

ACCIÓN PREVENTIVA Y LEGÍTIMA DEFENSA EN DERECHO INTERNACIONAL: ALGUNAS CONSIDERACIONES JURÍDICAS*

Manuel Pérez González**

SUMARIO

1. Las reacciones frente a los sucesos del 11 de septiembre. 2. ¿Sigue sirviendo el Derecho de la Carta?. 3. La delicada cuestión de la legítima defensa. 4. Una nueva doctrina... 5. ...jurídicamente reprochable y políticamente perturbadora. 6. Conclusión.

1. LAS REACCIONES FRENTE A LOS SUCESOS DEL 11 DE SEPTIEMBRE

Por su naturaleza y su alcance, los atentados terroristas del 11-S repercutieron de modo inusitado en el entorno internacional, provocando entre otras cosas un extenso y encendido debate sobre las condiciones en que el uso de la fuerza por los Estados en la lucha contra los grupos terroristas de alcance global (*of global reach*, según la significativa expresión utilizada por el actual gobierno de los Estados Unidos) y contra los Estados que les dan cobijo, está o no justificado a la luz del Derecho internacional. A la luz del Derecho internacional, que representa un punto de vista sobre la justicia en las relaciones internacionales. Digo esto de entrada porque, aún siendo cierto que el Derecho de la Carta de las Naciones Unidas puede evolucionar a través de la práctica general de los Estados en lo que concierne a la regulación internacional del uso de la fuerza, no es posible ya prescindir de los avances que en este terreno ha supuesto el proceso de institucionalización de la sociedad internacional y de su orden jurídico; por lo cual no parece correcto decir que el apoyo internacional que un Estado, por poderoso que sea, debe buscar para desplegar su fuerza militar,

* Artículo preparado para el *Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 3 de febrero de 2004 y disponible en versión de CD ROM.

** Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor visitante y conferencista en numerosas universidades e institutos de investigación en España, México, Europa y América Latina. Miembro del CICR y de la International Law Association. Autor de diferentes obras en derecho internacional

no reside sólo en la acción de las Naciones Unidas, y que las controvertidas cuestiones que puede plantear la interpretación de la Carta, en particular de su artículo 51, "*are matters more for scholars than practitioners of international relations*".¹

Un eje las reacciones frente a los brutales sucesos del 11-S fue la guerra en Afganistán desencadenada por la operación "libertad duradera" (*Endunng Freedom*). Sus autores no han dudado en justificarla invocando el derecho de legítima defensa reconocido en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. En una carta fechada el 7 de octubre de 2001, el Representante Permanente de los Estados Unidos ante las Naciones Unidas comunicaba, en efecto, al Consejo de Seguridad que la acción iniciada por su país y por otros junto con él se llevaba a cabo en ejercicio de ese derecho "*following the armed attacks that were carried out against the United States on 11 September 2001*".² A pesar de que la intervención contó con el beneplácito de no pocos Estados (entre ellos los de la OTAN y los de la Unión Europea) e incluso con el aparente respaldo del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas,³ se suscitó en torno a ella una discusión doctrinal –jurídica, por más señas– sobre su congruencia o no con los términos en que la legítima defensa está regulada en la Carta y, fuera de ella pero tal vez en consonancia con ella, por el Derecho internacional consuetudinario. ¿Podían calificarse los atentados terroristas del 11-S como un ataque armado en sentido propio? ¿Implicaba el comportamiento del gobierno talibán en el caso una participación sustancial en los actos terroristas perpetrados por Al Qaeda? ¿Era de por sí suficiente el apoyo cierto prestado por Afganistán a la organización terrorista que utilizaba su territorio como base para activar el derecho de legítima defensa, ejercitable sólo frente a un ataque armado según el artículo 51 de la Carta? ¿Satisfacía la reacción militar emprendida los criterios de necesidad, proporcionalidad e inmediatez requeridos por el Derecho consuetudinario y el de subsidiariedad respecto de la actuación institucional exigido por el artículo 51 de la Carta?

Sobre estas y otras cuestiones las respuestas doctrinales no fueron en idéntica dirección, de lo que es muestra en la doctrina española la exposición de puntos de vista tan diversos como los de C. Gutiérrez Espada⁴ y R. Bermejo García.⁵

¹ W.B. Slocombe. "Force, Pre-emption and Legitimacy", *Survival*, vol. 45, no. 1. Spring 2003. pp. 117-130; p. 121. Aún reconociendo que la obtención de la aprobación de las Naciones Unidas para una acción militar puede ser deseable –el autor se refiere en concreto a la intervención de la OTAN en Kosovo en 1999–, no resulta en su opinión una condición necesaria para el uso de la fuerza en términos de legitimidad (*legitimacy*) (*ibid.*).

² U.N. SCOR, 56th Session, U.N. Doc. S/2001/946.

³ Ver al respecto el párrafo cuarto del preámbulo de las resoluciones 1368, de 12 de septiembre de 2001, y 1373, de 28 de septiembre de 2001. Por otra parte, el Consejo de Seguridad parecería aceptar con su silencio, ya en curso la intervención en Afganistán, las razones invocadas en la carta a la que se refiere la nota anterior.

⁴ C. Gutiérrez Espada, "Los atentados del 11 de septiembre, la operación 'libertad duradera' y el derecho de legítima defensa", *RED.I.*, Vol. LIII (2001), 1 Y 2, pp. 247-271, Y "¿No cesaréis de citarnos leyes viendo que ceñimos espada?" (A propósito del 11-S)", A. 0.1., XVII (2001), pp. 25-38.

⁵ R. Bermejo García, "La legítima defensa y el Derecho internacional en los albores del siglo XXI", *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la Seguridad*, Colección Escuela Diplomática, N° 7, Madrid, 2003, pp. 127-141.

No es mi intención en esta nota entrar en el debate sobre si la operación en Afganistán se atuvo estrictamente a los parámetros jurídicos aplicables en materia de legítima defensa, aunque estoy inclinado a creer que dicha operación supuso una cierta ampliación del derecho de legítima defensa respecto de su configuración en la Carta e incluso en el Derecho consuetudinario, en el sentido de incluir en el contorno del derecho ciertos supuestos dudosos de agresión indirecta.

Mi propósito es más bien discutir la pertinencia -en términos de legalidad y de corrección política- de esa nueva doctrina, surgida al calor de las reacciones frente a los sucesos del 11-S y articulada por el actual gobierno de los Estados Unidos, que atribuye a este país el derecho de atacar, a título de legítima defensa preventiva (*preemptive self-defense*), a los Estados villanos o bribones (*rogue states*) que desarrollan armas de destrucción masiva poniendo en riesgo la seguridad de los demás ya los Estados que albergan y amparan a terroristas, incluso si los Estados Unidos no han sido atacados. La invocación de esta nueva doctrina⁶ fue, junto a otras justificaciones espurias (entre ellas la suficiencia de la tan traída y llevada resolución 1441 -en su conexión o no con la pretendida reactivación de la resolución 678 al no ser satisfechas las exigencias de la resolución 687- para legalizar la acción unilateral), la base jurídica presentada por la administración Bush para la guerra contra Irak, iniciada el 20 de marzo de 2003 con la fase operativa aérea "impacto y pavor".

No en vano el representante de los Estados Unidos en la O.N.U., en su citada carta de 7 de octubre de 2001 justificando la intervención en Afganistán, anunciaba ya al Consejo de Seguridad que las acciones entonces emprendidas estaban destinadas "to prevent and deter further attacks on the United States", y que su gobierno podría considerar "that our self-defense requires further actions with respect to other organizations and other states",⁷ en una suerte de anticipación a posibles futuros eventos cualquiera que fuera su procedencia. Pocos días antes, el 26 de septiembre de 2001, el Secretario Adjunto de Defensa de los Estados Unidos Paul Wolfowitz señalaba en la reunión de Ministros de Defensa de la O.T.A.N. que la respuesta de los Estados Unidos a los atentados terroristas sería multidimensional, multifacética y de larga duración.

⁸ No tan nueva, si se tiene en cuenta que ya en el documento *A National Strategy for a New Century* adoptado bajo la presidencia de Bill Clinton (The White House, Dec. 1999, [http://www.dlir.mil/ror.trinf/~fp./othp.r plih!";nsi";r99 prff](http://www.dlir.mil/ror.trinf/~fp./othp.r plih!)), además de justificarse el uso unilateral de la fuerza cuando lo requiriera la defensa de intereses vitales de los Estados Unidos, se hacía expresa reserva del derecho a actuar en legítima defensa golpeando las bases de los terroristas y de quienes los patrocinan, ayudan o apoyan: en concreto se justificaban en el documento los ataques llevados a cabo en 1998 contra bases terroristas en Afganistán en respuesta a los atentados contra las embajadas de los Estados Unidos en Nairobi y en Dar es Salaam, así como la destrucción de una planta en Jartum (Sudán) vinculada según los servicios de inteligencia a la producción de armas químicas y a la red terrorista de bin Laden. "The strikes -señalaba el documento- were a necessary and proportionate response to the imminent threat of further terrorist attacks against U.S. personnel and facilities, and demonstrated that no country can be a safe haven for terrorists" (pp. 14-15).

⁷ Doc. cit. *supra* en nota 2.

En cualquier caso, una vez incluido el Irak de Saddam Hussein, junto a Corea del Norte e Irán, en el "Eje del Mal" (*Axis of Evil*) por el Presidente Bush en su discurso de 29 de enero de 2002 sobre el estado de la Unión, fue tomando cuerpo la idea de llevar a cabo una acción preventiva contra Irak, so pretexto de que el régimen Ba'ath seguía desarrollando armas de destrucción masiva que podrían ser usadas de nuevo contra un adversario o ser proporcionadas a redes terroristas. Con ello se pretendía prevenir futuros riesgos eliminando a los dirigentes políticos responsables de esas acciones. Y, aunque en su estrategia política con respecto a Irak el gobierno de los Estados Unidos nunca descartó el recurso al Consejo de Seguridad en busca de apoyo a sus pretensiones, tampoco dejó de arrogarse la autoridad para, por vía unilateral, hacer cumplir las resoluciones de este órgano y atribuirse el derecho paralelo de actuar preventivamente en defensa propia.⁸

2. ¿SIGUE SIRVIENDO EL DERECHO DE LA CARTA?

En la doctrina norteamericana no han dejado de crecer desde el 11-S opiniones favorables a un derecho independiente a usar la fuerza derivado de la ineficacia del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o, más en general, de una evolución de la práctica de los Estados que ha venido a alterar los presupuestos en que venía descansando la regulación internacional del uso de la fuerza, incluidos los criterios exigidos para la autodefensa según la clásica doctrina de Webster en el asunto del *Caroline*.⁹

Para no pocos autores de ese círculo doctrinal, las viejas reglas parecen no servir ya en orden a afrontar los nuevos retos. En lo que se refiere a la legítima defensa, no ha faltado quien, abrazado a la jurisprudencia del caso *Lotus*, sostenga que, teniendo en cuenta las ambigüedades de la Carta y el propio discurrir de la práctica estatal, no parece necesario establecer que ha surgido una regla consuetudinaria permitiendo

⁸ En sus observaciones sobre la resolución 1441 (2002) del Consejo de Seguridad, el Presidente Bush se declaraba dispuesto "to discuss any material breach with the Security Council, but without jeopardizing our freedom of action to defend our country" (*Remarks by the President on the United Nations Security Council Resolution*, Nov. 8, 2002; <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/11/20021108-1.html>); y por su parte el embajador John Negroponte advertía que si el Consejo de Seguridad no fuera capaz de actuar ante nuevas violaciones iraquíes, "the resolution did not constrain any Member State from acting to defend itself against the threat posed by that country" (*Statement by U.S. Ambassador John Negroponte*, U.N. Press Release SC/7564, Nov. 8 2002, <http://www.un.org/News/Press/archives.htm>). Apud P. McLain, "Settling the Score with Saddam: Resolution 1441 and Parallel Justifications for the Use of Force against Iraq", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 13, 2003, pp. 233-291; p. 237 Y *passim*.

⁹ Según esta doctrina -que en la ocasión se aplicó en un caso en que no había habido un ataque previo, tratándose por tanto de una acción preventiva-, el Estado que recurre a la fuerza debe demostrar la necesidad inmediata (*instant*) e imperiosa (*overwhelming*) de defensa propia, que no permita la elección de medios ni deje tiempo para deliberar. Apud J.B. Moore, *Digest of International Law*, Vol. 11, Washington, 1906, p. 412.

el uso preventivo de la fuerza por parte de los Estados, sino, por el contrario, probar la inexistencia de una regla que prohíba a los Estados actuar preventivamente.¹⁰ En idéntica dirección va quien sostiene que las reglas del Derecho internacional consuetudinario en lo tocante al control del uso de la fuerza han ido alterándose a través de nuevas aserciones de derechos consentidas por los Estados que prestan su aquiescencia, lo que vendría a hacer hoy inaplicable el "test" del *Caroline*, que había sido establecido en una época y bajo unas circunstancias muy diferentes de las actuales, de modo que la nueva política de los Estados Unidos reservándose el derecho a actuar preventivamente incluso cuando la amenaza terrorista no es inminente podría hallar acomodo en el desarrollo progresivo del Derecho internacional en caso de que las reacciones de otros Estados fueran favorables.¹¹

A pesar de todo, ciertas reglas básicas del Derecho de la Carta no han perdido en absoluto su valor.¹² Por muy seductora que pueda ser la excusa de las carencias institucionales del sistema de seguridad colectiva de la Carta y, en concreto, la incapacidad del Consejo de Seguridad para meter en cintura al régimen de Saddam Hussein,¹³ la apuesta por la acción unilateral –sobre todo en su versión de acción preventiva– tiene la negativa consecuencia de investir a cualquier Estado del derecho de determinar por su cuenta la existencia de una amenaza para la paz y actuar contra esta amenaza, lo cual, según se ha dicho certeramente, "Would effectively return the international legal order to its nineteenth century condition, permitting states to attack each other based on anxiety about their neighbors' military strength and intentions".¹⁴ Distinguir entre Estados villanos y decentes (supuesto que unos y otros estén en posesión de armas de destrucción masiva) según las intenciones agresivas

¹⁰ En este sentido, A.C. Arend, "International Law and the Preemptive Use of Military Force", *The Washington Quarterly*, 26, 2, Spring 2003, pp. 89-103; p. 93.

¹¹ Ver al respecto F. L. Kirgis, "Pre-emptive Action to Forestall Terrorism", *ASIL Newsletter* July/Sept. 2002, p. 5. El propio autor considera sujeto el artículo 51 de la Carta –en lo que se refiere a la condición de que se haya producido un ataque armado– a la cláusula *rebus sic stantibus* recogida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados como una de las causas de terminación de las disposiciones convencionales, teniendo en cuenta que la amenaza del terrorismo a gran escala con armas de destrucción masiva no había sido prevista en el momento de la adopción de la Carta (*Ibid.*).

¹² Cfr. en este sentido M.E. O'Connell, "The Myth of Preemptive Self-Defense", *ASIL Task Force on Terrorism*, August 2002, <http://www.asil.org/taskforce/paust.pdf>, pp. 13-15. La autora insiste en la continuada vigencia de ciertos principios de *ius cogens* que no pueden verse afectados por una práctica inconsistente, asignando –con el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto *Nicaragua* (párr. 190)– ese carácter al principio enunciado en el artículo 2.4 de la Carta y descartándolo respecto del sedicente derecho "inherente" de autodefensa anticipada (*anticipatory self-defense*) (p. 13).

¹³ En su intervención ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de septiembre de 2002 (<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/09/20020912-1.html>) el Presidente Bush insistió en la inevitabilidad de una acción unilateral contra Irak en caso de que las resoluciones del Consejo de Seguridad sigan sin ser respetadas, retando a la Organización: "Are Security Council resolutions to be honored and enforced or cast aside without consequence? Will the United Nations serve the purpose of its founding or will it be irrelevant?".

¹⁴ P. McLain, "Settling the Score...", cit. *supra* en nota 8, p. 262.

o no que quepa atribuirles, resulta desestabilizador en el marco de un "sistema" en el que cada Estado se erija en árbitro de lo que constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales según su propia concepción de los intereses de la comunidad internacional.¹⁵ ¿O es que la alternativa a un orden que se reputa poco eficiente para velar por la seguridad internacional es colocarse fuera de su órbita —la de la Carta en este caso— para tomarse la justicia por la propia mano?

3. LA DELICADA CUESTIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

En su opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, de 8 de julio de 1996, el Tribunal Internacional de Justicia confiesa no poder perder de vista el derecho fundamental de todo Estado a su supervivencia y, por ende, su derecho a recurrir a la legítima defensa de conformidad con el artículo 51 de la Carta en el caso de que su supervivencia se vea amenazada (is at stake en el texto inglés, *est en cause* en el texto francés) (párr. 96). En su apreciación subjetiva sobre las amenazas que representan los grupos terroristas de alcance global a la vista de los sucesos del 11-S, es lógico que los Estados Unidos se planteen esta cuestión precisamente en términos de supervivencia. Lo esencial, no obstante, es determinar el origen y el alcance de las amenazas y establecer las condiciones bajo las cuales la reacción frente a aquellas puede considerarse lícita a la luz del Derecho internacional, para lo que no bastan las apreciaciones subjetivas.

Según el Derecho de la Carta, la defensa propia es legítima como reacción frente a un ataque armado (artículo 51). En el caso de Irak no es posible hablar de un ataque armado por parte de este país a los Estados Unidos, ni siquiera de su participación sustancial en los ataques terroristas del 11-S, razón por la cual la intervención llevada a cabo en la primavera de 2003 sólo podría justificarse con base en la figura de la legítima defensa preventiva.

Sin poder entrar aquí a examinar la práctica de los Estados al respecto, sí parece oportuno señalar que el "test" del ataque armado del artículo 51 de la Carta¹⁶ se cumple en aquellos casos en que el ataque está preparándose o, en otras palabras, es inminente, existiendo certeza sobre su desencadenamiento, a condición de que se satisfagan los requisitos de necesidad y proporcionalidad sentados en la doctrina del *Caroline* y aceptados como Derecho consuetudinario.

Es probable que este tipo de anticipación de la propia defensa suponga una desviación sensible del "test" del artículo 51 de la Carta, pese a las dificultades para una verificación objetiva de la concurrencia de la condición de inminencia. En la doctrina, un autor como Sir H. Waldock se refiere a la situación en que existe "con-

¹⁵ Cfr. P. McLain, *loc. cit.*, *ibid.*

¹⁶ A dicho "test" se acoge el Tribunal Internacional de Justicia en su sentencia de 1986 sobre el asunto *Nicaragua* (párr. 195).

¹⁷ C. H. M. Waldock, "The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law", *R.CAD.J.*, Vol. 82 (1952-11), pp. 451-517; p. 498.

vincing evidence not merely of threats and potential danger but of an attack being actually mounted".¹⁷ Por su parte, Y. Dinstein, utilizando la expresión "Legítima defensa incipiente" (*incipient selfdefense*), se refiere a la hipótesis de que los Estados Unidos podrían haber atacado a la flota japonesa en ruta hacia Pearl Harbor en caso de tener pruebas ciertas de que dicha flota iba bajo órdenes de ataque.¹⁸

En cualquier caso, la expansión de las circunstancias en que un Estado puede usar la fuerza en defensa propia no parece que deba llegar a un punto en que los criterios de necesidad y proporcionalidad, que siguen formando parte del Derecho internacional consuetudinario, resulten rebasados. En este sentido, si bien la legítima defensa anticipada o incipiente puede aceptarse como válida en los casos de reacción frente a un ataque que está a punto de llevarse a cabo o frente a sucesivos ataques a partir de un ataque inicial que se sabe van a producirse,¹⁹ no cabe amparar bajo el Derecho internacional consuetudinario prácticas que consistan en atacar a otros Estados basándose en simples suposiciones o sospechas de que puedan producirse agresiones de su parte en el futuro o en la percepción de que determinadas circunstancias -entre ellas el desarrollo de ciertos programas armamentísticos o el acopio de armas de destrucción masiva- puedan entrañar una amenaza para la seguridad del Estado que decide actuar preventivamente. El Derecho internacional, se ha dicho, "continues to prohibit preemptive self-defense... if that is understood to be different from responding to incipient attacks or ongoing campaigns", o, en otras palabras, "when an attack is only a hypothetical possibility and not yet in progress, even in the case of weapons of mass destruction".²⁰

Se ha intentado justificar la legítima defensa preventiva con base en el carácter "inmanente" reconocido por el artículo 51 de la Carta al derecho de legítima defensa (*inherent* en la versión inglesa y *naturel* en la versión francesa del precepto), lo que supondría la existencia previa de un derecho de rango consuetudinario de mayor amplitud que el regulado en los estrictos términos de dicho artículo. No obstante, debe hacerse notar que, al igual que en el orden estatal, la legítima defensa se presenta como una modalidad excepcional de autotutela, lo que significa que sólo tiene cabida en un sistema jurídico que transfiera de una manera general la vindicación de los actos ilícitos a un órgano comunitario.²¹ Ello excluye que la legítima defensa existiera como institución jurídica autónoma antes de la consagración del principio

¹⁸ Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 3d ed., Cambridge. 2001, p. 172.

¹⁹ Cfr. en este sentido M.E. O'Connell, "The Myth...", cit. *supra* en nota 12, pp. 67, 9-10. La autora considera que, si bien la falta de pruebas concluyentes (*convincing evidence*) de que se van a producir nuevos ataques convierte a la acción coercitiva en represalia ilícita, "the enemy's intention to continue means that even armed force in self-defense is lawful" (p. 10). tal como, según la propia autora, confirmaría la respuesta a los atentados del 11-5, inscrita en un proceso de reacción frente a hechos sucesivos. anteriores al 11-5 (ataque al World Trade Center en 1993, atentados contra las embajadas en Kenia y Tanzania en 1998, ataque al destructor USS en Yemen en 2000) y en previsión de ulteriores ataques respecto de los cuales se estaba sobre aviso (pp. 10-11).

²⁰ M.E. O'Connell, *op. cit.*, p. 11.

²¹ Cfr. A. Verdross, *Derecho internacional público* (trad. A. Truyol y Serra), Madrid, 1976, p. 403.

de la prohibición del recurso a la fuerza (artículo 2.4 de la Carta) y de la correlativa articulación de un sistema de seguridad colectiva basado en la transferencia del *ius ad bellum*, otrora en manos de los Estados, a la comunidad internacional organizada.

Aún así, se sigue defendiendo por un sector de la doctrina la posibilidad de que los Estados se guarden ámbitos de acción unilateral en materia de uso de la fuerza que van más allá de lo que prevé la Carta, lo que justificaría en concreto que se haya ido a "una especie de legítima defensa preventiva",²² teniendo en cuenta que, si bien "el ejercicio de la legítima defensa no implica otorgar una especie de carta blanca para hacer lo que se quiera y como se quiera, (...) tampoco es conveniente encasillarla de forma estricta dentro de un corsé".²³ La cuestión está, no obstante, en hasta dónde cabe llegar aflojándose el corsé. Partiendo de que la práctica posterior a la Carta registra un rechazo de la legítima defensa preventiva, se ha advertido recientemente que, aunque en el caso de la intervención en Afganistán en el otoño de 2001 parecería apuntar un esbozo de cambio de tendencias en el sentido de aceptar como *lex specialis* (esto es, para los casos en que haya de hacerse frente a actos terroristas de gran envergadura) la defensa preventiva, "la actitud de tres miembros permanentes del Consejo de Seguridad (Francia, Rusia y China) y de muchos otros Estados con ocasión de la grave crisis del Irak en el invierno-primavera de 2003, parece retornar a lo que nosotros consideramos la interpretación ortodoxa de la Carta: la defensa preventiva no encuentra apoyo en sus disposiciones".²⁴ Ni tampoco, añadido por mi parte, en el Derecho internacional consuetudinario, que en la era de la institucionalización -todo lo parcial que sea- de la sociedad y el orden internacionales excluye que ciertas prácticas contrarias a las reglas puedan interpretarse como manifestaciones del reconocimiento de una nueva regla y no como lo que son, violaciones de aquéllas.²⁵ En este sentido me parece que el Derecho de la Carta y el Derecho internacional consuetudinario -la práctica relevante de los Estados, no sólo de algunos de ellos- convergen en lo mismo.

A decir verdad, en la práctica posterior a la Carta los Estados no han propendido a invocar la autodefensa anticipada -y mucho menos aún la preventiva basada en simples amenazas potenciales- en apoyo de sus acciones coercitivas. Han preferido respaldarse en la legítima defensa en respuesta a un ataque armado, adoptando una visión amplia de ataque armado. Para algunos autores como C. Gray, esa renuencia a invocar la autodefensa anticipada es de por sí indicativa del dudoso valor jurídico de esta justificación del uso de la fuerza, teniendo en cuenta, por otra parte, la escasa disposición de los Estados a apoyarse en una doctrina que saben será inaceptable para la gran mayoría de Estados.²⁶

En el caso de la cuarentena de Cuba en 1962 durante la crisis de los misiles, el

²² En este sentido, R. Bermejo García, "La legítima defensa...", cit. *supra* en nota 5, p. 137.

²³ *Loc. cit.*, p. 138.

²⁴ J. A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho internacional público y Organizaciones internacionales*, 9ª OO., Madrid, 2003, p. 610 (ver pp. 728-729).

²⁵ En esta línea se sitúa, como es sabido, el Tribunal Internacional de Justicia en su sentencia de 1986 sobre el asunto *Nicaragua* (párr. 186).

²⁶ C. Gray, *International Law and the Use of Force*, 2000, p. 112.

gobierno de los Estados Unidos evitó invocar el artículo 51 de la Carta para justificar el bloqueo desplegado –verdadera acción preventiva–, contentándose con fundarse tan sólo en el mandato conferido a los Estados Unidos por la OEA, y en el capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas.²⁷ En el caso de la Guerra de los Seis Días en 1967, los ataques israelíes contra Egipto, Siria y Jordania no parecieron justificarse sobre la base de la autodefensa anticipada, sino más bien considerando que las acciones de los Estados árabes atacados (concentraciones masivas de fuerzas, bloqueo del estrecho de Tirán) constituían pasos irrevocables hacia la guerra y en tal sentido debían verse como un ataque armado previo.²⁸ En el caso de la destrucción en 1981 por un *raid* aéreo israelí de un reactor nuclear en construcción en la localidad iraquí de Osirak, Israel sí se escudó en el “derecho legítimo” (*legitimate right*) de autodefensa que reconoce a todo Estado el Derecho internacional y la Carta de las Naciones Unidas, considerando *inter alia* que Irak seguía negando el derecho de Israel a existir y llevaba adelante un programa nuclear que tenía por objeto desarrollar armas capaces de destruir a Israel, lo que justificaría que éste se viera en la precisión de “eliminar (*removing*) esa terrible amenaza nuclear a su existencia”. Frente a tal alegación, el Consejo de Seguridad, en su resolución 487, adoptada el 19 de junio de 1981 por unanimidad –incluido, pues, el voto de los Estados Unidos,²⁹ condenó la acción israelí como una clara violación de la Carta de las Naciones Unidas y de las normas internacionales de comportamiento (*norms of international conduct*), es decir, del Derecho internacional general; y por su parte la Asamblea General calificó dicha acción de agresión en su resolución 36/27130.³⁰

En relación con este caso del reactor nuclear de Osirak, la circunstancia de que su construcción no estuviera acabada descartaba en principio que un ataque iraquí fuera inminente. Con todo, un autor como T.M. Frank ha observado que la cuestión de la “inminencia” estribaba no tanto en las capacidades de Irak cuanto en su propensión a utilizar armas nucleares, siendo así que las propensiones “are obdu-rately unamenable to conclusive proof”.³¹ Ello incide, como ha apuntado P. McLain,³²

²⁷ Ver J. Zourek, *L'interdiction de l'emploi de la force en droit international*, Leiden, 1974, pp. 106-107. Según la opinión de este autor, con la que estoy de acuerdo, la apelación a las acciones coercitivas regionales del capítulo VIII de la Carta tampoco resultaba válida en este caso al faltar el requisito de la autorización del Consejo de Seguridad estipulado en el artículo 53 (*ibid.*).

²⁸ Cfr. C. Gray, op. cit. *supra* en nota 26, pp. 112-113. En este caso, Y. Dinstein (op. cit. *supra* en nota 18, p. 173), justificando la acción israelí y apoyando los alegatos de Israel, utiliza la expresión “interceptive self-defense” indicando que tiene lugar “after the aggressor state has taken irrevocable steps to make an armed attack but before the aggressor is able to actually fire the first shot”.

²⁹ El representante de los Estados Unidos, J. Kirkpatrick, se sumó a la condena considerando que Israel había violado la Carta, en particular por no haber agotado todas las opciones pacíficas antes de atacar. U.N. SCOR 36th Session, 2288th Meeting, U.N. Doc. S/PV.2288 and Corr.1 (1981).

³⁰ Ver, entre otros, G. Fischer, “Le bombardement par Israël d'un réacteur nucléaire irakien”, *A.F.D.I.*, 1982, pp. 147 Y ss.

³¹ T.M. Franck, *Recourse to Force*, 2002, p. 106.

³² P. McLain, “Settling the Score...”, cit. *supra* en nota 8, p. 271.

en uno de los problemas cruciales sobre la cuestión de si Irak podría en el futuro usar armas de destrucción masiva.

4. UNA NUEVA DOCTRINA (...)

No puede decirse que la práctica internacional refleje un consenso sólido—una *opinio iuris* general— sobre la aceptación o, por el contrario, el rechazo de la autodefensa anticipada, si bien puede decirse que en el Derecho internacional consuetudinario parece reflejarse una tendencia a justificar este tipo de autodefensa en ciertas situaciones, en particular cuando existe una fuerte evidencia de que un ataque irresistible es inminente.³³ Ello avalaría una visión no restrictiva³⁴ del derecho reconocido como inmanente (inherente, natural) en el artículo 51 de la Carta, en el sentido de que la Carta no descartaría la continuidad de un “broad pre-UN Charter customary right of anticipatory self-defense”, en palabras de A.C. Arend.³⁵ No obstante, creo necesario volver a señalar que la doble condición de la necesidad y la proporcionalidad exigida en la nota de Webster de 1842 en el asunto del *Caroline* como *conditio sine qua non* de la legalidad de la defensa propia, sigue estando vigente a todos los efectos, pudiendo verse afectada por interpretaciones deliberadamente laxas sobre la concurrencia del criterio de la “inminencia”. El Tribunal Internacional de Justicia, que en el asunto *Nicaragua* dejó bien claro que el derecho de legítima defensa—tanto individual como colectiva— sólo puede ser ejercido si el Estado afectado ha sido víctima de un ataque armado,³⁶ se abstuvo de pronunciarse sobre la cuestión, no planteada por las partes, “de la licitud de una reacción a la amenaza inminente de un ataque armado”,³⁷ renunciando así a estatuir *ultra petita*. Con ello las cosas quedaron en el aire.

A raíz de los sucesos del 11-S, se alzaron voces en los círculos oficiales y oficiosos de los Estados Unidos en pro de una acción preventiva contra los terroristas y sus protectores o encubridores, en el contexto de una “guerra” de largo alcance contra el terrorismo. Surgió así esa nueva doctrina que, como queda dicho, atribuye a los Estados Unidos el derecho de atacar a título preventivo a los Estados que cobijan a los terroristas y, por extensión, a aquellos otros que con fines presuntamente hostiles habida cuenta de su condición de *rogue states*—se procuran o intentan procurarse armas de destrucción masiva susceptibles de ser utilizadas contra un oponente o de ser facilitadas a redes terroristas. Si para algunos esta insólita versión de la

³³ Cfr. en este sentido P. McLain, *loc. cit.*, citando a su vez a T.M. Franck.

³⁴ En la doctrina anglosajona se suele hablar de *restrictionist* y *counter-restrictionist* para designar, respectivamente, a los partidarios de una visión ajustada del artículo 51 de la Carta que limite el uso de la fuerza en defensa propia a las circunstancias en que un ataque armado ha ocurrido, y a quienes defienden que la Carta no tiene por objeto restringir el derecho consuetudinario preexistente de legítima defensa anticipada.

³⁵ A.C. Arend, “International Law and the Preemptive Use...” *Id.* *supra* en nota 10, p. 92.

³⁶ Sentencia de 27 de junio de 1986, párr. 195.

³⁷ Sentencia citada, párr. 194.

“prevención” (*preemption*) en el uso unilateral de la fuerza supone una desviación sensible de los parámetros tradicionales de la legítima defensa, para otros no se trataría sino de una adaptación de esos parámetros a las nuevas circunstancias derivadas de las amenazas -no previstas antes por el Derecho internacional- que plantean los retos terroristas y los Estados fuera de la ley.

El núcleo de la nueva doctrina –la “doctrina Bush” sobre la acción preventiva– se halla recogido en el documento *The National Security Strategy of the United States of America*,³⁸ adoptado por el actual gobierno de los Estados Unidos en septiembre de 2002. En su presentación, el Presidente George W. Bush califica a la guerra contra los terroristas de alcance global como una empresa mundial de duración incierta, y, tras vincular las amenazas planteadas por el terrorismo con “los esfuerzos de nuestros enemigos para adquirir tecnologías peligrosas”, llega a la conclusión de que, “como una cuestión de sentido común y de autodefensa, Estados Unidos actuará contra esas amenazas en surgimiento [*emerging threats*] antes de que éstas terminen de formarse”, teniendo en cuenta la necesidad de “estar preparados para frustrar los planes de nuestros enemigos” y, en definitiva, el hecho de que, “en el nuevo mundo en que hemos entrado, el único camino hacia la paz y la seguridad es el de la acción”.³⁹

Estas consideraciones inspiran todo el cuerpo del documento, en el que, entre otras cosas, se dice: “Nuestro objetivo inmediato será atacar a las organizaciones terroristas de alcance mundial o a todo terrorista o estado patrocinador del terrorismo que intente adquirir o utilizar armas de destrucción en gran escala o sus precursores, y defender a los Estados Unidos, al pueblo estadounidense y a nuestros intereses dentro y fuera del país, mediante la identificación y destrucción de la amenaza antes de que llegue a nuestras fronteras”.⁴⁰

Pero donde de modo más preciso se recoge la esencia de la doctrina de la acción preventiva es en el siguiente pasaje del documento:⁴¹

“Durante siglos el Derecho internacional ha reconocido que no es necesario que los países sufran un ataque antes de que puedan tomar legalmente medidas para defenderse de las fuerzas que presentan peligro inminente [*imminent danger*] de ataque. Expertos jurídicos y juristas internacionales a menudo condicionan la legitimidad de la prevención [*legitimacy of preemptio*] a la existencia de una amenaza inminente [*imminent threat*], especialmente una movilización visible de ejércitos, armadas y fuerzas aéreas que se preparan para atacar.

³⁸ El texto está disponible en <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.html>. Una versión no oficial dada en español por el Departamento de Estado de los Estados Unidos -y utilizada en este trabajo para mayor claridad- puede consultarse en <http://usinfo.state.gov/espanol/terror/02093001.htm>

³⁹ George W. Bush, Introducción (17 de septiembre de 2002).

⁴⁰ Doc. cit., *sub* 111, “Fortalecer las alianzas para derrotar el terrorismo mundial y actuar para prevenir los ataques contra nosotros y nuestros amigos”

⁴¹ Doc. cit., *sub* V, “Impedir que nuestros enemigos, provistos de armas de destrucción en masa, sean una amenaza para nosotros, nuestros aliados y nuestros amigos”.

Debemos adaptar el concepto de amenaza inminente a las capacidades y objetivos de los adversarios de hoy. Los Estados al margen de la ley [*rogue states*] y los terroristas no buscan atacarnos usando medios convencionales. Saben que esos ataques fracasarían. En cambio, dependen de actividades terroristas y, potencialmente, del uso de armas de destrucción en masa, armas que pueden ocultarse fácilmente, transportarse en secreto y utilizarse sin previo aviso.

(...)

Durante largo tiempo Estados Unidos ha mantenido la opción de la acción preventiva (*Preemptive action*) para contrarrestar una amenaza suficiente a nuestra seguridad nacional. Cuanto mayor sea la amenaza, mayor es el riesgo de la inacción y más imperiosa la razón para tomar medidas preventivas [*anticipatory action*] para defendernos, aunque subsista incertidumbre en cuanto al momento y el lugar del ataque del enemigo. Para impedir o evitar tales actos hostiles de nuestros adversarios. Estados Unidos actuará preventivamente, si es necesario.”

La doctrina expuesta, cuyo discurso gira en torno a la necesidad de ganar la guerra contra los terroristas de alcance global (of *global reach*), sin hacer distinción entre éstos y quienes a sabiendas les dan refugio o les prestan asistencia,⁴² incluyendo a los Estados villanos con designios hostiles —entre los que se señala a Irak y a Corea del Norte—, tiene su origen en la decisión de reaccionar frente a los atentados del 11-S emprendiendo acciones coercitivas de tipo preventivo contra objetivos bajo sospecha, según resulta claro del anuncio, dado al Consejo de Seguridad por 105 Estados Unidos en la ya citada carta de 7 de octubre de 2001, de que tras Afganistán el gobierno norteamericano consideraría la posibilidad de llevar a cabo ulteriores acciones contra otras organizaciones y otros Estados.

Esa retórica combativa se convertiría en algo recurrente en las declaraciones de Bush y de otras destacadas personalidades de su entorno a raíz del 11-S. En una especie de anticipación a la *National Security Strategy*, ya el propio Presidente había expuesto los puntos centrales de la doctrina en su discurso pronunciado el 1 de junio de 2002 en el acto de graduación de la Academia Militar de West Point, al decir entre otras cosas que, a la vista de las nuevas amenazas, ya no son suficientes las tradicionales políticas de disuasión y contención, debiendo por el contrario “to be forward-looking and resolute, to be ready for preemptive action when necessary to defend our liberty and to defend our lives”,⁴³ teniendo en cuenta que, lejos de ganarse a la defensiva, la guerra contra el terror requiere quebrantar los planes del enemigo y “confront the worst threats before they emerge”.⁴⁴

Parece oportuno referirse, por lo demás, a las posibles repercusiones de la doctrina Bush sobre la cuestión del uso de la fuerza en el terreno de la legítima defensa

⁴² Ver doc. cit., 111, segundo párrafo.

⁴³ Remarks by the President at 2002 Graduation Exercise of the U.S. Military Academy, West Point, N.Y., 1.6.2002; <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/06/20020601-3.html>

⁴⁴ Loc. cit., *Ibid.*

colectiva. Poniendo énfasis en la necesidad de cooperación con otros centros principales de poder mundial (*global power*), la *National Security Strategy* insta a la O.T.A.N.—organización que a raíz de los sucesos del 11-S había decidido activar por primera vez en su historia la cláusula de defensa del artículo V del Tratado del Atlántico Norte— a desarrollar nuevas capacidades que permitan llevar a cabo su misión en nuevas circunstancias, dondequiera que los intereses comunes se vean amenazados.⁴⁶ La propia Alianza, en su Nuevo Concepto Estratégico adoptado en 1999, ya había redefinido su papel con vistas a responder a los nuevos riesgos derivados de la inestabilidad, en particular la proliferación de armas de destrucción masiva y las acciones de terrorismo y sabotaje. Ahora venía a ser requerida por los Estados Unidos para, yendo más allá, seguir el modelo de la Estrategia de Seguridad Nacional y adoptar un concepto más amplio de autodefensa.⁴⁶ Debido, no obstante, al rechazo por parte de varios Estados de la Alianza de una doctrina que pudiera involucrar a ésta en aventuras de incierto desenlace, la Cumbre de Praga celebrada el 21 de noviembre de 2002 no endosó en su Declaración⁴⁷ los puntos clave de la doctrina, evitando referirse a la idea de “prevención” o de “acción preventiva” y limitándose a encarecer la necesidad de reforzar la O.T.A.N. para afrontar las nuevas graves amenazas y los formidables desafíos de seguridad del siglo XXI, incluida la amenaza que representan el terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva y sus vectores.

Por parte de algunos se ha dicho que, si a raíz de las nuevas circunstancias sobrevenidas el marco normativo de la Carta ha dejado de reflejar el Derecho internacional existente en lo que se refiere al control del uso de la fuerza, la doctrina Bush de la acción preventiva puede reputarse válida desde el punto de vista jurídico, si bien imprudente (*unwise*) en el terreno político.⁴⁸ En mi opinión, dicha doctrina no se sostiene bajo ninguna de las dos perspectivas.

5. (...) JURÍDICAMENTE REPROBABLE Y POLÍTICAMENTE PERTURBADORA

Lo que hace a la doctrina Bush diferente de las concepciones previas de la autodefensa anticipada o incipiente es esa insistencia en adaptar el concepto de amenaza inminente a las capacidades y objetivos de los adversarios de hoy en día — los terroristas y los *rogue states* hostiles—, ensanchando a beneplácito de quien decide intervenir el ámbito de aplicación de la legítima defensa. Incurre así esta doctrina, deliberadamente, en una confusión entre dos conceptos designados en la terminología jurídica anglosajona como *preemption* y *prevention*, que expresan, respectivamente,

⁴⁶ Doc. cit. *supra* en nota 38, VIII, Desarrollar programas de acción cooperativa con los otros centros principales del poder mundial”, párrafos tercero a quinto.

⁴⁷ Ver al respecto C. Gray, “The US National Security Strategy and the New ‘Bush Doctrine’ on Preemptive Self-defense”, *Chinese Journal of International Law*, 2002, pp. 436-444; p. 443.

⁴⁸ Ver *Déclaration du Sommet de prague*, OTAN Communiqué de presse (2002)127, 21 nov. 2002, <http://www.nato.int/docu/pr/2002/p02-127f.htm>

⁴⁹ A.C. Arend, op. cit. *supra* en nota 10, p. 89.

una respuesta (lícita) a una agresión que está a punto de llevarse a cabo (*preemptive attack*) y un ataque (ilícito) no provocado por una agresión-actual o inminente y basado en la mera apreciación subjetiva de amenazas potenciales (*preventive war*),⁴⁹ como en este caso lo fue la intervención en Irak en 2003. Al reclamar para los Estados Unidos el derecho a usar la fuerza cuando y donde crea que la prevención de posibles amenazas lo exige, la Administración Bush, con su doctrina, renuncia a definir la línea que separa la legítima defensa -incluso en su versión de autodefensa anticipada- de la agresión, borrando en consecuencia toda distinción viable entre los fines defensivos y ofensivos de la acción militar.⁵⁰

El proceso de institucionalización de la sociedad y el orden internacionales que he resaltado a lo largo de estas páginas ha dado lugar a una situación en que el uso de la fuerza queda sujeto a una serie de reglas -sustantivas unas y de carácter institucional otras- a través de las cuales el Derecho de la Carta incide en el Derecho internacional consuetudinario, adaptándolo al propósito central del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Ello exige, por ejemplo, que el Estado que percibe que puede ser atacado se base en pruebas ciertas sobre la inminencia del ataque y no en puras suposiciones o indicios, pues en otro caso la situación debe considerarse como una mera amenaza y no como un ataque en el sentido del artículo 51 de la Carta, correspondiéndole al Consejo de Seguridad decidir si la paz está amenazada y qué medidas deberán tomarse: "Leaving this determination -señala D. Murswiek- to any state that may feel threatened would severely undermine the peace-keeping system of U.N. Charter".⁵¹ Este mismo autor considera que, aún reconociendo los fallos de este sistema, debidos entre otras cosas a la capacidad de veto de ciertos Estados en el seno del Consejo de Seguridad, una manera de adaptar el régimen existente a los nuevos retos podría consistir en reforzar las estructuras de decisión de dicho órgano y los medios de acción a su alcance más que en expandir los poderes unilaterales de los estados individuales.⁵² Poderes unilaterales que en la *National Security Strategy* parece arrogarse a su arbitrio el gobierno de los Estados Unidos al advertir que, "si bien... tratará constantemente de obtener el apoyo de la comunidad internacional, no dudaremos en actuar solos, en caso necesario, para ejercer nuestro legítimo derecho a la defensa propia con medidas preventivas" contra los terroristas.⁵³

La nueva doctrina parte de que la nueva situación creada por los terroristas de alcance global y los Estados villanos desaconseja seguir dependiendo de una posición de reacción (*reactive posture*) y exige por el contrario, estar dispuesto a no dejar que el adversario proporcione el primer golpe.⁵⁴ Desde esta óptica, se justifica una acción

⁴⁹ Cfr. I. Daalder, *Policy /implications of the Bush Doctrine on Preemption* (papel presentado en la Mesa Redonda "Old Rules, New Threats" organizada por el Council on Foreign Relations y la A.S.I.L.), p. 2, <http://www.cfr.org/Publication.Dhp?id=5251>

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ D. Murswiek, *The American Strategy of Preemptive War and International Law* (versión inglesa del original alemán publicado como artículo en *Neue Juristische Wochenschrift* (N.J.W.J., 56, 2003, pp. 1014 Y ss.), p. 7, <http://www.lura.uni-freiburg.de/loeffr3/DaDers/murswiekPreemptiveWar.Ddf>

⁵² Loc. cit., p. 12

⁵³ Doc. cit. *supra* en nota 38, sub 111.

⁵⁴ Doc. cit., sub V.

anticipada “aunque subsista incertidumbre en cuanto al momento y el lugar del ataque del enemigo”.⁵⁵ Pero –y esto es lo que hace a la doctrina Bush diferente e insólita– con ello se produce una relajación excesiva del requisito de la necesidad exigido para la legítima defensa, sobre todo en lo tocante a la determinación de la inminencia del ataque. Según la nueva estrategia de Seguridad Nacional, las decisiones sobre la necesidad de una acción preventiva dejan de estar vinculadas al estándar tradicional de la amenaza inminente y pasan a conectarse a un estándar mucho más indefinido e indeterminado que deja la puerta abierta a la posibilidad de guerras preventivas.

¿Dónde, en efecto, se traza la línea? En lo que se refiere a la amenaza de las armas de destrucción masiva, ¿bastaría con la simple posesión de estas armas –que de por sí no equivale a la amenaza de un ataque armado ni siquiera constituye un hecho internacionalmente ilícito salvo que se violen obligaciones convencionales específicas– o se requeriría una amenaza próxima de uso? Y puestos a valorar las intenciones, ¿sobre qué base y por qué vías cabría determinar la existencia de propensiones hostiles? En cuanto a la virtualidad de la amenaza, ¿se justificaría la acción preventiva contra un Estado que estuviera en las fases iniciales de un programa de desarrollo de armas nucleares?

En lo que se refiere al terrorismo, ¿qué estándar debería aplicarse? La cuestión de la prevención no parece plantearse con respecto a un grupo como Al Qaeda que ha venido realizando una serie de ataques sucesivos contra los Estados Unidos, en cuyo caso el estándar aplicable sería el de la legítima defensa frente a un ataque armado en marcha. El problema se presentaría en relación con un grupo que todavía no ha realizado una acción de este tipo pero que parece capaz o dispuesto a hacerlo en el futuro: excluida la inminencia del ataque, ¿a partir de qué momento podría lícitamente un Estado llevar a cabo una acción preventiva contra ese grupo?

Interrogantes como éstos, planteados por un autor como A.C. Arend,⁵⁶ favorable –con matices– a la doctrina de la acción preventiva, reflejan las dificultades con que topa esta doctrina a la hora de justificar actuaciones como la intervención en Irak, a falta de criterios jurídicos precisos para determinar en qué casos el uso preventivo de la fuerza se reputaría lícito. Y ello sin entrar en consideraciones sobre la fragilidad –en ausencia de pruebas concluyentes– de las acusaciones de connivencia con los terroristas y de posesión de armas de destrucción masiva en el caso de Irak, las dos condiciones básicas de aplicación de la doctrina.

Al final, la doctrina Bush implica sustituir la exigencia de un ataque inminente como condición de la legítima defensa anticipada por una escala fluctuante que en un determinado punto alcanza el nivel de una “amenaza suficiente” –según la determinación unilateral del Estado decidido a actuar– como justificación de la acción preventiva.

Con todo lo atractiva que la nueva doctrina pueda parecer desde la perspectiva política de la seguridad, la verdad es que está carente de pautas que la preserven de atentar contra la prohibición general del recurso a la fuerza. En su ya citado discurso

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ A.C. Arend, op. Gil. *Supra* en nota 10, pp. 98-99.

de junio de 2002 en West Point, el Presidente Bush dijo que no es necesario que las amenazas se materialicen del todo (*fully materialize*) para actuar contra ellas. Y en este punto es posible hacerse otras preguntas, esta vez de la mano de P. McLain:⁵⁷ ¿Basta una amenaza ligera para justificar la acción militar? ¿Puede caracterizarse como política de último recurso una acción militar, que se anticipe a una amenaza parcialmente materializada? ¿Cómo cabe formular un uso proporcionado de la fuerza ante una amenaza que no se ha materializado plenamente?

Este último interrogante nos trae a la cuestión de la proporcionalidad, otra de las condiciones de la legítima defensa enunciadas en la doctrina del *Caroline* y retenidas como Derecho consuetudinario por el Tribunal Internacional de Justicia en su opinión consultiva de 1996 sobre las *armas nucleares*.⁵⁸ Y en este punto parece necesario señalar que la doctrina de la acción preventiva no sólo va contra el criterio de la necesidad de la autodefensa sino también contra las reglas o estándares generalmente aceptados sobre un uso proporcionado de la fuerza. ¿Qué medida puede utilizarse para evaluar la proporcionalidad frente a un ataque posible? A falta de una referencia válida, ¿no será la apreciación subjetiva del Estado que dice verse amenazado la que determine la cantidad de fuerza necesaria para la prevención? En el caso de Irak, la acción de los Estados Unidos y el Reino Unido acabó ajustándose a los planes que propugnaban un uso masivo de la fuerza para ocupar todo el territorio iraquí y derrocar a su régimen. La *National Security Strategy* señala precisamente a Irak, junto a Corea del Norte, como Estado villano al que hay que pararle los pies, con base, entre otras razones, en la necesidad de prevenir el desarrollo por parte del régimen de Saddam Hussein de armas nucleares y su eventual suministro a grupos terroristas. Con ello, no obstante, los Estados Unidos adoptan un enfoque selectivo sobre la no proliferación, exceptuando a países como Pakistán, India e Israel de acusación en la exposición de la nueva doctrina.

Según se ha podido advertir,⁵⁹ uno de los aspectos cuestionables de la *National Security Strategy* es la alegada imbricación (*overlap*) entre los Estados que apoyan el terrorismo y los que procuran armas de destrucción masiva,⁶⁰ toda vez que los esfuerzos por vincular el uso de la fuerza en respuesta a ataques terroristas pasados o futuros con el uso de la fuerza para prevenir la proliferación de armas de destrucción masiva son objeto de controversia incluso entre los aliados de los Estados Unidos. Sin dejar de encarecer el peligro que el terrorismo sigue representando (ataques terroristas tras el 11-S contra un club nocturno en Bali, contra un teatro en Moscú, contra un superpetrolero francés en Yemen, contra la Casa de España en Casablanca), hay que reconocer los problemas que conlleva cualquier estrategia basada en combatir a los terroristas y a los Estados sospechosos de estar en connivencia con ellos. En este sentido, la extensión de la guerra contra el terrorismo después de Afganistán a los Estados del Eje del Mal y la reivindicación de un vasto derecho de acción preventiva

⁵⁷ P. McLain: "Settling the Score...", cit. *supra* en nota 8, p. 285

⁵⁸ Opinión consultiva de 8 de julio de 1996, párr. 41.

⁵⁹ C. Gray, artículo citado *supra* en nota 46, pp. 438-439.

⁶⁰ Doc. cit. *supra* en nota 38, sub V.

contra Estados que poseen o desarrollan armas de destrucción masiva, se ha mostrado divisiva e incluso desestabilizadora.⁶¹ Y aún cuando algunos atribuyen a la doctrina de la acción preventiva un radio de acción restringido, basándose en que la propia *National Security Strategy* indica que "Estados Unidos no utilizará la fuerza en todos los casos" para prevenir amenazas emergentes,⁶² lo cierto es que, como correctamente se advierte por otra parte, los elementos más polémicos de la nueva doctrina son aquéllos que parecen tratar la prevención como una respuesta normal más que excepcional, siendo dudoso que los Estados estén dispuestos a aceptar la prevención –sobre todo en su versión dura de la *National Security Strategy*– como doctrina general de Derecho Internacional en contextos que vayan más allá de la lucha contra el terrorismo.⁶³

Pero, aún poniendo en duda que otros Estados pudieran llegar a hacer suya la doctrina de la *National Security Strategy* como doctrina de aplicación general, lo cierto es que algunos encontrarían en ella pretexto para intervenciones unilaterales en conflictos en que pudieran verse envueltos. No pocos autores, incluidos partidarios de la doctrina –siempre, eso sí, que no salga de las manos de la superpotencia justiciera–, han advertido de los riesgos de su utilización por ajena parte. La invocación por los Estados Unidos de la autodefensa preventiva daría base jurídica a Pakistán para atacar a India, a Irán para atacar a Irak, a Irak para atacar a Israel, a Rusia para atacar a Georgia, a Azerbaiján para atacar a Armenia, a Corea del Norte para atacar a Corea del Sur, y así sucesivamente. Cada vez que un gobierno crea o alegue que otro gobierno representa para él una posible futura amenaza –pruebas o evidencias aparte– podrá citar la doctrina de la acción preventiva y la invasión de Irak por los Estados Unidos. De hecho, si ya algunos países están invocando la "guerra contra el terrorismo" para intensificar sus acciones en crisis internas recabando y obteniendo ayuda exterior e incluso emprendiendo acciones transfronterizas, ¿no serviría la nueva doctrina de incitación para otro tipo de acciones?

Para evitar esas consecuencias, que se perciben como un riesgo para los propios Estados Unidos, la doctrina aparece sazonada en la concepción de sus autores con una cláusula "anti-difusión", destinada a evitar que otros Estados se arroguen el derecho de verificar por su cuenta la existencia de una amenaza y de contrarrestarla con acciones preventivas. Si ya en su discurso en West Point de junio de 2002 el Presidente Bush insinuaba que los Estados Unidos pueden realizar opciones no utilizables por otros Estados, en la *National Security Strategy* se lanza la advertencia

⁶¹ C. Gray, loc. cit., ibid.

⁶² Doc. cit. *supra* en nota 38, sub V. Al final de este epígrafe V se añade que el propósito de las acciones de los Estados Unidos será el de conjurar "una amenaza específica" para el país y sus aliados y amigos, y que "las razones de nuestras acciones serán claras, la fuerza medida y la causa justa".

⁶³ Cfr. en este sentido C. Gray, loc. cit., p. 440. La autora destaca el hecho de que los Estados Unidos han evitado en lo posible apoyarse en la controvertida doctrina de la acción preventiva, como puede deducirse *inter alia* de sus alegaciones en los asuntos del *incidente aéreo de 3 de julio de 1988* y de las *plataformas petrolíferas*, en las cuales el gobierno norteamericano procuró presentar sus acciones como una respuesta a acciones previas por parte de Irán en el contexto de un conflicto que venía desarrollándose (*ibid.*).

de que las naciones no deberán usar la prevención "como pretexto para la agresión";⁶⁴ y, en una línea de autoexaltación de un poder y una capacidad no igualables por ningún otro Estado, se significa que "nuestras fuerzas serán lo bastante potentes como para disuadir a adversarios potenciales de emprender una acumulación de fuerzas militares con la esperanza de sobrepasar o igualar el poderío de Estados Unidos".⁶⁵ No sin razón se ha visto en esta concepción, que reserva en exclusiva a los Estados Unidos -en su calidad de "benigno hegemon"- el derecho de guardar la paz y lanzar guerras preventivas contra los Estados villanos y sus clientes terroristas, una erosión del principio de la igualdad soberana de los Estados⁶⁶ y el regreso del orden jurídico internacional a su estado caótico de antaño.⁶⁷

En los designios de la Nueva Estrategia late la idea de derribar a aquellos gobiernos extranjeros culpables de connivencia con los terroristas y de acumular armas de destrucción *masiva* -"Afganistán ha sido liberado" es una de las significativas expresiones utilizadas en el documento-, una política unilateral que en su versión extrema de asesinatos de líderes extranjeros había sido abandonada por los Estados Unidos en 1976.⁶⁸

6. CONCLUSIÓN

La tesis de la acción preventiva sostenida en la "doctrina Bush" es contraria a las reglas bien establecidas del Derecho internacional consuetudinario y del Derecho de la Carta relativas al control del uso de la fuerza por parte de los Estados. En particular, opera una ampliación abusiva del derecho de legítima defensa -que por eso mismo pierde su carácter legítimo- al desviarse sensiblemente de los parámetros de necesidad, proporcionalidad e inmediatez que condicionan el ejercicio de ese derecho y que en su caso podrían justificar el recurso a la autodefensa anticipada o incipiente con base en la verificación objetiva y cierta de la inminencia de un ataque armado.

De este modo, al fiar a la decisión unilateral de cada Estado -sólo de un Estado, los Estados Unidos, según la *National Security Strategy*- la capacidad de determinar la existencia de una amenaza para la paz y actuar contra esta amenaza, la doctrina de la acción preventiva borra la línea que separa la legítima defensa de la agresión, anulando en consecuencia toda distinción viable entre los fines defensivos y ofensivos de la acción militar.

⁶⁴ Doc. cit. *supra* en nota 38, *sub V*.

⁶⁵ Doc. cit., *sub IX*, "Transformar las instituciones de seguridad nacional de Norteamérica para enfrentar (*sic*) los retos y oportunidades del siglo XXI"

⁶⁶ Cfr. en este sentido D. Murswiek, *The American Strategy...*, cit. *supra* en nota 51, pp. 13-14.

⁶⁷ Cfr. P. McInain, "Settling the Score...", cit. *supra* en nota 8, p. 262.

⁶⁸ Ver C. Gray, loc. cit., p. 441. Por su parte, y saliendo al paso del argumento de la necesidad de una acción unilateral orientada a atajar el mal derrocando a Saddam Hussein ante la incapacidad del Consejo de Seguridad para hacerlo, P. McInain ha señalado que "the framers of the UN Charter did not envision a system in which one state could unilaterally change the government of another state in the event that the Security Council failed to act" (*op. cit.*, p. 258).

Los Estados han venido mostrándose reacios a invocar el derecho de legítima defensa preventiva, seguramente convencidos del más que dudoso valor jurídico de esta doctrina, prefiriendo relajar las condiciones exigidas para poder certificar que un ataque armado se ha producido o está en vías de llevarse a cabo o en trance de desencadenarse (*on the brink of launch*, según cierta terminología anglosajona).

Aunque es forzoso reconocer que, por diversas circunstancias, las Naciones Unidas —y en su caso los acuerdos regionales con su autorización o bajo su autoridad— a veces no son capaces de actuar salvaguardando la paz y la seguridad internacionales, cualesquiera deficiencias de la acción institucional no pueden ser suplidas por acciones coercitivas individuales de los Estados que supongan una vulneración del principio de prohibición del uso de la fuerza. Por hablar de los Estados Unidos, cuyo actual gobierno elaboró la perniciosa doctrina aquí analizada, las reglas de la Carta pueden restringir su libertad de acción, pero el beneficio de restringir a la vez la libertad de acción de los demás no deja de ser una buena compensación en términos políticos. Difícilmente —ha dicho M.E. O'Connell— pueden los Estados Unidos desear un régimen anárquico en el que cualquier Estado se considere legitimado para usar la fuerza contra sus adversarios invocando la legítima defensa preventiva. En la doctrina Bush existe una básica incertidumbre —puesta de relieve por C. Gray— que radica en que no está claro en absoluto qué podrá desencadenar un ataque, y esa incertidumbre se refiere también a qué forma adoptará la acción preventiva y qué papel le estará reservado en su caso a las Naciones Unidas. La alternativa a la frecuente incapacidad de éstas para gestionar las crisis recurriendo en caso necesario a la acción coercitiva no puede ser propugnar el recurso unilateral de la fuerza, sino reforzar las estructuras de decisión del Consejo de Seguridad y buscar fórmulas que permitan a los Estados llegar a acuerdos aceptables para la realización de acciones colectivas o al menos concertadas frente a los desafíos a la seguridad internacional que representan las prácticas terroristas a gran escala o los designios agresivos de algunos Estados, cualesquiera que éstos sean. El régimen jurídico estipulado en la Carta de las Naciones Unidas y en el Derecho Internacional consuetudinario parece apto para afrontar los nuevos retos del periodo posterior a la guerra fría. El problema de las justificaciones paralelas ofrecidas por el gobierno de los Estados Unidos para justificar acciones como la intervención en Irak es, según ha advertido P. McLain, que esas justificaciones “may obliterate that regime without providing a stable and coherent alternative”. Una receta que brinda este autor es configurar una nueva regla de Derecho internacional que obligue al Estado que pretende hacer uso de la fuerza frente a una amenaza a canalizar su respuesta a través del Consejo de Seguridad, diseñándose un procedimiento que en el seno de este órgano permitiera que una mayoría de 12 o 13 votos sobre 15 sirviera para establecer la presunción de que el ejercicio del derecho de autodefensa propuesto es válido. En todo caso, no ha sido mi intención aquí proponer soluciones, sino denunciar una doctrina —y una correlativa política— jurídicamente reprochable y políticamente desestabilizadora.