

Intentando definir la legítima defensa «preventiva»

Andrea COCCHINI

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional
Universidad de Navarra
acocchini@unav.es

Sumario: 1. CUESTIONES PRELIMINARES. 2. ¿EN QUÉ CONSISTE UN «ATAQUE ARMADO»? 3. ¿CUÁNDO SE PRODUCE UN «ATAQUE ARMADO»? 4. ¿Y LA LEGÍTIMA DEFENSA «PREVENTIVA»? ¿QUÉ ES? 5. ¿ES LÍCITA LA LEGÍTIMA DEFENSA «PREVENTIVA» ASÍ ENTENDIDA?

1. CUESTIONES PRELIMINARES

De entre los numerosos expertos que participan a este *Liber Amicorum* dedicado a los profesores Bermejo García y Gutiérrez Espada, tal vez quien firma esta contribución sea el que menos tiempo ha podido disfrutar de su profundo conocimiento del Derecho internacional. Pese a ello, ambos, con sus pequeños gestos cotidianos, me han enseñado algo que ningún manual podría haber hecho: la importancia de la sencillez y de la generosidad, dentro y fuera de la universidad. Por esta razón, además de muchas otras más personales, estoy orgulloso de poder contribuir a este libro como signo de mi gratitud hacia Romualdo y Cesáreo.

Muchos internacionalistas españoles se han dedicado al estudio del problema de la legítima defensa «preventiva», sobre todo desde comienzos del siglo XXI tras el inicio de la operación *Libertad iraquí* de los Estados Unidos en Iraq (2003-2011). Pocos, en cambio, lo han hecho con tanta constancia y profundidad como los profesores Bermejo García y Gutiérrez Espada. Por ello, podría ser interesante analizar cómo han entendido y defendido durante estos años posturas diferentes sobre la licitud de la legítima defensa preventiva en relación con algunos de los asuntos concretos en los que se ha invocado.

La cuestión de la legítima defensa preventiva necesita de algunas aclaraciones preliminares acerca de su preciso alcance y de los contextos internacionales en los que se ha recurrido a ella. Para ello, el apartado 2 analiza el concepto fundamental sobre el que se rige la legítima defensa, esto es, el «ataque armado» del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas (ONU). Una vez aclarada dicha noción, a continuación, en el apartado 3 se presentan

las circunstancias en las que puede considerarse que se ha producido un ataque armado por parte de otro Estado o actor no estatal. En el apartado 4 se profundiza en la teoría jurídica que fundamenta la legítima defensa preventiva, entendida como respuesta armada ante la posibilidad de sufrir un ataque armado en algún momento futuro. Tras identificar el marco jurídico general del derecho de legítima defensa y el más específico de la legítima defensa preventiva, en el apartado 5 se ahonda en la admisibilidad de ese tipo de legítima defensa. En este trabajo, se intenta poner de manifiesto si es lícito o no el recurso a la legítima defensa preventiva, a la luz de los argumentos esgrimidos durante estos años por los profesores Bermejo García y Gutiérrez Espada.

2. ¿EN QUÉ CONSISTE UN «ATAQUE ARMADO»?

Con el artículo 51 de la Carta de la ONU, por primera vez, un instrumento jurídico internacional universal reconoce de forma expresa el derecho de legítima defensa de los Estados¹. Esta disposición es rica en expresiones que acarrearán cada una importantes consecuencias jurídicas para los Estados que actúan en legítima defensa². No obstante, el concepto primordial, sin el cual no puede activarse ese derecho a responder con la fuerza militar frente a una agresión armada, es el de «ataque armado»³.

El primer problema con el que nos encontramos es que no existe una definición jurídica de ataque armado. Ni la Carta ni sus trabajos preparatorios contemplan la necesidad de su definición, porque en la época de su redacción no existía duda alguna de las conductas concretas que constituían un ataque armado⁴. La

¹ BERMEJO GARCÍA, R., *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límites*, Madrid, Civitas, 1993, p. 219.

² El artículo 51 de la Carta establece que: «Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales».

³ RANDELZHOFFER, A. y NOLTE, G., «Article 51», en B. SIMMA, D.-E. KHAN, G. NOLTE y A. PAULUS (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1401.

⁴ ALDER, M. C., *The Inherent Right of Self-Defence in International Law*, Springer, Dordrecht, 2013, p. 88.

noción de ataque armado no daba lugar a equívocos, porque solo cabía pensar en la ofensiva militar de un Estado contra otro. La Carta refleja el pacto político alcanzado entre los Estados hace más de setenta años, quedando parcialmente obsoleta frente al contexto internacional contemporáneo. En la comunidad internacional actual es más complicado establecer qué es un ataque armado y, sobre todo, cuándo se produce. Así se comprenden las palabras de Bermejo García cuando señala que la «bella señorita» de antaño no necesitaría de un simple cambio de «look», sino que una restauración profunda para hacer frente a las nuevas amenazas globales⁵.

Para responder a qué clase de acción representa un ataque armado según el artículo 51 de la Carta⁶, es oportuno referirse a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el asunto *Nicaragua* de 1986⁷. La CIJ distinguió, ante todo, las formas más graves del uso de la fuerza de otras menos graves, estableciendo que solo las primeras pueden calificarse de ataque armado⁸. Más allá del caso de manual de la invasión de un ejército regular del territorio de otro Estado, el ataque armado comprende igualmente el envío por parte de un Estado de fuerzas irregulares cuyas acciones armadas en otro Estado sean de tal gravedad que se asemejen al ataque armado de tropas regulares. Asimismo, la Corte aclaró que el concepto de ataque armado abarca también la «sustancial participación» del Estado en los actos de fuerza perpetrados por bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios, según el artículo 3.g) de la Resolución 3314 (XXIX) de 1974 de la Asamblea General⁹. Cabe señalar que la CIJ excluyó que la noción de ataque armado incluya la asistencia estatal a los rebeldes

⁵ BERMEJO GARCÍA, R., «El debate sobre la legalidad internacional tras la crisis de Iraq y las Naciones Unidas», *AEDI*, vol. XIX, 2003, p. 65.

⁶ En relación con los debates de la Conferencia de San Francisco sobre el significado de la expresión «ataque armado» ver: ALEXANDROV, S. A., *Self-Defense Against the Use of Force in International Law*, Kluwer Law International, The Hague, 1996, pp. 95-98; OCHOA-RUIZ, N. y SALAMANCA-AGUADO, E., «Exploring the Limits of International Law relating to the Use of Force in Self-defence», *EJIL*, vol. 16, n. 3, 2005, p. 512.

⁷ Entre las demás cuestiones, la CIJ consideró la tesis norteamericana según la cual Nicaragua había realizado un ataque armado contra El Salvador, mediante el suministro de armas a los rebeldes salvadoreños. En consecuencia, esta conducta hubiera justificado el derecho de legítima defensa colectiva de terceros Estados (en este caso los Estados Unidos), para asistir al Gobierno de El Salvador que la oposición armada interna intentaba deponer. Ver: ICJ *Reports* 1986, *Nicaragua v. Estados Unidos*, párrs. 126-128.

⁸ La manifestaciones menos graves del uso de la fuerza son las que se contemplan en algunas normas de la Resolución 2625 (XXV) de 1970 de la Asamblea General de la ONU, por ejemplo las represalias armadas o el suministro de armas a movimientos de oposición en otro Estado. Ver: ICJ *Reports* 1986, *Nicaragua v. Estados Unidos*, párr. 191.

⁹ *Ibid.*, párr. 195.

a través del aprovisionamiento de armas o del apoyo logístico o de otro tipo. Dichos actos pueden configurar una amenaza o un uso de la fuerza prohibido o una intervención ilícita en los asuntos de otro Estado, es decir, una conducta ilícita, pero de menor gravedad que un ataque armado¹⁰. En la sentencia sobre las *Plataformas petrolíferas* de 2003, la CIJ confirmó el umbral determinado en el caso *Nicaragua*, bajo el cual no todo uso de la fuerza es tan grave como para representar un ataque armado que justifique la legítima defensa¹¹. En ella, se reafirma que si la agresión armada no alcanza el nivel de ataque armado, la respuesta del Estado debe limitarse a la aplicación de unas contramedidas no armadas¹².

Otra cuestión, distinta, pero conexa con la anterior es aclarar si los llamados «actores no estatales» también pueden ser autores de un ataque armado según el artículo 51 de la Carta. El problema se volvió especialmente acuciante después de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 (11-S), cuando se creó un amplio consenso de que, por su trascendencia y consecuencias, aquellos atentados se asemejaban a un ataque armado realizado por fuerzas armadas regulares¹³. En efecto, resultaría bastante ilógico negar la índole de ataque armado a aquellos atentados por el simple hecho de que no fueron acciones armadas conducidas según los medios y métodos militares tradicionales. La idea común anterior al 11-S de que el ataque armado no incluyese la agresión terrorista, no impide hoy comprenderla en dicha noción cuando, por su magnitud, tiene consecuencias parecidas a una agresión militar clásica. De lo contrario, se haría prevalecer la identidad de los actores sobre los actos de violencia cometidos¹⁴. Con la distinción entre los usos más graves y menos

¹⁰ *Ibid.*, párr. 247.

¹¹ El asunto se originó a raíz de dos ofensivas contra unas embarcaciones que enarbolaban pabellón estadounidense, en el contexto de la guerra entre Irán e Iraq (1980-1988). Una vez atribuidos los ataques a Irán, los Estados Unidos respondieron bombardeando cuatro plataformas petrolíferas iraníes. En consecuencia, la Corte fue llamada a responder si los Estados Unidos fueron víctimas de unas agresiones iraníes, calificables como ataques armados en el sentido del artículo 51. Ver: ICJ Reports 2003, *República Islámica del Irán v. Estados Unidos*, párrs. 43 y 64.

¹² BRUNNÉE, J. y TOOPE, S. J., *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 293.

¹³ KOH, H. H., «The Spirit of the Laws», *Harv. Int'l L. J.*, vol. 43, n. 1, 2002, p. 24; MURPHY, S. D., «Terrorism and the Concept of «Armed Attack» in Article 51 of the U.N. Charter», *Harv. Int'l L. J.*, vol. 43, n. 1, 2002, p. 51; SHAH, N. A., «Self-defence, Anticipatory Self-defence and Pre-emption: International Law's Response to Terrorism», *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 12, n. 1, 2007, p. 108.

¹⁴ ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., *Las actividades terroristas ante el Derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 301.

graves de la fuerza, la Corte quiso diferenciar los casos que pueden constituir un ataque armado de los que no, sin indicar una tipificación rígida e inalterable. Si no fuera así, la CIJ hubiese podido señalar los criterios para distinguir los usos más graves de la fuerza de los menos graves. La Carta no es un texto sagrado e inmutable, sino un instrumento vivo que se adapta de continuo a las volubles circunstancias de la comunidad internacional¹⁵. Resulta difícil negar que el daño provocado por unos aviones comerciales repletos de carburante contra unos edificios llenos de personas, tiene la misma eficacia destructiva y los mismos efectos que el clásico bombardeo aéreo. Por eso, se pueden suscribir las palabras de Bermejo García, cuando anota que: «si esto no fuera así, se podría dar el caso de que uno o varios aviones civiles secuestrados por terroristas no podrían derribarse, a pesar de que su intención fuera estrellarlos contra la propia sede de las Naciones Unidas en Nueva York»¹⁶. Este ejemplo paradigmático es revelador, porque evidencia los resultados a los que se llega cuando se pierde de vista el sentido teleológico de las normas jurídicas. Por eso, no puede negarse el derecho de legítima defensa al Estado víctima de una agresión armada de aquella magnitud, aunque sea realizada por un grupo privado y por el mero hecho de que la Carta guarde silencio al respecto¹⁷. El elemento determinante no es el sujeto ejecutor del ataque, sino el alcance de la agresión: si sus secuelas son equiparables a las producidas por un ataque militar, se tratará de un ataque armado, según el artículo 51 de la Carta. Si no se reconociera esta ampliación del concepto de ataque armado se garantizaría a los actores no estatales la posibilidad de realizar agresiones a gran escala y con toda impunidad¹⁸. Cabe mencionar, por último, que el artículo 4 de la Resolución 3314, prevé que el Consejo de Seguridad puede indicar qué otros actos pueden llegar a representar una agresión, más allá de los enumerados en su artículo 3. Y esto es lo que hizo el Consejo con las Resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001), al

¹⁵ FASSBENDER, B., *UN Security Council Reform and the Right of Veto: A Constitutional Perspective*, Kluwer Law International, The Hague, 1998, pp. 130-131; FRANCK, T. M., *Recourse to Force: State Action Against Threats and Armed Attacks*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 5-9; WOLFRUM, R., «The Attack of September 11, 2002, the Wars Against the Taliban and Iraq: Is There a Need to Reconsider International Law on the Recourse to Force and the Rules in Armed Conflict?», *Max Planck UNYB*, vol. 7, 2003, p. 36.

¹⁶ BERMEJO GARCÍA, R., «El Derecho internacional frente al terrorismo: ¿nuevas perspectivas tras los atentados del 11 de septiembre?», *AEDI*, vol. XVII, 2001, pp. 16-17.

¹⁷ BELLIER, S., «Unilateral and Multilateral Preventive Self-defense», *Maine Law Review*, vol. 58, n. 2, 2006, p. 539: «The strictly interstate context in which armed attack had traditionally been conceived has been exceeded».

¹⁸ WOLFRUM, R., «The Attack of September 11, 2002...», *op. cit.*, p. 36.

ratificar la legítima defensa de Washington ante aquellos atentados que, por su magnitud y efectos, eran equiparables a un ataque armado en el sentido clásico del término.

3. ¿CUÁNDO SE PRODUCE UN «ATAQUE ARMADO»?

El artículo 51 de la Carta otorga el derecho de legítima defensa a todos los Estados «en caso de ataque armado», sin especificar más acerca de su existencia. En la versión inglesa, la Carta permite la legítima defensa «if an armed attack occurs», con lo cual parece ser que sus redactores quisieron limitar la legítima defensa de los Estados solo frente a un ataque armado ya sufrido (*re-active self-defence*)¹⁹.

Esta interpretación *prima facie* de la expresión empleada en el artículo 51, determinó que parte de la doctrina defendiera una teoría positivista (minimalista o restrictiva) del derecho de legítima defensa²⁰. Según esta postura, la norma permite la legítima defensa solo ante al ataque armado ya perpetrado, como *reacción* a ello, de acuerdo con los Propósitos de la Carta que intentan restringir lo más posible el uso de la fuerza entre Estados²¹. En consecuencia, el artículo 51 debería leerse y aplicarse de forma restrictiva, ya que supone una excepción al precepto del artículo 2.4 de la Carta²². El adjetivo «inmanente»

¹⁹ BOTHE, M., «Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force», *EJIL*, vol. 14, n. 2, 2003, pp. 229-230; BROWNLIE, I., *International Law and the Use of Force by States*, London, Oxford University Press, 1963, p. 275; IDI, «Present Problems of the Use of Force in International Law», Sub-Group on «Self-Defence», Rapporteur: Emmanuel ROUCOUNAS, *Yearbook of Institute of International Law*, Session of Santiago de Chile, vol. 72, 2007, p. 117.

²⁰ BROWNLIE, I., *International Law and the Use of Force by States...*, *op. cit.*, pp. 272-275; CASSESE, A., *International Law in a Divided World*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 230; DINSTEIN, Y., *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 163-169; KUNZ, J., «Individual and Collective Self-Defense in Article 51 of the Charter of the United Nations», *AJIL*, vol. 41, n. 4, 1947, pp. 877-878.

²¹ HENKIN, L., «Force, Intervention, and Neutrality in Contemporary International Law», *AJIL*, vol. 57, 1963, p. 151: «The exception of Article 51 was limited to the situation «if an armed attack occurs», which is comparatively clear, objective, easy to prove, difficult to misinterpret or fabricate».

²² BROWNLIE, I., «The Use of Force in Self-Defence», *British Yearbook of International Law*, vol. XXXVII, 1961, pp. 242-244; IDI, «Present Problems of the Use of Force in International Law», Sub-Group on «Self-Defence», *op. cit.*, p. 81; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., «La legítima defensa individual en la Carta de las Naciones Unidas», en *Estudios de Derecho internacional: homenaje al Profesor Camilo Barcia Trelles*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1958, p. 330; REMIRO BROTONS, A., *Derecho internacional público, 1. Principios fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 187.

habría sido añadido, en la versión definitiva del artículo 51, no tanto para reafirmar la existencia de un derecho de legítima defensa preexistente a la Carta, sino para indicar que todos los Estados, y no solo los miembros de la ONU, pueden defenderse ante un ataque armado²³. El derecho convencional de legítima defensa, fijado en el artículo 51, vendría a sustituir al derecho consuetudinario de legítima defensa que los Estados poseían ya antes de la creación de las Naciones Unidas²⁴. En la doctrina española, Gutiérrez Espada fue uno de los defensores principales de esta visión, al sostener que la Carta permite a los Estados la posibilidad de usar la fuerza armada como respuesta defensiva frente a un ataque armado «*in actu*» de otro Estado, como «respuesta a un genuino y previo ataque armado»²⁵. Esta lectura rigurosa, fiel al texto del artículo 51, se fundamenta en la necesidad percibida por los redactores de la Carta de limitar el uso descontrolado de la fuerza por los Estados y evitar así las represalias armadas²⁶. Como explica Gutiérrez Espada, el tenor general de las actas de la Conferencia de San Francisco apoyaría dicha interpretación fundada en el sentido habitual de los términos del artículo 51, que admitiría la legítima defensa solo ante a un ataque armado en curso²⁷. Si es cierto que la interpretación restringida garantiza previsibilidad al recurso a la legítima defensa, por otro lado, exige de los Estados lo política y éticamente imposible, esto es, esperar a ser víctima de un ataque armado y sobrellevar sus consecuencias antes de responder²⁸. Por ello, otra corriente doctrinal alienta la teoría naturalista (re-

²³ RONZITTI, N., *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Giappichelli Editore, Torino, 1998, p. 32.

²⁴ BROWNLIE, I., *International Law and the Use of Force...*, *op. cit.*, p. 310; DINSTEIN, Y., *War, Aggression and Self-Defence*, *op. cit.*, pp. 180-181; LIETZAU, W. K., «Old Wars, New Wars: Jus Ad Bellum in an Age of Terrorism», *Max Planck UNYB*, vol. 8, 2004, p. 448, quien da una muestra de este peligro, al considerar el concepto de immanencia del derecho de legítima defensa tan flexible como para amoldarse a cualquier amenaza; SCHACHTER, O., «Self-Defense and the Rule of Law», *AJIL*, vol. 83, n. 2, 1989, p. 261.

²⁵ GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El uso de la fuerza y el Derecho internacional después de la descolonización*, Cuadernos de la Cátedra «J. B. Scott», Universidad de Valladolid, 1988, pp. 14-15.

²⁶ GLENNON, M. J., «The Fog of Law: Self-defense, Inherence, and Incoherence in Article 51 of the United Nations Charter», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 25, n. 2, 2002, p. 546; IDI, «Present Problems of the Use of Force in International Law», Sub-Group on «Self-Defence», *op. cit.*, p. 118; SCHWEBEL, S. M., «Aggression, Intervention and Self-Defence in Modern International Law», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 136, 1972, p. 479.

²⁷ GUTIÉRREZ ESPADA, C., «El ‘uso de la fuerza’ en los Informes del Grupo de Alto Nivel (2004), del Secretario General (2005) y, a la postre, en el documento final de la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno (Naciones Unidas, Nueva York, septiembre de 2005)», *AEDI*, vol. XXI, 2005, p. 29.

²⁸ BRUNNÉE, J. y TOOPE, S. J., *Legitimacy and Legality in International Law...*, *op. cit.*, p. 619.

alista o expansiva), respaldando un derecho de legítima defensa más extenso, que va más allá de la respuesta a un ataque armado ya cometido²⁹. Estos autores afirman que la referencia al derecho «inmanente» de legítima defensa del artículo 51 no afectaría el derecho consuetudinario anterior a la Carta que, al contrario, con su regulación expresa en la Carta saldría reforzado. El derecho inherente de todo Estado a la legítima defensa no podría ser limitado por el Derecho internacional convencional, porque es un derecho intrínseco de cada Estado³⁰. Si el derecho de legítima defensa es inmanente a todos los Estados, el artículo 51 no podría suprimirlo en las situaciones que no están contempladas en su dictado³¹. El artículo 51 consideraría solo un caso, el del ataque armado, en el que la legítima defensa consuetudinaria está permitida sin duda alguna, sin excluir otros supuestos, como la respuesta armada ante la amenaza de una agresión militar³². Los partidarios de esta teoría sostienen que ya en la época de redacción de la Carta existía un consenso generalizado de que este derecho consuetudinario permitiría una defensa más amplia de la contemplada en su artículo 51³³. Entre ellos se encuentra Bermejo García que, al tratar el asunto del buque norteamericano *Caroline* (1837)³⁴, recuerda como los criterios de-

²⁹ ID., «The Use of Force: International Law After Iraq», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, n. 4, 2004, pp. 792-794; RIVKIN JR., D. B.; CASEY, L. A. y DELAQUIL, M. W., «Preemption and Law in the Twenty-First Century», *Chicago Journal of International Law*, vol. 5, n. 2, 2005, p. 476; WOOD, M. C., «Towards New Circumstances in Which the Use of Force May be Authorized?...», en N. BLOOKER y N. SCHRIJVER (eds.), *The Security Council and the Use of Force: Theory and Reality – A Need for Change?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, p. 80.

³⁰ SCHACHTER, O., «Self-Defense and the Rule of Law», *op. cit.*, p. 259, donde menciona las palabras de Hugo Grocio: «[T]he right of self-defence...has its origin directly, and chiefly, in the fact that nature commits to each its own protection...» (*De jure belli ac pacis*, libro III, capítulo I, parte III, p. 172, Carnegie Endowment, 1925).

³¹ IDI, «Present Problems of the Use of Force in International Law», Sub-Group on «Self-Defence», *op. cit.*, p. 83.

³² TREVES, T., *Diritto internazionale: Problemi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 523.

³³ LIETZAU, W. K., «Old Wars, New Wars: *Jus Ad Bellum* in an Age of Terrorism», *op. cit.*, pp. 392-393; MCDUGAL, M. y FELICIANO, F., *Law and Minimum World Public Order: The Legal Regulation of International Coercion*, Yale University Press, London, 1961, pp. 238 y ss.; RONZITTI, N., «The Expanding Law of Self-Defence», *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 11, n. 3, 2006, p. 354.

³⁴ Algunos ciudadanos estadounidenses apoyaron una rebelión contra el Gobierno británico en Canadá para obtener la independencia. El navío norteamericano *Caroline*, que prestaba ayuda a los rebeldes canadienses, fue quemado y hundido por el ejército británico, mientras se encontraba en aguas estadounidenses. Frente a las protestas de los Estados Unidos, los representantes británicos invocaron el derecho de legítima defensa, sosteniendo que aquella conducta británica era necesaria como medida de precaución para el futuro y no como represalia por el pasado. Ver: JENNINGS, R.Y., «The *Caroline* and *McLeod* Cases», *AJIL*, vol. 32, n. 1, 1938, pp. 82-92.

rivados de aquel caso fueron elaborados para aplicarse a la legítima defensa «preventiva» que, por tanto, era un concepto que la comunidad internacional ya manejaba³⁵.

Así las cosas, es razonable preguntarse si un Estado debe esperar a ser agredido para invocar la legítima defensa, ya que debe tenerse en cuenta que el artículo 51 no dice «después del ataque armado»³⁶. Existe una primera concesión a la interpretación restringida que avalaría una legítima defensa «anticipada en sentido estricto» (*interceptive self-defence*)³⁷. Ante un ataque armado cuya realización inminente es manifiesta y objetivamente verificable se admite la respuesta armada del Estado dirigida a *interceptar* el ataque que está a punto de sufrir³⁸. Yoram Dinstein pone el ejemplo del bombardeo japonés a la flota naval estadounidense en Pearl Harbor en 1941. Dadas las circunstancias, si los Estados Unidos hubieran sabido de los planes de Japón hubieran podido actuar para interceptar el ataque armado, respondiendo en legítima defensa en el momento en que los aviones japoneses ponían rumbo a la isla hawaiana³⁹. En la misma línea, Bermejo García subraya que, frente a la eficacia y rapidez de las agresiones armadas actuales, pretender que el Estado afectado espere a que se produzca el ataque parece «un asunto de ciencia-ficción»⁴⁰. Y el propio Gutiérrez Espada, siempre bastante relucante en reconocer cualquier ampliación del derecho de legítima defensa, admite ya desde años este tipo de legítima defensa, al considerar que el ataque armado nace con su lanzamiento o desencadenamiento⁴¹.

³⁵ En efecto, en el caso *Caroline*, el entonces Secretario de Estado de los Estados Unidos, Daniel Webster, entendió que el argumento británico, utilizado para justificar el hundimiento del buque, hubiera podido aceptarse solo si se hubiera manifestado «una necesidad de legítima defensa instantánea, irresistible, que no permitiera aplicar otros medios y no dejara momento alguno de deliberación». Demostrando así que ya hace tiempo se reconocía la facultad de recurrir a la legítima defensa también en caso de agresión armada a punto de sufrirse, pero aún no sufrida. Ver: BERMEJO GARCÍA, R., *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza...*, op. cit., pp. 174-175.

³⁶ WALDOCK, C. H., «The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law», *RCADI*, vol. 81-II, 1952, p. 497.

³⁷ IDI, «Present Problems of the Use of Force in International Law», Sub-Group on «Self-Defence», op. cit., p. 118.

³⁸ ALEXANDROV, S. A., *Self-Defense Against the Use of Force in International Law*, op. cit., pp. 99-100; CORTEN, O., *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 411-414; MALANCZUK, P., *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, London, Routledge, 1997, p. 314; ORTEGA CARCELÉN, M. C., *La legítima defensa del territorio del Estado: requisitos para su ejercicio*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 60 y 183.

³⁹ DINSTEIN, Y., *War, Aggression and Self-Defence*, op. cit., pp. 171-172.

⁴⁰ BERMEJO GARCÍA, R., *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza...*, op. cit., p. 311.

⁴¹ GUTIÉRREZ ESPADA, C., «La regulación del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y la actuación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas», en C. RAMÓN CHORNET (ed.),

A pesar de este primer desarrollo de la legítima defensa, ante al progreso de la tecnología militar y de instrumentos de guerra tan sofisticados como son los contemporáneos, un sector doctrinal se ha planteado una ampliación más de la legítima defensa⁴². El desarrollo tecnológico de armas convencionales y no convencionales y de métodos de guerra «creativos», como fueron los atentados del 11-S, ha dejado de ser una mera posibilidad y en muchos casos ya es un peligro real. La comunidad internacional y la doctrina internacionalista, también española, han comenzado así a plantearse el problema de que «la evolución tecnológica, civil y militar, puede trastocar ciertos conceptos elaborados en y para una época determinada, si estos no se adaptan a esa evolución»⁴³. Esta preocupación ha estimulado el debate acerca de la ineficacia de un derecho de legítima defensa que no concede al Estado la posibilidad de anticiparse al ataque que se va a realizar con armas tan letales⁴⁴. Después del 11-S, numerosos internacionalistas se plantearon el siguiente interrogante, bien condensado por Gutiérrez Espada: «si un Estado conoce que otro ha dado instrucciones o controla a terroristas para que cometan en su territorio actos de terror equivalentes a un ataque armado, ¿no podría, de ser cierta la legalidad de un uso preventivo de la fuerza ante amenazas inminentes, eliminarlos físicamente cuando la inminencia de los atentados se perfile en el horizonte pero antes de que puedan cometerlos?»⁴⁵.

Bajo esta nueva expansión, se reconoce la legítima defensa «anticipada en sentido amplio» (*pre-emptive self-defence*)⁴⁶. La diferencia con la anterior legítima

Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en un nuevo orden internacional, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 22.

⁴² CASSESE, A., *International Law*, New York, Oxford University Press, 2001, p. 308; REISMAN, W. M., «Self-Defense in an Age of Terrorism», *American Society of International Law Proceedings*, vol. 97, 2003, p. 142.

⁴³ BERMEJO GARCÍA, R., «La legítima defensa y el Derecho internacional en los albores del siglo XXI», en *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la Seguridad*, col. «Escuela Diplomática», n.º 7, 2003, Madrid, p. 127.

⁴⁴ BOWETT, D. W., «Collective Self-Defence under the Charter of the United Nations», *British Yearbook of International Law*, vol. XXXII, 1955-1956, p. 148; FRANCK, T. M., «Fairness in the International Legal and Institutional System», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 240, 1993, p. 280; MCDUGAL, M. S., «The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defense», *AJIL*, vol. 57, n. 3, 1963, p. 598; SELIGMAN, E., «The Legality of U.S. Quarantine Action Under the United Nations Charter», *American Bar Association Journal*, vol. 49, n. 2, 1963, p. 143.

⁴⁵ GUTIÉRREZ ESPADA, C., «El ‘uso de la fuerza’...», *op. cit.*, p. 36.

⁴⁶ Recuérdese que entre los autores anglosajones el término *anticipatory self-defence* suele ser utilizado para referirse a la *pre-emptive self-defence*, aunque, en ocasiones, es usado para indicar también la *preventive self-defence*, con la confusión que esto genera a la hora de traducir y clasificar los diferentes tipos de legítima defensa.

ma defensa anticipada en sentido estricto es sutil, pero profunda. La legítima defensa anticipada en sentido amplio se caracteriza porque se activa ante a una *amenaza inminente* de ataque armado. La ofensiva no habría sido lanzada todavía, pero su desencadenamiento sería tan inminente que podría comprobarse con pruebas objetivas concretas⁴⁷. Se podría pensar, a modo de ejemplo, en el caso de un Estado que todavía está a la espera del momento oportuno para atacar, pero ya tiene todos sus efectivos preparados para el ataque.

Para sus partidarios, la referencia del artículo 51 al derecho «inmanente» de legítima defensa indicaría que los artificios de la Carta pensaban en el previo y más amplio derecho de legítima defensa consuetudinario⁴⁸. Por consiguiente, si el derecho consuetudinario permitía la legítima defensa anticipada antes de la firma de la Carta, esta seguiría vigente, tal y como fue formulada en el asunto *Caroline*⁴⁹. Se trataría pues de un derecho connatural a todo Estado e individuo que no puede ser limitado por el Derecho internacional convencional o positivo⁵⁰. Según esta escuela, con la formulación del artículo 51, los redactores de la Carta quisieron sugerir un caso de ataque armado, el que ya se ha ejecutado, que despejase cualquier atisbo de duda al respecto⁵¹. Pero, el derecho de legítima defensa no se restringiría solo a este ejemplo de ataque armado consumado, sino que abarcaría también el ataque armado inminente⁵². Las costumbres pue-

⁴⁷ CHAINOGLU, K., «Revisiting the law of self-defence in the light of terrorism and weapons of mass destruction proliferation», en *International Terrorism and Changes in International Law*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2007, p. 35; KELLY, M. J., «Time Warp to 1945 – Resurrection of the Reprisal and Anticipatory Self-defense Doctrines in International Law», *Journal of Transnational Law & Policy*, vol. 13, n. 1, 2003, p. 22; REISMAN, W. M. y ARMSTRONG, A., «The Past and Future of the Claim of Preemptive Self-Defense», *AJIL*, vol. 100, n. 3, 2006, p. 526, donde identifican el requisito de la legítima defensa anticipada en sentido amplio en un «palpable and imminent threat».

⁴⁸ BRIERLY, J. L., *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, Oxford, Clarendon Press, 6th edition, 1963, p. 419.

⁴⁹ BERMEJO GARCÍA, R., *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza...*, op. cit., p. 207; CASTEL, J. G., «The Legality and Legitimacy of Unilateral Armed Intervention in an Age of Terror, Neo-Imperialism, and Massive Violations of Human Rights: Is International Law Evolving in the Right Direction?», *Can. Y.B. Int'l L.*, vol. 42, 2004, p. 12; RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J., *Uso de la fuerza por los Estados. Interacción entre política y derecho: algunos problemas*, Organización Sindical, Málaga, 1974, pp. 216-217.

⁵⁰ BERMEJO GARCÍA, R., *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza...*, op. cit., pp. 221-222.

⁵¹ *Ibid.*, p. 235. Pero, GLENNON, M. J., «The Fog of Law...», op. cit., p. 547, cree que considerar el ataque armado como uno de los posibles casos que consienten la legítima defensa, dejando abierta la puerta a una multitud de otras justificaciones, volvería inútil su especificación.

⁵² WARREN, A. y BODE, I., *Governing the Use-of-Force in International Relations: The Post-9/11 US Challenge on International Law*, New York, Palgrave MacMillan, 2014, p. 137.

den cambiar cuando cambian las circunstancias y la práctica en la comunidad internacional, porque la costumbre es una fuente dinámica del Derecho internacional⁵³. A la luz de la tecnología y de los armamentos contemporáneos, no solo sería una locura, sino un acto suicida, esperar un ataque antes de reaccionar, aun teniendo certeza de que se va a sufrir⁵⁴. Repárese en que el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) excluye que la interpretación de un tratado pueda conducir «a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable»⁵⁵. Además, el informe del Grupo de Alto Nivel, *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos* (2004), confirma esta interpretación más amplia del artículo 51, al declarar que: «[S]egún un principio de derecho internacional bien establecido, el Estado amenazado puede recurrir a la acción militar siempre que la amenaza de agresión sea inminente, no haya otro medio de impedirlo y la acción sea proporcional»⁵⁶. El antiguo Secretario General Kofi Annan llegó a la misma conclusión en su informe posterior titulado *Un concepto más amplio de libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos* (2005), cuando afirma que: «Las amenazas inminentes están plenamente previstas en el Artículo 51, que salvaguarda el derecho inherente de los Estados soberanos a defenderse de un ataque armado. Los juristas han reconocido hace tiempo que esto abarca tanto un ataque inminente como un ataque ya ocurrido»⁵⁷. Personalmente, creo que si el artículo 2.4 de la Carta prohíbe a los Estados recurrir

⁵³ ROBERTS, A. E., «Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation», *AJIL*, vol. 95, n. 4, 2001, p. 784.

⁵⁴ BERMEJO GARCÍA, R., *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza...*, op. cit., pp. 296 y 311: «Sabiendo que su existencia está en peligro, ¿qué Estado esperaría que se desencadene el ataque para repelerlo siempre que pueda impedirlo previamente? ¿Cómo se puede exigir de un Estado tener que padecer primero el ataque armado cuando este puede ser la causa de su desaparición?»; BERMEJO GARCÍA, R. y LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E., «El uso de la fuerza a la luz de los conflictos recientes: análisis de los Informes del Grupo de Alto Nivel (02-12-2004) y del Secretario General (21-03-2005)», en C. RAMÓN CHORNET (ed.), *Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en un nuevo orden internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, pp. 67-68, cabe señalar que los autores llaman legítima defensa «preventiva» la que en este trabajo se ha clasificado como legítima defensa «anticipada en sentido amplio»; MCDUGAL, M. S., «The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defense», *AJIL*, vol. 57, n. 3, 1963, pp. 600-601, donde afirma que no tiene sentido que los Estados tengan que esperar como «sitting ducks» al ataque armado antes de poder contraatacar de forma legítima.

⁵⁵ Artículo 32, párrafo b), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

⁵⁶ A/59/565, de 2 de diciembre de 2004, *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*, párr. 188; DOMINICÉ, C., «La société internationale à la recherche de son équilibre», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 370, 2013, p. 294.

⁵⁷ A/59/2005, de 21 de marzo de 2005, *Un concepto más amplio de libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*, párr. 124.

a la «amenaza» de la fuerza y si el artículo 51 constituye una excepción a esta prohibición, significa que el derecho de legítima defensa se aplica también ante los supuestos de amenazas específicas y tangibles de uso de la fuerza. No obstante, no han faltado voces discordantes con los informes mencionados. Entre nosotros, Gutiérrez Espada criticó la interpretación del artículo 51 dada por el entonces Secretario General y su pretensión de «hacernos comulgar con la rueda de molino de que la misma es algo sabido ya por todos desde el primer día de la Creación (...)»⁵⁸. El citado profesor ha sido uno de los internacionalistas españoles que con más contundencia ha negado la posibilidad de una legítima defensa anticipada en sentido amplio: «si el ataque armado no existe no puede haber legítima defensa. Por tanto, esta no puede invocarse preventivamente ante la amenaza de un ataque, ante incluso la inminencia de un ataque armado, pues en tales supuestos el delito sigue en la mente del presunto culpable»⁵⁹. Refutando también las ideas de su amigo y compañero Bermejo García: «[y]o sí veo diferencias entre el Estado que no espera a recibir las bombas sino que ataca primero a las fuerzas armadas del enemigo que se dirigen contra él para bombardearlo, con aquel que destruye, como Israel en la «guerra de los Seis Días», a la aviación enemiga concentrada pero inmóvil y «sin conectar» en sus aeropuertos (...)»⁶⁰. Es sabido, de hecho, cuan vigorosamente Bermejo García defiende la licitud de la guerra desencadenada por Israel en 1967 a la luz de la doctrina de la *pre-emptive self-defence*, siendo uno de los primeros internacionalistas españoles en posicionarse a favor de la legítima defensa anticipada en sentido amplio⁶¹. No obstante, es justo advertir que Gutiérrez Espada ha cambiado de opinión, aceptando hoy en día la legítima defensa frente a un ataque armado solo inminente: «[N]o hay más ciego que él no quiere ver que la realidad cambia y que no es bueno que los conceptos jurídicos se petrifiquen y

⁵⁸ GUTIÉRREZ ESPADA, C., «El ‘uso de la fuerza’...», *op. cit.*, p. 38.

⁵⁹ ID., *El hecho ilícito internacional*, *op. cit.*, p. 122.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ BERMEJO GARCÍA, R., *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza...*, *op. cit.*, pp. 305-306: «En este panorama de inoperancia del sistema de seguridad de las Naciones Unidas, rodeado por las fuerzas militares egipcias, jornadas y sirias concentradas en las respectivas fronteras, con el cierre del Golfo de Aqaba a la navegación israelí, esencial para su supervivencia económica, y con declaraciones de los dirigentes árabes que preconizaban la destrucción de Israel, ¿hubiera tenido que esperar este país la invasión de su territorio, bastante exiguo, para poder ejercer la legítima defensa? En nuestra opinión, el peligro para la existencia del Estado de Israel era tal que la acción emprendida por Israel el 5 de junio de 1967 lo fue en legítima defensa, acción que se efectuó en conformidad con los principios de necesidad y proporcionalidad».

vivan su propia vida desconectados del mundo real»⁶². Y en 2017, en un estudio sobre la respuesta militar internacional contra la organización terrorista del Estado Islámico (DAESH), confirma que el ataque armado se da desde «el momento mismo en el que el agresor ha tomado todas las medidas necesarias para que aquél pueda llevarse a efecto»⁶³. A este respecto, conviene mencionar que los Estados Unidos, que lideran la operación *Determinación inherente* en Siria contra el DAESH, la justifican precisamente como medida en legítima defensa anticipada en sentido amplio. En primer lugar, porque el DAESH no constituye solo una amenaza directa para Iraq (que invocó la intervención norteamericana en su territorio)⁶⁴, sino también para los propios Estados Unidos y sus aliados. En segundo lugar, por la incapacidad demostrada por el Gobierno de Siria para impedir que su territorio fuera usado por los terroristas del DAESH para perpetrar atentados. Durante una rueda de prensa, el entonces Secretario de Defensa de la Administración Obama, Chuck Hagel, hizo patente la confianza en la licitud de la legítima defensa anticipada en sentido amplio, afirmando que el DAESH representaba una «amenaza inminente» a los intereses norteamericanos en Iraq y en cualquier otro lugar⁶⁵. Dicho de otra forma, al clasificar al DAESH como una «amenaza inminente», el Gobierno estadounidense justificaba su acción como legítima defensa anticipada en sentido amplio contra el grupo terrorista. La extensión de la operación *Determinación inherente* a Siria puede así explicarse como una acción en legítima defensa colectiva, limitada a la amenaza inminente que las acciones

⁶² GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M. J., «La prohibición del uso de la fuerza en la sentencia de la CIJ de 19 de diciembre de 2005 (asunto sobre las actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)», *REDI*, vol. LVIII-1, 2006, pp. 246-247. Ver, asimismo: GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Sobre la prohibición del uso de la fuerza armada en los últimos setenta años (1945-2015)», en X. PONS RAFOLS (dir.), *Las Naciones Unidas desde España: 70 aniversario de las Naciones Unidas. 60 aniversario del ingreso de España en las Naciones Unidas*, ANUE, Barcelona, 2015, p. 140.

⁶³ GUTIÉRREZ ESPADA, C., «‘Choque de civilizaciones’ (el autoproclamado estado islámico). Respuesta de la comunidad internacional. ¿una «alianza de civilizaciones» contra el estado islámico?», en SOROETA LICERAS, J. (dir.), *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XVI, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 155.

⁶⁴ S/2014/440, Carta de fecha 25 de junio de 2014 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente del Iraq ante las Naciones Unidas, p. 2; S/2014/691, Carta de fecha 20 de septiembre de 2014 dirigida a la Presidenta del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente del Iraq ante las Naciones Unidas, p. 2.

⁶⁵ RYAN, M., «Islamic State threat «beyond anything we’ve seen»: Pentagon», *Reuters*, de 21 de agosto de 2014, disponible en: <http://www.reuters.com/article/2014/08/21/us-usa-islamicstate-idUSKBN0GL24V20140821>

terroristas del DAESH representan para la seguridad de Iraq y de los demás países que participan en dicha operación⁶⁶. Por tanto, resulta evidente que, en la actualidad, la comunidad internacional considera suficiente la presencia de una amenaza inminente de ataque para activar el derecho de legítima defensa, individual o colectiva, de los Estados. Gutiérrez Espada lo confirma, a la vez que indica el peligro ínsito en la calificación del DAESH como «amenaza inminente». En una situación en la que el DAESH quiere instaurar un Califato universal mediante la violencia indiscriminada y en la que es muy difícil saber «el *donde*, el *cuándo* y el *como* del ataque», la noción de «inminencia» de la amenaza corre el peligro de desdibujarse excesivamente⁶⁷.

4. ¿Y LA LEGÍTIMA DEFENSA «PREVENTIVA»? ¿QUÉ ES?

Después de los atentados del 11-S, la amenaza terrorista sostenida por Estados fallidos y la falta de credibilidad en el sistema de seguridad colectiva de la ONU, han favorecido las propuestas para una nueva ampliación de la legítima defensa que incluyera la legítima defensa «preventiva» (*preventive self-defence*)⁶⁸. El argumento utilizado para proponerla es parecido al que se ha comentado en relación con la legítima defensa «anticipada en sentido amplio» (*pre-emptive self-defence*). La admisibilidad de la legítima defensa preventiva se justificaría en virtud del derecho de legítima defensa consuetudinario y de la necesidad de su ulterior ampliación ante las nuevas amenazas internacionales del mundo contemporáneo. Sin embargo, la legítima defensa preventiva apunta a prevenir la aparición de una amenaza *potencial* de larga duración. En aplicación de este tipo de legítima defensa, las acciones preventivas son tomadas mucho antes que el enemigo haya empezado a prepararse para un ataque armado y, quizás, incluso antes de que haya tomado la decisión de atacar.

La teoría de la legítima defensa preventiva postula la legitimidad de la respuesta armada del Estado ante una amenaza no inminente, sino solo *latente*, tanto contra actos estatales como frente a actos de grupos armados no estatales

⁶⁶ VAN STEENBERGHE, R., «From Passive Consent to Self-Defence after the Syrian Protest against the US-led Coalition», *EJIL: Talk! – Blog of the European Journal of International Law*, 23 de octubre de 2015, disponible en: <http://www.ejiltalk.org/13758-2/>

⁶⁷ GUTIÉRREZ ESPADA, C., «‘Choque de civilizaciones’...», *op. cit.*, p. 157.

⁶⁸ FIDLER, D. P., «Weapons of Mass Destruction and International Law», *ASIL Insights*, vol. 8, issue 3, de 11 de febrero de 2003, disponible en: <http://www.asil.org/insights/volume/8/issue/3/weapons-mass-destruction-and-international-law>

de corte terrorista⁶⁹. La motivación para comenzar una guerra preventiva se fundamenta en la premisa de que un conflicto armado, aunque no sea inminente, es –con toda probabilidad– inevitable. Por eso, conviene adelantar la acción armada, cuando los costes y los riesgos son menores, ya que las consecuencias podrían ser mucho peores⁷⁰. Gutiérrez Espada ofrece una explicación muy clara de la diferencia entre los conceptos que se manejan al hablar del derecho de legítima defensa: «[c]abría entender que el término legítima defensa preventiva debiera reservarse para casos de ataques armados que no son inminentes, descartándose su empleo en supuestos de «inminencia» [...]. Según esto, la legítima defensa preventiva, así entendida, estaría prohibida, pero no la legítima defensa ante un ataque armado (no producido por tanto, es más ni siquiera desencadenado) inminente [...]»⁷¹.

En realidad, la teoría de la legítima defensa preventiva no es una novedad nacida en el contexto internacional contemporáneo. Basta recordar el bombardeo de la aviación israelí de la instalación nuclear iraquí de Osiraq (Bagdad), el 7 de junio de 1981⁷². La central nuclear producía energía para propósitos civiles y su actividad estaba supeditada al control de la OIEA. Sin embargo, los servicios de inteligencia de Israel estaban convencidos de que la central se utilizaba también para la fabricación de armas nucleares. Ante el Consejo de Seguridad, el delegado de Israel defendió los bombardeos en la legítima defensa preventiva, aunque no la mencionara de forma expresa. El representante israelí aludió a un acto de auto-preservación permitido moral y jurídicamente por el derecho inherente de legítima defensa, previsto por el Derecho internacional consuetudinario y amparado por el artículo 51 de la Carta. Según el delegado, el programa nuclear iraquí constituía una amenaza para la sobrevivencia del Estado de Israel⁷³. Por tanto, después de haber intentado una solución pacífica de las tensiones constantes entre ambos Estados, Israel se vio en la necesidad de recurrir a la fuerza militar para eliminar la amenaza iraquí⁷⁴. El antecedente

⁶⁹ IDI, «Present Problems of the Use of Force in International Law», Sub-Group on «Self-Defence», *op. cit.*, p. 122.

⁷⁰ WARREN, A. y BODE, I., *Governing the Use-of-Force in International Relations...*, *op. cit.*, p. 25.

⁷¹ GUTIÉRREZ ESPADA, C., «‘Choque de civilizaciones’...», *op. cit.*, p. 157.

⁷² Pero, se podrían recordar también las siguientes acciones israelíes: la operación en el Sinaí contra Egipto (1956); la invasión de las alturas del Sinaí durante la Guerra de los Seis Días (1967); las operaciones, siempre contra Egipto (entonces llamada «República Árabe Unida») de 1975 y 1982, después de unas incursiones militares aéreas en Líbano sobre campamentos palestinos; por último, el bombardeo aéreo para destruir otras bases militares de la OLP en Túnez (1985).

⁷³ HEISBOURG, F., «A Work in Progress: The Bush Doctrine and Its Consequences», *The Washington Quarterly*, vol. 26, n. 2, 2003, p. 78.

⁷⁴ S/PV. 2280, de 12 de junio de 1981, declaración del representante de Israel, Sr. Blum, párrs. 58-59.

de Osiraq es especialmente importante porque en él emerge con claridad el argumento principal utilizado para admitir la legítima defensa preventiva: su recepción por el derecho consuetudinario y la necesidad de una ampliación ulterior de la legítima defensa ante las nuevas amenazas⁷⁵.

Estos mismos argumentos recobraron más fuerza a principios del siglo XXI, cuando, haciéndose eco de las preocupaciones globales por las armas de destrucción masiva, el terrorismo y los Estados fallidos, la Estrategia de seguridad nacional estadounidense (2002) introdujo la denominada «doctrina Bush». Esta postura se sustentaba sobre dos premisas fundamentales. La primera enunciaba que el Derecho internacional reconoce, «desde hace siglos», que los Estados no necesitan sufrir una ofensiva armada para defenderse de forma legítima contra las fuerzas que representan un peligro inminente⁷⁶. La segunda premisa pedía adaptar el concepto de amenaza inminente al potencial de las armas y de los actores no estatales contemporáneos, que pueden atacar sin dar señales de la inminencia del ataque⁷⁷. La conclusión de la «doctrina Bush» era que los riesgos derivados de las nuevas formas de terrorismo, junto a la proliferación de armas de destrucción masiva, demandaban una reinterpretación de la legítima defensa anticipada en sentido amplio⁷⁸. Una nueva interpretación que permitiría su ejercicio en vía preventiva, frente a una amenaza, no solo inminente, sino incluso eventual y «suficiente» a poner en peligro la seguridad nacional⁷⁹. En este contexto, el concepto de legítima defensa preventiva ha recobrado nuevos matices. La «doctrina Bush» (con)fundiendo los términos ingleses *pre-emption* y *prevention*, proponía rediseñar la noción de inminencia de la amenaza de un ataque y suavizar el requisito consuetudinario de

⁷⁵ S/PV. 2288, de 19 de junio de 1981, declaración del representante de Israel, Sr. Blum, párr. 85: «Indeed, the concept of a State's right to self-defense has not changed throughout recorded history. Its scope has, however, broadened with the advance of man's ability to wreak havoc on his enemies. Consequently the concept took on new and far wider application with the advent of the nuclear era. Anyone who thinks otherwise has simply not faced up to the horrific realities of the world we live in today, and that is particularly true for small States whose vulnerability is vast and whose capacity to survive a nuclear strike is very limited».

⁷⁶ *The National Security Strategy of the United States of America*, 2002, epígrafe V, p. 15, disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ CASTEL, J. G., «The Legality and Legitimacy of Unilateral Armed Intervention in an Age of Terror, Neo-Imperialism, and Massive Violations of Human Rights...», *op. cit.*, p. 13.

⁷⁹ *The National Security Strategy of the United States of America*, 2002, epígrafe V, pp. 15-16: «The United States has long maintained the option of preemptive actions to counter a sufficient threat to our national security. The greater the threat [...] the more compelling the case for taking anticipatory action to defend ourselves, even if uncertainty remains as to the time and place of the enemy's attack. [...] We will always proceed deliberately, weighing the consequences of our actions».

la necesidad⁸⁰. Se defendía de esta manera la legitimidad de la reacción militar desplegada ante la mera posibilidad de un ataque armado en algún momento futuro. No obstante, existe una diferencia clara y fundamental entre la noción de *pre-emption* y la de *prevention*. La primera se refiere a la acción militar contra un enemigo que ya está preparando una ofensiva armada que se preanuncia inminente (legítima defensa anticipada en sentido amplio). En cambio, la segunda alude a la respuesta militar para prevenir que una amenaza latente se materialice en un momento lejano e impreciso (legítima defensa preventiva).

Una primera dificultad para aceptar la legítima defensa preventiva es que elimina de manera arbitraria el requisito del ataque armado específico e inminente. Permite así el uso de la fuerza militar frente al convencimiento de un Estado de la existencia de una amenaza potencial para su seguridad, sustituyendo la legítima defensa (el uso de la fuerza como necesidad) por la agresión preventiva (el recurso a la acción militar como elección)⁸¹. Entre nosotros, Gutiérrez Espada señala que la *amenaza* de agresión armada no ha sido suficientemente estudiada, favoreciendo la imprecisión de su contenido. Recuerda, no obstante, que el Instituto de Derecho Internacional (IDI) precisó en 2007 que frente a una amenaza de ataque armado contra un Estado, solo el Consejo de Seguridad puede decidir si autorizar o no el recurso a la fuerza militar⁸². A partir del momento que el propio IDI (en la misma resolución de 2007), reconoce la licitud de la legítima defensa ante amenazas «manifiestamente inminentes»⁸³ de ataque armado, el profesor deduce que «la *amenaza* se refiere a casos de peligro de ataques ‘latentes’»⁸⁴.

El reconocimiento de la legítima defensa preventiva suscita otro problema, porque es incompatible con los supuestos previstos en el artículo 51 de la

⁸⁰ AREND, A. C., «International law and the preemptive use of military force», *The Washington Quarterly*, vol. 26, n. 2, 2003, p. 96; PÉREZ GONZÁLEZ, M., «La legítima defensa puesta en su sitio: observaciones críticas sobre la doctrina Bush de la acción preventiva», *REDI*, vol. LV-1, 2003, p. 199.

⁸¹ GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Del uso de la fuerza en las relaciones internacionales (práctica versus jurisprudencia)», en A. BLANC ALTEMIR (ed.), *El proceso de reforma de las Naciones Unidas. La dimensión institucional y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 236; THAKUR, R. y SINGH SIDHU, W. P., «Iraq's challenge to world order», en R. THAKUR y W. P. SINGH SIDHU (eds.), *The Iraq Crisis and World Order: Structural, Institutional and Normative Challenges*, United Nations University Press, Tokyo, 2006, p. 12; WEDGWOOD, R., «The Fall of Saddam Hussein: Security Council Mandates and Preemptive Self-Defense», *AJIL*, vol. 97, n. 3, 2003, p. 583.

⁸² IDI, «Present Problems of the Use of Force in International Law», Sub-Group on «Self-Defense», *op. cit.*, p. 214, párr. 7.

⁸³ IDI, «Present Problems of the Use of Force in International Law», Sub-Group on «Self-Defense», *op. cit.*, p. 214, párr. 3.

⁸⁴ GUTIÉRREZ ESPADA, C., «‘Choque de civilizaciones’...», *op. cit.*, p. 138.

Carta y en el derecho consuetudinario derivado del caso *Caroline*⁸⁵. De aceptarse esta doctrina, no se estaría solo ampliando la interpretación del derecho de legítima defensa, sino que se estaría generando una regla nueva⁸⁶. La legítima defensa preventiva extiende de manera excesiva el concepto de inminencia de la amenaza que incluiría, en definitiva, todo tipo de peligros que pueden derivarse de las armas y las tácticas de guerra contemporáneas⁸⁷.

A raíz de la invasión estadounidense de Iraq en 2003, el Grupo de Alto Nivel que redactó el informe *Un mundo más seguro* (2004), se planteó si los Estados podrían invocar la legítima defensa preventiva para hacer frente a las amenazas no inminentes, pero reales, como la adquisición con fines hostiles de la capacidad para fabricar armas nucleares. Como recoge el informe, quienes defienden la legítima defensa preventiva alegan que la gravedad de los perjuicios que derivarían de ciertas amenazas impondría actuar antes que la amenaza sea inminente⁸⁸. Ante este tipo de observaciones, el informe responde que: «[e]n un mundo lleno de amenazas que se consideran posibles, el riesgo para el orden mundial y para la norma de la no intervención en que sigue basándose simplemente es demasiado grande como para aceptar la legitimidad de la acción preventiva unilateral, en contraposición a la aprobada colectivamente. Dejar que uno lo haga es dejar que lo hagan todos»⁸⁹.

5. ¿ES LÍCITA LA LEGÍTIMA DEFENSA «PREVENTIVA» ASÍ ENTENDIDA?

Pese a ello, todavía no se ha cerrado el debate internacional acerca de la necesidad de dar un paso más en la interpretación del artículo 51 de la Carta y admitir el derecho de legítima defensa preventiva. Se ha propuesto que la legítima defensa debería fundarse sobre premisas más flexibles, que se centren

⁸⁵ IDI, «Present Problems of the Use of Force in International Law», Sub-Group on «Self-Defence», *op. cit.*, p. 126; RUYS, T., «Armed Attack» and Article 51 of the UN Charter: *Evolutions in Customary Law and Practice*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 309; SHARMA, S. P., «The American Doctrine of 'Pre-emptive Self-Defence'», *Indian Journal of International Law*, vol. 43, 2003, pp. 222-226.

⁸⁶ FRANCK, T. M., «What Happens Now? The United Nations after Iraq», *AJIL*, vol. 97, n. 3, 2003, p. 619; SHAH, N. A., «Self-defence, Anticipatory Self-defence and Pre-emption...», *op. cit.*, p. 117.

⁸⁷ FARER, T. J., «Beyond the Charter Frame: Unilateralism or Condominium?», *AJIL*, vol. 96, n. 2, 2002, p. 360.

⁸⁸ A/59/565, de 2 de diciembre de 2004, *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*, párrs. 188-189.

⁸⁹ *Ibid.*, párr. 191.

menos en la inminencia temporal y más en la magnitud del daño potencial y en la probabilidad del ataque⁹⁰. Incluso, según algunos autores, las frecuentes violaciones del artículo 2.4 de la Carta manifestarían que la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza ha caído en desuso⁹¹. Estas ideas son insostenibles, ante todo porque «violación» y «desuso» no pueden utilizarse como términos sinónimos. Una cosa es violar –de manera puntual o incluso reiterada– una norma. Otra muy distinta es que esa misma norma no se aplique porque ya no refleja la práctica de la comunidad de Estados. Además, la prohibición del artículo 2.4 de la Carta es una norma internacional imperativa con carácter consuetudinario. La costumbre internacional resulta tanto de la práctica continuada como de la creencia de los Estados de que esta práctica es necesaria y requerida por el Derecho internacional (*opinio juris*). Por eso, para que una norma con estas características deje de serlo, no bastaría su violación –frecuente, pero no continua– por parte de algunos Estados. Haría falta una nueva práctica constante y uniforme, avalada por la convicción jurídica de su obligatoriedad según el Derecho internacional vigente. No parece existir, a día de hoy, una costumbre internacional de este tipo que permita el uso de la fuerza. Las violaciones del artículo 2.4 de la Carta destacan precisamente porque no representan la regla general, sino la excepción a una norma que impone a los Estados un no-hacer: abstenerse de recurrir a la acción militar. Puesto que no vivimos en un continuo estado de guerra internacional, hay que concluir que son muchos más los Estados que observan el artículo 2.4 que los que lo violan. Incluso cuando los Estados desobedecen la prohibición, suelen justificarse refiriéndose a sus excepciones reconocidas por la Carta o el Derecho internacional consuetudinario. La práctica internacional confirma que el artículo 2.4 de la Carta sigue siendo una norma vigente e imperativa y, como tal, vinculante para la comunidad internacional en su conjunto.

De admitirse la legítima defensa preventiva, se privilegiaría el unilateralismo frente al multilateralismo, fomentándose el intervencionismo, la autotutela y, en última instancia, la anarquía en las relaciones internacionales⁹². Por ello, el informe *Un mundo más seguro* (2004), niega que el derecho de legítima

⁹⁰ YOO, J., «Using Force», *The University of Chicago Law Review*, vol. 71, n. 3, 2004, p. 730.

⁹¹ AREND, A. C., «International law and the preemptive use of military force», *op. cit.*, p. 101; GLENNON, M. J., «The UN Security Council in a Unipolar World», *Virginia J. Intl. L.*, vol. 44, n. 1, 2003, p. 100.

⁹² GAMARRA CHOPO, Y., «La defensa preventiva contra el terrorismo internacional y las armas de destrucción masiva: una crítica razonada», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, vol. 77, 2007, p. 244.

defensa preventiva tenga cabida en el Derecho internacional vigente. En sus propuestas, no se aboga por modificar ni el texto ni la interpretación del artículo 51 de la Carta⁹³. La formulación actual del capítulo VII de la Carta deja suficiente espacio a la interpretación del Consejo de Seguridad para autorizar el uso de la fuerza cuando lo cree más oportuno. Y explica que esto es así con independencia de que: «[l]a amenaza tenga lugar en este momento, en un futuro inminente o en un futuro más remoto, de que esté implicado el proceder del propio Estado o el de agentes no estatales a los que dé amparo o apoyo o de que revista la forma de un acto u omisión, un acto real o potencial de violencia o simplemente de un desafío a la autoridad del Consejo»⁹⁴. El informe del Grupo de Alto Nivel no descarta la posibilidad de los Estados de aplicar medidas coercitivas, incluso la fuerza militar, frente a amenazas latentes, pero se podrá recurrir a ella bajo autorización del Consejo de Seguridad. El antiguo Secretario General Annan, en su informe *Un concepto más amplio de libertad* (2005), confirmó que el Consejo tiene la facultad para usar la fuerza, también de forma preventiva, tanto frente a las amenazas inminentes como a las latentes⁹⁵. El *Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005* recoge las conclusiones de dichos informes, de ahí que se puede afirmar que «quien calla otorga»⁹⁶.

Así las cosas, es posible concluir que nada obsta a una interpretación más amplia del artículo 51 de la Carta. Los informes de 2004 y 2005 reconocen la legítima defensa «anticipada en sentido amplio», esto es, ante la amenaza de un ataque inminente y la acción armada «preventiva» ante amenazas latentes tras recibir la autorización del Consejo de Seguridad. En cambio, no es posible afirmar la licitud de la legítima defensa preventiva ante el ataque armado que todavía no ha sido lanzado o cuyo inicio no es inminente ni comprobable⁹⁷. El derecho de legítima defensa preventiva implicaría una extensión indefinida en el tiempo de la posibilidad de defenderse mediante el uso de la

⁹³ A/59/565, de 2 de diciembre de 2004, *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*, párr. 192.

⁹⁴ *Ibid.*, párr. 193.

⁹⁵ A/59/2005, de 21 de marzo de 2005, *Un concepto más amplio de libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*, párr. 125.

⁹⁶ BERMEJO GARCÍA, R. y LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E., «El uso de la fuerza a la luz de los conflictos recientes...», *op. cit.*, p. 90.

⁹⁷ PÉREZ GONZÁLEZ, M., «La legítima defensa puesta en su sitio...», *op. cit.*, pp. 192-193, en donde reconoce la legitimidad de la defensa armada realizada para responder «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». Al revés, no cree que tienen cabida en 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».

fuerza. Se pondrían así en entredicho los principios convencionales y consuetudinarios de provisionalidad, subsidiariedad, necesidad, proporcionalidad e inmediatez de la legítima defensa⁹⁸. Esta interpretación del derecho de legítima defensa no llevaría solo a una transformación radical del sistema, sino a su abrogación total⁹⁹. La legítima defensa preventiva se aplicaría ante amenazas latentes que, como tales, no son verificables sobre la base de unos supuestos objetivos. De admitirse la legítima defensa preventiva, se conferiría prioridad a la afirmación subjetiva de un Estado de la necesidad de la respuesta armada, en detrimento de la constatación objetiva de la inminencia de un ataque armado. Al aceptar la legítima defensa preventiva se plantearía un problema de apreciación de la necesidad de reaccionar. Se dejaría a los Estados evaluar la presencia de una amenaza para su seguridad, según una «escala fluctuante» de apreciación muy subjetiva¹⁰⁰. Otorgar a los Estados la libertad de invocar la prevención, ante lo que ellos consideran una posible amenaza, desataría una violencia incontrolada, quebrantándose así la razón de ser de la prohibición del uso de la fuerza¹⁰¹. Si se reconociera esta interpretación tan extensiva del artículo 51, se retrocedería en el tiempo a la situación anterior a la Carta de la ONU, cuando cada Estado era el único juez de sus acciones¹⁰². Con la legítima defensa preventiva se regresaría a la misma realidad internacional que condujo el mundo a dos conflictos mundiales¹⁰³.

⁹⁸ GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Los conceptos de ‘guerra preventiva’ y de ‘legítima defensa preventiva’ a la luz de la jurisprudencia internacional contemporánea», en J. M. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO y M. URREA CORRES (coord.), *Seguridad internacional y guerra preventiva: Análisis de los nuevos discursos sobre la guerra*, Perla, Logroño, 2008, p. 259.

⁹⁹ DOMINICÉ, C., «La société internationale à la recherche de son équilibre», *op. cit.*, p. 295; FRANCK, T. M., «What Happens Now? The United Nations after Iraq», *op. cit.*, p. 620.

¹⁰⁰ PÉREZ GONZÁLEZ, M., «La legítima defensa puesta en su sitio...», *op. cit.*, p. 200; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., «Una cara oscura del Derecho internacional: Legítima defensa y terrorismo internacional», *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Universidad del País Vasco, 2002, p. 281.

¹⁰¹ HENKIN, L., «Force, Intervention, and Neutrality in Contemporary International Law», *op. cit.*, p. 152; LUBAN, D., «Preventive War», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 32, n. 3, 2004, pp. 224-225; REISMAN, W. M., «Assessing Claims to Revise the Laws of War», *AJIL*, vol. 97, n. 1, 2003, p. 90.

¹⁰² MILLER, R. B., «Justifications of the Iraq War Examined», *Ethics & International Affairs*, vol. 22, n. 1, 2008, p. 52; RUYS, T., «Armed Attack» and Article 51 of the UN Charter, *op. cit.*, p. 324: «In other words: right would make might».

¹⁰³ KRIEGER, D., «The war in Iraq as illegal and illegitimate», en R. THAKUR y W. P. SINGH SIDHU (eds.), *The Iraq Crisis and World Order: Structural, Institutional and Normative Challenges*, United Nations University Press, Tokyo, 2006, p. 384: «[The] claim of potential future attack [...] would open the door to [...] unilateral initiation of warfare, whether or not based on factual

Con todo, hay autores que reconocen la licitud de la legítima defensa preventiva con argumentos del siguiente tenor: «[i]t is clear that where a nation *feels* that it may be subject to recurring interference and terrorist attacks by another, it has an inherent right to carry out armed reprisals against the offending nations and/or culprits»¹⁰⁴. Es fácil responder a este tipo de observaciones que si los Estados pudiesen recurrir a las armas basándose en sus conjeturas, sería imposible instaurar un orden internacional relativo al uso de la fuerza¹⁰⁵.

El Derecho internacional, convencional y consuetudinario, debe encontrar una solución intermedia entre una interpretación demasiado estricta y una demasiado amplia del artículo 51 que permita a los Estados atacados cierto margen discrecional para defenderse¹⁰⁶. Si esto no fuera así, el Estado agredido no podría defenderse, porque el ataque sufrido no cabe dentro del corsé de la legítima defensa cosido por la doctrina y la jurisprudencia internacionales¹⁰⁷. Las normas sobre la legítima defensa deben interpretarse de forma razonada, sin corsés¹⁰⁸, conforme al sentido corriente atribuido a los términos utilizados, según el contexto y tenido en cuenta sus objetivos y fines¹⁰⁹. Se ha dicho que dentro de los límites de la legítima defensa del artículo 51 cabe la legítima defensa anticipada (en sentido estricto y amplio), porque sería insensato no admitirla ante la rapidez, precisión y mortalidad de las armas actuales convencionales y no convencionales. Fuera de estos límites, el uso preventivo de la fuerza es lícito solo en el marco del sistema de seguridad colectiva de la ONU y no según una visión distorsionada y unilateral de la legítima defensa. Así, cuando un Estado se siente amenazado, pero la amenaza no se traduce en un ataque armado inminente, podrá acudir al Consejo de Seguridad para que este autorice las medidas oportunas. Como alternativa, el Estado podrá adoptar contramedidas que no impliquen el uso de la fuerza, pero no podrá recurrir al

foundations, paranoia or simple expediency. It would throw the international order into a state of chaos».

¹⁰⁴ OBAYEMI, O. K., «Legal Standards Governing Pre-emptive Strikes and Forcible Measures of Anticipatory Self-Defense under the U.N. Charter and General International Law», *Annual Survey of Int'l & Comp. Law*, vol. XII, 2006, p. 30. (Cursiva añadida)

¹⁰⁵ SCOVAZZI, T., «Quale ruolo per le Nazioni Unite?», en A. BLANC ALTEMIR (ed.), *El proceso de reforma de las Naciones Unidas. La dimensión institucional y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 260.

¹⁰⁶ BERMEJO GARCÍA, R., «La legítima defensa y el Derecho internacional en los albores del siglo XXI», *op. cit.*, p. 127.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Artículo 31, párrafo 1, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

derecho de legítima defensa¹¹⁰. En el caso de las *Actividades armadas en el territorio del Congo*, la CIJ confirmó que los Estados no pueden invocar el derecho de legítima defensa del artículo 51 de la Carta con base en lo que perciben como una amenaza para su seguridad nacional¹¹¹. En general, en todas las decisiones analizadas sobre la legítima defensa, la Corte ha requerido siempre la ejecución previa de un ataque armado para admitir la existencia del derecho de legítima defensa del Estado agredido¹¹². De ahí que, con mayor razón, cabe concluir que el máximo órgano jurisdiccional internacional rechaza la legítima defensa preventiva frente a un ataque armado solo hipotético.

Aclarado que el Derecho internacional contemporáneo excluye el derecho de legítima defensa preventiva, la cuestión fundamental es no confundir los términos al hablar del derecho de legítima defensa. El estudio del problema de la legítima defensa preventiva se ve dificultado por la confusión que se ha creado a la hora de intentar calificar la respuesta armada de los Estados. Una sistematización –parcialmente inspirada en la tipificación elaborada en 2007 por el IDI– que puede contribuir a aclarar un poco los conceptos manejados en la doctrina y en la práctica internacional, podría ser la siguiente:

- 1) *Legítima defensa reactiva*: responde a la teoría clásica y restrictiva de este derecho que lo reconoce solo en reacción a un ataque armado ya sufrido (admitida por el Derecho internacional vigente).
- 2) *Legítima defensa anticipada*: se da cuando los Estados recurren a la fuerza armada para adelantarse a un ataque armado no padecido todavía. Puede adquirir dos formas:
 - 2.1) *En sentido estricto*: si la realización inminente del ataque armado es manifiesta y objetivamente verificable los Estados pueden usar la fuerza para interceptar el ataque que está a punto de lanzarse (admitida por el Derecho internacional vigente).

¹¹⁰ DOMINICÉ, C., «La société internationale à la recherche de son équilibre», *op. cit.*, p. 296; O'CONNELL, M. E., «The Myth of Preemptive Self-Defense», *ASIL Task Force Papers*, 2002, p. 6; SLAUGHTER, A. M., «Old Rules, New Threats: Terrorism, Proliferation, and Anti-Americanism», en *The New Challenges to International, National and Human Security Policy*, Trilateral Commission, 2004, p. 23.

¹¹¹ ICJ Reports 2005, *República Democrática del Congo v. República de Uganda*, párr. 148: «Article 51 of the Charter [...] does not allow the use of force by a State to protect perceived security interests [...]. Other means are available to a concerned State, including, in particular, recourse to the Security Council». (Cursiva añadida)

¹¹² ICJ Reports 1986, *Nicaragua v. Estados Unidos*, párr. 195; ICJ Reports 2003, *República Islámica del Irán v. Estados Unidos*, párr. 51; ICJ Reports 2005, *República Democrática del Congo v. República de Uganda*, párr. 143.

- 2.2) *En sentido amplio*: si existe una amenaza inminente de ataque armado. La agresión aún no ha sido perpetrada, sin embargo su inicio es tan inminente que no deja otras alternativas al Estado afectado y resulta verificable mediante pruebas concretas (admitida por el Derecho internacional vigente).
- 3) *Legítima defensa preventiva*: la que los Estados pretenden ejercer frente a una amenaza solo potencial y latente de padecer un ataque armado en un futuro no mejor precisado (rechazada por el Derecho internacional vigente).

A la luz de esta clasificación, resulta que el debate entre Gutiérrez Espada y Bermejo García no versaba sobre la licitud de la legítima defensa preventiva ante una amenaza potencial, sino sobre la que aquí se llama legítima defensa «anticipada en sentido amplio». Mientras el primero ha rechazado durante años la licitud de este tipo de legítima defensa, el segundo ha estado siempre a favor de su reconocimiento. En particular, en ocasiones, se ha atribuido a Bermejo García la tesis por la cual hoy día el Derecho internacional reconocería la legítima defensa preventiva ante una amenaza latente de ataque armado. En realidad, esto ha sido fruto de un malentendido acerca de lo que el profesor Bermejo García entiende por legítima defensa «preventiva» que, sin embargo, resulta claro en todas sus obras¹¹³. Lo mismo puede decirse para Gutiérrez Espada que también prefiere usar la expresión legítima defensa «preventiva» para indicar la legítima defensa ejecutable frente a una amenaza inminente de ataque armado¹¹⁴.

Tal vez la confusión deriva del hecho de que los documentos relevantes sobre este punto, los informes *Un mundo más seguro* (2004) y *Un concepto más amplio de libertad* (2005), parecen apoyarse en la distinción, propia del mundo anglosajón, entre *anticipatory self-defence* y *preventive self-defence*, siendo la primera la que los Estados ejercen ante una amenaza inminente y la segunda la

¹¹³ Ver, por ejemplo: BERMEJO GARCÍA, R., *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza...*, *op. cit.*, p. 229: «[L]os problemas surgen cuando se trata de saber si el artículo 51 prohíbe o no la que se ha denominado legítima defensa *preventiva*, es decir, el ejercicio del derecho de legítima defensa frente a un ataque que se considera *inminente*, pero que todavía no se ha producido». (Cursiva añadida)

¹¹⁴ GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El uso de la fuerza y el Derecho internacional después de la descolonización*, *op. cit.*, p. 14: «[L]os Estados podrían [...] reaccionar por la fuerza no sólo frente a un ataque armado *in actu* sino también para reaccionar por la fuerza [...] ante un ataque armado aún no desencadenado pero inminente (legítima defensa preventiva) [...]». (Cursiva del autor)

que despliegan frente a una amenaza latente¹¹⁵. Sin embargo, en la doctrina española se ha manifestado la tendencia a una simplificación, que distingue entre la legítima defensa reactiva, ante un ataque armado ya sufrido, y la legítima defensa preventiva, entendida como respuesta militar frente a una amenaza tanto inminente como latente de ataque armado.

En conclusión, por lo expuesto, las posturas de los profesores que aquí celebramos no parecen tan lejanas como podría pensarse a primera vista, habiéndose dado además, en los últimos años, una definitiva reconciliación doctrinal entre ellos.

¹¹⁵ A/59/565, de 2 de diciembre de 2004, *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*, párr. 187; A/59/2005, de 21 de marzo de 2005, *Un concepto más amplio de libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*, párr. 122.