

# La defensa y la legítima defensa

**J. L. FERNANDEZ-FLORES**

**General Auditor**

**Director de la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército**

**Catedrático de Derecho Internacional Público y Privado**

## I. INTRODUCCION

 **U**NAS de las excepciones, para muchos la primera y para algunos la única, al principio general de la prohibición del uso de la fuerza es la legítima defensa.

En principio, la noción parece fácil y todo el mundo entiende de qué se trata cuando de legítima defensa se habla. Sin embargo, en nuestro campo particular de estudio, a las dificultades que la misma plantea en el orden interno, de donde originariamente viene, se unen las que plantea la peculiar situación del orden jurídico internacional.

1. En el fondo de la defensa, a secas, late la idea de protección, de cualquier forma que se considere. Y, en el fondo de la defensa legítima o legítima defensa, subyace la idea del derecho a proteger o protegerse. De manera que, en nuestro caso, estamos ante la protección amparada por el Derecho. Por lo que es preciso abandonar el problema de la defensa, desnuda y pura, para situarnos en el mundo de la defensa en el plano jurídico.

2. La legítima defensa, filosóficamente, es el derecho de todo hombre para repeler por la fuerza la agresión injusta, siempre que en el momento en que ésta se produce no haya otro medio para repelerla.

El fundamento de la legítima defensa no ha planteado problemas cuando en la agresión está en juego la existencia misma, la vida, pues el derecho de autoconservación, producto del natural instinto en este sentido, la ampara. En los demás casos se han buscado explicaciones diferentes, como la de la colisión de derechos, la defensa del orden jurídico u otras.

Con base en estos fundamentos se ha planteado el problema de si la legítima defensa, al tiempo que es un derecho, es también un deber. Evidentemente, existe un deber moral de defender la propia existencia y la renuncia al mismo, en ciertos casos, de la caridad viene, que no de la justicia. Por otra parte, si sostenemos que mediante la legítima defensa se defiende al orden jurídico, no queda otro remedio que sostener que la defensa se convierte en deber, pues el no defenderse perjudica a los demás que viven en tal orden. No digamos nada del caso en que se trata de la legítima defensa de un tercero, en cuyo supuesto el deber de defensa viene de la obligación de impedir el perjuicio a este tercero

Lo que ocurre es que este derecho de defensa, esta legítima defensa, no es ilimitada, sino que está sujeta a ciertos condicionamientos para que verdaderamente merezca el nombre de tal, es decir, de defensa y al propio tiempo legítima. Así, la agresión ha de ser injusta o, más exactamente, ilegítima, en cuanto no se puede estimar como tal la que viene de la ley. Por su parte, la defensa ha de ser proporcionada a la agresión, de modo que no se puedan utilizar medios muy duros para repeler una agresión leve. Y, finalmente, tiene que darse lo que por algunos se ha llamado la actualidad, para referirse a la inmediatez en la agresión y a la necesidad de defenderse, en el momento, por imposibilidad de acudir a la autoridad.

Históricamente, ya viene recogida en la normativa del Exodo, admitida por la legislación romana y, por así decirlo, traducida a todos los países, lo que demuestra, por una parte, el abolengo de la institución, y, por otra, el dato de que el Derecho internacional se encuentra con una concepción jurídica plenamente formada a nivel de Derecho interno, lo que es determinante.

II. En el Derecho interno la legítima defensa está recogida de forma más o menos análoga y con unos condicionamientos y límites muy semejantes.

Para el Código Penal español, según el artículo 8, la legítima defensa es una circunstancia eximente o atenuante de la responsabilidad criminal que actúa en los supuestos de defensa propia, de defensa de parientes y de defensa de extraños y que exige que la agresión sea ilegítima, que el medio para la defensa sea racional y que no haya habido por parte del defensor una provocación suficiente. De este planteamiento quiero destacar que, por principio, la defensa supone una acción antijurídica y que lo que hace el Código es eximir de la responsabilidad consiguiente o atenuar la misma.

En las legislaciones extranjeras la institución se acepta con variantes, como es natural, aunque el planteamiento general sea el mismo. En términos generales, no se recogen tan específicamente como en el Código español los supuestos en que puede darse.

Resumiendo, debemos destacar que la legítima defensa, en los ordenamientos internos, por esencia, destaca los siguientes datos:

- 1.º Tiene que existir una agresión ilegítima, es decir, contraria a la ley;
- 2.º Tiene que haber una defensa que, en principio es ilegítima, es decir, que va contra la ley, pero que, por darse en ella las circunstancias de inmediatez y necesidad, es eximida de responsabilidad.

III. El Derecho internacional cuando empieza a considerar la institución de la legítima defensa, primero en un orden ético y posteriormente en un orden jurídico, con lo que se encuentra es con que tal institución ya está, al menos relativamente, modelada por el Derecho interno. Y, naturalmente, como le es más fácil "apoderarse" de lo que hay hecho que construir "ex novo", utiliza su técnica de importación conceptual y terminológica y no sólo se apropia de la institución en sí, sino también de la expresión que la designa.

Buena prueba de esta realidad es que ya Montesquieu, en *El espíritu de las leyes*, acepta la comparación entre el Estado y el individuo, diciendo que "La vida de los Estados es como la de los hombres. Estos tienen el derecho de matar en caso de defensa natural; aquéllos tienen el derecho de hacer la guerra para su propia conservación". Notemos que, en uno y otro caso, se está hablando de un "derecho". Y además podríamos añadir, de un derecho "natural" inmanente del Estado, pues, como dijo KELLOG, para justificar la ausencia de la mención a la legítima defensa en el Pacto de 1928, esto era tan evidente que no necesitaba ser reafirmado.

Lo que ha pasado es que al verificarse el traspaso de la institución del orden interno al orden internacional el problema se ha complicado.

1. En primer término, se ha encontrado la institución con un medio distinto.

En el orden interno, en cuanto se trata de una comunidad organizada, existen unos órganos encargados de defender al individuo, de modo que éste, sólo "excepcionalmente" tiene que recurrir a su autodefensa. En cambio, en el orden internacional —y hablamos a nivel del Derecho internacional general y prescindiendo de la relativa organización actual— esto no existe, es decir, faltan los órganos centrales de represión y defensa y, en consecuencia, el Estado se ve "normalmente" en la necesidad de autodefenderse o autotutelarse.

2. En segundo lugar, ocurre que en el orden internacional las modalidades de la autotutela son varias.

Así, podemos considerar la retorsión, en la cual no se traspasa la esfera de lo lícito. A un acto inamistoso simplemente de un Estado se responde con otro acto inamistoso propio, sin que ni el primero ni el segundo sean antijurídicos.

En segundo lugar, una parte de la doctrina habla de la "auto-

protección" como de una modalidad independiente y con personalidad propia, de la autotutela. En términos generales, supone la omisión de un Estado en el cumplimiento de sus deberes y la actuación de otro para cumplir tales deberes en el territorio de aquél. Aquí ya se entra en la esfera de lo antijurídico. Para gran parte de la doctrina este planteamiento carece de caracteres específicos y es una represalia o una legítima defensa.

También, en tercer lugar, se reconocen comúnmente las represalias como medidas de autotutela y como institución independiente. Suponen un acto ilícito de un Estado y una respuesta antijurídica de otro contra bienes del Estado culpable. En definitiva, se trata de actos intrínsecamente ilícitos, que se pueden dar en la paz y en la guerra, y que tienen una honda raigambre en el Derecho internacional. Muchas otras modalidades de la autotutela se incluyen aquí.

En cuarto lugar, siguiendo un orden de menor a mayor gravedad, tenemos que incluir a la legítima defensa, que es tema de nuestro estudio y que estamos colocando en un marco general.

Finalmente, y como última medida de autotutela, esta la guerra, que es la respuesta máxima de un Estado, en el mundo internacional inorgánico y realmente también en el mundo organizado de nuestros días.

3. Apuntemos, por último, que hoy, el planteamiento de la legítima defensa ha cambiado, por lo que distinguiremos en nuestra exposición tres partes: La legítima defensa en el Derecho internacional general y anterior, la concepción de la misma en el mundo organizado de principios de siglo y, al final, la legítima defensa, tal y como ahora se presenta, en el mundo de las Naciones Unidas.

## **II. LA LEGITIMA DEFENSA EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL**

I. Tenemos que reiterar la precisión de que, en este momento nos estamos refiriendo únicamente al problema en el Derecho internacional general, es decir, en el Derecho internacional inorgánico, en el Derecho internacional en el cual no estaba prohibida la fuerza, en el Derecho internacional que nos ha precedido durante las tres centurias desde el siglo XVII.

El problema básico que planea dubitativamente sobre el instituto de la legítima defensa en el Derecho internacional es, nada más y nada menos, que el de su posibilidad, porque en cuanto, como dice Monáco, "no reproduce los caracteres que el instituto presenta en Derecho interno", no parece posible su traslado "mutatis mutandis". Esto nos

obliga a construir la teoría en el Derecho internacional para poder llegar a unas conclusiones.

II. La legítima defensa en el Derecho internacional supone una acción y una reacción, interviniendo en ambas la fuerza y concretamente la violencia física por principio.

1. El presupuesto de la legítima defensa es una acción de fuerza realizada por un Estado contra otro y que, al propio tiempo, es ilegítima.

A. Por principio, la fuerza que se utiliza en la acción ha de ser física, actual e importante.

Ha de ser física, tal como siempre se ha interpretado en la vida internacional. O, en otros términos, ha de ser un ataque armado, como posteriormente se ha reconocido ya en la Comunidad internacional organizada. De modo que no se puede admitir la legítima defensa contra un "ataque" económico, por ejemplo.

En segundo lugar, se ha de tratar de una acción actual, algo que ocurre en el momento, en el sentido de que no hay legítima defensa contra una acción que ya pasó en el tiempo ni, por principio, contra una acción que se teme. En este punto se presenta el problema de la legítima defensa preventiva, que supone una serie de cuestiones y que obliga al Estado agredido a probar tal dato, ya que la presunción es que el Estado que primero ataca es el Estado agresor.

En tercer lugar, la acción ha de ser importante, en el sentido de afectar a intereses fundamentales del Estado y hacerlo de forma que se pueda interpretar como sustancial para la conservación de los mismos. Las acciones "menores" no son base para desencadenar una reacción de legítima defensa.

B. La acción ha de ser ilegítima, es decir, ha de ser una acción contraria a Derecho y que, por tanto, engendre responsabilidad.

La ilegitimidad o ilegalidad de la acción es un condicionamiento fundamental, pues no se puede desatar la legítima defensa contra la realización de un derecho, dentro de los cauces establecidos por el mismo.

La consecuencia de este acto ilícito es que da lugar a la responsabilidad del Estado agresor, precisamente por haber transgredido la norma y con independencia de la forma en que tal responsabilidad pueda ser exigida.

C. El problema básico que se plantea y que se diversifica en multitud de problemas concretos es el de la calificación de todos estos condicionamientos. En el Derecho internacional general, en que estamos, no hay órganos que puedan calificar, de modo que, a fin de cuentas, el calificador es el Estado agredido y la calificación depende del mismo. Esto da lugar a que en muchos casos la calificación sea discutible.

2. La esencia de la legítima defensa es una reacción, una respuesta por parte del Estado agredido y en ésta han de coincidir igualmente la fuerza y la ilegitimidad de principio.

A. La reacción ha de consistir en un acto de fuerza. Y es que, en sentido estricto, la legítima defensa siempre se ciñe a la fuerza, siempre entra en la vía de hecho, de manera que no se pueden calificar de legítima defensa las reacciones que van por la vía jurídica, como, por ejemplo, un arbitraje.

B. También, por principio, la reacción ha de ser la comisión de un acto ilegítimo, es decir, de un acto contrario a la norma o, en otros términos, de un delito. Este es un punto crucial.

En términos generales, la legítima defensa supone la comisión de un delito, y al propio tiempo, la exclusión de la responsabilidad, que es su consecuencia natural. En el Derecho internacional también ocurre lo propio: La reacción ha de ser la utilización de la fuerza cuando la misma constituye un delito y la consiguiente exclusión de la responsabilidad.

Como tesis, la legítima defensa es una exclusión de la responsabilidad, que sólo por extensión supone una exclusión del ilícito.

3. Y el condicionamiento y fundamento último de esta realidad está en la imposibilidad de actuación de los órganos oportunos del sistema jurídico para intervenir, bien sea porque no pueden hacerlo circunstancial e inmediatamente, bien sea, y entramos en nuestro campo otra vez, porque no existan.

De una manera o de otra, es lo cierto que, para el Derecho internacional común o general o consuetudinario, el problema se centra en la posibilidad del delito de uso de la fuerza para repeler una agresión injusta.

III. El problema, en términos generales, se plantea en la pregunta de si es posible admitir en el Derecho internacional tradicional, la institución de la legítima defensa, tal como la hemos construido y como es en realidad.

1. Para una parte considerable de la doctrina es inadmisibles en cuanto que si el uso de la fuerza no está prohibido cualquier Estado puede usar la fuerza para repeler una agresión o lo que estima una agresión de otro, sin que tal respuesta constituya delito alguno. Y concluyen: Si no hay delito no hay responsabilidad, por lo que no se necesita recurrir a justificar, por medio de la legítima defensa, un acto perfectamente legítimo y que, en consecuencia, no engendra responsabilidad alguna.

Si todos los Estados tienen el "ius ad bellum", es decir, el derecho a hacer la guerra y, por tanto, a usar de la fuerza en máxima expresión, más lo tienen a usar la fuerza en el caso específico de una guerra que está justificada. En resumidas cuentas, los Estados tienen el derecho a

usar la fuerza, para cualquier guerra, sin necesidad de justificarse jurídicamente, porque este acto no es un delito a los efectos del Derecho internacional.

No se olvide que este Derecho internacional es el que rigió en las tres centurias anteriores y en él había desaparecido la distinción entre "bellum iustum" y "bellum iniustum", es decir, entre guerras justas e injustas. Todas las guerras eran de igual naturaleza: Guerras.

Esta es, por ejemplo, la postura de KELSEN, para quien no cabe la legítima defensa en el orden internacional, en cuanto se trata de un uso excepcional de la fuerza en el seno de una comunidad que tiene órganos para castigar los actos ilícitos. Y en el Derecho internacional no existen tales órganos ni se les ha atribuido tal vindicación de la ilicitud, por lo que sigue residiendo en los Estados la normal vindicación de la ofensa.

2. Para otros autores —y no se olvide que estamos en el Derecho internacional anterior o común— esto no es exacto, sino que en tal sistema jurídico también tiene su papel el instituto de la legítima defensa. Es decir, el instituto es admisible.

La base de esta solución afirmativa está, como ha apuntado LAMBERTI, en la consideración de que la legítima defensa es institución que se aplica al margen del derecho a la guerra y del derecho de la guerra.

El planteamiento, tal como lo presenta VERDROSS, es el siguiente: Aunque todos los Estados tienen el derecho a usar la fuerza, y esto es cierto, no lo es menos que no lo pueden usar indiscriminadamente, por razón de los actos de un Estado "agresor". Los actos ilícitos de un Estado contra otro pueden ser de dos tipos: O de aquel que supone como consecuencia directa la posibilidad de responder con la fuerza, en cuyo caso se da la legítima defensa, o de aquel otro que no lleva consigo esta consecuencia y supone una reacción del Estado ofendido, de otro tipo.

Lo que aparece, vistas así las cosas, es una utilización "justa" de la fuerza y una utilización "injusta", que recuerda, como un huevo a otro huevo, la teoría de la guerra justa y la restricción del "ius ad bellum".

3. ¿A qué conclusión podemos llegar? Desde un punto de vista lógico-jurídico, no hay más remedio que desechar la legítima defensa en un orden internacional en el que no es necesaria, porque el uso de la fuerza no es un delito. Sin embargo, en la práctica jurídica ha servido como causa de exclusión de responsabilidad para ciertos actos de los Estados, que, de otra forma, se hubieran considerado antijurídicos y, por ello, productores de responsabilidad para el Estado que los había cometido.

Y es que si el uso de la fuerza en sí misma no era delito en el mundo internacional que nos ha precedido, sí lo era cuando se utilizaba

para ciertos fines que, según tal orden jurídico-internacional precedente, eran delitos.

La cuestión era esta: Usar la fuerza, en sí mismo, no era delito. Usarla para defenderse, tampoco, de donde resultaba que la institución de la legítima defensa sobra, puesto que ningún Estado debía justificarse de hacerlo. Pero usarla para realizar ciertos actos que vulneraban los derechos de los Estados, que se reconocían en tal orden jurídico-internacional anterior, sí era delito, no por el uso de la fuerza sino por su fin, de donde resultaba que en estos supuestos la institución de la legítima defensa era útil y admitida.

Esto es lo que se ha denominado la legítima defensa "bajo forma de acción" y a la cual se han referido los casos del barco "Caroline", destruido por los ingleses en territorio norteamericano para defender a Canadá contra los insurrectos, y el también buque "Virginius", de nacionalidad norteamericana, destruido en alta mar por los españoles por su ayuda a los rebeldes cubanos. En uno y otro caso la excusa fue la legítima defensa.

Concluamos, por tanto, que la legítima defensa cumplía un cierto papel en el Derecho internacional general o consuetudinario, anterior al de nuestro tiempo, en el cual el orden jurídico internacional ha cambiado de faz en este punto, como en tantos otros, y que pasamos a estudiar.

Claro que todo este planteamiento admite otras soluciones, otras interpretaciones y que la doctrina no está de acuerdo, por unanimidad, al estudiar las decisiones jurisprudenciales al respecto.

### **III. LA LEGITIMA DEFENSA Y LA ORGANIZACION DE LA COMUNIDAD**

I. En los comienzos del siglo que vivimos la Comunidad internacional se organiza y, por lo que respecta al uso de la fuerza, se establece, de modo paralelo y simultáneo, una restricción al uso de la fuerza y un sistema de seguridad colectiva.

Los dos hitos fundamentales de este proceso son la creación de la Sociedad de las Naciones en 1919 y la firma del Pacto Briand-Kellog en 1928.

II. La creación de la Sociedad de las Naciones supuso, después de tantos proyectos, el primer ensayo de organización de la comunidad internacional, lo que influyó de manera definitiva en numerosos planteamientos y esencialmente en el intento de dominar la fuerza individual.

1. Aunque sea de modo breve, hay que recordar el sistema

dispuesto en cuanto al uso de la fuerza y que consta de dos piezas, más o menos bien acopladas, pero necesarias: 1.º En primer lugar, se restringe el uso individual de la fuerza, es decir, el uso de la fuerza por los Estados, suprimiendo, por un lado, las guerras llamadas de conquista y, por otro, sometiendo las demás guerras a unos plazos y requisitos para su iniciación; 2.º En segundo lugar, se acuerda la ayuda de los demás Estados al Estado agredido por medio de una serie de sanciones contra el agresor, incluso la utilización de fuerzas armadas.

2. Las consecuencias que pueden deducirse de los artículos 1.º y siguientes del Pacto de la Sociedad son las siguientes:

A. Que se prohíbe el recurso a la fuerza sólo a los efectos mayores o de guerra y sólo para determinadas guerras, pues, como explicaba KELSEN, no se prohibía la fuerza para las represalias y "la guerra misma no estaba prohibida nada más que en casos bien definidos".

B. Que, implícitamente, estaba permitido el recurso a la fuerza para las guerras de legítima defensa, que, a fin de cuentas, eran las únicas guerras admitidas por la Sociedad.

C. Que la prohibición del recurso a la guerra, aunque fuese en los términos tímidos en que lo hizo la Sociedad, o si se quiere, la prohibición del recurso a la fuerza, supuso, en palabras de DELIVANIS, una "verdadera mutación del derecho de legítima defensa, que vio crecer su importancia considerablemente" y que pudo "ser definido con criterios calcados de los del derecho interno".

Y es que el dato de restringir el uso de la fuerza o casi de prohibirlo, en relación con los Estados, colocó al orden jurídico-internacional en una situación análoga a la del orden interno, pues el uso de la fuerza individualmente se convirtió virtualmente en una excepción, en la excepción de legítima defensa, como ocurre en los sistemas jurídicos internos de todos los Estados.

De manera que los Estados, en vez de acudir a la legítima defensa para justificar actos ilícitos propios que afectaban a los derechos de otros Estados, recurrieron a la legítima defensa, en el sentido estricto de esta institución, como causa de exención de responsabilidad por haber usado individualmente la fuerza.

III. El pacto Briand-Kellog o Tratado de París, de 27 de agosto de 1928, fue la consecuencia de la necesidad de llenar los huecos que, respecto a la prohibición del uso de la fuerza, había dejado el texto de la Sociedad de las Naciones.

1. En el artículo I se condenó el recurso a la guerra para el arreglo de las diferencias internacionales y se renunció a ella como instrumento de política nacional.

2. Prescindiendo de las críticas que este texto ha recibido, la verdad es que, con una prohibición del recurso a la guerra tan drástico,

colocó al orden internacional en una situación análoga a la de cualquier sistema interno. Y esto supuso la colocación de la institución de la legítima defensa también en una situación análoga a la que disfruta en el Derecho interno.

Aunque en el Pacto se silenció la guerra de legítima defensa es lo cierto que no sólo estaba implícitamente recogida, sino que en los diferentes textos al respecto, con motivo de este Tratado, así se establece. Así, uno de los firmantes del mismo, KELLOG, dijo a este propósito que "el derecho —de legítima defensa— es inherente en cada Estado soberano y está implícito en todo tratado. Toda nación es libre... para defender su territorio de un ataque o invasión y sólo ella es competente para decidir si las circunstancias requieren el recurso a la guerra para su propia defensa". Por su parte, el Gobierno francés, refiriéndose a la renuncia a la guerra hecha en el Pacto, dijo que "la renuncia así proclamada no excluirá para los signatarios el derecho de legítima defensa". Y lo mismo hicieron constar en sus reservas a la firma otros muchos países.

Ello, como ha sido dicho, supuso una revalorización verdadera del derecho de legítima defensa. Y, en definitiva, la colocación de la misma en su verdadero lugar, como una actuación excepcional de cada Estado, a título de causa de exclusión de la responsabilidad por el uso de la fuerza, que, en principio, es competencia de la comunidad. La legítima defensa no es capa para encubrir un delito, sino medio legítimo de defensa.

#### **IV. LA LEGITIMA DEFENSA Y LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS**

I. La carta de las Naciones Unidas ha establecido un sistema, que es el que rige actualmente, en lo relativo al uso de la fuerza. Este sistema supone la transferencia del uso de la fuerza de los Estados-individuos —a la Comunidad organizada-colectividad—, con la excepción de la legítima defensa, en la que la fuerza puede ser usada por los Estados individualmente o colectivamente.

1. Los textos básicos del sistema son los siguientes, contentándonos con un apunte de aquellos que no nos afectan ahora de manera directa.

A. El sistema general de uso de la fuerza actualmente está constituido por el doble principio de que los Estados no pueden recurrir a la fuerza y que quien tiene el monopolio de la misma es la Organización de Naciones Unidas. Prescindimos de mayores matizaciones, ya que ésta es una cuestión que hemos estudiado anteriormente.

B. La excepción —aparte de otras dudosas— está constituida por la legítima defensa, a cuyo efecto dice el artículo 51 de la Carta que “Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad y no afectarán en manera alguna la autoridad y la responsabilidad del Consejo, conforme a la presente Carta, para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

2. Como quiera que este precepto admite dos clases de legítima defensa, la individual y la colectiva, y la primera es la raíz de la institución, vamos a hacer el planteamiento general en la legítima defensa individual, para acotar posteriormente las especialidades de la legítima defensa colectiva.

II. la legítima defensa individual ha llegado, en la Carta de las Naciones Unidas, a su modelo más acabado en el orden internacional.

La razón de esta realidad y, concretamente, de la dedicación de un precepto especial a esta institución arranca de la desconfianza de los países que carecían y carecen de veto en el Consejo de Seguridad, en el sistema de seguridad colectiva establecido en la Carta. Y, efectivamente, es triste, pero tenían motivos para desconfiar y la historia de la vida internacional de los últimos tiempos les ha venido a dar la razón. Salvo raras excepciones, cada uno sigue defendiéndose como puede.

Este precepto del artículo 51, por otra parte, ha venido a colocar a la legítima defensa en su verdadero contexto y naturaleza, en el de una excepción. En el de una excepción en el uso de la fuerza, frente a la regla general prohibitiva del mismo por los Estados y atributiva de la fuerza a la Organización general.

Partiendo de la teoría general, antes construida, de la legítima defensa en el Derecho internacional, vamos a precisar solamente las particularidades que presenta en la actualidad.

1. En cuanto a la acción que desencadena la legítima defensa dos cuestiones parecen haber quedado aclaradas:

A. En primer lugar, la de que tal acción ha de ser necesariamente un ataque armado.

El ataque ha de ser algo existente en el momento, en el sentido de que no es admisible como razón para la legítima defensa el temor al ataque, lo que permitiría la llamada legítima defensa preventiva. Sin que nos podamos detener más en este punto, tan interesante como

peligroso, decimos que el artículo 2 de la Resolución 3314 (XXVII), de 14 de diciembre de 1974, relativa a la definición del concepto de agresión, ha dicho que "el primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba *prima facie* de un acto de agresión", de donde resulta que, por principio, una acción de legítima defensa preventiva será una agresión. Claro que hay que advertir que el Consejo de Seguridad, según el mismo precepto, puede llegar a una conclusión diferente. ¿Subsiste, pues, la legítima defensa preventiva? Este fue el argumento de Israel para su acción contra Egipto en 1967. A nuestro parecer, es posible.

Por otra parte, ha de ser armado, es decir, con uso de fuerza. La práctica ha demostrado que hay ataques que no por no ser armados revisten menos importancia, como, por ejemplo, los que se han llamado de "asfixia económica". ¿Es lícito reaccionar contra ellos por medio de la legítima defensa? Para algunos autores, el derecho de legítima defensa actual tiene una posibilidad de actuación tan amplia como la tenía anteriormente, de donde resulta, como sostiene BOWET, que se puede utilizar el instituto para reaccionar contra un ataque económico o ideológico. Sin embargo, la tesis común y la que respaldan las propias Naciones Unidas es la contraria, la de que el ataque contra el cual se puede ejercitar la legítima defensa ha de ser un ataque armado. Y el artículo 2, ya citado, de la Resolución 3314 se refiere a "fuerza armada".

B. La otra cuestión es que tal ataque armado ha de ser ilegítimo, es decir, ha de ser una "agresión" en los términos en que la repetida Resolución 3314 la ha definido.

2. En lo relativo a la reacción, es decir, a lo que es, en sentido propio, la legítima defensa, sólo nos detendremos en los puntos sobresalientes.

A. El uso de la fuerza ha de ser proporcionado al ataque que se sufre, de manera que, en su máxima expresión, puede ser la guerra y, en su expresión mínima, los actos de fuerza necesarios para repeler un ataque menor. Una defensa que se pasa en magnitud del ataque no puede ser considerada como legítima, en cuanto la legítima defensa termina donde termina el acto de repeler el ataque. Aquí hay que situar todas las doctrinas estratégicas que se incluyen bajo la expresión de "respuesta escalonada" y tanta trascendencia tiene en el caso de la utilización de armas atómico-nucleares.

B. El uso de la fuerza ha de ser provisional, pues el artículo 51 de la Carta dice que la legítima defensa durará "hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales".

C. Por último, el uso de la fuerza ha de ser controlado, en el sentido de que la legítima defensa la llevará a efecto el Estado agredido con los medios que estime pertinentes, pero con una obligación doble:

Por una parte, la de comunicar al Consejo de Seguridad las medidas que haya tomado al efecto, y segundo, por otra, la de someterse al Consejo, ya que el propio artículo 51 dice que las medidas tomadas "no afectarán en manera alguna a la autoridad y responsabilidad del Consejo, conforme a la presente Carta, para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales".

D. Otros muchos problemas plantea la legítima defensa en nuestro tiempo y mucho se ha escrito sobre ella, pero la necesidad de limitar el espacio nos impide abordarlos.

III. En cuanto a la legítima defensa colectiva, dos son los problemas fundamentales que se presentan, el primero, de delimitación, y el segundo, de modalidades.

1. Frecuentemente se confunden los tratados de "legítima defensa colectiva" con los "acuerdos u organismos regionales de seguridad colectiva". La distinción es precisa, en cuanto los primeros entran dentro de nuestro esquema y los segundos no, ya que funcionan dentro del sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas.

A. Según el artículo 51 de la Carta, es posible la existencia de una legítima defensa colectiva, cuya naturaleza, como dice SHUBIS-ZEWSKI, es la misma que la de la legítima defensa individual. De donde resulta que nada hay que añadir a lo que hemos dicho anteriormente.

En esta línea se han celebrado multitud de tratados, todos los cuales convienen en los dos puntos de considerar el ataque armado contra uno de los miembros se considera ataque armado contra todos y que tales tratados se celebran al amparo del ejercicio de la legítima defensa del artículo 51 de la Carta. Son alianzas defensivas que, en cuanto tienen su fundamento en la Carta, no pueden tener otro carácter.

Aquí podríamos citar una lista demasiado larga, pero nos limitaremos a incluir el Tratado de la Alianza Atlántica, el del Pacto de Varsovia, el Interamericano de Río de Janeiro, el de la Liga Árabe, el del ANZUS en Asia, etc. Todos ellos tienen una factura común: Son alianzas defensivas que tratan de defender a sus miembros, exclusivamente a sus miembros.

B. Por otro lado, según el Capítulo VIII de la Carta, artículo 52 y 53, bajo el epígrafe de "Acuerdos regionales" se constituye un sistema de seguridad colectiva regional, como una parte del mecanismo del sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas, es decir, del sistema general.

Esto se lleva a efecto mediante acuerdos y organismos regionales que tienen por misión mantener la paz y la seguridad internacionales en un marco regional, pudiendo ejercer esfuerzos para el arreglo pacífico de las controversias y también acción de carácter coercitivo en este

marco, todo ello bajo el Consejo de Seguridad y dentro del mecanismo general de la seguridad colectiva.

Aparte de la diferencia fundamental de naturaleza, estos acuerdos u organismos presentan una diferencia de fin, puesto que su acción no se dirige a defender a los miembros de un alianza, ya que no son alianzas, sino que trata de mantener la paz y la seguridad regionales, cualquiera que sea el Estado a que afecten.

Con lo expuesto, resulta claro que estos acuerdos u organismos no entran en el esquema de la legítima defensa. Para muchos, el problema es el mismo y lo que se ha pervertido es el concepto de legítima defensa en el artículo 51. Sin embargo, a nuestro juicio, la distinción es posible y además útil.

2. Finalmente, debemos aclarar que la legítima defensa colectiva se puede llevar a efecto de dos formas:

A. Por medio de las alianzas defensivas a que acabamos de hacer alusión, es decir, por medio de una legítima defensa permanente en potencia.

B. O por medio de compromisos circunstanciales, es decir, por medio de acuerdos celebrados en el momento en que se produce la agresión, sin que haya existido alianza previa alguna. Aquí el problema fundamental está en la "invitación" del Estado agredido, que frecuentemente es inexistente, o, en otros casos, se realiza por un Gobierno no representativo o, finalmente, en otros casos, se realiza sin que se haya probado el ataque armado ilegítimo.

## V. CONCLUSIONES

I. En resumen, ¿a qué conclusiones podemos llegar después de esta exposición del problema?

II. Formalmente, a las siguientes.

- 1.º La institución de la legítima defensa ha sido discutida en el orden internacional, en cuanto durante mucho tiempo el uso de la fuerza ha estado en manos de los Estados, de modo que éstos no se han visto en la necesidad de justificar tal uso.
- 2.º En el momento actual la legítima defensa forma parte de la organización de la Comunidad internacional y ha sido admitida, con ciertas restricciones a las que hemos hecho alusión, de una manera indubitada y formal en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas.
- 3.º En cuanto la fuerza está actualmente en manos de la

Organización, la legítima defensa, uso de la fuerza por un Estado o por unos Estados concretos, aparece como una excepción, que es su verdadera naturaleza, también en el Derecho interno, donde tiene su origen.

- 4.º Las actuales numerosas alianzas defensivas, responden al fundamento de la legítima defensa y no a ser piezas del mecanismo de la seguridad colectiva.

**III.** Sin embargo, la realidad es que en muchos casos se abusa de la legítima defensa para justificar actuaciones ilegales de los Estados, cubriendo con su capa las heridas que reciben la Justicia y el Derecho.

