



Revista Política y Estrategia N° 129 (2017)

Editada por: **Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos (ANEPE) Chile.**

Lugar de edición: Santiago, Chile

Dirección web: <http://www.politicayestrategia.cl>

ISSN versión digital: 0719-8027

ISSN versión Impresa: 0716-7415

DOI: <https://doi.org/10.26797/rpye.v0i129>

Para citar este artículo / To cite this article: Dutra Cetusic, Matías: *“Uso de la fuerza: ¿Conflicto entre la prohibición de su uso y la validez de la Legítima Defensa Preventiva en el contexto de la lucha contra el Terrorismo Organizado?”*

Revista Política y Estrategia N° 129, 2017 pp. 45 - 87

DOI: <https://doi.org/10.26797/rpye.v0i129.71>

Si desea publicar en Política y Estrategia, puede consultar en este enlace las Normas para los autores:

To publish in the journal go to this link:

<http://politicayestrategia.cl/index.php/rpye/about/submissions#authorGuidelines>



La Revista Política y Estrategia está distribuida bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

Uso de la Fuerza: ¿Conflicto entre la prohibición de su uso y la validez de la legítima defensa preventiva en el contexto de la lucha contra el terrorismo organizado?

Matías N. Dutra Cetusic

USO DE LA FUERZA: ¿CONFLICTO ENTRE LA PROHIBICIÓN DE SU USO Y LA VALIDEZ DE LA LEGÍTIMA DEFENSA PREVENTIVA EN EL CONTEXTO DE LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO ORGANIZADO?[∞]

MATÍAS N. DUTRA CETUSIC*

RESUMEN

El autor analiza la regulación imperante en materia del uso de la fuerza, desde la perspectiva del Artículo 51 CNU en relación a la prohibición general del Artículo 2.4 CNU, con especial énfasis en el conflicto doctrinario existente a raíz de la dualidad interpretativa del Artículo 51 CNU, ofreciendo una mirada al problema. Al respecto, se confrontan las teorías que justifican modalidades anticipatorias unilaterales con motivo de la lucha contra el terrorismo organizado, las que encontrarían eventual sustento en la norma consuetudinaria del derecho inmanente a la legítima defensa.

Palabras clave: *Uso de la fuerza, legítima defensa, Artículo 51, legítima defensa anticipatoria, guerra preventiva, terrorismo.*

USE OF FORCE: CONFLICT BETWEEN THE PROHIBITION OF ITS USE AND THE VALIDITY OF PREVENTIVE SELF-DEFENSE IN THE CONTEXT OF THE FIGHT AGAINST ORGANIZED TERRORISM?

ABSTRACT

The author analyzes the prevailing regulation on the use of force, from the perspective of Article 51 of the UN Charter related to the general prohibition of Article 2.4 UN Charter, with special emphasis on the existing doctrinal conflict due to the interpretive duality of the above mentioned Article 51 C, offering an approach to the problem. In

* Estudiante en Quinto año de Derecho en la Universidad Alberto Hurtado, Chile. Realizó una pasantía de Investigación en Loyola University Chicago, Law School, durante el año 2016 donde investigó la temática bajo análisis, realizando trabajo de campo y entrevistándose con los académicos: Thomas M. Haney (Professor), Alan Raphael (Associate Professor) Andrew Coleman (Research assistant of Professor John C. Dehn). Agradecimientos a la Facultad de Derecho UAH y en especial a los Profesores: Álvaro Arévalo Cunich, Hugo Rojas Corral, Juan Luis Modolell, Raúl Campusano, Macarena Rodríguez Atero. Finalmente, especiales agradecimientos a: Javiera Canales Pino. Las traducciones son libres y han sido realizadas por el autor. matiascetusic@hotmail.com

[∞] Fecha de recepción: 310317
Fecha de aceptación: 310517

that regard, the theories that justify unilateral anticipatory modalities in the fight against organized terrorism are confronted, in order to eventually find support in the customary law of the inherent right to self-defense.

Key words: *Use of force, self-defense, Article 51, anticipatory self-defense, preventive war, terrorism.*

1. PROHIBICIÓN DEL USO DE LA FUERZA

La regulación del uso de la fuerza en la Carta de las Naciones Unidas tuvo como antecedente más próximo a la Convención de la Liga de Naciones del 28 abril 1919¹, principalmente en los artículos 11 y 12, instaurando delimitaciones serias al recurso de la guerra entre Estados, sin embargo, en su esencia, solo se trataba de una dilación del uso de la guerra² y no de una prohibición general³.

Otro antecedente se encuentra en el pacto Briand-Kellog o “Tratado General para la renuncia de la guerra”, este instrumento intentó delimitar la amenaza y el uso de la fuerza mediante el artículo 1º y otras disposiciones. Sin embargo, la terminología empleada para codificar la prohibición se refería al uso de la fuerza concebida dentro del contexto de una guerra, restringiendo, por lo tanto, dicha interpretación solo a situaciones de conflicto armado declarado, generando con ello una falencia que fue aprovechada por diversos Estados, al emplear la fuerza en contra de otros Estados sin existir un estatus de guerra declarado⁴.

Es en este contexto donde la Carta de las Naciones Unidas se hace cargo de los errores de sus predecesores, incorporando en el precepto prohibitivo la terminología “*amenaza o uso de la fuerza*” en desmedro del concepto de “*guerra*”⁵

¹ Cfr. BROWNIE, Ian. *International Law and the use of force by states*. New York, Oxford Clarendon Press, 1981. pp. 55-66 mayor despliegue respecto a la regulación desarrollada por la Liga de Naciones y a la brecha terminológica en cuanto a la delimitación del concepto “guerra”; también DINSTEIN, Yoram. *War aggression and self-defense*. 4th ed. New York, Cambridge University Press, 2005. pp. 80-82.

² DÖRR, Oliver. *Prohibition of use of force*. En: Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [en línea] [consulta: 16 septiembre 2016] disponible en <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e427?rskey=TJR6rj&result=11&prd=EPIL>>

³ Cfr. ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. GIMENEZ Artigues, Fernando (ed.) Barcelona, ediciones Ariel, 1966. pp. 473-475; VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. 3ª edición, TRUYOL Y SERRA, Antonio (ed.) Madrid, Aguilar, 1961. pp. 45-48.

⁴ SHUBISZEWSKI, K.J. *Uso de la fuerza por parte de los Estados. Seguridad Colectiva. Derecho de Guerra y de Neutralidad*. En: SORENSEN, Max. (ed.) *Manual de Derecho Internacional Público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994. pp. 681-685.

⁵ OPPENHEIM, L. *International Law a treatise, disputes war and neutrality*. 7ª edición, LAUTERPACHT. H (ed.) Gran Bretaña, Longmans, 1952 vol. 2, pp. 202-203. Al respecto el autor señala como aproximación al término guerra de la siguiente manera “es una contienda entre dos o más Estados mediante el uso de sus fuerzas armadas, con el propósito de sobrepasar en poder a su contraparte e imponer las condiciones de paz que el vencedor estime convenientes”. Finalizando con la mención de que la guerra es un hecho reconocido, regulado en muchos puntos pero no establecida por el derecho internacional. Esta concepción de guerra dice relación con los planteamientos de autores como Vattel, Phillimore, Twiss, Bluntschli y

usado en los instrumentos que la antecedieron⁶, incorporando así hipótesis del uso de la fuerza que no han de constituir guerra propiamente tal⁷.

La Carta de las Naciones Unidas es complementada, en la regulación del uso de la fuerza por la “*Declaration on principles of international law concerning friendly relations and cooperation*”⁸ adoptada por consenso entre los Estados. Si bien este último instrumento no constituye una fuente del derecho internacional propiamente tal, -según lo establecido en el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia-, es aceptado generalmente como una fuente parte de la construcción de la costumbre internacional en cuanto a lo que la prohibición del uso de la fuerza refiere⁹.

El artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas (en adelante CNU), *prima facie* evidencia una construcción amplia de la prohibición de amenaza o uso de la fuerza, abandonándose la restricción del concepto de guerra como único elemento prohibido, para pasar a una estructuración que contemple una mayor cantidad de hipótesis. Estableciéndose de esta forma, una prohibición general a la amenaza o uso de la fuerza¹⁰, que permite abarcar un espectro más amplio de situaciones o conductas contrarias a la CNU y sus principios.

Resulta igualmente necesario referirse a la naturaleza de la norma prohibitiva en cuestión, con el objeto de determinar el alcance de la norma concebida en términos amplios, existiendo un aceptable consenso, -tanto en la doctrina como en la práctica internacional-, respecto a su doble naturaleza: Por un lado, se concibe como una norma convencional emanada de la CNU, mientras que por otra parte se le considera costumbre de derecho internacional¹¹, produciendo por esta última vía sus efectos respecto de la comunidad global, independientemente de tratarse o no de Estados signatarios de la CNU.

Bulmerincq con anterioridad al tratado general de renuncia a la guerra, en desmedro de una concepción más actual del término.

⁶ SHUBISZEWSKI, K.J Op. Cit. p. 685.

⁷ Véase U.S Department of Defense en su “Law of War Manual” de junio del 2015 (actualizado mayo 2016) que sintetiza el concepto en comento y sus variables desde la perspectiva estadounidense, referencia pp. 18-20. Para un análisis histórico del término guerra y su evolución referirse a los siguientes autores: OPPENHEIM, L. Op. Cit. Nm 55-56; DINSTEIN, Yoram Op. Cit. pp. 3-15.

⁸ UNGA Res. 2625, Annex, 25 UN GAOR 25th sess, Supp. N°28 UN doc. A/5217(1970) 121, Documento accesible en <http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>

⁹ CURRIE, John H., FORCESE, Craig. y OOSTERVELD, Valerie. International Law: doctrine practice and theory. Toronto, Irwin Law, 2007. pp. 833-834.

¹⁰ Véase a MARTÍNEZ-VARGAS, Juan-Ramón y MATEUS-RUGELES, Andrea. El terrorismo como elemento generador de la mutación de la figura de la agresión. Efectos evolutivos o involutivos en el derecho internacional. Opinión jurídica [en línea]. 2011, vol.10 (19) pp. 155-170. [Consulta: 6 diciembre 2016] disponible en <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302011000100009&lng=en&nrm=iso> En pp. 159-160 autores señalan que el artículo 2(4) CNU no prohíbe el uso de la fuerza entre Estados sino que establece los presupuestos de legitimidad para dicho actuar.

¹¹ DÖRR, Oliver. Op. Cit. Nota 3 Nm 9; también SHAW, Malcolm N. International Law. 4th ed. Cambridge, Cambridge University Press, 1997. p. 781.

Si bien la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia¹² (en adelante CIJ), tiende a considerar ambas reglas como iguales entre sí, en cuanto a su imperio y contenido refiere¹³, esta última reconoce diferencias únicamente respecto del contenido de la figura de “self-defense” del artículo 51 CNU como excepción a la prohibición¹⁴.

Al trasladar la calidad de la norma de *ius cogens* al ámbito de la prohibición del uso o amenaza de la fuerza, la comisión redactora del proyecto de la Convención de Viena tuvo en mente como norma de dicha cualidad al precepto contemplado en el artículo 2.4 CNU en su faceta entre Estados¹⁵, opinión que fue reafirmada en la sentencia de la CIJ respecto a Nicaragua en 1986, al ser citada específicamente en la opinión separada del presidente Nagendra Singh, quien manifestó que la prohibición del uso de la fuerza pertenece al ámbito del *ius cogens*¹⁶. En este sentido, dicha naturaleza cobra relevancia a la hora de enfrentar conflictos con normas de inferior jerarquía, prevaleciendo la norma de *Ius Cogens* por sobre las normas convencionales o la propia costumbre.

Una vez delimitada la naturaleza del artículo 2.4 CNU debemos remitirnos brevemente al término “fuerza”¹⁷ para los efectos de la prohibición general, vocablo que ha de ser entendido en el contexto de la Carta de Naciones refiriéndose únicamente a la fuerza armada o militar¹⁸. Dicha fuerza ha de ser dirigida contra: la soberanía, independencia política o contra la integridad territorial de cualquier Estado¹⁹. Sin embargo, el artículo 2(4) CNU no es taxativo en las formas de emplear la fuerza ya mencionadas; por el contrario, ejemplifica con dos situaciones expresas sin tratarse en caso alguno de una norma con *numerus clausus*²⁰. Este enfoque amplio contemplado en la prohibición en cuanto al término fuerza, subsume a los ataques directos como a los indirectos en contra de otro Estado; es decir, tanto la acción militar materializada en el uso de fuerzas armadas propias como su versión indirecta mediante el empleo de mercenarios o bandas armadas

¹² En *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua [Jurisdiction and Admissibility]* para. 73; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua [Merits]* paras 187–190; *Israeli Wall Advisory Opinion [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory]* para. 87

¹³ DÖRR, Oliver. Op. Cit. para 9.

¹⁴ DINSTEIN, Yoram Op. Cit. p. 96.

¹⁵ *Ibidem*. Op. Cit. p. 100.

¹⁶ *Ibidem*. Op. Cit. p. 100; DÖRR, Oliver. Op. Cit. Nm 32.

¹⁷ Véase BROWNLIE, Ian. Op. Cit. pp. 361-365 para análisis de concepto fuerza y amenaza del uso de la fuerza, también SHAW, Malcolm N. Op. Cit. pp. 782-785.

¹⁸ DÖRR, Oliver. Op. Cit. Nm 11; en el mismo sentido BROWNLIE, Ian. *Ibid.* pp. 361-362.

¹⁹ El uso de la fuerza armada en contra de individuos o grupos armados no contraviene la prohibición del uso de la fuerza del Art 2(4) CNU, que contempla al ámbito de la prohibición desde la perspectiva de la relación entre Estados. En esa línea argumenta DÖRR, Oliver. Op. Cit. *Ibid.* Nm 21-26.

²⁰ DÖRR, Oliver. *Ibid.* Nm 13-14.

controladas por la nación agresora²¹, configurándose un espectro prohibitivo amplio en cuanto a dichas conductas refiere.

2. EXCEPCIONES A LA PROHIBICIÓN ARTÍCULO 2(4) CNU

La norma del artículo 2(4) ha tratado de excluir el recurso armado en su totalidad en la relación de los Estados entre sí, restringiendo su uso válido a circunstancias específicas, quedando definidas en la propia Carta de Naciones bajo dos modalidades:

a) La primera de ellas refiere al mecanismo colectivo de seguridad contemplado en los artículos 39 y ss. de la CNU bajo la supervisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (en adelante CSNU) empleado en concordancia con los principios guías de la CNU, como mecanismo de ejecución de las disposiciones del capítulo VII CNU.

b) Una segunda excepción queda entregada por el derecho inmanente de legítima defensa contemplada en el artículo 51 CNU, integrada por la legítima defensa individual o colectiva.

Respecto a la primera hipótesis, es decir, acciones de ejecución bajo el capítulo VII CNU, contemplado en los artículos 39 y ss., existe un amplio margen de control por parte del CSNU a la hora de determinar la procedencia de la fuerza como forma de responder ante una agresión internacional. La construcción del artículo 39 CNU conforma a su vez tres hipótesis o figuras que han de ser sancionadas por el CSNU²², hállese de la amenaza a la paz²³, quebrantamiento de la paz y el acto de agresión respectivamente. Respecto a la existencia de amenaza a la paz hemos de señalar inicialmente que existe un alto grado de indeterminación en el concepto, siendo difícil diferenciar una conducta potencial de amenazar el estatus de paz respecto de una amenaza a la paz propiamente tal²⁴.

Ante una situación que sea considerada potencialmente como una amenaza a la paz, el CSNU podrá establecer medidas provisionales en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 CNU, podrá adicionalmente imponer, autorizar o reco-

²¹ *Ibíd.* Nm 15-17.

²² BROWNLIE, Ian. *Op. Cit.* pp. 333-334, el autor hace referencia al rol de la Asamblea General en cuanto a la determinación de una amenaza a la paz, manifestando la existencia de una discusión doctrinal al respecto, donde una parte de la doctrina atribuye a la Asamblea General un rol supletorio, mientras que dotan al CSNU de un rol principal en la determinación de la amenaza en virtud de la concatenación de los artículos 5, 24, 39, 50, 53, 99 y 106 CNU. Otra parte de la doctrina señala que la Asamblea General posee las facultades de determinar una amenaza en base a la resolución de dicha entidad "Uniting for peace" del 3 de noviembre de 1950, que para estos efectos le conferiría dicha potestad.

²³ *Cfr. THE CHARTER of the United Nations a commentary* por Bruno Simma (ed.) "et al". New York, Oxford University Press, 1994. pp. 610-612 Nm 16-23; GAZZINI, Tarcisio. *The changing rules on the use of force in international law.* Manchester, Juris Publishing Manchester University Press, 2005. pp. 31-35.

²⁴ SIMMA, Bruno "et al". *Op. Cit.* p. 610 Nm 16; GAZZINI, Tarcisio. *Ibíd.* p. 8.

mendar las medidas de los artículos 41 y 42 CNU y finalmente como *última ratio* el artículo 43 CNU como instrumento para la aplicación de la fuerza, en cuanto a la conformación de una fuerza militar internacional *ad hoc* o autorización a otros Estados²⁵ su uso como respuesta al ilícito. Sin embargo, en los hechos la figura del artículo 43 no tiene aplicación práctica²⁶ en razón de la naturaleza política del propio CSNU, además de la dificultad de conformar una fuerza multinacional en base a un organismo que carece de un cuerpo armado permanente para dichos efectos, dependiendo exclusivamente de las fuerzas de sus Estados miembros.

De lo anteriormente señalado se desprenden las amplias facultades del CSNU para determinar el contenido de la voz “amenaza a la paz” participando de forma subsidiaria en dicho proceso la Asamblea General²⁷, en situaciones donde el CSNU no actúe de forma oportuna (ej. situación de Veto por parte de un miembro permanente) ante una conducta subsumible a la voz “amenaza a la paz”, existiendo en este sentido una suerte de cláusula abierta más que un concepto legal predefinido de la voz “amenaza a la paz”²⁸, contenido que como ya fue mencionado ha de ser dotado de sentido por el propio organismo atendiendo a las circunstancias caso a caso²⁹. Las subsecuentes hipótesis que pueden ser consideradas dentro de la concepción de “amenazas a la paz” quedan reflejadas en la práctica del CSNU en la materia³⁰, siendo procedente señalar que se trata de una causal de aplicación genérica³¹.

Respecto a la voz “Brecha o quebrantamiento de la paz” como segunda hipótesis del artículo 39 CNU, señalaremos inicialmente que el término resulta ser

²⁵ Cfr GREEN, Leslie C. *The contemporary law of armed conflict*. 3ª ed. Manchester, Manchester University Press. 2008. pp. 371-377, para mayor información en cuanto a las operaciones de Naciones Unidas en el contexto del artículo 43 CNU.

²⁶ Véase a FRANCK, Thomas M. *Terrorism and the right of Self-defense*. *The American Journal of International Law* [en línea] Octubre 2011, Vol. 95 (4):839-843. [consulta: 22 enero 2017] disponible en <<http://www.jstor.org/stable/2674629>> p. 839.

²⁷ DE WET, Erika. *Threat to peace*. En: Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [en línea] [consulta: 16 septiembre 2016] disponible en <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e374>> Nm 3.

²⁸ DE WET, Erika. Op. Cit. Nm 4. DE WET señala que la práctica del CSNU tiende a dotar de contenido a la voz “amenaza a la paz” mediante la consolidación de la práctica de dicho organismo.

²⁹ *Ibíd.* Nm 7-8.

³⁰ *Ibíd.* Nm 11-12 se hace especial referencia a la negación de extradición de terroristas de Libia en UNSC/Res/748 (31 marzo 1992) y UNSC/Res/883 (11 noviembre 1993) a raíz del atentado en Lockerbie y UTA como una amenaza a la paz, en el mismo sentido se trata la situación de rechazo de la solicitud de extradición de terroristas sudaneses a Egipto en UNSC/Res/1044(31 enero 1996) y UNSC/Res/1054 (26 abril 1996); finalmente la negación de extradición de Osama bin Laden en UNSC/Res/1267 (15 octubre 1999) y UNSC/Res/1333 (19 diciembre 2000). La práctica del CSNU deja en evidencia que dentro de la concepción de amenazas a la paz no solo se contemplan hipótesis de conductas entre Estados, por el contrario se incluye como amenazas a situaciones directamente relacionadas al ámbito del terrorismo globalizado.

³¹ DE WET, Erika. Op. Cit. Nm 21-23.

más acotado³² que la expresión genérica de “amenaza a la paz”, donde el CSNU determinará la existencia de una presunta conducta catalogable como uso de fuerza armada³³. Sin embargo, la práctica del CSNU no ha esclarecido con certeza el contenido de este concepto que ha sido utilizado solo en cuatro ocasiones a lo largo de la historia de las Naciones Unidas³⁴.

Finalmente, la última hipótesis contenida en el artículo 39 CNU es la conducta de “agresión” en contra de otro Estado, concepto que en sí mismo reviste las mismas dificultades interpretativas que las otras hipótesis. En efecto, el concepto de agresión es una construcción antigua en el derecho internacional, que antecede a los pactos y convenciones de prohibición de la guerra que caracterizaron al siglo XX, sin embargo, desde sus inicios, se trató de un concepto indeterminado en contenido y alcance, por lo que era empleado a discreción y voluntad del Estado que invocaba la afectación de su territorio, posesiones ultramarinas, etc.³⁵.

El desarrollo del concepto agresión adquirió mayor relevancia durante el propio siglo XX³⁶, alcanzando mayor grado de consolidación al momento de la creación de la Carta de las Naciones Unidas³⁷. Sin embargo, la indeterminación del concepto logró mantenerse como una constante toda vez que la doctrina discute su significado hasta nuestros días³⁸, siendo el antecedente más signifi-

³² SIMMA, Bruno “et al”. Op. Cit. p. 609 Nm 9-11 el autor señala que existe una brecha o quebrantamiento de la paz cuando existe un enfrentamiento hostil entre dos fuerzas armadas de dos Estados, donde resulta irrelevante para la determinación del concepto si las hostilidades terminan de forma anticipada porque una de las fuerzas fue derrotada. Adicionalmente reconoce la existencia del concepto si se aplica fuerza armada por o contra un régimen independiente de facto que no es reconocido como Estado propiamente tal.

³³ WOOD, Michael. Breach of Peace. En: Rüdiger Wolfrum (ed.). Op. Cit. Nm 4.

³⁴ WOOD, Michael. Ibíd. Nm 14, en Nm 11-12 refiriéndose a las resoluciones del Consejo de Seguridad UNSC/Res/82 (25 junio 1950) respecto a la situación en Corea, UNSC/Res/598 (16 enero 1987) respecto al conflicto Irak/Irán y finalmente UNSC/Res/660 (2 agosto 1990) con motivo de la invasión de Kuwait por parte de Irak. A su vez se nos hace referencia a una ocasión donde la Asamblea General determinó la existencia del concepto en comentario en la resolución UNGA/Res/181 (20 noviembre 1947) y UNGA/Res/ES-8/2 (14 septiembre 1981).

³⁵ DINSTEIN, Yoram. Aggression. En: Rüdiger Wolfrum (ed.). Op. Cit. Nm 1-2; BROWNLEE, Ian. Op. Cit. pp. 351-355 trata del desarrollo histórico a lo largo de los siglos XIX y XX del concepto de agresión.

³⁶ Véase INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. “*Nazi Conspiracy and Aggression*” (*United States ‘et al’ v. Goering ‘et al.’*) Judgment, Dissenting Opinion and Sentence, N/A IMT 1 october 1946. [Consulta: 29 marzo 2017] disponible en <http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1946.10.01_United_States_v_Goering.pdf> pp. 16-34 donde el Tribunal estipuló la existencia de dos categorías de actos contrarios a la paz: la guerra de agresión y los actos de agresión.

³⁷ DINSTEIN, Yoram. Aggression. Op. Cit. Nm 3-7, se menciona el desarrollo histórico a lo largo del siglo XX con énfasis en la convención de la Liga de Naciones, Pacto Briand-Kellog, Carta del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg entre otros. Con la entrada en vigencia de la CNU se logra un mayor avance en la determinación del concepto, obteniendo mención expresa en el Art 39 y en el Art 1(1) en cuanto a los propósitos de las Naciones Unidas refiere.

³⁸ DINSTEIN, Yoram. Ibíd. Nm 8, la estructura del artículo 39 CNU es progresiva, es decir contempla las hipótesis según su intensidad (amenaza a la paz, brecha a la paz y finalmente agresión) donde agresión cumple el rol de ser la conducta más relevante dentro del catálogo contrario a los principios de la propia

cativo en cuanto a la precisión del concepto el pronunciamiento de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3314 (XXIX) del 14 de diciembre de 1974³⁹.

Resulta relevante mencionar que la Asamblea de las Naciones Unidas no está dotada de los poderes contenidos en el capítulo VII de la CNU, por lo que el único organismo legitimado para su uso es el propio CSNU. Misma situación ocurre respecto a la voz agresión, donde la resolución 3314 fija parámetros que han de ser usados como guía en la construcción del término, pero que bajo contexto alguno son vinculables al CSNU en un sentido de obligatoriedad de aplicación.

Adicionalmente, el artículo 5° de UNGA/Res/3314 hace referencia al tratamiento que se le otorga a la agresión en los términos de la CNU como un crimen contra la paz internacional, existiendo responsabilidad internacional por parte del Estado agresor⁴⁰ que incurra en dicha conducta. Mismo tratamiento se reafirma en la resolución UNGA/Res/2625 (XXV) del 24 octubre 1970 respecto al principio de abstención de la amenaza o uso de la fuerza en las relaciones internacionales entre Estados. Interesante resulta mencionar que el propio CSNU no se ha pronunciado en demasía respecto a la voz agresión a lo largo de su historia, siendo esto consecuencia directa de la naturaleza que ostenta, esto es una entidad política y no judicial⁴¹, donde consideraciones políticas en los miembros permanentes pueden determinar que una conducta subsumible a las hipótesis manejadas de agresión no sea catalogada y condenada como tal.

La segunda excepción a la prohibición del artículo 2(4) CNU es la contenida en el artículo 51 CNU, que contempla el derecho a la legítima defensa o “self-defense” tanto en su modalidad individual o colectiva, y que ha de ser analizado respecto a la discusión sobre la procedencia de las formas de legítima defensa

carta; BROWNLIE, Ian. Op. Cit. pp. 355-358 se presenta la discusión doctrinal entre quienes adhieren a una definición concreta de agresión versus quienes adhieren a una concepción amplia del término.

³⁹ DINSTEIN, Yoram. Op. Cit. Nota 36, Nm 23-25, especial énfasis en Nm. 24-25 que refieren a la constitución del artículo 3 letra G de la resolución 3314 como el cuerpo de una norma consuetudinaria en cuanto a la definición de agresión refiere con motivo del pronunciamiento de la CIJ en *Military and Paramilitary activities in and against Nicaragua Case (Nicaragua v United States of America)*; ver SIMMA, Bruno “et al” Op. Cit. p. 610 Nm 13-15.

⁴⁰ Véase el trabajo de FINSTERBUSCH, Christian. Las fuentes de la “futura calificación del crimen de agresión por parte de la Corte Penal Internacional. *Tribuna Internacional* Vol. 2(4): 33-63, Jul. 2013. El autor desarrolla la conducta de agresión desde la perspectiva del derecho penal internacional en relación a la resolución UNGA/Res/3314. Véase también los trabajos sobre el crimen de agresión: DAVIS, Cale. “et al”. *The crime of aggression and the international criminal court. The National Legal Eagle* [en línea] 2011, vol.17 (1): 11-13. [consulta 1 noviembre 2016] disponible en <<http://epublications.bond.edu.au/nle/vol17/iss1/4/>>; GILLET, Matthew. “The Anatomy of an International crime: Aggression at the International Criminal Court” [en línea] 31 enero 2013 [consulta: 1 noviembre 2016] disponible en <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2209687>; REMIRO Brotons, Antonio. *Crimen de agresión, crimen sin castigo*. En: RAMON Chornet, Consuelo. (ed.) *Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en el nuevo orden internacional*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006. pp. 91-129.

⁴¹ DINSTEIN, Yoram. *Aggression*. Op. Cit. Nm 9-10 y 32-33.

anticipatoria, en sus modalidades “preventive self defense” y “pre-emptive self-defense” frente a lo cual se ofrece una mirada propia al problema.

3. “SELF-DEFENSE” O LEGÍTIMA DEFENSA

La causal de justificación más tradicional para el uso de la fuerza armada es la legítima defensa o *self-defense* contemplada por el artículo 51 CNU en sus modalidades colectiva e individual, que ha sido reconocida como una norma convencional y a la vez consuetudinaria dentro del derecho internacional⁴². El antecedente histórico de esta causal de justificación se encuentra en el ya obsoleto derecho a la auto-preservación o “*self-preservation*”⁴³ cuyos remanentes aún se pueden identificar en la construcción del artículo 51 CNU.

Tradicionalmente se ha entendido que para invocar la legítima defensa y por consecuencia el uso de la fuerza en el contexto del artículo 51 CNU, deben concurrir tres requisitos habilitantes: 1° la fuerza debe ser usada en respuesta a un ataque armado⁴⁴, 2° el uso de la fuerza y el grado de fuerza empleado debe ser necesario y proporcional⁴⁵, 3° se debe informar al CSNU el medio de fuerza empleado el cual debe cesar cuando el CSNU haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz internacional⁴⁶.

La voz “ataque armado” no es comprendida en una definición legal expresa ni unificada en el derecho internacional. Sin embargo, históricamente se entendió que refería a una hipótesis de uso de fuerzas regulares en contra de otro Estado en tiempo presente y no la amenaza de hacerlo a futuro⁴⁷. Dicha concepción fue modificada por los pronunciamientos de la CIJ, contemplando el uso de fuerzas irregulares bajo el control de un Estado entre otras formas indirectas de ataque armado⁴⁸. De igual forma, inicialmente era posible delimitar el espacio

⁴² DÖRR, Oliver. Op. Cit. Nm 38; GREENWOOD, Christopher. Self-Defense. En: Rüdiger Wolfrum (ed.), Op. Cit. Nm 1.

⁴³ Cfr. GREEN, James A. Self-Preservation. En: Rüdiger Wolfrum (ed.), Op. Cit. Nm 1-16; OPPENHEIM, L. International Law a treatise: Peace. 8ª edición, LAUTERPACHT. H. (ed.) Gran Bretaña, Longmans, 1955 vol 1, pp. 297-304; BROWNLIE, Ian. Op. Cit. pp. 231-247.

⁴⁴ Cfr. TRAVALIO, Gregory M. Terrorism, International Law and the use of military force. Wisconsin International Law Journal Vol.18: 145-191, 2002. pp. 159-166. Autor trabaja hipótesis de la doctrina en materia de *self-defense* sin la concurrencia de un ataque armado propiamente tal.

⁴⁵ Véase a GRAY, Christine. International law and the use of force. 3° ed. New York, Oxford University Press, 2008. pp.148-155 y 203; GAZZINI, Tarcisio. Op. Cit. pp. 146-149 y 191-199.

⁴⁶ GREENWOOD, Christopher. Op. Cit. Nm 8.

⁴⁷ Véase a BOTHE, Michael. “Terrorism and the legality of Pre-emptive force. European Journal of International Law [en línea] 2003, Vol.14(2): 227-240 [consulta: 22 octubre 2016] disponible en <<http://www.ejil.org/pdfs/14/2/412.pdf>> pp. 229-230 respecto a la construcción restrictiva del término, compárese con la construcción amplia tratada en pp. 230-231.

⁴⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. “Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua” (Nicaragua v. United States of America) Merits, Judgement, I.C.J Reports 1986. [Consulta: 29 marzo 2017] disponible en <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>> párrafo 195.

temporal en el que debía verificarse el ataque armado, el cual debía de ser catalogable como “actual”⁴⁹ o “inminente”, existiendo amplia discusión en aquellos casos donde el ataque o amenaza no puede ser catalogable como tal, pero se cree que puede ser materializado en un futuro⁵⁰, entrando en el terreno de la legítima defensa anticipatoria.

Hoy en día, la doctrina aún encuentra división respecto a ese punto, existiendo una fracción occidental que tiende a favorecer la procedencia de las formas de legítima defensa anticipatoria, mientras que otra parte más tradicional sigue denegando dicha modalidad en virtud de la literalidad del texto del artículo 51 CNU, que requiere que un ataque armado ocurra para validar el derecho de legítima defensa⁵¹.

Retomando la idea del derecho a la legítima defensa como norma consuetudinaria traducida en el “*right of self-defense*” y la legítima defensa en sentido estricto del artículo 51 CNU, resulta prudente señalar la cualidad que hace diferir el sentido de una u otra regla, hablamos del ámbito interpretativo que cada regla representa y su alcance.

Así, en la construcción del artículo 51 CNU resulta evidente que la intención era monopolizar el uso de la fuerza al circunscribirlo a la esfera de control del CSNU restringiendo de esta forma su ámbito de aplicación a la literalidad de la CNU, mientras que al tratar el derecho a la legítima defensa como norma consuetudinaria se tiende a ampliar el espectro de hipótesis subsumibles al caso, siendo bajo estos supuestos una norma mucho más amplia en alcance que la contenida en la propia Carta de Naciones⁵² la que de igual forma termina bajo la esfera de control del propio CSNU. En opinión de este autor, hoy en día el contenido de ambas normas resulta ser idéntico en cuanto a sus limitaciones refiere, principalmente con motivo de la entrada en vigencia de la CNU y sus principios rectores, lo que impediría que existiese sustento para una legítima defensa de carácter consuetudinario que vulnerase la literalidad de la CNU o sus principios.

⁴⁹ Ibíd. párrafo 194.

⁵⁰ Cfr. UNITED NATIONS. Report of the United Nations Secretary-General’s High-level Panel on Threats, Challenges and Change: A more secure world: our shared responsibility. [en línea] Diciembre 2004. [Consulta: 29 marzo 2017] disponible en <http://www.un.org/en/peacebuilding/pdf/historical/hlp_more_secure_world.pdf> en párrafos 188-192, énfasis en párrafo 189.

⁵¹ Véase a SADOFF, David. A question of determinancy: the legal status of anticipatory self-defense. *Georgetown Journal of International Law* [en línea] Winter 2009, Vol 40 (2):523-584 [consulta: 1 diciembre 2016] disponible en <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/geojintl40&div=21&id=&page=>>> pp. 550-556 para discusión doctrinal sobre interpretación artículo 51 CNU, se expone argumentos restriccionistas y contra-restriccionistas de la voz ataque armado.

⁵² En sentido contrario a esta idea GAZZINI, Tarcisio. Op. Cit. pp. 131. En alusión a ambos sentidos: BROWNLIE, Ian Op. Cit. pp. 264-270, 272-275; GRAY, Christine Op. Cit. pp. 117-119. A favor del tenor literal del artículo: DINSTEIN, Yoram (2005). Op. Cit. pp. 182-184.

Respecto a los límites del derecho a la legítima defensa, la doctrina ha coincidido de forma uniforme en los principios de necesidad y proporcionalidad⁵³. Sin embargo, estos han de ser complementados por los propios propósitos de la ONU y pronunciamientos de la jurisprudencia internacional, siendo difícil hablar de causales exclusivas de limitación al ejercicio de las facultades del artículo 51 ONU, tanto en su modalidad convencional como en su concepción de “*right of self-defense*”, entendida como norma consuetudinaria.

4. TERRORISMO, “SELF-DEFENSE” Y EVENTUAL CONCURRENCIA DE FORMAS DE LEGÍTIMA DEFENSA ANTICIPATORIA

El fenómeno del terrorismo no es característico del período en el que nos encontramos inmersos como sociedad, sino que, podemos evidenciar las primeras conductas consideradas como terroristas durante el periodo de la Revolución francesa⁵⁴, sin perjuicio de poder catalogar otros períodos históricos de la misma forma a consecuencia de la indeterminación que afecta al propio término. Diversos conflictos pueden ser identificados como acciones terroristas por una parte, mientras que otros señalarán que se tratan de movimientos de liberación u otro fin similar⁵⁵. El primer problema que encontraremos, entonces, al buscar un antecedente histórico del terrorismo, es el propio grado de indeterminación de la palabra y su alto contenido político⁵⁶, donde las acciones de un grupo en un periodo histórico específico serán catalogadas de forma diversa dependiendo de la posición política de la nación que interprete dicha conducta.

⁵³ Cfr. GREENWOOD, Christopher. Op.Cit. Nm 25-29; GAZZINI, Tarcisio. Op. Cit. pp. 143-149; GRAY, Christine. Op. Cit. pp. 148-156; DINSTEIN, Yoram (2005). Op. Cit. pp. 235-242. Resulta interesante el trato que se le dan a dichos principios respecto de la doctrina militar estadounidense en cuanto al *Jus Ad Bellum* y su tratamiento de la “*guerra justa*”, siendo recomendable ver el U.S Department of Defense “Law of War Manual” de junio del 2015 (actualizado mayo 2016) pp. 39-41. Adicionalmente parte de la doctrina tiene a homologar los criterios empleados en el “Caroline Case” como limitación al uso de la fuerza en la discutida hipótesis anticipatoria, véase a GREENWOOD, Christopher. The Caroline. En: Rüdiger Wolfrum (ed.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law [en línea] [Consulta: 16 septiembre 2016] disponible en <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e261>> Nm. 1-12; también GRAY, Christine. Op. Cit. pp. 148-149.

⁵⁴ Cfr. RAPOPORT, David C. The four waves of rebel terror and September 11. Anthropoetics [en línea] Spring/Summer 2002, Vol.8 (1) [Consulta: 13 noviembre 2016] disponible en <<http://www.anthropoetics.ucla.edu/ap0801/terror.htm>> en su artículo el autor categoriza el fenómeno del terrorismo en cuatro oleadas con sus respectivas tendencias ideológicas asociadas, hállese de las oleadas: anarquistas, anti-colonial, nueva izquierda y, finalmente, religiosa.

⁵⁵ Véase a SAUL, Ben. Defining Terrorism in International Law. Oxford-New York, Oxford University Press, 2006. pp. 69-94 respecto de las causales de justificación históricas de conductas catalogables como terroristas (rebelión, movimientos de autodeterminación, conflictos en el ejercicio de Derechos Humanos, entre otros...).

⁵⁶ Ibid. p. 57.

Si bien es cierto que la doctrina ha intentado a lo largo de los últimos años concretar una definición de terrorismo unificada⁵⁷, dichos esfuerzos no han logrado el producto deseado dada la naturaleza que presenta el fenómeno, que tiende a evolucionar de forma conjunta con las sociedades modernas y sus mecanismos de contraterrorismo, siendo cada vez más difícil diferenciar la línea que separa a una organización terrorista de un movimiento autonomista o un movimiento insurgente, definición que en muchos casos queda entregada a las manos de los Estados en virtud de sus propias concepciones geopolíticas⁵⁸ y a la autointerpretación.

Teniendo en consideración el punto anterior en conjunto con el incremento en las actividades terroristas a lo largo de la última década⁵⁹, podremos vislumbrar problemas a la hora de relacionar la regulación del uso de la fuerza respecto de hipótesis de legítima defensa anticipatoria, sobre las cuales como ya mencionamos existe amplia discusión en la doctrina en sus modalidades convencionales, más aún será evidente la verificación de problemáticas al tratarse el tema en relación a un conflicto irregular o asimétrico, como es el caso de la lucha contra el terrorismo organizado.

Resulta relevante cuestionar inicialmente cómo se ha de prevenir o anticipar un ataque de algo que no se puede definir⁶⁰. ¿Basta con la sola idea de peligro en abstracto para invocar el artículo 51 CNU o se requiere de mayor carga probatoria por parte de la nación que fundamenta el uso armado bajo la hipótesis preventiva? Es decir, dentro de lo exigible ¿se contempla evidencia empírica dentro de los márgenes que nos permite la modalidad en comento o basta con la sola pretensión de existencia de una potencial amenaza como en la Invasión a Irak el 2003?

⁵⁷ Véase los siguientes trabajos para un mayor detalle en el debate respecto al termino terrorismo: GREGOR, Bruce. Definition of terrorism-social and political effects. *Journal of Military Veterans and Health* [en línea] mayo 2013, Vol.21 (2):26-30 [Consulta: 13 noviembre 2016] disponible en <<http://jmvh.org/article/definitionof-terrorism-social-and-political-effects/>>; SINAI, Joshua. How to define terrorism. *Perspectives on terrorism* [en línea] 2008, Vol.2 (4): 9-11 [Consulta: 13 noviembre 2016] disponible en <<http://www.terrorismanalysts.com/pt/index.php/pot/article/view/33/67>>; SCHMID, Alex P. The revised academic consensus definition on terrorism. *Perspectives on Terrorism* [en línea] 2012, Vol. 6 (2): 158-159 [Consulta: 13 noviembre 2016] disponible en <<http://www.terrorismanalysts.com/pt/index.php/pot/article/view/schmid-terrorism-definition/385>>; SAUL, Ben. Op. Cit. pp. 65-66; WALTER, Christian. Terrorism. En: Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [en línea] [Consulta: 16 septiembre 2016] disponible en <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e999?rskey=9dotTN&result=7&prd=EPIL>> en Nm. 1-15.

⁵⁸ Véase evolución del terrorismo en CRENSHAW, Martha. The Debate over New vs. Old Terrorism. Prepared for presentation at the Annual Meeting of the American Political Science Association [en línea] Chicago, Illinois, August 30-September 2, 2007. [Consulta: 13 noviembre 2016]. Disponible en <http://start.umd.edu/sites/default/files/files/publications/New_vs_Old_Terrorism.pdf>

⁵⁹ Véase INSTITUTE FOR ECONOMICS AND PEACE "Global terrorism Index 2015" [en línea] [Consulta: 13 noviembre 2016] disponible en <<http://economicsandpeace.org/wp-content/uploads/2015/11/2015-Global-Terrorism-Index-Report.pdf>> pp. 14, 20-29.

⁶⁰ Cfr. Intentos en la definición de terrorismo desde 1930 a 2006 en: SAUL, Ben. Op. Cit. pp. 168-190.

Recordemos que la actual regulación del uso de la fuerza surge en un mundo post Segunda Guerra Mundial, por lo que las hipótesis reguladas tienden a ser armónicas al tratarse de conductas realizadas por Estados, es decir bajo supuestos de guerra convencional. Hemos mencionado someramente cómo bajo los pronunciamientos de la CIJ se amplió esta regulación para subsumir el uso de fuerzas irregulares en contra de otro Estado, pero siempre operando bajo el control o dirección de una nación soberana⁶¹. Cuando nos referimos al conflicto contra individuos que operan en beneficio o representación de una organización terrorista, claramente nos encontramos en un terreno neutro donde la norma pareciese no tener una regulación tan certera como en las hipótesis de conflicto convencional para la cual fue creada⁶², lo cual para los efectos del presente trabajo conlleva la dificultad de determinar si resulta o no aplicable a un contexto de conflicto irregular y en segundo plano determinar si es plausible aplicar alguna hipótesis de legítima defensa anticipatoria respecto de dichas organizaciones.

Respecto a la primera interrogante señalaremos que la doctrina y los Estados han entendido que dentro de la voz ataque armado en la construcción del artículo 51 CNU se encuentra contemplada la conducta realizada por una organización terrorista en contra de otro Estado, siempre y cuando esta última revista un nivel de intensidad suficientemente relevante y a su vez un nivel de participación por parte del Estado que sirve de santuario de estos⁶³, situación que se vio flexibilizada en cierta medida por el ataque múltiple a EE.UU. el 11 de septiembre del 2001⁶⁴.

Por mucho tiempo el uso de la fuerza como legítima defensa quedó delimitado como respuesta a un ataque armado proveniente de un Estado. Sin embargo, hoy en día dada la situación de surgimiento y proliferación de organizaciones terroristas, dicho concepto clásico ha sido ampliado para subsumir hipótesis donde el ataque armado provenga de una entidad no catalogable como Estado, sino más bien como “*Non-State actor*”, permitiendo el uso de la fuerza dentro del contexto del artículo 51 CNU en contra de organizaciones terroristas radicadas en te-

⁶¹ Véase a LAURSEN, Andreas. *Changing international law to meet new challenges: interpretation, modification, and the use of force*. Copenhagen, DJØF Publishing, 2006. p. 143.

⁶² Véase respecto a ese punto a DOMBROWSKI, Peter y PAYNE, Rodger A. *The emerging consensus for preventive war*. *Survival, Global Politics and Strategy* [en línea] Julio 2006, Vol.48 (2): 115-136 [Consulta: 2 diciembre 2006] disponible en <<http://dx.doi.org/10.1080/00396330600765419>> en p.117 respecto de las declaraciones del Primer Ministro Australiano John Howard durante el 2002, quien afirmaba que la Carta de las Naciones Unidas fue pensada en una época donde los ataques provenían de otros ejércitos, alejándose de la actual realidad (en referencia a la situación del terrorismo globalizado) misma situación aplicable a las normas que regulan el uso de la fuerza.

⁶³ CURRIE, John H., FORCESE, Craig y OOSTERVELD, Valerie. *Op. Cit.* pp. 883-885; también LAURSEN, Andreas. *Op. Cit.* pp. 143-147 respecto a la participación del Estado, pp. 150-151 en cuanto a la intensidad del ataque armado.

⁶⁴ GRAY, Christine. *Op. Cit.* pp. 199-200, contrastar la evolución respecto de la voz ataque armado tratada por la autora en pp. 128-132 (pre y post 11 septiembre).

ritorios extranjeros⁶⁵. En este sentido, los hechos acaecidos el 11 de septiembre del 2001, permitieron configurar como sujeto activo viable en la institución de la legítima defensa, a organizaciones terroristas que realizasen la conducta lesiva materializada en un ataque armado en contra de un Estado, situación que, -como señalamos previamente-, se vio facilitada por los pronunciamientos emitidos por la CIJ respecto al asunto de Nicaragua, al admitir que un ataque armado fuese realizado mediante el uso tropas irregulares en contra de otro Estado, siempre que estas últimas actuaran bajo control o dirección de un Estado soberano. Si bien dicho pronunciamiento no habilita por sí mismo la procedencia de un ataque armado por organizaciones terroristas como un supuesto válido de legítima defensa, sí nos permite construir una flexibilización del otrora requisito estricto en cuanto al sujeto activo de la conducta refiere.

El punto culmine de la flexibilización resulta evidenciable en las resoluciones del CSNU, específicamente la 1368 y 1373, que en opinión de buena parte de la doctrina –y de este autor- habilitan a EE.UU. a emplear la vía armada, reconociendo abiertamente su derecho a la legítima defensa en la propia resolución 1368, siendo complementada por la reacción de los diecinueve miembros de la OTAN al invocar el Artículo 5 del tratado de Washington como respuesta al atentado perpetrado⁶⁶, el cual fue homologado como agresión indirecta en los términos de un ataque armado para validar la figura de la legítima defensa del Artículo 51 CNU.

Académicos como Yoram Dinstein y Christine Gray validan la postura doctrinal que permite subsumir la conducta de una organización terrorista materializada en un ataque contra otro Estado, como una conducta catalogable de “ataque armado” bajo las hipótesis del artículo 51 CNU. Se señala que el artículo en comento requiere únicamente que el ataque sea ejecutado en contra de un Estado, no existiendo en el tenor literal del artículo requisito alguno de que el ataque sea efectuado por otro Estado, permitiendo por tanto comprender un ataque por parte de una organización terrorista⁶⁷. En síntesis, lo anteriormente expuesto permite sustentar la viabilidad de las organizaciones terroristas como sujeto activo de un ataque armado, y por ende validando proceder mediante la institución de la legítima defensa en contra de estas últimas.

⁶⁵ Ejemplo de esta última concepción resultan las resoluciones del CSNU S/RES/1368 (2001) del 12 septiembre del 2001 y S/RES/1373 (2001) del 28 de septiembre del 2001, las que autorizan el cumplimiento de sus disposiciones mediante la cláusula “*all necessary means*” que interpretada por la doctrina habilitaba a la coalición a emplear la vía armada en el caso Afganistán 2001.

⁶⁶ BELLIER, Stéphanie. Unilateral and Multilateral preventive self-defense. *Maine Law Review*, Vol. 58: 508-542, 2006. pp. 539-541.

⁶⁷ DINSTEIN, Yoram. *Terrorism and Afghanistan*. *International Law Studies* [en línea] 2009, Vol. 85: 43-57 [Consulta: 23 enero 2017] disponible en <<http://stockton.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1117&context=ils>> pp. 45-46; también GRAY, Christine. Op. Cit. p. 199.

Respecto a la segunda interrogante, tendremos que remitirnos someramente al desarrollo histórico de la legítima defensa o “*self defense*” y la posible concurrencia de modalidades anticipatorias.

A lo largo de la historia el uso preventivo de la fuerza ha sido una constante en la práctica de las potencias⁶⁸, si bien no bajo la nomenclatura empleada en nuestros días, hállese de “*preemptive war*” y “*preventive war*” sino bajo los supuestos de la guerra justa o “*just war*”, siendo erróneamente atribuida esta práctica de forma exclusiva a los regímenes totalitarios u otras formas de gobierno no democráticas, y que no pareciese tener asidero en la realidad ante las prácticas de las democracias tradicionales en nuestros tiempos⁶⁹ mediante la implementación de la llamada doctrina Bush post 11 de septiembre 2001⁷⁰.

Un clásico antecedente histórico en la materia es el llamado incidente de Caroline o “*Caroline case*” de la doctrina anglosajona, dicho incidente⁷¹ resulta ser usado como fundamento inicial para validar el uso de la fuerza anticipatorio por determinados sectores de la doctrina occidental⁷² basados en la construcción de la fórmula de Webster⁷³. La configuración de la fórmula en comento fija parámetros para la validez de la acción armada muy similares a los que regula el propio principio de proporcionalidad y necesidad característicos del artículo 51 CNU como límites al uso de la fuerza. En el marco de la fórmula Webster se fija la necesidad de emplear la legítima defensa en base a los criterios de que ésta sea instantánea, abrumadora, dejando sin otra opción de medios y sin momento

⁶⁸ Casos relativamente aceptados dentro del término: Política exterior Alemana durante la Primera Guerra Mundial, ataque israelí al reactor de Irak en 1981 (LEVY 2008) el ataque japonés a Pearl Harbour, la guerra del Peloponeso y el ataque preventivo de Cartago contra Roma (LOBEL 2006), solo por mencionar algunos. Interesante resulta el análisis realizado por DELAHUNTY, Robert J. y YOO, John. The ‘Bush Doctrine’: Can preventive war be justified? Harvard Journal Of Law & Public Policy [en línea] 2009, Vol. 32(3): 843-865 [Consulta: 15 septiembre 2016] disponible en <<https://ssrn.com/abstract=1396754>> El autor aborda los principales conflictos de EE.UU. desde la perspectiva de la guerra preventiva, énfasis en pp. 849-861 donde se desarrolla la idea en profundidad desde la doctrina diplomática estadounidense. Adicionalmente véase a LOBEL, Jules. Preventive war and the lessons of history. University of Pittsburgh Law Review [en línea] Abril 2006, Vol. 68(2):307-339 [Consulta: 30 noviembre 2016] disponible en <<http://lawreview.law.pitt.edu/ojs/index.php/lawreview/article/view/85/85>> pp. 307-339.

⁶⁹ Véase a LEVY, Jack S. Preventive War and Democratic Politics. International Studies Quarterly [en línea] Marzo 2008, Vol. 52(1):1-24. [Consulta: 30 noviembre 2016] disponible en <<http://www.jstor.org/stable/29734222>>. El autor realiza un análisis en detalle respecto de la relación uso preventivo de la fuerza y la práctica de los Estados democráticos en la materia.

⁷⁰ Cfr. THE WHITE HOUSE. The National Security Strategy of the United States of America 2002 [en línea] Septiembre 2002. [Consulta: 3 diciembre 2016] disponible en <<http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>> especial énfasis a pp. 5-7 respecto a los lineamientos respecto de organizaciones terroristas; pp. 13-16 respecto a las armas de destrucción masivas. También evolución de doctrina Bush en: FRONTLINE. Chronology: The evolution of the Bush Doctrine [en línea] [Consulta: 3 diciembre 2016] disponible en <<http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/iraq/etc/cron.html>>

⁷¹ Véase nota 53, GREENWOOD, Christopher (The Caroline).

⁷² Véase por ejemplo a CURRIE, John H. “et al”. Op. Cit. pp. 885-886; GREENWOOD, Christopher Ibid. Nm 7.

⁷³ SADOFF, David A. Op. Cit. pp. 536-538, también GREENWOOD, Christopher Ibid. Nm 7-8.

para deliberación⁷⁴, por lo que de aceptarse esta fórmula como fundamento de una hipótesis de “*preemptive self defense*” ha de ser considerada como una situación excepcional⁷⁵ dada su rigidez de requisitos habilitantes, siempre dentro del contexto de un ataque armado inminente.

Resulta entonces necesario hacer dos comentarios respecto a la fórmula Webster, en primer lugar se trataría de un incidente entre EE.UU. y Gran Bretaña ocurrido en el año 1840, momento en el que ambas naciones no se encontraban en estado de conflicto entre sí, donde la propia embarcación involucrada, es decir el *Caroline*, era de propiedad de privados estadounidenses. Resulta difícil o poco probable atribuir la conducta de “suministrar” pertrechos a los rebeldes canadienses en la zona del río Niágara al Gobierno de EE.UU. de la época, toda vez que no existió evidencia para sustentar la existencia de control estatal sobre ese grupo de individuos⁷⁶. El segundo problema radica en el elemento bilateral de la fórmula Webster, se trata de una serie de comunicados entre EE.UU. y Gran Bretaña a raíz del incidente en comento, por lo que sería difícil catalogar dicho incidente como una práctica general de los Estados y, por ende, justificar la existencia de la legítima defensa anticipatoria en dicha línea argumentativa.

Si bien es cierto que parte de la doctrina emplea la fórmula Webster ante eventuales situaciones subsumibles a una hipótesis de legítima defensa anticipatoria, -en especial respecto de la práctica de “*preemptive Self-defense*”- no resulta concluyente señalar a dichos casos como una forma de validación de la existencia de la legítima defensa anticipatoria desde una perspectiva apegada a la literalidad de la Carta de Naciones Unidas⁷⁷.

Otros sectores partidarios de la legítima defensa anticipatoria, fundan adicionalmente la existencia de esta hipótesis de forma indirecta en el pronunciamiento del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg respecto de la invasión Alemana a Noruega en 1940⁷⁸, pretensión que para el gobierno germano de la época se justificó con la finalidad de evitar un desembarco aliado en la región y que finalmente fue rechazada por el Tribunal a la luz de la documentación capturada del Tercer Reich (que mostraba la invasión con la finalidad de ocupar las bases navales Noruegas en favor del esfuerzo de guerra alemán) por lo que dicha conducta fue catalogada como guerra de agresión⁷⁹ en desmedro de la legítima defensa anticipatoria que se pretendía justificar.

⁷⁴ SADOFF, David A. *Ibid.* pp. 536-538.

⁷⁵ MÜLLER, Christoph. The right of Self-Defense in the Global Fight against Terrorism. *International Law Studies* [en línea] 2006, Vol. 81:351-366 [Consulta: 19 enero 2017] disponible en <<http://stockton.usnwc.edu/ils/vol81/iss1/18/>> p. 355.

⁷⁶ GREENWOOD, Christopher. (The Caroline). *Op. Cit.* Nm 1; GAZZINI, Tarcisio. *Op. Cit.* p. 130.

⁷⁷ Véase SADOFF, David A. *Op. Cit.* pp. 579-582, También GREENWOOD, Christopher. *Ibid.* Nm 7.

⁷⁸ GAZZINI, Tarcisio. *Op. Cit.* p. 149.

⁷⁹ INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. *Op. Cit.* pp. 34-38, rechazo final pretensión germana en p. 38.

Existe adicionalmente otra línea argumentativa que funda la procedencia de la legítima defensa anticipatoria desde la perspectiva del derecho natural, en autores como Vattel y Grotius enlazándose a los presupuestos de la Guerra Justa⁸⁰. Esta doctrina clásica imperó en el derecho internacional con anterioridad a la ONU y tuvo entre ciertos académicos algún grado de resurgimiento a nivel contemporáneo. Dentro de los presupuestos contemplados en la doctrina de “guerra justa” o “*Just war*” en relación al “*Jus ad Bellum*” podemos identificar cuatro provisiones legales o requisitos propios para la procedencia de accionar el mecanismo bélico: causa justa, necesidad, proporcionalidad y autorización válida⁸¹. Una vez cumplidos todos los requisitos se estaría ante una situación de guerra justa en un contexto de la legítima defensa, existiendo amplios cuestionamientos a nivel doctrinal respecto de la procedencia de una hipótesis de legítima defensa anticipatoria, evidenciándose argumentos tanto a favor como en contra de dicha modalidad⁸².

En opinión de este autor no resulta verificable la legítima defensa anticipatoria en la literalidad del texto de la ONU, ni en pronunciamientos de la CIJ, solo siendo posible sostener que dicha modalidad podría hipotéticamente estar contenida en el derecho consuetudinario más amplio que parte de la doctrina llama derecho inmanente a la legítima defensa o “*inherent right of self-defense*” y en la práctica de los Estados afines a dicha modalidad⁸³, línea argumentativa que en todo caso reviste cierta peligrosidad dada su amplitud e indeterminación en contraste con la hipótesis convencional del artículo 51 ONU⁸⁴. Si bien es posible

⁸⁰ Véase como ejemplos a BARELA, Steven J. Preemptive or Preventive war: a discussion of legal and moral standards. *Denver Journal of International Law and Policy* [en línea] 2004, Vol. 33(1):31-42 [Consulta: 3 diciembre 2016] disponible en <<https://ssrn.com/abstract=1995535>> en pp. 33-34; También DIPERT, Randall R. Preventive War and the Epistemological dimension of the morality of War. *Journal of Military Ethics* [en línea] 2006, Vol.5 (1):32-54 [Consulta: 15 septiembre 2016] disponible en <<http://dx.doi.org/10.1080/15027570500465728>> en pp. 33-34.

⁸¹ KAUFMAN, Whitley. What’s wrong with preventive war? The moral and legal basis for the preventive use of force. *Ethics & International Affairs* [en línea] Diciembre 2005, Vol.19 (3): 23-38. [Consulta: 9 enero 2017] disponible en <<http://vlex.com/vid/wrong-preventive-moral-basis-56735830>> en pp. 23 y ss.

⁸² *Ibid.* Véase por ejemplo el análisis hecho por el autor a favor de la justificación moral de la guerra preventiva en el contexto de la teoría de la guerra justa a lo largo del artículo.

⁸³ Véase como ejemplo a BARELA, Steven J. Op. Cit. p. 33 al referirse al derecho consuetudinario que habilitaría la práctica de la legítima defensa anticipatoria. Adicionalmente véase el trabajo de BERMEJO, Romualdo y LOPEZ-JACOISTE, Eugenia. El uso de la fuerza a la luz de los conflictos recientes: análisis de los informes del grupo de alto nivel (2-12-2004) y del secretario general (21-03-2005). En: RAMON Chornet, Consuelo. (ed.) Op. Cit. En pp. 37-90 énfasis a pp. 64-77 donde se trata la legítima defensa preventiva y la validación de ésta con motivo de los informes del panel de alto nivel y dichos del secretario general de Naciones Unidas. Véase a MARTÍNEZ-VARGAS, Juan R. “et al”. Op. Cit. pp.162-164, énfasis en p. 162.

⁸⁴ Véase por ejemplo a DIPERT, Randall. Loc. Cit. quien aborda la justificación de las formas anticipatorias de “self-defense” desde su fundamento moral en relación a las teorías de la “Guerra Justa” o “Just war” de Grotius y Vattel. En el trabajo del autor se evidencia la peligrosidad de la concepción extensiva de la legítima defensa anticipatoria, dada la amplitud de la fórmula que para éste justifica el uso de dicha modalidad en pp. 36-37 y 39.

determinar la existencia de la práctica unilateral de dicha modalidad de legítima defensa, esta no encuentra asidero evidente en la CNU ni en el lineamiento de los principios que sigue el instrumento y por tanto desde la perspectiva restrictiva con apego al tenor literal de la Carta, su práctica se trataría de un uso ilegal de la fuerza en contradicción a la prohibición general del artículo 2.4 CNU, posición que para este autor resultaría correcta ante la ya expuesta discusión doctrinal⁸⁵.

Al respecto, como evidenciaremos en las siguientes páginas, las modalidades de legítima defensa anticipatorias no encuentran sustento en la literalidad de la CNU, solo procediendo en casos extremadamente excepcionales cuando un ente superior en el ordenamiento internacional valida su procedencia, eliminando por tanto la unilateralidad de su uso. Es decir, la regla general entonces será la ilegalidad de las modalidades anticipatorias unilaterales, pudiendo en casos extraordinarios y debidamente justificados proceder su uso mediante la legitimación otorgada por el organismo monopolizador de las decisiones relativas a la *praxis* armada, háblese del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Existe a su vez confusión en la doctrina respecto a la propia terminología empleada al referirse a las formas de legítima defensa anticipatorias⁸⁶, donde se tiende a dotar de contenido en forma confusa o muy indeterminada a los términos “*preventive self-defense*” y “*preemptive self-defense*” lo que conlleva a su vez mayor problemática a la hora de uniformar una terminología que se encuentra ya inmersa en una discusión o conflicto doctrinal respecto a su existencia y a posibles alcances.

Para los efectos de este artículo seguiremos la línea argumentativa del diccionario del Departamento de Defensa estadounidense en cuanto a los términos en comento, por tratarse de un texto oficial propio de la nación que por antonomasia defiende la existencia de las formas de legítima defensa anticipatorias. Así entenderemos por “*Preemptive attack*” “un ataque iniciado en base a evidencia incontrovertible de un ataque enemigo es inminente”⁸⁷; mientras que “*Preventive war*” será “una guerra iniciada con el convencimiento que el conflicto militar que si bien no es inminente, sí resulta ser inevitable y por tanto su retraso resultará en un riesgo mayor”⁸⁸. Dichos términos hacen alusión a un estado de guerra/ataque, sin embargo son aplicables a los conceptos “*preventive y preemptive selfdefense*”⁸⁹.

⁸⁵ Véase a SADOFF; David A. Op. Cit. pp. 579-580; GAZZINI, Tarcisio. Op. Cit. p. 151; en contra legítima defensa anticipatoria: MARTINEZ-VARGAS, Juan R. “et al”. Op. Cit. p. 163.

⁸⁶ LEVY, Jack S. Op. Cit. p. 2; SADOFF, David A. *Ibíd.* pp. 529-531.

⁸⁷ BARELA, Steven J. Op. Cit. p. 32.

⁸⁸ *Ibíd.* p. 32.

⁸⁹ En concordancia con terminología empleada por BARELA: DIPERT, Randall. Op. Cit. p. 33; LEVY, Jack S. Op. Cit. p. 4; en sentido contrario: SADOFF; David A. Op. Cit. pp. 530-531.

Desde una perspectiva probatoria, una acción bajo la modalidad de “*preventive self-defense*” traerá arraigado un mayor nivel de subjetividad⁹⁰ a la hora de fundar la existencia del peligro, que no reviste la cualidad de ser inminente, independiente de los criterios de control o medición que se establezcan para medir dicho peligro⁹¹. Al respecto, es esta modalidad la que reviste mayor nivel de rechazo a nivel internacional con motivo del desapego estructural que ostenta respecto a la institución de la legítima defensa convencional.

Lo anterior encuentra fundamento en la dificultad a la hora de justificar la vía armada producto de la mera pretensión de existencia de un “potencial” ataque armado habilitante, lo que produce lejanía con los requisitos exigidos por el propio Artículo 51 CNU, que requiere de la verificación de un ataque armado calificable como “actual o inminente”, no bastando para su configuración las meras suposiciones o creencias del Estado que invoca la legítima defensa.

Por el contrario, una acción bajo la modalidad de “*preemptive self-defense*” requerirá que exista un peligro de naturaleza inminente, criterio que a su vez resulta subjetivo, pero con mayor posibilidad de ser verificado en el plano fáctico y por tanto mayor posibilidad probatoria de corroborar la existencia de la amenaza o peligro. Nos enfocaremos en el siguiente acápite en la modalidad de “*preventive self-defense*” respecto de los casos de Afganistán 2001 e Irak 2003 y su relación con el conflicto contra el terrorismo organizado.

5. AFGANISTÁN E IRAK: ¿HIPÓTESIS DE *PREVENTIVE SELF-DEFENSE*?

Tras los atentados del 11 de septiembre del 2001, la reacción internacional no se hizo esperar, sentimientos de condena al acto adjudicado por la organización Al-Qaeda liderada en aquel entonces por el saudí Osama bin Laden fueron expresados por la mayor parte de los Estados de la comunidad internacional. Similar situación se evidenció en el CSNU, mediante la condena casi inmediata de tales actos⁹² en las resoluciones 1368 y 1373, que terminaron en la adopción posterior de medidas políticas, económicas y militares⁹³ en contra del régimen talibán, luego de que se estableciera la responsabilidad de este último por la existencia de un vínculo de apoyo al desarrollo de las actividades terroristas de Al-Qaeda dentro del territorio afgano.

⁹⁰ SAPIRO, Miriam. Iraq: The Shifting Sands of Preemptive self-defense. American Journal of International Law [en línea] Julio 2003, Vol. 97(3):599-607 [Consulta: 6 diciembre 2016] disponible en <<http://www.jstor.org/stable/3109845>> en p. 599.

⁹¹ Véase a DIPERT, Randall R. Op. Cit. pp. 36-37 respecto a los requerimientos de procedencia de la legítima defensa preventiva según el autor.

⁹² UNSC/Res/1368 (2001) 12 septiembre 2001, párrafo 1°.

⁹³ UNSC/Res/1373 (2001) 28 septiembre 2001, especial énfasis en párrafos 2-D y 3-C.

Dichas resoluciones reafirmaron el derecho inherente a la legítima defensa del artículo 51 CNU en relación a la Resolución UNGA/Res/ 3314 (XXIX) del 14 diciembre de 1974 artículo 4° del Anexo, precepto que señala que el catálogo de conductas consideradas agresión no es taxativo, por lo que a criterio del CSNU pueden subsumirse otras conductas a éste, situación que se verificó por parte del CSNU que afirmó que tales actos serían constitutivos de una amenaza a la paz y seguridad internacional⁹⁴, otorgando a los EE.UU. la validación necesaria para proceder en contra de Afganistán⁹⁵ una vez que se probó la conexión entre el régimen talibán y la organización Al-Qaeda en los atentados, organización u apoyo a éstos⁹⁶, dando así inicio a la guerra contra el terrorismo organizado⁹⁷ propuesta por la recién creada doctrina Bush. Así mismo, por primera vez en la historia de la OTAN se activaba el mecanismo colectivo de defensa del artículo 5⁹⁸ del Tratado del Atlántico Norte, como consecuencia del ataque en contra de uno de los miembros de la organización, llevando a la conformación de una fuerza multinacional para intervenir en territorio afgano en el incipiente contexto de la lucha contra el terrorismo.

Si bien la propia administración del Presidente George W. Bush calificó su política exterior frente a amenazas terroristas como “*preemptive self-defense*”, línea seguida por parte de la doctrina anglosajona, otro sector disidente de esta última la calificó como “*preventive self-defense*”⁹⁹ por la apreciación fáctica del peligro que gatilló la reacción en contra de los Estados afectados, hablándose en muchos casos de peligros que difícilmente revestían la cualidad de ser inminentes ni actuales, sino más bien de amenazas lejanas en un contexto espacio-temporal, más aún si muchas de ellas serían incapaces de producir algún daño concreto o siquiera de materializarse.

Consideramos que si bien el atentado es el elemento central que autoriza el uso de la fuerza en el caso afgano, la invasión subsecuente busca eliminar la amenaza terrorista de Al-Qaeda en territorio de Afganistán, evitando así su posterior uso como base de operaciones para futuros ataques, por lo que pareciese

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ MARTÍNEZ-VARGAS, Juan R. “et al”. Op. Cit. pp. 164-165; GAZZINI, Tarsicio. Op. Cit. pp. 76-77.

⁹⁶ DINSTEIN, Yoram. *Terrorism and Afghanistan*. Op. Cit. pp. 50-51.

⁹⁷ *Ibíd.* pp. 43-44. El autor reconoce la existencia de dos clases de conflictos: Inter-Estados (conflicto armado internacional) e Intra-Estado (guerra civil), en el caso de la guerra contra el terrorismo Dinstein solo concuerda con catalogar como tal al caso de Afganistán 2001 al existir un Estado objeto de la acción militar (háblese del régimen talibán de Afganistán y su relación a la organización Al-Qaeda).

⁹⁸ ØREBECH, Peter. UN Charter Article 51 and the right to ‘Anticipatory Self-defense’: Validity of the US Preventive War Doctrine against Al Qaeda. *Middle East Critique* [en línea] Abril 2014, Vol.23 (1):53-72 [Consulta: 15 septiembre 2016] disponible en <<http://dx.doi.org/10.1080/19436149.2014.896595>> p. 58.

⁹⁹ Esta línea es seguida por: LOBEL, Jules. Op. Cit. pp. 311-312; DELAHUNTY, Robert J. YOO, John Op. Cit. pp. 843-865 y énfasis en p. 856 y 863; LEVY, Jack S. Op. Cit. p. 5; BARELA, Steven J. Op. Cit. pp. 36-41; SAPIRO, Miriam. Op. Cit. p. 599; DOMBROWSKI, Peter y PAYNE, Rodger A. Op. Cit. pp. 116-117; en sentido contrario: GRAY, Christine. Op. Cit. pp. 209-216, énfasis p. 212.

prudente catalogar como preventiva la acción¹⁰⁰ y no como reactiva con motivo único del ataque¹⁰¹, argumento que pareciera tener asidero en las resoluciones del CSNU ya mencionadas en virtud de la obligación de combatir el terrorismo en todas sus formas consagrada en la resolución UNSC/Res/1373.

ØREBECH argumenta en contrario respecto de la autorización de la vía armada en contra de Afganistán, principalmente debido al lenguaje empleado por las resoluciones UNSC/Res/1373 y UNSC/Res/1368. Énfasis en la expresión “*combat by all means*” que a criterio del autor no autorizaría de forma expresa el uso de la fuerza, contrastando esta situación con la resolución UNSC/Res/678 respecto a la situación de Kuwait, donde se empleó la expresión “*to use all necessary means*”, que a opinión del autor sí autorizaría de forma explícita el uso de la vía armada¹⁰².

En cuanto a dicha línea argumentativa señalaré desacuerdo, toda vez que el uso del lenguaje “*combat by all means*” denota en su sentido natural la connotación de lucha armada. El sentido de los términos empleados mantiene coherencia con la intención del Consejo de Seguridad en las resoluciones UNSC/Res/1368 párrafos 4 y 5; UNSC/Res/1373 en párrafos 2b, 3c, 4 y 8; es decir, se evidencia la factibilidad del uso de la vía armada producto de las obligaciones impuestas en el contexto de la lucha contra todas las formas de terrorismo, incluyendo dentro de la voz “*all necessary steps*” o “*combat by all means*” la opción del uso de fuerzas militares.

Respecto a este último punto, la operación “*Enduring Freedom*” durante el año 2001 en Afganistán contó con amplio apoyo, tanto en la comunidad internacional¹⁰³ como en los organismos internacionales, como puede desprenderse de las resoluciones del CSNU 1378 y 1386, que impusieron medidas para establecer el gobierno transicional en Afganistán bajo un modelo similar al occidental en materia de respeto y protección de Derechos Humanos. Adicionalmente, el CSNU solicitó apoyo internacional para la consolidación de la seguridad en los territorios libres de presencia talibán o de Al-Qaeda¹⁰⁴, estableciendo a la ISAF¹⁰⁵ para trabajar en conjunto con el ejército afgano¹⁰⁶ en la mantención de la seguridad interior¹⁰⁷.

¹⁰⁰ En esta línea: ØREBECH, Peter. Op. Cit. pp. 54 y 57.

¹⁰¹ Cfr. MÜLLER, Christoph Op. Cit. p. 354.

¹⁰² ØREBECH, Peter. Op. Cit. pp. 68-70.

¹⁰³ SCHMITT, Michael N. The legality of Operation Iraqi Freedom under International Law. *International Law Studies* [en línea] 2006, Vol.81:367-392 [Consulta: 19 enero 2017] disponible en <<http://stockton.usnwc.edu/ils/vol81/iss1/19/>> p. 372.

¹⁰⁴ UNSC/Res/1378 (2001) 14 noviembre 2001, énfasis en párrafos 1, 3 y 4.

¹⁰⁵ ØREBECH, Peter Op. Cit. p. 54.

¹⁰⁶ También conocido como ANA (Afghan National Army) en su término en inglés.

¹⁰⁷ UNSC/Res/1386 (2001) 20 diciembre 2001, énfasis en párrafos 3 y 4.

Resulta relevante al menos mencionar la existencia de una dualidad de objetivos operacionales entre la ISAF y las fuerzas terrestres de Estados Unidos en Afganistán. Los objetivos de la ISAF versaban principalmente en la protección e implementación de programas a favor del desarrollo en materia de DD.HH, en concordancia a los estándares occidentales de las Naciones Unidas en la materia, ya sea mediante cooperación con el ANA u otras autoridades interinas afganas o mediante la vigilancia continua por sus propias fuerzas. En contraste, las fuerzas terrestres estadounidenses adoptaron objetivos de naturaleza preventiva, en búsqueda de negar a los elementos terroristas la posibilidad de emplear dicho Estado como futura base de operaciones, todo esto en concordancia con los presupuestos de la propia doctrina Bush.

Sin embargo, es posible encontrar sectores de la doctrina que niegan la procedencia de la figura del “*self-defense*” en el caso afgano, en virtud de una vulneración a los requisitos habilitantes del propio artículo 51 CNU, catalogando la acción como ilegal ante el derecho internacional. Brevemente en este punto, Ørebech señala en concordancia a los cuatro requisitos copulativos de Oppenheim para la procedencia de la figura del “*Self-defense*”:

- a) que el ataque armado sea lanzado o que sea inmediatamente amenazado de ser lanzado contra el territorio de otro Estado o en contra de sus fuerzas; b) que exista una urgente necesidad de defenderse ante dicho ataque; c) que no exista otra alternativa realizable en legítima defensa, en particular que exista otro Estado o Autoridad que tenga los poderes legales para detener o prevenir la infracción y no lo haga o no pueda hacerlo; d) que la acción realizada en legítima defensa sea limitada a lo que resulte necesario para detener o prevenir la infracción, como por ejemplo para la necesidad de defensa¹⁰⁸.

Respecto al caso Afgano, Ørebech rechaza la legalidad de la intervención Estadounidense ante el incumplimiento de los cuatro requisitos copulativos de Oppenheim para el ejercicio del derecho inherente a la legítima defensa¹⁰⁹, enunciados de la siguiente forma:

En primer lugar por considerar que el requisito “A” no procedía, toda vez que el ataque sobre territorio estadounidense ya se había materializado por lo que no sería catalogable como actual o inminente. En contra de este planteamiento Dinstein, quien sostiene que el motivo fundante del ataque sobre suelo afgano recae en el incumplimiento del régimen talibán respecto a sus obligaciones internacionales y resoluciones del CSNU, asumiendo de esta forma responsabilidad del ataque armado y por ende validando la figura de la legítima defensa¹¹⁰.

¹⁰⁸ ØREBECH, Peter. Op. Cit. p. 64; pp. 64-66 para desarrollo en profundidad del argumento.

¹⁰⁹ Ibid. p. 64.

¹¹⁰ DINSTEIN, Yoram. Terrorist and Afghanistan. Op. Cit. p. 51.

En este sentido agregamos el hecho que el propio ataque ya hubiese sido efectuado no excluye la situación fáctica en suelo afgano, que -al momento de la invasión- servía de refugio y base de operaciones a la organización Al-Qaeda, por lo que sostengo complementando a Dinstein que la amenaza o peligro no se extinguió con la materialización del ataque en suelo estadounidense, por el contrario, esta situación perduró mientras existiesen las condiciones pro-terrorismo bajo el régimen talibán, por tanto aún podía ser catalogable como “actual o inminente” dicho peligro, permitiendo aplicar la figura de “*self-defense*”.

En cuanto al requisito “B” se niega su cumplimiento ante la inexistencia de una necesidad urgente de repeler el ataque, señalando que este debía ser “actual y fáctico”, no “hipotético o remoto” demostrando que Estados Unidos esperó casi un mes para responder al ataque. En contra de esta línea argumentativa Franck, quien sostiene la legalidad de la acción militar en Afganistán atacando seis proposiciones comúnmente usadas para catalogar de ilegal el uso de la fuerza sobre Afganistán el 2001.

El autor responde en contra del requisito “B”, señalando que ni el texto del artículo 51 CNU ni los trabajos preparatorios exigen una respuesta inmediata ante el ataque armado, agregando que el requerimiento de la inmediatez en la figura del “*self-defense*” proviene de un malentendido sobre los criterios del “*Caroline Case*” contruidos en base a la fórmula Webster y que para el autor solo resolverían hipótesis de legítima defensa anticipatoria¹¹¹.

Respecto al requisito “C” el autor cuestiona que el gobierno estadounidense no hubiese acudido al Consejo de Seguridad, arbitrajes, mediaciones u otras salidas alternativas a la guerra. Rechazo esta línea argumentativa principalmente fundándome en el tenor literal del artículo 51 CNU, que no exige comunicación alguna previa sino más bien una comunicación posterior a la medida adoptada en respuesta al ataque armado. En ese sentido, la administración Bush cumple con informar al CSNU de la invasión a Afganistán y a su vez se ve ratificada por el propio actuar del CSNU en su resolución UNSC/Res/1386 (20 diciembre 2001) al considerar que la situación en Afganistán aún era catalogable como “amenaza a la paz y seguridad internacional” imponiendo medidas como las del párrafo 1 y 2, para la conformación de la ISAF y su operación en suelo afgano.

Solo manteniéndonos en esa línea argumentativa inicial pareciera poco prudente señalar que no existieron medidas previas al uso de la fuerza, es decir, el propio CSNU termina validando las operaciones militares e incluso hace el llamado a la conformación de una fuerza multinacional para responder a la situación sobre suelo afgano. Finalmente, si consideramos la resolución UNSC/Res/1267 (15 octubre 1999) especial énfasis en los párrafos 1 y 2 donde se establecen obligaciones al régimen de facto talibán y las medidas del párrafo 4 en caso de

¹¹¹ FRANCK, Thomas M. Op. Cit. pp. 839-843 y p. 840.

su incumplimiento, permiten demostrar que el vínculo de Afganistán con el terrorismo no nace el 11 de septiembre del 2001, sino que por el contrario precede a dicha fecha, lo que al momento del atentado constituiría un incumplimiento de sus obligaciones internacionales previas en el contexto de la lucha contra las formas de terrorismo.

Finalmente, en cuanto al requisito “D” es cuestionado por la sobreextensión de la respuesta de Estados Unidos y la coalición en territorio afgano, es decir la ocupación del país por 12 años desde la invasión. Si bien es cierto que la extensión del conflicto permite fundar consideraciones respecto a su proporcionalidad y necesidad, rechazo catalogar de ilegítima la acción bajo este requisito. En Dinstein, se cataloga al conflicto como “inter-Estados” y señala que desde octubre del 2001 se continúa en dicho estado de conflicto, lo que denota que la amenaza inicial aún persiste en nuestros días. Adicionalmente, Dinstein hace énfasis en que la lucha desarrollada en suelo afgano cuenta con el consentimiento del gobierno interino de Afganistán, situación que permite validar aún el uso de la fuerza sobre su territorio¹¹².

De forma complementaria a las palabras del autor, considero necesario destacar que la amenaza representada por los remanentes del exrégimen talibán y sus aliados de Al-Qaeda, sigue representando una amenaza considerable a la paz y seguridad global, por lo que resulta menester de la coalición continuar con la erradicación de dicha amenaza, siempre que se mantenga el consentimiento por el Gobierno interino de la nación afgana.

En contraste al caso afgano, difiere en demasía respecto al apoyo internacional la criticada invasión a Irak durante el 2003 en el contexto de la operación “*Iraqi Freedom*”. El 8 de noviembre del 2002 el CSNU determina que el régimen iraquí está incumpliendo las obligaciones impuestas por la resolución UNSC/Res/687 (1991) en relación a las resoluciones anteriores del mismo organismo, principalmente UNSC/Res/660 (1990) y UNSC/Res/678 (1990) provenientes del primer conflicto entre Irak y la coalición. Mediante la Resolución UNSC/Res/1441 (2002) se determina la imposición de un paquete de medidas en contra del régimen de Hussein, en específico respecto al cumplimiento de la Resolución UNSC/Res/687 (1991) que daba lugar al cese al fuego del conflicto, solicitándose a cambio la reanudación de la labor de supervisión de las Naciones Unidas respecto de las acusaciones de armas de destrucción masiva en desarrollo por parte del Estado iraquí.

La Resolución UNSC/Res/1441 (2002) declara la brecha material o incumplimiento del Estado iraquí de las obligaciones impuestas sobre este, sin embargo, no menciona la utilización de la fuerza de forma explícita, ni tampoco

¹¹² DINSTEIN, Yoram. *Terrorism and Afghanistan*. Op. Cit. pp. 51-52.

mediante la llamada “*all necessary means clause*”¹¹³ propia en otras resoluciones (ej. UNSC/Res/678)¹¹⁴ dando lugar a un problema de interpretación de esta última, tanto en el plano de los Estados como en la propia doctrina frente al incumplimiento del régimen de Saddam Husein.

La administración Bush y sectores de la doctrina afines a ésta, argumentaron que el uso de la fuerza en contra de Irak se encontraba justificado por el incumplimiento de la Resolución UNSC/Res/687 (1991) que decretaba el cese al fuego provisional mientras se mantuviesen las obligaciones impuestas bajo cumplimiento estricto, por lo que ante un incumplimiento o brecha material de magnitud, el Estado afectado por ésta puede abstenerse de cumplir con la obligación de cese al fuego y reanudar las hostilidades en contra de la nación infractora¹¹⁵. Esta línea argumentativa sigue su fundamento en un consentimiento implícito¹¹⁶ del CSNU en la Resolución UNSC/Res/1441 (2002) ante la amenaza de aplicar “medidas más graves” en caso de no dar cumplimiento a las obligaciones impuestas, considerándose como la última oportunidad de Irak de cumplir con sus obligaciones¹¹⁷ antes de recurrir al recurso de la vía armada.

Una segunda línea argumentativa compuesta por tres de los Estados miembros permanentes del CSNU, hállese de los representantes de Francia, Rusia y China insistieron en que la Resolución UNSC/Res/1441 (2002) y sus medidas eran parte de un proceso de dos etapas¹¹⁸, siendo la primera la imposición de las medidas, mientras que la segunda solamente operaría ante un caso de incumplimiento o brecha material de las medidas. Cualquier acción posterior a tomar debía pasar por la autorización del propio CSNU y no de forma unilateral por parte de los Estados involucrados en virtud a la estructuración de la resolución sin mención expresa a una autorización del uso de la fuerza¹¹⁹.

Este conflicto interpretativo respecto a la Resolución UNSC/Res/1441 (2002) dio lugar a unos de los más álgidos debates respecto a la legalidad de la intervención en Irak el 2003, donde los fundamentos principales esgrimidos por la coalición fueron la existencia de armas de destrucción masiva por parte de Irak

¹¹³ SCHMITT, Michael N. Op. Cit. p. 369.

¹¹⁴ UNSC/Res/678 (1990) párrafo 2.

¹¹⁵ BERMEJO, Romualdo y LOPEZ-JACOISTE, Eugenia. Op. Cit. pp. 54-55 respecto a la cláusula “*all necessary means*” integrada en la resolución UNSC/Res/687 que habilitaría a reanudar las hostilidades ante una brecha material de las obligaciones impuestas debidamente fundada. En contra BOTHE, Michael. Op. Cit. p. 235 quien señala que posterior a la intervención de la coalición en la primera guerra del golfo, se da por terminado el conflicto armado por lo que no procedería reiniciar hostilidades en base a la violación del armisticio en los años venideros del régimen iraquí.

¹¹⁶ En contra del argumento de consentimiento implícito GAZZINI, Tarsicio. Op. Cit. pp. 92-95.

¹¹⁷ SCHMITT, Michael N. Op. Cit. p. 369.

¹¹⁸ *Ibíd.* p. 370.

¹¹⁹ Véase a GUTIÉRREZ Espada, Cesáreo. La regulación del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y la actuación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En: RAMON Chornet, Consuelo. (ed.). Op. Cit. pp. 11-36. Énfasis a pp. 29-31 respecto a la UNSC/Res/1441 (2002).

y la vinculación del régimen con organizaciones terroristas como Al-Qaeda¹²⁰, argumentos que no pudieron ser probados fehacientemente para generar la suficiente convicción en otros Estados miembros del CSNU y conseguir una validación mediante dicho organismo para proceder en contra de Irak en conformidad con la CNU.

Resulta interesante señalar la posición adoptada por Chile, miembro no permanente del CSNU en aquel momento, enfrentando la solicitud de apoyo por parte de la coalición estadounidense, petición que dicho sea de paso fue desestimada por el presidente Ricardo Lagos Escobar ante la convicción que no se reunían los presupuestos para fundar las acusaciones en contra de Irak de forma fehaciente¹²¹, mas no por motivos de tratarse de una intervención subsumible a una modalidad de la siempre cuestionada legítima defensa anticipatoria¹²².

6. ACTUAL SITUACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA PREVENTIVA Y SU PRECEPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL

Tras analizar el debate existente respecto a las formas de legítima defensa anticipatorias, resulta evidente -al menos para la mayoría de la doctrina y Estados¹²³- que se trata de una forma de interpretación amplia del derecho inmanente de legítima defensa, por ende, la legítima defensa preventiva unilateral ha de ser entendida como ilegal a la luz del tenor literal de la CNU, siendo regla general la prohibición del uso de la fuerza¹²⁴. Sin embargo, esto no ha evitado que cierto número de Estados considere a la legítima defensa preventiva como una prerrogativa producto de una visión amplia de la norma consuetudinaria, fundando su existencia en una dudosa práctica histórica que difícilmente ha de ser catalogada como general entre los Estados¹²⁵.

Históricamente, se ha señalado que la intención de los redactores de la CNU fue delimitar el recurso de la guerra producto de la devastación provocada

¹²⁰ SCHMITT, Michael N. Op. Cit. p. 371.

¹²¹ Véase a BYWATERS, Cristóbal. EL 'No' de Ricardo Lagos a la invasión de Irak en 2003: el proceso de toma de decisiones en la política exterior de Chile. Estudios Internacionales [en línea] 2004, Vol.46 (177):65-88 [Consulta: 15 octubre 2016] disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-37692014000100003&lng=es&nrm=iso> para mayor profundidad en la decisión de Lagos ante la pretensión estadounidense.

¹²² Autores que consideran la invasión de Irak 2003 como hipótesis de guerra preventiva: SAPIRO, Miriam. Op. Cit. pp. 599 y 602; BARELA, Steven J. Op. Cit. p. 40; DIPERT, Randall R. Op. Cit. pp. 33 y 43; DELAHUNTY, Robert J. YOO, John Op. Cit. pp. 845 y 855. Interesante a su vez, resulta la calificación hecha por REMIRO Brotóns, Antonio. Op. Cit. p. 99, calificando la invasión como "guerra de agresión".

¹²³ SADOFF, David A. Op. Cit. pp. 562-563; LOBEL, Jules. Op. Cit. p. 313; BROWNLIE, Ian. Op. Cit. p. 278.

¹²⁴ BROWNLIE, Ian. Op. Cit. p. 275.

¹²⁵ Véase a CURRIE, John H. "et al". Op. Cit. pp. 885-886, autores señalan la reticencia general de los Estados a fundar acciones militares bajo fundamentos de legítima defensa anticipatoria. También GAZZINI, Tarcisio. Op. Cit. p.149; GRAY, Christine. Op. Cit. pp.160-161; BROWNLIE, Ian. Op. Cit. p. 278.

por la Segunda Guerra Mundial. En dicho contexto, el cuerpo codificador de la CNU, rechazó el empleo de la guerra preventiva o “*preventive war*”¹²⁶ en razón a los efectos nocivos de dicha práctica unilateral. Situaciones como la política exterior alemana durante la primera y segunda guerra mundial o el ataque japonés a Pearl Harbour, evidencian la peligrosidad de la línea argumentativa a favor de esta práctica anticipatoria, principalmente radicados en la ausencia de una amenaza o ataque armado “actual o inminente” que valide la acción como legítima defensa bajo criterios objetivos.

A pesar del contexto prohibitivo de la CNU ya mencionado, determinados Estados han adoptado a lo largo del siglo XX y XXI medidas unilaterales de fuerza armada bajo la justificación de una legítima defensa preventiva. Uno de estos casos refiere a Israel, específicamente en cuanto a su actuar durante el ataque al reactor nuclear Iraquí Osirak en 1981¹²⁷. La conducta israelí fue percibida de forma negativa por la comunidad internacional¹²⁸, desestimándose la validez de la tesis de legítima defensa preventiva y siendo condenada de forma unánime por el CSNU en su resolución UNSC/Res/487(1981), catalogando la conducta como una clara violación a la CNU¹²⁹. En dicho caso, no fue verificable de forma objetiva la existencia de un ataque armado “actual o inminente” ni menos una amenaza plausible de ataque armado, por lo que el fundamento anticipatorio carecía de evidencia fáctica verificable, no siendo procedente la configuración de un peligro abstracto para validar la vía armada empleada.

Interesante, a su vez, resulta el análisis de la práctica histórica de EE.UU. en la materia, donde se menciona que la legítima defensa preventiva fue una constante en la política exterior estadounidense a lo largo del siglo XX¹³⁰, teniendo como justificación una supuesta situación impracticable y poco realista respecto de la regulación del uso de la fuerza en la CNU¹³¹. Sin embargo este argumento no es unánime; un segundo sector de la doctrina señala el rechazo genérico a dicha práctica preventiva, al menos durante el periodo de la Guerra Fría¹³², concluyendo que tanto EE.UU. como la URSS repetidamente violaron en aquel periodo la Prohibición del Artículo 2.4 de la CNU¹³³, transformando aquellas conductas en ilegales a la luz del ordenamiento internacional.

¹²⁶ LOBEL, Jules. Op. Cit. pp. 313 y 323.

¹²⁷ LEVY, Jack S. Op. Cit. p. 5.

¹²⁸ TRAVALIO, Gregory M. Op. Cit. p. 164.

¹²⁹ SADOFF, David A. Op. Cit. pp. 568-570; LOBEL, Jules. Op. Cit. p. 321.

¹³⁰ Véase DELAHUNTY, Robert J. y YOO, John. Op. Cit. pp. 849-861; argumento en contrario en LOBEL, Jules. Op. Cit. p. 337.

¹³¹ DELAHUNTY, Robert J. y YOO, John. Op. Cit. pp. 861-862.

¹³² LOBEL, Jules. Op. Cit. p. 337.

¹³³ *Ibid.*

En el acápite anterior analizamos en detalle dos supuestos casos de legítima defensa preventiva o “*preventive self-defense*”; hablamos de las operaciones en Afganistán 2001 e Iraq 2003. Hemos de remitirnos al análisis efectuado para demostrar de forma específica la ilegalidad de la acción unilateral fundada en la legítima defensa preventiva. Recordemos cómo en el caso de Afganistán 2001, si bien la acción realizada por la coalición fue catalogable como “*preventive self-defense*”, esta obtuvo su validación mediante el pronunciamiento del CSNU en las resoluciones ya analizadas, obteniendo legitimación de dicho organismo para el uso de la vía armada. Situación contraria fue evidenciable en Irak 2003, donde la coalición empleó una interpretación extensiva de las resoluciones del CSNU, procediendo en contra de Irak de forma unilateral, viciando por tanto el fundamento de la vía armada empleada, toda vez que la supuesta amenaza difícilmente era catalogable como actual o inminente dada la carencia de evidencia fáctica que sustentase su existencia.

En el plano latinoamericano no hemos quedado exentos de este tipo de prácticas, recordando la -no tan lejana- incursión colombiana en territorio ecuatoriano realizada durante el mandato del presidente Uribe. Dicha incursión tuvo lugar el 1 de marzo del 2008 en la provincia de Sucumbíos, mediante el empleo de elementos aéreos inicialmente, acompañados con posterioridad por una fuerza terrestre compuesta por fuerzas militares y efectivos de la policía de Colombia, cuyo objetivo radicaba en atacar un campamento de las FARC ubicado en dicha provincia, donde se encontraba operando –según la información de las agencias de inteligencia- Raúl Reyes, segundo en la línea de mando de las FARC¹³⁴.

Respecto a dicho incidente, contextualizaremos su naturaleza en dos vertientes: una primera como conflicto contra el narcotráfico, mientras que una segunda perspectiva desde el prisma del conflicto interno entre las FARC y el Estado colombiano¹³⁵. La acción unilateral ejecutada por fuerzas colombianas reviste una clara naturaleza preventiva, toda vez que la sola existencia de un campamento de las FARC no hacía presuponer que un ataque armado sería realizado desde dicha locación –al menos no bajo criterios objetivos-, a su vez resulta poco plausible señalar que se cumplió con los criterios que exigen la verificación de un ataque armado actual o inminente, requiriéndose mayor fundamentación si se pretendía justificar una supuesta inminencia de un peligro concreto en contra de Colombia. Al respecto, es necesario tener en consideración algunos posibles fac-

¹³⁴ MONTUFAR, César. Aproximación a la crisis diplomática entre Ecuador y Colombia a raíz de los sucesos del 1 de marzo del 2008. Friedrich Ebert Stiftung [en línea] Quito 2008: pp.1-23. [Consulta: 2 junio 2017] disponible en <http://www.fesmedia-latin-america.org/uploads/media/Aproximaci%C3%B3n_a_la_crisis_diplom%C3%A1tica.pdf> p. 2.

¹³⁵ Véase el trabajo de CURREA, Ana María Trujillo. La internacionalización del conflicto colombiano hacia el Ecuador en la primera década del siglo XXI. Papel Político [en línea] 2013, Vol. 17(2): pp. 577-620. [Consulta: 2 junio 2017] disponible en <<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/papelpol/article/view/6544/5202>> quien desarrolla la mutación del conflicto originariamente interno hacia uno de carácter regional.

tores determinantes en la decisión de actuar unilateralmente por parte del Estado colombiano:

- 1) El control territorial de las zonas fronterizas con Ecuador y Venezuela en manos de las FARC y otros grupos paramilitares hacen que dicha zona se convierta en un lugar propicio para el cultivo estable de coca¹³⁶.
- 2) Las FARC utilizaban deliberadamente la soberanía de Ecuador para esquivar sus actividades ilegales de la interferencia del Estado colombiano¹³⁷.
- 3) El Estado ecuatoriano no consideraba a las FARC como organización terrorista, catalogando a dicha entidad como grupo irregular¹³⁸.
- 4) Existencia de una supuesta situación de -al menos- omisión por parte del Estado ecuatoriano, en cuanto a permitir las actividades de las FARC en su territorio, existiendo temor fundado desde Colombia que un aviso previo al ataque hubiese sido ignorado, perdiéndose la posibilidad de asestar el golpe estratégico a las FARC¹³⁹.
- 5) Presencia en tierra de una personalidad relevante en la cadena jerárquica de las FARC, hablese de Raúl Reyes.

La acción unilateral colombiana fue justificada por algunos sectores como hipótesis válida de legítima defensa¹⁴⁰, en especial por el propio gobierno colombiano, justificación que sin embargo fue desestimada por la OEA ante la evidente violación de la soberanía e integridad territorial del Ecuador sin consentimiento previo de este y por tratarse de un uso injustificado –en concordancia con la regulación internacional– de la vía armada¹⁴¹. Al respecto, los principales puntos desarrollados por la OEA refirieron a la vulneración del principio de inviolabilidad territorial del artículo 21 de la Carta de la OEA, el que a su vez se reconoce ligado intrínsecamente al principio de solución pacífica de controversias de los Estados Americanos¹⁴², ambos principios afectados como consecuencia directa

¹³⁶ BRISCOE, Iván. Conflictos en la frontera: las nuevas zonas calientes en América Latina. Fundación para las relaciones Internacionales y el diálogo exterior [en línea] 2008: pp. 1-10. [consulta: 2 junio 2017] disponible en <http://fride.org/download/COM_Bordelands_Americas_ESP_jul08.pdf> p. 4.

¹³⁷ MONTUFAR, César. Op. Cit. p. 5.

¹³⁸ *Ibíd.* p. 12.

¹³⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁰ Véase a TORRIJOS, Vicente. Colombia, las FARC y la legítima defensa. Revista Política y Estrategia [en línea] 2009, N° 113: pp.175-190. [Consulta: 2 de junio 2017] disponible en <<http://www.anepe.cl/wp-content/uploads/ANEPE-113.pdf>> p. 180.

¹⁴¹ En contra de este argumento TORRIJOS, Vicente. *Ibíd.* pp. 180-181 quien señala que el uso de la fuerza extraterritorial empleado por Colombia, sería una hipótesis válida de legítima defensa y que por tanto no vulneraría al artículo 2(4) CNU, ya que la fuerza no fue ejercida con propósitos invasivos ni de ocupación territorial, no existiendo tampoco alteración o sustitución del régimen político o injerencia en asuntos internos de Ecuador.

¹⁴² OEA. *XXV Reunión de consulta de Ministros de relaciones exteriores [Informe de la comisión de la OEA que visitó Ecuador y Colombia]*. 17 de mayo 2008, RC.25/doc.7/08. disponible en <www.oas.org/consejo/sp/docs/rc00089s01.doc> [Consulta: 2 de junio 2017] pp. 8-10.

de las acciones realizadas por el gobierno colombiano, lo que denota el rechazo del organismo ante la pretensión colombiana.

El argumento principal que permite desestimar la tesis de la legítima defensa extraterritorial preventiva por parte de Colombia, radica en el pronunciamiento de la OEA mediante el Consejo Permanente, en su resolución CP/Res 930 (1632/08) que rechaza la intervención extraterritorial¹⁴³, señalando una vulneración de los artículos 19 y 21 de la Carta de la OEA, resolviendo con especial énfasis lo siguiente:

“Reafirmar el principio de que el territorio de un Estado es inviolable y no puede ser objeto de ocupación militar ni de otras medidas de fuerza tomadas por otro Estado, directa o indirectamente, cualquiera fuera el motivo, aún de manera temporal”¹⁴⁴.

A su vez, la acción militar unilateral fue rechazada de forma unánime por el Grupo de Río¹⁴⁵ tanto como por los Estados de Ecuador, Venezuela y Nicaragua¹⁴⁶, lo que se sumó a las propias declaraciones del presidente Uribe, quien ofreció disculpas públicas al presidente Correa a raíz del incidente¹⁴⁷ asumiendo el compromiso de no reiterar dicha conducta en pos del respeto a lo prescrito en los artículos 19 y 21 de la Carta de la OEA¹⁴⁸.

Del análisis del caso de la “Operación Fénix” resulta posible determinar la ilegalidad de la acción preventiva colombiana, principalmente como ya fue señalado con motivo de la falta de un sustento argumentativo plausible para obrar de forma unilateral, más aún, al no existir la correspondiente validación de una entidad superior –como hubiese resultado ser la OEA– la acción reviste el vicio de ser catalogable como ilegal en virtud de las normas y principios establecidos en el ordenamiento internacional en materia del uso de la fuerza.

Actualmente, también deben ser desestimadas aquellas teorías que fundamenten las formas de legítima defensa anticipatorias unilaterales –en especial la modalidad de legítima defensa preventiva– en la norma consuetudinaria o derecho inmanente de legítima defensa de naturaleza más amplia. Dicha norma, debe ser entendida como idéntica¹⁴⁹ en contenido respecto de la norma convencional del Artículo 51 CNU, es decir, quedando prohibida la acción unilateral

¹⁴³ TORRIJOS, Vicente. Op. Cit. pp. 183-184 el autor señala que la OEA “repudió” la acción unilateral, mas no la condenó, lo que pareciera en su opinión darle la razón a Colombia en su actuar.

¹⁴⁴ OEA CP/Res.930 (1632/08) 5 marzo 2008 párrafo 1°.

¹⁴⁵ MONTUFAR, César. Op. Cit. p. 3.

¹⁴⁶ PACHON, Mónica. Colombia 2008: Éxitos, peligros y desaciertos de la política de seguridad democrática de la administración Uribe. Revista de Ciencia Política [en línea] Santiago 2009, Vol.29 (2): pp. 327-353. [Consulta: 2 de junio 2017] disponible en <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2009000200005>> p. 341.

¹⁴⁷ *Ibíd.* p. 341.

¹⁴⁸ OEA. XXV Reunión de consulta de Ministros de relaciones exteriores Op. Cit. p. 19 en párrafo 4.

¹⁴⁹ BROWNLIE, Ian. Op. Cit. pp. 279-280.

anticipativa como regla general¹⁵⁰, solo pudiendo existir excepción a dicha regla cuando el CSNU otorgue autorización manifiesta. Cualquier interpretación extensiva de la legítima defensa tendrá por consecuencia la vulneración de la CNU.

Existen otros elementos adicionales que permiten –en opinión de este autor– deslegitimar *per se* la legítima defensa preventiva unilateral, principalmente en cuanto a la interpretación extensiva del concepto inminencia y su carga probatoria refiere. La legítima defensa como se ha señalado previamente, procede ante la verificación de un ataque armado¹⁵¹ que revista la cualidad de ser actual o inminente.

La voz inminencia involucra cierto grado de subjetividad en la apreciación fáctica de los hechos catalogables como ataque armado, sin embargo, esta subjetividad no recae en una situación de suposición o mera pretensión, por el contrario, debe ser sustentada con evidencia fehaciente que un ataque armado ha de ocurrir próximamente de forma casi certera e inequívoca¹⁵². Solo en este supuesto de inminencia, podría procederse mediante una modalidad interceptativa¹⁵³ siempre dentro de los límites impuestos por la necesidad y proporcionalidad¹⁵⁴, usándose como ejemplo la hipotética interceptación de la flota japonesa en vías de atacar Pearl Harbour durante 1941¹⁵⁵.

En síntesis, la práctica unilateral de la legítima defensa preventiva no cumple con el supuesto estricto del criterio inminencia del ataque armado, por ende, carece de toda justificación en el derecho internacional¹⁵⁶ so pena de ser catalogada como ilegal frente a la regulación de la CNU. Como fue señalado previamente, la única forma de validar una acción preventiva, ha de ser mediante la aprobación del CSNU¹⁵⁷, –como resulta del caso afgano el 2001– y no bajo la decisión de acción unilateral por parte de los Estados. En este entendido, es el CSNU el organismo encargado de velar por la paz y seguridad global, pudiendo obrar en nombre de los Estados en virtud del Artículo 24 CNU, empleando para la consecución de sus objetivos las facultades comprendidas en los capítulos VI, VII, VIII y XII. Es decir, mediante los mecanismos de seguridad colectiva comprendidos en el propio capítulo VII, el CSNU podría validar acciones armadas,

¹⁵⁰ *Ibíd.* p. 275.

¹⁵¹ Véase a DINSTEIN, Yoram (2005). *Op. Cit.* pp. 182-187; énfasis en pp. 204-208 donde autor señala la procedencia de un ataque armado efectuado por organizaciones terroristas.

¹⁵² *Ibíd.* p. 187; También véase CHATHAM HOUSE “Principles of International law on the use of force by States in self-defense” [en línea] [Consulta: 1 de mayo 2017] disponible en <<https://www.chathamhouse.org/publications/papers/view/108106>> p. 49 respecto de lo señalado por Gerry Simpson y Colin Warbrick.

¹⁵³ GAZZINI, Tarcisio. *Op. Cit.* pp. 151-153.

¹⁵⁴ DINSTEIN, Yoram (2005). *Op. Cit.* pp. 208-211.

¹⁵⁵ GAZZINI, Tarcisio. *Op. Cit.* p. 152; DINSTEIN, Yoram. *Ibíd.* pp. 190-191.

¹⁵⁶ Véase CHATHAM HOUSE *Op. Cit.* p. 52 respecto de lo señalado por Sir Michael Wood.

¹⁵⁷ *Ibíd.* p. 51 respecto de lo señalado por Nicholas Wheeler, haciendo referencia a Gareth Evans; También BROWNLEE, Ian. *Op. Cit.* p. 275.

incluso de índole preventiva¹⁵⁸, siempre que se reúnan los presupuestos objetivos que validen la acción en términos de su necesidad y proporcionalidad como limitación al ejercicio de la fuerza. Luego, se reconoce adicionalmente en el Artículo 53 CNU la posibilidad de autorizar a organismos regionales el uso de medidas coercitivas previa autorización del CSNU, lo que evidencia al propio CSNU como ente monopolizador de la vía armada en el actual ordenamiento internacional.

En opinión del presente autor, la posibilidad de una modalidad preventiva tiene asidero únicamente en la autorización expresa del CSNU, mediante un mecanismo multilateral y no unilateral, es decir, cuando el propio CSNU reconoce un interés preponderante de la comunidad global y actúa en nombre de esta validando la anticipación de un peligro, siempre bajo criterios estrictos de determinación de este último, operando mediante una vía multilateral como justificación al uso de la fuerza. *A contrario sensu*, una acción preventiva unilateral justificada como legítima defensa sin el consentimiento expreso del CSNU, resultará siempre en una acción viciada y por ende ilegal ante el ordenamiento internacional, siendo contraria a la norma prohibitiva del Artículo 2.4 CNU.

CONCLUSIONES

Tras la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional codificó de forma expresa la prohibición de la amenaza o uso de la vía armada en las relaciones entre Estados. Es decir, la prohibición general del Artículo 2.4 CNU operaría como regla general, mientras que como excepciones se establecerían: la figura de la legítima defensa del Artículo 51 CNU y las actuaciones del CSNU en el marco del Capítulo VII de la CNU.

A su vez, la configuración del artículo 51 CNU ostenta una doble naturaleza, por una parte se trata de una norma convencional, mientras que por otra, de una norma consuetudinaria que recoge el derecho inmanente de legítima defensa. Esta dualidad ha llevado a determinados sectores a reconocer que se tratarían de dos normas diferentes en contenido, siendo la consuetudinaria, –en opinión de estos–, más amplia en relación a la norma convencional del artículo 51 CNU. Los efectos de dicha interpretación extensiva conllevan a que para ese grupo académico sea plausible validar la vía armada, con menores requisitos habilitantes para su uso, justificándose en la figura de la norma consuetudinaria.

Evidenciamos que ambas normas, –consuetudinaria y convencional–, poseen contenido común. Más aún, ambas se encuentran limitadas por las restricciones establecidas en la CNU, rechazándose la tesis que justificaría una suerte de independencia de la norma consuetudinaria respecto de la norma convencio-

¹⁵⁸ Véase a BELLIER, Stéphanie. Op. Cit. pp.531-533; MÜLLER, Christoph. Op. Cit. p. 358.

nal. Uno de los elementos clave para habilitar la figura de la legítima defensa es el ataque armado, el que debe revestir la cualidad de ser “actual o inminente”.

Es respecto de la voz inminencia donde se evidencia la interpretación extensiva de dicho sector, empleando el concepto de forma amplia, lo que permite bajo sus líneas argumentativas fundar formas de legítima defensa anticipatorias, en especial las llamadas “*preemptive self-defense*” y “*preventive self-defense*”. Dicha interpretación resulta errónea al menos, toda vez que el concepto de inminencia es entendido mayoritariamente en un sentido estricto, háblese de un criterio verificable y concreto, mas no la mera intuición o creencia de posibilidad de un ataque armado.

No existe un antecedente plausible en la CNU ni en la jurisprudencia internacional, que evidencie la existencia de dichas modalidades anticipatorias, más aún cuando su aceptación implicaría la afectación de las propias normas y principios codificados en la CNU. Es por ello que dichas prácticas han sido rechazadas por la mayoría de los Estados de forma sistemática, al menos en lo que respecta a su empleo contra otros Estados.

El auge del terrorismo post 11 de septiembre 2001, ha traído como consecuencia la reapertura del debate sobre la procedencia de la legítima defensa anticipatoria. Esta situación ha sido usada por el sector afín a la modalidad anticipatoria, para justificar una reinterpretación del derecho inmanente a la legítima defensa, en especial al criterio de inminencia del ataque armado. Entendiendo que inminencia en el contexto de un ataque armado por parte de una organización terrorista permitiría emplear la vía armada de forma más laxa, ante evidencia que permita presumir la existencia de un posible ataque armado y no bajo criterios estrictos de verificabilidad.

La naturaleza indeterminada de las organizaciones terroristas y sus tácticas de violencia indiscriminada en contra de civiles y no combatientes, hacen que para estos autores se justifique una anticipación extensiva del peligro que representan, al punto de validar la vía armada en casos donde no se tiene certeza de la amenaza bajo criterios objetivos, operando en muchos casos de forma unilateral sin legitimación del CSNU ni comunidad internacional.

En el presente trabajo analizamos las operaciones armadas en Afganistán 2001 e Irak 2003, verificando cómo la primera operación obtuvo validación para el uso de la fuerza preventiva mediante la autorización explícita del CSNU. Mientras que la segunda operación obtuvo el rechazo de la comunidad internacional por no contar con el consentimiento del CSNU ni de la comunidad internacional, careciendo de evidencia concreta o verificable que sustentara las afirmaciones de la coalición. Esto nos lleva a reconocer la única posibilidad de emplear la fuerza en un sentido preventivo, mediante la autorización del CSNU, siempre que el interés general de la comunidad internacional así lo justifique, mas no por la acciones unilaterales.

Resulta imperante para Latinoamérica mantener una participación activa en el debate académico de la materia, proceso del que nos hemos abstenido cuantitativamente en contraste con los Estados occidentales tradicionales. En este sentido, es de sumo interés que exista un mayor desarrollo a nivel latinoamericano respecto a la institución de la legítima defensa, profundizando en el plano académico la oposición a la práctica de la modalidad anticipatoria unilateral. Recordemos que nuestro propio país, en su momento, fue requerido por parte de la coalición que invadió a Irak para apoyar dicha empresa, pretensión que fue desestimada por el gobierno de la época ante la falta de sustento probatorio justificante. Esto demuestra que no estamos ajenos a esta discusión, por el contrario, ya hemos manifestado oposición, debiendo sostener dicha postura de forma constante ante futuras acciones preventivas unilaterales, siempre en pos de la protección del ordenamiento internacional y sus principios rectores.

La vía armada, como ha sido señalado previamente, es *ultima ratio* en el derecho internacional, por lo que su empleo no puede quedar entregado a la mera discrecionalidad de un Estado fuera de los supuestos preestablecidos por la ONU, más aún cuando los efectos de dicha acción resultan ser multilaterales en la mayoría de los casos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARELA, Steven J. Preemptive or Preventive war: a discussion of legal and moral standards. *Denver Journal of International Law and Policy* [en línea] 2004, Vol. 33(1):31-42 [consulta: 3 diciembre 2016] disponible en <<https://ssrn.com/abstract=1995535>>
- BERMEJO, Romualdo y LOPEZ-JACOISTE, Eugenia. El uso de la fuerza a la luz de los conflictos recientes: análisis de los informes del grupo de alto nivel (2-12-2004) y del secretario general (21-03-2005). En: RAMON Chornet, Consuelo. (Ed.) *Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en el nuevo orden internacional*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006. pp. 37-90.
- BELLIER, Stéphanie. Unilateral and Multilateral preventive self-defense. *Maine Law Review*. Vol.58: 508-542, 2006.
- BOTHE, Michael. Terrorism and the legality of Pre-emptive force. *European Journal of International Law* [en línea] 2003, Vol.14 (2): 227-240 [consulta: 22 octubre 2016] disponible en <<http://www.ejil.org/pdfs/14/2/412.pdf>>
- BROWNLIE, Ian. *International Law and the use of force by states*. New York, Oxford Clarendon Press, 1981. 532p.
- BRISCOE, Iván. Conflictos en la frontera: las nuevas zonas calientes en América Latina. *Fundación para las relaciones Internacionales y el diálogo exterior* [en línea] 2008: pp. 1-10. [Consulta: 2 junio 2017] disponible en <http://fride.org/download/COM_Bordelands_Americas_ESP_jul08.pdf>
- BYWATERS, Cristóbal. EL 'No' de Ricardo Lagos a la invasión de Irak en 2003: el proceso de toma de decisiones en la política exterior de Chile. *Estudios Internacionales* [en línea] 2004, Vol.46 (177):65-88 [consulta: 15 octubre 2016] disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-37692014000100003&lng=es&nrm=iso>
- CRENSHAW, Martha. The Debate over New vs. Old Terrorism. Prepared for presentation at the Annual Meeting of the American Political Science Association [en línea] Chicago, Illinois, August 30-September 2, 2007. [Consulta: 13 noviembre 2016]. Disponible en <http://start.umd.edu/sites/default/files/files/publications/New_vs_Old_Terrorism.pdf>
- CURRIE, John H., FORCESE, Craig. OOSTERVELD, Valerie. *International Law doctrine practice and theory*. Toronto, Irwin Law, 2007. 983p.
- CURREA, Ana María Trujillo. La internacionalización del conflicto colombiano hacia el Ecuador en la primera década del siglo XXI. *Papel Político* [en línea] 2013, Vol. 17(2): pp. 577-620. [Consulta: 2 junio 2017] disponible en <<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/papelpol/article/view/6544/5202>>

- CHATHAM HOUSE. "Principles of International law on the use of force by States in self-defense" [en línea] [Consulta: 1 de mayo 2017] disponible en <<https://www.chathamhouse.org/publications/papers/view/108106>>
- DAVIS, Cale. "et al". The crime of aggression and the international criminal court. *The National Legal Eagle* [en línea] 2011, vol.17 (1): pp.11-13. [Consulta: 1 noviembre 2016] disponible en <<http://epublications.bond.edu.au/nle/vol17/iss1/4/>>
- DE WET, Erika. Threat to peace. En: Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [en línea] [consulta: 16 septiembre 2016] disponible en <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e374>>
- DELAHUNTY, Robert J. y YOO, John. The 'Bush Doctrine': Can preventive war be justified? *Harvard Journal Of Law & Public Policy* [en línea] 2009, Vol. 32(3): 843-865 [consulta: 15 septiembre 2016] disponible en <<https://ssrn.com/abstract=1396754>>
- DINSTEIN, Yoram. *War aggression and self-defense*. 4th ed. New York, Cambridge University Press, 2005. 349p.
- DINSTEIN, Yoram. Aggression. En: Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [en línea] [consulta: 16 septiembre 2016] disponible en <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e236>>
- DINSTEIN, Yoram. Terrorism and Afghanistan. *International Law Studies* [en línea] 2009, Vol. 85: 43-57 [consulta: 23 enero 2017] disponible en <<http://stockton.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1117&context=ils>>
- DIPERT, Randall R. Preventive War and the Epistemological dimension of the morality of War. *Journal of Military Ethics* [en línea] 2006, Vol.5 (1):32-54 [consulta: 15 septiembre 2016] disponible en <<http://dx.doi.org/10.1080/15027570500465728>>
- DOMBROWSKI, Peter y PAYNE, Rodger A. The emerging consensus for preventive war. *Survival, Global Politics and Strategy* [en línea] julio 2006, Vol.48 (2): 115-136 [consulta: 2 diciembre 2006] disponible en <<http://dx.doi.org/10.1080/00396330600765419>>
- DÖRR, Oliver. Prohibition of use of force. En: Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [en línea] [consulta: 16 septiembre 2016] disponible en <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e427?rskey=TJR6rj&result=11&prd=EPIL>>

- FINSTERBUSCH, Christian. Las fuentes de la futura calificación del crimen de agresión por parte de la Corte Penal Internacional. *Tribuna Internacional* Vol. 2(4):33-63, jul. 2013.
- FRANCK, Thomas M. Terrorism and the right of Self-defense. *The American Journal of International Law* [en línea] Octubre 2011, Vol. 95 (4):839-843. [Consulta: 22 enero 2017] disponible en <<http://www.jstor.org/stable/2674629>>
- FRONTLINE. Chronology: The evolution of the Bush Doctrine [en línea] [consulta: 3 diciembre 2016] disponible en <<http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/iraq/etc/cron.html>>
- GAZZINI, Tarcisio. The changing rules on the use of force in international law. Manchester, Juris Publishing Manchester University Press, 2005. 266p.
- GILLET, Matthew. "The Anatomy of an International crime: Aggression at the International Criminal Court" [en línea] 31 enero 2013 [Consulta: 1 noviembre 2016] disponible en <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2209687>
- GRAY, Christine. International law and the use of force. 3° ed. New York, Oxford University Press, 2008. 455p.
- GREEN, James A. Self-Preservation. En: Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [en línea] [consulta: 16 septiembre 2016] disponible en <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e403>>
- GREEN, Leslie C. The contemporary law of armed conflict. 3ª ed. Manchester, Manchester University Press. 2008. 434p.
- GREENWOOD, Christopher. Self-Defense. En: Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [en línea] [consulta: 16 septiembre 2016] disponible en <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e401>>
- GREENWOOD, Christopher. The Caroline. En: Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [en línea] [consulta: 16 Septiembre 2016] disponible en: <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e261>>
- GREGOR, Bruce. Definition of terrorism-social and political effects. *Journal of Military Veterans and Health* [en línea] Mayo 2013, Vol.21 (2):26-30 [consulta: 13 noviembre 2016] disponible en <<http://jmvh.org/article/definitionof-terrorism-social-and-political-effects/>>

- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. La regulación del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y la actuación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. *En*: RAMON Chornet, Consuelo. (Ed.) *Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en el nuevo orden internacional*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006. pp.11-36.
- INSTITUTE FOR ECONOMICS AND PEACE. “Global terrorism Index 2015” [en línea] [consulta: 13 noviembre 2016] disponible en <http://economicsandpeace.org/wp-content/uploads/2015/11/2015-Global-Terrorism-Index-Report.pdf>
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. “Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory” Advisory Opinion, I.C.J Reports 2004. [Consulta: 27 marzo 2017] disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf>
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. “Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua” (Nicaragua v. United States of America) Jurisdiction and Admissibility, Judgement, I.C.J Reports 1984. [Consulta: 29 marzo 2017] disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf>
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. “Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua” (Nicaragua v. United States of America) Merits, Judgement, I.C.J Reports 1986. [Consulta: 29 marzo 2017] disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>
- INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. “Nazi Conspiracy and Aggression” (United States ´et al´ v. Goering ´et al.´) Judgment, Dissenting Opinion and Sentence, N/A IMT 1 october 1946. [Consulta: 29 marzo 2017] disponible en http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1946.10.01_United_States_v_Goering.pdf
- KAUFMAN, Whitley. What´s wrong with preventive war? The moral and legal basis for the preventive use of force. *Ethics & International Affairs* [en línea] Diciembre 2005, Vol.19 (3): 23-38. [Consulta: 9 enero 2017] disponible en <http://vlex.com/vid/wrong-preventive-moral-basis-56735830>
- LAURSEN, Andreas. *Changing international law to meet new challenges: interpretation, modification, and the use of force*. Copenhagen, DJØF Publishing, 2006. 331p.
- LEVY, Jack S. Preventive war and Democratic Politics. *International Studies Quarterly* [en línea] marzo 2008, Vol. 52(1):1-24. [Consulta: 30 noviembre 2016] disponible en <http://www.jstor.org/stable/29734222>
- LOBEL, Jules. Preventive war and the lessons of history. *University of Pittsburgh Law Review* [en línea] Abril 2006, Vol. 68(2):307-339 [consulta: 30

- noviembre 2016] disponible en <<http://lawreview.law.pitt.edu/ojs/index.php/lawreview/article/view/85/85>>
- MARTÍNEZ-VARGAS, Juan-Ramón y MATEUS-RUGELES, Andrea. El terrorismo como elemento generador de la mutación de la figura de la agresión. Efectos evolutivos o involutivos en el derecho internacional. Opinión jurídica [en línea]. 2011, vol.10 (19) pp. 155-170. [Consulta: 6 diciembre 2016] disponible en <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302011000100009&lng=en&nrm=iso>
- MONTUFAR, César. Aproximación a la crisis diplomática entre Ecuador y Colombia a raíz de los sucesos del 1 de marzo del 2008. Friedrich Ebert Stiftung [en línea] Quito 2008: pp. 1-23. [Consulta: 2 junio 2017] disponible en <http://www.fesmedia-latin-america.org/uploads/media/Aproximaci%C3%B3n_a_la_crisis_diplom%C3%A1tica.pdf>
- MÜLLER, Christoph. The right of Self-Defense in the Global Fight against Terrorism. International Law Studies [en línea] 2006, Vol. 81:351-366 [consulta: 19 enero 2017] disponible en <<http://stockton.usnwc.edu/ils/vol81/iss1/18/>>
- OPPENHEIM, L. International Law a treatise: disputes war and neutrality. 7ª edición, LAUTERPACHT. H (ed.) Gran Bretaña, Longmans, 1952. Vol. 2.
- OPPENHEIM, L. International Law a treatise: Peace. 8ª edición, LAUTERPACHT. H. (ed.) Gran Bretaña, Longmans, 1955. Vol. 1.
- ØREBECH, Peter. UN Charter Article 51 and the right to 'Anticipatory Self-defense': Validity of the US Preventive War Doctrine against Al Qaeda. Middle East Critique [en línea] Abril 2014, Vol.23 (1):53-72 [Consulta: 15 septiembre 2016] disponible en <<http://dx.doi.org/10.1080/19436149.2014.896595>>
- OTAN. Tratado del Atlántico Norte. Washington D.C. 4 abril 1949, disponible en http://www.nato.int/cps/fr/natohq/official_texts_17120.htm?selectedLocale=en
- OEA. XXV Reunión de consulta de Ministros de relaciones exteriores [Informe de la comisión de la OEA que visitó Ecuador y Colombia]. 17 de mayo 2008, RC.25/doc.7/08. Disponible en <www.oas.org/consejo/sp/docs/rc00089s01.doc> [consulta: 2 de junio 2017].
- OEA Consejo Permanente. Resolución del Consejo Permanente 930 (2008) [Convocatoria de la reunión de consulta de Ministros de Relaciones Exteriores y nombramiento de una comisión], 5 marzo 2008, CP/RES.930 (1632/08), disponible en <http://www.oas.org/es/council/CP/documentation/res_decs/> [consulta: 2 de junio 2017].

- PACHON, Mónica. Colombia 2008: Éxitos, peligros y desaciertos de la política de seguridad democrática de la administración Uribe. *Revista de Ciencia Política* [en línea] Santiago 2009, Vol.29 (2): pp. 327-353. [Consulta: 2 de junio 2017] disponible en <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2009000200005>>
- RAPOPORT, David C. The four waves of rebel terror and september 11. *Anthropoetics* [en línea] Spring/Summer 2002, Vol.8 (1) [consulta: 13 noviembre 2016] disponible en <<http://www.anthropoetics.ucla.edu/ap0801/terror.htm>>
- REMIRO Brotons, Antonio. Crimen de agresión, crimen sin castigo. En: RAMON Chornet, Consuelo. (ed.) *Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en el nuevo orden internacional*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006. pp. 91-129.
- ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. GIMENEZ Artigues, Fernando (ed.) Barcelona, ediciones Ariel, 1966. 747p.
- SADOFF, David. A question of determinancy: the legal status of anticipatory self-defense. *Georgetown Journal of International Law* [en línea] Winter 2009, Vol. 40 (2):523-584. [Consulta: 1 diciembre 2016] disponible en <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/geojintl40&div=21&id=&page=>>>
- SAPIRO, Miriam. Iraq: The Shifting Sands of Preemptive self-defense. *American Journal of International Law* [en línea] Julio 2003, Vol. 97(3):599-607 [consulta: 6 diciembre 2016] disponible en <<http://www.jstor.org/stable/3109845>>
- SAUL, Ben. *Defining Terrorism in International Law*. Oxford-New York, Oxford University Press, 2006. 373 p.
- SCHMID, Alex P. The revised academic consensus definition on terrorism. *Perspectives on Terrorism* [en línea] 2012, Vol. 6 (2): 158-159 [consulta: 13 noviembre 2016] disponible en <<http://www.terrorismanalysts.com/pt/index.php/pot/article/view/schmid-terrorism-definition/385>>
- SCHMITT, Michael N. The legality of Operation Iraqi Freedom under International Law. *International Law Studies* [en línea] 2006, Vol.81:367-392 [consulta: 19 enero 2017] disponible en <<http://stockton.usnwc.edu/ils/vol81/iss1/19/>>>
- SHAW, Malcolm N. *International Law*. 4th ed. Cambridge, Cambridge University Press, 1997. 939p.
- SHUBISZEWSKI, K.J. Uso de la fuerza por parte de los Estados. Seguridad Colectiva. *Derecho de Guerra y de Neutralidad*. En: SORENSEN, Max. (ed.) *Manual de Derecho Internacional Público*. México, Fondo de Cultura Económica, 1994. pp. 681-772.

- SINAI, Joshua. How to define terrorism. Perspectives on terrorism [en línea] 2008, Vol.2 (4): 9-11 [consulta: 13 noviembre 2016] disponible en <<http://www.terrorismanalysts.com/pt/index.php/pot/article/view/33/67>>
- THE CHARTER of the United Nations a commentary por Bruno Simma (ed) "et al". New York, Oxford University Press, 1994. 1258p.
- THE WHITE HOUSE. The National Security Strategy of the United States of America 2002 [en línea] Septiembre 2002. [Consulta: 3 diciembre 2016] disponible en <<http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>>
- TORRIJOS, Vicente. Colombia, las FARC y la legítima defensa. Revista Política y Estrategia [en línea] 2009, N° 113: pp. 175-190. [Consulta: 2 de junio 2017] disponible en <<http://www.anepe.cl/wp-content/uploads/ANEPE-113.pdf>>
- TRAVALIO, Gregory M. Terrorism, International Law and the use of military force. Wisconsin International Law Journal. Vol.18: 145-191, 2002.
- U.S DEPARTAMENT OF DEFENSE. Law of War Manual June 2015. (Updated may 2016) [en línea] Mayo 2016. [Consulta: 29 marzo 2017] disponible en <https://www.defense.gov/Portals/1/Documents/DoD_Law_of_War_Manual-June_2015_Updated_May_2016.pdf>
- UN General Assembly, General Assembly resolution 2625 (1970) [Declaration on principles of International Law concerning Friendly relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations], 24 october 1970, A/RES/2625(XXV), disponible en <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625\(XXV\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625(XXV))> [consulta: 29 marzo 2017].
- UN General Assembly, General Assembly resolution 3314 (1974) [Definition of Aggression], 14 December 1974, A/RES/3314(XXIX), disponible en <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3314\(XXIX\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3314(XXIX))> [consulta: 29 marzo 2017].
- UN Security Council, Security Council resolution 1267 (1999) [Afghanistan], 15 october 1999, S/RES/1267 (1999), disponible en <<http://www.refworld.org/docid/3b00f2298.html>> [consulta: 29 marzo 2017].
- UN Security Council, Security Council resolution 1368 (2001) [Threats to international peace and security caused by terrorist acts], 12 september 2001, S/RES/1368 (2001), disponible en <<http://www.refworld.org/docid/3c4e94557.html>> [consulta: 29 marzo 2017].
- UN Security Council, Security Council resolution 1373 (2001) [on threats to international peace and security caused by terrorist acts], 28 september

2001, S/RES/1373 (2001), disponible en <<http://www.refworld.org/docid/3c4e94552a.html>> [consulta: 29 marzo 2017].

UN Security Council, Security Council resolution 1378 (2001) [on the situation in Afghanistan], 14 november 2001, S/RES/1378 (2001), disponible en <<http://www.refworld.org/docid/3c4e945615.html>> [consulta: 29 marzo 2017].

UN Security Council, Security Council resolution 1386 (2001) [on the situation in Afghanistan], 20 december 2001, S/RES/1386 (2001), disponible en <<http://www.refworld.org/docid/3c4e94571c.html>> [consulta: 29 marzo 2017].

UN Security Council, Security Council resolution 487 (1981) [Iraq-Israel], 19 june 1981, S/RES/487 (1981), disponible en <[http://undocs.org/S/RES/487\(1981\)](http://undocs.org/S/RES/487(1981))> [consulta: 2 junio 2017].

UN Security Council, Security Council resolution 1441 (2002) [concerning Iraq], 8 november 2002, S/RES/1441 (2002), disponible en <<http://www.refworld.org/docid/3dda0f634.html>> [consulta: 29 marzo 2017].

UN Security Council, Security Council resolution 660 (1990) [Iraq-Kuwait], 2 august 1990, S/RES/660 (1990), disponible en <<http://www.refworld.org/docid/3b00f12240.html>> [consulta: 29 marzo 2017].

UN Security Council, Security Council resolution 678 (1990) [Iraq-Kuwait], 29 november 1990, S/RES/678 (1990), disponible en <<http://www.refworld.org/docid/3b00f16760.html>> [consulta: 29 marzo 2017].

UN Security Council, Security Council resolution 687 (1991) [Iraq-Kuwait], 3 april 1991, S/RES/687 (1991), disponible en <[http://undocs.org/S/RES/687\(1991\)](http://undocs.org/S/RES/687(1991))> [consulta: 29 marzo 2017].

UNITED NATIONS. Report of the United Nations Secretary-General's High-level Panel on Threats, Challenges and Change: A more secure world: our shared responsibility. [En línea] Diciembre 2004. [Consulta: 29 marzo 2017] disponible en <http://www.un.org/en/peacebuilding/pdf/historical/hlp_more_secure_world.pdf>

UNITED NATIONS. Charter of the United Nations, 24 october 1945, 1 UNTS XVI, [consulta: 30 marzo 2017] disponible en <<http://www.un.org/en/charter-united-nations/index.html>>

UNITED NATIONS. Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 may 1969, 1155 UNTS 331 [consulta: 30 marzo 2017] disponible en <https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_Viena_sobre_derecho_tratados_Colombia.pdf>

VERDROSS, Alfred. Derecho Internacional Público. 3ª edición, TRUYOL Y SERRA, Antonio (ed.) Madrid, Aguilar, 1961. 505p.

WALTER, Christian. Terrorism. En: Rüdiger Wolfrum (ed), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law [en línea] [consulta: 16 septiembre 2016] disponible en <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e999?rskey=9dotTN&result=7&prd=EPIL>>

WOOD, Michael. Breach of Peace. En: Rüdiger Wolfrum (ed), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law [en línea] [consulta: 16 septiembre 2016] disponible en <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e372>>