

TRABAJO DE GRADO

**PERSPECTIVAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS SOBRE LA
VIABILIDAD DE LA LEGÍTIMA DEFENSA PREVENTIVA EN LA
LUCHA CONTRA EL TERRORISMO INTERNACIONAL**

JESÚS DAVID MUÑOZ CORREA

**ASESOR: LUIS FERNANDO VARGAS-ALZATE
PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD EAFIT**

**UNIVERSIDAD EAFIT
MEDELLÍN
2021**

Perspectivas jurídicas y políticas sobre la viabilidad de la legítima defensa anticipada en la lucha contra el terrorismo internacional

Introducción

El objeto del presente trabajo de investigación gira en torno al análisis sobre la viabilidad de la más reciente doctrina de la legítima defensa preventiva en los estados de excepción decretados por guerra exterior o perturbación del orden público, como arma contra el terrorismo internacional.

La estructura de la obra se compone de cuatro secciones. La primera sección plantea una revisión de literatura que involucra autores que se pueden considerar destacados sobre la materia investigada. Seguido a ello, el autor despliega un estado del arte para identificar vacíos teóricos, tanto jurídicos como políticos, sobre posturas críticas al respecto de esta nueva doctrina; la segunda sección presenta, de forma teórica, la doctrina de la legítima defensa preventiva, donde se explica en qué consiste, sus posturas y cómo surgió, teniendo en cuenta sus postulados normativos; la tercera sección aterriza el concepto sobre posibles escenarios donde se puede implementar esta doctrina. Esto es, considerar los estados de excepción tomando como referencia la legislación colombiana, sobre estas situaciones de anormalidad, y planteado a manera de revisión de caso. Para ello, se explicará brevemente qué son los estados de excepción y cómo este escenario es compatible con la doctrina de la legítima defensa preventiva; por último, se expone una postura crítica sobre dicha doctrina, explicando porqué no sería deseable adoptarlo por la Sociedad Internacional.

Después del atentado contra las Torres Gemelas el 11 de septiembre de 2001, Estados Unidos empezó la batalla contra el grupo terrorista Al-Qaeda, a partir de una campaña global que quiso generalizar como una lucha contra el denominado “Eje del Mal”. De ese comportamiento nació la doctrina Bush y la misma dio origen a la doctrina de la legítima defensa preventiva, que tiene un corte intervencionista. Esto es, el otorgamiento de la facultad a Estados Unidos a intervenir en la soberanía de otros países como forma de combatir con el terrorismo. Esto presenta, de manera preliminar, conflictos con la normatividad del DIP y una posible afectación en la política y las relaciones internacionales. La investigación se dirige a esos conflictos, preguntándose si es viable que otros países adopten políticas

intervencionista similares a las de Estados Unidos con la legítima defensa preventiva, también si es deseable o no que exista esa doctrina junto con la normatividad del DIP.

A efectos de este trabajo, se hace importante señalar que la metodología sobre la que se respalda el trabajo es de corte cualitativo. A partir de una recopilación de información de diferentes autores para emitir un concepto sobre la viabilidad de la legítima defensa preventiva y acercarlo a posibles escenarios donde podría implementarse, así como para poder adoptar y exponer una postura crítica sobre la doctrina. Así mismo, se concluirá que la legítima defensa preventiva es una doctrina peligrosa, que puede eliminar normas del DIP que permiten la armonía en la Sociedad Internacional.

Aproximación literaria fundamental

La presente sección ofrece un acercamiento a distintos autores que han expuesto la teoría de la nueva doctrina de la legítima defensa anticipada mediante investigación documental. Se pretende, a través del respaldo en múltiples autores, evidenciar que los gobiernos han estado replanteando la interpretación de su definición expuesta en la Carta de las Naciones Unidas, desde mediados del siglo XX. Esto se hace para posibilitar una visión más concreta sobre el tema y tener una comprensión crítica del fenómeno planteado en esta investigación. Entre los autores cuya bibliografía ha servido de soporte en este proceso de investigación académica, valdría la pena destacar a Yolanda Gamarra (2007), Jorge Torres (2002), Cristian Zamorano (2015) y Ximena Fuentes Torrijo (2014), entre otros que por razones de espacio no será fácil incluir en el diálogo académico.

En tal dirección, se considera oportuno destacar que Yolanda Gamarra es una catedrática en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Zaragoza, en España. Ha impartido asignaturas sobre las instituciones de la UE, sistema de gestión y legislación medioambiental, Derecho Internacional Público, Globalización y Derechos Humanos. Ha escrito distintos artículos para revistas académicas, libros y tesis dirigidas. Entre los artículos que ha escrito sobresalen textos como «La política de los derechos y las libertades en las reformas del Sistema Interamericano», publicado en el Anuario Español de Derecho Internacional número 29 de 2013. En dicha obra se exponen argumentos jurídicos a favor del fortalecimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) debido al aumento de la demanda de tutelas para reparar derechos

colectivos e individuales vulnerados. Ese es un valor agregado en el trabajo de la profesora Gamarra que bien vale la pena destacar para el propósito de esta investigación.

A partir de la revisión de literatura de la autora, un segundo trabajo ha sido tomado como referente para soportar el desarrollo de esta obra que se presenta. Se trata de «La defensa preventiva contra el terrorismo internacional y las armas de destrucción masiva: una crítica razonada», publicada en la revista CIDOB d'afers internacionals, número 77 de 2007. Estos textos fueron redactados bajo una modalidad de investigación documental, es decir, que la propia autora realiza una compilación de diversos autores para presentar una idea principal, que permita y facilite al lector la construcción de una posición mucho más clara frente al tema presentado.

De otro lado, en la revisión de literatura es menester destacar a Jorge Torres, quien es director del Instituto para la Integración y el Desarrollo Latinoamericano de la Universidad Nacional de Tucumán, y profesor regular de cátedra de Derecho Internacional Público y Política Internacional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán. También es profesor del Instituto de Estudios Iberoamérica y Portugal de la Universidad de Salamanca, España. El profesor Torres es máster en Estudios Latinoamericanos. También fue director académico del programa de maestría en Relaciones Internacionales, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán.

El texto referente escrito por este autor y que se presenta como soporte importante a la presente investigación es «Estados Unidos, el terrorismo internacional y el sistema de seguridad colectiva. La legítima defensa preventiva y la nueva doctrina de la seguridad del presidente Bush», que fue publicado en la Revista UNLP, del Instituto de Relaciones Internacionales, en el año 2002. El autor utiliza una metodología similar a la expuesta por Yolanda Gamarra, es decir, una investigación documental, haciendo referencia a la formulación sobre la implementación de la legítima defensa preventiva que hizo el presidente Bush después del ataque de las Torres Gemelas. Sin embargo, Jorge Torres advierte que puede tener impactos sin precedentes en las relaciones internacionales y en el Derecho Internacional porque en materia de seguridad los gobiernos pueden optar medidas drásticas únicamente como sustento una sospecha que puede ser mal infundada. Este aspecto es de gran importancia en el análisis que acá se propone, con objeto de determinar la validez o no

de la legítima defensa anticipada. Aunque tal vez no se deba discutir sobre la validez, sino sobre la pertinencia y legitimidad de ella.

En adición a los autores trabajados, aparece el profesor Cristian Zamorano, quien es doctor en Ciencia Política de la Universidad de la Sorbonne-Nouvelle Paris III, licenciado en Derecho Internacional de la universidad de Angers, Francia; Magister en Relaciones Internacionales ILERI-ILECI, Paris XIV. También es profesor universitario asistente en la Universidad de Antofagasta. Zamorano escribió el texto «Las “Constituciones” de los Estados democráticos, ¿armas eficaces en el marco de la lucha contra el terrorismo internacional?». En dicha obra se pregunta si las Cartas Magnas están preparadas para hacerle frente a la reaparición del terrorismo internacional. En la misma línea que los autores previamente citados, el método de investigación utilizado por Zamorano es similar a los dos autores anteriores, es decir, una investigación documental donde plantea el problema y hace un análisis en las constituciones de distintos lugares, esencialmente en Europa y América. Así, se está ante una producción valiosa que, casualmente, resulta coincidente en la manera como se abordan las temáticas desde una óptica metodológica.

Seguidamente, en el recorrido sobre la literatura útil como sustento a este trabajo, resulta imprescindible tomar como referente a Ximena Fuentes Torrijo, quien es doctora en filosofía por la Universidad de Oxford y licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, especializada en Derecho Internacional Público y cuyo trabajo ha contribuido a áreas como el Derecho Internacional del Medio Ambiente y del Desarrollo Sostenible, Derechos Humanos, Corte Penal Internacional y Delimitación Marítima.

Fuentes ha escrito sus trabajos sobre las áreas anteriormente presentadas, destacándose textos como «¿Puede el derecho internacional contribuir a prever la violencia?», en el seminario en Latinoamérica sobre Teoría Constitucional y Política 2003 y, tras revisar su bibliografía, el texto más pertinente para sustentar la presente obra es «La prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza por el derecho internacional», publicado en la Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, número 32 de 2014. Este texto exhibe una metodología de construcción de conocimiento donde su autora examina la prohibición del uso de la fuerza en el Derecho Internacional, haciendo relación directa con la prohibición que se halla contenida en el artículo 2, inciso 4 de la Carta de las Naciones Unidas.

Por último, como autor fundamental de la crítica a la doctrina de la legítima defensa preventiva, se destaca Manuel Pérez Gómez con su texto “La legítima defensa puesta en su sitio: observaciones críticas sobre la doctrina Bush de la acción preventiva”, donde hace una crítica en contra de la implementación de la doctrina estudiada, marcándola como indeseable y peligrosa. Manuel Pérez Gómez es profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Complutense de Madrid.

Con esta aproximación a la literatura, que por asuntos de extensión debe limitarse a las obras centrales, puede indicarse que hay una vía apropiada para la generación de un análisis sobre la validez gubernamental y práctica de la legítima defensa anticipada. Para ello, la siguiente sección propone la identificación de los vacíos que esta investigación aspira llenar.

A manera de Estado del Arte

La literatura que se citó, además de otra abordada en diversos espacios académicos del programa de derecho, se ha convertido en un insumo clave que permite reflexionar sobre los usos y los abusos, eventualmente percibidos en los comportamientos gubernamentales, sobre el concepto y la doctrina de la legítima defensa. Incluso, más allá de estos, cobra fuerza la revisión temática que permite preguntarse sobre la utilización que a futuro se podrá dar respecto de la doctrina, dado el contexto de la política internacional contemporánea. Esta propuesta académica, procura un trabajo sistemático que permita profundizar las discusiones sobre lo que ha significado suscribirse y apoyar los discursos doctrinarios de la legítima defensa, más allá de las eventuales posturas de apoyo o rechazo a su ejecución.

El tema de la seguridad en la Sociedad Internacional¹ es una de las materias que tiende a tener predominancia para una saludable relación entre los Estados y sus respectivos gobiernos. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) establece en el artículo segundo de su Carta, inciso 4, que los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales,

¹ «La sociedad internacional solo existe cuando un grupo de Estados, consientes de sus intereses y valores comunes, forman una sociedad en el sentido de que se consideran unidos por una serie de normas comunes, que regulan sus relaciones y de que colaboran en el funcionamiento de las instituciones comunes» (Escuela Inglesa de las Relaciones Internacionales). Este concepto debe diferenciarse del de «comunidad internacional» porque en ésta únicamente existen interacciones que benefician a cada uno, mientras que en la sociedad global la unión es superior; más fuerte y compleja, cimentada en intereses, valores, normas e instituciones comunes. (Elsa González, “La teoría de la sociedad internacional. De la narrativa clásica de Escuela Inglesa al enfoque crítico, en: Relaciones Internacionales, s.v, núm. 41, 2019, p. 5).

se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza que atente contra la integridad de sus territorios soberanos o la independencia política del respectivo Estado².

Esta prohibición expresa sobre el uso de la fuerza, no obstante, reconoce que todo Estado tiene derecho a defenderse contra agresiones injustas, por lo que involucra, de manera directa, la legítima defensa. Sin embargo, debido a diferentes interpretaciones sobre la norma y acontecimientos terroristas que atentaron contra la seguridad internacional como los eventos del 11 de septiembre de 2001, el atentado de la maratón de Boston y el atentado perpetrado por Mohammad Abdulazeez en Tennessee, pusieron a varios autores y gobiernos a replantearse el concepto de legítima defensa, propiciando el nacimiento de una doctrina de legítima defensa anticipada. Esta doctrina permite al gobierno hacer uso de la fuerza contra la integridad de otro Estado ante la sospecha de un peligro inminente que aún no se ha concretado en la realidad³.

Al realizar este rastreo de información y respaldarse en autores que es posible considerar dentro de los que mejor exponen la teoría de la legítima defensa anticipada, se hace factible adoptar una posición frente a esta nueva doctrina, ahora basada en argumentos presentados desde el Derecho Internacional Público, la Ciencia Política y las Relaciones Internacionales.

A partir de la revisión del material seleccionado, se posibilita la realización de análisis críticos sobre la nueva doctrina de legítima defensa anticipada, estableciendo la relación entre su viabilidad y compatibilidad con el Derecho Internacional Público, así como el impacto que puede tener sobre el derecho doméstico y las consecuencias que podría traer la implementación en un escenario en el que, por ejemplo, El Consejo de Seguridad de la ONU, de una manera más permisiva y flexible, avale esta excepción a la prohibición del uso de la fuerza.

A lo largo de la revisión de literatura y tomando como referentes a los autores que previamente se expusieron, debe resaltarse su aporte en la generación de nuevas posturas y

² La Carta de las Naciones Unidas es el documento rector de la Organización. En su artículo segundo, inciso cuarto, señala que “para la realización de los propósitos consagrados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo en los siguientes principios:

- Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

³ Emmanuel Guerisoli, “Evolución de Legítima Defensa”, en: *Centro Argentino de Estudios Internacionales*, Argentina, 2016, *s.n.*, 3 de marzo 2016, pág. 2

un amplio conocimiento sobre el tema que versa este trabajo, permitiendo al lector instruirse sobre la temática y dejar, a su criterio, la postura más conveniente. Sin embargo, existe un vacío que es menester tratar de suplir. En relación con la literatura abordada, bien vale la pena advertir que no se encontraron autores que tomen una postura rigurosamente definida frente al tema de la legítima defensa anticipada. Es decir, no toman una postura bien sea de aceptación o rechazo frente a tales acciones. De manera única han enfocado sus investigaciones a metodologías documentadas donde reúnen información para presentarlas al lector y que sea éste quien tome una postura a favor o en contra.

De tal manera que, si bien este escrito también tiene una metodología de investigación documental, en realidad aspira tomar una postura crítica, asumiendo que la implementación y la viabilidad de la legítima defensa anticipada en los Estados democráticos debe evitarse. La postura crítica apostará con argumentos jurídicos y políticos que prueben con suficiencia que si los gobiernos optaran por usar esta doctrina bajo los supuestos de Estados de Excepción podría traer consecuencias más graves que acogerse al concepto de legítima defensa que predomina actualmente en la Sociedad Internacional. Para cumplir con este objetivo, la obra se introduce a partir de las siguientes líneas en una narrativa descriptiva y explicativa sobre la conceptualización de la doctrina y sus eventuales usos.

La Legítima Defensa Anticipada en el escenario jurídico y político en la sociedad internacional

Resulta apenas lógico pensar que cada gobierno deba incluir en su agenda una política de Estado que verse sobre la seguridad nacional. Analizar la seguridad de un territorio lleva a pensar en la capacidad que tiene un Estado en repeler ataques de agentes internos o externos. Posterior a la tercera fase de la globalización, el Estado pasó a ser el protector de los habitantes del territorio donde es soberano. El Estado protector debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de sus habitantes en el territorio nacional. Por ello, es necesario adoptar políticas efectivas que garanticen la seguridad.

El Estado debe estar preparado —o estar en la capacidad— para reaccionar en el momento que la integridad de su territorio se vea comprometida por un agente interno o externo. Para legitimar esas respuestas, existen figuras tales como la legítima defensa⁴. Sin

⁴ Desde el DIP, la legítima defensa es la regulación o la limitación uso de la fuerza. Partiendo de los crímenes internacionales, frecuentemente en el marco de un conflicto armado, la ONU prohíbe a los Estados el uso y amenaza de la fuerza, dando a entender que la organización tiene la capacidad de tomar medidas —incluso de

embargo, existen también eventos que, en primer momento, son incompatibles con la figura recién mencionada. Esto se presenta cuando el Estado —a través de sus gobiernos de turno— tiene conocimiento que está próximo de ocurrir un ataque contra sus territorios. Este escenario ha sido contemplado en la Sociedad Internacional y ha generado discusiones doctrinales en el Derecho Internacional Público, trayendo a la discusión una nueva doctrina denominada «legítima defensa preventiva» o «legítima defensa anticipada».

Algunos eventos terroristas transcurridos en los primeros veinte años del presente siglo han suscitado debates sobre el uso de la fuerza y la legítima defensa como armas contra el terrorismo internacional. Después de los eventos del 11 de septiembre de 2001 con el ataque al *World Trade Center*, es razonado pensar que los asuntos de seguridad nacional e internacional se pusieron sobre la mesa para que fueran objetos de discusión y, con ello, proponer nuevos análisis para dar solución a un problema tan grave como lo es el terrorismo. Durante ese tiempo, surgió el concepto llamado «legítima defensa anticipada», definida por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos como un evento basado en una evidencia incontrovertible de que un ataque enemigo resulta inminente⁵.

Este nuevo concepto en el DIP tiene su fundamento en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas donde reza que «ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de la legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas». De este ejercicio de conceptualizar el fenómeno, al interior del Sistema de Naciones Unidas, nace toda una doctrina de la legítima defensa, y con ella, dos posiciones frente a la validez de la misma, esto es, una posición restrictiva y una posición amplia

carácter coercitivo —para restablecer la paz. De acuerdo con lo anterior, el DIP regula esa limitación del uso de la fuerza con el fin de mantener el orden en un nivel macro.

En la legislación colombiana, la legítima defensa es un requisito de proporcionalidad de la defensa, esto es, que debe haber una ponderación o proporcionalidad entre una agresión injusta y una reacción defensiva. Esto significa que la reacción del agente agredido debe **tener la suficiencia** de terminar con la agresión justa. Ese carácter de suficiencia está limitado a que solamente se requiere de una acción necesaria para detener la agresión. Si el agente que se defiende se excede del mencionado carácter, todo lo que vaya más allá de lo necesario es punible.

Para que la reacción defensiva sea necesaria desde un punto de vista racional debe garantizar unos límites. La reacción de quien está siendo agredido **no solo** debe ser suficiente, sino que debe provocar un mal menor en los bienes jurídicos de quien agrede antijurídicamente. Estos dos aspectos son importantes:

1. Debe suponer suficiente para culminar una reacción injusta
2. Esa reacción debe generar un mal menor en los bienes jurídicos de quien agrede.

⁵ José Consigli y Federico Lavopa, “Dos aspectos de la legítima defensa frente a la amenaza terrorista, en: *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Argentina, vol. 1, s.n, abril 2007, p. 27.

La **posición restrictiva** o doctrina restrictiva de la legítima defensa sostiene que lo planteado en la Carta de las Naciones Unidas le da la posibilidad al Estado de argumentar su defensa propia demostrando que éste ha sufrido un ataque armado⁶. A partir de esta afirmación, es preciso resaltar que primero debe existir y demostrarse la ocurrencia de un ataque armado contra el país agredido para que pueda operar la legítima defensa. Ahora bien, la doctrina restrictiva de la legítima defensa puede ser criticada en el sentido que una interpretación tan literal no sería viable porque esta concepción únicamente habla que debe existir y ocurrir un ataque contra el país agredido, pero no tiene en cuenta la magnitud del ataque, como tampoco eventuales hechos o sospechas de que éste se esté fraguando.

No es lo mismo el ataque terrorista ocurrido el 11 de septiembre de 2001 contra las Torres Gemelas que un ataque de una magnitud nuclear que puede dejar a un país sin defensa alguna ni oportunidad de defenderse invocando el artículo 51 de la Carta. Por ello, si la ofensiva contra un Estado es de naturaleza tan devastadora que, si al Estado defensor le es requerido esperar hasta que el ataque haya efectivamente sucedido, ninguna defensa efectiva sería posible⁷.

Si se analiza el concepto de legítima defensa anticipada bajo la lupa de la postura restrictiva, es posible ver que resulta incompatible con el ordenamiento jurídico internacional porque es incongruente con el principio de prohibición al uso de la fuerza del DIP, que se consagra en la Carta de las Naciones Unidas, en su art. 2, inciso 4 y 7 donde reza que *«los miembros de la organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado...»* y *«ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los miembros a someter dichos asuntos a procedimiento de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII»*, respectivamente. Incluso es incompatible con el concepto de legítima defensa que trae la Carta si se asume la doctrina restrictiva porque no

⁶ Emmanuel Guerisoli, “Evolución de Legítima Defensa”, en: *Centro Argentino de Estudios Internacionales*, Argentina, 2016, *s.n.*, 3 de marzo 2016, pág. 2.

⁷ Emmanuel Guerisoli, “Evolución de Legítima Defensa”, en: *Centro Argentino de Estudios Internacionales*, Argentina, 2016, *s.n.*, 3 de marzo 2016, pág. 8

asume una postura de prevención, esto es, pensar en lo necesario para la legítima defensa, en que se concrete el ataque.

Ahora bien, si la postura restrictiva es incompatible con los conceptos de legítima defensa que contiene la Carta de las Naciones Unidas. Surgen interrogantes sobre qué medidas preventivas pueden tomar los gobiernos ante futuras agresiones. La Carta solo reconoce el carácter inminente como facultad para invocar la legítima defensa como justificación de un comportamiento en caso de un ataque armado contra la integridad estatal y, por ende, no es posible encontrar en el artículo 51 de la Carta, de manera explícita ni implícita, ampliación alguna de la facultad de inminencia.

En definitiva, el concepto de legítima defensa del artículo anterior es funcional con el sistema de seguridad establecida por Naciones Unidas⁸. Con base en lo anterior, es posible afirmar que la posición restrictiva tiene su razón de ser en mantener la paz en la Sociedad Internacional, evitando el uso de la fuerza de manera arbitraria bajo presupuestos de sospecha de ataques no confirmados. La Carta de las Naciones Unidas es el instrumento fundamental al servicio del sistema de seguridad colectiva, esto es, que la carta tiene un carácter pacificador y necesario para el mantenimiento de la paz⁹.

De otro lado, aparece otra posición que se contrapone con la anterior y esa es la **posición amplia** de la legítima defensa, que sostiene una interpretación más abierta de su uso, y es en esta posición donde cabría el concepto de legítima defensa preventiva o anticipada. Esta interpretación ha sido analizada de manera reciente por algunos gobiernos, considerando razones políticas, militares y estratégicas.

La legítima defensa preventiva es el uso de la fuerza por parte de un Estado que esté ante un peligro considerado inminente, pero que todavía no se ha visto reflejado en la concreción de un ataque armado o en la puesta en marcha de los mecanismos que han de desencadenarlo¹⁰. A diferencia de la posición restrictiva, esta segunda posición defiende un

⁸ J. Fraga Gonzales, “La legítima defensa preventiva y la nueva doctrina de la seguridad del Presidente Bush”, en *Simposio sobre el uso de la fuerza por razones humanitarias en el marco de las nuevas amenazas a la seguridad internacional*. (Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de La Plata, 2002), 1-13

⁹ Raquel Regueiro Dubra, “La evolución del concepto de legítima defensa en derecho internacional contemporáneo”, (tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2012), <https://eprints.ucm.es/id/eprint/16665/>.

¹⁰ Emmanuel Guerisoli, “Evolución de Legítima Defensa”, en: Centro Argentino de Estudios Internacionales, Argentina, 2016, *s.n.*, 3 de marzo 2016, pág. 21

concepto de legítima defensa mucho más amplio, que va más allá del derecho a responder a un ataque armado sobre el territorio, de acuerdo con lo expuesto en el artículo 51, que refiere un derecho inmanente, proveniente incluso del derecho consuetudinario.

Esto significa que los partidarios de interpretar el artículo 51 de la Carta, de manera más abierta, consideraban que la legítima defensa preventiva era un derecho permitido y avalado por el derecho internacional consuetudinario, dado que estaba permitido cuando la integridad de un territorio soberano se encontraba frente a un peligro inminente. Esta interpretación tiene su justificación en el artículo 51 de la Carta porque el derecho consuetudinario sigue vigente en los Estados Miembros y, por ello, la legítima defensa preventiva es defendible.¹¹.

Si bien esta nueva y reciente interpretación del artículo 51 de la Carta permite flexibilizar ese concepto macro de legítima defensa, es necesario hacer un análisis sobre su viabilidad y compatibilidad teniendo en cuenta los postulados que dan soporte para que la legítima defensa en el marco del Derecho Internacional Público (DIP).

Esta doctrina reciente trae dos requisitos para que pueda operar la legítima defensa. Estos, son requisitos que se sustraen de la propia definición, por lo que se precisa recordar la definición sobre legítima defensa anticipada o preventiva como *«el uso de la fuerza por parte de un Estado que esté ante un peligro considerado inminente, pero que todavía no se ha visto reflejado en la concretización de un ataque armado o en la puesta en marcha de los mecanismos que han de desencadenarlo»*¹²

El primer requisito es la **inminencia o urgencia** del peligro. Esto se toma en el sentido literal de su definición, esto es, que la amenaza que sufre el Estado está a poco tiempo de ocurrir. La cuestión en este primer postulado es la manera como debe responder el Estado. Para determinar esa urgencia, es necesario tener en cuenta la intención del Estado hostil y debe ser evidente que debe reconocerse en los hechos preparativos y en las medidas tomadas. También es importante tener presente la duración de esa amenaza, esto es, que dilatar la

¹¹ Raquel Regueiro Dubra, “La evolución del concepto de legítima defensa en derecho internacional contemporáneo”, (tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2012), <https://eprints.ucm.es/id/eprint/16665/>.

¹² Emmanuel Guerisoli, “Evolución de Legítima Defensa”, en: Centro Argentino de Estudios Internacionales, Argentina, 2016, *s.n.*, 3 de marzo 2016, pág. 21

actuación del país ofendido haga cada vez menos posible eliminar la amenaza. Por último, la inminencia del ataque, es decir, que esté a punto de iniciarse¹³.

De este último punto se desprende el segundo requisito para que opere la legítima defensa anticipada o preventiva que es el **comienzo de la ejecución**. Este postulado presenta cierta dificultad en tanto que no es sencillo determinar cuándo se considera que ha comenzado un ataque. A modo de ilustración, ¿se puede considerar el comienzo de la ejecución cuando las tropas están armando un misil de largo alcance o cuando ya están apuntando para disparar?

En este punto es relevante señalar que la determinación de ese instante divide a los doctrinantes. Hay autores como Remiro Brotóns que afirma que el derecho de defensa del Estado nace una vez que se pone en marcha los mecanismos efectivos necesarios para desencadenar el ataque, desde este momento se considera ataque armado, sin requerirse la consumación de este¹⁴.

Hay otros autores, como Seara Vázquez, afirma que solo puede haber legítima defensa preventiva cuando, no siendo necesario que se haya producido el ataque, pero si teniendo en cuenta la eficacia de las armas modernas que puede ocasionar la destrucción del sujeto, es suficiente para considerar que hay comienzo de la ejecución y que se pueda, razonablemente, suponer que la acción iniciada sería continuada por el agresor¹⁵.

Este concepto de legítima defensa preventiva tendrá, desde el Derecho Internacional, sentido o no dependiendo de las posturas. Tomar una postura en relación con esta doctrina puede tener consecuencias jurídicas frente al Consejo de Seguridad y en las interacciones en el marco de la Sociedad Internacional. Pero estas consecuencias jurídicas no son las únicas que están sobre el tablero de discusión. No es de extrañar que también existan posturas políticas que tratan de establecer una posición sobre la legítima defensa preventiva en el escenario internacional.

Los eventos del 11 de septiembre hace ya veinte años, con el atentado terrorista contra Estados Unidos en el *World Trade Center*, durante el gobierno de George Bush hijo, dio los

¹³ Luis Esquivel, “La tesinas de Belgrano”, en: *Facultad de Derecho y Ciencias Social Carrera Abogacía Universidad de Belgrano*, Argentina, s.v, núm. 628, julio 2014, p. 38.

¹⁴ *Ibidem*, p. 29

¹⁵ Héctor Espiell, “la pretendida legítima defensa preventiva y la guerra en Irak”. En: *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*, Uruguay, vol. 4, s.n, s.f. P. 4-12

primeros cimientos para lo que hoy se conoce como la «Doctrina Bush». La Doctrina Bush no es más que el concepto de *preemption war*¹⁶, es decir, que maneja el mismo concepto de la legítima defensa preventiva.

En relación con esta doctrina es que el ex presidente George W. Bush adoptó el concepto como política de Estado en materia de seguridad nacional que se extendía incluso a los norteamericanos que estuviesen por fuera de territorio estadounidense. Como política de Estado, la defensa preventiva se utilizó como estrategia defensiva por parte de los Estados Unidos y, con ello, se reservó para sí mismo el derecho de actuar —militarmente— inclusive si la amenaza no estaba considerada como inminente¹⁷. Una política de Estado en seguridad nacional planteada y formulada bajo la premisa de la legítima defensa preventiva da paso a extralimitaciones de un país frente a otro; esto es, basta preguntarse si es deseable —y legítimo— que un país con fuerte armamento militar capaz de provocar destrucciones masivas se atribuya funciones en materia de seguridad, tales como intervenir militarmente en otros países bajo la premisa de esta doctrina.

Una vez planteado el interrogante anterior, es válido hacerse una nueva pregunta: ¿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 abierta la posibilidad a guerras futuras?¹⁸

Esta doctrina podría ser usada por países para justificar intervenciones en otros territorios soberanos, lo que conlleva no solo a una violación del principio de no intervención, desconociendo la soberanía de un país, sino que podría flexibilizar el concepto de legítima defensa y hacer aún más nebuloso el concepto de «*inminente*». Ahora, si se toma la misma premisa y se observa desde la perspectiva de un grupo terrorista o grupos rebeldes, la legítima defensa preventiva se puede convertir en el detonante de nuevas guerras, mientras los grupos

¹⁶ “La doctrina Bush hace referencia al concepto de *preemption*, la verdad es que su filosofía se aproxima más al término *prevention*, puesto que admite la utilización de la fuerza a meras sospechas de posibles ataques” (Garzón, 2006)

¹⁷ Yolanda Gamarra, “La defensa preventiva contra el terrorismo internacional y las armas de destrucción masiva: una crítica razonada”, en: *CIDOB d’Afers Internacionals*, Barcelona, vol. 12, núm. 77, mayo-junio 2007, p. 230-231.

¹⁸ Yolanda Gamarra, “La defensa preventiva contra el terrorismo internacional y las armas de destrucción masiva: una crítica razonada”, en: *CIDOB d’Afers Internacionals*, Barcelona, vol. 12, núm. 77, mayo-junio 2007, p. 232.

terroristas procuren escudar sus actuaciones a través de la legalidad y la ambigüedad en lo que se podría convertirse el término «inminente»

Una segunda crítica sobre la legítima defensa preventiva puede obligar a replantearse en cómo puede intervenir el Consejo de Seguridad de la ONU antes las situaciones que comprometan la convivencia pacífica en la Sociedad Internacional. Se han encontrado casos en que es posible señalar la existencia de legítima defensa anticipada tal como fueron los casos de Israel contra Egipto en 1967, conocida como la Guerra de los Seis Días, donde se transformó el tablero geopolítico de la región, y donde también Israel multiplicó su tamaño, tomando ventaja de territorio egipcio de la península del Sinaí y la Franja de Gaza¹⁹, Israel contra los campamentos palestinos en el Líbano en 1975.²⁰ También se puede mencionar el caso de Israel contra Irak, donde el primero atacó instalaciones nucleares porque consideraban que dichas instalaciones amenazaban la seguridad²¹. De acuerdo con los supuestos anteriores, es posible pensar que su función afectada a tal punto que sería ineficiente en tanto que no podría evitar los conflictos bélicos a tiempo ni autorizarlos. El Consejo de Seguridad tiene como función evitar los conflictos armados posibles, pero si estamos en el escenario que los países se agreden con la justificación de la legítima defensa preventiva, la Organización perdería su función principal y habría que replantear nuevas formas para evitar el daño.

El mundo ha cambiado desde las dos últimas Guerras Mundiales. Los gobiernos han ganado más poder, la globalización ha facilitado la comunicación, la tecnología ha avanzado y, por supuesto, la magnitud en potencia de las armas de destrucción masiva. No es de extrañar, por tanto, que la viabilidad de la legítima defensa preventiva en el escenario internacional genere preocupaciones globales. Se ha dicho que las armas de hoy, especialmente aquellas que tienen efectos inmediatos, masivos y devastadores, obligan a no esperar la concreción del ataque porque sería imposible una respuesta posterior²². Si bien este es uno de los postulados que los partidarios de esta doctrina presentan para justificar la

¹⁹ Ángel Bermúdez, “Guerra de los Seis Días: el conflicto relámpago ocurrido hace medio siglo entre Israel, Egipto, Jordania y Siria que cambió para siempre Medio Oriente”, BBC News, 5 de junio 2017

²⁰ Fondo Informativo de Mediterráneo Sur, “Líbano. Una guerra interminable de todos contra todos”, Mediterráneo Sur, 2013.

²¹ Fabián Novak, “La Intervención de los Estados Unidos de América en Afganistán: ¿Hecho Ilícito Internacional?”, en: *Agenda Internacional*, Perú, vol. 8, núm. 16, 2002, p. 9.

²² Héctor Gros, “La pretendida legítima defensa preventiva y la guerra en Irak”, en: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Uruguay, vol. 1, 2004, p. 5.

legítima defensa preventiva, en tanto que puede ayudar a evitar un desastre mayor, al mismo tiempo puede funcionar como crítica porque la respuesta ante la inminente agresión también puede hacerse con armas de destrucción masiva. Esto puede conllevar a represalias de la misma magnitud. Por otra parte, es improbable que el Consejo de Seguridad de la ONU autorice el uso de este tipo de armamentos porque no es descabellado pensar que un ataque devastador es motivo suficiente para empezar una guerra de dimensiones globales.

La justificación de la Legítima Defensa Anticipada en los escenarios de los estados de excepción decretados por perturbación del orden público de origen terrorista

Es claro que los presupuestos para que la legítima defensa preventiva sea viable en el derecho internacional dependerá de la interpretación que se tenga del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, que consagra el derecho que tiene todo Estado a ejercer la legítima defensa frente a agresiones injustas. Así mismo, la legítima defensa y la legítima defensa anticipada se activan cuando hay una agresión actual o inminente, respectivamente. Estamos ante dos escenarios que involucra un ataque. ¿Cómo se puede implementar la activación de la legítima defensa?

No es exagerado pensar que todo ataque que sufra un Estado desencadenará una respuesta de carácter bélico. Como no hay normatividad o doctrina que regule qué grado ha de ser un ataque de carácter bélico para que un Estado obtenga la facultad de activar el mecanismo de la legítima defensa, estamos ante un escenario claramente nebuloso. Sin embargo, en los países democráticos existe una figura que permite a que el Poder Ejecutivo tenga poderes especiales durante un periodo de tiempo limitado los llamados «estados de excepción».

En el caso colombiano, el estado de excepción está regulado en la Constitución Política de Colombia en su artículo 213 donde reza que: *“En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Conmoción Interior, en toda la República o parte de ella...”*

Con la anterior definición de estado de excepción, no es suficiente para tener argumentos y razones sólidas que permitan pensar que se puede activar la legítima defensa preventiva. Sin embargo, puede indicarse acá que tanto la activación del mecanismo como su razón de ser son similares hasta el punto, incluso, de hacerse claramente compatibles y lograr que la legítima defensa preventiva tenga, como escenario ideal para que sea implementado, los estados de excepción.

Ahora, cabe preguntarse, ¿cómo funcionan los estados de excepción? En Colombia existen tres escenarios donde se puede considerar que el país no se encuentra en un estado de normalidad. El marco jurídico de los estados de excepción en la Constitución Política de 1991 en su capítulo VI denominado «Sobre los estados de excepción» y la ley estatutaria 137 de 1994. Estas normas regulan los tres tipos de estados de excepción, y son: 1) guerra exterior (Art. 212); 2) conmoción interna (Art. 213) y; 3) estado de emergencia, la cual podrá obedecer a motivos de orden económico, social y ecológico o grave calamidad pública (art. 215)²³.

Cuando en el país acontece una o más de estas situaciones, el Poder Ejecutivo puede decretar lo que es llamado «Estado de Excepción». Cuando se hace uso de esta figura, se da a entender que el país se encuentra en una situación atípica y tiene como principal función la superación rápida de la situación anormal. Cuando en el país es decretado el estado de excepción, le otorga poderes especiales al Poder Ejecutivo. Estos poderes especiales le permiten a la Rama Ejecutiva tener funciones del Poder Legislativo con el propósito de acelerar el proceso de legislar —función que le corresponde al Congreso de la República-, es decir, le permite al Presidente de la República, junto con sus Ministros, gobernar el país a través de decretos con fuerza de ley. Este tipo de decretos tienen el mismo peso como si fuese una ley emitida por el Congreso.

Darle estas funciones legislativas al Poder Ejecutivo (fundamentalmente al presidente de la República y su gabinete ministerial) puede presentar riesgos tales como lo fue el Estado de Sitio que estaba vigente en la Constitución Política de 1886. Se estableció un amplio sistema de controles que recae sobre esos decretos legislativos que fueron dictados durante los estados de excepción: el primero es un control de carácter jurídico, que está en cabeza de

²³ Mary Tobón y David Mendieta, “Los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano”, en: *Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín*, Medellín, vol. 16, núm. 13, mayo 2017, p. 6.

la Corte Constitucional; el segundo es de índole político, radicado en cabeza del Congreso de la República, y el tercero es un control de legalidad, realizado por la Jurisdicción Contencioso Administrativa²⁴.

Es importante añadir que, en virtud del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia de 1991, en su inciso tercero que le corresponde al presidente de la República, como Jefe de Estado y de Gobierno, dirigir las fuerzas públicas y disponer de ellas como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas, esto es, que el Presidente es quien manda toda la fuerza pública del país, incluyendo el Ejército Nacional.

Ahora bien, si se retoma el artículo 213 donde dice que “...*Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos. Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de Conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público...*”, esto permite que haya un escenario ideal para la legítima defensa preventiva, por tanto, su declaración.

De manera previa se estableció que uno de los postulados para que se pueda hablar de legítima defensa preventiva es la inminencia de un ataque armado por parte de un gobierno agresor; esto es, que la amenaza que sufrirá el Estado esté a poco tiempo de ocurrir y que sea una amenaza real, verificada y que obligue al Estado agredido a responder de manera rápida. Los estados de excepción son el escenario perfecto para que el Poder Ejecutivo actúe de manera expedita, aprovechando que, como se citó, el artículo 189 de la Constitución Política del país consagra la competencia del presidente de la República como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas, y esto ofrece la posibilidad de que el equilibrio de poderes se desbalancee notablemente.

En virtud de la sentencia C-447 de 1998, se expone que ser el Comandante Supremo significa tiene la atribución constitucional de «dirigir» y «disponer» de la fuerza pública, es decir, la de gobernar, regir y ejercer la potestad de mando superior sobre ella. Así mismo, la ley 416 de 1997, refuerza lo planteado en la Constitución Política, en su artículo 189, inciso 3, por cuanto que: «*Es claro que los cargos de Comandante General de las Fuerzas Militares, Jefe del Estado Mayor Conjunto, Comandantes del Ejército Nacional, la Armada Nacional,*

²⁴ Mary Tobón y David Mendieta, “Los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano”, en: *Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín*, Medellín, vol. 16, núm. 13, mayo 2017, p. 6-7.

la Fuerza Aérea Colombiana y el Director General de la Policía Nacional, aun cuando forman parte de la jerarquía de las Fuerzas respectivas, son cargos respecto de los cuales el Presidente de la República se encuentra facultado para proveerlos (...) compete a la dirección de la fuerza pública y a la disposición de ella por el Presidente, como comandante supremo de las Fuerzas Armadas de la República.» Vale la pena recalcar que este artículo constitucional es de vital importancia para la comprensión del fenómeno de la viabilidad de la legítima defensa preventiva, concordándolo con el artículo 212 que consagra los estados de excepción porque son estas dos figuras pueden permitir la implementación del tema tratado.

Ahora bien, una vez entendido cómo funcionan los estados de excepción, ¿cómo serían eficaces en la lucha contra el terrorismo internacional? Y ¿cómo funcionaría la legítima defensa preventiva en un estado de excepción contra el terrorismo internacional?

Para entender la eficacia de estos mecanismos es importante tener en cuenta qué tan expuestos o que tan frecuentes están algunas naciones (y sus gobiernos) frente a ataques terroristas. Dependiendo de quienes sean sus rivales declarados, sus constituciones y las legislaciones estarán redactadas de tal forma que puedan hacerle frente este fenómeno de violencia. La doctrina constitucional y la internacional más reciente demuestra su preocupación por los cambios de sus respectivas legislaciones para combatir al terrorismo internacional. Por supuesto, estas modificaciones alteran la regulación de los estados de excepción²⁵. Por lo anterior, las legislaciones son más o menos eficaces teniendo en cuenta que tanto tienen que reaccionar los gobiernos contra eventuales ataques terroristas.

Se tiene como primer ejemplo el varias veces citado caso de los Estados Unidos: el atentado contra el *World Trade Center* el 11 de septiembre de 2001. Este es el caso más extremo de transformaciones sobre la legislación nacional porque es un país que ha sufrido diferentes ataques terroristas, lo que ha llevado a un cambio legislativo. En la línea en que se han mantenido las disposiciones drásticas de la *Patriotic Act* de 2001²⁶, esto ha llevado a que

²⁵ Héctor Fix-Zamudio, “los estados de excepción y la defensa de la constitución”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, s.v , núm. 111, septiembre-diciembre de 2004, pág. 55

²⁶ Esta es la Ley Patriota de los Estados Unidos, que es un acrónimo de *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*. Esta ley nació como consecuencia a partir de los eventos del 11 de septiembre de 2001, que se basó en aumentar sustancialmente las facultades de las autoridades norteamericanas como el FBI, CIA, NSA y las fuerzas armadas. Bajo un estado de alerta, esta ley extiende sus efectos por fuera el territorio nacional, provocando así una violación a los derechos de

se hayan incrementado las medidas de seguridad también. Además, el gobierno estadounidense ha realizado intervenciones militares en otros países, como se ha podido constatar en su relación frente a los gobiernos de Afganistán e Irak, invocando la llamada guerra preventiva²⁷; comprendida como una situación de guerra que altera los principios establecidos por la Sociedad Internacional y el Consejo de Seguridad de la ONU, dentro de los que hay que destacar los de la legítima defensa como justificación de realizar dichas operaciones militares²⁸.

Pueden existir recelos e incluso críticas frente a las disposiciones y medidas que optan algunos países frente a ataques terroristas. Los instrumentos establecidos pueden traer consecuencias desfavorables —incluso maléficas— ya que puede caer en una especie de vértigo de seguridad, donde puede ocurrir exceso de medidas, legislaciones aún más fuertes en estados de excepción e incluso una modificación de los mismos, que puede menoscabar principios esenciales sobre las cuales se apoyan regímenes democráticos²⁹. Hay un historial de proliferación de disposiciones legales especiales que se ha expedido recientemente para combatir el terrorismo. Un primer caso ha sido la vigilancia prolongada de sospechosos en Alemania, Gran Bretaña, Italia y España. También se han aplicado sanciones máximas para la legislación penal en España, así como los tribunales especiales que reemplazan a jueces ordinarios en el caso Inglés³⁰.

De acuerdo con lo planteado, la eficacia de estos estados especiales de anormalidad nacional dependerá de dos factores: el primero consiste en que están expuestos los gobiernos a recibir ataques terroristas; el segundo, el tipo de regulación que el poder legislativo adopte para hacerle frente al ataque. Esto incluye los estados de excepción y las facultades que pueden otorgarle al poder ejecutivo. Dependerá de cada gobierno cómo reaccionar teniendo en cuenta qué entienden por terrorismo, cómo perciben el fenómeno y cómo afrontarlo.

privacidad de ciudadanos no estadounidense y que afecte a cualquier nativo de los Estados Unidos en territorio extranjero.

²⁷ Con la descripción hecha por el autor y las consecuencias que ha traído en la sociedad internacional, hace referencia a la legítima defensa preventiva.

²⁸ Héctor Fix-Zamudio, “los estados de excepción y la defensa de la constitución”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, s.v , núm. 111, septiembre-diciembre de 2004, pág. 55

²⁹ Héctor Fix-Zamudio, “los estados de excepción y la defensa de la constitución”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, s.v , núm. 111, septiembre-diciembre de 2004, pág. 53

³⁰ *Ibidem*.

Como Estados soberanos que son, los gobiernos pueden legislar libremente sobre sus territorios nacionales, pero lo que preocupa a la Sociedad Internacional sobre esta libertad legislativa en estos casos excepcionales —ataques terroristas— dado que pueden alterarse los principios establecidos a partir de los consensos de la posguerra; esto es, que en el momento en que las medidas optadas por los gobiernos en sus estados excepción —que son de derecho doméstico— tienen repercusiones en otros Estados soberanos, y empiezan a surgir preocupaciones en las relaciones internacionales, poniendo en peligro la estabilidad en la Sociedad Internacional misma.

La legítima defensa preventiva tiene su soporte en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas si se lee desde una interpretación amplia, concordándolo con el derecho consuetudinario internacional. Además, que es el mismo artículo donde se menciona que ninguna disposición de la Carta desconocerá que cada Estado miembro tiene derecho a defenderse legítimamente ante una agresión contra su soberanía.

Teniendo lo anterior presente, en el momento en que un gobierno entre en un estado de excepción, se activarán los poderes especiales de la presidencia que le permite al Jefe de Estado legislar mediante decretos para proteger la soberanía de su territorio y, siendo también comandante supremo de las fuerzas militares del país, tiene a su disposición todo el poder bélico posible. Cuando se juntan estos factores en un mismo momento es cuando la legítima defensa preventiva empieza a funcionar en estos estados de anormalidad nacional.

Legítima Defensa Anticipada: postura crítica sobre la doctrina y aproximación a Colombia

Esta nueva doctrina sobre la legítima defensa puede ser una nueva propuesta atractiva para países que se podrían calificar como intervencionistas³¹. Sin embargo, esta nueva doctrina puede llegar a ser indeseable en el DIP.

Tal como lo consagra la Carta de las Naciones Unidas, existe una prohibición expresa sobre el uso de la fuerza en su artículo 4, inciso número 2. Esto quiere decir que los países que conforman las Naciones Unidas no tienen permitido hacer uso de la fuerza contra otros. Ahora bien, esta prohibición no desconoce que, ante agresiones injustas, los gobiernos

³¹ Raquel Regueiro Dubra, “self-defense in international law”. En: *Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado*, Madrid, s.v, s.n, julio 2012, pág. 130.

pueden optar medidas para defenderse de estos ataques, tal como lo estipula la misma Carta en el artículo 51, reconociendo que bajo ningún concepto se desconocerá la legítima defensa.

De lo anterior es posible entender que la prohibición de la fuerza es una norma general del DIP, mientras que la legítima defensa es una excepción a esa norma. El peligro que emanaría en el escenario donde la doctrina de la legítima defensa preventiva sea norma general, convertiría esa excepción en un privilegio. Y ello, porque el objetivo de la Carta es que el uso de la fuerza estuviese bajo control del Consejo de Seguridad, es prueba suficiente del carácter provisional y subsidiario de las medidas tomadas de la legítima defensa³².

Ahora, en el Derecho Internacional clásico el uso de la fuerza estaba permitido, sin importar si el fin era la ofensiva o la defensiva. Esto quiere decir que el uso de la fuerza era legítimo. Con la aparición de esta norma jurídica en la Carta (artículo 51) convierte esa permisión en prohibición y de ello es posible inferir que autorizar, mediante norma, el uso de la fuerza en defensa propia solo tiene sentido si se prohíbe ese uso. Eso implica que, tras regular jurídicamente la legítima defensa, se excluye —como norma general— otro concepto de la misma que tenga un corte más permisivo que autorizaría su uso a título preventivo³³.

A raíz de los sucesos del 11 de septiembre, Estados Unidos, bajo el gobierno del ex presidente Bush, se alzaron voces sobre una acción preventiva contra terroristas, protectores y encubridores, donde nace la idea esa doctrina de atacar a título preventivo a los Estados que estén apoyando a grupos terroristas. Este título preventivo se convirtió en ataques unilaterales, dando así una desviación sensible de los parámetros tradicionales de la legítima defensa³⁴. Esta doctrina entró para cambiar las reglas de juego que trae la Carta en materia de seguridad.

La doctrina Bush, que trae esta idea de la legítima defensa preventiva, hace una insistencia en adaptar el concepto de amenaza inminente a las capacidades y objetivos de los adversarios hoy en día³⁵. Esto quiere decir que para que esta nueva doctrina pueda operarse dentro del DIP, deberá reformular conceptos para poder enfrentarse a enemigos actuales. Esto

³²Raquel Regueiro Dubra, “self-defense in international law”. En: *Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado*, Madrid, s.v, s.n, julio 2012, pág. 132-133.

³³ *Ibidem*, p. 132-134.

³⁴ Manuel Pérez, “La legítima defensa puesta en su sitio: observaciones críticas sobre la doctrina Bush de la acción preventiva”. En: *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, vol. 55, núm. 1, enero-junio 2003, p. 196.

³⁵ *Ibidem*, p. 198.

trae confusión en dos términos: *preemption* y *prevention*, que expresan, respectivamente, una respuesta de carácter lícito a una agresión que está a punto de llevarse a cabo y un ataque ilícito no provocado por una agresión actual o inminente bajo la sospecha de amenazas potenciales, como fue el caso de la intervención en Irak en 2003³⁶. Esto trae como consecuencia que se borren los límites jurídicos de la legítima defensa por parte del gobierno que, en representación de su Estado, opte por agredir a otro bajo la premisa de prevención de posibles amenazas.

Otro límite jurídico que puede verse afectado por la implementación de la legítima defensa preventiva es el concepto de la proporcionalidad como condiciones de la legítima defensa retenidas como Derecho Consuetudinario por la Corte Internacional de Justicia en 1996. La implementación de la acción preventiva va en contra de las reglas sobre el uso proporcionado de la fuerza porque dejaría a criterio subjetivo la cantidad de fuerza necesaria para la prevención, esto es, ¿cuánta fuerza se necesita para prevenir?³⁷

Por lo anterior, es posible afirmar que la doctrina de la legítima defensa preventiva no es viable —y no debería de serlo —porque es contraria a todas las reglas establecidas del DIP porque trata de pasar por encima de normas que se crearon con el fin de preservar la paz entre los Estados. Ampliar el rango de función de una norma que es, por naturaleza, la excepción de la prohibición de la fuerza le quitaría, precisamente, su carácter de «legítimo» a la defensa porque se desvía de los parámetros que fueron puestos para que la legítima defensa fuera posible. Eso trae como consecuencia que, una agresión que se justifique únicamente bajo una sospecha, realmente no se hable de legítima defensa sino de agresión.

Se explicó que la doctrina expuesta durante este escrito es compatible con los estados de excepción en Colombia porque en estos casos de anormalidad facultan al presidente de la república con poderes extraordinarios amplios para que tome decisiones rápidas con el fin de acabar con el causante de la anormalidad. Existe el escenario perfecto para que se implemente. Ahora, ¿Colombia adoptaría ese tipo de medidas? Como se expuso anteriormente, esta doctrina es atractiva para países que tienen políticas intervencionistas, como Estados Unidos, pero Colombia no tiene, en su historia reciente, no tiene historial de haber intervenido militarmente a otro país.

³⁶ *Ibidem*, p. 199.

³⁷ *Ibidem*, p. 201

Así mismo, desde finales del siglo pasado hasta la actualidad, ha sido gobernado por presidentes de partidos políticos que son de corte conservador o de derecha que han tomado medidas en la guerra contra las FARC, no se llevó el combate por fuera del territorio nacional. No se ha presentado la necesidad de intervenir en otros países para evitar ataques armados terroristas porque ahora mismo Colombia no tiene como enemigos grupos terroristas y, en tiempos donde la FARC fue catalogado dentro de ese grupo, no se ha demostrado que la organización guerrillera planeara atentados contra el país desde fuera de las fronteras.

Si bien existe el caso en que Colombia violó la soberanía de Ecuador para bombardear el campamento del guerrillero y cabecilla de las FARC Raúl Reyes, no sería deseable considerar ese hecho como un precedente para que dicho Estado opte por las mismas estrategias en adelante. Esto, además porque tradicionalmente el país no tiene un historial reciente de ser intervencionista. Por lo que es posible afirmar que este caso no sería un claro precedente —porque aún no se ha usado para justificar una agresión similar a otro Estado— sino un hecho aislado en el conflicto interno declarado contra las FARC. Colombia ha sido un país que se ha apegado al DIP, respetuoso del mismo, por lo que se podría considerar que el gobierno no podría adoptar medidas tan drásticas para ataques de enemigos difusos o inexistentes.

Ahora bien, si se afirmó que no es deseable que se tome el caso de Ecuador como precedente, ¿qué pasaría si en próximos gobiernos se adopta la doctrina de la legítima defensa anticipada o preventiva, usando dichas acciones como precedente? Colombia podría justificar su actuar no solamente en la doctrina de la legítima defensa preventiva, sino en la resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU³⁸, con fin de reforzar su posición. La

³⁸ Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU. (...) todos los Estados tienen el deber de abstenerse de organizar, instigar y apoyar actos terroristas perpetrados en otro Estado o de participar en ellos, así como de permitir actividades organizadas en su territorio a fin de cometer dichos actos, *actuando* en virtud del Capítulo VII de la Carta, Decide que todos los Estados:

1. Previengan y repriman la financiación de todo acto de terrorismo;
 2. Prohíban a sus nacionales o a toda persona y entidad que se encuentre en su territorio que pongan cualesquiera fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros o servicios conexos de otra índole, directa o indirectamente, a disposición de las personas que cometan o intenten cometer actos de terrorismo o faciliten su comisión o participen en ella, de las entidades de propiedad o bajo el control directo o indirecto de esas personas, y de las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas o bajo sus órdenes;
- (...) Decide también que todos los Estados:
- a. Se abstengan de proporcionar todo tipo de apoyo, activo o pasivo, a las entidades o personas que participen en la comisión de actos de terrorismo, en particular reprimiendo el reclutamiento de miembros de grupos terroristas y poniendo fin al abastecimiento de armas a los terroristas;

incurción colombiana en territorio ecuatoriano no está cobijada por la interpretación estricta de la legítima defensa defendida en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Por ello puede surgir la idea que Colombia debería adoptar un concepto más elástico de la legítima defensa teniendo en cuenta la resolución 1373³⁹.

Esto es peligroso porque Colombia rompería con una tradición de respeto y apego frente a la normatividad del DIP, adoptando medidas intervencionistas que dotaría a un gobierno en atacar la integridad de un Estado, acciones que están expresamente prohibidas por la Carta y que solo procede agresiones bajo condiciones muy especiales⁴⁰. La legítima defensa nació, precisamente, para prevenir guerras. Colombia, en su historia reciente, ha vivido una guerra civil contra grupos guerrilleros, y si considera adoptar una medida tan bélica como lo es la legítima defensa preventiva, lidiaría con guerras externas.

Si Colombia llegase a adoptar este tipo de medidas, sería una decisión claramente política, antes que jurídica, dada la existencia de la interpretación normativa, así como la prohibición de la fuerza y los estados de excepción. Sería una decisión política porque esta medida es más que todo una estrategia de combate, que obedece a intereses de seguridad y del mismo gobierno. Así mismo, sería una decisión inviable. Colombia, en la Sociedad Internacional, no es un país poderoso (a diferencia de Estados Unidos, por ejemplo), por lo que es más probable que reciba una represalia. Esta medida la pueden adoptar con más confianza los países fuertes como Estados Unidos, llevando todo al terreno de analizar siempre con excesiva cautela, bien una respuesta o un ataque a territorio estadounidense bajo la premisa de represalia o como legítima defensa preventiva.

Colombia, por otro lado, no tiene esa posición relativamente dominante que tiene el país norteamericano. Los países vecinos pueden optar por represalias, haciendo cada vez más difíciles las relaciones entre los países vecinos. En otras palabras, Colombia no es un país que esté preparado en aceptar las posibles consecuencias que puedan surgir por la implementación de la legítima defensa preventiva; esto es, que esta doctrina la pueden usar países poderosos.

Por todo lo expuesto anteriormente en esta sección, se crítica esta doctrina por ser demasiado arriesgada, que da pie para que empiecen nuevas guerras, que tensionen las

³⁹ Rodrigo Uprimmy, «los riesgos de la defensa preventiva», en: Dejusticia. 7 de marzo de 2008. <https://bit.ly/3EZjcXp>

⁴⁰ Ibídem.

relaciones internacionales de los países comprometidos con una Sociedad Internacional, claramente sustentada en los compromisos de la Carta de la ONU, a la vez que sería igualmente peligroso para países como Colombia, que no tienen el poder bélico para defenderse de Estados y gobiernos claramente más poderosos. De hecho, en relación con el caso colombiano, se suma que el país ha permanecido por décadas en una confrontación interna que le debilita con frecuencia la economía, por lo que una guerra exterior sería absolutamente indeseable. Colombia tendrá que actuar prudentemente con esta doctrina, y será recomendable no adoptarla por las razones anteriormente expuestas.

Conclusiones

Las ideas en torno a la implementación (aplicación) de la doctrina de la legítima defensa preventiva pueden llegar a ser muy atractivas para gobiernos (Estados) que deseen ganar terreno en la guerra contra el terrorismo. Sin embargo, como se ha expuesto durante el desarrollo de la investigación, ésta plantea la duda sobre si es deseable o no que dicha doctrina se implemente en la Sociedad Internacional. Hasta hoy, ha habido construcción teórica sobre la misma, dividiendo el análisis de la legítima defensa preventiva en posturas amplias —regidas por el derecho consuetudinario —y posturas restrictivas —regidas por la legislación del DIP—. A partir de estas posturas, es posible tomar una posición sobre el tema, permitiendo dar un panorama completo sobre la doctrina, y con ello, dar una visión crítica de la misma.

Es importante hacer estos análisis porque con ello se evalúa la viabilidad de la legítima defensa preventiva como parte de la estrategia para la lucha contra el terrorismo, teniendo en cuenta la legislación sobre estados de excepción o de estados de anormalidad jurídica en otros países. Todas las actuaciones que se hagan bajo estos supuestos tendrán consecuencias en el DIP, por lo que resulta fundamental hacer una lectura amplia de la doctrina.

A la conclusión que se puede llegar es que la legítima defensa preventiva o anticipada puede generar un daño mucho más profundo si se compara con los beneficios generados por una victoria a costos elevados, en tanto que afecta el acuerdo fundamental que enmarca la Carta de la ONU, como ente rector sobre el que se respalda la Sociedad Internacional.

Esta doctrina puede violar disposiciones actuales del DIP, como la prohibición de la fuerza, la soberanía de otros países, y pretende convertir una excepción de la norma de legítima defensa en un privilegio, un uso desmedido de la fuerza y la tergiversación el concepto de legítima defensa, ya consolidado en el ejercicio de las relaciones internacionales. Podría, incluso, considerarse que la posición amplia de la doctrina estudiada es una interpretación forzada para que países intervencionistas justifiquen agresiones que pueden ser desmedidas contra otros territorios soberanos.

No es descabellado pensar que anticiparse a agresiones puede reducir significativamente el daño ocasionado, pero la doctrina de la legítima defensa preventiva no debería ser viable en los términos que se está planteando, sino que debería ser regulada estrictamente porque existe una prohibición a la fuerza para evitar futuras guerras, y la legítima defensa es una excepción a esa norma para defender la integridad de un territorio. Pero con esta nueva doctrina se pretende que la legítima defensa sea privilegio, y eso desnaturaliza la prohibición de la fuerza.

En otras palabras, esta nueva doctrina puede traer a las guerras de regreso, las represalias y los combates, eliminando así, la prohibición de la fuerza. Finalmente, se reitera no considerar el caso de Ecuador como un precedente sino como un hecho aislado porque la adopción de esta doctrina en Colombia es peligrosa para la convivencia internacional⁴¹, sobre todo con los países con los que Colombia comparte fronteras por ser los más próximos. Por prevención, las guerras se harían mas probables.

⁴¹ *Ibíd.*

Bibliografía

- Acosta, Yamandú, “El sistema internacional del siglo XXI: Entre el terrorismo de Estado y la Democracia”, en: *Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social*, Venezuela, vol. 12, núm. 36, enero-marzo 2007, p. 57-76.
- Consigli, José y Lavopa, Federico, “Dos aspectos de la legítima defensa frente a la amenaza terrorista”, en: *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Argentina, vol. 1, s.n, abril 2007, p. 27.
- Gross Espiell, Héctor, “La pretendida legítima defensa preventiva y la guerra en Irak”, en: *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*, México, vol. 4, s.n, s.f, p. 4-12
- Esquivel, Luis, “Legítima Defensa Preventiva en el Derecho Internacional”, en: *Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Carrera Abogacía Universidad de Belgrano*, Argentina, s.v, núm. 628, julio 2014, p. 38
- Fix-Zamudio, Héctor, “Los estados de excepción y la defensa de la constitución”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, s.v, núm. 111, septiembre-diciembre de 2004, p. 53-55.
- Fuentes, Ximena, “La prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza por el derecho internacional”, en: *Revista iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Chile, vol. 16, núm. 32, segundo semestre de 2014, p. 255-267.
- Gamarra, Yolanda, “La defensa preventiva contra el terrorismo internacional y las armas de destrucción masiva: una crítica razonada”, en: *CIDOB d’Afers Internacionals*, Barcelona, vol. 12, núm. 77, mayo-junio 2007, p. 227-251
- González Aimé, Elsa, “la teoría de la sociedad internacional. De la narrativa clásica de la Escuela Inglesa al enfoque crítico”, en: *Relaciones Internacionales*, s.v, núm. 41, 2019, p. 13-15.
- Gonzales, J. Fraga, “La legítima defensa preventiva y la nueva doctrina de la seguridad del presidente Bush”, en: *Simposio sobre el uso de la fuerza por razones humanitarias de las nuevas amenazas a la seguridad internacional*.

- Gros, Héctor, “la pretendida legítima defensa preventiva y la guerra en Irak”, en: *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, vol. 1, s.n, 2004, p. 5
- Guerisoli, Emmanuel, “Evolución de Legítima Defensa”, en: *Centro Argentino de Estudios Internacionales*, Argentina, s.v, s.n, marzo 2016, p. 8.
- Novak, Fabián, “La intervención de los Estados Unidos de América en Afganistán: ¿hecho ilícito internacional?”, en: *Agenda Internacional*, Perú, vol. 8, núm. 16, 2002, p. 6
- Pascual, Enric, “La guerra justa en la era del terror”, en: *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, Barcelona, s.f, núm. 81, marzo-abril 2008, p. 233-259.
- Pérez, Manuel, “La legítima defensa puesta en su sitio: observaciones críticas sobre la doctrina Bush de la acción preventiva”, en: *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, vol. 55, núm. 1, enero-junio 2003, p. 196-201.
- Ponce, Estefanía, “Violación de Derechos humanos y de Normas Imperativas de Derecho Internacional en la Lucha contra el Terrorismo por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”, en: *Revista de derecho público*, Bogotá, s.f, núm. 24, marzo 2010, pág. 1-31
- Regueiro, Raquel, “self-defense in international law”, en: *Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado*, Madrid, s.v, s.n, julio 2012, p. 130-34
- Roncagliolo, Ignacio, “el principio de no intervención: consagración, evolución y problemas en el Derecho Internacional actual”, en: *Revista Ius et Praxis*, Chile, vol. 21, núm. 1, marzo-junio 2014, p. 449-502.
- Tobón, Mary y Mendieta, David. “Los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano”, en: *Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín*, Medellín, vol. 16, núm. 13, mayo 2017, p. 6-7
- Torres, Javier, “La legítima defensa preventiva y la nueva doctrina de la seguridad del presidente Bush”. En *Primer Congreso en Relaciones Internacionales del Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de La Plata*. P. 1-13. (2002)
- Uprimmy, Rodrigo «los riesgos de la defensa preventiva», en: *Dejusticia*. 7 de marzo de 2008. <https://bit.ly/3EZjcXp>

Zamarono, Cristian, “Las “Constituciones” de los Estados democráticos, ¿armas eficaces en el marco de la lucha contra el terrorismo internacional?”, en: *Papel Político*, Bogotá, vol. 20, núm. 1, enero-junio 2015, p. 297-320.