

LA URGENCIA COMO ELEMENTO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA INTERNACIONAL *

INTRODUCCIÓN

Evolución de la guerra: de hecho social a acto antijurídico.

Desde tiempos lejanos en la historia, los hombres, considerando que la guerra era un hecho anormal, que no podía sin más ser aceptado, han tratado de buscarle una explicación, una justificación, que la hiciera admisible, o por lo menos tolerable. En las teorías sobre la guerra justa,¹ iniciadas quizá con San Agustín ² y desarrolladas de modo tan admirable por la escuela hispánica del derecho internacional,³ se encuentra la culminación de esta preocupación, caracterizada por el deseo de buscar una serie de requisitos necesarios para calificar de justa una guerra, y anular o equilibrar por lo menos, lo que en ella hubiera de malo.

Pero si en esos tiempos la guerra, como alteración del orden, necesitaba de una explicación, a pesar de ser reconocida como el ejercicio de un derecho indiscutible del Estado, como una de las más claras expresiones del poder soberano, hoy, en que esa facultad de iniciar una guerra no se le reconoce a los Estados, la justificación de las que puedan producirse es mucho más necesaria.

En efecto, es muy diferente el planteamiento de la cuestión tal cual se hacía hasta el Pacto de la Sociedad de Naciones, o quizá más exactamente hasta el Tratado Briand-Kellog, y el que se hace ahora.

* Ponencia presentada por el autor en el "Regional Meeting of the American Society of International Law" (Columbus, Ohio), en abril de 1964.

¹ Sobre la teoría del *justum bellum*, ver: IVES DE LA BRIÈRE, *El derecho de la guerra justa*, México, 1944; ROBERT REGOUT, *La doctrine de la guerre juste, de Saint Agustin a nos jours*, París, 1935; VANDERPOL, *Le droit de guerre d'après les théologiens et le canonistes du Moyen Age*, 1911.

² Ver: San Agustín, *Epistola ad Bonofacium*.

³ Ver VITORIA, *Relectiones Theologicae*, especialmente *De indis*; y SUÁREZ: *De triplíce virtute Theologicae*, especialmente la última parte, *De caritate*.

En aquel entonces, la guerra era la *ultima ratio*, el último recurso que quedaba a los Estados para hacer respetar el derecho; pero, en todo caso, era un medio jurídicamente lícito para castigar al Estado que había alterado el orden jurídico; ⁴ lo único que había que explicar, entonces, era la realidad de la previa violación del derecho. La guerra no era considerada como el mayor mal en sí misma, sino que en la escala de los males se colocaba en lugar superior la ruptura del orden jurídico, de ahí que la guerra, aun reconocida como mal, fuese aceptada, puesto que su finalidad era la de atacar un mal mayor: la ruptura del orden.

Tras el fracaso de las dos conferencias de la Paz de La Haya como intentos de limitación del *derecho a la guerra* (reducidas a reglamentar el *derecho de la guerra*), viene el Pacto de la Sociedad de Naciones con lo que es, sin duda ninguna, la primera contribución en el orden jurídico a poner fuera de la ley la guerra; aunque sus disposiciones (artículos 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17) sólo imponían a los Estados miembros la renuncia del derecho a la guerra en determinadas circunstancias (moratoria de guerra, guerras que atentasen contra la integridad territorial o la independencia política de los Estados, etcétera.)

El Pacto Briand-Kellog prohíbe la guerra en términos más absolutos cuando habla de ella "como instrumento de política nacional", dejando únicamente lugar a la legítima defensa y a las acciones colectivas decididas en el marco de organizaciones internacionales.

La Carta de las Naciones Unidas lleva más adelante este progreso indudable del derecho, al extender la prohibición del recurso a la guerra a la amenaza de la fuerza, en los términos del artículo 2, párrafo 4.

En el estado actual del derecho internacional el recurso a la fuerza (guerra), o a la amenaza de la fuerza, está excluido, y sólo se acepta tal recurso en dos casos: 1) legítima defensa; 2) acciones colectivas decididas en el marco de las Naciones Unidas.

Las acciones colectivas se realizan a través de un procedimiento jurídico que asegura (más o menos) su legitimidad y que excluye toda discusión.

La legítima defensa, en cambio, es una medida cuyo desencadenamiento reposa exclusivamente sobre la voluntad de un Estado (individual) o varios Estados (colectiva), y cuya legitimidad sólo podrá ser juzgada *a posteriori*; como todo Estado tiende (a veces sinceramente) a identificar sus intereses con la justicia, es necesario fijar del modo más exacto posible ciertos requisitos que limiten la legítima defensa, para reducir lo más posible el ámbito de la discrecionalidad concedida al Estado que pretende ejercer esa autodefensa.

⁴ Para una discusión sobre la guerra como medio de mantener el orden jurídico, ver: E. GIRAUD, *La théorie de la légitime défense*, en R.C.A.D.I., 1934, 49, pp. 723 y ss.

El estudio de la legítima defensa que vamos a realizar a continuación, nos va a mostrar cómo esa institución se caracteriza por la urgencia, que es, en nuestra opinión, su elemento más característico en el ámbito internacional,⁵ y que es radicalmente opuesto a su institucionalización y al establecimiento de los procedimientos que tal cosa llevaría implícitos.

PARTE I

Algunas ideas previas sobre la legítima defensa internacional

I. SU NECESIDAD

1. *En todos los órdenes jurídicos.* Todos los sistemas establecidos para mantener el orden jurídico reposan sobre el presupuesto (necesario) de que, siendo un sistema humano, debe establecer una serie de garantías para cuando se trate de reaccionar ante la alteración de dicho orden.

Esa serie de garantías revisten la forma de normas incorporadas a un procedimiento concebido con el fin de poder examinar la situación y llegar a un juicio, lo más exacto posible, de la realidad de la alteración del orden jurídico y de la identidad de la persona o personas culpables de tal alteración.

La incorporación de las garantías a un procedimiento significa que no pueden ser aplicadas instantáneamente cuando se produce la alteración del orden jurídico, sino que requieren una condición previa, la determinación de la realidad de la violación, y exigen además la determinación de cuál es la medida adecuada. Todo ello implica el agotamiento de plazos, el transcurso de tiempo, que podría permitir al violador la consumación de actos irreparables por una posterior acción jurídica.

En este doble problema encontramos la necesidad legítima de la defensa: *a)* Imposibilidad de que el sistema jurídico contenga instituciones capaces de reaccionar instantáneamente ante el delito (aun si tal automatismo fuera físicamente posible, no sería jurídicamente conveniente, ya que no podría haber mucha seguridad en cuanto a su legitimidad en todos los casos, y podría, si realmente existiera, significar el nacimiento de una injusticia legal). *b)* Necesidad de suplir la defi-

⁵ En el famoso caso del "Carolina", el Secretario de Estado Webster, en su comunicación al Ministerio británico (6 de agosto de 1842), señaló claramente que la legítima defensa sólo puede ser admitida cuando "the necessity of that self defense is instant, overwhelming, and leaving no choice of means, and no moment for deliberation".

ciencia del sistema jurídico en la rapidez para impedir la consumación de un delito.

Este carácter limitado y esta finalidad supletoria es lo que condiciona todo estudio de la legítima defensa, que sólo puede ser concebida en función de la incapacidad del orden jurídico normal para reaccionar con la debida urgencia y garantizar en todo momento el respeto al derecho; pero no puede llevarse más allá de esa función supletoria.

2. *En el orden jurídico internacional.* Si el recurso a la autodefensa se hace necesario en el orden jurídico interno, en que hay un sistema adecuado para garantizar el respeto a la norma jurídica⁶ y la punición del quebrantador de esa norma, puede imaginarse fácilmente la necesidad de tal institución en el ámbito internacional, en que no hay una autoridad superior (el calificativo de superior a la ONU requiere una exacta definición), y en que el recurso a los propios medios será muchas veces la única forma de evitar la injusticia irreparable.

II. SU ACEPTACIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL

1. *En el Derecho Internacional general.* Las razones anteriormente expuestas, de modo preeminente la de la anarquía de la sociedad internacional (anarquía en el sentido de carecer de autoridad superior), que parten de la ausencia de una autoridad capaz de imponer coactivamente el derecho en las relaciones entre naciones, hizo que el recurso a la guerra fuera tradicionalmente admitido como medio de hacer respetar el derecho. Sin embargo, hay que notar una diferencia en el planteamiento del problema, del momento en que puede hablarse de anarquía internacional total al momento en que ya puede hablarse de semianarquía internacional, es decir, el momento actual, que se caracteriza por poseer cierta organización para asegurar el respeto del derecho, aunque esa organización no reúna los requisitos necesarios para actuar eficazmente.

Como decimos, el planteamiento es diferente, porque ante la carencia total, propia del periodo de anarquía pura, no había más remedio que desembocar en la concesión a los Estados de la facultad de hacer respetar el derecho ellos mismos. El recurso a la guerra era el medio normal para imponer coactivamente el respeto al derecho; pero ese respeto al derecho lo era desde un punto de vista, en el mejor de los casos, subjetivo, tal cual lo entendía el Estado que recurría a la guerra,

⁶ KELSEN considera que la autoayuda (*self help*) desaparecerá "from international law by emphasizing and strengthening the given tendency towards centralization". Pero claro que la legítima defensa es una institución distinta, y aun cuando el Estado Mundial sea una realidad, la legítima defensa seguirá siendo necesaria (Ver: KELSEN, *Peace through Law*, 1944, pp. 22 y ss.)

y a menudo el Estado que recurría a la guerra no hacía otra cosa que encubrir, con un pretexto honrado, simples fines de expansión y ansias de dominio.

Sea como quiera, ante la admisión del derecho a la guerra concedido a los Estados, había que buscarle ciertos límites (por lo menos en el plano jurídico), so pena de consagrar el derecho de la fuerza y trasladar al mundo de las relaciones internacionales la ley de la selva. Esos límites se buscaron en la perspectiva de la teoría de la guerra justa; dado que a los Estados correspondía la facultad de considerar cuándo había habido una violación del derecho y cuándo podían legítimamente recurrir a las armas para corregirla, era necesario establecer ciertos límites a la discrecionalidad del Estado que de otro modo podía, sin norma objetiva ninguna, eliminar toda directiva moral o jurídica y limitar las relaciones internacionales a simples pruebas de fuerza.

En todas las teorías que buscan un apoyo jurídico a la guerra hay siempre un lugar para la guerra defensiva, y la guerra defensiva implicaba siempre otra de carácter ofensivo violatoria del derecho. Claro que a esta consideración viene a unirse un elemento de disturbio cuando se introduce un elemento subjetivo en la definición de guerra justa, y se afirma que, por ignorancia invencible, la guerra podía ser justa por los dos lados, teoría ésta que debe ser terminantemente refutada ya que equivaldría a destruir toda explicación de la legítima defensa.

El derecho de legítima defensa, aparecía en la teoría clásica de la guerra un poco desdibujado, como una parte del derecho de todo Estado a recurrir a la guerra para restablecer el derecho, o para castigar al violador del orden jurídico; no había entonces que esforzarse en explicar la legítima defensa, ya que cualquier acción bélica era legítima si iba contra un violador del derecho, y la realidad de esta violación era el único requisito a explicar fundamentalmente.

2. *El camino a la teoría moderna de la autodefensa.* La condición necesaria para la elaboración de una teoría de la autodefensa es la prohibición de la guerra como medio de imponer el derecho por parte de los Estados, con lo que la única posibilidad jurídica de recurrir a las armas se reduciría a los casos de legítima defensa.

El camino para llenar esa condición se inicia en el Pacto de la Sociedad de Naciones, de modo todavía no satisfactorio, y se llega a una prohibición del recurso a los medios bélicos en el Pacto Briand-Kellog, culminando este proceso en la Carta de las Naciones Unidas.

a) La limitación del recurso a la guerra en el Pacto de la Sociedad de Naciones.⁷ La declaración general, incluida en el preámbulo, señala

⁷ A este respecto: E. GIRAUD, *op. cit.*, pp. 808 y ss.; también: Ian BROWNLIE, *The use of force in self defence*, en *British Year Book of International Law*, 1961, pp. 215-216.

claramente lo limitado de la prohibición de recurrir a la guerra según las disposiciones del Pacto, pues sólo impone a los miembros *certain obligations de ne pas recourir a la guerre*, términos equivalentes a la versión inglesa *obligations not to resort to war*.

Esta tendencia general queda perfectamente expresada en el articulado, en las diversas disposiciones cuya finalidad es la de solucionar los conflictos de modo pacífico o tomar medidas en caso de ruptura de la paz (artículos 10, 11, 12, 13, 15, 16 y 17).

Particular interés tiene el artículo 10,⁸ compromiso adquirido por los miembros de la Sociedad para respetar y preservar contra la agresión exterior "la integridad territorial y la independencia política existente entre los miembros de la Sociedad". Podría hablarse aquí de defensa colectiva, si no fuera porque en el siguiente párrafo se dice que el "Consejo indicará los medios a través de los cuales habrá de cumplirse esta obligación", con lo que el planteamiento sale del plano de la defensa colectiva para entrar en el de las acciones colectivas decididas en el marco de una organización internacional.

Claro que desde cierto punto de vista podría considerarse que, puesto que el artículo 10 consagra el principio de respeto a la independencia política e integridad territorial de los miembros, tendrá que admitir el recurso a las medidas necesarias para mantenerlo, incluida la guerra, y con ello se llegaría a afirmar que el principio de la legítima defensa ya estaba inscrito en el Pacto. No queremos insistir en este planteamiento y nos limitamos a enunciarlo.

b) La prohibición de la guerra en el Pacto Briand-Kellog. Este es el primer instrumento convencional que de modo claro o inequívoco prohíbe la guerra, al considerarla por sí misma como un mal, extendiendo la prohibición a todas las circunstancias, y no pudiendo ningún Estado buscar pretexto para la guerra en el hecho de haber sufrido una violación del derecho por parte de otro Estado.

Sólo se exceptúa de la prohibición de recurso a la guerra, el caso de la legítima defensa o la acción colectiva decidida por una organización internacional, que no son, obviamente, instrumentos de política nacional. Si consideramos que una parte de la doctrina niega el carácter de guerra a las acciones de este último tipo, por considerarlas puras acciones de política internacional, podemos llegar a pensar que el único tipo de guerra que uno o varios Estados podían decidir por sí mismos era el de la legítima defensa.

c) La prohibición del uso o amenaza de la fuerza en la Carta de

⁸ Hans WEHBERG ofrece un interesante enfoque del artículo 10 en su trabajo, *L'interdiction du recours a la force. Le principe et les problemes qui se posent*, en R.C.A.D.I., 1951, 78, pp. 35 y ss.

las Naciones Unidas. La Carta de las Naciones Unidas⁹ ofrece nuevas aportaciones que no pueden dejarse de lado para la construcción de una teoría de la legítima defensa. En efecto, aunque la simple prohibición de la guerra, tal cual lo hace el Pacto Briand-Kellog, ya da justificación para mantener la legitimidad del recurso a la autodefensa en determinados casos, la prohibición accesoria, introducida por la Carta, de la amenaza de la fuerza, ofrece nuevas perspectivas sumamente interesantes y que constituyen en cierto modo, como veremos en el momento oportuno, una limitación al ejercicio de la legítima defensa.

La problemática de la legítima defensa, en el sistema en vigor desde la adopción de la Carta de San Francisco, gira en torno a dos disposiciones fundamentales: a) el Art. 2, párrafo 4: "los miembros de la Organización se abstienen en sus relaciones internacionales, de recurrir a la amenaza o al empleo de la fuerza..."; b) el Art. 51: "Ninguna disposición de la presente Carta atenta contra el derecho natural de legítima defensa, individual o colectiva, en el caso en que un miembro de las Naciones Unidas es objeto de una agresión armada, hasta que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales..."

Esta dos disposiciones deben ser tenidas muy en cuenta para fundar las conclusiones a las que nos llevará nuestra ponencia.

III. LOS ELEMENTOS DE LA AUTODEFENSA

Llegados a este punto, es obligado entrar en materia y tratar de desprender los principios, los elementos que puedan, en nuestro juicio, fundar una teoría de la autodefensa.

Pero antes quisiéramos sentar dos afirmaciones que, a modo de presupuestos, condicionarán nuestro enfoque del problema: 1) la guerra es sólo una prueba de fuerza que da el triunfo al que tiene la superioridad física,¹⁰ pero no demuestra quién tiene la razón; considerar entonces que la guerra es el recurso que los Estados tienen para hacer respetar el derecho, es una afirmación falsa, lo correcto sería decir que cuando la sociedad internacional no ofrece una solución a los conflictos se permite el abuso del más fuerte; 2) la legítima defensa no tiene

⁹ Hans WEHBERG, *op. cit.*, pp. 59 y ss.; Ian BROWNIE, *op. cit.*, pp. 232 y ss. C. H. M. WALDOCK, *The regulation of the use of force by individual States in International Law*, en R.C.A.D.I., 1952, 81, pp. 495 y ss.

¹⁰ OPPENHEIM dice: "As an instrument for the vindication of the law, war signified a legally inadmissible identification of victorious power wielded by the interested State, with legal right" (OPPENHEIM, *International Law*, vol. II, 7ª Ed., p. 179).

como finalidad la de reparar una injusticia o enderezar entuertos, si ello implica iniciar la acción bélica; tampoco puede hablarse de legítima defensa por el simple hecho de que un Estado tiene la razón en una guerra por él desencadenada; tal cosa es imposible desde que está en vigor el sistema de la Carta (quizá desde el Pacto Briand-Kellog), en el cual los Estados sólo pueden asegurar su supervivencia (a través de la legítima defensa, individual o colectiva), pero no usurpar las funciones de juez, que corresponden a la organización internacional universal.

Al buscar cuáles son los elementos de la autodefensa, encontramos:

A) *La urgencia*. Este es, en el fondo, el elemento fundamental, y el que servirá como piedra de toque para determinar si el acto a examinar es de autodefensa o de agresión. En efecto, la razón de ser de la autodefensa desaparecería si hubiese un sistema capaz de hacer respetar el orden en el momento mismo en que se pretendiera atentar contra él, y como eso no es posible, se acepta el recurso a medios individuales más imperfectos de un punto de vista jurídico, pero capaces de suplir la necesaria tardanza de mecanismos que, para ofrecer más garantías, requieren plazos de funcionamiento demasiado largos en ciertos casos.

El primer elemento, y el único que no puede faltar en cualquier acto que se pretenda calificar de autodefensa, es el de la urgencia; porque si pudiera ser demostrada la ausencia de este requisito, se demostraría al mismo tiempo la ausencia de la institución misma, la imposibilidad de justificar el recurso a medidas de fuerza, cuando era posible poner en marcha el sistema jurídico encargado de mantener el orden, es decir, en el momento presente, el sistema creado por la Carta de San Francisco, que atribuye el monopolio de la fuerza al Consejo de Seguridad.

Sobre el elemento "urgencia" volveremos en seguida, pero antes queremos señalar otros elementos derivados de ella, y que deben también ser señalados aunque no tengan más que importancia secundaria.

En efecto, la falta de urgencia en cualquier acción de un Estado que implique el uso de la fuerza, impide que sea declarada como un acto de autodefensa, mientras que la falta de los otros elementos no es determinante para impedirle la atribución del carácter de autodefensa.

B) Entrando en el estudio de esos que pueden ser llamados elementos secundarios encontramos:

a) *La provisionalidad*. El recurso a la autodefensa, originado por la urgencia de la respuesta al acto ilícito sólo se concibe como acto provisional, transitorio,¹¹ destinado a evitar la consumación del acto ilícito.

¹¹ Para KAPLAN y KATZENBACH, el artículo 51 está "conceived as an interim measure of short duration" (K. and K. *The political foundations of international law*, 1961, pp. 211).

cito (sería la acción del gendarme), pero sin entrar en la calificación, ni llegar hasta pretender el restablecimiento del orden jurídico por la fuerza (ya que ello nos llevaría a las teorías de la guerra justa), pues tal calificación jurídica y tal restablecimiento del orden corresponden a las funciones de juez de la organización internacional, que al condenar o absolver al hipotético agresor está concediendo o negando la justicia de la acción de autodefensa emprendida por el supuesto agredido. El carácter de provisionalidad de la autodefensa no está reñido con el hecho (frecuentemente repetido en la historia) de que, por falta de eficacia en el sistema jurídico internacional (por ejemplo, paralización del Consejo de Seguridad por ejercicio del derecho de veto), la situación provisional se mantenga indefinidamente.¹² Aun en ese caso de ineficacia de la organización internacional, el recurso a la fuerza para recobrar su derecho está vedado al Estado que ha ejercido la autodefensa. Dejando aparte el hecho de que sería imposible determinar efectivamente si el Estado que recurría a la fuerza, para romper la inercia del sistema y devolver a la autodefensa el carácter de provisionalidad, estaba luchando por hacer respetar un derecho o violándolo, hay que situarse en el terreno que la organización internacional actual escogió: lo más importante para ella es evitar la guerra, y la imposición del respeto al derecho es secundario.

b) *La proporcionalidad.* La reacción de carácter defensivo debe ser proporcionada al ataque que sufre el Estado, y esa proporcionalidad se entiende tanto en la adecuación de las medidas de defensa en relación a la agresión como en la finalidad perseguida por la acción defensiva, que debe ser de simple supervivencia, tendiente a mantener, o quizá a restablecer, el *status quo*; aunque este segundo caso, admisible desde un punto de vista jurídico y aun moral, sería muy difícil de demostrar en la realidad internacional y podría servir para encubrir deseos expansionistas.

El carácter secundario de la proporcionalidad, como elemento de la autodefensa, aparece claramente si vemos:

a') Que es emanación del elemento "urgencia", en el sentido de que la proporcionalidad resulta del carácter urgente de una situación que lleva al Estado a una acción armada, pero sólo para llenar ese vacío que deja la organización internacional, mucho más lenta en su actuación, y nunca para pretender imponer su derecho, o lo que

¹² J. STONE observa que "the alignment of states in the North Atlantic Treaty and related organization, and in the series of mutual assistance treaties sponsored by the Soviet Union, could fight a war to the bitter end, under the title of self defence, without a determination by the responsibility for it, or any effective Security Council measures to end the war" (J. STONE, *Legal controls of international conflicts*, 1959, p. 246).

cree ser su derecho. La urgencia, como medio de evitar el *periculum in mora*, nos lleva entonces a pensar en la proporcionalidad del acto defensivo, concebido exclusivamente para evitar ese *periculum*, pero nunca para tomarse la justicia por su mano.

b') Todavía resalta más su carácter secundario si pensamos en las consecuencias de una falta al principio de proporcionalidad, es decir, si un Estado incurre en exceso en la defensa; en tal caso, es obvio que el Estado en falta verá comprometida su responsabilidad internacional, pero no quedará totalmente desnaturalizada la acción de legítima defensa. En el caso de la falta de urgencia, por el contrario, la legítima defensa ya no existiría, por mucho que la razón asistiese al Estado lesionado, porque el recurrir a las armas en ausencia de una situación urgente, aun para imponer un derecho, es ilícito en la actualidad, en que la institución de la guerra justa ya no es admisible.

c') En la fijación de los elementos de la autodefensa, suele añadirse la condición de que la acción defensiva responda a una violación del derecho.¹³ En efecto, un Estado sólo puede recurrir a la legítima defensa en caso de violación de un derecho suyo, pero de un derecho vital que requiera una acción inmediata cuando hubiera *periculum in mora*; ahora bien, un Estado no puede en un caso recurrir a las armas para repeler un acto exterior de fuerza: ese caso es el de las acciones colectivas decididas en el marco de las Naciones Unidas.

PARTE II

Análisis de la urgencia como elemento de la legítima defensa

A través de la exposición anterior hemos fijado nuestra postura con respecto a lo que entendemos por legítima defensa en derecho internacional, institución que nosotros hacemos girar en torno a la idea de urgencia. Ahora, intentaremos mostrar qué debe ser entendido por urgencia y su alcance, en dos sentidos: a) como elemento que restringe el recurso a la legítima defensa, y b) como elemento que aumenta el ámbito de la aplicación de la legítima defensa.

A. LA URGENCIA EN EL CONTEXTO DE LA CARTA

Es necesario determinar exactamente la realidad de la urgencia para saber cuándo un Estado puede recurrir a las armas. En el sistema de

¹³ Por ejemplo, SCHWARZENBERGER: "...a State may also take the appropriate and necessary defensive measures against hostile acts emanating from the foreign State itself, provided that such acts are unlawful..." (SCHWARZENBERGER, *General principles of law as applied by international courts and tribunals*, 1953, p. 87).

la Carta, queda excluido el recurso a las armas como medio de restablecer el orden jurídico perturbado, y, menos aún, como medio de venganza de un Estado por una lesión jurídica recibida.

El artículo 51 dice que: “a) ninguna disposición de la presente Carta atentará contra el derecho natural de legítima defensa, individual o colectiva, en el caso en que un miembro de las Naciones Unidas es objeto de una agresión armada...”

La interpretación literal de este párrafo del artículo 51 nos lleva, sin lugar a dudas, a considerar que la legítima defensa procede únicamente en caso de agresión armada.¹⁴ Pero el problema no está todavía resuelto, pues hace falta saber qué es agresión armada, y, si la interpretación literal del artículo 51 no fuera suficiente, podría considerarse en el contexto de la Carta, sobre todo en relación al Capítulo VI, que al establecer una reglamentación de la solución pacífica de controversias excluye del recurso a las armas la obtención de la justicia en el ámbito internacional, y, de modo muy principal, al Capítulo VII, “Acción en caso de amenazas a la paz, ruptura de la paz y actos de agresión”, que obviamente priva a los Estados de la iniciativa cuando se trata de amenazas a la paz.

En efecto, en el Capítulo VII encontramos: 1) el artículo 39 reserva al Consejo la iniciativa, en las situaciones objeto del capítulo en que la agresión armada no es todavía actual; 2) según el artículo 40, mientras no se llega a un arreglo definitivo, el Consejo puede invitar a las partes a conformarse con las medidas que les recomiende, medidas que tienen un carácter provisional, conservatorio, y que impedirán a los Estados recurrir a actos de fuerza con el pretexto de evitar daños irreparables mientras se acude al Consejo; 3) de acuerdo con los artículos 41 y 42, el Consejo puede decidir medidas que no impliquen el uso de la fuerza (41) o utilizar las fuerzas armadas contra el Estado que ponga en peligro o haya roto la paz.

Ello nos muestra cómo los autores de la Carta entendieron reservar al Consejo toda acción en caso de amenazas de agresión, por considerar (nos parece muy importante esta afirmación) que el Consejo tendría tiempo para impedir la realización del acto agresivo. Entonces, la Carta, interpretadas todas sus disposiciones en el contexto general, reserva al Consejo la acción en caso de amenazas de agresión, y sólo deja a los

¹⁴ Las afirmaciones del Prof. STONE nos llevarían al punto de vista contrario, y por eso estamos de acuerdo con la crítica que BROWNLIE le hace al libro de STONE: “The strongly sociological and political approach results in an amalgam of statements of law, suggestions of *lege ferenda*, and policy considerations” (Ian BROWNLIE, *Recent appraisals of legal regulation of use of force*, en *International and Comparative Law Quarterly*, octubre 1959, p. 708).

Estados la posibilidad de recurrir a las armas cuando la agresión armada es actual.¹⁵

El propósito evidente es reducir la discrecionalidad de los Estados en el uso de la fuerza armada al mínimo compatible con su supervivencia. Sólo cuando hay agresión armada actual, y no simple amenaza, parece admitirse que existe urgencia en la acción del Estado y que se le permite el recurso a la autodefensa.

Ahora bien, la realidad moderna nos lleva a pensar que esta interpretación, aun considerada por nosotros como la más correcta desde el punto de vista literal y del contexto, no nos satisface enteramente, si tomamos en cuenta los progresos de la técnica bélica en relación con otro criterio de interpretación, igualmente importante, de la Carta: el de su finalidad.

Según hemos visto, los Capítulos VI y VII muestran el deseo de arrebatar a los Estados la facultad de recurrir a las armas, y para ello facilitan una serie de procedimientos y medidas cuyo propósito es detener la agresión o la amenaza de agresión; pero, suponiendo que o el Consejo es incapaz de impedir la transformación de la amenaza en una agresión real, o que ésta se produce súbitamente, se reconoce al Estado el derecho de autodefensa, es decir, de tomar las armas para detener la agresión, temporalmente, hasta que el Consejo pueda tomar las medidas adecuadas.

Obviamente, encontramos aquí una intención clara de los autores de la Carta: permitir la autodefensa como un medio de los Estados para asegurar su derecho a la supervivencia. Toda interpretación presente de la Carta debe tener esto muy en cuenta.

De acuerdo con estas afirmaciones, puede admitirse fácilmente que en el momento de la redacción de la Carta la técnica bélica no había alcanzado la perfección actual, y la urgencia en la reacción armada ante la agresión era mucho menor que hoy.

1) La urgencia como elemento limitativo. La urgencia aparece como un elemento limitativo del recurso a la autodefensa, puesto que para considerar ésta legítima (si no lo fuera se trataría de un caso de agresión) hay que probar que ante una agresión armada actual, o ante la inminencia de un daño grave no había más posibilidad que la de recurrir directamente a las armas, por carecer de tiempo para esperar los resultados del procedimiento establecido en la Carta.

Pero la necesidad inaplazable de la acción de legítima defensa debe ser probada suficientemente, después, ante las Naciones Unidas. Si no hubiera esa urgencia en la acción, la autodefensa no se justificaría y no sería más que lo que hemos señalado antes: un acto de agresión,

¹⁵ Para el punto de vista contrario, ver: WALDOCK, *op. cit.*, pp. 497 y ss.

porque los Estados no pueden recurrir a las armas, ni siquiera para hacer respetar un derecho.¹⁶ Si no ¿para qué serviría todo el sistema de la Carta?

La urgencia entonces viene a constituir un elemento limitativo de la legítima defensa, y muchos actos de fuerza realizados por los Estados, que a primera vista serían de autodefensa por estar destinados a la defensa de un derecho, no lo son cuando en su realización ha estado ausente el elemento urgencia, y hubiera podido recurrirse a los métodos inscritos en el sistema de la Carta sin que hubiera peligro inminente, *periculum in mora*, para el Estado en cuestión.

2) La urgencia como elemento de ampliación de la legítima defensa. Lo curioso es que la urgencia, que en otro tiempo no habría tenido más efecto que el de limitar la autodefensa, tiene hoy un efecto paralelo y contrario. En efecto, la técnica bélica moderna ha creado posibilidades de acción cuya rapidez implica la atribución del elemento urgencia a muchas acciones que, en otras circunstancias, hubieran sido calificadas de medidas preventivas.

En efecto, la combinación del arma atómica con los cohetes intercontinentales deja a un Estado la posibilidad de destruir totalmente al otro en cuestión de minutos; la urgencia de la reacción se hace entonces mucho más grande y abarca un mayor número de posibilidades.¹⁷

Vemos entonces cómo la urgencia, elemento fundamental de la autodefensa, puede actuar paralelamente: *a)* como elemento que reduce las posibilidades de la autodefensa; *b)* como elemento que aumenta tales posibilidades en la época actual.

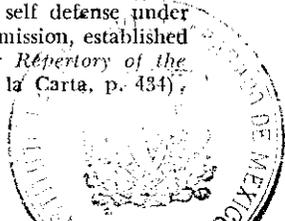
Pero hay un problema que sigue en pie: la determinación de la existencia de la urgencia.

B. LA DETERMINACIÓN DE LA URGENCIA

Es un problema irresoluble en muchos casos, porque su solución dependerá de la exacta determinación de las circunstancias que rodearon al acto de recurso unilateral a las armas por parte del Estado que pretende ejercitar la autodefensa.

¹⁶ "It is clear that self defense belongs to the sphere of preventive justice. It does not include a right to exact reparation for injury actually done" (R. HIGGINS, *The legal limits to the use of force by sovereign States-United Nations practice*, en el *British Year Book of International Law*, 1961, p. 298, n. 9).

¹⁷ "The question whether a serious violation of a treaty or convention on atomic energy matters might give rise to the application of the right of self defense under article 51, arose during the proceedings of the Atomic Energy Commission, established by General Assembly Resolution 1 (I) of 24 January 1946" (Ver *Repertory of the practice of the United Nations Organs*, vol. II, artículos 23-54 de la Carta, p. 434).



Decidir si ha habido urgencia será normalmente difícil cuando el acto defensivo surge contra una amenaza simple; pero también será difícil en ciertos casos cuando es la reacción contra un acto de agresión, porque el agresor podrá pretender (y así el problema sería el mismo del caso anterior) que ha actuado ante una amenaza grave de agresión, que no podía esperar. Algunos autores pretenden escapar al dilema diciendo que la legítima defensa existe cuando responde a un acto de agresión actual o a una amenaza de agresión inminente, con lo cual lo único que hacen es desplazar el problema. No creemos que sea ése el camino; sin embargo reconocemos la dificultad en encontrar una regla exacta que nos diga cuándo existe la urgencia que justifica la auto-defensa.

El camino más adecuado (quizá el único camino) es considerar que el Consejo de Seguridad debe decidir, naturalmente *a posteriori*, si hubo o no urgencia en la acción defensiva, y si ésta puede ser calificada de autodefensa o si es una simple agresión encubierta. El tener que someterse a este juicio actúa ciertamente como freno en muchos Estados; pero sería también conveniente que se fijaran algunos criterios para determinar *a priori* la existencia o no de la urgencia. Dentro de unos límites bastante elásticos, es indudable que los Estados envueltos en el conflicto, y los terceros Estados, saben cuándo sus actuaciones responden a verdadera urgencia, pero debería insistirse lo más posible en el respeto a las disposiciones del Capítulo VII, para que los Estados, con más confianza en que los demás las respetan, estén más dispuestos a recurrir a los métodos pacíficos de solución de controversias del Capítulo VI, o a presentar ante el Consejo (según el mismo Capítulo VII dispone) los casos que considere como amenazas a la paz, y no busque la salvación únicamente en sus propios recursos.

Es evidente que el problema sólo será resuelto definitivamente cuando se atribuya a las Naciones Unidas un papel un poco más de juez, y no únicamente de gendarme. Cuando los Estados tuvieran la posibilidad de pedir a la ONU que haga respetar la justicia y pudieran confiar razonablemente en ella, disminuirían enormemente las posibilidades de conflictos.

Por el momento no hay que esperar demasiado de una reglamentación del derecho de autodefensa, puesto que éste no es más que el reconocimiento de que el derecho internacional es un sistema precario que reposa, en último término, en un equilibrio de fuerzas, y en el caso de la autodefensa, aun cuando se dan todas las garantías jurídicas ¿quién gana? ¿el que tiene razón?, no, el más fuerte; y eso significa que en derecho internacional sólo hay derecho de autodefensa para los países fuertes; los débiles, o se resignan a sufrir la injusticia, o sólo les queda el derecho, no de autodefensa, sino de suicidio. Ya sabemos que

está la Organización Internacional, pero ¿ha hecho algo?, o, más claro todavía, ¿puede hacer algo contra los países fuertes, contra las grandes potencias? Si descendemos a la realidad, ésa es la situación; pero sigamos por los caminos luminosos del derecho.

C. LA NEGACIÓN DE LA URGENCIA

Después de señalar que la urgencia es el elemento *sine qua non* de la autodefensa, y que no pueden fijarse criterios *a priori* para determinar de forma concreta y casi automática su existencia (podría decirse que la urgencia existe cuando hay ataque armado, actual, o cuando la amenaza implica un auténtico comienzo de ejecución, que no da tiempo al recurso a la Organización Internacional, pero esta definición de la urgencia no aporta en realidad nada concreto), no queremos dejar de señalar dos casos que, en nuestra opinión, revelan la ausencia de la urgencia; nos referimos a las acciones colectivas decididas dentro del marco de Organismos regionales¹⁸ y a los acuerdos internacionales llamados de defensa.

La institución de la legítima defensa es incompatible radicalmente con las acciones colectivas decididas por acuerdos regionales. Estos acuerdos regionales, sobre todo cuando implican la existencia de una organización internacional, aportan un elemento de previsión, contrario a la idea de urgencia.

En efecto, la Sociedad Internacional, por voluntad expresada en la adopción de la Carta de San Francisco, se ha organizado de acuerdo con los lineamientos allí establecidos. Uno de los principios básicos de esa organización es el de la renuncia a la amenaza o al uso de la fuerza en los términos que hemos visto, y la remisión a un sistema de solución de conflictos.

Este sistema de solución de conflictos tiene una doble proyección:

1) En la resolución pacífica de los conflictos, el Consejo no se reserva su monopolio sino que se acepta: *a*) que las partes recurran a cualesquiera medios pacíficos de solución (artículo 33 principalmente); *b*) pueden utilizarse, a iniciativa de los interesados, los medios de solución pacífica previstos en los acuerdos regionales, sin que para acudir a ellos sea necesaria la intervención del Consejo ni ninguna clase de autorización. (El artículo 52, párrafo 2, más bien crea una obligación para los miembros de los organismos regionales de someterse a los procedimientos de solución previstos en tales acuerdos, antes de llevarlos al Consejo de Seguridad.)

¹⁸ WEBBERG no comparte este punto de vista: *op. cit.*, p. 81; ver también CALOGROPOULOS-STRAVIS, *La legítima defensa*, en *Revue Hellénique de Droit International*, Año 6º, 1953, pp. 217-230.

2) Cuando el conflicto no pueda ser resuelto de acuerdo con los procedimientos pacíficos, y requiera el uso de la fuerza, sólo el Consejo de Seguridad podrá decidir su utilización, con excepciones muy precisas, previstas en la misma Carta; quiere decir esto que el hecho de que una acción coercitiva sea decidida en el marco de un organismo regional no le da legalidad ninguna, y constituye simplemente (cuando no fue previamente autorizada por el Consejo de Seguridad) una violación de la obligación del artículo 2, párrafo 4, igual que si hubiese sido emprendida por uno o varios Estados no integrados en una organización regional.

El recurso a la fuerza entonces, una vez en vigor el sistema de la Carta, sólo podrá ser aceptado hasta que el mecanismo previsto en la Carta entre en funciones.

La legítima defensa viene a ser una reacción vital, provisional, para mantener el *status quo*. Y si eso es así, ¿cómo puede concebirse que las partes digan que, provisionalmente y dada la urgencia de la situación, tienen que recurrir a las armas para defenderse, porque el funcionamiento de los sistemas de seguridad de las Naciones Unidas exige cierto tiempo, y simultáneamente están recurriendo a otros mecanismos (de los organismos regionales) que necesitan también cierto tiempo para funcionar?

¿Es que el recurso a los organismos regionales no implica ya la negación de la urgencia necesaria para calificar la legítima defensa? Porque si el recurso a los organismos regionales requiere también un plazo de tiempo, se debe ir en primer lugar a la organización general y no a la regional.

Cuando la legítima defensa se institucionaliza a través de acuerdos regionales de defensa, se desnaturaliza y se vuelve ilegal, por substituirse, sin razones válidas, al sistema de la Carta.

La acción coercitiva de un organismo regional será lícita cuando sea realizada por autorización del Consejo de Seguridad, es decir, según un procedimiento establecido en la Carta; entonces podrá hablarse de "acción colectiva en el marco de una organización internacional", y no se podrá calificar tal acción de legítima defensa.

Si la acción coercitiva es decidida por el organismo regional por sí mismo, sin la autorización del Consejo de Seguridad prevista en la Carta, esa acción será ilegal y equivaldrá a la intervención colectiva, ya que la utilización de un determinado procedimiento (consultas, etcétera) excluye la posibilidad de hablar de urgencia y de imposibilidad de recurso al de las Naciones Unidas.

Es erróneo mantener que es suficiente con que los organismos regionales comuniquen al Consejo de Seguridad las medidas que hayan tomado; pues a esto último se refiere el artículo 54, hablando de acción

en general, mientras que el artículo 53 dice categóricamente "ninguna acción coercitiva será emprendida en virtud de acuerdos regionales o por organismos regionales sin la autorización del Consejo de Seguridad".

Algunos acuerdos militares que implican recurso al uso de la fuerza sin autorización del Consejo de Seguridad (se habla solamente de comunicarle las medidas que se han tomado), como es la NATO, el Tratado de Río o el Pacto de Varsovia, son violatorios de la Carta, y no es suficiente el apoyarse en el artículo 51 porque, como decíamos antes, la noción de la legítima defensa es incompatible con su institucionalización.¹⁹

El que un grupo de Estados se encuentre asociado en un organismo regional no les atribuye la posibilidad de recurrir a la fuerza sin autorización del Consejo de Seguridad; hablar de legítima defensa colectiva, refiriéndose a acciones emprendidas por esos organismos regionales, es también un contrasentido, y sería en el fondo un caso análogo al de las acciones emprendidas dentro del marco de acuerdos o alianzas defensivas; así que las estudiaremos conjuntamente.

Hay algo que separa a los organismos regionales de los acuerdos defensivos: los primeros se han constituido de acuerdo con la Carta, y son lícitos mientras actúen dentro de los límites que ese documento les fija, los segundos son, en nuestra opinión, violatorios de la Carta.

Al decidir las medidas de legítima defensa en el marco de organismos regionales, o de acuerdos o alianzas defensivas, se les arrebatan el carácter de urgencia, porque: *a*) o se deciden las medidas sin seguir ningún procedimiento establecido, y entonces no son necesarios ni los acuerdos regionales ni los acuerdos defensivos, o *b*) se sigue un procedimiento establecido (como es lo normal, pues todos los acuerdos de este tipo señalan cuál va a ser ese procedimiento, imponiendo la celebración de consultas entre los gobiernos, la reunión de algún órgano, etcétera), y entonces, el recurso a ese procedimiento le quita a la acción defensiva la urgencia y la espontaneidad que la caracterizan, con lo cual aparece como una acción en realidad equivalente a una medida coercitiva, decidida en usurpación de las atribuciones del Consejo de Seguridad.

Teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriores hechas en torno a la urgencia, podemos hacer las siguientes

¹⁹ De la misma opinión: Héctor MOTTA AVELLANAL, *Los pactos militares son incompatibles con la Carta de San Francisco*, en *Revista de Derecho Público y Privado*, Año xv, Tomo XXIX, núm. 174, diciembre 1952, pp. 323-342.

CONCLUSIONES

I. La teoría de la guerra justa carece ya de toda validez, y los Estados tienen el derecho de iniciar una guerra para restaurar el orden jurídico perturbado.

II. La restauración del orden jurídico perturbado, que envuelve una función de juez, en la determinación de la realidad de esa violación del orden, y una decisión de aplicar la fuerza para restaurarlo, es un privilegio de la organización internacional universal (ONU).

III. Como la organización internacional es incapaz de reaccionar automáticamente ante toda violación del derecho, se acepta la legítima defensa individual o colectiva.

IV. La legitimidad de la acción defensiva queda condicionada a la urgencia de esa acción, ante la imposibilidad de esperar la intervención de la organización internacional.

V. La urgencia sólo existe en caso de ataque armado, o de una amenaza que envuelve el comienzo de ejecución del ataque armado.

VI. El elemento "urgencia" hace incompatible a la legítima defensa con su institucionalización (acuerdos regionales, alianzas defensivas, etcétera).

Modesto SEARA VÁZQUEZ

Investigador a Tiempo Completo del
Instituto de Derecho Comparado de
México. (UNAM)