

EL USO DE LA FUERZA FRENTE A LAS AGRESIONES DE BAJA INTENSIDAD

HERNANDO V. CAÑARDO *

I. Introducción

El fin de la Guerra Fría y otros acontecimientos han reducido sustancialmente la probabilidad de que las fuerzas de los Estados Unidos tengan que involucrarse en serias hostilidades. La Tercera Guerra Mundial y el holocausto nuclear ya no son concebidos como amenazas a la seguridad. Sin embargo, desafortunadamente, siguen existiendo una variedad de organizaciones políticas y paramilitares alrededor del mundo que han roto sus vínculos con el viejo sistema, o bien se han desarrollado independientemente de esa tradición. En particular, las organizaciones terroristas, los carteles de la droga y su creciente sinergia; representan una seria amenaza a la paz de la comunidad internacional; a la vez que existen, también, otras amenazas de baja intensidad. Este ensayo proporcionará una perspectiva general del derecho de soberanía moderno del control –de parte del gobierno estadounidense o de cualquier otro gobierno– sobre los conflictos de baja intensidad; presentando algunas cuestiones que podrían provocar debate.

Antes de entrar a examinar el desarrollo histórico de la doctrina de la soberanía y su contenido moderno, es menester hacer algunas aclaraciones. Sobre todo, aunque puedan existir casos en los que una nación concluya que debe apartarse de las reglas del Derecho Inter-

* Profesor Titular de Derecho Internacional de la Universidad Católica Argentina. Debe destacarse la colaboración, en la preparación y edición de este trabajo, de la Dra. Lorena M. Lamela, Asistente de la Cátedra 2º Intermedio “A”.

nacional en defensa de su seguridad nacional, deben tenerse presentes los beneficios de un orden mundial legal y estable; para preservar el Derecho Internacional como un instrumento tanto de paz como de justicia –y no sólo de un orden–. Con respecto a esta cuestión, ya Thomas Jefferson reconocía que pueden existir circunstancias extremas en las cuales el estado de derecho debe ceder frente a la supervivencia de la nación. En tal sentido, en una carta, dirigida a J. B. Colvin, en 1810, Jefferson escribió que “una estricta observancia del derecho escrito es sin duda uno de los elevados deberes de un buen ciudadano, pero no es el más alto. Las leyes de la necesidad, de la auto-preservación¹, de salvar a nuestro país cuando está en peligro, son una obligación más elevada. Perder nuestro país por una adhesión escrupulosa al derecho escrito, sería perder el derecho mismo con la vida, libertad, propiedad y todos aquellos que gozan de ellos junto a nosotros sacrificando el fin a los medios”².

Por su parte, en 1963, el ex Secretario de Estado, Dean Acheson dijo a la Sociedad Americana de Derecho Internacional, en relación a la Crisis de los misiles en Cuba, que –a su juicio– “la cuarentena no es un asunto legal o un asunto de Derecho Internacional en el sentido en que esos términos deben ser entendidos (...) el derecho simplemente no trata con esas cuestiones del poder supremo (...). La supervivencia de un estado no es una cuestión de derecho”³. Y el profesor W. E. Hall, fue aún más allá, pareciendo argumentar que el Derecho Internacional virtualmente permitía cualquier medida que fuera necesaria para la supervivencia de un Estado⁴. No obstante, y a pesar que estas situaciones son extremadamente raras, cuando se está tentado por torcer las reglas un poco, para promover lo que se percibe que son los intereses de una nación, es necesario comprender y medir cuidadosamente los costos relacionados con ser considerado violador de la ley por otras naciones en la comunidad mundial; así como también los riesgos de modificar, sin darse cuenta, las reglas de comportamiento internacional aceptadas.

¹ Ha sido denominado derecho de independencia y de propia conservación y a ambos se los consideró derechos absolutos. *Droit des Gens*, Vattel, Guillaumin. *Elements du Droit International*, Wheaton, Pt. 2, 1. *Diplomatie de la Mer*; Ortolan.

² Escritos de THOMAS JEFFERSON, 418 (Mem., 1904).

³ American Society of International Law, 57^o *Proceedings*, 1967, págs. 13-14.

⁴ Como último recurso, casi todas las obligaciones de los estados están subordinadas al derecho de auto preservación. W. E. HALL, *Un Tratado en Derecho Internacional*, 8^o ed., A. Pierce Higgins, 1924, pág. 322.

Jefferson dejó abundantes legados. Su política exterior estaba basada en dos ideas complementarias: la paz a través de la justicia; y la paz a través de la fuerza. A diferencia de muchos de sus contemporáneos, y de otros aún hoy, él reconoció que acatar la regla de la ley era a largo plazo en el propio interés de los estados soberanos. En una carta a su amigo Lafayette, el 2 de abril de 1790, Jefferson escribió “(...) que las naciones deben ser gobernadas con respecto a sus propios intereses, pero estoy convencido que, a largo plazo, es en su interés ser agradecidos, fieles a sus compromisos, aun en las peores circunstancias, y honorables y generosos siempre”⁵. Y, en el mismo sentido, el 18 de abril de 1793, en su “Opinión sobre si los Estados Unidos tenían derecho a denunciar sus tratados con Francia tras la Revolución Francesa”; el Secretario de Estado, sostuvo que “los tratados (...) entre una nación y otra, son obligatorios para ellas por la misma regla moral que obliga a los individuos a observar sus contratos (...). Es cierto que las naciones deben ser juzgadas por ellas mismas; desde que ninguna nación tiene derecho a juzgar a otra, pero el tribunal de nuestra conciencia permanece y también la opinión del mundo. Estos revisarán la sentencia que pasemos en nuestro propio caso y al respetar los tratados debemos ver que al juzgarnos a nosotros hemos actuado en el papel de jueces rigurosos e imparciales”⁶.

Entonces, mientras buscamos las soluciones legales a los complejos desafíos que enfrentamos con respecto a los conflictos de baja intensidad, resulta imperativo que no perdamos de vista esa brújula de la “paz a través de la justicia”; la cual, a su vez, fue complementada por una muy sensata creencia en la necesidad de una fuerza militar. En una carta del 23 de agosto de 1785, dirigida a John Jay –quien sirvió como Secretario de Asuntos Exteriores en el Congreso Continental–, Jefferson razonó: “La justicia (...) de nuestro lado, nos salvará de aquellas guerras que pudieran producirse por una disposición en contrario. Pero ¿cómo podemos prevenir aquellas producidas por la injusticia de las naciones? Poniéndonos en condiciones de castigarlas. La debilidad provoca insultos y perjuicios, mientras que es-

⁵ THOMAS JEFFERSON. ob. cit., págs. 8-12.

⁶ THOMAS JEFFERSON. ob. cit., págs. 8-11. También, en otra carta del 28 de julio de 1791 a William Short, quien había sido su secretario privado en París, y era entonces Encargado de Negocios norteamericano en París; el Secretario de Estado Jefferson dijo: “Si existe un principio más profundamente arraigado que cualquier otro en la mente de cada americano, ese es que no debemos tener nada que ver con la conquista”; demostrando, con ello, que –en esos momentos– los Estados Unidos perseguían una política de tipo aislacionista, ob. cit., págs. 8-219.

tar preparados para castigar, a menudo los previene. Este razonamiento conduce a la necesidad de alguna fuerza naval; siendo la única arma con la que podamos alcanzar al enemigo. Pienso que es en nuestro interés castigar el primer insulto, porque un insulto sin castigo es el padre de muchos otros. No estamos, en este momento, en condiciones de hacerlo, pero deberíamos dedicarnos a ello, lo más pronto posible”⁷.

¿Cuán lejos pueden llegar los Estados Unidos u otros Estados en sus esfuerzos para promover la justicia en la lucha contra el terrorismo, las drogas y otras amenazas importantes, sin violar de manera inaceptable los derechos soberanos de otros Estados?

Al reflexionar sobre esta importante cuestión, debemos tener presente el principio subyacente de “no intervención”, actualmente incluido en el artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas, y que fuera un elemento clave en la “temprana” política exterior de los Estados Unidos. Al respecto, el 24 de octubre de 1823 –aproximadamente un mes antes de la promulgación de la Doctrina Monroe– Jefferson escribió una carta al presidente Monroe en la que decía: “Nuestra primera y fundamental máxima debe ser, nunca enredarnos en los conflictos de Europa. Nuestra segunda, nunca permitir que Europa se entrometa en los asuntos cis-atlánticos; América, Norte y Sur, tiene una serie de intereses distintos de los de Europa y peculiarmente propios. Ella, por consiguiente, debe tener un sistema propio, separado y aislado de aquel de Europa. Mientras que el último se está esforzando para convertirse en el domicilio del despotismo; nuestros esfuerzos deben ser hechos con el objeto de hacer de nuestro hemisferio aquel de la libertad (...)”⁸.

La idea de prohibir la “interferencia de cualquier Estado en los asuntos internos de otro” fue un concepto radical –cuando Jefferson lo propuso– pero era un principio firme que ahora se encuentra incluido tanto en el Derecho Internacional consuetudinario como convencional y, en ocasiones, puede servir como un impedimento a medidas, de otra manera atractivas, para hacer frente a las agresiones de baja intensidad. De allí que, al buscar soluciones a estas serias amenazas a la seguridad nacional, debamos hacer todos los esfuerzos po-

⁷ THOMAS JEFFERSON, ob. cit., págs. 8-95.

⁸ THOMAS JEFFERSON, ob. cit., págs. 8-95. CALVO, Carlos, *Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América*, París, 1868, t. I, Capítulo 2, Sección 78, págs. 146-147.

sibles para dejar intacta la prohibición fundamental contra la interferencia en los asuntos internos de otros Estados⁹.

Por otra parte, también debemos tener presente el importante concepto legal de reciprocidad; respecto del cual existen, básicamente, dos aspectos de relevancia. El primero hace a la realidad de que cualquier “laguna” que encontremos en el derecho existente para actuar y cualquier nuevo principio de derecho consuetudinario que ayudemos a forjar podrán ser usados por el mundo, incluidos los regímenes radicales y otros potenciales adversarios, en sus relaciones con los Estados. En consecuencia, al analizar nuestras opciones estratégicas, debemos resistir la tentación de destruir los valores en orden a salvarlos; debemos reconocer que cualquier nuevo principio de Derecho Internacional que se decida abrazar debe aplicarse universalmente sobre el sistema de naciones en la comunidad internacional; y, antes que algún Estado reclame el derecho de entrar en territorio extranjero para tomar medidas contra terroristas, barones de la droga o contra actividades subversivas llevadas a cabo contra un gobierno, es necesario considerar las consecuencias de legalizar conductas similares para otros gobiernos que puedan tener un concepto diferente de quién es un “terrorista”.

El segundo aspecto hace uso de las observaciones de Jefferson de que el derecho es un “medio” y no el “fin” último de la política; y, aquí, debemos tener presente que los Estados Unidos –así como otras naciones– entraron al régimen legal establecido por la Carta de las Naciones Unidas con una clara advertencia de que esperaban que todos los Estados que entraran en dicho régimen acataran el mismo conjunto de reglas. De modo tal que si los intereses fundamentales de un Estado son puestos en peligro porque se elige competir según las reglas de derecho contra adversarios que no aceptan tales limitaciones, puede llegar el momento en que resulte necesario reafirmar su propia adhesión al estado de derecho, con respecto a aquellos Estados fuera de la ley.

La primera de las señaladas, es una cuestión importante; pues si bien el régimen actual del Derecho Internacional está basado en la “igualdad soberana” de todos los Estados, independientemente de su tamaño o poder¹⁰; existe una tentación de recurrir a los estatutos *long*

⁹ Debe tenerse en cuenta que el concepto de “asuntos internos de los estados”, con el tiempo, ha ido cambiando.

¹⁰ Artículo 2 (1) de la Carta de las Naciones Unidas. Un claro ejemplo de la corrección de dicha igualdad soberana se pone de manifiesto en el derecho de veto previsto por el artículo 27 de la Carta.

arm que reclaman jurisdicción extraterritorial para castigar a los traficantes de drogas o a los terroristas. Por ejemplo, Estados Unidos al igual que otros estados, acepta la denominada *Doctrina Ker-Frisbie*, que permite a los tribunales juzgar a individuos adecuadamente acusados, independientemente del hecho de que hayan sido llevados ante ellos, desde otra jurisdicción, mediante secuestro o mediante otro uso ilegal de la fuerza. Gracias a estas reglas, por ejemplo, el barón de la droga mexicano, René Martín Verdugo Urquidez, ha sido condenado por un tribunal de California, por la tortura y muerte de un agente norteamericano de la DEA, Enrique Camarena¹¹. La mayoría de los norteamericanos aprobaron esta conducta, y el hecho que Verdugo, aparentemente, fuera capturado en forma ilegal, en México, por agentes del gobierno norteamericano, pareció irrelevante.

Ahora, reflexionemos por un momento, ¿cómo hubieran visto los Estados Unidos, un intento de Irak de llevar a cabo un estatuto de jurisdicción extraterritorial que impusiera la pena de muerte para cualquier individuo que tome parte en el “pecaminoso” negocio de producir o comercializar bebidas alcohólicas, si tales bebidas fueran contrabandeadas a Irak en violación a sus leyes? Sin duda, podemos pensar que las drogas constituyen una amenaza mayor que el alcohol; pero, subjetivamente, Irak podría agrupar ambas categorías juntas. Y aunque los Estados Unidos puedan tener garantías procesales suficientes para salvaguardar los derechos de acusados inocentes; el Derecho Internacional no requiere que Irak adopte un juicio por jurados antes de ejecutar una sentencia capital. De ello se desprende que los esfuerzos unilaterales para castigar la conducta armada internacional tienen riesgos inherentes; y que los políticos necesitan sopesar las potenciales consecuencias antes de abrazar “simples soluciones”. Si bien arribar a un acuerdo con los otros Estados puede ser difícil; tener un acuerdo multilateral, cuando ello es posible, tiene claras ventajas; incluso, resulta valioso agotar las opciones multilaterales aun cuando la acción efectiva a ese nivel pueda estar bloqueada.

Con respecto a la segunda cuestión, ante todo, debe quedar claro que no se está instando ni a los Estados Unidos ni a ningún otro Estado a convertirse en un violador de la ley para resolver los actuales

¹¹ Ver: American Society of International Law. *Verdugo II reconsidered. The Law and Policy of Rendition*. ROBERT F. TUNER, *Law and National Security Report*. 3^o ABA, Verano 1991, pág. 13 (6-8). Ver también el caso: “United States vs. Alvarez Machain”, Corte Suprema de los Estados Unidos, 31 ILM, vol. 31, N^o 4, julio 1992, pág. 900.

problemas de los conflictos de baja intensidad. Los Estados reciben tremendos beneficios, como nación, por vivir en un mundo gobernado por la regla del derecho, y debemos hacer todo lo posible para mantener los principios que fueron abrazados en 1945, en San Francisco. No obstante, si la comunidad mundial no se muestra dispuesta o resulta incapaz de dar efectividad a la Carta —particularmente con respecto a sus prohibiciones contra la agresión armada—, llegará el momento en que necesitemos adaptarnos a las reglas de nuestros adversarios. De hecho, esa fue la expectativa del Senador Arthur Vandenberg, quien co-encabezó la Delegación Norteamericana a la Conferencia de San Francisco, en 1945, y luego ayudó a persuadir al Senado de dar su recomendación y consentimiento para la ratificación de la Carta de las Naciones Unidas. Al presentar el tratado al Senado, Vandenberg dijo: “Deseo una nueva dignidad y una nueva autoridad para el Derecho Internacional. Pienso que los propios intereses americanos lo requieren. Pero (...) eso también requiere verdadera reciprocidad. Con todo candor y honestidad, pienso que deberíamos decir a otras naciones que esta cosa gloriosa que contemplamos no es y no puede ser unilateral. Pienso que debemos decir nuevamente que el idealismo no compartido es una amenaza con la que no podríamos comprometernos en la post-guerra mundial”¹².

Sería inmoral para los miembros de la comunidad mundial respetuosos de la ley y amantes de la paz quedarse quietos en el respeto a la regla de derecho mientras que los Estados violadores de la ley llevan a cabo reiterados actos de agresión sin ser contestados. Es de esperar que el sistema de mantenimiento de la paz internacional sea lo suficientemente fuerte para responder efectivamente a la agresión; pero si en algún momento falla puede resultar necesario decir a los flagrantes agresores que no hay otra alternativa que jugar con sus reglas. Esto significa que no se debe permitir que un régimen legal inefectivo garantice la victoria de los violadores de la ley. Sin embargo, aunque tuviéramos que optar por recurrir a las “leyes de la jungla”; al decidir utilizar la fuerza sería imperativo que continuáramos acatando las reglas fundamentales de la conducta moral civilizada que regulan la forma en la que usamos la fuerza¹³.

¹² Congress Records, 166, 1995.

¹³ Esto pues, por ejemplo, el hecho que las fuerzas iraquíes asesinen niños y violen civiles, no justificaría los mismos abusos por las fuerzas de cualquier otro Estado.

En el presente, el Derecho Internacional es aún un medio imperfecto para mantener la paz internacional, y cuando, con respecto a un Estado notoriamente violador del Derecho Internacional en particular, anunciamos que no tenemos opción sino jugar con las reglas de comportamiento que han seleccionado, puede ser que, finalmente, promovamos un mayor respeto por el Derecho Internacional dándole a los Estados agresores un llamado de atención para que no continúen violando las reglas establecidas del comportamiento internacional.

Retomando la primera cuestión, cabe hacer referencia aquí a los beneficios de los “enfoques multilaterales”. El Derecho Internacional no favorece el recurso a la fuerza armada por los Estados individualmente y, aun cuando la legítima defensa provee una justificación legal completa para las medidas militares, existe una comprensible preferencia por las soluciones multilaterales.

Obviamente, si Estados Unidos o uno de sus aliados clave es atacado por una fuerza militar importante, pocos discutirían la toma de medidas defensivas como medio de proteger sus intereses. Pero, aun en esa situación, sería en interés del Derecho Internacional plantear rápidamente el asunto ante las Organizaciones Internacionales apropiadas (Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas u Organización de Estados Americanos). Ante todo, eso proporcionaría una prueba de buena fe de parte del Estado atacado y demostraría la preferencia por las respuestas multilaterales a la agresión armada. En segundo lugar, si la alternativa a la acción colectiva, finalmente, es la acción unilateral, existe siempre la posibilidad de ganar el apoyo de la comunidad mundial y ellos compartirán los costos de detener o derrotar la agresión. Por el contrario, cada vez que los Estados ignoran la maquinaria del Derecho Internacional ayudan a destruir aquella estructura; y a largo plazo no es sino en el interés de los Estados tener un mecanismo de seguridad colectiva mundial efectivo.

Existen, entonces, obvias ventajas de adoptar un enfoque multilateral. Consideremos por un momento el caso de Libia y el ataque terrorista al vuelo 103 de Pan Am. Si los poderosos Estados Unidos enviaban una fuerza armada al Golfo de Sidra con el fin de presionar a Libia para que entregara a los terroristas acusados, varias naciones hubieran visto esto como una “política de poder” de parte de un “matón” que impone su voluntad sobre un Estado relativamente débil del Tercer Mundo. Por el contrario, al permitir que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tomara la iniciativa, el caso dejaba de ser “Estados Unidos vs. Libia” para convertirse en “La Comuni-

dad Mundial vs. Libia”; a la vez que una acusación del Consejo de Seguridad de que Libia era culpable de terrorismo de estado resultaría más convincente para la mayoría de los observadores neutrales que lo que hubiera sido una acusación unilateral de los Estados Unidos. Aun si, al final, Estados Unidos debía actuar unilateralmente; el hecho que el Consejo de Seguridad hubiera intentado sin éxito obligar a Libia a cumplir con sus responsabilidades internacionales probablemente reforzaría la posición estadounidense si, en última instancia, la fuerza era necesaria.

Este enfoque no carece de riesgos y algunos estudiosos, probablemente, argumentarán que Estados Unidos perdía el derecho de actuar en legítima defensa una vez que el Consejo de Seguridad se ocupaba del asunto; sin embargo el texto de la Carta dice que la legítima defensa se encuentra permitida “hasta tanto el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacional”¹⁴; y puede sostenerse que si las medidas del Consejo de Seguridad no llevan a cabo el objetivo establecido o si, finalmente, la acción de éste se ve impedida por el veto, entonces el Consejo no habría tomado las medidas necesarias para “mantener la paz y seguridad internacionales” y el derecho de legítima defensa puede aplicarse con claridad¹⁵.

Por otra parte, tal como se advirtiera al examinar la segunda cuestión, el derecho es un medio y no el fin último de la sociedad¹⁶. Es un medio enormemente importante, y los Estados no deben hacer nada para impedir el continuo desarrollo del Derecho Internacional si se puede evitar. No obstante –especialmente, dadas algunas de las actuales deficiencias o debilidades de la ley–, puede llegar el momento en que un Estado deba actuar contrariamente a un tratado o a otra obligación de Derecho Internacional; y entonces será importante que se cause el menor daño posible al sistema legal. Así, pues las violaciones al derecho no deben ser tomadas a la ligera, sino que deben limitarse a la menor violación posible del derecho, que sea consistente con la protección de los intereses de cada país. No debemos torcer las reglas para pretender justificar una conducta ilegal.

¹⁴ Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas.

¹⁵ Como se verá, en los casos en que un Estado es forzado a ir solo –por ejemplo, en situaciones en las que otro miembro permanente ejerce su veto en el Consejo de Seguridad– es importante que tenga el máximo conocimiento posible de la opinión pública y de los gobiernos del mundo.

¹⁶ *Ibidem* nota 1.

Si los Estados, en algún momento, encuentran necesario apartarse del régimen actual del Derecho Internacional para combatir efectivamente contra un violador de la ley en particular, es imperativo que hagan todo lo razonablemente posible para explicar sus acciones y reafirmar su compromiso con los principios del Derecho Internacional. Y, en tal sentido, también sería mejor reconocer que las “circunstancias especiales” les exigieron apartarse de las reglas de comportamiento aceptadas para salvaguardar los intereses fundamentales de la seguridad nacional –que han sido puestos en peligro por la conducta flagrantemente ilegal de otro Estado–; que buscar justificación para tales medidas extraordinarias como si fueran acordes con las normas de comportamiento establecidas, lo cual prepararía el camino para un cambio indeseado en las reglas de conducta internacional¹⁷.

Relacionada con esta clase de situaciones extraordinarias se encuentra, también, la cuestión de la equidad. Además de las fuentes primarias del Derecho Internacional, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, menciona el procedimiento de acuerdo a equidad, a la vez que la Corte Permanente de Justicia Internacional –concretamente el Juez Manley Hudson–, ha sostenido, en una opinión concurrente, en el caso de *Las Presas del Río Mosela*¹⁸ que “debe concluirse (...) que bajo el artículo 38 del Estatuto, sino independientemente de este artículo, la Corte tiene alguna libertad para considerar los principios de equidad como parte del Derecho Internacional que debe aplicar. Parece ser un importante principio de equidad que donde dos partes han asumido obligaciones idénticas o recíprocas, a la parte que esté involucrada en un constante incumplimiento de esas obligaciones no debe permitírsele tomar ventaja de un incumplimiento similar de aquella obligación por la otra parte¹⁹”.

Este principio encuentra su expresión en las llamadas máximas de equidad –que ejercieron gran influencia en el período creador del desarrollo del derecho anglo-americano–. Una de ellas es que “el que busca equidad debe practicar la equidad”; ésta es, a su vez, conforme a la máxima según la cual “una Corte de equidad rechazará la solución a un demandante cuya conducta en relación con la materia obje-

¹⁷ Como se verá más adelante, la intervención norteamericana en Panamá, en diciembre de 1989, puede proporcionarnos un ejemplo de cómo no manejar las “situaciones especiales”.

¹⁸ “Países Bajos vs. Bélgica”, 1937, P.C.I.J. Serie A/B N° 70, 178.

¹⁹ La equidad también fue discutida y tratada como fuente de reglas legales en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, 1969, I.C.J. –4, 88, 89, 91, 98.

to de litigio ha sido impropia”²⁰. Un principio similar fue recibido del derecho romano, según el cual: *las obligaciones de un vendedor y un comprador, siendo concurrentes, “no pueden obligar al otro a cumplir salvo que él haya hecho o intentado hacer su propia parte”*²¹.

Los principios de equidad pueden proporcionar algunas bases legales a los Estados para tratar con los regímenes radicales o naciones agresoras, fuera de las reglas normales del derecho y comportamiento internacionales. Cuando Japón invadió Manchuria, en 1931, el Secretario de Estado, Henry Stimson, anunció su *Doctrina Stimson*; la cual fue mejorada, posteriormente, por la Liga de Naciones y un gran número de estudiosos legales. En esencia, ella estipulaba que las ganancias territoriales injustas provenientes de la agresión ilegal no serían reconocidas por el mundo respetuoso de la ley. En tal sentido –y tal como se discutirá más adelante– considero que el ataque aéreo sobre objetivos terroristas en Libia, de marzo de 1986, ha sido consistente con la doctrina de la legítima defensa reconocida en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas; pero aun si fuera considerado una violación de la ley, podría argumentarse que la Corte Internacional de Justicia no debía permitir a Libia elevar un reclamo contra las medidas defensivas de auto-ayuda de otros Estados, toda vez que los importantes principios de necesidad y proporcionalidad se encontraban satisfechos.

En la raíz de esta sugerencia se encuentra la idea de que a un Estado que se niega a adecuar su propia conducta a las más fundamentales reglas de Derecho Internacional, no debe permitírsele debilitar aún más a sus víctimas persuadiendo a la comunidad internacional de castigar una violación defensiva de esas mismas reglas.

Ahora, ¿por qué la comunidad internacional debería aceptar tal enfoque? En primer lugar, porque es justo y equitativo. Pero, casi de igual importancia, porque una regla semejante reforzaría también la disuasión y proporcionaría incentivos adicionales a los regímenes radicales para que obedezcan el Derecho Internacional. Así, se encuentra bien documentado que el gobierno de Libia limitó significativamente su apoyo al terrorismo internacional en los meses subsiguientes al ataque americano de 1986²²; y resultaría difícil sostener que el ataque, finalmente, no haya contribuido a reforzar la obediencia a la

²⁰ *Halsbury's Laws of England*, 2^a ed., 1934.

²¹ HENKIN PUGH-SCHACHTER Y SMITH, *Derecho Internacional*, West, 1987, pág. 101.

²² Departamento de Defensa, Archivos de Grupos Terroristas, 3, 1988.

regla del derecho. Tal como se dijo, el senador Vandenberg²³ enfatizó, en 1945, que la aceptación, por parte de Estados Unidos, del derecho de la Carta estaba basada en el cumplimiento recíproco de sus adversarios; de allí que si otros medios de combatir el terrorismo y otras formas de agresiones de baja intensidad resultan ser insuficientes y requieren medidas defensivas de cuestionable legalidad, podría ser útil explorar defensas equitativas. Por ejemplo, la doctrina de las “manos sucias”²⁴ niega un alivio equitativo a un peticionante cuya propia conducta violó las reglas o es injusta.

Entonces, hasta que puedan desarrollarse medios más efectivos para obligar a los regímenes radicales a cumplir con sus obligaciones legales internacionales, no dedicarse al terrorismo o a cualquier otro uso de la fuerza agresivo; parecería razonable pedir al Derecho Internacional que no dirija su sistema de inmunidad contra un Estado que cumple con las reglas de Derecho Internacional que simplemente intenta defenderse –o defender a otras víctimas– de tal agresión ilegal. En realidad, considero que la mayoría de las respuestas “defensivas” necesarias y proporcionales al terrorismo internacional o a otras formas de agresión armada de baja intensidad estarán permitidas bajo la teoría de la legítima defensa; aunque no todos los juristas estarán de acuerdo. Por consiguiente, podría ser útil complementar una petición de legítima defensa con el argumento de que aun si la respuesta defensiva excede los límites enunciados por los autores de la Carta, el agresor inicial –quien ha elegido no acatar sus obligaciones internacionales– no debe poder debilitar aún más a las víctimas de su agresión usando medidas legales contra la respuesta defensiva. El más básico principio de equidad reconoce la injusticia de semejante intento, y los Estados deberían reafirmar la idea de que la equidad es parte del Derecho Internacional.

Existe, sin embargo, un claro problema con este enfoque. Principios fundamentales de equidad prohibirían totalmente a Libia entablar una demanda contra Estados Unidos por una violación recíproca de las previsiones de la Carta relativas al uso de la fuerza²⁵; sin em-

²³ *Ibidem* nota 12.

²⁴ *Black's Law Dictionary*, 5^a ed., pág. 1367.

²⁵ Mucho de este debate se basa en la idea de que la expresión “ataque armado” del artículo 51 de la Carta reduce el derecho tradicional de legítima defensa e impide una respuesta de fuerza a ciertos tipos de agresión de baja intensidad. Sin embargo, existen opiniones en el caso de las Actividades Paramilitares (Nicaragua vs. Estados Unidos) que apoyan una interpretación más acotada del artículo 51 y es con ese caso en mente que se propone el camino alternativo de las defensas equitativas.

bargo, aquellas previsiones son claras normas perentorias de Derecho Internacional –*ius cogens*– y, como tales, una violación no sólo constituye una ofensa contra el objetivo del uso de la fuerza, sino también contra cualquier otro Estado. En consecuencia, y desde que existe una jurisdicción universal sobre las violaciones al artículo 2 (4), aun cuando una defensa de equidad pudiera evitar que Libia prevalezca en un reclamo, no necesariamente protegería contra un reclamo de otro Estado que no haya violado la Carta. No obstante, el argumento de equidad es justo y fuerte, y en el extremo que los argumentos de legítima defensa son cuestionables sería útil acompañarlos de un llamado a la equidad.

Por último, antes de entrar en la cuestión de la soberanía, puede ser apropiado otro comentario; en el sentido que ninguna gran iniciativa de política exterior tiene probabilidades de éxito, en una democracia, salvo que sea entendida y apoyada por la opinión pública. Este principio sugiere la utilidad –independientemente de los requerimientos legales– de mantener al Congreso o a los órganos legislativos informados de tales iniciativas²⁶.

Sin duda Jefferson tenía razón, cuando habló de la importancia de “tener el derecho moral de nuestro lado”²⁷. Cuando intentamos examinar el apoyo de nuestro propio pueblo y de aquellos de otros países, a menudo nuestras políticas son claramente justas y es necesaria poca explicación; pero existen situaciones frecuentes en las cuales esas políticas sólo tienen sentido para aquellos familiarizados con los antecedentes de los hechos. Esto es especialmente cierto cuando se usa la fuerza en defensa contra una agresión de baja intensidad; pues, a menudo, la comunidad mundial e incluso nuestro propio pueblo no estará convencido de una campaña inicial encubierta de agresión. Por ejemplo, pocos americanos conocían los detalles de los esfuerzos del gobierno de Nicaragua para derrocar al gobierno de El Salvador y a otros Estados vecinos; así como tampoco se apreció completamente que Libia estaba involucrada en terrorismo de Estado, al momento del ataque militar estadounidense, en marzo de 1986. Como resultado de ello, un gran número de ciudadanos norteamericanos y de otros países fueron llevados a creer, en ambos casos, que su gobierno estaba involucrado en ataques ilegales no provocados.

²⁶ *War Powers Resolution*, 7/11/1973. 87 Stat. 555,50 U.S.C. 1541-1548, 1976.

²⁷ THOMAS JEFFERSON, ob. cit., pág. 8-95.

Aun si esta oposición no impide el éxito de las políticas que las inspiraron, las oposiciones públicas a los programas de gobierno son acumulativas y pueden minar programas subsiguientes que no estén relacionados con el mismo. Esto significa que la guerra psicológico-política es críticamente importante para cualquier estrategia exitosa en un conflicto de baja intensidad; y aquellos encargados de esas responsabilidades deben ser educados en la ley de las naciones relativa al uso de la fuerza armada, o bien tener un acceso rápido a quienes son altamente conocedores de esa área²⁸. Lamentablemente, aun cuando el gobierno esté claramente justificado en su decisión de recurrir a la fuerza; si su justificación legal para la acción no es bien explicada, los críticos no dudarán en atacarla²⁹. Por consiguiente, la tarea de establecer la justificación moral y legal para cualquier situación potencialmente controvertida de uso de la fuerza debe ser encargada a individuos con un alto entrenamiento intelectual e ir acompañada de una apreciación del hecho que la credibilidad depende de una completa precisión y honestidad al establecer el caso.

II. La Soberanía de los Estados

El concepto de Soberanía

El concepto de soberanía lleva consigo la idea de supremacía o independencia del control externo. De manera absoluta, la soberanía claramente impediría la existencia de un sistema trascendente de Derecho Internacional. Afecta no sólo la permisibilidad del uso de la fuerza de un Estado contra otro, sino también el derecho de las víctimas de agresiones armadas de actuar dentro de los límites de otros Estados como legítima defensa.

Para entender el concepto moderno de soberanía resulta útil revisar, previamente, sus orígenes intelectuales y su desarrollo a tra-

²⁸ Existe todavía una cantidad considerable de desconfianza del gobierno dentro de la comunidad académica internacional; y durante el transcurso de las dos últimas décadas ha sido corriente para los estudiosos criticar las decisiones gubernamentales de usar la fuerza.

²⁹ Cuando Estados Unidos intentó justificar su ataque sobre Vietnam del Norte como una "represalia" más que como una legítima defensa colectiva contra una constante agresión armada norvietnamita, se entregó con las manos atadas de sus críticos dentro de la comunidad legal. De manera similar, los errores técnicos relativamente menores existentes en un informe de 1981 de la Casa Blanca de Estados Unidos, relativo a la agresión de Nicaragua contra El Salvador, fueron utilizados para desacreditar todo el documento, no sólo dentro de los Estados Unidos sino, finalmente, en la mayoría de la Corte Internacional de Justicia.

vés de los siglos. Se especula que Guillermo de Ockam –1270-1347– pudo haber sido el primero en aplicar el concepto de “soberanía popular”; criterio que fue sostenido –casi contemporáneamente– por Marsilio de Padua, quien afirmó que el pueblo era la fuente de todo poder dentro de una sociedad³⁰. Ya hacia el fin de la Edad Media, la palabra *souveraine* era usada en Francia para indicar una autoridad política u otra que era suprema en el sentido que no tenía otra autoridad por sobre ella³¹.

Sin embargo, el primer intento moderno para definir la soberanía es generalmente atribuido a Jean Bodin –1530-1597–; quien en su obra *Les Six Livres de la République*, ve la soberanía como “el poder absoluto y perpetuo dentro de un Estado”³² o esa autoridad suprema dentro de un Estado de la cual proceden todas las leyes³³. Él vio la monarquía absoluta como la fuente del poder soberano y concluyó que dicha autoridad no estaba sujeta a “restricciones humanas”³⁴. El soberano, sin embargo, estaba gobernado por los mandamientos de Dios y las obligaciones del derecho natural con relación a sus súbditos³⁵. Así, Bodin sostenía que la soberanía era un atributo del rey en una monarquía y del pueblo en una democracia; y no podía ser regulada por el derecho positivo. La razón por la cual se le requería a un rey que acatara los tratados –*pacta sunt servanda*– no surgía del derecho positivo sino de los mandatos de la ley natural de que los contratos son vinculantes³⁶.

Asimismo, el concepto de la soberanía absoluta recibió un fuerte apoyo con la publicación, en 1625, del clásico estudio de Hugo Grocio, *De Jure Belli ac Pacis*, en el cual, el padre del Derecho Internacional moderno establecía que la soberanía de cada Estado era absoluta, incluyendo el completo control de sus sujetos y la completa independencia de restricciones externas³⁷. Por su parte, cuando los Tudor fueron reemplazados por los Estuardo, en Inglaterra, a comienzos del

³⁰ R. D. EASTWOOD-E. G. W. KEETON, *The Austinian Theories of Law and Sovereignty*, pág. 45. Charles MERRIMAN, *History of the Theory of Sovereignty since Rousseau*, 1900.

³¹ L. OPPENHEIM, *International Law. A Treatise*, 7^o ed., Longman Green & Co., 1948, pág. 116.

³² L. OPPENHEIM, ob. cit., pág. 116.

³³ R. D. EASTWOOD-E. G. W. KEETON, ob. cit., pág. 55.

³⁴ R. D. EASTWOOD-E. G. W. KEETON, ob. cit., pág. 55.

³⁵ R. D. EASTWOOD-E. G. W. KEETON, ob. cit., pág. 55.

³⁶ L. OPPENHEIM, ob. cit., págs. 116/117.

³⁷ R. D. EASTWOOD-E. G. W. KEETON, ob. cit., págs. 56/57.

siglo XVII, trajeron la pretensión del “Derecho Divino de los Reyes”, teoría según la cual los parlamentos existían sólo por gracia real, y aunque el rey tenía obligación de ser justo al tratar con sus súbditos, esa obligación era debida a Dios y no a los súbditos mismos³⁸.

La Revolución Inglesa de 1688, afirmó la teoría de que la autoridad soberana provenía del consentimiento del pueblo, criterio establecido por John Locke en sus dos *Tratados sobre el Gobierno Civil*. Rechazando la soberanía absoluta de Bodin, Locke afirmaba que el soberano estaba obligado por las reglas del derecho natural y podía ser legítimamente removido del poder, por el pueblo, si violaba esos principios³⁹. Una visión contraria a ésta fue la sostenida por Hobbes; en cuyo *Levaithan* sostenía que todos los derechos son derivados del soberano, quien no tiene ninguna obligación para con sus súbditos. De acuerdo con Hobbes, no puede haber limitaciones legales al poder soberano, y la soberanía debe ser consagrada en un hombre y no puede ser dividida⁴⁰. Por su parte, John Austin y Jeremy Bentham fueron influenciados por Hobbes en la cuestión de la soberanía⁴¹. Así, Austin sostenía que una sociedad –o Estado– estaba constituida por un “soberano” y sus “súbditos”. Como casi todos los autores de los siglos XVI y XVII⁴², él creía que la soberanía no podía ser dividida y que en una forma de gobierno republicana debía residir en el poder legislativo. El ejecutivo debía estar subordinado al legislativo, y encargarse de poner en práctica la voluntad del segundo.

El establecimiento del sistema americano de gobierno, con tres ramas del gobierno nacional igualmente independientes y poderes adicionales reservados a los Estados (*federalismo*), causó problemas a algunos teóricos de la política. Algunos, incluyendo a muchos seguidores de John Austin, razonaron que la Constitución era la fuente del poder político, y que el pueblo era la fuente de la Constitución. Así, en Estados Unidos, el poder soberano residiría en el pueblo⁴³. Contrariamente, otros concluyeron que la soberanía podía ser dividida⁴⁴.

³⁸ R. D. EASTWOOD-E. G. W. KEETON, ob. cit., pág. 57.

³⁹ R. D. EASTWOOD-E. G. W. KEETON, ob. cit., págs. 58/59.

⁴⁰ R. D. EASTWOOD-E. G. W. KEETON, ob. cit., pág. 60.

⁴¹ R. D. EASTWOOD-E. G. W. KEETON, ob. cit., pág. 60.

⁴² L. OPPENHEIM, ob. cit., pág. 117.

⁴³ R. D. EASTWOOD-E. G. W. KEETON, ob. cit., pág. 70.

⁴⁴ L. OPPENHEIM, ob. cit., pág. 118. El jurista francés Adéhar Esmein, en su libro *Eléments de Droit Constitutionnel* –1914, 6ª ed.– agregó otra vez a la teoría de que el pueblo era la última fuente del poder soberano.

El profesor Charles Fenwick manifestó que en el pasado, un Estado soberano era aquel que ejercía una autoridad indivisa sobre todas las personas y toda propiedad dentro de sus fronteras y era independiente de control directo por otro poder⁴⁵; y advirtió que históricamente existían un número de “notas de la soberanía”, tales como el derecho de enviar y recibir agentes diplomáticos, el derecho a la inmunidad de la jurisdicción extranjera y el derecho a hacer la guerra⁴⁶. Con el tiempo, un mundo cambiante y un deseo de paz trabajaron, gradualmente, para disminuir el alcance de este gran poder.

Tempranas restricciones a la Soberanía

Gierke afirmó que, aún en la Edad Media, la soberanía no era ilimitada. Tanto Reyes como Parlamentos estaban limitados por las reglas del derecho natural (*jus naturale*), el derecho divino y la “práctica común de todas las naciones” (*jus commune gentium*)⁴⁷. Y Eastwood y Keeton, en *The Austinian Theories of Law and Sovereignty*, concluyen que resulta “evidente que la existencia de la idea de derecho natural impuso una limitación importante sobre el poder soberano. E incluso Coke, en el siglo XVII, sostuvo que un Acto del Parlamento, contrario al principio del derecho natural, sería anulado, pero la idea estaba declinando aún entonces”⁴⁸. Asimismo, una temprana e importante restricción a la soberanía provino de la religión; autores como San Agustín y Santo Tomás de Aquino, creían en la “supremacía absoluta del Papado”⁴⁹. De acuerdo con la *Doctrina de las dos espadas*, Dios ha dado al Papa dos espadas –la espada espiritual para que el Papa la esgrimiera él mismo y la espada temporal para dársela a otro –el Emperador–. De acuerdo con esta teoría, el Emperador era inferior al Papa y estaba constreñido a obedecer la ley de Dios, en su ejercicio de la autoridad soberana.

Luego, el deseo de paz llevó a más refinamientos en la definición de soberanía. Así, Hymen Cohen, de la Universidad de Chicago, escribió, en 1937, que “en el ámbito internacional, con sus grupos autónomos enfrentados, con sus nuevos Estados emergentes, los reclamos de posesión exclusiva de un poder absoluto y unitario eran difícil-

⁴⁵ Charles FENWICK, *International Law*, 4ª ed., 1965, pág. 125.

⁴⁶ Charles FENWICK, ob. cit., pág. 126.

⁴⁷ F. GIERKE, *Political Theories of the Middle Ages*, Traducción: F. W. Marteland, pág. 76. Citado por R. D. EASTWOOD-E. G. W. KEETON, ob. cit., nota 27, pág. 42.

⁴⁸ R. D. EASTWOOD-E. G. W. KEETON, ob. cit., pág. 42.

⁴⁹ R. D. EASTWOOD-E. G. W. KEETON, ob. cit., pág. 43.

mente conciliables con el deseo y necesidad de paz. Para avanzar en la paz y cooperación entre gobernantes y naciones, que han surgido de los restos de un sistema feudal, económicamente anticuado, el concepto de soberanía cambió de un poder supremo, simple y unitario (...) De esa manera, debido a las exigencias de una situación internacional en la cual la posesión de la soberanía era el índice para la supremacía gubernamental interna; externamente, la soberanía fue limitada en su significado, al reconocimiento de que el gobierno era supremo domésticamente y que podía imponer lo que quisiera dentro de su propio dominio. Externamente, no reclamaba supremacía; reclamaba sólo una libertad del control externo –independencia–. En otras palabras, reclamaba el derecho de entrar en obligaciones, para él y sus naciones como quisiera, con su propio y libre acuerdo⁵⁰.

Por su parte, el profesor Oppenheim advirtió que el desarrollo del Derecho Internacional planteaba nuevas cuestiones acerca de las teorías tradicionales de la soberanía. “La cuestión que, ahora, están enfrentando la ciencia del derecho y la política es hasta dónde la soberanía, tal como se presenta desde el punto de vista del derecho interno del Estado –a saber, como el más alto poder no derivado y como la competencia exclusiva para determinar sus límites jurisdiccionales–, es compatible con el normal funcionamiento y desarrollo del derecho y las Organizaciones Internacionales. La simple noción de Derecho Internacional como un cuerpo de reglas de conducta vinculante para los Estados, independientemente de su derecho interno y legislación, implica la idea de sujeción al mismo y hace imposible aceptar sus reclamos de soberanía absoluta en la esfera internacional. Su independencia mutua es, en efecto, una regla fundamental de este ordenamiento; pero lo es sólo en referencia a un orden legal más elevado que la independencia mutua de los Estados, visto como una regla de derecho, es concebible. Por otro lado, debido a la debilidad del Derecho Internacional, su supremacía sobre los Estados que componen la comunidad internacional está limitada a la obligación que les impone observar y, dentro de una esfera limitada, a someterse a la aplicación de las reglas existentes, creadas por la costumbre o un tratado o que fluyen de la misma existencia de la sociedad de Estados. Eso, hasta ahora, no incluye una competencia de la comunidad internacional para imponer nuevas obligaciones sobre un Estado que no esté dispuesto (...). Estos aspectos de la soberanía han sido la causa

⁵⁰ HYMEN E. COHEN, *Recent Theories of Sovereignty* 1-2, 1937.

principal de las críticas dirigidas contra ella en las dos décadas siguientes a la Primera Guerra Mundial. Se está comprendiendo cada vez más que el progreso del Derecho Internacional, el mantenimiento de la paz internacional, y con él de la independencia de los Estados nacionales, están, a largo plazo, condicionados por una entrega parcial de su soberanía para hacer posible, dentro de una esfera limitada, el proceso de legislación internacional y la consecución de la regla de derecho como la entienden tribunales internacionales dotados con jurisdicción obligatoria”⁵¹.

El dilema básico de intentar regular Estados soberanos por el Derecho Internacional fue captado bien por Brierly, quien observó que “si soberanía significa poder absoluto, y si los Estados son soberanos en ese sentido, no pueden al mismo tiempo estar sujetos al derecho (...) y no hay escape a la conclusión que el Derecho Internacional no es otra cosa sino un espejismo”⁵².

Modernas restricciones a la Soberanía

Fue al reconocer la utilidad de las reglas de Derecho Internacional que los Estados consintieron en entregar aspectos de la doctrina tradicional de la soberanía. Charles Fenwick, quien dirigió el Departamento de Asuntos Legales de la Unión Panamericana durante diecinueve años —antes de 1962—, ha escrito: “Es obvio que el término soberanía, ahora, ha perdido el significado atribuido a ella a comienzos del siglo XX. Los Estados pueden ser descriptos aun como ‘Estados soberanos’, pero su soberanía es soberanía bajo el derecho al que se han obligado por la Carta; o mejor, quizás es soberanía en el ámbito de la jurisdicción nacional o doméstica que está fuera de las nuevas áreas controladas por el Derecho Internacional (...) el término puede continuar usándose, pero debe ser entendido de manera consistente con el mantenimiento de la ley y el orden en la comunidad internacional. Los Estados deben abandonar su antiguo derecho de ser jueces en su propia causa y el derecho de tomar la ley en sus manos; ahora han reconocido el derecho más elevado de la comunidad internacional, actuando a través de los órganos apropiados, para proteger la paz de la comunidad y para eliminar las causas de disenso que llevan a actos de violencia. Un Estado individual, de hecho, puede desafiar a la ley; puede negarse a cooperar en la puesta en práctica de los procedimientos de arreglo pacífico; pero no puede ofrecer ninguna pretensión legal de ‘derecho soberano’ para justificar su conducta”⁵³.

⁵¹ OPPENHEIM, ob. cit., págs. 118-120.

⁵² J. BRIERLY, *The Law of Nations*, 1963, 6ª ed., pág. 16.

⁵³ CHARLES FENWICK, ob. cit., págs. 48/49.

La Carta de las Naciones Unidas ha sido ratificada por ciento ochenta y nueve Estados, hacia fines de 2000⁵⁴, y las obligaciones que ella impone son totalmente inconsistentes con la doctrina temprana de la soberanía absoluta. Por su parte, la Comisión de Derecho Internacional –a pedido de la Asamblea General de las Naciones Unidas– dedicó parte de su primer sesión, en 1949, a hacer un *Proyecto de Declaración sobre los Derechos y Deberes de los Estados*, el cual fue aprobado por once a dos, e incluyó los siguientes artículos:

Artículo 2: “Todo Estado tiene derecho de ejercer jurisdicción sobre su territorio y sobre todas las personas y cosas dentro de él, sujeto a las inmunidades del Derecho Internacional”.

Artículo 4: “Todo Estado tiene la obligación de abstenerse de fomentar luchas civiles en el territorio de otro Estado, y de prevenir dentro de su territorio la organización de actividades calculadas para fomentar esa lucha civil”.

Artículo 7: “Todo Estado tiene la obligación de asegurar que las condiciones imperantes en su territorio no amenacen la paz y el orden internacionales”.

Artículo 12: “Todo Estado tiene el derecho de legítima defensa individual o colectiva contra un ataque armado”.

Artículo 14: “Todo Estado tiene la obligación de conducir sus relaciones con otros Estados de acuerdo con el Derecho Internacional y con el principio de que la soberanía de cada Estado está sujeta a la supremacía del Derecho Internacional”⁵⁵.

Estas “restricciones” a la “independencia” tienen origen tanto del derecho consuetudinario como de los tratados. En tal sentido, Oppenheim consideró que “difícilmente exista un Estado que no se encuentre de un modo u otro restringido en su supremacía territorial por los tratados con potencias extranjeras”⁵⁶. A su vez, el criterio respaldado por una serie de opiniones de la Corte Internacional de Justicia, durante mucho tiempo, ha sido que el derecho de entrar en acuerdos que limitan la soberanía es, en sí mismo, un elemento del ejercicio del poder soberano. Este criterio fue expresado, en 1923, en el caso *Wimbledon*; en el que la Corte razonó que ella se negaba a ver en la conclusión de un tratado, por el cual un Estado se compromete a realizar o a abstenerse de realizar un acto en particular, un abandono de su

⁵⁴ Sus miembros ascendieron a 189, con la admisión de Tuvalu, el 5/9/00.

⁵⁵ Reimpreso 5. M. WHITEMAN, *Digest of International Law*, 25-26, 1963.

⁵⁶ OPPENHEIM, ob. cit., pág. 259.

soberanía. Sin duda, cualquier convención que crea una obligación de esa clase coloca una restricción sobre el ejercicio de los derechos soberanos del Estado, en el sentido que les exige que sean ejercidos de cierta manera. Pero, el derecho de entrar en acuerdos internacionales es un atributo de la soberanía del Estado⁵⁷.

El concepto de ius cogens

Históricamente, el consentimiento fue visto como la base de todas las reglas de Derecho Internacional. Un Estado podía asumir una obligación ratificando un tratado, o podía llegar a ser obligado por la práctica constante de obedecer ciertas reglas en la creencia –*opinio iuris*– de estar legalmente obligados; tal, el proceso de creación del derecho consuetudinario. Pero incluso al formarse una nueva regla de costumbre, si un Estado existente muestra su clara oposición u objeción, no sería considerado obligado por ella.

El desarrollo de la teoría de las “normas perentorias” –*jus cogens*– del Derecho Internacional, o normas vinculantes para todos los Estados independientemente de su contenido; ha representado otra dramática partida de los conceptos de soberanía y Derecho Internacional. Es una doctrina muy nueva, y si bien existe un amplio acuerdo –pero no unánime– de que tales reglas existen, existe mucho menos acuerdo acerca del contenido actual de este alto cuerpo de leyes.

En 1970, en el caso de la *Barcelona Traction*, la Corte Internacional de Justicia, distinguió entre las obligaciones bilaterales normales que los Estados se hacen unos a otros, y un nivel superior de obligaciones debidas a la “comunidad internacional en su conjunto”; y explicó que estas últimas “derivan, en el Derecho Internacional contemporáneo, por ejemplo, de la ilegalidad de los actos de agresión, y del genocidio, y también de los principios y reglas concernientes a los derechos básicos de la persona humana, incluyendo la protección contra la esclavitud y la discriminación racial”⁵⁸. Esta teoría legal de las “normas perentorias” fue tomada, también, por la Comisión de Derecho Internacional –a mediados de la década de 1960– y sus esfuerzos fueron incluidos en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados; cuyo artículo 53 define al *ius cogens* como “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter”.

⁵⁷ CPJI A/1, 1923.

⁵⁸ *Barcelona Traction Case –2º face–*, 1970 I, C. J. Reports, 1970-3, 32.

Por su parte, algunos comentaristas remontan sus orígenes a los principios legales internos de “orden público”⁵⁹, sin embargo sugiero que ellas reflejan un retorno a los principios del derecho natural; e, independientemente de sus orígenes intelectuales, estas normas han transformado de manera impresionante el contenido del Derecho Internacional. Así, mientras que, históricamente, se vio como un acto incorrecto de un Estado el criticar públicamente la conducta de otro Estado soberano por sus políticas internas; hoy, todos los Estados tienen una obligación hacia la humanidad (*obligatio erga omnes*) de no cometer agresiones armadas, genocidio, esclavitud y un número de otras prohibiciones de derechos humanos.

El derecho moderno de soberanía y los conflictos de baja intensidad

Tal como se ha expresado, el concepto de soberanía ha cambiado notablemente a través de los últimos cuatro siglos. Hoy, no sólo es una doctrina más limitada, sino que existe un amplio acuerdo en que, contemporáneamente, su base es la voluntad del pueblo. Particularmente en esta era de revoluciones democráticas, pueden advertirse algunos aspectos interesantes y largamente inexplorados sobre el creciente consenso de que el pueblo de un Estado es la causa última de su soberanía.

Entre 1979 y 1986, el número de países latinoamericanos que eligieron a sus líderes mediante elecciones razonablemente libres y democráticas se incrementó de un tercio a más del ochenta por ciento; y, hoy, la cifra es aún más alta. En los últimos años, una revolución democrática similar se ha extendido a lo largo de Europa del Este y la ex-Unión Soviética. Incluso en Africa, la tendencia es hacia la democracia, aunque quede mucho por hacer. De acuerdo con el prestigioso grupo de derechos humanos, Freedom House, 1991 fue el primer año en el que “el número de países libres y sus poblaciones sobrepasó el número de países no libres y sus poblaciones”⁶⁰. Todos estos datos indican que más de setenta de las ciento setenta y un naciones examinadas eran democracias o estaban en alguna etapa de la transición democrática.

⁵⁹ LUNG CHU CHEN, *An introduction to International Law, A Policy Oriented Perspective*, 1989, pág. 214.

⁶⁰ R. BRUCE MC CALM, “The Comparative Survey of Freedom”, 1992, *Freedom Review* 5 (vol. 23: 1 enero-febrero, 1992).

Ahora, considerando el hecho de que las democracias tienden a no atacar a otras democracias, la causa de la paz, finalmente, puede ser ayudada restringiendo el rol que se les permite jugar a los Estados no democráticos en la comunidad mundial. Sin duda, ellos deben estar protegidos contra la agresión externa; pero, si el poder soberano es, en cada Estado, exclusivo dominio del pueblo, ¿es lógico permitir a los regímenes totalitarios o autoritarios que ejerzan ese poder en nombre del pueblo del Estado que controlan, en ausencia de una expresión legítima del pueblo o de la voluntad que los invista con esa autoridad? Esta línea de pensamiento, finalmente, podría justificar poner mucha más presión sobre los Estados no democráticos para que permitan que sus pueblos elijan un gobierno por decisión propia, por la regla de la mayoría. Y, al hacerlo, aumentaría la justicia y a largo plazo la paz.

Resulta claro que el criterio clásico de la supremacía absoluta del Estado ya no es más un elemento de la doctrina moderna de la soberanía. Hoy los Estados están limitados de muchas maneras por el derecho consuetudinario y convencional; e incluso los Estados que no consienten están obligados por las normas perentorias del Derecho Internacional, denominadas *ius cogens*. Siguiendo esta línea de pensamiento, el ex juez de la Corte Internacional de Justicia, Philip C. Jessup, dijo —en 1952—, que “la regulación de la amenaza o uso de la fuerza no es inconsistente con el principio de igualdad soberana de los Estados. Por consiguiente, el recurso a la guerra no puede ser más justificado por invocación del viejo concepto de soberanía absoluta el cual, a fin de cuentas, dejaba a cada Estado el juicio final de su propia causa”⁶¹.

III. La legítima defensa

Limitaciones a la amenaza y uso de la fuerza armada

El Derecho Internacional prohíbe, claramente, a cualquier Estado interferir en los asuntos internos o infringir la integridad territorial o independencia política de cualquier otro Estado, en ausencia de un derecho para hacerlo. Puede decirse que la más fundamental de todas las reglas sustantivas del Derecho Internacional contemporáneo es la prohibición contenida en el artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas; que prohíbe “la amenaza o el uso de la fuerza con-

⁶¹ Philip C. JESSUP, *A Modern Law of Nations*, 1952, pág. 159.

tra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”. Sin embargo, el juez Jessup ha observado que “el artículo 2, párrafo 4, no es una prohibición absoluta del uso de la fuerza; de modo que si la fuerza puede ser usada de una manera que no se amenace la integridad territorial o independencia política de un Estado, ello escapa a la restricción de la primera cláusula. Pero, entonces, debe establecerse que no sea, de cualquier otro modo, incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”⁶².

El artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas, en su primer párrafo, establece los propósitos de la Organización, entre los que se encuentran: “Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos a la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del Derecho Internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz”. Resulta claro, entonces, que el artículo 2 (4) pretendió ser comprensivo en su ámbito, prohibiendo no sólo la “guerra”, sino cualquier uso de la fuerza no defensivo e inconsistente con los principios de la Carta.

Ahora, consideremos, por ejemplo, el resultado cuando la Asamblea General pidió a la Comisión de Derecho Internacional, en 1951, que elaborara una “definición de agresión” comprensiva. La Comisión proporcionó una amplia fórmula, según la cual: “La agresión es una amenaza o uso de la fuerza por un Estado o un gobierno contra otro Estado, de cualquier forma, cualquiera sean las armas empleadas y ya sea abiertamente o de cualquier otra manera, por cualquier razón o por cualquier propósito distinto de la legítima defensa individual o colectiva o en cumplimiento de una decisión o recomendación por un órgano competente de las Naciones Unidas”. Esto parecería ser suficientemente amplio como para satisfacer a cualquiera; aunque, finalmente, esta definición fue rechazada por el voto de 7 a 3, por ser considerada “peligrosamente restrictiva” y no “suficientemente comprensiva”⁶³.

Estados Unidos fue uno de los varios países que se mostraron muy cautos al intentar elaborar una definición de “agresión”, por te-

⁶² Philip JESSUP, ob. cit., pág. 162.

⁶³ MARJORY WHITEMAN, *Digest of International Law*, 1965, págs. 746-47.

mor a que, inadvertidamente, pudiera incluir alguna laguna legal que permitiera el uso agresivo de la fuerza. El presidente Truman explicó el criterio tradicional americano, de la siguiente forma: En la Conferencia de San Francisco sobre la Organización Internacional –1945– existió un movimiento para incluir una definición de agresión en la Carta de las Naciones Unidas. Los Estados Unidos se opusieron a esa propuesta. Adoptaron la posición de que una definición de agresión no puede ser tan amplia como para incluir todos los casos de agresión y no puede tener en cuenta las variadas circunstancias que podrían entrar en la determinación de agresión en un caso particular. Cualquier definición de agresión es una trampa para el inocente y una invitación para el culpable. La posición estadounidense prevaleció en la Conferencia de San Francisco, y la Carta adoptó un sistema por el cual el órgano apropiado de las Naciones Unidas, en primera instancia, el Consejo de Seguridad, determinaría sobre las bases de los hechos de un caso en particular si la agresión ha tenido lugar⁶⁴.

Finalmente, además de los usos de la fuerza autorizados por el Consejo de Seguridad, y ciertas estrechas excepciones –como el uso de la fuerza para reprimir la piratería o el tráfico de esclavos– la única área restante donde se permite el uso legal de la fuerza es la legítima defensa.

Alcance del derecho de legítima defensa

Es universalmente reconocido que los Estados pueden tomar algunas acciones, que de otro modo violarían los derechos de otros Estados, cuando resultan necesarias para proteger la seguridad del primer Estado, tras el comportamiento ilegítimo del segundo. Dependiendo de la naturaleza del acto ilegítimo inicial, la respuesta se va a clasificar en retorsión, represalia⁶⁵, auto-ayuda⁶⁶, legítima defensa o mediante otros términos similares.

⁶⁴ MARJORY WHITEMAN, ob. cit., pág. 740.

⁶⁵ La distinción entre retorsión y represalia es que la acción tomada en la retorsión hubiera sido legítima aun en la ausencia de la acción inicial incorrecta del otro Estado (como denegar a otro estado el derecho de aterrizar en un aeropuerto, en ausencia de un tratado que establezca ese derecho, o la ruptura de relaciones diplomáticas); mientras que la represalia es legal sólo por la violación previa del otro Estado (como la violación de la misma obligación –o una obligación paralela– del mismo tratado). Bajo la Carta, las respuestas de fuerza son generalmente consideradas como no permitidas salvo que estén justificadas por el artículo 51 de la misma, en cuyo caso normalmente se refieren a actos de legítima defensa.

⁶⁶ La autoayuda es un término más amplio que legítima defensa e incorpora a la última en adición a la retorsión, represalia e intervención. Ver: J. L. BRIERLY, *The*

La doctrina de la “auto-preservación” o “legítima defensa” data de los tempranos días del derecho de las naciones⁶⁷, y es reconocida, por la Carta, como un “derecho inherente” o pre-existente de los Estados⁶⁸. En efecto, no existe derecho más fundamental, de los Estados soberanos, que el derecho a existir⁶⁹; y ese derecho constituye la base del derecho de los Estados de defenderse a sí mismos de las conductas incorrectas de otros Estados. Inicialmente, este “derecho” de los Estados a existir fue largamente predicado basado en su habilidad para existir en el mundo del balance del poder. Hasta el siglo XX, los Estados también tenían el derecho soberano de iniciar la agresión armada, y un Estado que no deseara o no pudiera defenderse a sí mismo podía dejar de existir rápidamente.

Cuando la comunidad mundial intentó, por primera vez, declarar ilegal la guerra –a través del Pacto o Tratado Briand-Kellog en 1928–, el derecho de legítima defensa fue cuidadosamente preservado. Así, puede observarse en las notas enviadas por Estados Unidos, el 23 de junio de 1928, a los principales Cancilleres del mundo en las que afirmó que el derecho de legítima defensa es inherente en cada Estado soberano e implícito en cada tratado. Por consiguiente, no es necesaria o deseable ninguna referencia específica a este *atributo inalienable de la soberanía*. No es menos evidente que el recurso a la guerra, por una de las partes, en violación al tratado propuesto releva a las otras partes de su obligación hacia el Estado beligerante⁷⁰. Al respecto, el juez Jessup advierte que esa declaración norteamericana “sugiere que el derecho de legítima defensa por su propia naturaleza debe escapar a las regulaciones legales”⁷¹.

Esta afirmación es reforzada por otra declaración hecha por Estados Unidos durante las negociaciones del tratado, en las que sostuvo que: “Cada nación es libre en todo tiempo y sin tener en cuenta las previsiones de un tratado, de defender su territorio de un ataque o invasión y ella sola es competente para decidir si las circunstancias requieren el recurso a la guerra en legítima defensa (...). Sin embar-

Law of Nations, 6ª ed., 1963, pág. 398. A diferencia de BRIERLY, algunos estudiosos, sostienen que bajo la Carta las únicas medidas de fuerza de autoayuda permitidas son aquellas clasificadas como legítima defensa.

⁶⁷ OPPENHEIM, ob. cit., pág. 265.

⁶⁸ Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas.

⁶⁹ Charles FENWICK, ob. cit., pág. 271.

⁷⁰ 1928, I. United States Foreign Relations, 91. Ver: Charles FENWICK, ob. cit., pág. 407.

⁷¹ Philip JESSUP, ob. cit., pág. 163.

go, el expreso reconocimiento por un tratado de este derecho inalienable da lugar a la misma dificultad encontrada en cualquier esfuerzo por definir la agresión. Es la misma cuestión enfocada del otro lado. Mientras ninguna cláusula de un tratado puede agregarle nada al derecho natural de legítima defensa, no es en el interés de la paz que un tratado deba estipular una concepción casuística de legítima defensa ya que es muy fácil para los inescrupulosos moldear los eventos para que estén de acuerdo con la definición^{72 y73}.

Asimismo, resulta claro que otros Estados compartieron el punto de vista norteamericano en el sentido que el tratado de 1928 no limitó el derecho de legítima defensa. El profesor Brierly señala que: “Al prohibir la guerra como instrumento de política nacional” el Pacto no prohibió el recurso a la guerra en legítima defensa, y en las negociaciones concernientes al Pacto varios Estados, hicieron expresas declaraciones enfatizando que la legítima defensa es un derecho natural no afectado por el Pacto⁷⁴. No obstante, el Pacto de París –como también se conoció al Tratado Briand-Kellog– demostró no tener efectividad; cuando Japón invadió Manchuria en 1931 e Italia entró a Etiopía, pocos años después, la comunidad mundial hizo poco salvo protestar y, en el proceso, la teoría de que el “derecho” ofrecía una solución a la guerra de agresión fue ampliamente desacreditada.

Afortunadamente, cuando la Segunda Guerra Mundial llegó a su fin, hombres de sabiduría poco común, reconocieron la importancia de las instituciones legales en la lucha contra la agresión y se creó la Organización de las Naciones Unidas. Su Carta intentó declarar ilegal el uso agresivo de la fuerza armada y proporcionar un mecanismo efectivo para mantener la paz, si eso resultaba necesario. De modo que, correctamente entendida, la Carta está diseñada para promover respuestas multilaterales a cualquier uso de la fuerza, por los Estados, en violación a ella. Se supone que las controversias han de ser arregladas pacíficamente por las partes, pero si eso se torna imposi-

⁷² United States Foreign Relations, 1928 I; 36.

⁷³ Esta posición es sustentada en los escritos del difunto profesor Quincy Wright, ex presidente de la Sociedad Americana de Derecho Internacional quien escribió, en 1957, que toda obligación internacional de no involucrarse en hostilidades lleva la calificación, implícita si no está expresamente establecida, que no debilita la capacidad de un estado de usar la fuerza armada (...) para la legítima defensa necesaria (...) o para ayudar, si le es requerido por otro estado en una acción armada que sea permisible. Quincy Wright, “Intervention”, 1956, t. 51, *American Journal of International Law*, págs. 257, 269, 1957.

⁷⁴ J. L. BRIERLY, ob. cit., págs. 409-410.

ble el Consejo de Seguridad tiene el poder, bajo ciertas condiciones, de autorizar o iniciar el uso de la fuerza armada defensiva en nombre de la comunidad mundial.

Pese a ello, desde el comienzo se entendió que el Consejo de Seguridad podía resultar incapaz de actuar –como cuando los miembros permanentes ejercitan su veto– y, entonces, se preservó expresamente el histórico derecho de los Estados de usar la fuerza necesaria y proporcional en su defensa o en defensa de otros Estados pacíficos que sean víctimas de agresión armada.

Legítima defensa y conflictos de baja intensidad

Ante todo, debe entenderse que una de las principales razones para el aumento de los conflictos de baja intensidad como arma de elección por los regímenes radicales y Estados agresores, en el mundo posterior a la Carta, es que los usos más obvios de la fuerza agresiva son claramente ilegales y, generalmente, son fácilmente identificados. El hecho que las agresiones de baja intensidad se hayan convertido, tan a menudo, en el arma de elección para los modernos agresores se presenta como evidencia del éxito de las previsiones básicas de la Carta, que claramente han prohibido las formas más obvias de agresión.

Buscando una estrecha interpretación de los derechos de los Estados de defenderse a sí mismos –y unos a otros– de todos los niveles de agresión por debajo de una “guerra” total; estos Estados agresores creen que pueden abrir el camino para la destrucción o desestabilización legítima, de sus vecinos, a través de la agresión de baja intensidad. Sin embargo, como se demostrará, ni los propósitos establecidos en la Carta, ni los trabajos preparatorios, apoyan la proposición de que la Organización de las Naciones Unidas haya sido establecida para dar seguridad a los agresores que pretendan subvertir a sus vecinos o a otros países, gradualmente, a través de conflictos de baja intensidad; y los Estados que, sinceramente, suscriben a los principios de la Carta no deben permitir que el documento sea mal interpretado como para permitir tal ilegítimo fin.

Finalmente, el escenario de los conflictos de baja intensidad, es elegido porque proporciona un cierto reclamo de legitimidad (siendo menos obvio) y porque quienes lo proponen tienen el apoyo de ciertos estudiosos legales quienes, honesta pero equivocadamente, creen que es ilegal que las naciones asistan a las víctimas de tal agresión. Sin embargo, si se permite que esas tácticas tengan éxito, puede esperar-

se que la agresión se incrementa. Los hombres reunidos en San Francisco bien pueden haber pensado, principalmente, en detener una Tercera Guerra Mundial, pero el claro objetivo de la Carta que elaboraron fue declarar ilegal cualquier uso de la fuerza contrario a los propósitos de la Carta, de parte de los Estados. Por consiguiente, es imperativo que esta supuesta laguna legal sea llenada en defensa de la Carta.

Retomando la cuestión ya planteada en el apartado anterior, es posible sostener que el derecho de legítima defensa –y de legítima defensa colectiva– existe claramente en el caso de una intervención abierta, masiva y directa –como fue la invasión iraquí de agosto de 1990 a Kuwait–. Sin embargo, el estudioso del conflicto de baja intensidad, seguramente ha de preocuparse más por el alcance de la doctrina en relación con las agresiones encubiertas, a menor escala, o en relación con incidentes esporádicos de terrorismo.

Algunos autores sostienen que la inclusión de las palabras “ataque armado” en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas prohíben implícitamente a los Estados involucrarse en medidas de legítima defensa en respuesta a formas de agresión de baja intensidad; no obstante, esa posición no resulta convincente⁷⁵. Para comenzar, la versión del texto del artículo 51 de la Carta que hace fe en francés dice: *agresion armée* (agresión armada) lo cual está menos sujeto a ser interpretado como requiriendo un “ataque” masivo antes de permitir las medidas defensivas; a la vez que, tal como se discutirá más adelante, los trabajos preparatorios del artículo 51 también apoyan la interpretación de que no se pretendió limitar los derechos preexistentes de los Estados de defenderse a sí mismos contra usos de la fuerza de parte de otros Estados. Más aún, una cuidadosa lectura al artículo 2 (4) de la Carta –consagración textual de la moderna prohibición del uso de la fuerza en el Derecho Internacional– sugiere que las medidas tradicionales de legítima defensa no están prohibidas por la Carta⁷⁶.

⁷⁵ FENWICK escribe: “Sin embargo, resulta claro que los casos contemplados en la Carta consideran la legítima defensa del carácter más restringido, desde que la legítima defensa está limitada a los ataques armados”, ob. cit., pág. 279. SØRENSEN presenta dos interpretaciones razonables de la Carta, pero se pone del lado de aquella según la cual la Carta modificó el derecho consuetudinario de legítima defensa. Max SØRENSEN, *Manual of Public International Law*, 1968, págs. 765-767.

⁷⁶ El artículo dice: “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 independencia política de cualquier Estado, o en cualquier

Ahora, esta explicación requiere una conciliación de los artículos 2 (4) y 51 de la Carta. Los especialistas en Derecho Internacional están divididos en cuanto al ámbito del artículo 2 (4). Al respecto, el profesor Lung Chu Chen, en su trabajo *An Introduction to Contemporary International Law* –1989– explica que uno de los criterios adopta la posición de que la autoayuda más allá de la legítima defensa no está permitida; y resume sus argumentos en los siguientes: 1) los artículos 2 (3) y 2 (4) de la Carta proyectan las políticas fundamentales de la comunidad de promover un cambio pacífico y de minimizar la coerción; 2) el artículo 2 (4) leído juntamente con el artículo 51 y el resto de las previsiones contenidas en el Capítulo VII de la Carta, relativos a la “Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión”, muestra claramente que la Carta de las Naciones Unidas, como un todo, prohíbe el uso de la fuerza militar a excepción de la legítima defensa y la acción colectiva de mantenimiento de la paz (una acción de policía de la comunidad internacional); 3) la prohibición general de uso de la fuerza incluida en el artículo 2 (4) sugiere que la autoayuda es inconsistente con los propósitos de las Naciones Unidas y por lo tanto no está permitida (...) y 5) en la era nuclear cuando la humanidad vive bajo la sombra del holocausto nuclear, fácilmente, la autoayuda podría escalar rápidamente más allá del control del Estado que inicia el acto.

Un criterio contrario, en cambio, sostiene que el artículo 2 (4) no es una prohibición general de todos los usos de la fuerza militar y prohíbe expresamente sólo aquellas amenazas o usos de la fuerza dirigidos “contra la integridad territorial o independencia política o incompatibles con los Propósitos de las Naciones Unidas”. De allí que, cuando no se busca un cambio territorial ni un desafío a la independencia política; un acto de autoayuda, adoptado en respuesta a un acto ilegal previo, dirigido a asegurar la obediencia al Derecho Internacional, tiene por fin asegurar la “justicia” tal como la enuncia el artículo 2 (3) de la Carta, y no es inconsistente con el propósito de la Organización. Por lo tanto, el artículo 2 (4) no es necesariamente un obstáculo para un acto de autoayuda de otro modo permitido. Por consiguiente, en ausencia de una maquinaria colectiva efectiva que proteja contra la anarquía y el incumplimiento del Derecho Interna-

otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”. Entonces, un uso de la fuerza breve, necesario y proporcional en respuesta a un ataque terrorista no es un ataque “contra la integridad territorial o independencia política de cualquier estado”.

cional, el remedio de la autoayuda no puede ser dejado de lado. La prohibición del uso de la fuerza dada por la Carta fue predicada sobre la base de que las Naciones Unidas iban a tener un poder efectivo y centralizado de decisión y cumplimiento de las normas. Mientras que esta condición permanezca incumplida, la comunidad en general no puede permitir una parálisis que invite a no cumplir la ley por Estados particulares con impunidad. No obstante, el profesor Chen, advierte que “el remedio de la autoayuda (...) es altamente susceptible de abuso” y que los políticos necesitan considerar cuidadosamente las ramificaciones de intentar una interpretación amplia de ese poder”⁷⁷.

Una de las razones por las que muchos doctrinarios intentan definir al “ataque armado” estrechamente es porque no quieren que un incidente menor de frontera u otro incidente pequeño se conviertan en justificación legal para medidas de “legítima defensa” que podrían llevar a una gran guerra. Después de todo, un claro propósito del sistema de las Naciones Unidas es promover la paz. El profesor Sörensen sostiene que “al establecer si un Estado ha cometido un ataque armado o una agresión armada contra otro Estado, deben tenerse en consideración, los siguientes factores, en diferentes grados: el carácter militar de la acción, la intención del atacante o agresor, la cantidad de fuerza usada, la gravedad resultante de la situación y el “principio prioritario” que es el principio del primer atacante. Parece estar fuera de toda duda que ha ocurrido un ataque armado cuando fuerzas de un Estado, regulares, irregulares, o bandas armadas compuestas de individuos particulares, controlados por, y –de hecho– quedando bajo las órdenes del Estado, comienzan a usar la violencia en o contra el territorio de otro Estado, o contra sus fuerzas en o sobre mar abierto, o contra las fuerzas que permanecen en territorio extranjero ya sea por acuerdo de los soberanos o en virtud de una ocupación militar legal.

Pero no todo ni cualquier hecho que exhiba estas características es automáticamente un ataque armado (...). La noción de ataque armado expresa la idea de la gravedad de la situación. A pesar de la cantidad de fuerza utilizada, en los incidentes fronterizos estos elementos, generalmente, están ausentes. Cuando un Estado promueve, con fuerza militar, desórdenes internos o revolución en otro Estado, la pregunta sobre si se ha cometido un ataque armado debe ser testeada a la luz de los criterios que se identifican con aquellos enu-

⁷⁷ LUNG CHU CHEN, ob. cit., págs. 324-326.

merados al comienzo de este párrafo⁷⁸. Así, uno puede argumentar que los requisitos del derecho de legítima defensa de “necesidad” y “proporcionalidad” cuidarían del problema de responder a un pequeño incidente fronterizo causando una Tercera Guerra Mundial. Pues, antes que la fuerza pueda ser usada, deben agotarse los medios pacíficos de resolución de disputas –o resultar claramente incapaces para resolver el problema–, y aun entonces no puede usarse más fuerza que la necesaria para alcanzar el objetivo permitido.

Mientras que los criterios de Sörensen son bastante útiles al decidir cómo responder a una intervención armada, su segundo párrafo presenta una caracterización razonablemente buena del alcance del derecho de legítima defensa tanto antes como después de la Carta, si uno acepta el argumento de que el artículo 2 (4) no pretendió alterar este derecho inherente de los Estados. Según este razonamiento, el Derecho Internacional contemporáneo permite a un Estado enviar sus agentes al territorio de otro Estado y usar la fuerza necesaria y proporcional contra aquel Estado en respuesta a casos tales como una constante campaña terrorista que involucre individuos armados enviados del segundo Estado al primero que participan en actos ilegales de fuerza (bombardeos, asesinatos, secuestros, etc.). Es cierto, un Estado no puede usar un solo bombardeo terrorista como excusa para enviar su ejército entero a un Estado vecino y conquistar su territorio. La doctrina de la proporcionalidad protege contra tal respuesta excesiva. Pero con tal que la respuesta sea proporcional a aquella que es necesaria para poner fin a futuros actos de fuerza contra el primer Estado, el Derecho Internacional no la prohíbe.

Los artículos 2 (4) y 51 de la Carta deben ser analizados como reglas que deben ser leídas en conjunto, en cuanto a la regulación de la fuerza armada en el mundo moderno. Sin embargo, la práctica común de intentar definir el alcance de la legítima defensa enfocando, primariamente, en el término “ataque armado” parece estar mal ubicada. Correctamente entendido, el artículo 2 (4) proporciona la prohibición básica de la Carta contra el uso de la fuerza por Estados individuales y el artículo 51 fue, claramente, agregado después para clarificar que a los Estados no les estaría prohibido, por la Carta –es decir, por el artículo 2 (4)– defenderse a sí mismos y acudir en ayuda de otros, si el Consejo de Seguridad se muestra incapaz de responder efectivamente a la agresión armada. Es cierto, las palabras “ataque

⁷⁸ Max SÖRENSEN, ob. cit., págs. 777-778.

armado” fueron elegidas en inglés para clarificar la situación; se hicieron grandes esfuerzos por evitar términos como “guerra” o incluso “agresión” –en el artículo 2 (4)– sobre la teoría de que tales términos podrían ser entendidos en forma restrictiva. Debería quedar claro que este ejemplo fue dado simplemente porque los redactores de la Carta estaban escribiendo en las sombras de la Segunda Guerra Mundial, y veían que cualquier agresión internacional futura seguiría el camino de las agresiones masivas de esa guerra.

Por su parte, el profesor Louis Henkin, de la Escuela de Derecho de Columbia, favorece una lectura estrecha del artículo 51 y escribe que: “La simple lectura del artículo 51 permite el uso unilateral de la fuerza sólo en una estrecha y clara circunstancia, en legítima defensa si ocurre un ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas. Nada en la historia de la redacción –*travaux préparatoires*– sugiere que los que hicieron la Carta intentaron algo más amplio que lo que el lenguaje implica”⁷⁹. En cambio, otra corriente de pensamiento concluye que si esos artículos pretendieron poner fin a derechos pre-existentes o de derecho consuetudinario que, de otro modo, no serían compatibles con la Carta, toda la operación de las Naciones Unidas, en respuesta a la invasión norcoreana de Corea del Sur, en junio de 1950, hubiera sido impropia⁸⁰.

En primer lugar, cabe decir que el artículo 2 (4) dispone y especifica expresamente que: “Todos los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza (...)”. Así, desde que Corea del Norte, en ese entonces, no era miembro de las Naciones Unidas, la interpretación literal del Profesor Henkin parecería permitir a los no miembros participar en la conducta prohibida. Más aún, una lectura similarmente estricta del texto del artículo 51 sugeriría que éste sólo preserva el derecho inherente de la legítima defensa individual o colectiva, si ocurre un ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas. El

⁷⁹ Louis HENKIN, *How Nations Behaves*, 2º ed., 1979, pág. 141.

⁸⁰ Sin embargo, el artículo 2 (6) de la Carta establece que: “La Organización hará que los Estados que no son miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesario para mantener la paz y la seguridad internacionales”. Esto podría justificar obligar a Corea del Norte a cumplir con la Carta, pero si la única agresión prohibida por la Carta es aquella de un ‘miembro’ de la organización, uno podría preguntar si Corea del Norte había actuado incorrectamente. La Corte Internacional de Justicia –en el caso de las *Actividades Militares en y contra Nicaragua*– ha dicho, al respecto, que los principios del Derecho Internacional que prohíben los actos de agresión son obligatorios *erga omnes*, ante toda la comunidad internacional. (“Nicaragua vs. Estados Unidos”, CIJ, 169, 190).

profesor Henkin y otros, afirmaron que, por implicancia, la Carta destruye lo que queda del histórico derecho consuetudinario de legítima defensa; si él está en lo correcto, parecería seguirse, con la misma claridad, que no existe derecho de legítima defensa en el supuesto de un ataque armado contra un no-miembro de Naciones Unidas. Y, como Corea del Sur no era miembro de las Naciones Unidas en 1950, según las reglas de interpretación del profesor Henkin, las Naciones Unidas y sus miembros actuaron incorrectamente al resistir la agresión norcoreana.

En vez de basarse, primariamente, en la expresión “ataque armado” del artículo 51, el alcance del derecho de legítima defensa puede ser comprendido mejor por un examen más detallado del artículo 2 (4) –que estableció la prohibición general contra el uso de la fuerza armada–. Un análisis textual de esta previsión, ciertamente, no parecería prohibir las medidas tomadas en legítima defensa contra una violación previa de las mismas previsiones de dicho artículo; incluso, si se consultan los trabajos preparatorios –para clarificar cualquier ambigüedad–⁸¹ se refuerza aún más esta posición. Tal como advierte el profesor Brierly, “el Comité I de San Francisco, que tuvo que ver con el artículo 2 (4), dijo directamente que “el uso de armas en legítima defensa permanece admitido y no ha sido coartado”⁸². Asimismo, él sostiene que los trabajos de la Conferencia de San Francisco muestran que el artículo 51 fue introducido en la Carta, en el Comité III/4, primariamente, con el propósito de armonizar las Organizaciones regionales para la defensa con los poderes y responsabilidades dados al Consejo de Seguridad para el mantenimiento de la paz; y ellos no indican ninguna intención, consciente, por parte del Comité III/4 de colocar fuera de la ley la legítima defensa contra actos ilegales de fuerza que no lleguen a ser un ataque armado⁸³, al incluir las palabras “si un ataque armado ocurre”. Brierly concluye que una interpretación amplia del artículo 51 es apoyada por el hecho que el texto

⁸¹ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone, en el artículo 31 (1) que: “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Y el artículo 32 establece que: “se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado (...) cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a. Deje ambiguo u oscuro el sentido; o b. Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

⁸² L. BRIERLY, *ob. cit.*, pág. 417.

⁸³ L. BRIERLY, *ob. cit.*, págs. 417-418.

en ruso de la Carta se refiere a la legítima defensa como un derecho “imprescriptible” más que como un derecho “inherente”, y que el texto en francés lo denomina un derecho “natural”, ambos consistentes con el punto de vista tomado por los Estados Unidos durante las negociaciones del Pacto Briand Kellog⁸⁴.

Un criterio similar es el adoptado por el Profesor Derek Bowett en su libro *Self Defense in International Law –1958–*; para quien “es incontestable que antes de la Carta el Derecho Internacional general reconoció un derecho de legítima defensa, por lo tanto la cuestión que debe ser planteada es si la Carta contiene una prohibición de la acción que normalmente estaría legitimada como el ejercicio de la legítima defensa, un derecho admitido y reconocido por el derecho general. Debemos presuponer que los derechos que anteriormente pertenecían a un Estado miembro continúan, salvo en lo referente a las obligaciones incompatibles con aquellos derechos existentes asumidas en la Carta (...). Por consiguiente, es una falacia considerar que los miembros tienen sólo aquellos derechos que la Carta les acuerda; por el contrario tienen aquellos derechos que el Derecho Internacional general les acuerda con excepción de aquellos que hayan entregado bajo los presupuestos de la Carta (...). Ahora, si la obligación relevante asumida por los miembros es, *prima facie*, aquella contenida en el artículo 2 (4), es decir, que “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”; y si el criterio del Comité I en San Francisco fue que esa prohibición dejaba intacto el derecho de legítima defensa –o, dicho en las palabras de su miembro informante “el uso de las armas en legítima defensa permanece admitido e intacto”– en consecuencia es difícil ver qué otras conclusiones podrían alcanzarse; ya que si examinamos los derechos sustantivos protegidos por la legítima defensa la ausencia de cualquier inconsistencia con el artículo 2 (4) resulta aparente.

De allí que, la acción tomada con el propósito de, y limitada a, la defensa de la independencia política de un Estado, su integridad te-

⁸⁴ Incluso es de destacar que el texto en francés (*dans un cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée*) no está expresado en forma de condición y sugiere que el inglés “*if*” fue usado para expresar una hipótesis antes que una condición –el cual es por supuesto uno de los usos naturales de *if*– L. BRIERLY, ob. cit., págs. 418-419.

ritorial, las vidas y la propiedad de sus naturales –e incluso para proteger su independencia económica– no pueden, por definición, implicar una amenaza o uso de la fuerza, contra la integridad territorial o independencia política de cualquier otro Estado. Con el alcance que si esa acción en legítima defensa involucrara una ruptura de esta obligación debería, *ipso facto*, encontrarse dentro de los límites de la legítima defensa permitida por el Derecho Internacional general. No puede decirse que la protección de aquellos mismos derechos sustantivos, por el ejercicio de la legítima defensa, sea “de manera alguna incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”; aquellos Propósitos giran, primariamente, sobre el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, y sería una conclusión extraña si la protección de los intereses legítimos de un Estado fuera incompatible con aquel fin⁸⁵.

Sobre la particular relevancia para el campo de los conflictos de baja intensidad, el derecho de legítima defensa permite a los Estados usar la fuerza necesaria y proporcional en respuesta a ataques o agresiones directas o indirectas. En tal sentido, una de las principales autoridades en Naciones Unidas, la profesora Rosalyn Higgins, de la Universidad de Londres, proporciona reveladores ejemplos: Este derecho (de legítima defensa) se puede aplicar, igualmente, a un uso de la fuerza indirecto como a un uso directo de la fuerza. Un Estado puede protegerse contra fuerzas irregulares. El Delegado libanés, al reservar para su país el derecho de legítima defensa, contra la supuesta agresión indirecta, por parte de la República Árabe Unida, en 1958, afirmó que: “El artículo 51 no habla de un ataque armado directo. Habla de ataque armado. Desea cubrir todos los casos de un ataque, directos o indirectos, con tal que sea un ataque armado (...) ¿Existe alguna diferencia desde el punto de vista de los efectos entre un ataque armado directo y un ataque armado indirecto, si ambos son armados y si ambos están diseñados para amenazar la independencia de un país?” Además, este reclamo de legítima defensa contra la agresión militar indirecta también fue proclamado por Francia durante los mutuos cargos de agresión entre Túnez y Francia, en 1958, declarando que Sakiet-Sidi-Joussef, guarnición rebelde para el Frente de Liberación Nacional, a la que había bombardeado, estaba entrenando reclutas y dando armas y que las acciones de Francia eran de carácter defensivo⁸⁶.

⁸⁵ Citado por Marjory WHITEMAN, ob. cit.; págs. 43-44.

⁸⁶ Marjory WHITEMAN, ob. cit., págs. 62-63.

Los profesores Ann y A. J. Thomas han adoptado un criterio similar, argumentando, específicamente, que la Carta permite el uso de la fuerza armada defensiva contra los Estados que han iniciado ataques terroristas usando nacionales disidentes del Estado víctima: “La fuerza que conforma un ‘ataque armado’ ha sido ampliamente definida como “cualquier elemento a disposición de los Estados que sea capaz de destruir la vida y propiedad o que inflija serios daños”. Esto incluiría no sólo el uso directo de la fuerza, según el cual un Estado opera a través de unidades militares regulares, sino también un uso indirecto de la fuerza, según el cual un Estado opera a través de grupos irregulares o terroristas quienes son ciudadanos, pero disidentes políticos, de la nación víctima.

El sistema interamericano ha caracterizado ese uso indirecto de la fuerza como *agresión interna*, y en ella incluye la ayuda o influencia, por otro gobierno, en las conductas hostiles e ilegales contra el orden político establecido de un gobierno de otro Estado. Desde que éste es, generalmente, un ataque contra el orden interno a través de un intento de derrocar o dañar al gobierno víctima ya sea promoviendo luchas civiles o internas o, una vez que las luchas internas han comenzado, mediante un intento de tomar el liderazgo de los rebeldes, es un vicario ataque armado (...) en varias ocasiones ha sido afirmado que tal vicaria agresión armada indirecta, cae dentro del término “ataque armado” como es usado en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Por ejemplo, en el caso Griego, presentado ante las Naciones Unidas en diciembre de 1946, Estados Unidos sostuvo que Yugoslavia, Albania y Bulgaria, al asistir a las fuerzas de la guerrilla luchando contra el gobierno griego en la guerra civil de dicho país, cometieron un ataque armado haciendo aplicable el artículo 51 (...) el Secretario de Estado, Dulles, consideraba que las palabras “ataque armado” incluían la revolución armada interna que era fomentada, ayudada y asistida desde el extranjero⁸⁷.

Los Estados Unidos, históricamente, han adoptado el criterio según el cual el derecho de legítima defensa fue mantenido intacto por la Carta y permanece amplio para abarcar cualquier forma de agresión armada internacional. El artículo 51 fue elaborado por un Sub-comité del 3er. Comité de San Francisco bajo el liderazgo del Senador de los Estados Unidos, Arthur Vandenberg, quien al hacer el resumen del estado de las negociaciones, en la segunda reunión del

⁸⁷ Marjory WHITEMAN, ob. cit., págs. 737-738.

Comité, el 13 de junio de 1945, afirmó: “Hemos reconocido aquí el derecho inherente de legítima defensa, ya sea individual o colectiva, el cual permite a cualquier Estado soberano entre nosotros (...) rechazar un ataque pendiendo una acción adecuada del organismo padre. Y reconocemos específicamente la continua validez de los pactos de protección mutua (...)”⁸⁸. Asimismo, Vandenberg después dijo que si la Conferencia no hubiera acordado reafirmar el derecho inherente de legítima defensa colectiva, “no hubiera habido Carta”. Él sostuvo que “nada en la Carta es de mayor importancia inmediata y nada en la Carta es de igual importancia potencial”⁸⁹. Este lenguaje difícilmente sea consistente con el criterio según el cual el artículo 51 pretendió prohibir todo a excepción de una estrecha área (es decir, el ataque armado) del espectro de la agresión en la cual la fuerza defensiva podría ser usada.

Un mes después, cuando la tinta de la Carta apenas estaba seca, John Foster Dulles –quien había aconsejado a la Delegación norteamericana en la Conferencia de San Francisco– dijo al Comité de Relaciones Exteriores del Senado: “Una de las cosas que apoyamos más fuertemente, y que alcanzamos con la mayor dificultad, en San Francisco, fue el reconocimiento del hecho que aquella doctrina de la legítima defensa, ampliada en Chapultepec para ser una doctrina de legítima defensa colectiva, podía permanecer intacta y podía funcionar sin la autoridad del Consejo de Seguridad”⁹⁰.

Luego, en mayo de 1947, la Comisión de Investigación de Naciones Unidas para los incidentes fronterizos griegos, reportó al Consejo de Seguridad que Yugoslavia, Albania y Bulgaria habían “apoyado la guerra de guerrillas en Grecia”⁹¹. Durante la consideración del asunto por parte del Consejo de Seguridad –previo a que la acción fuera bloqueada por el veto soviético–, el representante norteamericano expresó el criterio según el cual el fracaso del Consejo de Seguridad para actuar no excluía la acción individual o colectiva de los Estados dispuestos a hacerlo, con tal que la acción tomada fuera acorde con los propósitos y principios generales de las Naciones Unidas⁹². Y agregó: No pienso que debamos interpretar estrechamente la “Gran Carta” de las Naciones Unidas. En los tiempos modernos, existen mu-

⁸⁸ Marjory WHITEMAN, ob. cit., pág. 99.

⁸⁹ Congress Record. 8892 (1949).

⁹⁰ Marjory WHITEMAN, ob. cit., pág. 85.

⁹¹ Marjory WHITEMAN, ob. cit., pág. 281.

⁹² Marjory WHITEMAN, ob. cit., pág. 23.

chas formas en las que un Estado puede usar la fuerza contra la integridad territorial de otro. Las invasiones por ejércitos organizados no son los únicos medios de atacar la independencia de un país. Hoy, la fuerza es usada efectivamente a través de diversos métodos de infiltración, intimidación y subterfugio. Pero esto no engaña a nadie; pues ninguna persona en posesión de los hechos puede dejar de reconocer aquí el uso de la fuerza, no importa cuan poco escrupuloso pueda ser el subterfugio. Debemos reconocer lo que los ciudadanos inteligentes e informados ya saben. Yugoslavia, Albania y Bulgaria, al apoyar a las guerrillas en el norte de Grecia, han estado usando la fuerza contra la integridad territorial e independencia política de Grecia. De hecho, ellos han estado cometiendo actos de la misma clase que los que las Naciones Unidas fueron llamadas a prevenir, y han violado los principios básicos más importantes sobre los cuales fue fundada la Organización⁹³.

Más tarde, en 1966, el Secretario de Estado, Dean Rusk, reiteró la clásica visión norteamericana cuando dijo al Comité de Relaciones Exteriores que “el artículo 51 de la Carta fue introducido, específicamente, para dejar en claro que no existía nada más en la Carta, ni en ningún otro lugar, que afecte el derecho inherente de legítima defensa individual o colectiva⁹⁴.”

Problemas en áreas específicas

Protección de nacionales en el extranjero: durante mucho tiempo, el Derecho Internacional ha reconocido un derecho de los Estados a usar la fuerza necesaria y proporcional para proteger a sus nacionales, en territorio extranjero, de amenazas; y muchos estudiosos afirman que ese derecho no fue eliminado por la Carta de las Naciones Unidas. En tal sentido, el profesor Oppenheim escribe que: “El derecho de protección de los ciudadanos en el extranjero, que posee un Estado, puede causar una intervención por derecho a la cual la otra parte está legalmente obligada a someterse. Y no importa si se trata de la protección de la vida, seguridad, honor o propiedad de un ciudadano en el extranjero⁹⁵.” Una posición contraria adoptan quienes sostienen que la Carta niega a los Estados el uso de la fuerza militar, para proteger a los ciudadanos en peligro que se encuentren en el

⁹³ U.N.S.C.O.R. 147 y 248-1120-1121, 1947.

⁹⁴ WHITEMAN, ob. cit., pág. 96.

⁹⁵ OPPENHEIM, ob. cit., pág. 276.

extranjero, y, en cambio, les requiere que intenten resolver pacíficamente tales disputas⁹⁶.

La proposición es discutible, pero el criterio más adecuado, en mi opinión, es que la fuerza sólo puede ser usada cuando es “necesaria” (esto es cuando los métodos pacíficos de resolución de controversias han sido agotados o cuando es evidente que tales medios no funcionarían y mayores demoras podrían poner en peligro las vidas o seguridad de los individuos involucrados); la doctrina tradicional de la legítima defensa continúa permitiendo el uso de la fuerza bajo estas dos condiciones.

Por otra parte, podría advertirse que la sección 2 de la *War Powers Resolution*⁹⁷ no reconoce el derecho del Presidente de usar las fuerzas armadas estadounidenses para proteger o rescatar a ciudadanos americanos en peligro en el extranjero, y esto podría convertirse en un problema político si se intentara utilizar la fuerza y la operación fracasara⁹⁸. La única respuesta es que este poder es investido en el Presidente por la Constitución y así no puede ser legítimamente ejercido por un acta del Congreso. En un debate sobre la constitucionalidad de la *War Powers Resolution* de 1973, el senador Jacob Javits —uno de los principales autores de la ley de 1973— reconoció que el Congreso carece del poder constitucional para impedir al Presidente rescatar ciudadanos en peligro en el extranjero.

Entonces, la fuerza sólo será legítima como último recurso y bajo circunstancias en las que exista un temor genuino y justificable de que pueda causarse daño a los ciudadanos si no se toma una acción rápida. No obstante, ésta sigue siendo un área de gran controversia y los usos de la fuerza dudosos en esta área probablemente sean denunciados no sólo por gran parte del mundo, sino, también, por diversos sectores de la opinión pública. En efecto, si se abusa de este poder puede, incluso, generarse una situación en la que los gobiernos extranjeros se nieguen a permitir a los norteamericanos entrar a su territorio por temor a proporcionar una justificación para tal intervención. Como todos los derechos provenientes de la legítima defensa, el poder de proteger a los ciudadanos en peligro es importante y no debe abusarse de él.

⁹⁶ Max SØRENSEN, ob. cit., pág. 764.

⁹⁷ Noviembre, 7 de 1973; 87 Stat. 550, 50 U.S.C. apartado 1541-C. 1976.

⁹⁸ El rescate del Mayaguez, en 1975, demuestra que el éxito de tal misión probablemente no traiga otra cosa que alabanzas del Congreso; pero el esfuerzo del Presidente Carter para rescatar a los rehenes en Teherán, en 1979, demuestra que cualquier uso de la fuerza que no tenga éxito es susceptible de ser reputado ilegal así el Congreso estará protegido de cualquier responsabilidad por el fracaso.

El problema del Estado huésped inocente o negligente: No resulta difícil justificar una respuesta defensiva necesaria y proporcional a una agresión ordenada o fomentada por un Estado extranjero; pero una situación más difícil existe cuando el estado territorial es usado por un grupo o individuos que no son agentes de aquel Estado como base para ataques terroristas u otros actos de fuerza contra Estados extranjeros. No es un problema nuevo, de hecho el caso clásico del vapor *Caroline* –de 1837– que será discutido más adelante, involucró un ataque de milicianos canadienses sobre un vapor estadounidense atracado sobre el lado americano del río Niagara, que estaba siendo usado para transportar hombres y equipo para apoyar una insurrección en Canadá. El profesor Brierly explica que los canadienses justificaron su ataque al vapor sobre la base que “el gobierno americano se había mostrado incapaz de o no dispuesto a prevenir ese tráfico”⁹⁹.

En 1916, los Estados Unidos enviaron tropas a través del Río Grande en persecución –*hot pursuit*– de Francisco “Pancho” Villa, quién había escapado a través de la frontera hacia la seguridad de México luego de uno de sus numerosos ataques en los Estados Unidos. México estaba en estado de guerra civil y no tomó medidas efectivas para evitar que el territorio mexicano fuera usado para lanzar ataques armados contra los Estados Unidos. Considerando que el fracaso del gobierno del General Huerta para poner fin a los *raids* provenientes de territorio mexicano justificaba una respuesta defensiva norteamericana; los Estados Unidos simplemente notificaron al presidente mexicano y no solicitaron su permiso¹⁰⁰.

Medio siglo más tarde, cuando cientos de miles de fuerzas norteamericanas habían sido desplegadas para ayudar a defender Vietnam del Sur, surgió un problema similar en conexión con las fuerzas de Vietnam del Norte y del Viet Cong y con sus santuarios dentro del territorio del Estado –neutral– de Camboya. Partes del territorio en cuestión habían estado deshabitadas antes de la infiltración de fuerzas comunistas, y cuando los Estados Unidos comenzaron a bombardear secretamente partes del área, el gobierno camboyano no se opuso. Finalmente, a principios de 1970, los Estados Unidos y Vietnam del Sur enviaron una gran fuerza militar combinada a la zona, atacando soldados comunistas y destruyendo los depósitos de armas encontrados a su paso. Aunque el nuevo gobierno del Primer Ministro Lon Nol, al menos, pareció consentir la intervención, la operación fue

⁹⁹ J. BRIERLY, ob. cit., pág. 405.

¹⁰⁰ Charles FENWICK, ob. cit., pág. 269.

justificada por la doctrina sobre la teoría de que Camboya tenía una obligación legal de evitar que su territorio fuera usado para actos de agresión contra sus vecinos, y Vietnam del Sur tenía derecho a defenderse contra tales ataques aun cuando éstos no fueran ordenados o facilitados por el gobierno camboyano. El razonamiento legal fue sólido, una restricción fundamental sobre los criterios tradicionales de soberanía, se encuentra contenida en la obligación impuesta por el Derecho Internacional sobre cada Estado de no permitir que sus súbditos o su territorio sean usados para violar los derechos de otros Estados. Como explica el profesor Oppenheim: La obligación de cada Estado de abstenerse, y evitar que sus agentes, y en ciertos casos sus súbditos, cometan cualquier acto que constituya una violación a la independencia o supremacía territorial o personal de otro Estado es correlativa con el correspondiente derecho que poseen los mismos.

Es imposible enumerar todas las acciones que podrían constituir una violación de esa obligación; pero es valioso dar algunos ejemplos ilustrativos. Así, en ausencia de cláusulas en contrario de un tratado, no le está permitido a un Estado interferir en el manejo de los asuntos internos o internacionales de otro, tampoco le está permitido impedirle que haga ni obligarlo a hacer determinados actos en sus relaciones domésticas o en su relaciones internacionales. Más aún, en interés de la supremacía territorial de los otros Estados, a un Estado no le está permitido enviar sus tropas, barcos, o fuerzas policiales a o a través de territorio extranjero, o ejercer un acto de administración o jurisdicción en territorio extranjero sin permiso (...). La independencia no es una libertad ilimitada para que un Estado haga lo que quiera sin ninguna restricción. El mero hecho de que un Estado sea miembro de la Familia de Naciones restringe su libertad de acción, con relación a otros estados, porque está obligado a no intervenir en los asuntos de éstos¹⁰¹.

Luego, en el mismo volumen, Oppenheim continúa explicando que: “La obligación de un Estado de impedir la comisión, dentro de su territorio, de actos que injurien a Estados extranjeros no implica una obligación de reprimir todas esas conductas de parte de personas privadas en lo que se refiere a conductas críticas contra el régimen o política de un Estado extranjero. De esta manera, no existe obligación de suprimir la propaganda revolucionaria de parte de personas privadas dirigida contra un gobierno extranjero. Mientras el Derecho

¹⁰¹ OPPENHEIM, ob. cit., págs. 256-257.

Internacional no proporciona remedio contra los abusos del poder gubernamental; la sociedad internacional no puede ser considerada como una institución para la seguridad mutua de los gobiernos establecidos.

Por otro lado, los Estados tienen el deber de impedir y suprimir la actividad subversiva contra gobiernos extranjeros cuando asume la forma de expediciones armadas hostiles o intentos para cometer crímenes comunes contra la vida o la propiedad. Más aún, mientras que las actividades subversivas contra Estados extranjeros de parte de personas privadas, en principio, no involucran la responsabilidad internacional del Estado, cuando tales actividades emanan directamente del mismo gobierno o indirectamente de organizaciones que reciben de él asistencia financiera o de otro tipo o que están estrechamente asociadas con él en virtud de la Constitución del Estado en cuestión, lleva a una violación del Derecho Internacional.

Aun, el profesor Sörensen parece reconocer el derecho de un Estado a usar la fuerza en el territorio de un vecino no agresivo bajo ciertas estrechas circunstancias, al decir que: “Las medidas de fuerza pueden ser tomadas, excepcionalmente, sobre territorio extranjero cuando las fuerzas de la naturaleza, en aquel territorio, causan una catástrofe en el Estado vecino, por ejemplo, inundaciones o incendios a lo largo de la frontera. En esos casos, los Estados afectados pueden usar la fuerza sólo cuando la acción de las autoridades locales resulta inadecuada y no tiene éxito en contener el peligro”¹⁰². Si consideramos el razonamiento del profesor Sörensen, es difícil de ver por qué “este derecho de defensa” podría aplicarse cuando un Estado vecino falla en controlar un “acto de Dios” pero no se aplicaría cuando consiente una violación de su integridad territorial por un tercer Estado que se involucra en una agresión armada contra un vecino. El daño causado por esos intrusos armados podría, incluso, ser mayor que el proveniente del fuego, y la obligación legal del Estado huésped parecería mucho más clara. En ausencia de una clara negligencia no existe una obligación general para los Estados de asegurar que las catástrofes naturales, como incendios e inundaciones, que comienzan en su territorio no se expandan a través de las fronteras dentro de sus vecinos. Conceptualmente, uno puede preguntar por qué un Estado tiene derecho a llevar a cabo una acción militar en el territorio de otro Estado soberano que no ha actuado con el propósito de dañar al pri-

¹⁰² Max SÖRENSEN, ob. cit., pág. 775.

mer Estado. Finalmente, la respuesta probablemente descansa en balancear los intereses soberanos en conflicto.

En el caso de la intervención de 1970 en Camboya, por ejemplo, resulta claro que Camboya tenía el derecho soberano de prohibir a los extranjeros que conduzcan actividades militares en o desde bases dentro de su territorio –o en cualquier otra forma que infringiera su integridad territorial–. Pero la República de Vietnam, también, tenía el derecho soberano de no ser sujeto de ataques armados provenientes de territorio camboyano. Cuando las fuerzas de la República Democrática de Vietnam y las guerrillas antigubernamentales de la República de Vietnam establecieron bases dentro de Camboya, el gobierno de Phnom Penh tenía tanto un derecho legal de requerirles que se fueran como una obligación legal de impedir que su territorio fuera usado para lanzar ataques armados contra sus vecinos. Si uno considera la falla de Camboya en impedir que su territorio fuera usado como base para la agresión, como un acto de negligencia o como evidencia de la realidad de que el gobierno de Phnom Penh ya no estaba en control actual de esa porción de su territorio, el gobierno de Camboya claramente incumplió su obligación hacia sus vecinos y Vietnam del Sur y sus aliados tenían derecho a usar la fuerza necesaria y proporcional para defender su soberanía contra los constantes ataques armados.

Legítima defensa anticipada: otro de los problemas más importantes que enfrenta el Derecho Internacional moderno es saber hasta qué punto las medidas de legítima defensa pueden tomarse antes del comienzo actual de la agresión armada por un Estado hostil. Al respecto, el profesor Chen sostiene que en un proceso de coerción en desarrollo, puede existir un punto culminante que cree expectativas razonables de parte del Estado al cual va dirigido el ataque de que es indispensable –es decir, necesaria– una respuesta militar inmediata para la protección de su propia existencia, para salvar elementos esenciales del gobierno de la destrucción. Debido al peligro inmediato de destrucción, durante mucho tiempo, ha sido reconocido el interés común de autorizar la legítima defensa en la forma de respuesta militar proporcional. El derecho no puede, razonablemente, pedir a un Estado víctima que espere sentado a ver su propia destrucción a pesar de tal peligro¹⁰³. Y continúa diciendo: “Un punto focal de discusión, al aplicar el artículo 51 de la Carta, se relaciona con la expresión

¹⁰³ LUNG-CHU CHEN, ob. cit., pág. 321.

“un ataque armado”. ¿Significa que la legítima defensa debe esperar siempre un ataque armado actual? ¿O determinadas circunstancias justifican lo que se conoce como legítima defensa “anticipada”? La pregunta no es un asunto para el mero ejercicio académico sino una cuestión práctica de grave preocupación, uno de los intereses comunes y de supervivencia en la era nuclear. La cuarentena estadounidense de Cuba durante la Crisis de los Misiles, en octubre de 1962, y la destrucción de un reactor nuclear iraquí, por Israel, en 1981, levantaron esta cuestión vital.

Existen dos posiciones divergentes. La primera adopta un criterio literal al enfatizar que “ataque armado” significa “solo si un ataque armado”, y salvo que y hasta tanto no exista un ataque armado actual o un proceso de ataque, el Estado que es objeto no puede responder militarmente en legítima defensa aun a pesar del “peligro inminente”. La segunda, en cambio, sostiene que la Carta de las Naciones Unidas no es un *pacto suicida* y que, en ésta era nuclear, aun cuando el proceso de ataque no haya comenzado, no puede esperarse que el Estado víctima permanezca sentado aguardando su propia destrucción; y agrega que el artículo 51 fue diseñado para reafirmar y no para coartar el derecho consuetudinario de legítima defensa. La práctica reciente de los Estados parecería apoyar el segundo criterio, aunque se puede disentir¹⁰⁴.

Este problema es particularmente evidente cuando las hostilidades pueden involucrar armas nucleares, bacteriológicas, biológicas y otras denominadas “armas de destrucción masiva”. En este caso, ¿debe un Estado esperar hasta que tenga lugar un ataque actual –un ataque que podría borrar en un instante gran parte de su población y dejarlo incapaz de organizar una defensa significativa de su territorio– antes de poder acudir legítimamente en su propia defensa? Hay que admitir que ésta es una doctrina muy problemática, porque si se les permite a los Estados atacar a sus vecinos siguiendo una creencia subjetiva de que pronto podrían ser atacados, es difícil de ver cómo puede mantenerse la paz internacional. En efecto, investigaciones recientes, sobre los orígenes de la Primera Guerra Mundial, confirman la existencia de este riesgo; así ahora parece ser que Alemania buscó, intencionalmente, provocar a Rusia a movilizarse defensivamente para que una consiguiente invasión alemana pudiera ser “justificada” como una respuesta defensiva a la “agresión” rusa –estrategia que fue diseñada para persuadir a Gran Bretaña de permanecer neutral¹⁰⁵–.

¹⁰⁴ LUNG-CHU CHEN, ob. cit., pág. 322.

¹⁰⁵ Ésta fue la clave de la política alemana en los días finales de la crisis, que precedieron a la Primera Guerra Mundial, para retrasar los preparativos de guerra

¿En qué momento, entonces, puede un Estado tomar legítimamente medidas “defensivas” en respuesta a la escalada militar sobre sus fronteras o a otra evidencia de un ataque inminente?

El profesor Henkins, crítico de la teoría de la “legítima defensa anticipatoria”, quien cree que el ámbito del artículo 51 es restringido¹⁰⁶, sugiere que, entonces, con toda probabilidad, tan solo un despegue actual de aviones o misiles soviéticos podría causar que Estados Unidos atacaran, y en ese caso, éste no estaría anticipando un ataque armado porque el ataque habría comenzado¹⁰⁷. Ahora, ¿es esto verdad? Después de todo, por décadas, durante la Guerra Fría los bombarderos despegaban, rutinariamente, de las bases soviéticas, volando hacia los Estados Unidos, sólo para ser retirados en un punto cercano al territorio norteamericano. Y los aviones estadounidenses, también, volaban de la misma manera hacia la Unión Soviética. Ambos tenían esa práctica, ahora ¿cada uno de esos despegues, constituiría un ataque armado, como parece sugerir el profesor Henkins? Uno difícilmente pensaría eso.

Por su parte, el profesor Sørensen niega cualquier derecho de los Estados de usar la fuerza en legítima defensa anticipatoria¹⁰⁸; sin embargo, algunas páginas después sostiene que: “Si un avión penetra en el espacio aéreo de otro Estado y no obedece las órdenes de las autoridades locales de aterrizar, y se niega a identificarse, o existen otros obstáculos para establecer su carácter no militar y pacífico; puede emplearse la fuerza contra el avión e, incluso, éste puede ser derribado. Porque en las circunstancias descritas el Estado territorial puede tener razones para temer que el avión tenga un propósito ofensivo o al menos inamistoso, y en vista de los desarrollos contemporáneos en la tecnología de destrucción masiva, no puede esperarse que el Estado tolere, salvo las obligaciones de un tratado, la presen-

alemanes hasta que Rusia hubiera anunciado una movilización general, y entonces culpar a ésta de comenzar la guerra que, en realidad, Alemania buscaba. El propósito fue persuadir a Gran Bretaña de permanecer neutral, porque se entendía que la política británica nunca ayudaría a la agresión rusa y, más importante, para unificar al pueblo alemán”. Patrick GLYNN, *The Sarajevo fallacy – The Historical and Intellectual Origins of Arms control Technology. The National Interest*, 23 otoño, 1987.

¹⁰⁶ LOUIS HENKIN, ob. cit., pág. 141.

¹⁰⁷ LOUIS HENKIN, ob. cit., pág. 142.

¹⁰⁸ Cualquier uso de la fuerza preventivo, anticipatorio o previo al acaecimiento de un ataque armado no puede ser considerado como una acción de legítima defensa. SORENSEN, ob. cit., pág. 767.

cia no autorizada de un avión militar extranjero o no identificado sobre su espacio terrestre o marítimo y se exponga al peligro de un ataque (...) ¹⁰⁹.

Aunque ciertamente existe una diferencia entre las dos situaciones; el avión, en la excepción de S. Sørensen estaba en violación del espacio aéreo del segundo Estado, su conducta, difícilmente, podría ser caracterizada, por una razonable definición, como un claro “ataque armado” como el que Sørensen afirma que la Carta requiere para la acción defensiva. En realidad, el profesor Sørensen parece reconocer que la naturaleza de las armas modernas de destrucción masiva sí justifican algún tipo de “legítima defensa anticipatoria” (después de todo, una mera irrupción normalmente no justificaría el uso de la fuerza militar contra un barco o aeronave o nacional extranjero). En efecto, él afirma, elocuentemente, en su libro, que los desarrollos contemporáneos en la tecnología de la guerra, en particular, la existencia de armas termonucleares y la velocidad con la que pueden ser usadas contra un adversario, hacen surgir el delicado problema de los derechos de los Estados que se encuentran en peligro de un ataque armado. Hoy, cuando los misiles de largo alcance con cabezas nucleares son capaces de devastar regiones enteras y países, la diferencia entre ataque actual e inminente resulta ínfima ¹¹⁰.

Si las medidas anticipatorias de fuerza defensiva son justificadas como una cuestión moral es un asunto subjetivo. Si un Estado obtiene información confiable de que otro Estado ha decidido atacar, si ese Estado toma medidas para preparar el ataque y si la naturaleza de las armas o la correlación de fuerzas es tal que dicho ataque probablemente impediría medidas defensivas serias; entonces en términos morales sería más fácil justificar un uso de la fuerza preventiva o anticipatoria para proteger el objetivo de la agresión planeada. La dificultad es que la comunidad mundial puede no conocer la información de inteligencia que justifica la acción; y una regla general que

¹⁰⁹ Esta excepción no se aplica a los aviones comerciales fácilmente identificables. Max SØRENSEN, ob. cit., págs. 773-774. Salvo que el avión hubiera sido secuestrado; como en el caso de los incidentes ocurridos en las ciudades de Nueva York y Washington, el 11/9/01; donde quedó demostrado que aviones comerciales podían convertirse en armas terroristas; o también, en el caso del vuelo KAL 007, que en 1984, fue derribado cuando volaba sobre territorio de la Unión Soviética.

¹¹⁰ Max SØRENSEN, ob. cit., pág. 778. No obstante, Sørensen reafirma su criterio de que la Carta prohíbe la legítima defensa anticipatoria; para él, el único derecho que le queda a un Estado es quejarse ante una Institución Internacional de que está a punto de ser destruido y concluye que el problema puede ser insoluble.

permita a los Estados atacar a otros Estados si creen subjetivamente que están a punto de ser atacados abriría la puerta a un amplio espectro de acciones agresivas disfrazadas como legítima defensa “anticipatoria”. En ese caso, por ejemplo, Saddam Husein, incluso, hubiera podido tomar alguna medida que hiciera creer a Kuwait que lo va a invadir y si Kuwait respondía enviando más fuerzas a la frontera, Saddam hubiera podido presentar pruebas de esa escalada armada para justificar sus medidas, ante el Consejo de Seguridad, como una legítima defensa “anticipatoria”.

No sería difícil establecer restricciones significativas sobre una doctrina de legítima defensa anticipatoria; si fuera posible esperar que todos los Estados actuaran de buena fe; pero si ese fuera el caso el artículo 2 (4), probablemente, resolvería, por sí mismo, todos los problemas del uso de la fuerza. Si un Estado tiene evidencia incontrovertida de que está a punto de convertirse en víctima de un ataque armado inminente —especialmente si la correlación de fuerzas o la existencia de armas de destrucción masiva en el inventario del potencial agresor pudiera tornar imposible una defensa significativa, si el ataque inicial tiene éxito; no es irrazonable permitir a la víctima probable que responda preventivamente. Después de todo, aun el profesor Falk reconoció la legalidad del ataque defensivo de Israel contra sus vecinos árabes, en 1967, en la Guerra de los Seis Días¹¹¹.

El denominado *test Caroline*¹¹² es asociado tradicionalmente con la doctrina de la legítima defensa, pero un examen cuidadoso de la situación sugiere que podría ser visto como un test para la legítima defensa anticipatoria. El incidente ocurrió en 1837, cuando, durante una rebelión en Canadá, un grupo de insurgentes ganaron el control de la isla Navy —sobre el río Niagara— y alquilaron un barco americano, el *Carolina*, para llevar armas y provisiones desde los Estados Unidos al Canadá. Una fuerza militar canadiense cruzó secretamente hacia el lado americano del río, capturó el barco y, en el proceso, dos ciudadanos americanos fueron muertos. Los milicianos canadienses prendieron fuego al barco y lo dejaron a la deriva; las corrientes lo llevaron río abajo y sobre las Cataratas del Niagara. Los Estados Unidos se opusieron a esta violación del territorio norteamericano; y, finalmente, el incidente llevó a un intercambio de opiniones entre el Secretario de Estado de los Estados Unidos, Daniel Webster, y el Minis-

¹¹¹ R. A. FALK, *American Journal of International Law*, 1972.

¹¹² L. OPPENHEIM, ob. cit., págs. 268-269. LUNG CHU CHEN, ob. cit., pág. 312 y J. L. BRIERLY, ob. cit., pág. 406.

tro de Asuntos Exteriores –Fox–. Webster sostuvo que debe demostrarse “la necesidad de una legítima defensa instantánea, abrumadora, que no deje ninguna elección de medios y ningún momento para la deliberación” y que la acción defensiva no involucre “nada irrazonable o excesivo, ya que el acto justificado por la necesidad debe ser limitado por la misma y mantenerse dentro de los límites de ella”¹¹³.

Finalmente, un punto resulta claro: la proliferación de armas de destrucción masiva y los sistemas de guía harán que la doctrina de la legítima defensa anticipatoria sea, cada vez, más importante en los años venideros. Si, por ejemplo, Estados Unidos o uno de sus aliados tiene información de que otro Estado está planeando lanzar una guerra nuclear, biológica o bacteriológica contra un centro de población, difícilmente, pueda esperarse que se quede sentado tranquilamente y espere la inminente devastación sobre la teoría de que cualquier medida de fuerza de legítima defensa debe estar precedida de un ataque actual.

Intervención Humanitaria: algunos estudiosos sostienen que, bajo el Derecho Internacional, está permitido a un Estado o a un grupo de Estados, actuando colectivamente, intervenir en otro Estado con el propósito de prevenir o detener conductas que “chocan a la conciencia” de la humanidad, tales como el asesinato indiscriminado o la tortura de inocentes¹¹⁴. Así, Oppenheim expresa que “existe un acuerdo general de que, en virtud de su supremacía personal y territorial, un Estado puede tratar a sus propios nacionales, discrecionalmente. Pero existe un cuerpo sustancial de opinión y de práctica en apoyo del criterio de que existen límites a aquella discreción y que cuando un Estado se convierte a sí mismo en culpable de crueldades contra sus nacionales o los persigue, de modo tal que niega sus derechos humanos fundamentales representando una afrenta; la intervención en interés de la humanidad es legalmente permitida (...) el hecho de que, cuando este mecanismo ha sido utilizado por los Estados en forma individual, pueda ser y haya sido abusado con propósitos políticos ha

¹¹³ Asimismo, el test Caroline fue aplicado por el Tribunal de Núremberg al rechazar una afirmación alemana de que fue “obligada a atacar Noruega para abortar una invasión aliada, y que, por consiguiente, su acción fue preventiva”. William W. BISHOP jr., *International Law*, 3º ed., 1962, pág. 918. Esto, en realidad, fue un argumento del derecho de legítima defensa anticipatoria anterior a la Carta.

¹¹⁴ Sobre Intervención Humanitaria ver: *Humanitarian Intervention*, en John N. MOORE, *Law and Civil War in the Modern World*, 1974, pág. 829. Charles FENWICK, ob. cit., págs. 287-289 y Ian BROWNLIE, *International Law, and The Use of Force by States*, 1963.

tendido a debilitar su funcionamiento como regla de Derecho Internacional; sin embargo, estas objeciones no se aplican a la intervención colectiva. La Carta de las Naciones Unidas, al reconocer la promoción del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales como uno de los principales objetivos de la Organización, avanza un paso más en dirección a elevar el principio de la intervención humanitaria a una regla básica de la sociedad internacional organizada”¹¹⁵. Luego, Oppenheim concluye que la Carta refuerza el principio de que hay una norma legal que permite la intervención humanitaria; posición compartida por el profesor Chen, para quien desde que hemos concluido que la autoayuda, disciplinada por estrictos requisitos de necesidad y proporcionalidad, permanece permitida, es aún más fácil defender la permisibilidad de la intervención humanitaria, también controlada por rigurosos requisitos de necesidad y proporcionalidad.

Esto es así debido a la política importante relativa a la protección y promoción de los Derechos Humanos que invade la Carta de las Naciones Unidas y muchos instrumentos de Derechos Humanos relacionados (...) la política primordial de derechos humanos ha sido ampliamente aclarada en la Carta y con el surgimiento de una Declaración de Derechos Humanos global. La protección de los Derechos Humanos es uno de los dos propósitos centrales de las Naciones Unidas. Los dos propósitos principales de proteger y realizar los derechos humanos, coexistentes con el propósito de mantenimiento de la paz y seguridad, encuentran expresión a través de toda la Carta (...). A la vez que la continua aceptación, en la comunidad en general, de los actos de intervención humanitaria aparecería confirmada por la práctica reciente¹¹⁶.

Debe advertirse, sin embargo, que muchos estudiosos sostienen una posición bastante diferente, argumentando que el artículo 2 (4) de la Carta declaró ilegal cualquier derecho de intervención humanitaria establecido preexistentemente. Por ejemplo el profesor Sørensen concluye que “la prohibición de la intervención armada se aplica igualmente a la intervención humanitaria”¹¹⁷. Como muchos autores, él parece, de algún modo, menos preocupado por las intervenciones multilaterales y concluye que las decisiones del Consejo de Seguridad sobre el Congo, en 1960, “apoyan el criterio de que existe lugar para

¹¹⁵ OPPENHEIM, ob. cit., pág. 280.

¹¹⁶ LUNG CHU CHEN, ob. cit., págs. 330-331

¹¹⁷ MAX SØRENSEN, ob. cit., pág. 758.

la intervención colectiva en nombre de las Naciones Unidas cuando los desórdenes internos en un Estado asumen las proporciones de una amenaza a la paz internacional y la seguridad¹¹⁸.

Por su parte, el Instituto Americano de Derecho, en su *Tercer Restatement sobre el Foreign Relations Law*, en la parte relativa a la *Intervención humanitaria para rescatar a las víctimas o reprimir violaciones a los Derechos Humanos*, señala que: cada vez es más aceptado que un Estado puede tomar medidas para rescatar a las víctimas o potenciales víctimas, en una acción estrictamente limitada a aquel propósito y sin que involucre la destrucción desproporcionada de la vida o propiedad en el Estado donde el rescate tiene lugar. Aún no está acordado o determinado autorizadamente si un Estado puede intervenir con la fuerza militar en el territorio de otro Estado sin su consentimiento, no para rescatar a las víctimas sino para prevenir o poner fin a violaciones a los derechos humanos. Tal intervención podría ser aceptada si es tomada en virtud de una resolución de un órgano de Naciones Unidas o de una organización regional como la Organización de Estados Americanos¹¹⁹.

Intervención en Alta Mar: En alta mar rige el principio según el cual un buque sólo se halla sometido a su autoridad nacional; no obstante “el Derecho Internacional acepta, en ciertos casos, la voluntad de un Estado de extender su jurisdicción efectiva más allá de sus límites territoriales”¹²⁰; confiriendo, en casos excepcionales, y a determinados buques el derecho de visita e inspección. Así, el Derecho Internacional reconoce la jurisdicción criminal universal sobre ciertos crímenes aberrantes y otorga, expresamente, autoridad a los buques de guerra¹²¹ para visitar, registrar y, finalmente, si se ve obligado, para usar la fuerza contra buques extranjeros —a excepción de los buques de guerra que gozan de completa inmunidad de jurisdicción— sospechados, por ejemplo, de tráfico de esclavos o piratería¹²².

¹¹⁸ Max SØRENSEN, ob. cit., pág. 759.

¹¹⁹ *Restatement 3rd. Restatement of the Foreign Law of the United States*, vol., II -703, Comentario e, pág. 177.

¹²⁰ Charles FENWICK, ob. cit., pág. 353.

¹²¹ Se entiende generalmente por barco de guerra, aquel que pertenece a las fuerzas armadas de un Estado, luce los signos distintivos de esa clase de barcos del Estado, está bajo el mando de un oficial que ha sido debidamente designado por el gobierno de ese Estado y cuyo nombre aparezca en el escalafón de oficiales o su equivalente, y cuya dotación o tripulación esté sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares.

¹²² Ha de advertirse aquí que no todo acto de violencia cometido en alta mar será considerado piratería. De acuerdo con el artículo 101 de la Convención sobre los

El artículo 110 de la Convención sobre los Derechos del Mar de 1982 otorga a los buques de guerra, aeronaves militares y buques o aeronaves debidamente autorizados que lleven signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio de un gobierno; el *derecho de visita* a un buque extranjero que no goce de completa inmunidad de jurisdicción, cuando: el acto de injerencia se realice en ejercicio de facultades conferidas por un tratado; o no existiendo un tratado, cuando “haya un motivo razonable para sospechar que el buque” se dedica a la piratería, se dedica a la trata de esclavos, se utiliza para efectuar transmisiones no autorizadas, no tenga nacionalidad, o tenga la misma nacionalidad del buque de guerra, aunque enarbole un pabellón extranjero o se niegue a izar su pabellón.

Se admite también la persecución *–hot pursuit–* de un navío extranjero, cuando éste comete una infracción en las aguas interiores, el mar territorial o la zona contigua de un Estado. En tal situación, puede ser perseguido por los navíos o aeronaves de guerra y asimilables del Estado territorial y ser capturado aun en alta mar; hasta tanto el navío penetre en el mar territorial de otro Estado y siempre que la persecución no sea interrumpida¹²³. En este sentido, el artículo 111 de la Convención de 1982, otorga a los buques de guerra, aeronaves militares y a otros buques o aeronaves que estén al servicio del gobierno de un estado ribereño, el derecho de perseguir a los buques de un Estado extranjero cuando existan motivos fundados para creer que se ha cometido una infracción a las leyes y reglamentos del Estado costero para las distintas zonas sobre las que ejerce jurisdicción.

Derechos del Mar de 1982, se consideran actos de piratería: los actos ilegales de violencia, detención o depredación cometidos con fines privados (o sea con un propósito personal), por la tripulación o los pasajeros de un buque o aeronaves privados y dirigidos en alta mar contra las personas o bienes a bordo de otra nave, o contra un barco, aeronave, personas o bienes en un lugar fuera de la jurisdicción de cualquier Estado; cualquier acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o aeronave con conocimiento de los hechos que convierten al buque o aeronave en pirata; y cualquier acto que incite o facilite uno de los actos descritos en los supuestos anteriores. Así, los buques involucrados en terrorismo en nombre de Estados soberanos pueden no caer dentro de la definición. Han existido casos en que un grupo de personas tomaban un buque con fines políticos. En la mayoría de estos casos, a pesar de la demanda que hacía el Estado del pabellón, los Estados se han rehusado a asimilar a estas personas como piratas. Así, pueden observarse los casos Falke (1929), Santa María (1961) y Anzoategui (1963).

¹²³ El origen del ejercicio de este derecho de persecución se encuentra en un célebre arbitraje conocido como el caso *I'm alone* del 5/1/1935, entre Estados Unidos y Canadá, en el que se discutía la persecución y posterior destrucción de un navío canadiense dedicado al contrabando. La persecución fue juzgada lícita, no así la destrucción pues esta última no respondía a ninguna necesidad.

Asimismo, si bien no existe un derecho general de abordar o capturar buques extranjeros en alta mar, un buque que participa en el uso de la fuerza armada contra Estados extranjeros o contra sus ciudadanos puede ser objeto de las medidas defensivas necesarias y proporcionales.

IV. El uso de la fuerza en situaciones de baja intensidad

Lineamientos para el uso de la fuerza en situaciones de baja intensidad

La prohibición de interferir con la independencia política o la integridad territorial de otros Estados es una regla fundamental del Derecho Internacional que refleja el derecho moderno de soberanía. Los Estados no deben involucrarse en tales conductas excepto cuando sea esencial para defender sus legítimos derechos. Así, como principio general, se sugiere que puede usarse o amenazarse con el uso de la fuerza militar de acuerdo con las siguientes pautas:

1) Debe existir una violación que implique la responsabilidad del Estado por parte del Estado contra cuyo territorio está siendo contemplado el uso de la fuerza, por ejemplo:

a. El ataque terrorista u otro uso de la fuerza previo fue una consecuencia de las acciones del gobierno extranjero o de sus agentes (por ejemplo, si el ataque involucró miembros de la fuerza militar del Estado o fue organizado y pagado significativamente por el éste); o

b. El Estado desde el cual se ha organizado el uso ilegítimo de la fuerza debe haber sabido, o debe haber estado en una posición en la que razonablemente debió haber sabido, que se estaban planeando los ataques y debe haber fallado en tomar medidas razonables para prevenirlos.

2) Deben haberse agotado los medios pacíficos de resolución de controversias –o debe resultar claro que ellos no tendrían éxito–.

3) El nivel de la fuerza utilizada debe ser limitado a aquel necesario para poner fin a la ilegítima amenaza al Estado.

4) Deben efectuarse esfuerzos razonables para evitar cualquier interferencia innecesaria en los asuntos internos de los otros Estados.

5) De conformidad con el punto (4), toda intervención en el segundo Estado debe ser concluida lo más rápido posible.

Estudio de casos recientes

Puede resultar útil, en este punto, comentar brevemente algunas de las situaciones más recientes en las que los Estados Unidos han participado o en las que han contemplado un uso significativo de la fuerza militar en respuesta a agresiones de baja intensidad.

Nicaragua y los “Contras”

Uno de los más controvertidos usos de la fuerza de baja intensidad, por los Estados Unidos, fue con relación a la llamada Campaña de los “Contras” durante los años ochenta. Fue un caso abrumador, el régimen sandinista de Nicaragua estaba involucrado en una campaña sostenida para derrocar al gobierno de El Salvador, y también para desestabilizar o debilitar otros gobiernos vecinos; y todos los regímenes no comunistas de la región, al menos extraoficialmente, instaron a Estados Unidos a que tomara acciones decisivas, y el gobierno de El Salvador solicitó asistencia para defenderse a sí mismo¹²⁴.

La revolución de 1979, que derrocó al presidente Somoza, tenía –en aquel momento– una base popular amplia, contaba con el apoyo de la mayoría de los sectores de la sociedad nicaragüense; a la vez que, debido a la Resolución de la OEA¹²⁵ –adoptada a iniciativa de los Estados Unidos– que reconoció a los insurgentes, muchos países de Latinoamérica, incluyendo México, Venezuela, Panamá y Costa Rica la apoyaron. Por su parte, como condición para su respaldo, la OEA requirió a los insurgentes que apoyaran una Nicaragua democrática, pluralista y no-alineada; condiciones que fueron aceptadas por el Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN).

Inicialmente, el nuevo gobierno incluyó a reconocidos ciudadanos de diferentes sectores políticos; muchos de sus aliados, en contra de Somoza, eran genuinos nacionalistas y defensores de los Derechos Humanos y de los valores latinos tradicionales: el pluralismo y la no-alineación. El gobierno sandinista fue saludado por un gran apoyo público y económico. Sin embargo, luego, comenzaron a asumir el po-

¹²⁴ En mayo de 1984 el presidente de El Salvador, Magaña, afirmó que su gobierno había solicitado a los Estados Unidos asistencia en legítima defensa colectiva, y luego una afirmación similar fue hecha en una declaración sometida a la Corte Internacional de Justicia en el Caso de las Actividades Paramilitares.

Los argumentos y hechos que hicieron que la acción militar estadounidense fuera un ejercicio justificable pueden ser vistos en el artículo de John NORTON MOORE, “Secret War in Central America”, 1987, en *Sociedad Americana de Derecho Internacional*.

¹²⁵ Res. II OAS Doc. 40/79, Rev. 2-23/6/79.

der los Comandantes marxista-leninistas que habían controlado militarmente la insurgencia, quienes consolidaron su poder a través del Partido leninista provocando la salida de los verdaderos demócratas, limitando los derechos civiles y políticos¹²⁶, suprimiendo los movimientos obreros y la libertad religiosa, controlando y censurando la prensa, atacando y asesinando a sus oponentes políticos, negando las elecciones libres y suspendiendo el derecho de hábeas corpus, iniciando una militarización masiva de la sociedad, dejando de lado la no alineación¹²⁷, llevando a cabo un masivo y secreto rearme militar (mediante el cual llegó a incrementar aproximadamente seis veces la Guardia Nacional de Somoza, aun antes de que existiera amenaza de parte de la oposición al régimen) y, finalmente, inclinándose hacia el estilo totalitario de Cuba¹²⁸. Así, mientras Estados Unidos apoyaba económicamente a Nicaragua e intentaba construir una relación de confianza mutua con el nuevo gobierno sandinista¹²⁹; los Comandantes concluían, secretamente, acuerdos militares con el bloque soviético y asociándose con Cuba para lanzar una guerra de guerrillas contra El Salvador y Guatemala y para apoyar la subversión armada en Costa Rica y Honduras.

Una década antes de asumir el poder, en 1969, el FSLN había afirmado su apoyo a la “lucha por una verdadera unión de los pueblos

¹²⁶ Ver: *Reportes de la Comisión de Derechos Humanos de Nicaragua (CPDH)* de 6/84 a 11/84.

¹²⁷ En julio de 1980, por ejemplo, Yaser Arafat realizó una visita de Estado a Nicaragua para formalizar los lazos diplomáticos entre la OLP y el régimen sandinista. Asimismo, entre el 23 y 25 de octubre de 1985, representantes de 9 naciones del Consejo para la Asistencia Económica Mutua del bloque soviético llevaron a cabo una Conferencia en Managua. Por su parte, el voto sandinista ante la ONU fue aliado con el del bloque soviético.

¹²⁸ Cuba se esforzó por capturar a los insurgentes. Ya en la década de 1960, Fidel Castro había proporcionado armas y entrenamiento al FSLN –Ver: D. NOLAN, *The Ideology of the Sandinistas and the Nicaraguan Revolution*. 1985–. Más tarde un alto oficial cubano del Departamento Americano de Cuba, Armando Ulises Estrada, viajó a Nicaragua para unificar las tres facciones existentes del FSLN, como condición para recibir ayuda cubana. Aparentemente, los comandantes consideraron que la unión de las tres facciones les permitiría acceder al poder. Además de las armas enviadas vía Panamá y Costa Rica, Cuba estableció, en San José, un centro para monitorear y facilitar su asistencia; y en 1979, ayudó a organizar una “brigada internacionalista” para luchar con el FSLN (Ver: United States Department of State, Special Report N° 90, *Cuba’s Renewed Support for Violence*. 5/1981).

¹²⁹ La *Bipartisan Kissinger Commission* concluyó que los Estados Unidos “llevaron a cabo un esfuerzo paciente y coordinado para crear una relación constructiva de confianza mutua con el nuevo gobierno. *Appendix to the Report of the National Bipartisan Commission on Central America*, 45, 1984.

de América Central en un solo país, comenzando con el apoyo a los movimientos de liberación nacional en los países vecinos”¹³⁰; así los Comandantes, finalmente, optaron por unirse a Cuba en su respaldo a “internacionalismo revolucionario” en América Central, llevando a cabo, conjuntamente, una guerra secreta, cuyos ataques más serios fueron dirigidos contra El Salvador y Guatemala.

Concretamente, en El Salvador, hasta 1980, las guerrillas eran pocas en número, desorganizadas y estaban escasamente armadas. Entre fines de 1979 y mediados de 1980, Fidel Castro organizó reuniones en La Habana con el fin de unificar y organizar a las guerrillas salvadoreñas. Así, hacia fines de 1980, el Frente de Liberación Nacional Farabundo Martí se constituyó en el coordinador de las organizaciones guerrilleras; se creó un Frente Revolucionario Democrático (FDR) para atraer el apoyo político internacional; y, en octubre de ese año, comenzaron a llegar cargamentos de armas para el Frente de Liberación Nacional –provenientes de Cuba y Nicaragua–, los cuales provocaron la protesta de la Administración Carter a Managua y, finalmente, la suspensión de la asistencia económica. Asimismo, los sandinistas desempeñaron un rol importante en el entrenamiento de los rebeldes de dicho Frente –contando por lo menos con cuatro campos de entrenamiento en Nicaragua–¹³¹.

Ahora, si bien la ofensiva final sobre El Salvador, en 1981, no tuvo éxito –debido, principalmente, a la imposibilidad del Frente Farabundo Martí de obtener un apoyo popular significativo–; lo cierto es que la participación cubano-nicaragüense en el ataque a dicho país, llevada a cabo desde mediados de 1980, incluyó: participación en la organización de la insurgencia, provisión y tráfico de armas, asistencia en la planificación militar, financiamiento, asistencia logística, entrenamiento de insurgentes, asistencia en comunicaciones, apoyo internacional, propaganda política y el uso del territorio nicaragüense como santuario para el ataque¹³².

¹³⁰ John NORTON MOORE, ob. cit., pág. 56.

¹³¹ A la par, se condujo un ataque contra Guatemala, con gran participación de los Comandantes y de Cuba, y existieron ataques contra Honduras que implicaron a insurgentes entrenados en Nicaragua y Cuba. Entre los incidentes pueden contarse: OLANCHO (en julio de 1983) y PARAISO (en julio de 1984).

¹³² Tanto la Administración Carter como la Reagan concluyeron que Cuba y Nicaragua participaban de una guerra secreta contra El Salvador. El Departamento de Estado Norteamericano ha elaborado numerosos reportes acerca de la participación cubana y nicaragüense, donde se documentan cargamentos de armas y municiones interceptados.

Los Estados Unidos y las naciones atacadas de la región hicieron esfuerzos para solucionar el conflicto pacíficamente; tal la protesta formulada por la Administración Carter ante los cargamentos de armas, que ya se mencionara, y la suspensión de la ayuda norteamericana a Nicaragua y la continuación de la ayuda militar a El Salvador. Asimismo, entre agosto de 1981 y abril de 1982, en un nuevo intento por obtener una solución pacífica, la Administración Reagan, ofreció reanudar la asistencia económica a cambio de que el régimen sandinista pusiera fin a su intervención en el conflicto en El Salvador, pero su oferta no tuvo éxito. En octubre de 1982, Estados Unidos, junto con ocho gobiernos democráticos de la región, elaboraron la Declaración de San José, en la que se delinearón las condiciones para la paz. Sin embargo, el régimen sandinista se negó a discutir los principios de San José. A su vez, Estados Unidos respaldó los esfuerzos de Colombia, Panamá, México y Venezuela, en Contadora, en enero de 1983.

Ahora, si bien la guerra secreta contra El Salvador había comenzado hacia mediados de 1980, no existió una respuesta militar significativa sino hasta la primavera de 1982. Por su parte, la asistencia estadounidense a los grupos de oposición denominados “Contras” no tenía como objetivo derrocar al régimen nicaragüense, sino proteger a los Estados vecinos de los ataques¹³³. La misma fue cuidadosamente controlada e, incluso, hacia mediados de 1984 –cuando Nicaragua ya se había presentado ante la Corte Internacional de Justicia alegando un uso ilegítimo de la fuerza de parte de Estados Unidos y la interferencia de éste en sus asuntos internos– el Congreso endureció su posición terminando con la asistencia a los grupos de resistencia. Luego, en 1985, retomó dicha asistencia, pero limitándola sólo a una ayuda humanitaria –alimentos, vestimenta y medicinas– y prohibiendo al departamento de Defensa y a la CIA que organizaran la misma.

Es importante aprender la lección correcta de esta experiencia. En primer lugar, considero que Estados Unidos estuvo bien al ir en ayuda de El Salvador y el apoyo norteamericano a los “Contras”, finalmente, jugó un rol fundamental, limitando la capacidad de los sandinistas para apoyar a los rebeldes en El Salvador y en cualquier otro país vecino. Sin embargo, puede decirse que Estados Unidos cometió los siguientes errores:

¹³³ Para no ofrecer dudas acerca de la finalidad de la asistencia, el Congreso norteamericano restringió las acciones estadounidense, aun cuando dicha asistencia era como respuesta defensiva a un ataque armado.

1. No hizo lo suficiente para informar al público –en Estados Unidos y en el exterior– y a los otros gobiernos acerca de los hechos, de lo que Nicaragua estaba haciendo a sus vecinos. Una de las grandes ironías es que el caso, según sus méritos, era tan convincente que aunque el *Comité Selecto de la Cámara de Representantes sobre Inteligencia* (Comité Boland) distribuyó rutinariamente reportes reconociendo la evidencia que había establecido “con certeza” que Nicaragua estaba tratando de debilitar a los gobiernos vecinos; esos reportes fueron, en gran parte, ignorados. Asimismo, grupos religiosos y los movimientos pacifistas estudiantiles comenzaron a presionar al Congreso para impedir más agresión estadounidense contra Nicaragua y, entonces, el Congreso comenzó a cerrar y abrir la ayuda internacional a los “contras”, de acuerdo al tono de las últimas encuestas de la opinión pública que recibía. La actitud de Estados Unidos contra la agresión nicaragüense en su región debió haber sido más abierta; ya que las señales inciertas emanadas del Congreso en forma de diversas “Enmiendas Boland” y el hecho que la ayuda a los “Contras” se detuviera y continuara ininterrumpidamente, debilitaron el apoyo aun entre sus aliados en la región; y gran parte del mundo, rápidamente, concluyó que los Estados Unidos había sido el agresor en la disputa. Los Estados Unidos hicieron un trabajo extremadamente pobre al explicar sus políticas a la opinión pública americana y a sus aliados; a la vez que los sandinistas pudieron convencer a un gran número¹³⁴ de personas de que Estados Unidos estaba tratando de “desestabilizar” a Nicaragua por la pérdida de Somoza, quien siempre había respondido a sus intereses.

2. Falló en reconocer que era probable que un proyecto de esa magnitud no permaneciera en secreto por mucho tiempo y que, ante la ausencia de una confidencialidad efectiva, no había razón para no

¹³⁴ El FMLN operaba con sesenta oficinas en treinta y cinco países para apoyar su ataque contra el gobierno de El Salvador. Intentaron movilizar el apoyo a las guerrillas a través de los *solidarity committee* establecidos con ayuda de oficiales de inteligencia cubanos; a la vez que, como parte de su propaganda, los Comandantes llevaron a cabo una sofisticada campaña política en los Estados Unidos, con apariciones públicas de portavoces nicaragüenses ante la audiencia norteamericana e incluso mediante llamadas a congresistas norteamericanos. También contrataron una firma norteamericana de abogados para hacer *lobby* por ellos en los Estados Unidos y representarlos ante la CIJ. La propaganda estaba dirigida a apoyar al FMLN como una alternativa democrática, a atacar a los “contras” de “somocistas” y de cometer violaciones a los derechos humanos (cargos de los que acusaron también al gobierno de El Salvador) y a denunciar la respuesta estadounidense como una ideología anti-comunista.

reportar la respuesta defensiva al Consejo de Seguridad como lo requiere el artículo 51 de la Carta. En efecto, en varias ocasiones, en años recientes, los Estados Unidos han usado la fuerza de un modo que probablemente fue consistente con las previsiones de la Carta relativas a la legítima defensa; pero han sido considerados como violadores de la ley porque no cumplieron con las disposiciones del artículo 51, relativas al deber de información¹³⁵.

3. Si bien creo que los abusos a los Derechos Humanos de los “Contras” a menudo fueron exagerados con propósitos políticos, resulta claro que los abusos ocurrieron y que Estados Unidos debió haber hecho todo lo razonablemente posible para controlar mejor a los “Contras” e imponerles el respeto a las leyes de la guerra.

4. Por último, antes de recurrir a una operación unilateral y paramilitar encubierta¹³⁶ hubiera sido preferible intentar involucrar al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o a la Organización de Estados Americanos, en el esfuerzo de presionar a Managua para que cesara sus agresiones contra sus vecinos, aun cuando tales esfuerzos fallaran. Pues, habiendo hecho el esfuerzo hubiera reforzado la percepción pública de que Estados Unidos intentó una solución multilateral antes de recurrir a la acción unilateral.

No obstante, considero que el rol de los Estados Unidos fue legítimo¹³⁷. El principio central del orden mundial moderno es que la

¹³⁵ De conformidad con este artículo, las medidas tomadas por los miembros, en ejercicio de su derecho de legítima defensa, deben ser inmediatamente informadas al Consejo de Seguridad.

¹³⁶ No obstante, la Carta de las Naciones Unidas no prohíbe que se lleve a cabo una acción encubierta como parte de una respuesta defensiva. En efecto, en casi todos los conflictos en que han intervenido los Estados Unidos en el siglo XX las acciones han sido tanto abiertas como encubiertas; por ejemplo: el apoyo aliado a las fuerzas paramilitares durante la Primera y Segunda Guerras Mundiales y durante la Guerra de Corea; o los movimientos insurgentes creados por los aliados, en Francia, Bélgica, Yugoslavia, etcétera, durante la Segunda Guerra Mundial. J. GOULDEN, *Korea. The Untold Story of the War*: 464-75 (1982). J. PERSICO, *Piercing the Reich: The Penetration of Nazi Germany by American Secret Agents during World War II*. 75,255,318 (1979).

¹³⁷ Los artículos 51 de la Carta de las Naciones Unidas y 3º de la Carta de la Organización de Estados Americanos permiten un respuesta inmediata y continua contra un ataque armado. Asimismo, Estados Unidos no violó los artículos 18 y 20 de la Carta de la OEA, relativos al principio de no intervención; al tiempo que debe destacarse que, el artículo 22 de la referida Carta prevé específicamente las medidas adoptadas para el mantenimiento de la paz y seguridad, de acuerdo con los tratados existentes. Tampoco violó ninguna norma nacional como podría ser la *War Powers Resolution*. Inclusive el minado de los puertos nicaragüenses puede ser considerado legítimo, ya que se le dio un aviso apropiado al Lloyd's de Londres y, también, se advirtió a los navíos que se dirigían a los puertos nicaragüenses. John NORTON MOORE, ob. cit.

guerra de agresión está prohibida en las relaciones internacionales, y puede utilizarse la fuerza necesaria y proporcional para responder a un ataque de este tipo. Como hemos visto, este doble principio está incluido en los artículos 2 (4) y 51 de la Carta de las Naciones Unidas, en los artículos 21 y 22 de la Carta de la OEA y, virtualmente, en toda normativa moderna relativa al uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Así, la guerra secreta llevada a cabo por Nicaragua contra los Estados vecinos violó importantes normas de Derecho Internacional, tales como: las prohibiciones de ambas Cartas relativas al uso de la fuerza: artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas y artículos 3, 18, 20 y 21 de la Carta de la Organización de Estados Americanos; los artículos 1, 2, 3 y 5 de la Definición de Agresión de las Naciones Unidas¹³⁸; la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1965 sobre la Inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados y la Protección de su Independencia y Soberanía¹³⁹; la Declaración de 1970, del mismo órgano, sobre los Principios de Derecho Internacional relativos a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre Estados¹⁴⁰, etcétera. Y, por su parte, la asistencia soviética, directa o indirecta, a tales ataques, violó no sólo las normas y Declaraciones mencionadas, sino también los Principios contenidos en la Declaración de Principios de 1972 entre los Estados Unidos y la URSS¹⁴¹, los Principios IV y VI del Acta Final de Helsinki de 1975 e incluso la propia definición soviética de agresión.

Dicha guerra secreta constituyó un ataque armado, justificando el uso de la fuerza en defensa colectiva, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas y del artículo 3 del Tratado de Río¹⁴²; debiendo tener en cuenta que el derecho de legítima defensa individual o colectiva previsto en el artículo 51 de la Carta se aplica tanto a un ataque armado directo como indirecto. Tal como se ha expresado al hacer referencia a la necesidad de conciliar los artículos

¹³⁸ UN Doc. A/9631, 1974.

¹³⁹ UN Doc. A/6014, 1965.

¹⁴⁰ UN Doc. A/8028, 1970.

¹⁴¹ 29/5/1972. AJIL 920-1972.

¹⁴² Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, suscrito el 2/9/1947. Su artículo 3º establece que: "Las Altas Partes Contratantes convienen en que un ataque armado por parte de cualquier Estado contra un Estado Americano, será considerado como un ataque contra todos los Estados Americanos, y en consecuencia, cada una de dichas Partes Contratantes se compromete a ayudar a hacer frente al ataque, en ejercicio del derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva que reconoce el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas".

2 (4) y 51 de la Carta, gran parte de la doctrina considera que la Carta no ha coartado ni restringido el derecho de legítima defensa contenido en el derecho consuetudinario¹⁴³.

Ahora, aún cuando se optara por una posición más estrecha, no hay duda que el artículo 51 se aplica a un ataque armado indirecto –o secreto–. Considerando el objetivo de la Carta de proteger el derecho de auto-determinación, un ataque significativo aunque encubierto contra las instituciones políticas y de gobierno puede ser considerado equivalente a una invasión armada¹⁴⁴. Por su parte, Kelsen ha sostenido que desde que la Carta no ha definido el término ataque armado incluido en su artículo 51, los miembros de la Organización, al ejercer su derecho de legítima defensa individual o colectiva, pueden interpretar que un ataque armado significa no solo la acción en la que un Estado utiliza sus fuerzas armadas sino también la acción de movimientos revolucionarios llevadas a cabo en un Estado, pero apoyadas por otro¹⁴⁵.

El ataque secreto cubano – nicaragüense a cuatro de sus Estados vecinos no fue un incidente menor, ni siquiera fueron actos aislados de subversión o terrorismo; fue una guerra secreta y continua, empleando modernas armas y causando miles de muertes.

Libia –1986–:

Los hechos básicos del ataque aéreo norteamericano –de 1986– contra Libia son un asunto de conocimiento público. El gobierno de Libia había enviado instrucciones a sus embajadas alrededor del mundo de participar en los ataques terroristas destinados a causar el máximo de bajas (posibles) a los ciudadanos norteamericanos y a otros

¹⁴³ D. BOWETT, *Self defence in International Law*. 184-93 (1958); J. STONE, *Agresion and World Order*, 92-101 (1958). Estos autores advierten que el artículo 51 fue incorporado a la Carta, a iniciativa de los Estados Latinoamericanos, para proteger las organizaciones de seguridad regional, y que no existe evidencia en los trabajos preparatorios de la Carta de que la misma pretendiera restringir el derecho consuetudinario de legítima defensa.

¹⁴⁴ El rápido desarrollo de la ciencia del sabotaje y del terrorismo ha llevado al reconocimiento que esos medios pueden ser tan eficaces para destruir la independencia política de un Estado como una invasión militar (...). Considerar que un Estado no puede emplear la fuerza para combatir contra una agresión indirecta equivaldría a no comprender los propósitos de la Carta. Sus redactores sólo pretendieron prohibir el uso ilegítimo de la fuerza, no su utilización en defensa de valores básicos como la independencia de un Estado o su integridad territorial. R. HULL & J. NOVOGROD, *Law and Vietnam* 118, 120 (1968). Ver también: C. POMPE, *Agresive war: An International Crime*, 53 (1953).

¹⁴⁵ KELSEN, *Collective Security under Intenational Law*, 49 Int'L Stud. 88 (1956).

Estados occidentales; y Estados Unidos trabajó activamente, con un número de gobiernos para identificar y prevenir numerosos ataques terroristas. Las agencias de inteligencia norteamericanas interceptaron un intercambio de mensajes entre Trípoli y la Embajada de Libia en Berlín del Este indicando que estaba programado un gran ataque terrorista para la noche del 5 de abril contra un local de entretenimientos frecuentado por soldados estadounidenses en Berlín Occidental. Mientras policías militares estadounidenses se dirigían de un bar o club nocturno a otro ordenando a los soldados americanos que regresaran a sus bases, explotó una bomba en la discoteque *La Belle* causando más de doscientas treinta bajas –incluyendo cincuenta norteamericanas–. Luego de ello, fue interceptado un mensaje de la Embajada de Berlín Oriental informando a Trípoli del gran éxito de la misión.

Considerando esta constante campaña de terrorismo internacional como una clara violación del artículo 2 (4) de la Carta y como un acto de agresión armada, Estados Unidos –habiendo agotado, previamente, una gama de remedios, sin utilizar la fuerza, tales como protestas diplomáticas y sanciones económicas destinadas a presionar a Libia para que cesara sus ataques terroristas– decidió que era necesario utilizar la fuerza armada. El 14 de abril tuvieron lugar una serie de ataques aéreos contra instalaciones de entrenamiento terroristas y barracas militares en Libia, y como resultado, Libia redujo su aparente apoyo al terrorismo internacional durante más de un año.

Pese a que existieron considerables críticas dentro de la comunidad legal –ya sea basadas en la ignorancia de las actividades libias anteriores, o bien en la creencia de que la Carta negaba a las víctimas de una agresión de baja intensidad el derecho de defenderse a sí mismos o, incluso, en que la respuesta de los Estados Unidos había sido desproporcionada respecto del ataque de *La Belle*–; pareció existir también un gran alivio porque finalmente se había hecho algo para castigar dichos actos de terrorismo. Las aparentes reducciones del terrorismo de estado libio en los meses siguientes reafirmaron aquella sensación de alivio.

Considero que se trató de un ejercicio legítimo de la fuerza defensiva en respuesta a una serie de constantes ataques armados, y que la respuesta estadounidense fue tanto necesaria como proporcional. Los Estados Unidos podrían haber hecho más para explicar la situación, pero no dudaron en tomar medidas similares en el futuro cuando fueron necesarias (por ejemplo, en Sudán, en 1998). Sin embargo,

el fin de la Guerra Fría mejora las posibilidades para una acción efectiva del Consejo de Seguridad en tales casos, y creo fuertemente que podría hacerse un esfuerzo para que el Consejo de Seguridad¹⁴⁶ solucione esos problemas multilateralmente antes de considerar seriamente una acción unilateral.

Panamá –1989–:

En diciembre de 1989, los Estados Unidos enviaron fuerzas de combate como parte de la operación *Just Cause*. En el proceso, el presidente, Manuel Noriega, fue apresado y llevado a los Estados Unidos para ser juzgado, y varios cientos de panameños fueron muertos en la lucha.

Hay que admitir que existe gran dificultad con esta operación por ser difícil de justificar de acuerdo al Derecho Internacional, y al derecho interno estadounidense también, aun cuando el Congreso no protestó¹⁴⁷. Estados Unidos alegó una serie de justificaciones para su intervención armada:

a) Manuel Noriega, estaba involucrado, activamente, en transacciones económicas que resultaron en el tráfico de drogas ilícitas a los Estados Unidos, en violación tanto de las leyes criminales internas panameñas como estadounidenses.

b) En un período de varios meses, existieron varios incidentes en los cuales personal estadounidense en Panamá había sido maltratado –y en dos o tres casos asesinados– por Fuerzas de Defensa panameñas.

c) El gobierno de Panamá había establecido una legislación que ampliaba el poder interno de Noriega, sobre la base de que existía una guerra con los Estados Unidos –denominado el argumento de la “declaración de guerra–”¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Así, en el caso del vuelo 103 de Pan Am, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas decidió imponer sanciones a Libia como un medio de presionar a ese gobierno para que extraditara a dos individuos que se creía que habían participado en la explosión del vuelo 103 de Pan Am, sobre Lockerbie en Escocia, en 1988, para ser juzgados. Así, el 15 de abril de 1992 el Consejo impuso un embargo sobre la venta de armas a Libia y prohibiría los vuelos hacia y desde Libia. Finalmente los acusados fueron extraditados a Holanda, para ser juzgados por las leyes escocesas.

¹⁴⁷ No creo que el presidente tenga autoridad, bajo la Constitución, para iniciar una “guerra” contra otro país por lo que, esencialmente, fueron causas económicas y políticas contra su gobierno. Sin duda, la *War Power Resolution* de 1973 no parecería autorizar ese tipo de operación, y yo sostendría que únicamente cuando el presidente actúa defensivamente contra una amenaza armada, sus poderes de Comandante en Jefe la autorizan como respuesta.

¹⁴⁸ No obstante, una atenta lectura del estatuto en cuestión, en mi opinión, no apoya esa caracterización.

d) El 7 de mayo de 1989, los candidatos Endara y Ford habían ganado legítimamente en elecciones libres, derrotando a Noriega, y éste había utilizado la fuerza de manera ilegítima para impedirles asumir el poder.

En primer lugar, considero que es necesario hacer una distinción entre la participación en el negocio de la droga y aquellas situaciones de uso de la fuerza tales como un ataque terrorista. Si bien es cierto que la guerra contra las drogas, muchas veces, puede cobrarse tantas vidas como todos los ataques terroristas combinados; las víctimas de un ataque terrorista en un aeropuerto no ofrecen billones de dólares a sus atacantes para que lleven a cabo su misión. La triste realidad es que un gran número de norteamericanos ansían narcóticos ilegales y están dispuestos a pagar billones de dólares –colectivamente– a cualquiera que satisfaga su demanda. El hecho es que el tráfico para obtener beneficios económicos no es un “uso de la fuerza armada” y las víctimas –que, colectivamente, ofrecen billones de dólares como recompensa a los traficantes y sus asociaciones– se encuentran en un nivel diferente que las personas masacradas con fuego en un aeropuerto. Es probable que pocas amenazas causen mayor preocupación, que el problema de los narcóticos, pero la línea final es que no es probable que los enfoques unilaterales a tales problemas internacionales resulten efectivos.

Si Manuel Noriega hubiera pilotado un pequeño avión o un barco, llenos de algunos kilos de cocaína, hacia el sur de Florida, podría haber sido perfectamente legítimo que los Estados Unidos lo apresaran –salvo que su visita estuviera protegida por inmunidad de Jefe de Estado–. Y si fuera necesario, incluso, podrían usar la fuerza al arrestarlo. No obstante, a pesar de las horribles consecuencias de la denominada crisis de la droga, no creo que ni el artículo 51 ni el derecho consuetudinario de legítima defensa permitan a los Estados Unidos, ni a cualquier otro estado, lanzar ataques armados contra otros estados soberanos porque funcionarios o ciudadanos de esos estados hayan tenido participación en el tráfico de drogas que finalmente llega a sus ciudades. Concretamente, es preocupante la puesta en práctica de los estatutos que establecen jurisdicción extraterritorial –*long arm*– que parecen sujetar a los líderes extranjeros a las leyes criminales estadounidenses por actos de naturaleza económica que no suponen, por lo menos, algún elemento de conducta incorrecta de parte de los acusados dentro de los Estados Unidos.

Ahora, ignorando por un momento, el hecho de que si Manuel Noriega visitaba los Estados Unidos oficialmente y al hacerlo contra-

bandeaba un par de toneladas de cocaína, claramente, hubiera estado protegido de cualquier proceso criminal, por la inmunidad soberana; necesitamos analizar el *nexo* entre sus transacciones económicas en Panamá y la llegada de las drogas a los Estados Unidos. Al respecto, el Derecho Internacional reconoce el *principio objetivo de territorialidad* de la jurisdicción, que permite a un Estado procesar a un individuo por una conducta criminal comenzada fuera del territorio pero consumada dentro de él –tal como cuando un francotirador dispara un rifle desde Canadá y mata a un ciudadano norteamericano o extranjero que se encuentra en territorio de los Estados Unidos–. Sin embargo, no está claro que éste tipo de acción sea de la que se lo acusó a Noriega. Mi impresión es que como otros líderes latinoamericanos, su ofensa principal no fue transportar personalmente narcóticos a Miami; sino mirar hacia otro lado y fallar en imponer las restricciones de las leyes panameñas contra determinados traficantes de droga que, con su cargamento ilícito, utilizaban de tránsito a Panamá, en su ruta hacia los Estados Unidos; aparentemente, estaba también muy involucrado en lavado de dinero para ayudar a los carteles a sacar provecho de su empresa, pero el hecho sigue siendo que probablemente el lavado de dinero ni siquiera sea una “amenaza o uso de la fuerza”, tal como lo describe el artículo 2 (4) de la Carta; eventualmente puede constituir un crimen internacional, aunque eso tampoco es probable mientras los Estados Unidos busquen respuestas unilaterales a problemas multilaterales.

Así, aun cuando Estados Unidos pudiera establecer una jurisdicción criminal válida sobre Noriega, de eso no se desprende automáticamente que pueda invadir legítimamente un país extranjero y colocarlo bajo arresto. Es cierto que la doctrina Ker-Frisbie¹⁴⁹ podría permitir a una corte doméstica estadounidense juzgar a un acusado independientemente de cómo llegó a la custodia física del Estado; y también es cierto que el Tratado de Extradición entre Panamá y Estados Unidos probablemente fuera irrelevante porque la Constitución de Panamá prohíbe la extradición de sus nacionales. Sin embargo, la Corte de Apelación del 9º Circuito ha sostenido en el caso Verdugo II que un nacional extranjero llevado a los Estados Unidos por agentes del gobierno, contra la voluntad del Estado cuya integridad territorial fue infringida por abducción constituye una violación del Tra-

¹⁴⁹ *Restatement of the Foreign Law of the United States* & 433– Comentario b; págs. 333 a 339.

tado de Extradición y obliga a que el acusado sea devuelto al Estado del cual fue sustraído. Al igual que el caso Verdugo I, no creo que éste supere una revisión de la Corte. El análisis correcto no se centra en el Tratado de Extradición, aun cuando la Corte del 9° Circuito reconoció que no pretendía proporcionar una manera exclusiva por la cual un fugitivo pueda ser transferido de un Estado a otro. El tratado proporciona un medio por el cual un Estado puede obtener la custodia de un fugitivo de otro Estado cumpliendo con una serie de formalidades, y cuando no es invocado por el Estado que busca el control del fugitivo es un factor que no es tenido en consideración¹⁵⁰.

Como principio general –claramente basado en el principio de soberanía– el Derecho Internacional permite aquello que no prohíbe. “El Derecho Internacional rige relaciones entre Estados independientes. Por consiguiente, las reglas de derecho vinculantes para los Estados emanan de su propia y libre voluntad expresada en las convenciones o por los usos generalmente aceptados como expresión de los principios de derecho y establecidos en orden a regular las relaciones entre estas comunidades coexistentes e independientes o con miras al logro de objetivos comunes. En consecuencia, las restricciones a la independencia de los Estados no pueden presumirse”¹⁵¹.

Desde que, en la mayoría de los tratados de extradición, nada prohíbe las formas no convencionales de entrega de los fugitivos, la práctica de “secuestro” o “abducción” de fugitivos en territorio extranjero debe ser considerada legítima a no ser que sea limitada por otras previsiones de Derecho Internacional. Sin embargo, no necesitamos ir más allá de la regla sustantiva de derecho más fundamental¹⁵² –incorporada en el artículo 2 (4) de la Carta– para encontrar una clara prohibición contra el envío de agentes por un Estado, al territorio de otro para utilizar la fuerza para remover a un residente del segundo Estado.

Asimismo, la doctrina Ker-Frisbie es una doctrina de derecho interno en un sistema dualista, y a pesar del hecho que ha sido segui-

¹⁵⁰ No es para decir que un tratado de extradición no pueda incluir una prohibición más amplia sobre extradición de fugitivos y establecer medios exclusivos para obtener la custodia de fugitivos por acuerdo de partes; pero tales previsiones no estaban contenidas en el Tratado de Extradición entre México y Estados Unidos involucrado en el caso Verdugo.

¹⁵¹ Caso Lotus P.C.I.J. Serie A, N° 10, 1927.

¹⁵² La regla de procedimiento *Pacta sunt servanda* –los tratados deben ser obedecidos– puede ser una regla más fundamental, desde que refleja el requisito de que las obligaciones legales deben ser observadas, sin el cual las reglas más sustantivas tendrían poco valor.

da por el derecho interno de varios otros Estados, no proporciona justificación para dejar de adoptar reglas de Derecho Internacional. Es probable que el gobierno obtuviera una serie de cargos criminales contra Manuel Noriega en las cortes federales y estatales, pero esto no significa que el Derecho Internacional no haya sido violado al hacerlo¹⁵³.

Es importante encontrar caminos creativos para desalentar el tráfico de narcóticos, y la victoria en esta “guerra”, probablemente, es tan importante como controlar el nivel actual del terrorismo internacional; pero al intentar expandir el alcance de las leyes internas de un Estado no debe perderse de vista la doctrina de la reciprocidad. Si los Estados Unidos tienen derecho de arrestar a Manuel Noriega por transacciones económicas en su país –lo cual finalmente no impide que los narcóticos lleguen a sus playas; de ello puede seguirse que alguien podría enviar agentes a los Estados Unidos para ejecutar sus propias leyes internas.

Claramente, existieron beneficios en la operación “Just Cause”. La fórmula Endara-Ford, que ganó la elección del 7 de mayo de 1989 fue puesta en el poder, lo cual fue consistente con el principio de autodeterminación; y pueden haber habido, también, otros beneficios, a largo plazo, por el arresto del General Noriega; sin embargo, dudo seriamente que importen más que el daño causado por los Estados Unidos a la regla de derecho al adoptar el enfoque unilateral; por no mencionar el serio daño causado al prestigio de América por el abuso físico de los embajadores de Cuba y Nicaragua al violar tratados básicos y normas fundamentales de derecho consuetudinario. Los malos tratos y las amenazas implícitas del uso de la fuerza contra la Nunciatura Apostólica en Panamá, no sólo fueron ilegales sino que no tenían razón de ser; ellos, pues, han sido más propios de una dictadura que de la democracia más poderosa sobre la tierra.

La invasión a Panamá y la captura de Noriega hicieron poco para detener el suministro de drogas ilícitas de Latinoamérica a las calles de Norteamérica. La operación no sólo se cobró cientos de vidas

¹⁵³ Resol. 2625 (XXV) del 24/10/1970 donde se reglamenta la prohibición del recurso a la fuerza y se precisan los límites y el alcance de la regla. Declaración relativa a los Principios de Derecho Internacional relativos a las Relaciones Amistosas y a la Cooperación entre los Estados. Resol. 2131 (XX) Declaración sobre la Inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados y de la Protección de su Independencia y su Soberanía. Resol. 2160 (XXI) relativa a la observancia de la prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Resol. 3314 (XIX) –14/12/1974– relativa a la definición de agresión.

inocentes y fue contraria tanto a los tratados anti-drogas como a la Carta de las Naciones Unidas y a la de la Organización de Estados Americanos; sino que también debilitó la credibilidad norteamericana respecto de la preferencia por los enfoques multilaterales. Visto así, creo que fue un trágico error. Por el contrario, actuando multilateralmente y de buena fe, los Estados, finalmente, podrían ser capaces de colocar a los traficantes de drogas en la misma categoría que los traficantes de esclavos y piratas. Un esfuerzo que podría perseguirse sería la promoción de un nuevo tratado internacional que declare que el tráfico de drogas constituye un crimen internacional, es decir, como norma perentoria *–ius cogens–*, obligatoria para todos los Estados independientemente de su ratificación al tratado.

Mejorar la disuasión evitando las viejas ideas

El sueño de la Carta de las Naciones Unidas no es que los actos de agresión armada sean enfrentados por una fuerza colectiva abrumadora y que el ejército del agresor sea destruido; el sueño de la Carta es que los potenciales agresores perciban mucho antes de recurrir a la fuerza que cualquier acción de ese tipo sería dolorosa y no tendría ninguna recompensa. En otras palabras, la teoría subyacente es la de la *Deterrence* –disuasión–.

La reciente Guerra del Golfo demuestra que un líder radical, como Saddam Husein –quién ya había llevado a Irak a una sangrienta guerra con Irán– finalmente no iba a detenerse por un embargo que amenazaba la salud y seguridad de las mujeres y niños de su país. De allí que el jugar con las antiguas reglas terminó en un fracaso de la disuasión. Pero, consideremos, por un momento, lo que podría haber pasado si Saddam Husein hubiera sabido de antemano que el Consejo de Seguridad seguiría un enfoque diferente:

1. Ante la amenaza o uso de una fuerza armada internacional significativa, el Consejo de Seguridad se hubiera reunido con prontitud y hubiera examinado la evidencia y a las partes que tuvieran información relacionada con la materia se les hubiera permitido presentar el caso ante el Consejo.

2. Si el Consejo concluía que, *prima facie*, existió un caso de agresión contra cualquier Estado o Estados, programaría una audiencia, en profundidad –que podría ser de naturaleza más jurídica, conforme los lineamientos de los Juicios de Nüremberg o podría hacer uso de la Corte Internacional o la Corte Penal Internacional; y daría a los prin-

cipales Jefes del Estado acusado un plazo— de quizás cuarenta y ocho horas para presentarse o enviar representantes para hacer valer sus intereses, en la audiencia.

3. Simultáneamente con este procedimiento, el Consejo consideraría medidas provisionales llamando a un cese del fuego, retirada, u otro remedio apropiado para llevar el conflicto a su fin, pendiente una resolución de la disputa subyacente.

4. Si un acusado de crímenes de guerra no se presenta a defenderse y no cumple con las resoluciones mandatorias del Consejo de Seguridad; y si la única opción para detener la agresión es utilizar la fuerza militar contra las fuerzas armadas del Estado; entonces el Consejo de Seguridad estaría facultado a autorizar a todos los Estados a tomar las medidas necesarias para arrestar al acusado y llevarlo a juicio o —si las circunstancias impidieran un arresto pacífico— para usar cualquier fuerza necesaria para obligar al acusado a terminar con su agresión. Esto pues, mientras que considerar la destrucción de un líder nacional por un ataque terrorista como un objetivo válido podría resultar desproporcionado y políticamente imprudente; en cambio si existiera un acuerdo universal en el sentido que sólo el Consejo de Seguridad puede tomar tal decisión, este enfoque podría tener algún mérito (es decir, permitir al Consejo de Seguridad tomar una acción decisiva contra los líderes más extremadamente radicales que han demostrado su rechazo a cumplir las reglas de la comunidad mundial).

5. Mientras tanto, estarían autorizadas las medidas defensivas destinadas a neutralizar a cualquier fuerza militar del Estado agresor que continuara participando en actos de agresión; pero aclarando a esas fuerzas: a) que se están enfrentando a una fuerza militar combinada que representa a las Naciones Unidas y que cualquier operación hostil, en adelante, terminaría con la destrucción de su ejército. El número de defecciones en la Guerra del Golfo sugiere que esa campaña de guerra psicológica, probablemente, fuera efectiva, salvo contra las tropas más fanáticas; y el riesgo de tal resultado podría destruir las expectativas de éxito del agresor, aumentando la disuasión.

Podría ser apropiado en este momento explorar otros caminos; como, por ejemplo, el de adoptar la idea de “soberanía popular” y sostener que los Estados no son bienvenidos en el organismo mundial si no pueden establecer que actúan con la autoridad de sus pueblos¹⁵⁴.

¹⁵⁴ En noviembre de 1792, el Secretario de Estado, Jefferson, escribió una carta al Gobernador Morris: “Es de acuerdo con nuestros principios reconocer la legitimidad de cualquier gobierno que esté formado por la voluntad de la nación esencial-

Mientras que tal aproximación pudo, alguna vez, haber sido un sueño, el impresionante crecimiento de la democracia alrededor del mundo, en las dos últimas décadas, hoy puede convertirlo en una meta razonable. En efecto, las llamas de la revolución democrática podrían extenderse aún más si se le dijera a los Estados que su negativa a acatar la voluntad del pueblo –como establecieron, en 1975, los Principios de Helsinki de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa– puede poner en peligro su pertenencia en la comunidad mundial de Estados¹⁵⁵.

Sin embargo, mientras tanto, también es importante hacer todo esfuerzo para involucrar al Consejo en los esfuerzos para promover la paz mundial y evitar que las disposiciones de la Carta sean dejadas de lado por las agresiones de baja intensidad; aun cuando tengamos evidencias claras de que otros miembros permanentes ejercerán su veto e impedirán la consideración de la cuestión¹⁵⁶. Esto pues, a fuerza no puede ser utilizada legítimamente en legítima defensa hasta que los medios alternativos de resolución de controversias hayan sido agotados –o resulten ineficaces– y, también, es más probable que la comunidad mundial acepte un uso unilateral de la fuerza militar si se dan cuenta que resulta necesario porque el mecanismo de mantenimiento de la paz del derecho internacional fue obstruido por un veto del Consejo de Seguridad.

Promoviendo, públicamente, una respuesta multilateral a amenazas tales como el terrorismo internacional y el contrabando de drogas, los Estados van a preparar el camino para un caso más convincente si, finalmente, el uso unilateral de la fuerza resulta necesario,

mente declarada” (Thomas Jefferson, ob. cit., pág. 437). Si el poder soberano realmente reside en el pueblo de una comunidad, no parece irrazonable negarse a reconocer como portavoz de la voluntad soberana a cualquier voz a la que no se le ha dado un mandato para actuar, a través de elecciones libres y justas.

¹⁵⁵ Tal como Jefferson sostuvo: “algunas cuestiones (...) podían ser discutidas con un gobierno de facto; como, por ejemplo, reformar las restricciones inamistosas a nuestro comercio o navegación; la comunidad mundial puede permitir mínimas relaciones con dictadores y regímenes autoritarios, pero podría reservar la mayoría de los beneficios de la personalidad internacional para los estados que han elegido a sus líderes democráticamente.

¹⁵⁶ La razón para seguir adelante, aun cuando sabemos que el Consejo será impotente para resolver el problema, es que las percepciones en un momento determinado son importantes. Tal como Thomas Jefferson advirtió a su sucesor, es importante tener “el derecho moral de nuestro lado” si deseamos tener el apoyo de nuestro pueblo y de la comunidad mundial.

evitando someterse innecesariamente a sí mismo a acusaciones de ser “amante del uso de la fuerza” y ansioso por recurrir a soluciones militares a los problemas mundiales¹⁵⁷.

VI. Conclusión

Al avanzar en el siglo XXI, resulta imperativo que los políticos reconozcan la crítica naturaleza de este momento de la historia, la contención tuvo éxito¹⁵⁸. El sistema soviético entró en colapso, y es posible que Estados Unidos permanezca solo como una superpotencia mundial en el futuro inmediato. Dicho pensamiento ignora la posibilidad de nuevas alianzas –gran parte del mundo moderno está dirigido por individuos criados en la teoría del balance del poder–, además de los efectos probables sobre la fuerza norteamericana que un par de años de paz pueden dar. Si surgen grandes desafíos para “balancear” el poder norteamericano será determinado, en gran parte, por las percepciones que tenga el mundo de las ambiciones y comportamiento norteamericano. Una Norteamérica benevolente, como en tiempos de la post Segunda Guerra Mundial, el gigante bondadoso que reconstruyó Europa, y Japón mientras dedicaba su monopolio nuclear para preservar la paz es probable que sea tolerado durante más tiempo que una Norteamérica determinada a tener siempre éxito en sus posiciones.

Resulta imperativo reafirmar la estrategia de la “paz a través de la justicia” afirmada por los padres fundadores. Cuanto más se perciba a los Estados Unidos como ansioso de imponer soluciones unilaterales a los problemas mundiales será más probable encontrar una creciente alianza de necesidad “anti norteamericana” a través del mundo. Los más fundamentales principios de moralidad demandan que el poderoso gigante recurra a la fuerza sólo como último recurso y

¹⁵⁷ Ésta es una idea popular equivocada y produce daños concretos cuando debe utilizarse la fuerza.

¹⁵⁸ La palabra contención es utilizada, aquí, a pesar del hecho que algunos elementos en la reciente política exterior norteamericana –por ejemplo, la Doctrina Reagan aplicada a Afganistán, Camboya e incluso, discutidamente, Angola y Nicaragua– difiere de la política reaccionaria tradicional de Kennan en la Directiva del Consejo Nacional N° 68 y lo que vino luego de él. En mi opinión, un hecho crítico en el colapso de la Unión Soviética fue la firme política exterior y de defensa de la administración Reagan. Existe una creciente evidencia de que la Iniciativa de Defensa Estratégica fue percibida como una amenaza potencial por los líderes soviéticos que los hacía sentir sin esperanzas a largo plazo. La Doctrina Reagan sirvió para desviar recursos soviéticos importantes de los problemas domésticos.

sólo para promover la justicia y defender intereses esenciales. Si el rol de los Estados Unidos como un gigante mundial es sobrevivir sin desafíos, sus líderes deben asegurar, por medio de palabras y conductas, a aliados y adversarios por igual, su compromiso con la justicia.

Comparto la visión sostenida por muchos otros –una visión que data por lo menos de la *La Paz Perpetua* de Emanuel Kant– que los Estados democráticos deben ser menos agresivos en su naturaleza que los Estados autoritarios o totalitarios. En una perspectiva a largo plazo, la paz puede estar influenciada por la posición que asuma Rusia en el futuro. El avance democrático registrado en Europa Oriental, en los últimos años, está basado en una percepción del sistema político norteamericano como justo y con buena voluntad. Pero, si Estados Unidos escoge convertirse en el Gran Gendarme del mundo promoviendo solamente su propio interés con su fuerza, la reacción predecible de Europa del Este, con sus democracias débiles, y de otros Estados podría incluir el descrédito del sistema de gobierno por el cual Estados Unidos se mantiene; y el sistema político mundial buscaría compensar una intolerancia que es percibida como presentando una amenaza a largo plazo para otros Estados.

La Crisis del Golfo de 1990-1991, trajo consigo la esperanza de que el esencialmente ineficiente Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas podía ser rejuvenecido y le sería permitido jugar un rol central en el mantenimiento de la paz mundial. El sueño de la Carta no es una “política de balance de poder” sino la política de la paz. Toda víctima potencial de una agresión podría esperar que toda la comunidad mundial acudiera en su defensa en el supuesto de una agresión armada. Ningún Estado, ni siquiera los Estados Unidos, será tan poderoso o tan loco como para cometer una agresión armada contra otros Estados frente a tales probabilidades. Si la seguridad colectiva puede funcionar no habrá más necesidad de alianzas para balancear el poder ni carreras armamentistas o grandes nuevas alianzas.

No es probable que una nación represente un ataque directo a la seguridad norteamericana en el futuro inmediato. Es probable que el peligro más grande, a corto plazo, provenga de un régimen radical como Irak, Irán o Libia, el cual, munido de armas de destrucción masiva, podría causar un gran daño a los Estados Unidos. A la vez que la mayoría de las amenazas, a corto plazo, de los Estados Unidos, aparecerán en el frente económico. Ahora, si ésta puede mantener una cantidad razonable de poder creíble, con la percepción –en el mundo– de que América es justa y honorable; su habilidad para in-

fluir sobre los acontecimientos mundiales se expandirá impresionantemente. Bajo tales circunstancias, el Derecho Internacional podría tener una gran expansión, proporcionando –en el proceso– no sólo respuestas multilaterales a las situaciones antes mencionadas.

El futuro es promisorio pero también es incierto y será determinado en gran medida de acuerdo a las relaciones de Estados Unidos y los demás Estados. Estados Unidos no será el único actor que moldee el futuro del mundo, pero probablemente sea el más importante. Debemos redoblar nuestros esfuerzos para mantener a nuestro propio pueblo y a la comunidad mundial informados sobre las razones de nuestra conducta, existirán fuerzas alrededor del mundo que sacarán las conclusiones erróneas ; pero el éxito de la libertad y la democracia dependerá, en parte, de cuán exitosos seamos en demostrar nuestro potencial como una nación dedicada a la paz y la justicia.