

# LOS CONCEPTOS DE "GUERRA PREVENTIVA" Y DE "LEGÍTIMA DEFENSA PREVENTIVA" A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEA

Por **Cesáreo Gutiérrez Espada**

Catedrático de Derecho Internacional Público y  
Relaciones Internacionales  
en la Universidad de Murcia

SUMARIO: I. LA DOCTRINA DE LA "GUERRA PREVENTIVA". II. SU MANIFIESTA ILEGALIDAD: 1. La legítima defensa. 2. El Derecho de la Responsabilidad. III. DUDAS Y RETICENCIAS SOBRE LA LEGÍTIMA DEFENSA PREVENTIVA. IV. (POSIBLES) EFECTOS COLATERALES DE LA DOCTRINA. V. CONCLUSIÓN.

## I. LA DOCTRINA DE LA "GUERRA PREVENTIVA"

1. Se denomina comúnmente doctrina de la "guerra preventiva" a la patrocinada por Estados Unidos, con la Administración Republicana del Presidente Georges W. Bush, tras el execrable atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001 en Washington y Nueva York, respecto, en general de la lucha contra el terrorismo internacional, contra los Estados que lo patrocinan y aquellos que intentan obtener o tienen ya armas de destrucción en masa "*para usarlas como amenaza u ofensivamente a fin de lograr los propósitos agresivos de sus regímenes*"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> *Estrategia de Seguridad Nacional de Estados Unidos de América*, La Casa Blanca, Washington, septiembre de 2002, V, párrafo quinto (traducción extraoficial de la Estrategia, publicada en español por el Gobierno de los Estados Unidos en <http://usinfo.gov/espanol/terror/02093001.htm>, también se encuentra reproducida en el Anexo documental que incorpora esta obra: la versión oficial en inglés puede consultarse en <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss/html>).

2. En esencia, la doctrina de la "guerra preventiva" sostiene que Estados Unidos corre en la actualidad su peligro más grave por causa del terrorismo y de los Estados que intentan producir o adquirir armas de destrucción en masa para amenazarlos o atacarlos. Como gráficamente se señala en el documento sobre la *Estrategia de Seguridad Nacional* elaborado por la Administración republicana, "redes oscuras de individuos pueden traer gran caos y sufrimiento a nuestras costas por menos de lo que cuesta comprar un solo tanque"<sup>2</sup>.

Para combatir ese peligro, Estados Unidos "actuará contra esas amenazas en surgimiento (*sic*) antes de que éstas terminen de formarse"<sup>3</sup>. Y más en concreto:

— Atacará "mediante la identificación y destrucción de la amenaza antes de que llegue a nuestras fronteras (...), no dudando en actuar solos, en caso necesario, para ejercer nuestro legítimo derecho a la defensa propia con medidas preventivas contra los terroristas (...)"<sup>4</sup>.

Porque Estados Unidos "ya no puede depender exclusivamente de una posición de reacción, como lo hicimos en el pasado. La incapacidad de frenar un ataque potencial, la inminencia de las amenazas de hoy y la magnitud del daño potencial que podrían causar las armas preferidas por nuestros adversarios, no permite tal opción. No podemos dejar que nuestros enemigos den el primer golpe"<sup>5</sup>.

— El ataque preventivo se realizará incluso "aunque subsista incertidumbre en cuanto al momento y el lugar del ataque del enemigo"<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> *Estrategia...* cit. (nota 1), Introducción (párrafo tercero), III (párrafo octavo), y V (párrafo quinto). La cita textual en el párrafo tercero de la Introducción.

<sup>3</sup> *Estrategia...*, cit., Introducción, párrafo quinto.

<sup>4</sup> *Estrategia...* cit. (nota 1), III, párrafo noveno.

<sup>5</sup> *Estrategia...* cit., V, párrafo octavo. (Y se añade: "Durante siglos el Derecho internacional ha reconocido que no es necesario que los países sufran un ataque antes de que

La acción preventiva de los Estados Unidos, que éste en caso necesario adoptará en solitario, alcanzará no solo a los terroristas sino también a los Estados que les apoyen, pues "no hacemos ninguna distinción entre los terroristas y los que a sabiendas les dan refugio o les prestan asistencia"; de modo, que el objetivo inmediato de la acción preventiva "será atacar a las organizaciones terroristas de alcance mundial o a todo terrorista o Estado patrocinador del terrorismo"<sup>7</sup>. En tales casos, las acciones preventivas pueden justificar incluso, parece, una guerra abierta que culmine con la ocupación del Estado y la remoción de su régimen político:

"Hoy nuestros enemigos han visto los resultados de lo que los países civilizados pueden hacer y *harán* contra los regímenes que ofrecen refugio y apoyo al terrorismo y lo utilizan para lograr sus objetivos políticos. Afganistán ha sido liberado (...) "<sup>8</sup>.

La "guerra preventiva" puede desencadenarse asimismo contra los *Estados al margen de la ley* "que intente(n) adquirir o utilizar armas de destrucción en gran escala o sus precursores"<sup>9</sup>.

puedan tomar legalmente medidas para defenderse de las fuerzas que presentan peligro inminente de ataque. Expertos jurídicos y juristas internacionales a menudo condicionan la legitimidad de la prevención a la existencia de una amenaza inminente, especialmente una movilización visible de ejércitos, armadas y fuerzas aéreas que se preparan para atacar. Debemos adaptar el concepto de amenaza inminente a las capacidades y objetivos de los adversarios de hoy. Los Estados al margen de la ley y los terroristas no buscan atacarnos usando medios convencionales. Saben que esos ataques fracasarían. En cambio, dependen de actividades terroristas y potencialmente del uso de armas de destrucción en masa, armas que pueden ocultarse fácilmente, transportarse en secreto y utilizarse sin previo aviso (...). Para impedir o evitar tales actos hostiles de nuestros adversarios, Estados Unidos actuará preventivamente, si es necesario" , [V, párrafos undécimo, decimosegundo y decimocuarto)].

<sup>6</sup> *Estrategia...* cit. (nota 1), V, párrafo decimocuarto.

<sup>7</sup> *Estrategia...* cit., III, párrafo tercero (también en el párrafo cuarto de la Introducción: "Estados Unidos hará responsables a aquellos países comprometidos con el terrorismo, incluso a aquellos que dan refugio a terroristas") y párrafo noveno, respectivamente.

<sup>8</sup> *Estrategia...* cit. III, párrafo quinto (la cursiva es mía).

<sup>9</sup> *Estrategia...* cit. (nota 1), III, párrafo noveno. En un apartado posterior, el documento describe a estas entidades estatales que se encuentran al margen de la ley ("En

La lucha contra los Estados al margen de la ley no tiene plazo (...), pues "la guerra contra el terrorismo de alcance global es una empresa mundial de duración indeterminada (...), se librará en muchos frentes (...) durante un largo período de tiempo"<sup>10</sup>.

No se descarta que las acciones preventivas que se tomen puedan serlo en defensa de otros Estados, amigos y aliados de los Estados Unidos<sup>11</sup>, sin que en ningún pasaje del documento se limita geográficamente su ámbito de aplicación, por lo que podrán llevarse a cabo en cualquier lugar del mundo<sup>12</sup>.

Lo que Estados Unidos desea evitar es que un grupo terrorista per se o como correa de transmisión de esos Estados al margen de la ley, o en su caso estos mismo directamente, cometan atentados a gran escala contra las fuerzas militares, la población civil o los intereses de la nación dentro y fuera del país<sup>13</sup>, y como hemos visto los de Estados amigos y aliados.

los años noventa vimos que surgió un pequeño número de Estados al margen de la ley que aunque diferentes en forma importante, comparten varios atributos. Estos Estados: tratan brutalmente a su pueblo y malgastan sus recursos nacionales en beneficio personal de sus mandatarios; no muestran respeto al Derecho internacional; amenazan a sus vecinos y violan sin reparos los tratados internacionales de que forman parte; están decididos a obtener armas de destrucción en masa, junto con otras tecnologías militares avanzadas, para usarlas como amenaza u ofensivamente para lograr los propósitos agresivos de sus regímenes; auspician el terrorismo en el mundo y rechazan los valores humanos básicos y detestan a Estados Unidos y todo lo que él represente" (V, párrafo quinto).

<sup>10</sup> *Estrategia...* cit. (nota 1), Introducción (párrafo cuarto) y III (párrafo cuarto asimismo).

<sup>11</sup> "Y como una cuestión de sentido común y de autodefensa, Estados Unidos actuará contra esas amenazas (...). No podemos defender a Norteamérica y a *nuestros aliados* esperando que todo salga bien (...). (...) El propósito de nuestras acciones será siempre el de eliminar una amenaza específica a Estados Unidos y *nuestros aliados y amigos*" (*Estrategia...* cit., Introducción [párrafo quinto] y V [párrafo decimosexto]) (la cursiva es mía).

<sup>12</sup> "Afganistán ha sido liberado (...). Pero no es solo en este campo de batalla donde nos enfrentaremos a los terroristas. Miles de terroristas siguen en libertad y han establecido células en Norteamérica, Sudamérica, Europa, África, el Oriente Medio y en toda Asia" (*Estrategia...* cit., III, párrafo quinto).

<sup>13</sup> "El blanco de estos ataques son nuestras fuerzas militares y nuestra población civil (...). Como se demostró con las pérdidas del 11 de septiembre de 2001, el objetivo específico de los terroristas es causar víctimas civiles en gran escala, y estas pérdidas serían exponencialmente más graves si los terroristas adquieren y utilizan armas de destrucción en masa" (*Estrategia...* cit., V, párrafo decimotercero).

3. En suma, Estados Unidos se reservan el derecho de lanzar ataques armados preventivos para impedir que un grupo terrorista cometa un ataque a gran escala contra sus intereses, población civil o fuerzas armadas o los de sus amigos y aliados; para acabar con la ayuda que un Estado presta al terrorismo mundial, ocupando su territorio y derrocando a su régimen político si se considera necesario; o contra un Estado que intenta adquirir o utilizar para amenazar o atacar a Estados Unidos o a sus amigos y aliados armas de destrucción en masa.

Estos ataques preventivos podrán llevarse a cabo en cualquier parte del mundo y a lo largo de un período indefinido de tiempo.

En todos los casos las decisiones que se tomen se fundamentarán en el juicio sobre la situación al que unilateralmente el Gobierno de los Estados Unidos haya llegado.

## II. SU MANIFIESTA ILEGALIDAD

4. La doctrina de la "guerra preventiva" implica un claro componente de ilegalidad en dos aspectos fundamentales:

— Por un lado, desborda claramente la única excepción que la Carta y el Derecho internacional contemporáneo reconoce a la prohibición del uso unilateral de la fuerza armada, esto es, la legítima defensa.

— Por otro, desconoce las reglas secundarias existentes, en el Derecho Internacional de la Responsabilidad, que regula la atribución o imputación al Estado de los comportamientos contrarios a sus normas.

## 1. La legítima defensa

5. No es el momento de entrar detalladamente en un análisis del concepto de legítima defensa. Baste decir que la Carta de Naciones Unidas (1945) supuso la cristalización de todo un proceso anterior de prohibición gradual del uso individual de la fuerza. Con la Carta, cuaja una norma consuetudinaria de carácter general en cuya virtud, y salvo en genuina y estricta legítima defensa, el uso de la fuerza armada era un monopolio del Sistema de Seguridad Colectiva gestionado por el Consejo de Seguridad.

Las violaciones habidas de la norma, que han propiciado y/o dado fuerza a tendencias doctrinales en defensa de un ensanchamiento del concepto de legítima defensa no han podido alterar el Derecho positivo. Así, frente a quienes han defendido el recurso a esa figura como justificación del empleo de la fuerza armada para proteger la vida de sus nacionales en el extranjero, como la respuesta adecuada a la violación por otro Estado de la prohibición al usar la fuerza armada de modo indirecto o puntual, o para anticiparse a un eventual ataque armados, ya con base en el fracaso del Sistema ya en la presunta, pero nunca bien justificada, existencia si es que no supervivencia de un Derecho internacional consuetudinario más "relajado" que el de la Carta, se levantan "sólidas como rocas" las sucesivas, recientes y reiterativas tomas de posición de la Corte Internacional de Justicia (1986, 1996, 2003, 2004):

(i) La Corte entiende que la legítima defensa presupone la existencia de un ataque armado en forma y que sólo cuando lo hay cabe invocarla regularmente, negando esa posibilidad incluso aunque el Estado contra el que pretenda ejercerse haya violado la prohibición del uso de la fuerza armada llevando a cabo alguno de los "usos menores" de la misma a los que se ha referido el Tribunal en sus asuntos sobre las *actividades militares y para-*

*militares en y contra Nicaragua* (1986) y en el de las *plataformas petrolíferas* (2003)<sup>14</sup>. Y lo ha concretado además, considerando que no constituyen usos de la fuerza susceptibles de ser calificados como un ataque armado que justifique una respuesta en legítima defensa:

— El apoyo a fuerzas rebeldes de un Estado por medio del suministro de armas o apoyo logístico<sup>15</sup>.

— Un ataque puntual con el lanzamiento de un misil contra un buque mercante o los disparos repetidos hacia un helicóptero militar desde una patrullera.

— O el sembrado de una mina con la que choca un navío de guerra<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Analizando la naturaleza consuetudinaria de la norma que prohíbe el uso de la fuerza, en el asunto Nicaragua, la CIJ reconoce que "(...) puede distinguirse entre las formas más graves del uso de la fuerza (las constitutivas de una agresión armada) y otras modalidades menos brutales (...)". En cualquier caso, la Corte deja claro que "en el supuesto de la legítima defensa (...) este derecho solo puede ser ejercido si el Estado interesado ha sido víctima de una agresión armada" (sentencia de 27 de junio de 1986, párrafos 191 y 195, *CIJ Recueil* 1986, págs. 101, 103-104).

En el caso de las plataformas, la Corte ha reafirmado que para que un Estado pueda invocar el derecho de legítima defensa (Estados Unidos en el caso) debe demostrar "que ha sido atacado y que Irán era responsable de dichos ataques, y que estos eran de tal naturaleza que podían ser calificados de 'agresión armada' tanto en el sentido del artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas como según el Derecho consuetudinario en materia de uso de la fuerza", autocitándose a continuación el Tribunal para referirse al pasaje ya apuntado más arriba de su sentencia en el caso Nicaragua en el que distinguió entre usos de fuerza graves y menos graves (sentencia de 6 de noviembre de 2003, párrafo 51; puede consultarse también en *International Legal Materials*, XLII [2003], núm. 6, págs. 1334-1485).

<sup>15</sup> La Corte rechazó la pretensión de Estados Unidos de actuar en legítima defensa contra Nicaragua por ayudar este país, según su criterio, a la guerrilla de El Salvador, Honduras y Costa Rica, afirmando que el Tribunal "no piensa que la noción de 'agresión armada' pueda cubrir (...) también una asistencia a los rebeldes en forma de suministro de armas, de asistencia logística o de otro tipo [aunque] pueda verse [sí] en dicha asistencia una amenaza o uso de la fuerza o el equivalente a una intervención en los asuntos internos o externos de otros Estados" (sentencia de 27 de junio de 1986, párrafo 195, *CIJ Recueil* 1986, págs. 103-104).

<sup>16</sup> Estudiando si Estados Unidos, al atacar el 19 de octubre de 1987 el complejo de Reshadat, tenía o no derecho de legítima defensa como respuesta, según dicho país, a los ataques armados anteriores de Irán, la Corte tras constatar que dichos ataques consistieron

El Tribunal ha entendido, en cambio, que el ataque armado exigido por el derecho de legítima defensa sí se da en los supuestos de agresión indirecta regulados en el artículo 3, letra g) de la Definición de la Agresión, aneja a la resolución 3314 (XXIX) de 19 de diciembre de 1974, de la Asamblea General, esto es, cuando los actos armados equiparables por su gravedad a los que se enumeran en las letras a) a f) de dicho artículo se cometen por grupos o bandas armadas *enviadas por un Estado o este participa sustancialmente en dichos actos*<sup>17</sup>.

(ii) La Corte ha defendido, asimismo, en su jurisprudencia que en el caso en que sea posible invocar la legítima defensa,

en el impacto con minas de un buque con bandera estadounidense (el *Bridgeton*) y otro que no enarbolaba su pabellón pero sí era propiedad de intereses americanos (el *Texaco Caribbean*), disparos repetidos de lanchas iraníes contra helicópteros de la Marina de los Estados Unidos, y el lanzamiento de un misil contra el navío *Sea Isle City* de bandera estadounidense, afirma a continuación: "Tomados conjuntamente (...) estos incidentes no parecen en opinión de la Corte, constituir una agresión armada contra los Estados Unidos comparable a la que en el asunto de las *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* ella misma ha calificado de 'formas más graves' de un uso de la fuerza (...)" (sentencia de 6 de noviembre de 2003, párrafo 64 in fine).

En cuanto a sus ataques a los otros complejos, el 18 de abril de 1988, que Estados Unidos explicaba como una respuesta al choque con una mina de su navío de guerra Samuel B. Roberts, "la Corte [aunque] no excluye que el minado de un solo buque militar pueda bastar para justificar que se haga uso del 'derecho natural de legítima defensa'; a la vista del conjunto de las circunstancias (...) la Corte no puede decir que se haya demostrado que los ataques contra las plataformas de Salman y de Nasr constituyen una respuesta justificada a una 'agresión armada' de Irán contra los Estados Unidos resultante del impacto con dicha mina" (sentencia de 6 de noviembre de 2003, párrafo 72).

<sup>17</sup>Según la Corte Internacional de Justicia, en el asunto relativo a *las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986), "se puede, en particular, considerar admitido que, por agresión armada, debe entenderse no solo la acción de fuerzas armadas regulares a través de una frontera internacional sino también 'el envío por un Estado o en su nombre de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables' (entre otros) a una verdadera agresión armada desarrollada por fuerzas regulares, 'o a su sustancial participación en dichos actos'. Esta descripción, que figura en el artículo 3, g) de la definición de la agresión aneja a la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General puede ser considerada como la expresión del Derecho internacional consuetudinario (...)" (sentencia de 27 de junio de 1986, párrafo 195, 1986, pág. 103).



ésta debe responder a las exigencias de necesidad, inmediatez y proporcionalidad en la respuesta armada que se desencadene<sup>18</sup>.

(iii) La Corte, en el asunto de las *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986), ha exigido, respecto de la legítima defensa colectiva, y además de algún otro requisito, que el Estado en cuya defensa otro pretende actuar haya solicitado dicha ayuda<sup>19</sup>.

<sup>18</sup>"La legítima defensa solo puede justificar medidas proporcionales a la agresión armada sufrida, y necesarias para responder a ella" (sentencia de 27 de junio de 1986, asunto sobre las *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, párrafo 194, *CIJ Recueil* 1986, pág. 103).

"La sumisión del ejercicio del derecho de legítima defensa a las condiciones de necesidad y proporcionalidad es una regla de Derecho internacional consuetudinario" (dictamen consultivo de 8 de julio de 1996, asunto sobre la *legalidad del uso o amenaza de las armas nucleares*, párrafo 41, *CIJ Recueil* 1996, pág. 245).

Asimismo, en el caso de las *plataformas petrolíferas* el Tribunal exige los requisitos de necesidad y proporcionalidad (sentencia de 6 de noviembre de 2003, párrafos 73-77). En particular, es especialmente expresivo en un pasaje sobre la exigencia de proporcionalidad respecto del ataque llevado a cabo por fuerzas aéreas y navales de los Estados Unidos sobre los complejos de Salman y Nasr (" [la Corte] no puede hacer abstracción de la amplitud del conjunto de la operación, que se saldó básicamente con la destrucción de dos fragatas iraníes y cierto número de otros navíos y aeronaves. Como respuesta a la siembra, por autor no identificado, de la mina con la que chocó un solo navío americano que, pese a resultar gravemente dañado no se hundió ni su tripulación sufrió pérdida alguna de vidas humanas, ni la operación 'Praying Mantis' en su conjunto ni aquella de sus manifestaciones consistente en la destrucción de las plataformas de Salman y Nasr podrían ser considerados, en las circunstancias del caso, como un empleo proporcionado de la fuerza a título de legítima defensa" (sentencia de 6 de noviembre de 2003, párrafo 77).

<sup>19</sup>"En caso de invocación de la legítima defensa colectiva, es preciso esperar a que el Estado en cuyo beneficio va a utilizarse se declare víctima de una agresión armada (...). En cualquier caso, la Corte comprueba que en Derecho internacional consuetudinario, tanto el general como el particular del sistema jurídico interamericano, ninguna regla permite el juego de la legítima defensa colectiva sin que medie solicitud del Estado que se considera víctima de una agresión armada (...). En cualquier caso, la Corte comprueba que en Derecho internacional consuetudinario, tanto el general como el particular del sistema jurídico interamericano, ninguna regla permite el juego de la legítima defensa colectiva sin que medie solicitud del Estado que se considera víctima de una agresión armada. La Corte concluye que la exigencia de una petición del Estado víctima de la agresión alegada se añade a la de una declaración por la que ese Estado se proclame agredido" (sentencia de 26 de junio de 1986, párrafos 195 y 199, *CIJ Recueil* 1986, págs. 104-105).

(iv) Sólo respecto de las armas nucleares, la Corte duda, no habiendo podido responder sobre la legalidad del empleo en legítima defensa de las mismas en una situación extrema, en la que se encuentre amenazada la supervivencia del Estado<sup>20</sup>.

(v) En el asunto sobre *las consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en territorio (palestino) ocupado* (2004), la Corte precisa, en el contexto de la pretensión israelí de que hoy se reconoce "claramente el derecho de los Estados al recurso a la fuerza en legítima defensa contra los atentados terroristas", que esta figura solo puede invocarse en los casos de ataques armados entre Estados, no en los casos de violencia interna, es decir, en el territorio de un Estado (o en territorio ocupado por este)<sup>21</sup>. Lo cual no quiere decir, por supuesto, que un Estado no pueda defenderse incluso con la legítima defensa cuando otro "le envía" terroristas o "los dirige y controla"; solo será preciso, como antes apuntaba, que los actos cometidos equivalgan por su gravedad a un genuino ataque armado<sup>22</sup>.

6. La jurisprudencia internacional, y desde luego el tenor literal del artículo 51 de la Carta, conectan tan estrechamente la noción de legítima defensa con la del desencadenamiento de un ataque armado que la deducción de que sin éste no hay legítima defensa fluye naturalmente (...). Esto en principio apuntaría a considerar ilegal toda respuesta mientras que un ataque armado no exista, lo que exigiría que por lo menos éste haya comenzado.

<sup>20</sup> Por siete votos a favor y siete en contra, decidiendo el voto de calidad del Presidente, la Corte entendió que "la amenaza o el uso de armas nucleares en general serían contrarios a las reglas del Derecho internacional de los conflictos armados y en particular a los principios y reglas del Derecho internacional humanitario; no obstante, en el estado actual del Derecho internacional, y teniendo en cuenta los elementos de hecho a su disposición, el Tribunal no puede afirmar de manera definitiva si la amenaza o el uso de armas nucleares sería ilegal o no en una extremada circunstancia de legítima defensa, en la que estuviera en juego la supervivencia misma del Estado" (dictamen de 8 de julio de 1996, párrafo 105-E; también párrafos 95-97).

<sup>21</sup> Dictamen de 9 de julio de 2004, párrafos 138-139.

<sup>22</sup> *Vid. supra* párrafo 5, i).

Pero volveré sobre lo que a la postre no es sino la cuestión de la legítima defensa preventiva más tarde.

7. Siendo así el estado del Derecho, la doctrina de la "guerra preventiva" va demasiado lejos en varios aspectos:

— Defiende el uso de la fuerza armada sin que exista contra Estado Unidos un ataque armado lanzado por otro sujeto; admite un uso de la fuerza armada desproporcionado (derrocamiento de Gobiernos incluido); extiende en el tiempo, indefinidamente, el derecho de defensa. De este modo, la "doctrina" comentada choca frontalmente, como entre nosotros se ha puesto de relieve, con los requisitos de necesidad, proporcionalidad e inmediatez<sup>23</sup>.

— Añadiría yo, además, que dicha "doctrina" parece ignorar las exigencias concretas que el Derecho internacional contemporáneo mantiene en relación con la legítima defensa colectiva; y es que Estados Unidos, y es esta la sensación precisamente que emana en ocasiones del documento, no puede pretender imponer llegado el caso su legítima defensa colectiva, ni siquiera "a los amigos y aliados" (...).

## 2. El Derecho de la Responsabilidad

8. Según una norma de Derecho internacional aplicada ya por la jurisprudencia internacional desde finales del siglo XIX y principios del XX, los comportamientos de los particulares no son en principio imputables al Estado como regla general. Cuestión distinta es que "con ocasión" de hechos de los particulares, los órganos del Estado se comporten de manera negligente o intencionadamente se abstengan de impedir y/o reprimir esos hechos; caso en el cual, empero, como se habrá intuido, la indiscutible

<sup>23</sup> M. Pérez González: "La legítima defensa en su sitio: Observaciones críticas sobre la doctrina Busch de la acción preventiva", *Revista Española de Derecho Internacional*, LV (2003), núm. 1, págs. 187-204 (págs. 198-203).

responsabilidad internacional del Estado encuentra su base jurídica en la disposición que atribuye al Estado los comportamientos de sus propios órganos (...). Ahora bien, excepcionalmente, cuando exista una relación específica entre los particulares que se comportaron de modo contrario a lo dispuesto por una obligación internacional en vigor para el Estado y el Estado mismo; esto es, en los supuestos en los que estos actúan por cuenta del Estado los hechos "del sector privado" sí se consideran como "del Estado"<sup>24</sup>.

El TIJ ha hecho uso de esta misma norma, manejando los artículos 8.a y 11 del Proyecto sobre la responsabilidad internacional del Estado de la CDI que ésta aprobó en primera lectura, en los asuntos relativos al *personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* (1980) y en el de las *actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (1986)<sup>25</sup>.

Y el texto definitivo de artículos aprobado por la CDI (2001) codifica esa norma en su artículo 8, cuando incluye como uno de los "casos adicionales" de imputación al Estado en virtud del Derecho internacional los comportamientos de una persona o grupos de personas si (...) *actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección y control de ese Estado al observar ese comportamiento*.

9. Dos son, como se habrá ya reparado, las situaciones que en dicho texto se regulan: Por una parte, los casos en los que una persona o grupo de personas reciben instrucciones expresas de un Estado para llevar a cabo un comportamiento determinado; por otra, los casos en los que sin haber un Estado encomendado a un particular encargo concreto alguno, *dirige o controla* su actuación:

<sup>24</sup> Vid. los casos que cita la Comisión en el comentario 2 al artículo 8, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. Quincuagésimo tercer período de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001). Asamblea General. Documentos oficiales. Quincuagésimo sexto período de sesiones. Suplemento número 10 (56/10)*, Naciones Unidas, Nueva York, 2001, págs. 10-405 (pág. 92, nota 169).

<sup>25</sup> Sentencia de 24 de mayo de 1980, párrafos 66-67, *CIJ Recueil* 1980, pág. 74; y sentencia de 27 de junio de 1986, *CIJ Recueil* 1986, págs. 61-62.

*En el primer supuesto*, se trata de situaciones, como la CDI constata en sus comentarios, en las que los órganos del Estado complementan su propia acción contratando o instigando a personas privadas o grupos que actúan como auxiliares, pero sin pertenecer a la estructura oficial del Estado<sup>26</sup>. Este pudo haber sido el caso del "grupo de voluntarios" al que la Sra Golda Meir, hablando por Israel ante el Consejo de Seguridad, se refirió como autor del secuestro y transporte a Israel de Adolf Eichmann en 1960; este, sin duda, fue el caso, pues la CIJ así lo afirmó en 1986, de las personas y grupos no pertenecientes al sistema orgánico—institucional de los Estados Unidos que auxiliaron a este Gobierno de varias formas en su labor de apoyo y asistencia a las fuerzas de los contras en su lucha contra el Gobierno de Nicaragua<sup>27</sup>; y este fue probablemente también el asunto Alvarez Machaín, ciudadano mejicano secuestrado en su país en 1990 por una cuadrilla de matones reclutados por la Agencia de Lucha contra la Droga de los Estados Unidos (*Drug Enforcement Agency*, DEA) y entregado a agentes de ese país tras hacerle pasar clandestinamente la frontera<sup>28</sup>.

La CDI también considera, *en segundo lugar*, imputable al

<sup>26</sup> Comentario número 2 al artículo 8, *Informe CDI...A/56/10 cit.* (nota 24), pág. 92.

<sup>27</sup> "Vistos los hechos expuestos, la Corte tiene por establecido que a fines de 1983 o a comienzos de 1984 el Presidente de los Estados Unidos autorizó a un organismo gubernamental de ese país a minar los puertos nicaragüenses; que a comienzos de 1984 se colocaron minas en los puertos de El Bluff, Corinto y Puerto Sandino o en su proximidad, en las aguas interiores de Nicaragua o en su mar territorial o en ambos, *por personas retribuidas por ese organismo que actuaron según sus instrucciones, bajo la supervisión y con el apoyo logístico de agentes de Estados Unidos (...)*" (sentencia de 27 de junio de 1986, párrafo 80, *CIJ Recueil* 1986, pág. 48 [la cursiva es mía]).

<sup>28</sup> El médico Humberto Alvarez Machaín se ocupó de mantener el mayor tiempo posible con vida durante su tortura al agente de la DEA Enrique Camarena a fin de obtener de él información, según declararon miembros de una red de traficantes de droga mejicanos tras su detención y extradición legal a los Estados Unidos. Como se recordará, Alvarez Machaín fue juzgado y condenado en ese país, llegando su caso incluso ante el Tribunal Supremo (CH. Rousseau: "Chronique des faits internationaux", *Révue Générale de Droit International Public*, 96 [1992], núm. 4, págs. 873 ss. [págs. 890-891]).

Estado los comportamientos de los particulares bajo la dirección o control del mismo. El grado de control que ha de ejercer el Estado para que el comportamiento le sea atribuible ha sido objeto, en la jurisprudencia internacional contemporánea de dos posiciones enfrentadas: la de la CIJ en el asunto de Nicaragua (1986) y la posteriormente sustentada por el TPIY en varias decisiones a lo largo de 1999-2000. Veamos una y otra en primer lugar antes de comentar el elegido por la Comisión:

(i) En su sentencia sobre el fondo en el asunto Nicaragua, la CIJ consideró probado la implicación general del Gobierno de los Estados Unidos en los comportamientos de los *contras*, pero no aceptó que con base en un *control general* pudiesen ser imputados a ese Gobierno todos los actos de los *contras*, en particular no le atribuyó, en aplicación de la tesis del *control efectivo*, los comportamientos de estas fuerzas contrarios al Derecho internacional humanitario. Argumentó la Corte así:

"Todas las formas de participación de los Estados Unidos (...) mencionadas, e incluso el *control general* por el Estado demandado sobre una fuerza que depende en gran medida de ese Estado, no implicarían por sí solas, sin pruebas adicionales, que los Estados Unidos dirigieron u ordenaron la perpetración de actos contrarios a los derechos humanos y el derecho humanitario que denuncia el Estado demandante. Es muy posible que esos actos hayan sido cometidos por miembros de los *contras* sin el control de los Estados Unidos. Para que ese comportamiento de lugar a la responsabilidad jurídica de los Estados, debería en principio probarse que ese Estado ejercía un *control efectivo* de las operaciones militares o paramilitares en el curso de las cuales se cometieron las presuntas violaciones".

Es decir, cada violación alegada debe probarse que se llevó a cabo por particulares bajo el control efectivo del Estado (..). En

cambio, sí imputó directamente a los Estados Unidos tanto el minado de los puertos nicaragüenses como otros ataques armados que fueron llevados a cabo por los UCLAs (*Unilaterally Controlled Latino Assets*) y otros grupos, desconectados de la Administración americana, pero que actuaron siguiendo instrucciones de la CIA o cuyas operaciones militares, y pese a que en ellas no participaran directamente militares de los Estados Unidos, sí estuvieron preparadas, encomendadas y apoyadas en su ejecución por agentes u oficiales de ese país<sup>29</sup>.

(ii) La tesis que podemos llamar del *control global o general* ha sido defendida por el TPIY en diversos asuntos<sup>30</sup>, aunque no sólo por él<sup>31</sup>. Pero vayamos punto por punto. En el asunto

<sup>29</sup> Sentencia de 2/ de junio de 1986, respectivamente párrafos 109, 115 y 80, 86 (*CJ Recueil 1986*, págs. 62, 64-65 y 48, 50-51) (La cursiva es mía).

Sobre todo Appeals Chamber (Shahabuddeen, Cassese, Tieya, Nieto—Nava, Nalpele Mwachande Mumba), *the Prosecutor v. Dusko Tadic*, case nº IT-94-1-A, judgement, 15 julio 1999, párrafos 90-145 en particular (puede consultarse asimismo en *International Legal Materials*, XXXVIII [1999], págs. 1518-1609). Pero también Trial Chamber (McDonald, Sidhwa, Vohrah), *the Prosecutor v. Ivica Rajic aka Victor Andrid*, review of the indictment pursuant to rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 13 september 1996, párrafos 9-32 ([www.un.org/icty/rajic/trialc2/decision-e/609136612.htm](http://www.un.org/icty/rajic/trialc2/decision-e/609136612.htm)); Trial Chamber (Jorda, Rodrigues, Shahabuddeen), *the Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, judgement, 3 mars 2000, párrafos 73-123 ([www.un.org/icty/blaskic/trialc1/judgement/index.htm](http://www.un.org/icty/blaskic/trialc1/judgement/index.htm)); o *the Prosecutor v. Zlatko Abksovski*, case nº IT—95/14/1—A, judgement, 24 mars 2000.

<sup>31</sup> En el asunto Loizidou, de 18 de diciembre de 1996 (fondo), el TEDH precisó, con claridad en mi opinión, la esencia de la tesis del *control global*. Mme Loizidou, nacional chipriota, demandó a Turquía por violación de su derecho a la propiedad privada (artículo 1 del Protocolo 1 al Convenio de Roma de 1950 sobre protección de los derechos humanos y libertades fundamentales), dado que la ocupación militar de la parte norte de la isla de Chipre que Turquía había establecido desde 1974 le impedía acceder a esa zona en la que poseía diversas parcelas de terreno y aprovecharlas (...). La Corte utiliza la doctrina del control global manifestando diversas opiniones de interés sobre las reglas del Derecho internacional de la responsabilidad que regulan los criterios o factores de atribución. Así, al precisar su aplicación del grado de control exigible a Turquía para poder imputar a este país los hechos de la República Turca del Norte de Chipre, entidad que la minoría turca de la isla creó unilateralmente (1983) en la zona de ocupación, el Tribunal afirma que ese control exigible: "No impone determinar si (...) Turquía ejerce en realidad un control minucioso de la política y las acciones de la República Turca del Norte de Chipre. El gran número de soldados que participan en misiones activas en el Norte de Chipre (...) prueba que el ejér-

Tadic (1999), la Cámara de Apelaciones del Tribunal rechazó la solución a la que había llegado una de sus cámaras de tres jueces considerando que no eran atribuibles a Yugoslavia los hechos de las fuerzas pro-serbias en Bosnia (1997)<sup>32</sup>:

— El TPIY, dado que según el artículo 2 de su Estatuto su competencia sobre las violaciones graves de los Convenios de Ginebra (1949) requiere *inter alia* que los hechos hayan tenido lugar en un conflicto armado *internacional*, se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre las circunstancias objetivas que permiten establecer que un conflicto interno se ha internacionalizado porque una de las partes involucradas puede considerarse como el órgano (*de iure o de facto*) de un tercer Estado. Y para llegar a saber si grupos armados (serbios o croatas en Bosnia) eran órganos de facto de un Estado (Yugoslavia o Croacia) y por tanto el conflicto armado se había internacionalizado, el Tribunal estudia el tema (...).

— El Tribunal considera que el Derecho internacional y la práctica exigen para que fuerzas paramilitares o asimiladas se considere son órganos *de facto* de un Estado extranjero, que el Estado sospechoso ejerza un cierto control sobre esas fuerzas, de modo que éstas mantengan respecto del mismo una relación de dependencia y lealtad. Pero acepta que el Derecho internacional humanitario no establece un criterio que decida cuando un grupo armados está bajo el control de un Estado.

cito turco ejerce en la práctica un control global sobre esta parte de la isla. De acuerdo con el criterio pertinente y en las circunstancias del caso, el control implica la responsabilidad (turca) en razón de la política y las acciones de la RTNCH" (*Recueil des arrêts...*, CEDH, 1996-IV, págs. 2217 ss., en págs. 2232-2236, párrafos 49-57.

<sup>32</sup> La Cámara consideró que aunque, en efecto, existía una cierta dependencia con Yugoslavia, ésta, en aplicación del artículo 8.a del Proyecto de la CDI adoptado en primera lectura y de la decisión del TIJ en el asunto de Nicaragua (1986), no ejercía el control suficiente para que le fueran atribuidos los hechos de las fuerzas pro-serbias en Bosnia (Trial Chamber [McDonald, Stephen, Vohrah], *the Prosecutor v. Dusko Tadic a/K/a 'Dule'*, opinion and judgement, 7 may 1997, párrafos 578-607, en [www.un.org/icty\(tedic/trialc2/judgement/index.htm](http://www.un.org/icty(tedic/trialc2/judgement/index.htm)).



— E investiga, por tanto, el estado del Derecho internacional general al respecto, encontrándose con la sentencia del TIJ en el asunto Nicaragua (1986): Este consideró probado la financiación y otras formas de asistencia (equipamiento, aprovisionamiento, selección de objetivos militares y paramilitares, planificación de ciertas operaciones...) de Estados Unidos a los contras no considerándolo suficiente para imputar a ese país todos los comportamientos delictivos de los *contras*, sino sólo aquellos en los que se probara un control efectivo por los Estados Unidos sobre esos grupos cuando se cometieron los hechos. Pero el TPIY considera inadecuado el criterio del "control efectivo", entendiendo bastante un "control global" del Estado sobre esos grupos armados; para la Cámara de Apelaciones la doctrina del control efectivo sólo es pertinente respecto de un acto específico de un individuo aislado o de un grupo desorganizado de individuos, pero no respecto de los grupos organizados y jerárquicamente estructurados, para los que, a los fines de la imputación de sus comportamientos, era suficiente que el grupo en cuestión se hallase bajo el control general o de conjunto de un Estado. En suma, la mayoría de la Sala de Apelaciones del TPIY encontró, para considerar que las fuerzas armadas pro-serbias estaban controladas por Yugoslavia, que bastaba:

"un control general (...) que vaya más allá de su simple equipamiento y financiación y entrañe además una coordinación o ayuda en la planificación de su actividad militar (...). No es, empero, necesario que, además, el Estado imparta, ya al jefe ya a los miembros del grupo, instrucciones para la comisión de actos específicos contrarios al Derecho internacional"<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> Sentencia de 15 julio 1999, párrafo 131 (vid. también párrafos 90-131, *International Legal Materials*, XXXVIII [1999], págs. 1518-1609, en pág. 1544). También en los asuntos Rajic, Blaskic y Abksovski (supra nota 28) el Tribunal utilizó la teoría del *control general*, imputando a Croacia los hechos de entidades pro-croatas en

La CDI no se pronuncia en el texto del artículo 8 sobre por cual de ambas tesis (CIJ o TPIY) se decanta, pero en los comentarios sí deja traslucir su apuesta al considerar que la "jurisprudencia Tadic" no se refiere a la misma cuestión que la del TIJ ni, por ende, exactamente al tema tratado en el artículo 8. Esta interpretación resulta evidente cuando se manejan los trabajos preparatorios y se comprueba la crítica que de la jurisprudencia en este punto del TPIY efectuó el Relator Crawford<sup>34</sup>. En suma, la Comisión se decanta por la tesis del *control efectivo*<sup>35</sup>.

10. Los términos utilizados en el artículo 8 ("instrucciones", "dirección", "control") son disyuntivos, bastando que se pruebe cualquiera de ellos.

Bosnia como el Consejo de Defensa Croata (HVO) y la Comunidad Croata de Hercegovina (HZHB). En estas sentencias, el TPIY afirmó como una constante en su jurisprudencia el mencionado concepto, precisando que el mismo requiere una evaluación de todos los elementos de control considerados en su conjunto y permite determinar, sobre esas bases, si el grado de control requerido se da en el caso concreto. Este *control general* es menos estricto que el *control efectivo* utilizado por la CIJ en 1986 y, a juicio del TPIY, permite proteger mejor a la víctimas civiles en el marco de violaciones graves del Derecho internacional humanitario.

<sup>34</sup> *Premier rapport sur la responsabilité des Etats présenté par M. James Crawford, Représentant spécial, A/CN.4/490/Add.5*, 22 juillet 1998, págs. 1-48 (págs. 20-21 y 24-25, párrafos 204-206 y 215-216); y *Premier rapport sur la responsabilité des Etats présenté par M. James Crawford, Représentant spécial, A/CN.4/490/Add.6*, 24 juillet 1998, págs. 1-7 (pág. 4); también, posteriormente, en J.Crawford y S. Olleson: "The nature and forms of international responsibility", capítulo 14 del Manual editado por Malcolm D. Evans, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, págs. 445-472 (pág. 457). Asimismo, comentario número 7 al artículo 8, *Informe CDI...A/56/10* cit. (nota 24), pág. 95.

<sup>35</sup> Inexplicablemente, habida cuenta del tenor de los Informes del Relator, y aún de los comentarios de la Comisión, Emmanuel Roucouas afirma taxativamente que "l'article 8 du projet s'écarte du critère de 'contrôle effectif' qui était préconisé par la CIJ dans l'affaire des Activités militaires..." ("Facteurs privés et Droit International Public", *Recueil des Cours*, 299 [2002], págs. 9-420, en pág. 333, en su nota 1260); creo que yerra, asimismo, Hortensia D.T. Gutiérrez Posse cuando llega a la conclusión de que la teoría que ha ganado la batalla es la del *control global o general* ("El Estado y sus agentes en la comisión de crímenes internacionales", *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, Drnas-Lerner editores, Córdoba [República Argentina], 2002, tomo 1, págs. 577-600 [pág. 600]), pues difícilmente puede llegarse a esta interpretación cuando la CDI la ha descartado (...). En el mismo sentido que

Por lo que a la prueba se refiere, el tema polémico surgirá, aún demostrada en su caso la existencia de instrucciones o control del Estado, respecto de los comportamientos que excedan la autorización concedida. Hay una analogía con el caso de los comportamientos *ultra vires* de los órganos del Estado. ¿Podríamos entender que si el Derecho internacional atribuye al Estado los comportamientos *ultra vires* de sus órganos también debe hacerlo, probada la existencia de instrucciones o el control del Estado, con los del particular que se extralimita?. La tentación es evidente, pero hay un argumento en contra: Como regla general los hechos de los órganos son del Estado mientras que en el caso de los particulares ocurre precisamente lo contrario (...).

La CDI ha ofrecido en sus comentarios una respuesta que no permitirá siempre resolver todos los problemas: "En esos supuestos [se refiere al caso de acciones que excedan los límites de la autorización...] el problema se puede resolver preguntándose si el comportamiento ilícito o no autorizado fue realmente incidental con respecto al cometido realizado o si representó claramente una extralimitación"<sup>36</sup>.

11. Personalmente comprendo que el *control general*, cuando las circunstancias del caso permiten una prueba inequívoca de su extensión e intensidad (...), puede parecer base suficiente para la imputación<sup>37</sup>, como comprendo asimismo que per-

defiendo en el texto O. Corten y F. Dubuisson: *Opération 'liberté inmovable': Une extension abusive du concept de légitime défense, Revue Générale de Droit International Public*, 106 (2002), núm 1, págs. 51-77 (págs. 65-66, 67-68) ; y A. J. J. De Hoogh: "Articles 4 and 8 of the 2001 International Law Commission articles on State responsibility. The Tadić case and attribution of acts of Bosnia—Serb authorities to the Federal Republic of Yugoslavia", *British Yearbook of International Law*, LXXII (2001), págs. 255-292 (pág. 290).

<sup>36</sup> Comentario número 8 al artículo 8, *Informe CDI... A/56/10...* cit. (nota 24).

<sup>37</sup> De hecho ya me he pronunciado anteriormente, comentando la decisión del TIJ en el asunto Nicaragua (1986), en el sentido de que me ha parecido ver reflejada, al menos en parte, esta mi posición en las siguientes palabras: "Desde una perspectiva moral es posible tener dudas (...). En circunstancias ordinarias, según el Derecho interno, conceder fondos a un individuo o entidad no implicaría responsabilidad alguna por el uso

mitiría, y el TPIY lo ha "visto", ampliar los supuestos de imputación, proteger mejor a las víctimas civiles de los conflictos armados dado que ello supondría que los incumplimientos del Derecho internacional humanitario por entidades no estatales serían sancionados en mayor medida que con la tesis del *control efectivo*<sup>38</sup>. Pero también entiendo que puede, en un caso dado, ser injusto atribuir a un Estado, que en conjunto controla a una persona o grupo de personas, un determinado comportamiento de ésta en un incidente puntual que el Estado no dirigió ni controló (...). Quizás por ello y en un intento de armonizar la incongruencia que supone el no imputar a quien presta el dinero, aporta las armas y fija el blanco la responsabilidad por el disparo que de la misma hace "el sicario" con la injusticia derivada de imputar asimismo al Estado todas las barbaridades no queridas por él del autor del disparo, podría considerarse acaso que quien ejerce un control general se presume que también ejerce el efectivo siempre, y quien afirme lo contrario (pues, obsérvese, la presunción sólo es *iuris tantum*) que lo pruebe (...).

que dicho individuo o entidad diera a esos fondos. Sin embargo, incluso en la venta de armas (dado que sea legal) nadie atribuiría al vendedor las acciones ilícitas que eventualmente se cometieran. La opinión indudablemente cambiaría si el vendedor conociera que el comprador se propone utilizar las armas con fines ilícitos (robo de un banco, matar a alguien). Desde esta perspectiva, es difícil comprender por qué un Estado que suministra fondos, armas o apoyo logística deba eludir su responsabilidad por las acciones de un grupo armado (...)" (A. J.J. de Hoogh: *op. cit.* [nota 35], págs. 290-292).

<sup>38</sup> P.M. Dupuy valora positivamente esta idea cuando sostiene la conveniencia de que entidades no estatales respetan el Derecho internacional humanitario y entiende que una de las maneras de conseguirlo (la otra consistiría en ampliar la noción de sujeto del Derecho internacional) es ampliar las normas de imputación. No estoy seguro, con todo, que el citado autor haya querido mantener con esa posición su apoyo a la teoría del "control global" sobre la del "control efectivo" ("Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats. Un bilan », *Revue Générale de Droit Internationale Public*, 107 [2003], n° 2, págs. 305-348 [pág. 318]). La misma idea, ésta sí conectada claramente con la doctrina defendida por el TPIY sobre la imputación en C. Kress: "L'organe de facto en droit international public. Réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents", *Revue*

12. Ponderado todo lo dicho, pudiera concluirse que según la CDI los comportamientos de un particular o grupo de particulares sólo es imputable al Estado cuando éste les ha ordenado el comportamiento en cuestión, dándoles las pertinentes *instrucciones*, o, de no ser así, únicamente cuando *los hechos particulares de que se trate* han sido cometidos por esas personas *bajo la dirección o el control del Estado*, con lo que habrá que "apreciar en cada caso si el comportamiento ha sido *controlado por el Estado en tal medida* que deba atribuirse a éste"<sup>39</sup>.

Obsérvese que estas exigencias se adecuan perfectamente al artículo 3, g) de la Definición de la Agresión, que la Corte ha considerado refleja el Derecho internacional consuetudinario y se refiere a los casos de agresión indirecta que pueden dar lugar al derecho de legítima defensa<sup>40</sup>.

13. Es decir, y para dejar sentadas inequívocamente las cosas, sólo cuando bandas armadas o grupos terroristas *son enviados por un Estado* a otro para cometer en él actos armados que puedan calificarse por su gravedad de un genuino ataque armado o dicho Estado, si es que él no los envía, participa sustancialmente en los actos llevados a cabo por esos grupos controlando a sus miembros durante la puesta en práctica de los mismos, el Estado víctima de tales ataques podrá, en aplicación de las normas del Derecho internacional general sobre el uso de la fuerza y las que regulan, en el contexto del Derecho de la Responsabilidad, la imputación al Estado de los hechos ilícitos, podrá ejercer el derecho de legítima defensa individual y/o colectiva contra el Estado culpable.

De acuerdo, por tanto, con lo dicho, y por referirme a un caso concreto de la práctica, los comportamientos de un grupo de

*Générale de Droit International Public*, 105 (2001), núm. 1, págs. 93-144 (sobre todo 139-141).

<sup>39</sup> Comentario número 5 al artículo 8, *Informe CDI...A/56/10...*cit. (nota 24), pág. 95 (la cursiva es mía).

<sup>40</sup> *Vid. supra* párrafo 5 (i) *in fine*.

personas, como los terroristas que llevaron a cabo los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington, sólo serían imputables a aquel Estado que les envió con "instrucciones" al respecto o "dirige y controla la operación concreta realizada"; en el supuesto del Afganistán de los talibanes, Estado cuyo gobierno cometió sin duda un hecho ilícito al dar refugio a la organización terrorista y negarse a entregar a su líder, no se ha probado ni lo uno ni lo otro<sup>41</sup>.

Y considero que la posición de la Corte en el asunto sobre *las consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en territorio palestino ocupado* (2004), en ningún caso puede interpretarse como un apoyo de la misma a la pretensión de Estados Unidos y Gran Bretaña de justificar su guerra contra Afganistán en la legítima defensa<sup>42</sup>.

#### 14. La doctrina de la "guerra preventiva" al equipara al

<sup>41</sup> *Vid. ad ex.* C. Gutiérrez Espada: "¿No cesaréis de citarnos leyes viendo que ceñimos espada?", *Anuario de Derecho Internacional*, XVII [2001], págs. 25-38, págs. 30 ss.; O. Corten y F. Dubuisson: "Opération 'liberté inmuable' (...)" cit. (nota 35), págs. 65 ss. [autores que sostienen la imposibilidad de la imputación incluso aunque se considerase aplicable el criterio del control general defendido por el TPIY: "no está claro que pueda asimilarse el apoyo prestado por el régimen Talibán a Al-Qaeda con el que prestó por un tiempo el Estado yugoslavo a las fuerzas serbias en Bosnia", pág. 67]; K. Kawasaki: "State responsibility and terrorist activities", *Oltre la reazione. Complessità e limiti nella guerra al terrorismo internazionale dopo l' 11 settembre*, edición de Andres de Guttry, Pisa, Ediciones ETS, 2003, págs. 65-81, en págs. 70-71; y P. M. Dupuy: "L'unité de l'ordre juridique internationale. Cours général de Droit international public », *Recueil des Cours*, 297 [2002], págs. 9-490, págs. 346 ss..

*A fortiori* tampoco podría conectarse la invocación para justificar el ataque contra Iraq de la figura de la legítima defensa con el apoyo y la conexión del régimen de Sadam con Al-Qaeda: De un lado, porque nadie alegó la comisión de actos terroristas comparables a los del 11-S a partir de bases en territorio iraquí o por personas enviadas por el Gobierno iraquí o por líderes refugiados en su territorio; y, de otro, porque, afirmaciones genéricas aparte, nunca se ha probado esa conexión, como el *Carnegie Endowment Center for International Peace*, organismo independiente de la Administración Bush, ha puesto de manifiesto en los primeros días de enero de 2004 en un informe acerca de los motivos reales de la "Guerra de Iraq": "No hay prueba sólida alguna sobre la existencia de una cooperación entre el Gobierno de Sadam y Al-Qaeda" (*Le Monde*, samedi 10 janvier 2003, pág. 3).

<sup>42</sup> La Corte, ante la pretensión de Israel de justificar la construcción de un muro en

terrorista que lleva a cabo los actos armados a los Estados que se limitan a darles refugio o ayuda, invocando contra ellos el derecho de legítima defensa como, en mi opinión sin fundamento jurídico posible se hizo por Estados Unidos y Gran Bretaña en el caso de Afganistán, ignora asimismo las normas jurídicas que regulan la imputación al Estado de los hechos de los particulares.

los territorios ocupados en la legítima defensa, pues las resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001) del Consejo de Seguridad "han reconocido claramente el derecho de los Estados de recurrir a la fuerza en caso de legítima defensa contra los atentados terroristas" y por tanto también el recurso con este fin a medidas que no impliquen el uso de la fuerza, niega la aplicación al caso de esta excepción porque entiende que el artículo 51 de la Carta regula el derecho de legítima defensa en el caso de agresión armada "por un Estado contra otro Estado", y en este caso concreto Israel se lamenta de ataques armados en un territorio que él control y ocupa, no planteándose ataque armado alguno desde o procedente de un Estado extranjero. "Esta situación [afirma la Corte] es pues diferente de la contemplada en las resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001), y por ello Israel no podría en todo caso invocar dichas resoluciones en apoyo de su pretensión de ejercer un derecho de legítima defensa. En consecuencia, la Corte considera que el artículo correspondiente de la Carta no es pertinente en este asunto particular" (dictamen de 9 de junio de 2004, párrafos 138 y 139, en <http://www.un.org>).

La tentación consistiría en razonar del siguiente modo: La Corte habría entendido que en el caso de Afganistán (país por lo demás que no menciona en absoluto) sí se daba una situación de legítima defensa, porque fue en relación con los ataques terroristas del 11-S con los que las citadas resoluciones se aprobaron y su autoría reclamada por Al-Qaeda que contaba con campos de entrenamiento en ese país y en el que se encontraba al parecer Ben Laden el líder de la misma. Por tanto, el Tribunal habría entendido ya que fue el propio Estado afgano el que envió a los terroristas o los dirigía y controlaba cuando cometieron sus execrables actos de terror ya que únicamente por limitarse a brindar refugio a dicha organización terrorista en los confines de su territorio Afganistán podría ser objeto regularmente de una respuesta armada como la que desencadenaron Estados Unidos y el Reino Unido.

No, no creo posible esta interpretación del dictamen de la Corte. Cuando esta exige, para que pueda hablarse de legítima defensa, que se de una relación de Estado a Estado (como a su juicio sobrentienden las resoluciones 1368 y 1373 al mencionar esta figura) por lo que en tanto que Israel alega en su contra una serie de actos "internos" no considera aplicable al caso la citada excepción, me parecería muy aventurado pensar que el Tribunal ha reconocido que Afganistán envió o controlaba a los terroristas del 11-S o que haya aceptado que este país por su mero apoyo al terrorismo podía ser objeto de una ataque armado en legítima defensa. Sería abusivo "hacer decir" al Tribunal afirmaciones concretas de este calado a partir de términos tan generales como sucintos como los que él emplea, sobre todo tras haber dejado bien clara su posición sobre la figura de la legítima defensa individual o colectiva en jurisprudencia reciente y reiterada (1986, 1996, 2003).

### III. DUDAS Y RETICENCIAS SOBRE LA LEGÍTIMA DEFENSA PREVENTIVA

15. Siendo inequívoca la necesidad, para que pueda invocarse regularmente el derecho de legítima defensa individual o colectiva, la existencia de un ataque armado, parece evidente que en cuanto "exista" el derecho nace (...): Y es razonable pensar que una vez "lanzado" o "desencadenado", el ataque "existe" ya. Estoy por ello firmemente convencido, por ejemplo, que una eventual respuesta armada de los Estados Unidos a la flota naval o aérea del Japón en rumbo hacia Pearl Harbour hubiera sido una correcta manifestación de ese derecho inmanente de legítima defensa.

A partir de supuestos de esta naturaleza ya no veo nada claro que más allá del caso de su "desencadenamiento" pueda entenderse "existente" un ataque armado, aunque "se piense" llevar a cabo. Daré un paso más: Particularmente, yo 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 otro que destruye, como Israel en la "Guerra de los Seis Días", a la aviación enemiga concentrada pero inmóvil y "sin conectar" en sus aeropuertos (...). De matiz quizás, pero veo la diferencia, porque en algún lugar concreto hay que trazar la línea que separe la legítima defensa de la legítima defensa preventiva.

16. 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 solo en la mente del presunto culpable.

No existe, empero, como es sabido unanimidad doctrinal en este punto. Es bien conocida la opinión de un sector de la doctrina anglosajona, que defiende la licitud de la legítima defensa en



los casos de "amenaza" o "inminencia" de ataque armado; tendencia dominante posiblemente pero no unitaria en términos absolutos, pues destacable es por no incluirse en ella la postura defendida por el profesor Bronwlie en su "clásico" sobre el tema de 1963<sup>43</sup>.

También lo es, sin embargo, que en conjunto la corriente doctrinal mayoritaria, incluida la española, defiende la necesidad de un ataque armado "en curso, y no aparente o previsible" como requisito indispensable de la legítima defensa; es mi caso también, como puede deducirse de lo que anteriormente he puesto de manifiesto<sup>44</sup>. Vientos de cambio, empero, parecen soplar en lontananza, y no me refiero tanto a la "doctrina Bush" en sí misma considerada sino a la eventualidad de que genere efectos colaterales en este y otros temas<sup>45</sup>.

17. La falta de unanimidad en un tema tan crucial entre "la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones", por emplear los términos del Estatuto de la Corte (artículo 38.1.d), reclamaba un poderoso viento jurisprudencial que dispersara la neblina (...). Pero éste no ha soplado.

En el asunto de las *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986), la Corte que en su sentencia se expresa de tal manera que un lector no particularmente receloso deduciría con razón que el ataque armado en curso es una *conditio sine*

<sup>43</sup> Ian Bronwlie: *International law and the use of force*, Clarendon Press, Oxford, 1963 (reimpresión de 1968), págs. 231 ss., 248 ss., 265 ss., 272 ss.

<sup>44</sup> *Vid.* por todos los argumentos y la bibliografía que cita A. Cassese: *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, págs. 307-311. La cita textual que hago en el texto es de L.I. Sánchez Rodríguez: "Una cara oscura del Derecho internacional: Legítima defensa y terrorismo internacional", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz* 2002, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2003, págs. 269-299 (pág. 281).

<sup>45</sup> *Vid. infra* párrafos 20 y 21 en general y, en particular, la opinión del Grupo de alto nivel nombrado por el Secretario General para que le informe sobre una eventual reforma de la Carta (párrafo 20 y nota 54).

*qua non* (...)<sup>46</sup>, aclara ella misma el tema con rotundidad: No, su sentencia no se ocupa de la legítima defensa preventiva, ni por tanto puede interpretarse su "doctrina" en un sentido o en otro sobre la misma<sup>47</sup>.

Ninguna afirmación expresa sobre la legítima defensa preventiva hace la Corte en su dictamen sobre *legalidad del uso o amenaza de las armas nucleares* (1996), y no creo que sea lícito extraer de ciertas afirmaciones que en él se hacen interpretación alguna sobre la misma<sup>48</sup>; no se refiere a la cuestión, y punto. Problema distinto es si no hubiera podido hacerlo, que a mi juicio sí, dadas las circunstancias del asunto<sup>49</sup>, pero interpretar en un sentido u otro este silencio me parece aventurado.

Y, en fin, en el caso de *las plataformas petrolíferas* (2003), posterior a la decisión de 1986 sobre Nicaragua y asimismo a la guerra de Afganistán (2001), la Corte deja claramente sentado que la legítima defensa es una respuesta a una agresión sufrida, precisando que no se entiende por ataque armado susceptible de generar ese derecho, y exigiendo en la respuesta defensiva las notas de necesidad y proporcionalidad. No hay, empero, alusión alguna a la legítima defensa preventiva, aunque hubiera podido

<sup>46</sup> *Vid. ad ex.* las palabras que inician el párrafo 195 de su sentencia de 27 de junio de 1986, *CIJ Recueil* 1986, pág. 103.

<sup>47</sup> "Dadas las circunstancias en las que ha nacido la controversia, el derecho de legítima defensa sólo se plantea en este caso en el marco de una agresión armada en curso y no se refiere a la cuestión de la licitud de una reacción ante la amenaza inminente de una agresión armada. La Corte no se pronunciará sobre este tema" (sentencia de 27 de junio de 1986, párrafo 194, *CIJ Recueil* 1986, pág. 103).

<sup>48</sup> Por ejemplo, cuando afirma literalmente: "En su artículo 51, la Carta reconoce el derecho immanente de legítima defensa individual o colectiva *si tiene lugar un ataque armado*" (dictamen de 8 de julio de 1996, párrafo 38) (la cursiva es mía). O cuando el Tribunal duda de si cabría o no el derecho de legítima defensa (nuclear) cuando "estuviera en juego" (¿amenazada simplemente?) la supervivencia del Estado (dictamen cit., párrafos 96, 97 y 105, letra E).

<sup>49</sup> La legalidad de la amenaza o el uso por un Estado de las armas nucleares, cuando fue precisamente con relación a este tipo de armas con el que un sector doctrinal "resucitó" la cuestión de la legítima defensa preventiva.

asimismo hacerse, pues la Corte habida cuenta de que Estados Unidos se quejaba de una sucesión de ataques iraníes hubiera podido perfectamente plantearse si cabría o no legítima defensa para "adelantarse" a los mismos (...). Tiendo a pensar que en ese asunto la doctrina sentada por la Corte, en una decisión más explícita y detallada sobre esta figura que en su dictamen de 1996, no se armoniza con la legítima defensa preventiva, al menos por dos razones:

— El Tribunal construye sus argumentos de tal manera que la legítima defensa sólo parece posible cuando ya hay una víctima de un *uso de la fuerza armada*, no en la situación en la que dándose únicamente un peligro o amenaza de la misma no resulta visible todavía "golpeado" alguno<sup>50</sup>.

— La Corte es muy clásica en el tratamiento de la legítima defensa. Reclama todos los requisitos pertinentes (necesidad, proporcionalidad, información al Consejo...), con particular exigencia en ocasiones pues pide pruebas ciertas y claras de dichas exigencias y pruebas claras y ciertas de la imputación de Irán (...)<sup>51</sup>. E insiste, además, en que solo los usos de la fuerza armada más graves, el ataque o agresión armada pura y dura, pueden dar lugar al mencionado derecho<sup>52</sup>.

Si todo esto es así, no será fácil aceptar que sea posible la legítima defensa cuando el ataque armado no se ha producido aún (legítima defensa preventiva).

18. En suma, la doctrina no es unánime sobre la legalidad de la legítima defensa preventiva, esto es, para reaccionar ante una

<sup>50</sup> "En consecuencia [dice la Corte], para establecer que tenían derecho a atacar a las plataformas iraníes en el ejercicio del derecho de legítima defensa individual, los Estados Unidos deben demostrar que han sido ya atacados y que Irán era el responsable de tales ataques, y que estos eran *de tal naturaleza que hubieran podido calificarse de 'agresión armada' tanto en el sentido del artículo 51 de la Carta como según el Derecho consuetudinario sobre el uso de la fuerza*" (sentencia de 6 de noviembre de 2003, párrafo 51) (la cursiva es mía).

<sup>51</sup> Sentencia cit., párrafos 61 ss., 71 ss..

<sup>52</sup> Sentencia cit., párrafo 64 (*vid. supra* párrafo 5, i).

"amenaza" de ataque armado.

La jurisprudencia internacional tampoco ha defendido una interpretación precisa y contundente que arroje luz sobre la cuestión.

Y si a esto añadimos "una práctica fluctuante"<sup>53</sup>, la conclusión a la que sobre la legalidad actual del concepto de legítima defensa preventiva puede, creo, llegarse es la de que existen a su propósito sólo reticencias y dudas.

#### IV. (POSIBLES) EFECTOS COLATERALES DE LA DOCTRINA

19. La desmesura de la doctrina Buch pone de relieve sin embargo, a mi juicio, dos hechos ciertos: Uno, que el terrorismo internacional ha dado un enorme salto cualitativo, rompiendo definitivamente toda conexión con los límites que aun en estado de guerra se imponen y convirtiéndose de este modo en una terrible amenaza para la humanidad; y dos, que algunos están dispuestos, casi me atrevería a decir que a su vez, a acabar con él "a como de lugar", sin importar los medios (...).

Desde esta doble certidumbre, puede ocurrir que la doctrina de la "guerra preventiva" aun siendo rechazada como lo es por no pocos Estados genere efectos colaterales que el Mundo acepte, en su comparación con aquélla, como una especie de "mal menor" o como el punto de inflexión que marca el final de un ciclo y el inicio, acaso, de otro nuevo.

20. De una parte, algunos podrán pensar que si la "guerra preventiva" va demasiado lejos, una manera de tener en cuenta los peligros a los que, inmoderadamente, intenta hacer frente,

<sup>53</sup> L.I. Sánchez Rodríguez: "Una cara oscura..." cit. (nota 44), pág. 281 (en la que añade: "pues los Estados que intervienen militarmente más allá de sus fronteras suelen utilizar este argumento para llevarlo interesadamente al terreno oscuro del Derecho internacional consuetudinario, huyendo de la letra del artículo 51 de la Carta").

consistiría en aceptar sin reticencia ni duda la figura de la legítima defensa preventiva. Se trataría, haciendo de Abogado del Diablo, de permitir que los Estados, individualmente, se adelantasen a un ataque terrorista con un uso proporcionado de la fuerza armada, golpeándoles si es posible en sus propias bases, estén donde estén éstas, y advirtiendo al Estado de refugio de su responsabilidad en el asunto. No defiendo necesariamente esta tesis; advierto simplemente de que puede ser más rápida y fácilmente aceptada (y desde luego tolerada) como una vía intermedia entre el Derecho que hay y el que la doctrina de la "guerra preventiva" propone; y me pregunto si la inequívoca (y a mi juicio sorprendente) alineación del Grupo de alto nivel nombrado por el Secretario General para el estudio de una posible reforma de la Carta, en su reciente Informe, con la interpretación "anglosajona" y minoritaria favorable a la legítima defensa en casos de inminencia (sin desencadenamiento) de un ataque armado, no tiene algo que ver con los temores que me preocupan y a los que me vengo refiriendo<sup>54</sup>. En todo caso, el concepto de legítima defensa en la Carta y en el Derecho internacional consuetudinario pueden "estirarse" como cualquier concepto jurídico pero sólo hasta cierto punto; quiero decir que una interpretación del mismo que pretendiese, desde un punto de vista del más crudo realismo, "adaptar" el Derecho internacional existente a los nuevos retos del terrorismo y las armas de destrucción en masa nos llevaría a

<sup>54</sup> "Sin embargo, según un principio de derecho internacional bien establecido, el Estado amenazado puede recurrir a la acción militar [el informe se refiere al artículo 51 de la Carta] siempre que la amenaza de agresión sea inminente [cursiva en el original], no haya otro medio de impedirlo y sea proporcional. El problema se plantea cuando la amenaza no es inminente pero se puede aducir que es real (...)". El Grupo, que niega la posibilidad de recurrir a la legítima defensa en este último supuesto la acepta (y como formando parte del actual artículo 51 de la Carta) en relación con el primero; añadiendo: "No somos partidarios de modificar el texto ni la interpretación del artículo 51" (*Un mundo más seguro: La responsabilidad que compartimos. Informe del Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio [A/59/565, 2 de diciembre de 2004]*, págs. 1-110 [párrafos 188-192, en págs. 60-61]).

aceptar una legítima defensa ante una amenaza inminente y cierta de un uso de la fuerza equiparable por su gravedad a un ataque armado y cuyo ejercicio debería desde luego respetar exigencias como la de proporcionalidad; todo lo que vaya más allá debería exigir una enmienda formal del artículo 51 de la Carta, con lo cual y aún interpretando el Derecho en vigor flexiblemente a fin de hacerle albergar una legítima defensa preventiva "razonable", serían tan estrictos los requisitos exigidos que no acaba uno de ver hasta qué punto el ejercicio de este derecho sería verdaderamente eficaz en la lucha contra el terrorismo mundial.

Item más. El peligro del terrorismo evoca de inmediato la existencia de ciertos conceptos jurídicos que podrían "revivir" al calor de una doctrina incontinente como la de la "guerra preventiva", y en el contexto de ofrecerse como una vía más razonable de afrontar sus mismos objetivos. Me explico: El estado de necesidad forma parte hoy, TIJ *dixit* (1997, 2004) del Derecho internacional general<sup>55</sup>, figura que la CDI ha mantenido, e incluso reforzado en algún aspecto, en su Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001)<sup>56</sup>. El estado de necesidad permite a un Estado que vea amenazado por un peligro grave e inminente alguno de sus intereses esenciales, incumplir obligaciones internacionales para él en vigor a fin de eludir dicho peligro; naturalmente se imponen

<sup>55</sup> Sentencia de 25 de septiembre de 1997, asunto del *Proyecto conjunto Gabcikovo—Nagymaros*, párrafo 51, CIJ Recueil 1997, págs. 40-41; en su dictamen consultivo de 9 de julio de 2004 sobre las *consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en territorio (palestino) ocupado* ([www.un.org](http://www.un.org)), la Corte reitera esta afirmación, citando se sentencia de 1997 y el mismo artículo 25 del Proyecto de la CDI (párrafo 140 del dictamen).

<sup>56</sup> Artículo 25, en *Informe CDI...A/56/10* cit. (nota 24), pág. 200 (con sus comentarios, págs. 200-214).

<sup>57</sup> De hecho, en los dos casos citados la Corte no consideró aplicable el estado de necesidad por no darse todos los requisitos exigidos: *En el caso Gabcikovo*, entendió que Hungría no había probado un peligro lo suficientemente inminente ni la conducta en estado de necesidad que se alegaba era, a juicio de la Corte, el único medio de escapar de ese peligro (sentencia de 25 de septiembre de 1997, párrafos 54, 56-57, CIJ Recueil

requisitos importantes para su válida invocación<sup>57</sup>, dos básicos: Que la conducta en estado de necesidad no afecte gravemente al interés también esencial de otro Estado y/o no suponga la violación de una norma imperativa del Derecho internacional. ¿No es pertinente en principio el juego de esta figura si un Estado desea evitar un ataque terrorista?; la misma podría, además, jugar ya como complemento de la legítima defensa preventiva en los casos en que aquel no pudiera calificarse de un genuino ataque armado, ya en solitario de no admitirse esa figura. Ninguno de los dos requisitos básicos exigidos impediría necesariamente un uso puntual, limitado y proporcional de la fuerza armada en estado de necesidad: *El de no atentar gravemente contra el interés esencial de otro* (por ejemplo el respeto de su soberanía) porque en caso de conflicto entre dos intereses esenciales habría de prevalecer el más valioso (¡la Vida siempre!); y en cuanto al de *la imposibilidad de incumplir (ni en estado de necesidad) una norma imperativa*, no impediría un uso "menor" de la fuerza no constitutivo de una agresión<sup>58</sup>, pues no está claro que el Derecho internacional imperativo alcance más allá de la prohibición de la agresión. En todo caso, la CDI no ha querido entrar en estos temas y resolverlos de una vez, como Alejandro El Grande desató el nudo gordiano (...). Cuestiones desagradables sin duda, pero que ahí están, como los cuernos en la testuz del toro, sin que nadie al parecer se atreva a coger ellos precisamente a tan noble animal (...)<sup>59</sup>.

1997, págs. 42, 44-45); en *el asunto sobre las consecuencias jurídicas de la edificación de un muro...*, el Tribunal consideró que dado el trazado decidido para aquél su construcción no era el único medio de proteger los intereses de Israel contra el peligro que ese país alegaba (dictamen de 9 de julio de 2004, párrafo 140 [me parece llamativo que la Corte no haya recurrido a otro de los requisitos exigidos: El Estado que invoca esta causa no haber contribuido al nacimiento de la situación de necesidad (...)]).

<sup>58</sup> *Vid. supra* párrfo 5 i.

<sup>59</sup> He desarrollado estas ideas en dos trabajos que han visto la luz, respectivamente, en el primero y último de los trimestres del 2005: *El hecho ilícito internacional* (Dykinson, Madrid), "¿Cabalga de nuevo el estado de necesidad?" (*Revista Española de Derecho Internacional*, 2004, núm. 2).

21. Otro enfoque, más peligroso si cabe que el anteriormente descrito, consistiría (admitida la conveniencia de aceptar en ciertas situaciones de emergencia el uso unilateral de la fuerza si el sistema de seguridad colectiva está bloqueado y se cumplen determinados cautelas) en concebir y reconstruir la "Doctrina Bush" "como un esfuerzo para identificar un área clave en la que las medidas unilaterales son necesarias" y, en definitiva, "como una vía para identificar posibles pasos a dar en el desarrollo progresivo del Derecho internacional"<sup>60</sup>.

## V. CONCLUSIÓN

22. La doctrina de la "guerra preventiva" es manifiestamente ilegal.

23. Podría, sin embargo, generar efectos colaterales, como la aceptación del concepto de una legítima defensa preventiva "razonable" o llamar la atención sobre otros conceptos jurídicos que pueden complementar esta o sustituirla (vga. el estado de necesidad); o aún, y sería más peligroso, como ver en ella la manifestación necesaria ante una situación insostenible que quiere (a modo de acto unilateral de "ruptura" como los que abrieron camino a las zonas económicas exclusivas quizás...) iniciar un nuevo camino (...).

24. No considero que tales efectos, si se dieran, fueran particularmente positivos, salvo, acaso, la clarificación jurídica que su consolidación implicaría en zonas hoy oscuras del ordenamiento jurídico internacional.

<sup>60</sup> Quien se ha atrevido a eso, parece ver incluso en la Doctrina Bush algo parecido ("vaguely resembles...") "a las derogaciones reconocidas en los regímenes de protección de los derechos humanos en casos de emergencia nacional" (E. Benvenisti: "The U.S. and the use of force: Double-edged hegemony and the management of global emergencies", *European Journal of International Law*, 15 [2004], núm. 4, págs. 688-700 [sobre todo 688-700; y las citas textuales en págs. 697, 700]).