

LA PRETENDIDA LEGÍTIMA DEFENSA PREVENTIVA Y LA GUERRA EN IRAQ

Héctor GROS ESPIELL*

RESUMEN: El argumento de legítima defensa preventiva adoptado por Estados Unidos de América para atacar a Iraq, deponer su gobierno y establecer coactivamente otro, carece de fundamentación jurídica en la normativa internacional por tratarse de una acción unilateral no autorizada por el Consejo de Seguridad. No se ha empleado argumento concreto alguno fundado en la significación de las nuevas armas de destrucción masiva para cambiar el repudio jurídico y moral a esta peligrosísima forma anticipativa de legítima defensa. Asimismo, si bien la Carta de Naciones Unidas en su artículo 51 caracteriza la legítima defensa como un derecho inmanente, sólo debe ser permisible en caso de que un ataque sea inminente y con aprobación del Consejo de Seguridad, lo cual en esta guerra definitivamente no ocurrió.

ABSTRACT: The preemptive legitimate defense argument adopted by USA in order to attack Iraq, depose its government and establish another one by the use of force, does not have a legal support in the International Law, since it is a unilateral action unauthorized by the Security Council. No concrete argument emphasizing the importance of the new mass destruction weapons has been used in order to modify the legal and moral rejection to this dangerous anticipative form of legitimate defense. Moreover, despite the UN Charters article 51 characterizes the legitimate defense as an immanent right, it must only be used in case of an imminent attack with the Security Council's support, which definitely did not occur in the war against Iraq.

RÉSUMÉ: L'argument adopté par les États Unis fondé à la défense préventive légitime pour attaquer Iraq, déposer son gouvernement et établir une autre avec l'utilisation de la force, n'a pas d'un soutien juridique du Droit International autant que c'est une action unilatérale que n'est pas autorisée par le Conseil de la Sécurité. Il n'y a pas un raisonnement aveuglant fondé à l'importance des nouveaux armes de destruction massive pour changer la répudiation juridique et morale à cet dangereuse forme de défense légitime para anticipation. Ainsi, cependant l'article 51 de la Charte des Nations Unies caractérise la défense légitime comme un droit inmanent, il doit être permisible seulement au cas d'un attaque imminent et toujours avec l'approbation du Conseil de Sécurité, laquelle n'a pas passé dans cette guerre contre l'Iraq.

* Profesor de derecho internacional. Miembro de l'Institut de Droit International, del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional y del Consejo del Istituto Internazionale di Studi sui Diritti dell'Uomo (Trieste).

I

En mi artículo sobre la prevención de los conflictos bélicos en el derecho internacional actual,¹ expresé mi opinión sobre la llamada legítima defensa preventiva. Pienso que es importante reiterar ahora lo dicho en esa ocasión, para luego profundizar el análisis aplicándolo a la crisis —y hoy a la guerra— de Iraq.

Dije en la ocasión citada:

El concepto de lo que es la prevención de los conflictos bélicos —prevención que no sólo es un deber, sino que como hemos ya dicho es necesaria y constituye una esencial contribución al mantenimiento de la paz—, es algo totalmente distinto a la que se ha llamado legítima defensa preventiva.

La legítima defensa sólo se configura, —pese a ser un derecho inmanente de los Estados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas—, en caso “de ataque armado”. No puede invocarse el derecho de legítima defensa, individual o colectivo, para prevenir un posible ataque armado que aún no se ha hecho efectivo. En una situación de peligro de un ataque armado previsible o posible, sólo cabe poner el hecho y la situación en conocimiento del Consejo de Seguridad para que éste tome de inmediato todas las medidas requeridas para mantener la paz y la seguridad internacionales.

Aunque la solución que sostengo puede ser discutible y ha dividido a la doctrina,² pienso hoy, y me reafirmo, en el criterio, de que en aras de la paz

1 Gros Espiell, Héctor, “La prevención de conflictos bélicos en el derecho internacional actual. Las Naciones Unidas y el Sistema Interamericano”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, 2003, t. III, pp. 178 y 179.

2 Sobre este asunto puede consultarse, además de la que se cita expresamente en el presente trabajo: Rodríguez Carrión, Alejandro J., *Uso de la fuerza por los Estados*, Málaga, Organización Sindical, 1974, pp. 209-217; Gutiérrez Espada, Cesáreo, *El uso de la fuerza y el derecho internacional después de la colonización*, Valladolid, 1988, pp. 14-16; Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *Derecho constitucional de las Naciones Unidas*, Madrid, capítulo XIV, 1958; Verhoeven, Joe, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 684; St. John Macdonald, Ronald, “L’emploi de la force par les Etats en droit international”, en Bedjaoui, M. (redacteur général), *Droit international, bilan et perspectives*, Paris, Unesco, 1991, t. 2, pp. 774-778; Gray, Christine, “Anticipatory Self-Defense”, *International Law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2000, pp. 111-115; Remiro Brotons, Antonio et al., “El *casus operandi* de la legítima defensa. La legítima defensa preventiva”, *Derecho internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 924-926; Bryde, Brun-Otto, “Self-Defense”, en Bernhardt, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, 2000, pp. 361-364; Brownlie, Ian, “Anticipatory Defense and the UN Charter”, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford and Clarendon Press, 1963, pp. 275-278; Skubiszewski, K., “Use of Force by States, Collective Security, Law of War and Neutrality”, *Manual of Public International Law*, Nueva York, Ed. by M. Sorensen, 1968, p. 767; Kelsen, Hans, “Collective Security and Collection Self-Defense Under The Charter of the United Nations”, *42 AJIL* 1948, p. 784; Cassese, Antonio, “Article 51, a) La légitime

y la seguridad, no puede aceptarse la llamada legítima defensa preventiva. Incluso los que se resisten a aceptar de manera total la afirmación de la ilicitud de la legítima defensa preventiva, reconocen la enorme peligrosidad de su admisión.

Creo que lo que hay que afirmar, jurídica y políticamente, es que no hay un derecho de legítima defensa preventiva y que conceptualmente la prevención de los conflictos bélicos no puede realizarse mediante el uso de la fuerza, invocando la legítima defensa.

Hoy ante la crisis de Iraq —frente a la guerra ya iniciada el 20 de marzo de 2003— y la reciente invocación de la legítima defensa preventiva,³ dirigida ahora en algunos de sus exponentes, no sólo a luchar contra el terrorismo, a imponer el desarme de armas nucleares, radiológicas, químicas y bacteriológicas, sino incluso a deponer gobiernos y a establecer coactivamente otros en su sustitución, como consecuencia de una ocupación militar, es útil —y hasta diría necesario—, volver a analizar la cuestión, confrontando el derecho con las realidades internacionales del trágico momento actual.

Pero antes, debo expresar que casi dos años después de haber escrito los párrafos antes transcritos, me afirmo plenamente en lo dicho. Es más, creo que la actual situación internacional y los peligros de la invocación —y obviamente mucho más graves aún del eventual ejercicio efectivo—, de la pretendida legítima defensa preventiva, refuerzan de una manera decisiva la verdad de lo que dije.

Dos ilustres juristas latinoamericanos, que quiero honrarme en citar expresamente, dieron, en 1958 y en 1982, unas opiniones coincidentes con la mía.

Lo hago no solamente como justo homenaje a su memoria, sino para nombrar, con sólo dos ejemplos, la riqueza de la doctrina latinoamericana al respecto y la injusticia de citar en lo que se refiere al uso de la fuerza y la legítima defensa, sólo autores europeos y estadounidenses.

Mi compatriota, Eduardo Jiménez de Aréchaga en su libro *Derecho constitucional de las Naciones Unidas* dijo:

defense préventive”, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article sous la direction de Jean Pierre Cot et Alain Pellet*, 2a. ed., París, Económica, 1991, pp. 776-780.

3 Rice, Condolezza, *Corriere della Sera*, 8 de noviembre de 2002.

Sin embargo, esta doctrina no parece convincente, como tampoco los argumento en que ella se funda. Es cierto que el propósito determinante de la inclusión del artículo 51 pudo no haber sido definir o limitar el derecho preexistente de legítima defensa, pero ese sin duda fue el resultado de su incorporación en el texto de la carta. Ella expresa inequívocamente que el derecho de legítima defensa existirá “en caso de ataque armado”. La versión francesa dice “en caso de agresión militar”, lo cual aclara y ciñe aún más el concepto, puesto que todos los textos son auténticos, según dice el artículo 111 de la carta, y es posible entonces interpretar este instrumento, valiéndose de las palabras empleadas en los distintos idiomas.

Del texto de la carta resulta que se ha circunscrito de un modo muy preciso la hipótesis de legítima defensa del derecho de gentes clásico: sólo se concede contra un ataque armado, un acto de violencia consumado. Como señala Beckett, ex asesor jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores británico, la carta debe entenderse como si expresara: “después de que ocurra un ataque armado”. No existe lo que en el derecho interno se conoce con el nombre de “legítima defensa putativa”, contra un peligro inminente: es menester que se haya operado ya el ataque. Se excluye, por lo tanto, la guerra preventiva, lo que es sumamente acertado, porque en la esfera de las relaciones internacionales se ha recurrido muy a menudo a la fuerza, invocándose como excusa de legítima defensa, que el adversario estaba en la inminencia de atacar.⁴

Y Jorge Castañeda, el gran internacionalista mexicano, en su estudio sobre “La prohibición del uso de la fuerza”, expresó:

La legítima defensa, si bien constituye un “derecho inmanente”, como dice el artículo 51 de la carta, representa no obstante una excepción al principio eje de las relaciones internacionales que prohíbe el uso de la fuerza; en tanto excepción, la determinación de su alcance debe ser de interpretación estricta. La única causa que puede dar origen al derecho de legítima defensa es un “ataque armado”. Estos términos son de interpretación y aplicación restringida. Significan que otros actos, así sean amenazas graves o la violación de deberes internacionales, no constituyen la condición para que surja el derecho inmanente de legítima defensa.⁵

4 Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *Derecho constitucional de las Naciones Unidas*, Madrid, 1958, pp. 402 y 403.

5 Castañeda, Jorge, “La prohibición del uso de la fuerza”, *Obras completas*, t. III: *Política exterior y cuestiones internacionales*, México, Instituto Matías Romero de Estudios Diplomáticos, Secretaría de Relaciones Exteriores-El Colegio de México, 1995, p. 324.

II

Dicho esto, pasemos a analizar nuevamente el asunto, situándolo en la realidad de estos momentos.

El artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas dice:

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

Desde el inicio mismo de la entrada en vigencia de la carta se discutió si el artículo 51 autorizaba o no la legítima defensa preventiva.

La gran mayoría de la doctrina con base en que la legítima defensa opera sólo “en caso de ataque armado” (“*est l’objet d’une agression armée*”, en francés, e “*if an armed attack occurs*”, en inglés), estimó que el previo ataque armado era condición ineludible para que pudiera configurarse la legítima defensa.

Sin embargo, la tesis contraria que sostenía la posibilidad lícita de la defensa preventiva, intentó —aunque minoritariamente— fundar su posición.

Por ejemplo, ya en 1952, C. H. M. Waldock afirmó la legitimidad de la acción preventiva con estas palabras:

Si la acción de las Naciones Unidas es obstruida, demorada o inadecuada y el ataque armado se hace manifiestamente inminente, entonces sería una burla de los propósitos de la carta obligar al Estado que se defiende a permitir que su atacante dé el primer golpe, que puede ser fatal... Ceñir el derecho consuetudinario de defensa propia aún más allá de la doctrina del “Caroline” no tiene sentido en una época en que la rapidez y el poderío de los medios de ataque han aumentado enormemente.⁶

6 Waldock, C. H. M., “The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law”, *Recueil des Cours*, La Haye, Academie de Droit International, 1952, t. 81, pp. 489 y ss.

La demoledora refutación de esta tesis, hecha por E. Jiménez de Aréchaga en su obra antes citada, la dejó, desde 1958, huérfana de verdadera fundamentación jurídica.

Muchos años después, con un enfoque distinto, pero que conduce, en parte, a análoga conclusión, el profesor Modesto Seara Vázquez expresó:

La legítima defensa sólo se puede justificar en el caso del ataque armado, no siendo necesario que el ataque se haya producido ya, pues dada la eficacia de las armas modernas eso podría significar la destrucción del sujeto; es suficiente con que haya un comienzo de ejecución, y que se pueda razonablemente suponer (bajo reserva de probarlo más tarde) que la acción iniciada sería continuada por el agresor.⁷

Sin embargo hay que señalar que este autor requiere “un comienzo de ejecución”, es decir que aunque el “ataque armado” no se haya producido plenamente, debe haberse iniciado, y además puede razonablemente suponer que la acción será continuada por el agresor. Matización importante, que limita, y mucho, el concepto amplio, total e irrestricto de la pretendida legítima defensa preventiva.

III

No es el caso reiterar ahora todos los argumentos que se han hecho para fundar o para negar el pretendido derecho de legítima defensa preventiva.

Pero cabe, en cambio, recordar algunos de los más importantes, en función de la experiencia, y de lo que son y significan los medios bélicos actuales.

Se ha dicho que las armas de hoy, especialmente por sus posibles efectos inmediatos, masivos y devastadores, obligan a no esperar que el ataque se produzca y que hay que responder antes, ante su inminencia, para impedirlo, ya que de lo contrario sería imposible toda respuesta.

Esta invocación de la incidencia de las nuevas armas —atómicas, químicas, radiológicas y bacteriológicas—, en el planteamiento del tema de la pretendida legítima defensa preventiva, es el aporte más importante

⁷ Seara Vázquez, Modesto, *Derecho internacional público*, 6a. ed., México, Porrúa, 1971, p. 352.

que se ha hecho a favor de la revisión de la posición contraria a esta defensa contra un ataque armado no realizado aún, sino tan sólo presumido o presumible.

Algo de verdad —si se hiciera de buena fe un razonamiento coherente y lógico— hay en este nuevo planteamiento hecho con base en la consideración de lo que son y significan las nuevas armas.

Sin embargo, el enorme peligro —tan grande o mayor que el que podría resultar de un presumido ataque— de que una agresión se disfrace de una defensa ante un presunto o presumible ataque armado, se antepone y domina todo planteamiento de la cuestión.

La posibilidad de que en un probable, presunto o presumible ataque armado se usen armas que anulen la posibilidad de defensa y se produzcan daños irreparables, civiles y militares, se sitúa en el mismo nivel de peligro que el resultado de la eventualidad de una respuesta a un eventual ataque armado no iniciado, solamente previsto, presumido o invocado unilateralmente, sin que esto sea necesariamente hecho de buena fe, y se usen armas de destrucción masiva o de efectos generales tan graves que superen toda posible cuantificación previa.

Por otra parte, ¿cómo juzgar la racionalidad y proporcionalidad del medio de pretendida defensa, si aún no se pueden saber cuáles serán, si se produjera el ataque armado, los medios empleados para realizar un ataque? Y esto no puede presumirse.

En resumen, no hay a nuestro juicio ningún nuevo elemento que, con verdad, justicia, razón y buena fe, permita variar hoy la correcta posición tradicional de condena a la pretendida defensa preventiva.

IV

Ahora bien, ¿qué nuevas invocaciones se han hecho de esta doctrina frente a la situación iraquí?

Para no caer en una pesada enumeración de textos, todos vinculados con la posición política del gobierno de los Estados Unidos de América en los meses previos a la explosión bélica de la crisis iraquí, me limitaré a uno de especial relevancia.

Condolezza Rice, Consejera de Seguridad del presidente Bush —sin duda la más importante exponente, desde el punto de vista político, de la tesis de la pertinencia de la legítima defensa preventiva—, en un reportaje

publicado en noviembre de 2002, en periódicos de todo el mundo, traducido en múltiples idiomas —dijo al respecto—:

El concepto de no esperar a ser atacados no es por cierto una novedad. Se remonta muy atrás en la historia. Pero la prevención o “defensa anticipada” debe ser usada con parsimonia. No es una cédula de protección. Existen sin embargo cierto tipo de regímenes que adquieren armas de destrucción masiva los que deben ser recordados como peligrosos porque nosotros conocemos la historia. La historia es extremadamente importante. No se debería usar la defensa anticipada para encubrir una agresión, sino sólo en ocasiones verdaderamente excepcionales. Existen amenazas que pueden ser reducidas a tenues consejos o con la diplomacia, aun con la diplomacia coercitiva, como en el caso de India o Pakistán con la coparticipación de Estados Unidos de América y Gran Bretaña. Pero existen algunos casos en los cuales se debe reservar el derecho al uso de la fuerza. Existe también una diferencia entre la prevención de la amenaza potencial y el cambio de régimen. Se debe a menudo, como lo han hecho en el pasado los Estados Unidos de América, prevenir la amenaza potencial. La prevención como camino para el cambio de régimen sería un caso muy curioso.⁸

Nada en esta toma de posición, por lo demás muy cuidadosa, constituye un aporte jurídico de importancia capaz de cambiar, mejorar o actualizar los fundamentos de la tesis favorable a la legítima defensa preventiva, en función de nuevas realidades. Es sólo un conjunto de afirmaciones políticas y de viejos argumentos, interesantes sólo porque provienen de la Consejera de Seguridad, de la única superpotencia militar del planeta.

La Resolución Conjunta del Senado y de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos de América de 10 de octubre de 2002 (Resolución Conjunta para la Autorización del Empleo de la Fuerza Militar contra Iraq), si bien no se refiere expresamente a la legítima defensa preventiva, desarrolla una argumentación que conduce a admitirla en la lucha contra el terrorismo y cuando está amenazada la seguridad de los Estados Unidos de América.

La resolución 1441 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 8 de noviembre de 2002, sobre Iraq, no trata de la legítima defensa preventiva ni autoriza expresamente el uso de la fuerza.

Pero es importante citar textualmente algunos de sus párrafos:

8 Rice, Condolezza, *op. cit.*, nota 3. Traducción libre hecha por el autor.

Reconociendo la amenaza que representan para la paz y la seguridad mundial el incumplimiento por parte de Iraq de las resoluciones del consejo, y la proliferación de armas de destrucción masiva y de misiles de largo alcance.

Advirtiendo que la carta de fecha de 16 de septiembre de 2002 del ministro de Asuntos Exteriores de Iraq dirigida al secretario general es un primer paso necesario para que Iraq corrija su continuo incumplimiento de las resoluciones pertinentes del consejo.

Reafirmando el compromiso de todos los Estados miembros con la soberanía y la integridad territorial de Iraq, Kuwait y los Estados vecinos.

Decididos a garantizar el total cumplimiento de sus decisiones.

Actuando en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

1. Decide que Iraq ha incumplido e incumple sus obligaciones establecidas por las resoluciones pertinentes, incluida la resolución 687 (1991), en particular por la negativa de Iraq a cooperar con los inspectores de las Naciones Unidas y de la IAEA, y a tomar las medidas exigidas en los párrafos del 8 al 13 de la resolución 687 (1991).

2. Decide, al tiempo que reconoce el párrafo 1 de arriba, de conceder a Iraq, por esta resolución, una última oportunidad de cumplir sus obligaciones de desarme como los establecen las resoluciones pertinentes del consejo; y, por consiguiente, decide establecer un régimen de inspección más amplio a fin de completar del todo y comprobar la ejecución del proceso de desarme establecido en la resolución 687 (1991) y en posteriores resoluciones del consejo.

4. Decide que cualquier falsedad u omisión en las declaraciones presentadas por Iraq en aplicación de esta resolución, y la negativa por parte de Iraq a incumplir esta resolución en cualquier momento y a cooperar cabalmente en su ejecución, constituirá otra contravención por parte de Iraq de sus obligaciones y será presentada al consejo para que la evalúe según lo establecido en los párrafos 11 y 12 más abajo.

9. Pide al secretario general que notifique inmediatamente a Iraq de esta resolución, que Iraq deberá acatar; exige que Iraq confirme en un plazo de siete días a partir de dicha notificación su intención de cumplir cabalmente esta resolución; y exige también que Iraq coopere inmediatamente, sin condiciones y de forma activa con la UNMOVIC y la IAEA.

12. Decide que se reunirá inmediatamente al recibir el informe establecido en los párrafos 4 a 11, para considerar la situación y la necesidad del cumplimiento cabal de todas las resoluciones pertinentes del consejo a fin de garantizar la paz y la seguridad mundial.

13. Recuerda, en este contexto, que el consejo ha advertido reiteradamente a Iraq de que tendrá que afrontar graves consecuencias a causa de las continuas violaciones de sus obligaciones.

Es de destacar, además, que ni en los últimos documentos emanados de Estados Unidos de América, Gran Bretaña y España, por ejemplo en la Declaración Conjunta de las Azores (Bush, Blair y Aznar), celebrada en tierra portuguesa con la presencia del primer ministro lusitano el 16 de marzo de 2003, ni en los debates en el Consejo de Seguridad, se ha hecho referencia expresa a la defensa preventiva.

Sin embargo, el tema está implícito en toda la consideración del asunto, ya que se invoque o no la llamada “legítima defensa preventiva”, es, en cierta forma, de acuerdo con sus fundamentos, que se actuará —y se ha actuado— para hacer uso de la fuerza contra un Estado miembro de las Naciones Unidas, sin que exista un previo ataque armado y sin autorización expresa del Consejo de Seguridad.

Quiere decir que, se le nombre o no, se le invoque especialmente o no, es con base en los fundamentos de la llamada o pretendida legítima defensa preventiva, que se ha utilizado la fuerza armada contra Iraq.

La crítica actual de la renovada invocación de la puesta en ejecución de una pretendida legítima defensa preventiva, puede encontrarse en múltiples documentos de estos días.

Pero sólo queremos citar aquí, entre otras muchas que podrían recordarse, las palabras del cardenal Renato Martino, ex-observador de la Santa Sede ante las Naciones Unidas, que basándose en las palabras del Papa de que “la guerra es una derrota de la humanidad”, dijo: “la guerra preventiva es una guerra de agresión, que no entra en una definición de la guerra justa”.⁹

V

Sin duda un tema preliminar en la consideración de este asunto es el de la eventual utilización de armas nucleares, radiológicas, químicas o bacteriológicas, de destrucción masiva, en el ejercicio de la legítima defensa en general y de la preventiva en particular.

El ejercicio del derecho inmanente de legítima defensa (artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas), al constituir el reconocimiento de un derecho natural, inmanente o inherente de los Estados, preexistente a la carta, obliga a aplicar a este derecho los principios generales que lo determinaban en el derecho internacional anterior a 1945. Entre estos princi-

9 *La Nación*, Buenos Aires, 14 de enero de 2003.

pios se encontraba —y se encuentra— la racionalidad y proporcionalidad del medio empleado para repeler el ataque armado. Es decir que una agresión, un ataque armado, con armas tradicionales, no puede ser contestado o repelido con armas atómicas, radiológica, químicas o bacteriológicas, de destrucción masiva. Y esto es así, sin perjuicio del estatus jurídico de estas armas en el derecho internacional actual.

¿Pero que pasa si el ataque armado, la agresión, se produce con el empleo de estas armas de destrucción masiva?

El uso de armas nucleares, en un ataque armado, como igualmente si éste se realiza con armas radiológicas, químicas, biológicas o bacteriológicas, o de destrucción masiva, es contrario al derecho internacional, tanto del derecho internacional convencional, con base en una larga serie de tratados en vigencia,¹⁰ como también de acuerdo con principios elementales de humanidad, que pueden considerarse, en el caso, como fuentes del derecho de gentes.¹¹

10 Entre estos tratados cabe citar especialmente: Protocolo relativo a la Prohibición del Empleo en la Guerra de Gases Asfixiantes, Tóxicos o Similares y de Medios Bacteriológicos (17 de junio de 1925), Tratado Antártico (1 de diciembre de 1959), Tratado por el que se Prohíben los Ensayos con Armas Nucleares en la Atmósfera, el Espacio Ultraterrestre y debajo del Agua (5 de agosto de 1963), Tratado sobre los Principios que deben Regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, incluso la Luna y otros Cuerpos Celestes (27 de enero de 1967), Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina (Tratado de Tlatelolco) con los Protocolos Adicionales I y II (14 de febrero de 1967), Tratado sobre la no Proliferación de las Armas Nucleares (1 de julio de 1968), Tratado sobre Prohibición de Emplazar Armas Nucleares y otras Armas de Destrucción en Masa en los Fondos Marinos y Oceánicos y su Subsuelo (11 de febrero de 1971), Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción (10 de abril de 1972), Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles (18 de mayo de 1977), Acuerdo que debe Regir las Actividades de los Estados en la Luna y otros Cuerpos Celestes (18 de diciembre de 1979), Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente Nocivas o con Efectos Indiscriminados (10 de abril de 1981), Tratado sobre la Zona Libre de Armas Nucleares del Pacífico Sur (Tratado de Rarotonga) (6 de agosto de 1985), Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción, (13 de enero de 1993), Tratado de Pelibenda, (11 de abril de 1996).

11 En su sentencia del 9 de abril de 1949, en el caso "Affaire du Detroit de Corfou (Fond), la Corte Internacional de Justicia dijo: Ces obligations sont fondées non pas sur la Convention VIII de La Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes et l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats". Cour Internationale de Justice, *Recueil*, 1949, p. 22.

Una cuestión, algo diferente, es la de saber si la respuesta con estas armas a un ataque armado hecho con similares es legítima, es decir si es posible emplear en la defensa las mismas armas de destrucción masiva utilizadas en el ataque.

La cuestión, con respecto a las armas nucleares, ha sido objeto de minucioso análisis en la discutida y discutible opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia del 8 de julio de 1996¹² y de un debate doctrinario anterior y posterior a esa opinión de la corte.¹³ Con respecto a las armas químicas, bacteriológicas, biológicas y radiológicas, como consecuencia de sus efectos nuevos, generales e indiscriminados, la respuesta puede plantearse de manera igual a la utilizada con lo que se refiere a las armas nucleares.¹⁴

No es de interés, para los fines de este artículo, ingresar a esta discusión que, aunque con lascerantes dudas, debe contestarse con una negativa.

Lo único que interesa ahora es la afirmación, para nosotros radical y absoluta, de que en la legítima defensa preventiva, aún admitiéndola como posible —que no es nuestro caso—, no pueden ni jurídica ni moralmente utilizarse armas nucleares, radiológicas, bacteriológicas, biológicas o químicas, aún en el caso de que el Estado objeto del ataque preventivo, tuviera o poseyera —sin haberlas utilizado— esas armas.

Esta afirmación nos parece esencial. Lo contrario no sólo sería una monstruosidad jurídica, sino, lo que es aún peor, una violación de todas las leyes humanas y morales.

VI

¿Cuál debe ser el objetivo, el fin del ejercicio de la legítima defensa? Este objetivo tiene necesariamente que ser replicar, combatir y repeler la agresión, de manera individual o colectiva, “hasta tanto que el Con-

12 Cour Internationale de Justice, “Licéité de la Menace ou de l’Emploi d’Armes Nucléaires”, *Avis Consultatif*, 8 de julio de 1996.

13 Para citar un trabajo publicado en América Latina, me remito al estudio de Thierry, Hubert, “La legalidad de las armas nucleares”, *Armas nucleares, desarme y carrera armamentista, Homenaje a Alfonso García Robles*, México, Jurídica-Universidad Iberoamericana, 1985.

14 Naciones Unidas, *Armas Químicas y Bacteriológicas (Biológicas) y Efectos de su Posible Uso*, Informe del Secretario General, Nueva York, 1969, A/7575/Rev.1,S9292/Rev1, núm. de venta S.69.1.24.

sejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales” (artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas).

No se puede, por la vía de la invocación de un legítimo derecho de defensa, afectar la integridad del Estado agresor, ni derrocar su gobierno para imponerle, aún provisoriamente, otro.

Sólo el Consejo de Seguridad, al que deben comunicarse “inmediatamente... las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa”, puede tomar “las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad”.

Si esto es así, en todos los casos de legítima defensa individual o colectiva, la cuestión es aún más clara en el caso de la pretendida legítima defensa preventiva, en que está en tela de juicio su propia y específica legitimidad.

VII

El papel que ha de jugar en todo esto el Consejo de Seguridad es esencial y determinante.

En efecto, el artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas fija el papel determinante y central que el consejo juega en casos de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz y actos de agresión, al decir:

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

Con respecto al uso de la fuerza, el artículo 42 dispone:

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

La posibilidad del uso de la fuerza por disposición del Consejo de Seguridad es el complemento necesario de lo dispuesto en el artículo 2, párrafo 4, de la carta que establece:

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, asimismo, del artículo 51, que se refiere al “derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva”, que solamente puede ejercerse “hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales”.

Este papel central y determinado del Consejo de Seguridad con respecto al tema que analizamos, es también, por lo menos dentro de ciertos límites, exclusivo y excluyente. En efecto, el artículo 12.1 de la carta dice:

Mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna esta carta con respecto a una controversia o situación, la Asamblea General no hará recomendación alguna sobre tal controversia o situación, a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad.

Sin embargo, hay que tener en cuenta la posibilidad de acción de la Asamblea General en el caso de que el Consejo de Seguridad deje “de cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales en todo caso en que resulte haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión”.

Esta situación se dio cuando en la V Sesión de la Asamblea General, durante la crisis de Corea, se adoptó la resolución “Acción Unida para la Paz”, que autoriza en el caso de parálisis del Consejo de Seguridad a examinar “inmediatamente el asunto, con miras a dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas, indicaciones en caso de quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el uso de fuerzas armadas cuando fuera necesario, a fin de mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales”.

Discutida apasionadamente, en 1950, la constitucionalidad de esta resolución, debido a la oposición radical de la Unión Soviética, fue sin embargo aplicada en el ya recordado caso de Corea y en los de Suez y Hungría.¹⁵

Y en cuanto al secretario general, además de su deber de informar a la Asamblea General, “con el consentimiento del Consejo de Seguridad... sobre todo asunto relativo al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que estuviera tratando el Consejo de Seguridad” (artículo 12.1), éste puede “llamar la atención del Consejo de Seguridad hacia cualquier asunto que en su opinión pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales” (artículo 99).

Estas normas de la carta y las interpretaciones de que han sido objeto presentan hoy, ante la crisis y la guerra en Iraq, un interés muy grande frente a su eventual invocación y al no imposible planteamiento eventual de que la Asamblea General se pueda reunir en sesión extraordinaria.

VIII

¿Cómo aplicar todo esto después de haber comenzado la guerra, en lo que respecta a la eventual invocación de un pretendido derecho de legítima defensa preventiva, individual y colectiva, ante el peligro que presentaría, para la paz y la seguridad internacionales, el régimen iraquí?

En primer lugar no hubo, a diferencia de lo ocurrido en 1991, un ataque armado de Iraq contra ningún Estado Miembro de las Naciones Unidas.

Si no hubo un ataque armado —ni siquiera preliminar— no existió, a nuestro juicio, posibilidad de ejercicio de legítima defensa, ya que rechazamos, cada vez con más convicción, la pretendida legítima defensa preventiva. Y este rechazo tiene en cuenta la encarada revisión, por algunos, de la tesis contraria a la licitud de la llamada legítima defensa preventiva, ya que consideramos que ningún argumento cierto y concreto se ha utilizado, fundado en la significación de las nuevas armas de destrucción masiva, para cambiar el repudio jurídico y moral a esta peligrosísima firma anticipativa de la legítima defensa.

15 Véase a Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *op. cit.*, nota 4, pp. 197-209; ya que es, según mi juicio, el más completo análisis en América Latina de esta resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de sus primeras aplicaciones.

La acción preventiva, unilateral, o colectiva, al margen de la autorización del Consejo de Seguridad, constituye un hecho internacionalmente ilícito. El eventual carácter colectivo de una acción no le quita su intrínseco elemento de ilegitimidad y de violación de la “legalidad internacional”.

Este ejercicio ilegítimo de la fuerza, sin la existencia de un previo ataque armado y sin autorización expresa del Consejo de Seguridad, carece de toda aptitud para fundar no sólo el empleo de medios bélicos, sino también la pretensión de alcanzar objetivos tales como, por ejemplo, el derrocamiento del gobierno de Iraq, el establecimiento de otro o el desmembramiento del país.

IX

Naturalmente todas estas hipótesis, vinculadas con la cuestión de la pretendida legítima defensa preventiva en el caso de Iraq, no afectan para nada la necesaria lucha contra el terrorismo, la eventual aplicación ante ataques armados terroristas del derecho de legítima defensa individual y colectiva, ni la crítica al gobierno iraquí que con su política armamentista desafió durante años al Consejo de Seguridad, violando sus resoluciones, ni la necesidad de lograr, por medios jurídicos, un justo y equitativo desarme de todos los Estados de la comunidad internacional, que la amenazan con sus políticas al respecto.

No importa tampoco, sino que refuerza, la convicción de la necesidad de una acción legítima del Consejo de Seguridad para lograr por medios pacíficos y diplomáticos el desarme de Iraq, y si estos medios fallaran formalmente autorizar el empleo de la fuerza para lograrlo.

Pero nada de esto tiene que ver con la pretendida legítima defensa preventiva.