

EL CASO CAROLINE ¿UN PRECEDENTE DE LEGÍTIMA DEFENSA PREVENTIVA?

THE CASE CAROLINE A PRECEDENT OF INTERNATIONAL SELF-DEFENSE?

Eduardo José Pintore

Resumen: La parte de la doctrina internacional que argumenta a favor de la existencia de un derecho a legítima defensa preventiva en el derecho internacional, invoca el caso Caroline como su precedente. Este artículo tiene por finalidad demostrar por qué este caso no constituye ni un precedente de legítima defensa preventiva ni un precedente de legítima defensa. El resultado demuestra que el caso Caroline debe ser revalorado como un precedente de estado de necesidad internacional y no de legítima defensa, sobre la base de la ausencia de un Estado como sujeto activo que ejecute un ataque armado a los fines del instituto jurídico de la legítima defensa internacional.

Palabras clave: Caso Caroline - legítima defensa preventiva - Islas Malvinas - ataque permanente - peligro permanente - estado de necesidad.

Abstract: The part of the international doctrine, that argue for the existence of a right to preventive self-defense in the international law, invoke the case Caroline as his precedent. This article aims to show why this case is neither a precedent of preventive self-defense nor a precedent of self-defense. The conclusion is that the case Caroline is to be reevaluate as a precedent of international necessity and not as one of self-defense, on the ground of the absence of a state as active subject, that execute an armed attack in the sense of the legal institution of the international self-defense.

Key words: Case Caroline - preventive self-defense - Falkland Islands - permanent attack - permanent danger - state of necessity.

Sumario: I. La fórmula Webster. — II. Los hechos. — III. ¿Es el caso Caroline un precedente de legítima defensa preventiva?—IV. ¿Es el caso Caroline un precedente de legítima defensa?. — V. Conclusiones

(*) Doctor en Derecho y Magíster Legum (LL.M.) ambos por la Freie Universität Berlin, Alemania. Completó sus estudios de derecho (Carrera de Abogacía) en la Universidad Nacional de Córdoba en donde fue varios años Ayudante Alumno y Adscripto en la materia de Derecho Internacional Público. Realizó estudios de Derecho e investigaciones en la Università degli Studi di Bologna, Italia. (E-mail: eduardopintore@gmail.com).

I. La fórmula Webster

A causa de la operación *Eduring Freedom* en Afganistán en el año 2001 y la operación *Iraqi Freedom* en el año 2003, se renovó la discusión sobre la admisibilidad en el derecho internacional de la denominada legítima defensa preventiva. En ese marco, la mayoría de los autores que la defendieron nombraron como precedente de este alegado derecho al caso *Caroline* del año 1837 (1). En misiva de Daniel Webster, Secretario de Estado de los Estados Unidos de América al embajador británico en ese país, Henry S. Fox, del 24 de Abril de 1841, el Secretario de Estado pronuncia la que luego será conocida como “fórmula Webster”, que contendría los requisitos bajo los cuales una legítima defensa preventiva sería lícita. Para poder analizar esta fórmula comenzaremos, no citando solo el pequeño párrafo que suele ser citado comúnmente, sino que lo citaremos dentro del contexto en el cual fue enunciada. En la referida comunicación escribe Daniel Webster: “Bajo estas circunstancias, y bajo aquello inmediatamente relacionado con el caso en sí, el Gobierno de Su Majestad deberá demostrar, a base de los hechos, y de las reglas de derecho nacional, cómo debe ser defendida la destrucción del ‘Caroline’. Debe ser demostrado por este Gobierno una necesidad de legítima defensa, instantánea, acuciante, que no deje posibilidad de elección de otros medios, ni tiempo para deliberar. Para esto, deberá ser demostrado, además, que las autoridades locales de Canadá -suponiendo que la necesidad del momento autorizaba a ellas a entrar en los territorios de los Estados Unidos como un todo -no realizaron nada irrazonable o excesivo; desde que el acto justificado de la necesidad de legítima defensa, debe estar limitado por la necesidad, y debe realizarse claramente dentro de ella. Debe ser demostrado que una represión o amonestación de las personas a bordo del ‘Caroline’ fue impracticable, o hubiera sido inútil; debe ser demostrado que la luz del día no podía ser esperada; que no se podía intentar de realizar una discriminación entre inocentes y culpables; que no hubiera sido suficiente el tomar y detener el barco; sino que hubo una necesidad, presente e inevitable, de atacarlo, en la oscuridad de la noche, mientras se encontraba en la orilla, y mientras hombres desarmados dormían sobre la cubierta, asesinando algunos, e hiriendo a otros, y luego también abandonarlo a la corriente, sobre la catarata, incendiándolo, indiferentes por saber si en él podrían encontrarse inocentes junto a los culpables, o vivos junto a los muertos, dejándolos a su destino, lo cual llena la imaginación con horror. Una necesidad para todo esto, el Gobierno de los Estados Unidos no puede creer que haya existido” (2).

(1) Véase por ejemplo: YOO, John, “International Law and the War in Iraq”, en *American Journal of International Law*, Vol. 97, (2003), p. 572. SAPIRO, Miriam, “Iraq: The Shifting Sands of Preemptive Self-Defense”, en *American Journal of International Law*, Vol. 97, (2003), p. 599. GILL, Terry D., “The Temporal Dimension of Self-Defense: Anticipation, Preemption, Prevention and Immediacy”, en *International Law and Armed Conflict: Exploring the Fault lines. Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Leiden - Boston, p. 125. En el mismo sentido el por ese entonces asesor legal del ministerio de relaciones exteriores de los Estados Unidos de América: TAFT William H., “Old Rules, new Threats, The Legal Basis for Preemption”, en *Council on Foreign Relation*, Noviembre 2002, accesible en: <http://www.cfr.org/publication.html?id=5250> (27/08/2011).

(2) Misiva de Daniel Webster, Secretario de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica, a Henry S. Fox, embajador británico ante ese país, del 24 de Abril de 1841, en: MANNING, William R. (edit.), *Diplomatic Correspondence of the United States, Canadian Relations 1784-1860, Volume III, 1836-1848*,

Es finalidad de este trabajo analizar, luego de una breve descripción de los hechos que la motivaron, si este caso constituye realmente un precedente de legítima defensa preventiva, como así también analizar si se trata verdaderamente de un caso de legítima defensa, tal como se suele pretender y, por lo tanto, si la interpretación de esta fórmula en ese sentido, está justificada.

II. Los hechos

Durante una revolución en Canadá en contra del gobierno británico, un grupo de rebeldes armados, procedentes del territorio de los Estados Unidos de América, cruzan el Niágara y ocupan la isla Navy Island, sobre ese mismo río, en la provincia de Upper Canada dentro del territorio de Su Majestad británica, el 13 de Diciembre de 1837. Desde allí este grupo realizaba ataques tanto a la costa del Canadá como a los barcos británicos que navegaban en las cercanías. Los rebeldes eran apoyados logísticamente con material y voluntarios provenientes desde los Estados Unidos de América por el buque *Caroline* que unía la Navy Island en territorio canadiense con Fort Schlosser, en la costa norteamericana. En la noche del 29 de Diciembre de ese mismo año un grupo de soldados británicos ingresa en jurisdicción norteamericana navegando en varios botes de menor calado hasta Fort Schlosser, encuentra allí la embarcación y luego de un corto enfrentamiento con su tripulación, toma posesión de ella, le prende fuego y la deja caer por las cataratas del Niágara. Dos ciudadanos norteamericanos mueren es esa acción. Un intercambio de correspondencia diplomática tuvo lugar entre los dos países, los cuales fijaron sus respectivas posiciones.

El caso volvió a ser tratado por ambos Estados cuando un ciudadano británico, McLeod, es encarcelado el 12 de Noviembre de 1840 en los Estados Unidos inculpado de homicidio por haber tomado parte en el grupo de tareas que causó la destrucción del *Caroline* y la muerte de dos personas (3).

Washington 1943, Part I, DoC. Nr. 1269, p. 145. El original en inglés dice: "Under these circumstances, and under those immediately connected with the transaction itself, it will be for Her Majesty's Government to show, upon what state of facts, and rules of national law, the destruction of the 'Caroline' is to be defended. It will be for that Government to show a necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation. It will be for it to show, also, that the local authorities of Canada, -even supposing the necessity of the moment authorized them to enter the territories of the United States at all, - did nothing unreasonable or excessive; since the act justified by the necessity of self-defence, must be limited by that necessity, and kept clearly within it. It must be shown that admonition or remonstrance to the persons on board the 'Caroline' was impracticable, or would have been unavailing; it must be shown that daylight could not be waited for; that there could be no attempt at discrimination, between the innocent and the guilty; that it would not have been enough to seize and detain the vessel; but that there was a necessity, present and inevitable, for attacking her, in the darkness of the night... A necessity for all this, the Government of the United States cannot believe to have existed." La traducción de este párrafo corresponde al autor de este artículo. Aquí, como en todos los demás párrafos citados, se ha traducido la expresión *self-defence* como legítima defensa. En cuanto al alcance y significado de esa expresión inglesa a ese tiempo se tratará más abajo.

(3) La doctrina internacionista cita por lo general la descripción de los hechos realizada por JENNINGS, R. Y., "The Caroline and McLeod Cases," en *The American Journal of International Law*, Vol. 32, (1938), pp. 82 ss.

III. ¿Es el caso Caroline un precedente de legítima defensa preventiva?

Como se aclaró arriba, la parte de la doctrina que defiende la existencia de un derecho a legítima defensa preventiva cita con frecuencia al caso Caroline como precedente del mismo.

En ese sentido se argumenta, que el accionar británico tenía por finalidad prevenir nuevos ataques de parte de los rebeldes.

Lo cierto es, empero, que un ataque armado, al tiempo del proceder británico, ya se estaba realizando: Que parte del territorio del Canadá estaba ocupado desde el 13 de Diciembre se desprende del informe que le hiciera el teniente gobernador de Upper Canada, Sir Francis Head, al embajador británico ante los Estados Unidos de América, Henry S. Fox, el 8 de Enero de 1838 (4). De ese informe se desprende también que el grupo rebelde estaba armado, incluso, con piezas de artillería entre otros pertrechos de guerra. Desde Navy Island los rebeldes abrieron varias veces fuego de cañón sobre algunas embarcaciones británicas como así también contra la costa canadiense misma, destruyendo una casa y matando un caballo entre otros daños. Es decir, un verdadero ataque a territorio británico estaba ya produciéndose desde esa fecha.

Dejemos de lado si el ataque en sí, como se dio, puede ser tomado como uno que autoriza a ejercitar la legítima defensa internacional. Sobre todo, dejemos de lado el problema de la autoría de ese ataque y su imputación o no a los Estados Unidos de América, lo que se tratará más abajo. Lo cierto es que la ocupación por la fuerza de parte del territorio de un Estado constituye un ataque armado a los fines del ejercicio del derecho de legítima defensa. Se trata, incluso, de un ataque armado permanente ya que dura lo que dura la lesión al bien jurídico protegido a causa del ejercicio injustificado de la fuerza. Yoram Dinstein nombra dos ejemplos de ataques que se prolongan en el tiempo. El primero es cuando, una vez ocupado el territorio de un Estado por otro, ambos comienzan negociaciones para solucionar el conflicto. Cuando esas negociaciones fracasan, lo que puede ocurrir luego de meses, el Estado atacado realiza, lícitamente, la conducta defensiva. Es el caso, según Dinstein, de la invasión de Kuwait por parte de Irak el 2 de Agosto de 1991 y la subsiguiente operación Desert Storm el 17 de Enero de 1991, es decir, cinco meses después de la invasión. El segundo ejemplo traído por Dinstein es cuando una vez ocupado militarmente parte del territorio de un Estado por otro, la distancia geográfica

(4) Ver el informe anexo como parte de la carta que le enviara el embajador británico, Henry S. Fox, al Secretario de Estado americano, John Forsyth el 6 de Febrero de 1838, en: MANNING, ob. cit., Part II, Documento Nr. 1426, p. 415 ss. Allí se lee: "(...) on the 13th of December some hundreds of the Citizens of the State of New York, as an armed body, under the command of a Mr. Van Rensselaer, an American Citizen, openly invaded and took possession of Navy Island a part of Upper Canada situate in the Niagara River". Véase también: Comunicación del Secretario de Estado de Gran Bretaña, Lord Palmerston, al embajador americano en ese país, Andrew Stevenson, del 27 de Agosto de 1841, en Manning, ob. cit., Part II, Documento 1557, p. 646, donde expresamente se afirma: "After some days preparation these people proceeded without any interruption from the Government or Authorities of the State of New York, and under the Command of an America Citizen, to invade and occupy Navy Island, a Part of the British Territory (...)".

entre la metrópolis y el teatro de operaciones lleva a que la respuesta se realice luego del transcurso de un tiempo. Dinstein cita como ejemplo al caso Malvinas en 1982 (5).

Ahora bien, es claro que para Dinstein el ataque de Irak duró tanto tiempo como duró la ocupación militar de Kuwait por parte de ese país. En cuanto al segundo ejemplo, el caso Malvinas, es notorio que ambas partes se culpaban mutuamente de un ataque armado que se extendía en el tiempo, tanto como duraba la respectiva ocupación militar del archipiélago. Gran Bretaña acusaba a Argentina de haber realizado una “ocupación militar” de ese territorio (6). Es obvio que para el gobierno inglés el “ataque armado” argentino, a los fines del derecho de legítima defensa de acuerdo al artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, duraba tanto tiempo como Argentina permaneciera en el archipiélago, por lo cual sus acciones militares, según ese gobierno, estaban cubiertas por dicha norma legal a pesar de que fue realizada después de semanas de haberse producido el hecho desencadenante. Por su parte también Argentina acusaba a Gran Bretaña de un ataque continuo en forma de ocupación militar de parte de su territorio nacional comenzada en Enero de 1833 (7), y que gracias a la conducta defensiva del 2 de Abril de 1982, había cesado (8). En ese sentido y de acuerdo a las opiniones de los Estados y autores citados, es claro que el ataque armado se prolonga en el tiempo tanto como la lesión del bien jurídico resultante de la ocupación militar del territorio se prolongue en el tiempo (9).

(5) DINSTEIN, Yoram, *War, Aggression and Self-Defence, Fourth Edition*, New York 2005, pp. 243 ss.

(6) Véase la comunicación del gobierno inglés al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: UN Doc. S/14963, S/14964, S/14973, S/15006 y S/15016, como así también lo expresado por ese gobierno en las reuniones nr. 2360 y 2362 del Consejo de Seguridad.

(7) Véase: DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, *Malvinas, ¿El Derecho de la Fuerza o la Fuerza del Derecho?*, Córdoba 1999, págs. 28 ss.

(8) Véase las comunicaciones argentinas al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: UN Doc. S/14961, S/14975 y S/15009, como así también la posición Argentina ante el Consejo de Seguridad en las reuniones nr. 2360, 2362, 2364, 2366 y 2368 del 21 al 26 de Mayo de 1982. En la doctrina: ALEXANDROV, Stanimir, A., *Self-Defense Against the Use of Force in International Law*, The Hague 1996, pp. 131 ss. BAQUERO LAZCANO, Pedro Enrique y otros, *Tratado de Derecho Internacional Público Profundizado*, Tomo IV, Córdoba 1997, pp. 409 ss., quien sostiene: “Es indudable que, siendo Inglaterra país agresor, al haber hecho uso primero de la fuerza armada el 3 de enero de 1833, Argentina estaba en su pleno derecho de usar la fuerza armada para hacer cesar la agresión que Inglaterra actualiza minuto a minuto (artículo 51 Carta de Naciones Unidas)”. Baquero Lazcano cuestiona, no el derecho de Argentina, sino solo la oportunidad y conveniencia de tal medida.

(9) La Resolución 3314 de la Asamblea General de las Naciones Unidas define el tipo legal de “Agresión” como “el uso de la fuerza armada por un Estado en contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas...”. Su artículo 3º inciso a) caracteriza como acto de agresión “la invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado”, la “ocupación militar, aun temporal” especifica este artículo expresión que incluye justamente a aquel tipo de ocupación militar de carácter más duradero y, por último, incluye esta norma como acto de agresión a toda “anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él” Véase UN Doc. A/3314/1974. Si se observa, las conductas proscriptas por esta norma tienen, necesariamente, carácter permanente, duran mientras dure la lesión al bien jurídico protegido. Una invasión, una ocupación militar o una anexión del territorio de un Estado realizado por otro Estado constituyen actos que perduran en el tiempo. Ahora bien, cuando el acto de agresión alcanza la intensidad exigida constituye un ataque

Las teorías que defienden un derecho a legítima defensa preventiva, quizás sin advertirlo, proveen un argumento de peso a esta posición: En efecto, si se quiere reconocer que existe un derecho a defenderse militarmente frente a un “peligro permanente” de que un bien jurídico sea lesionado a través de un ataque en un futuro no muy lejano, peligro fundado en una serie de ataques instantáneos los cuales, se teme, continuarán en el futuro (10), es lógicamente necesario luego, por un argumentum a maiore ad minus, que se debe reconocer un derecho a legítima defensa contra un “ataque permanente” en donde se está frente, no a un peligro permanente de una lesión futura de un bien jurídico, sino a una lesión permanente de un bien jurídico concreto. Si se me permite defenderme frente al peligro de sufrir una lesión, con más razón se me debería permitir defenderme frente a una lesión misma. En ese sentido sería absolutamente ilógico que, quien rechazando la tesis de que existe la posibilidad de un ataque armado permanente a los fines de la legítima defensa internacional, como se da en el caso Malvinas a través de la ocupación militar británica por ejemplo, defienda empero la tesis del peligro permanente, tal como sucedió con el caso de la operación Enduring Freedom en Afganistán (11).

Dicho todo esto se verá que, al momento de la “conducta defensiva” británica en el caso Caroline y aceptando aquí la posibilidad de una legítima defensa a los solos efectos de valorar si esa conducta fue preventiva o no, un ataque armado estaba ya en curso: La ocupación por la fuerza de parte del territorio de Su Majestad Británica era actual (12). Había comenzado el 13 de diciembre de 1838, siendo que la reacción británica se produjo, como se ha visto, el 29 de diciembre de ese mes. Es en este sentido el resultado a que se puede arribar es que, desde el punto de vista técnico jurídico, no hubo una acción preventiva sino que, con la destrucción del Caroline, se tuvo por finalidad hacer cesar un ataque en curso y evitar, eso sí, que se intensificara (13). Esto se ve corroborado por la

armado a los fines del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Véase, por ejemplo *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, I.C.J. Reports 1986, paras. 191, 194 y 249.

(10) Esta fue la tesis defendida por el gobierno de Gran Bretaña cuando en su comunicación al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en razón de la operación Enduring Freedom en la que sostuvo: “These forces have now been employed in exercise of the inherent right of individual and collective self-defence, recognized in Article 51, following the terrorist outrage of 11 September, to avert the continuing threat of attacks from the same source. My Government presented information to the United Kingdom Parliament on 4 October which showed that Usama Bin Laden and his Al Qaeda terrorist organization have the capability to execute major terrorist attacks...” (UN Doc. S/2001/947).

(11) Esta parece ser la posición del Reino Unido de Gran Bretaña cuando frente a la recuperación del archipiélago por parte de Argentina la designa como agresor (véase las comunicaciones del gobierno británico al Consejo de Seguridad de la ONU citadas en nota a pie de página nr. 6) mientras que de cara a la operación Enduring Freedom en Afganistán justifica su proceder a través de un continuo peligro de ataques, como lo hizo en esa oportunidad en misiva al presidente del Consejo de Seguridad de la ONU (véase UN Doc. S/2001/947 citado en la nota a pie de página anterior).

(12) “And after this open invasion of our territory...” se lee en el informe que Sir Francis Head, Gobernador Lieutenant de Upper Canada le escribiera a Henry S. Fox, embajador británico ante los Estados Unidos. Véase el informe arriba citado, en MANNING, ob. cit. p. 418.

(13) En la comunicación de Palmerston a Stevenson del 27 de Agosto arriba citada, luego de describir la situación de ocupación de Navy Island por los rebeldes, continúa aclarando: “... and having engaged

afirmación de Henry S. Fox, embajador británico en los Estados Unidos, en misiva a Daniel Webster, Secretario de Estado americano, quien recuerda que los rebeldes "... habían actualmente invadido y ocupado una porción del territorio de Su Majestad..." (14).

Frente a un ataque permanente que es actual al momento de la conducta defensiva cae el argumento del supuesto carácter preventivo de la conducta británica.

Descartada así la afirmación de que el caso Caroline se trate de un precedente de legítima defensa preventiva, pasaremos a analizar si este caso puede ser tomado como un precedente de legítima defensa.

IV. ¿Es el caso Caroline un precedente de legítima defensa?

A continuación es necesario avocarse a la pregunta si el caso Caroline es realmente un caso de legítima defensa. Es obvio que aquellos autores que recurrieron al caso Caroline para fundamentar un pretendido derecho a legítima defensa preventiva lo ven, justamente, como un caso de legítima defensa.

A nuestro juicio el caso Caroline no es un precedente de legítima defensa sino que es un claro precedente de estado de necesidad, si se admite que los demás requisitos de este instituto fueron cumplimentados en esa oportunidad.

El primer elemento que fundamenta esta afirmación es la falta de un atacante, el cual lleve a cabo un ataque (hoy diríamos ataque armado) a los fines del derecho de legítima defensa internacional. Si no hay atacante, luego no hay ataque.

Si se analiza el intercambio de correspondencia entre los dos Estados se notará que los Estados Unidos se vieron a sí mismos como Estado neutral frente al conflicto entre el gobierno británico y los rebeldes canadienses. Es por esa razón que Stevenson, embajador americano en Gran Bretaña, le recuerda a Lord Palmerston, Secretario de Estado británico, el principio de inviolabilidad del territorio de un Estado neutral, en este caso, el de los Estados Unidos de América. Si bien él reconoce allí mismo que ciudadanos americanos violaban con su voluntariado para los rebeldes la neutralidad de su país, incluso en ese caso, no corresponde a Gran Bretaña ni a sus oficiales ningún poder punitivo en contra de esas personas individuales dentro del territorio americano sino que es sólo competencia de las leyes de los Estados Unidos de América (15).

the Steam Boat Caroline which for their special Service was cut out of the Ice in which she had been enclosed in the Port of Buffalo, they used her for the purpose of bringing over to Navy Island from the United States Territory Men, Arms, Ammunition, Stores and Provisions'.

(14) Misiva de Henry S. Fox, embajador británico ante los Estados Unidos, a Daniel Webster, Secretario de Estado Americano del 12 de Marzo de 1841, en: MANNING, ob. cit., Part II, Documento Nr. 1543, p. 617. El original en inglés es: "... had actually invaded and occupied a portion of the Territory of Her Majesty..."

(15) Véase la comunicación de Andrew Stevenson, embajador norteamericano en Gran Bretaña a Lord Palmerston, secretario de Estado británico para relaciones exteriores del 22 de Mayo de 1838, en: MANNING, ob. cit., Part II, Documento Nr. 1445, p. 454. El párrafo de la misiva a la cual nos referimos es el siguiente: "The Law of Nations therefore forbids all use of neutral Territory for hostile purposes, and emphatically declares, that the rights of war, shall only be exercised within the territory of the bellige-

Dado los hechos admitidos por ambas partes como probados tampoco se puede argumentar, por otro lado, que esos voluntarios estuvieran actuando por encargo y bajo el control del gobierno de los Estados Unidos, es decir, no se puede en este caso argumentar la existencia de lo que hoy se denomina un ataque indirecto por parte de los Estados Unidos en contra de Gran Bretaña (16). Esto fue reconocido por el gobierno británico expresamente: En nota del 6 de Febrero de 1838 el embajador británico ante los Estados Unidos de América le afirmaba al Secretario de Estado americano del carácter pirata (*piratical character*) de esta embarcación y de la personas armadas, afirmando él mismo que al tiempo de los hechos, las leyes y las autoridades de los Estados Unidos en esa región fueron sobrepasados por este grupo armado de rebeldes (17).

De parte americana, el embajador de ese país en Gran Bretaña reconocía, en una misiva al Secretario de Estado Británico de la imposibilidad de ese Estado en mantener el orden al momento de los hechos. Pero esta situación no justificaba en absoluto el proceder británico (18).

Esa tesis fue reafirmada en 1841 por el Secretario de Estado de los Estados Unidos al embajador británico en comunicación del 24 de Abril, a causa del intercambio de comunicaciones por el caso McLeod. Allí remarca el Secretario de Estado que en un límite tan extenso, como el de los Estados Unidos con el Canadá, es fácil de suponer que, más allá de la voluntad de ambos gobiernos, hechos irregulares se produzcan de vez en

rent; on the high seas; or without the jurisdiction of any other Nation. Hence it is forbidden, as well by Universal, as international Law, to commence or continue any act of violence against enemies 'ships, within the limits and jurisdiction of a Neutral Nation. Every entrance therefore into neutral Territory with hostile intention is denounced as unlawful... If then, the individuals on board the Caroline, were violators of the neutrality of the United States, and the rights of war, by giving aid and succor to the Insurgents, and had forfeited all claim to the protection of their country, they were yet not punishable within the territorial limits of the United States by Great Britain, or her Officers, but were alone amenable to the laws of the United States”.

(16) Sobre el ataque indirecto como posible desencadenante de un derecho de legítima defensa internacional véase: LAMBERTI ZANARDI, Pierluigi, *“Aggressione armata indiretta ed elemento soggettivo dell’illecito internazionale”*, en *International Law at the Time of its Codification*, Essays in Honour of Roberto Ago, Milano 1987, pp. 153 ss.

(17) Misiva del embajador británico, Henry S. Fox, al Secretario de Estado Americano, John Forsyth, del 6 de Febrero de 1838, en MANNING, ob. cit., Part. II, Documento Nr. 1426, pp. 415 ss. Especialmente el párrafo donde se lee: “At the time when the event happened, the ordinary laws of the United States were not enforced within the frontier district of the State of New York. The Authority of the Law was overborne, publicly, by piratical violence”.

(18) Comunicación de Andrew Stevenson, embajador norteamericano en Gran Bretaña a Lord Palmerston, secretario de Estado británico para relaciones exteriores del 22 de Mayo de 1838, en MANNING, ob. cit., Part II, Documento Nr. 1445, p. 456, en donde se lee: “If however, the United States had failed to preserve its neutral relations, it would still have afforded no ground of defense or justification for this proceeding. That would have been a matter for adjustment between the two Governments and not left to the rashness and caprice of subordinate officers such as those concerned in the perpetration of this outrage...”.

cuando (19). Por su parte, remarca Webster, que el gobierno americano ha penalizado algunos individuos por tomar parte en los levantamientos con los cuales el caso Caroline está conectado (20).

A pesar de que el gobierno británico insistió con posterioridad sobre la inacción de las autoridades americanas frente a los rebeldes que se preparaban sobre territorio bajo su jurisdicción, nunca afirmó que Gran Bretaña haya sido víctima de un ataque ordenado y organizado por parte de los Estados Unidos de América (21).

Ahora bien, si leemos con detenimiento la comunicación de Stevenson, quien fuera embajador americano en Gran Bretaña al momento de estallar la controversia, veremos que él, luego de afirmar la neutralidad de los Estados Unidos en ese conflicto, reconoce que hay tres excepciones a este principio de la inviolabilidad del territorio de un Estado neutral. Ellos son, cuando el Estado neutral mismo concede el permiso para tal ingreso, o cuando el ingreso es pacífico pero injustamente rechazado, o en caso extremo de estado de necesidad (*state necessity*) (22). Y allí remarca Stevenson, expresamente, lo siguiente: “Cuando el derecho es (como se presupone en este caso) reclamado sobre la base del estado de necesidad, debemos observar la ley de las naciones sobre el carácter y el grado del estado de necesidad, y las condiciones anexas para su ejercicio. En la actualidad todos los publicistas están de acuerdo que la necesidad para que pueda justificar la invasión a un territorio neutral debe ser inminente y extrema e incluir una destrucción amenazante. Nunca está permitido a los fines de la conveniencia, o la defensa ordinaria, o medidas de represalias,... Allá donde ha habido una clara invasión de territorio neutral, la prueba recae sobre la parte que invoca la excepción, y demuestra el carácter de la necesidad bajo la cual tomó parte la violación”. Stevenson se pregunta a continuación de estas precisiones: “¿Fue el presente uno de esos casos? ¿Fue la necesidad, incluso lejana, mucho menos extrema e inminente? ¿Qué beneficio fue obtenido con la destrucción del buque, excepto el revivir y aumentar la profunda conmoción la cual existe en la frontera

(19) Nota del Secretario de Estado de los Estados Unidos de América, Daniel Webster, al embajador británico ante ese país, Henry S. Fox, del 24 de Abril de 1841, en: MANNING, ob. cit., Part I, Documento 1269, p. 141, allí dice: “That on a line of frontier, such as separates the United States from Her Britannic Majesty’s North American Provinces, a line long enough to divide the whole of Europe into halves, irregularities, violences, and conflicts should sometimes occur, equally against the will of both Governments, is certainly easily to be supposed”.

(20) Allí mismo, p. 144.

(21) Nota del Secretario de Estado de Gran Bretaña, Lord Palmerston, al embajador americano en ese país, Andrew Stevenson, del 27 de Agosto de 1841, en: MANNING, ob. cit., Part II, Documento 1557, p. 646, donde expresamente se afirma: “After some days preparation these people proceeded without any interruption from the Government or Authorities of the State of New York...”.

(22) Comunicación de Andrew Stevenson, embajador norteamericano en Gran Bretaña a Lord Palmerston, secretario de Estado británico del 22 de Mayo de 1838, en: MANNING, ob. cit., Part II, Documento Nr. 1445, p. 454. Allí sostiene: “But it will be said, there are exceptions to this rule, and cases arising out of necessity, and self preservation,... All writers on the law of Nations concur in opinion, that there can be no entry into the Territory of an independent State, but where consent is first given; or where the entry is innocent, and unjustly refused; or in cases of extreme state necessity. These are the only exceptions to the general rule”. El remarcado de la palabra *state of necessity* lo realizó Stevenson mismo.

americana y por la cual el Gobierno de los Estados Unidos tuvo que usar sus mejores esfuerzos para mitigarla?”. Acto seguido responde: “Ninguna, Ciertamente. Por el contrario, suponiendo por un momento que esa medida fue dictada por la extrema necesidad de autopreservación, ella de hecho ni siquiera fue útil, o de cualquier manera conducente a un final que sería absurdo” (23).

En esta cita Stevenson afirma expresamente que el caso Caroline es un caso de estado de necesidad (state necessity) para luego pasar a describir qué características debe completar la necesidad, para fundamentar el derecho a violar el territorio de un Estado neutral. A su vez este diplomático utiliza como sinónimos los conceptos de necessity y el de self preservation siendo de notar que no utiliza el concepto de self-defence.

Si retomamos el párrafo arriba citado que constituye lo que se conoce como “la fórmula Webster”, se verá que Daniel Webster utiliza la expresión self-defence poniendo énfasis en la “necesidad” (necessity) de la medida tomada. Necessity es un término inglés que denota no tan solo el requisito de necesidad en la legítima defensa, sino que denota también el mismo requisito en el instituto jurídico del estado de necesidad. Pero a su vez el mismo estado de necesidad es designado con el vocablo necessity. Ahora bien, es claro que Webster aquí se refiere al concepto de necessity, no como al instituto jurídico del estado de necesidad, sino como un requisito que la acción debe poseer para estar justificada. Si bien utiliza la expresión self-defence Webster no hace referencia, para nada, a ataque alguno, siendo que este es un requisito esencial del instituto de la legítima defensa. Por el contrario en su nota, en grandes y dedicados párrafos, hace hincapié en la neutralidad de los Estados Unidos de América y en la no imputabilidad de los hechos de los voluntarios norteamericanos a su gobierno, fundamentándolos con el derecho internacional vigente. Esto es así simplemente porque en el caso Caroline no hubo un ataque de un Estado en contra de otro Estado como es *conditio sine qua non* de la legítima defensa internacional. Webster tematiza en cambio el elemento fundamental del instituto jurídico del estado de necesidad, es decir, el requisito mismo de necesidad, el cual debe poseer la conducta en cuestión para ser justificada. En la nota de Webster, la necesidad es la que determina si el actuar británico fue “irrazonable” o “excesivo” y es el mismo requisito de necesidad el que requiere que el gobierno británico demuestre porqué se debió proceder de noche, en donde difícilmente se puede distinguir entre inocentes

(23) Andrew Stevenson, allí mismo, pp. 454 y 455. Por su importancia citaremos el texto original en inglés: “If the right be claimed (as it is admitted to be in this case) on the ground of necessity, we must look to the law of nations for the character and degree of necessity, and the conditions annexed to its exercise. Now all Publicists agree that the necessity, which can justify the invasion of neutral territory, must be imminent, and extreme, and involving impending destruction. It is never permitted for purposes of convenience, or ordinary defense. Or as a measure of retaliation... Wherever then, there has been a clear invasion of neutral territory the proof lies upon the party to bring himself within the exception, and show the character of the necessity under which the violation took place. Was the present such a case? Was the necessity, even remote, much less extreme and imminent? What advantage was gained by the destruction of this vessel, but to revive and swell the deep excitement which then existed on the American frontier, and which the Government of the United States were using its best efforts to assuage? None. certainly. On the contrary, to suppose for a moment that such a measure was dictated by the extreme necessity of self preservation, which was in fact not even useful, or in any manner conducive to such an end, would be preposterous”.

y no inocentes, en cambio de hacerlo a la luz del día. Del análisis de la necesidad como requisito fundamental y quasi único como posible justificante del actuar británico y de la ausencia absoluta del concepto de ataque por parte de Estado alguno, requisito esencial de la legítima defensa internacional, se desprende que Webster si bien utilizó la expresión self-defence en realidad lo utilizó como sinónimo de necessity, es decir, como sinónimo del instituto jurídico del estado de necesidad, haciendo especial referencia justamente al requisito de necesidad de ese instituto jurídico.

Ahora bien, si el caso Caroline constituyó un precedente de estado de necesidad (24), la pregunta que surge es por qué en la correspondencia entre ambos Estados aparece la expresión self-defence, como hemos visto, lo que seguramente coadyuvó a que la doctrina internacionalista tomara este caso como un precedente de legítima defensa internacional.

La respuesta es simple y fue dada ya por algunos autores: Los conceptos self-defence, necessity y self-preservation eran utilizados por aquella época como sinónimos y designaban un derecho general de autotutela (self-help) (25). Es decir, todas estas expresiones eran utilizadas para describir situaciones que configuraban lo que hoy se reconocen o como estado de necesidad algunas veces, o legítima defensa otras veces o simplemente represalias en otros casos, conceptos todos que hoy aparecen bien diferenciados unos de otros por la ciencia internacionalista y que en aquel tiempo no lo eran, al menos claramente.

El caso Caroline en concreto, empero, no se trata de un precedente de legítima defensa internacional por la razón fundamental que, como se demostró más arriba, no existió en ningún momento un ataque de un Estado en contra de otro Estado, no hubo un ataque de parte de Estados Unidos de Norteamérica en contra de Gran Bretaña. Puede ser que, como lo pretendió la parte británica, por inacción o impotencia de los Estados Unidos una lesión a un bien jurídico de Gran Bretaña, es decir su integridad territorial, estaba ya en curso y amenazaba con empeorarse aún a través de la acción de los rebeldes. Los Estados Unidos de América empero nunca realizaron un ataque, ni si quiera lo que hoy llamaríamos un ataque indirecto, en contra de Gran Bretaña y, como lo hemos visto más arriba, el gobierno británico nunca invoco haber sufrido un tal ataque.

(24) En la actualidad se comienza a reconocer el caso Caroline como un caso de estado de necesidad. Si se ve el comentario al artículo 25 (necessity) del Proyecto de Convención sobre Responsabilidad de los Estados, publicado en CRAWFORD, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge 2002, artículo 25, p. 179, donde textualmente se lee: "The 'Caroline' incident of 1837, though frequently referred to as an instance of self-defence, really involved the plea of necessity at a time when the law concerning the use of force had a quite different basis than it now has". Véase también: TANZI, Atila, *Introduzione al Diritto Internazionale Contemporaneo*, seconda edizione, Padova 2006, p. 462.

(25) LAMBERTI ZANARDI, Pierluigi, *La Legittima Difesa nel Diritto Internazionale*, Milano 1972, pp. 54 ss. BROWNLEE, Ian, *Principles of Public International Law*, Seventh Edition, Oxford - New York 2008, p. 734. CASANOVAS y LA ROSA, Oriol, en: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Decimosexta Edición, Manuel Díez de Velasco, Madrid 2007, p. 1038.

Ahora bien, si no hubo ataque y por lo tanto no hubo atacante, el instituto jurídico que permite una acción lesiva pero justificada en contra de un tercero inocente es el instituto jurídico del estado de necesidad (necessity). Y esta pauta también nos indica que el caso Caroline es un caso de estado de necesidad y por ello la única cuestión que sería discutible, y que de hecho lo fue entre los dos gobiernos involucrados, es si los demás requisitos de ese instituto jurídico fueron cumplimentados en este caso concreto, sobre todo, el requisito de necesidad. Hemos visto cómo el gobierno americano reclamaba al británico el demostrar que la necesidad justificante se había dado. No trataremos esta cuestión en el presente artículo, ya que no es la finalidad de este trabajo, pero sí dejemos en claro que en el derecho internacional moderno es ampliamente reconocido, que un estado de necesidad no puede nunca justificar la violación a una norma del jus cogens como por ejemplo, la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza del artículo 2º inciso 4) de la Carta de las Naciones Unidas (26).

V. Conclusiones

Un gran número de autores que proponen la vigencia de un derecho a legítima defensa preventiva proponen como precedente el caso Caroline.

Como se ha visto en este artículo, el caso Caroline no constituye, ni un caso de legítima defensa preventiva, ni un caso de legítima defensa en general.

No constituye un caso de legítima defensa preventiva ya que, de admitir la presencia de un ataque a los fines de este instituto jurídico, al momento en que las tropas británicas realizaron su “conducta defensiva” un ataque armado ya estaba en curso, esto es parte de su territorio colonial ya estaba siendo ocupado militarmente por los rebeldes de quienes ellos se defendían.

No constituye un caso de legítima defensa ya que no hubo un ataque armado por parte de un Estado en contra de otro. Gran Bretaña nunca reclamó haber sido víctima de un ataque, ni directo ni indirecto, por parte de los Estados Unidos de América, lo que también se corresponde con los hechos. Al no haber un ataque a los fines de una legítima defensa internacional y al haberse violado el territorio de un “Estado neutral”, es claro que el instituto jurídico que más se correspondería con lo acontecido es el de estado de necesidad, instituto jurídico que posibilita una acción defensiva en contra de un tercero inocente. A ese efecto se vio también cómo a la época de los hechos términos como legítima defensa (self-defence), autopreservación (self-preservation) y estado de necesidad (necessity), eran utilizados como sinónimos y sin diferenciarlos unos de otros.

Por los motivos expuestos, el caso Caroline no puede ser valorado como un precedente válido de legítima defensa preventiva. ♦

(26) Véase en ese sentido el artículo 26 del Proyecto de Convención sobre Responsabilidad de los Estados en CRAWFORD, ob. cit., artículo 26, p. 187.