internacional humanitario, contenido tanto en el derecho humanitario convencional como en el consuetudinario, son normas imperativas del derecho internacional general, *ius cogens*, y no pueden ser derogadas por acuerdos internacionales (artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los Tratados) ni pueden ser objeto de contramedidas (artículo 50, 1 c) y d) del proyecto de la CDI del año 2001 sobre la responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito).

C. Principios y reglas del derecho internacional humanitario

Para no exceder el marco de esta exposición trataremos bajo éste título los principios y reglas más importantes del derecho humanitario, que se encuentran contenidos tanto en el derecho convencional como en el consuetudinario.

El principio fundamental sobre el cual se basa todo el derecho humanitario es que las necesidades militares deben armonizarse con las consideraciones de humanidad. De este principio fundamental surgen otros dos de primera importancia¹⁴¹: a) Principio de discriminación, en virtud del cual se diferencia entre objetivos militares y bienes civiles, combatientes y no combatientes¹⁴². b) Principio de proporcionalidad, en virtud del cual se prohíben acciones militares cuyos daños excedan claramente la ventaja militar que pudiera alcanzarse.

Es en torno a estos principios que se construyen las normas del derecho internacional humanitario. En la base de toda prohibición, está una violación ya sea al principio de discriminación, ya sea al principio de proporcionalidad. Veamos a continuación algunas reglas del derecho humanitario.

1. Combatientes y no combatientes

Esta diferenciación es esencial por varios motivos. Primero, sólo los combatientes tienen derecho a participar directamente de las hostilidades y con ello tienen el derecho a producir daño de guerra, esto es, la exclusión de la ilicitud de todos los actos de muerte y destrucción de la propiedad que se realicen estrictamente dentro de las hostilidades. Segundo, sólo los combatientes pueden ser objeto de ataques, mientras los civiles no y, tercero, sólo los combatientes gozan del estatuto de prisionero de guerra. El

¹⁴⁰ En ese sentido, el artículo 1.2 del Protocolo I de 1977 expresa: “*En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública*”. Esta norma contiene la cláusula Martens como medio de llenar las posibles lagunas del derecho en la materia. GALVÁN, S. “Derecho internacional humanitario”, en: PAGLIARI, A. Curso de Derecho Internacional Público, Segunda edición, Córdoba, (2013), p. 529.

¹⁴¹ Ver al respecto: CASANOVAS Y LA ROSA, O., “Capítulo XLIII, El derecho internacional humanitario en los conflictos armados (I): Objetivos militares, bienes de carácter civil, métodos y medios de combate”, en: DIEZ DE VELASCO, Instituciones, pp. 1071-1095

¹⁴² Por ejemplo el artículo 48 del Protocolo I establece: “*A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares*”.

primer problema que se plantea es el diferenciar entre quién es civil y quién es combatiente. El Protocolo I de 1977 define a la persona civil por exclusión, esto es, será civil todo el que no sea combatiente, por lo que es necesario determinar quién será considerado combatiente conforme al mismo protocolo y al Convenio III. En virtud de ello serán combatientes los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en el conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso)¹⁴³, los miembros de las milicias que no están formalmente dentro de las fuerzas armadas¹⁴⁴, los miembros de las fuerzas armadas regulares que reciben órdenes de un gobierno o de una autoridad no reconocida por la Potencia detentadora de dichas personas¹⁴⁵ y las personas que toman las armas al acercarse el enemigo para oponerse a él¹⁴⁶. Ni los espías ni los mercenarios tienen estatuto de combatientes (artículos 46 y 47 del Protocolo I de 1977).

Como se adelantó, sólo las personas con estatuto de combatientes tienen derecho a tomar parte directa en las hostilidades y tienen el derecho a producir daño de guerra. A su vez ellos son considerados objetivos militares legítimos para ser atacados por el enemigo¹⁴⁷. Es por ello que, a fin de proteger a la población civil de las hostilidades, los combatientes deben distinguirse claramente de ella en el curso de las operaciones o en la preparación de la misma. Si no es posible utilizar un distintivo tal como un uniforme u otro signo, los combatientes deberán portar abiertamente las armas durante todo el enfrentamiento militar, como así también durante el despliegue militar previo al ataque en que tomarán parte. A los combatientes le corresponde también el estatuto de prisioneros de guerra, cuyos derechos y obligaciones están regulado en el Convenio III de Ginebra de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra¹⁴⁸ y en el

¹⁴³ El artículo 43 del Protocolo I delimita bien qué debe entenderse por fuerzas armadas: “*Las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados*”.

¹⁴⁴ El artículo 4, A, 2 del Convenio III de Ginebra de 1949 se refiere a ellos de la siguiente manera: “los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones: a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados; b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia; c) llevar las armas a la vista; d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra;

¹⁴⁵ Artículo 4, A, 3 del Convenio III de Ginebra de 1949.

¹⁴⁶ Artículo 4, A, 6 del Convenio III de Ginebra de 1949: “*la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y las costumbres de la guerra*”.

¹⁴⁷ El Protocolo I de 1977 define al ataque como “*los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos*”.

¹⁴⁸ El artículo 4 del Convenio II de Ginebra establece otras personas que, sin ser combatientes, se les otorga el estatuto de prisionero de guerra, tales como “*las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan, teniendo éstas la obligación de proporcionarles, con tal finalidad, una tarjeta de identidad similar al modelo adjunto*” (artículo 4,a,4). También “los miembros de las tripulaciones, incluidos los patronos, los pilotos y los grumetes de la marina mercante, y las tripulaciones de la aviación civil de las Partes en conflicto que no se benefician de un trato más favorable en virtud de otras disposiciones del derecho internacional” (artículo 4, A, 5).

Protocolo I de 1977, artículos 43 a 47. El prisionero de guerra se halla en poder de la Potencia enemiga y no de los individuos de las tropas que lo hayan capturado, por lo que ella es responsable del trato que el mismo reciba, sin perjuicio de las responsabilidades individuales (artículo 12 Convenio III de Ginebra de 1949). Los prisioneros de guerra deben ser tratados humanamente, se prohíbe todo acto u omisión ilícita que importe la muerte o ponga en grave peligro la salud del prisionero, las mutilaciones físicas, los experimentos médicos o científicos con prisioneros y se los debe proteger de la violencia, intimidación, insulto y de la curiosidad pública (artículo 13 del Convenio III de Ginebra de 1949). Se los debe respetar como personas y en su honor, respeto a las mujeres prisioneras, se les debe otorgar manutención gratuita y asistencia médica, no se deben realizar distinciones en base al sexo, edad, nacionalidad u opiniones políticas, etc. (artículos 14,15 y 16 del Convenio III de Ginebra de 1949). El mismo trato se le realizará a los heridos, náufragos o enfermos de las fuerzas armadas en el mar (artículo 12 del Convenio II de Ginebra de 1949). El artículo 75 del Protocolo I de 1977 es de gran importancia ya dispone garantías fundamentales a las personas que queden bajo el poder de una de las Partes en conflicto y que no disfruten de mejor protección en virtud del Protocolo o de los Convenios de Ginebra como sería, por ejemplo, la situación de los mercenarios y espías. Estas personas deberán ser tratadas en todo momento con humanidad y queda prohibido los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental, los atentados contra la dignidad personal, se le debe garantizar un juicio justo en caso de infracción penal relacionada con el conflicto armado, etc., sin que las disposiciones de este artículo puedan limitar otras disposiciones más favorables para las personas por él protegidas, provenientes del derecho internacional general, lo que incluye también, las disposiciones de derechos humanos.

Las personas civiles están protegidas por el Convenio IV de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra y por el Protocolo I de 1977 (artículos 48 a 79). De acuerdo al Protocolo I de 1977 la población civil comprende a todas las personas civiles (artículo 50.2). Tanto las personas civiles como la población civil deben gozar de protección de los peligros propios de las hostilidades, no serán objeto de ataques, quedan prohibidos los actos de violencia o de amenaza con la finalidad de aterrorizar a la población civil, se prohíben los ataques indiscriminados que pueden alcanzar tanto objetivos militares como a personas o bienes civiles, se prohíben las represalias contra los civiles, no se puede utilizar a las personas o población civil como escudos humanos de objetivos militares o como cobertura de operaciones militares y está prohibido forzar el movimiento de población civil para obstaculizar las operaciones del enemigo (artículo 51 del Protocolo I de 1977). En cada ataque se debe tomar precauciones para no dañar a personas ni bienes civiles, también se deben tomar precauciones referidas a la elección de los objetivos y los métodos del ataque (artículo 57 del Protocolo I de 1977). Se prohíbe el ataque a localidades no defendidas, a zonas desmilitarizadas (artículos 59 y 60 del Protocolo I de 1977). Además de esta protección general, el Protocolo I de 1977 provee de protección especial a las mujeres, los niños, los periodistas (artículos 76 a 79).

2. Bienes de carácter civil y objetivos militares

La diferenciación de unos y otros no siempre es clara, ya que un objetivo militar está dado por su naturaleza, ubicación, etc. De acuerdo al artículo 52 del Protocolo I de 1977 la diferenciación se realiza por exclusión: son bienes de carácter civil todos los bienes que no sean objetivo militar. Luego, queda por establecer qué constituye un

objetivo militar. El artículo 52 del Protocolo I de 1977 caracteriza al objetivo militar como *“aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida”*. Determinado esto, los bienes civiles no pueden ser atacados ni ser objeto de represalias. Hay bienes que el derecho humanitario le reconoce una protección especial como son los bienes culturales y lugares de culto, siempre que no hayan sido convertidos en objetivos militares por el enemigo, como por ejemplo la utilización de un lugar de culto como depósito de armamentos o puesto de defensa, los bienes que son indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como artículos de alimento, zonas agrícolas, reservas de agua potable, etc., el medio ambiente, como así también a obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas a saber: las represas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica (artículos 53, 54, 55 y 56 del Protocolo I de 1977).

3. Métodos y medios de guerra

En el conflicto armado las Partes no poseen un derecho ilimitado en la elección del método y de los medios para llevar adelante la guerra. Quedan prohibido el uso de medios (armas, materiales proyectiles, etc.) y métodos de guerra que causen males superfluos o males innecesarios. También los métodos o medios que causen daño extenso, grave y duradero al medio ambiente (artículo 35 del Protocolo I de 1977). Se prohíbe la perfidia como método de guerra, definida por el Protocolo I como *“los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a éste que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados”* y pone como ejemplos simular intención de negociar, o simular enfermedad o herida, simular estatuto de no combatiente, usar símbolos de Naciones Unidas o de Estados que no participen en la contienda. En cambio son permitidas expresamente las estratagemas definidas por el Protocolo I de 1977 como *“los actos que tienen por objeto inducir a error a un adversario o hacerle cometer imprudencias, pero que no infringen ninguna norma de derecho internacional aplicable en los conflictos armados, ni son pérfidos ya que no apelan a la buena fe de un adversario con respecto a la protección prevista en ese derecho. Son ejemplos de estratagemas los actos siguientes: el camuflaje, las añagazas, las operaciones simuladas y las informaciones falsas”* (artículo 37). Se prohíbe también utilizar el signo distintivo de la Cruz Roja u otros signos protectores reconocidos internacionalmente, se prohíbe utilizar los signos de Estados neutrales o de Estados que no sean Partes en el conflicto (artículos 38 y 39 del Protocolo I de 1977). El artículo 40 del Protocolo I de 1977 prohíbe ordenar que no haya supervivientes, amenazar con ello al adversario o conducir las hostilidades en función a ese fin. Ninguna persona puede ser atacada si está fuera de combate, ya sea porque está en poder de la Parte enemiga, o expresa su voluntad de rendirse o se encuentra inconsciente o incapacitada de seguir el combate (artículo 41 Protocolo I de 1977).

D. Responsabilidad internacional por violaciones al derecho humanitario

Las violaciones a las normas del derecho humanitario importan tanto la responsabilidad internacional del Estado como la responsabilidad penal internacional del individuo que ejecutó los actos violatorios o participó en ellos.

La responsabilidad internacional del Estado se rige por las normas generales sobre la materia contenidas en el derecho consuetudinario, y receptadas por el proyecto de la CDI del año 2001 sobre la responsabilidad internacional del Estado por el hecho internacionalmente ilícito¹⁴⁹. Como se vio más arriba, las obligaciones del Estado en esta materia pueden provenir tanto del derecho humanitario convencional como del consuetudinario.

En cuanto a la responsabilidad penal internacional del individuo, no toda violación a cualquier obligación del derecho humanitario la genera. El Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante el Estatuto de Roma)¹⁵⁰ establece requisitos al respecto. Primero, no cualquier violación al derecho humanitario internacional genera la responsabilidad internacional del individuo, sino que deben tratarse “de los crímenes más graves de trascendencia internacional” (artículos 1 y 5 del Estatuto de Roma). Segundo, no todo acto del individuo genera su responsabilidad penal internacional sino sólo aquellos actos tipificados en el artículo 8 del Estatuto de Roma, crímenes de guerra, y con respecto a las obligaciones allí mencionadas. En primer lugar, los actos deben ser parte de un plan o política o como parte en la comisión a gran escala de esos crímenes. Debe tratarse de “crímenes de guerra”, es decir, de “infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949” si se trata de un conflicto armado internacional o, en casos de conflictos armados sin carácter internacional, las “violaciones graves” del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, o debe tratarse de “violaciones graves” de las “leyes y usos” aplicables a los conflictos armados con carácter internacional o sin ese carácter, esto incluye el derecho internacional humanitario consuetudinario. Estas infracciones o violaciones graves deben consistir en determinados hechos enumerados en los distintos incisos y párrafos del artículo 8 del Estatuto de Roma, el cual es un verdadero catálogo de las normas fundamentales del derecho internacional humanitario.

¹⁴⁹ UN Doc. [A/RES/56/83](#)

¹⁵⁰ [Estatuto de Roma constitutivo de la Corte Penal Internacional](#) del 17 de julio de 1998, con sus respectivas enmiendas. United Nations, Treaty Series, vol. 2187, No. 38544. El texto del Estatuto de Roma puede ser consultado en: <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/add16852-ae9-4757-abe7-9cdc7cf02886/283783/compendium3rd01spa.pdf> Fecha de consulta 06/03/2017.