

Antonio Fernández Tomás

**LA JUSTIFICACIÓN DEL USO
DE LA FUERZA POR LOS ESTADOS:
DE LAS NOCIONES TRADICIONALES
A LAS ACTUALIZACIONES CONTEMPORÁNEAS**

*Conferencia impartida con motivo
del acto que se celebró en homenaje a la memoria del
Prof. Dr. D. Alejandro J. Rodríguez Carrión*

*Estudios de Derecho Internacional y Relaciones
Internacionales en Homenaje
al Dr. D. Alejandro J. Rodríguez Carrión*



**Estudios de Derecho Internacional y Relaciones
Internacionales en Homenaje
al Dr. D. Alejandro J. Rodríguez Parrión**

AUTORA: Antonio Fernández Tomás

EDITA: SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Diseño y maquetación: María Luisa Cruz. SPICUM.



Esta obra está sujeta a una licencia Creative Commons:
Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada (cc-by-nc-nd):
[Http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es](http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es)

Cualquier parte de esta obra se puede reproducir sin autorización pero con el reconocimiento y atribución de los autores.
No se puede hacer uso comercial de la obra y no se puede alterar, transformar o hacer obras derivadas.

Esta obra está depositada en el Repositorio Institucional de la Universidad de Málaga (RIUMA): riuma.uma.es

Sumario

1. Una deuda de gratitud con Alejandro Rodríguez Carrión	6
2. El uso de la fuerza por los Estados y el asunto Nicaragua (fondo, 1986). El pretendido derecho de intervención y la legítima defensa, un concepto "delicuescente"	8
3. La evolución del lenguaje jurídico: derecho de intervención, deber de injerencia y "responsabilidad de proteger"	16
4. Actualidad de la posición de Alejandro en 2001: decisiones unilaterales versus decisiones institucionales	27
5. 1-S, Afganistán e Irak, de la extensión de la legítima defensa a la "guerra preventiva"	29
6. La ejecución extrajudicial de Bin Laden: Chewing Gum Self Defence en el Estado renuente o incapaz (Unwilling or Unable)	37
7. El sofisma del escenario bélico ficticio	43
8. ¿Dos excepciones a la prohibición de uso de la fuerza o una sola y flexible? Frente al riesgo que implica la "acción preventiva unilateral", la decisión institucional es la única manera de usar la fuerza dentro del sistema frente a una amenaza latente	50

Antonio Fernández Tomás

Universidad de Castilla-La Mancha

LA JUSTIFICACIÓN DEL USO
DE LA FUERZA POR LOS ESTADOS:
DE LAS NOCIONES TRADICIONALES A LAS
ACTUALIZACIONES CONTEMPORÁNEAS

Conferencia impartida con motivo

del acto que se celebró en homenaje a la memoria del

Prof. Dr. D. Alejandro J. Rodríguez Carrión

*Estudios de Derecho Internacional y Relaciones
Internacionales en Homenaje
al Dr. D. Alejandro J. Rodríguez Carrión*

• UNIVERSIDAD DE MÁLAGA 2012 •

La justificación del uso de la fuerza por los Estados: de las nociones tradicionales a las actualizaciones contemporáneas

Antonio Fernández Tomás
Universidad de Castilla-La Mancha

1. Una deuda de gratitud con Alejandro Rodríguez Carrión

Estamos hoy aquí reunidos para evocar la figura de Alejandro Rodríguez Carrión que fue catedrático de Derecho Internacional Público y Decano de esta Facultad durante muchos años y es un honor para mí pronunciar unas palabras en su memoria.

Yo no puedo considerarme discípulo suyo, en sentido estricto, en la medida en que no fue él, sino D. Adolfo Miaja de la Muela, el director de mi tesis doctoral. Sin embargo –y quiero decirlo alto y claro– yo no sería catedrático de Derecho Internacional Público de no haber sido por Alejandro, pues él fue el presidente del tribunal que me propuso como candidato a la cátedra de la Facultad de Derecho de Jerez de la Frontera,

en la Universidad de Cádiz, el 14 de abril de 1986.

Gracias a Alejandro fui propuesto por unanimidad, lo que no deja de ser un resultado casi mágico dentro de una comisión en la que, como mucho, contaba con tres votos. Pero Alejandro -articulando un laberíntico procedimiento improvisado inspirándose en el llamado "doble veto" en el Consejo de Seguridad- consiguió que me votaran formalmente incluso quienes no tenían ninguna intención de votarme materialmente.

Creo que este episodio ilustra acerca de la compleja personalidad de Alejandro: universitario por vocación; demócrata por convicción; lleno de modestia intelectual¹ y autocrítico hasta la médula; formalista, puntilloso y tenaz; capaz de hacer la guerra por una declaración; pero siempre en beneficio de una justa

1 No me resisto a transcribir al respecto un párrafo de su trabajo en el número 10 de los *Papeles y Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 2001, p. 22, al que más adelante haré amplia referencia. Dice así: "Precisamente porque el tema no es neutro, voy a intentar algunas afirmaciones de cuya sensatez yo mismo no estoy convencido, pero que quizás ayuden a un enriquecimiento del debate científico, que no del conocimiento de los lectores".

causa, como hubiera dicho Francisco Vitoria, siempre en beneficio de la parte más débil en un conflicto, porque era un idealista y un hombre entrañable que, sin embargo, procuraba disimular sus afectos, quizá por considerar que una muestra de cariño era una prueba de debilidad.

2. El uso de la fuerza por los Estados y el asunto Nicaragua (fondo, 1986). El pretendido derecho de intervención y la legítima defensa, un concepto “delicuescente”

Además de evocar con nostalgia la figura de Alejandro, se me ha pedido que pronuncie una conferencia sobre un tema de Derecho internacional y no quisiera eludir mi compromiso. Para rendir tributo también a la obra de Alejandro, elegí un tema que entroncara directamente con el de su tesis doctoral, (*Uso de la fuerza por los Estados*)², objeto de estudio que siempre le apasionó y que tuvo ocasión de revisar a fondo al re-

2 RODRÍGUEZ CARRION, A., *Uso de la fuerza por los Estados*, Organización Sindical, Málaga, 1974.

dactar el curso impartido en Vitoria, en el verano de 1987, titulado *El Derecho internacional en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto Nicaragua-Estados Unidos*³.

Y es que en 1986 se produjo un acontecimiento relevante para los internacionalistas: la publicación, el 27 de junio, de la sentencia de fondo de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares de Estados Unidos en y contra Nicaragua*. Decisión importantísima en la que la Corte se atrevía a darle parcialmente la razón a Nicaragua. O, visto de otra manera, a no darle toda la razón a los Estados Unidos, demandados por la pequeña, pobre y revolucionaria Nicaragua. Obvio es indicar cuál de las partes gozaba de la simpatía de Alejandro pero, del modo más objetivo posible pese a ello, la larga sentencia constituye el hilo conductor del razonamiento de Alejandro a lo largo de su curso.

El catedrático de Málaga estaba entonces a punto

3 RODRÍGUEZ CARRION, A., "El Derecho internacional en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto Nicaragua-Estados Unidos", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1987, pp. 15-63.

de publicar la primera edición "seria" de su manual con la editorial Tecnos (1987), para sustituir a lo que él mismo llama en su prólogo "una edición pirata de cubierta impresentable"⁴ y la sentencia de la Corte le da pie para perfilar una reflexión global sobre el Derecho internacional contemporáneo⁵ que actualice la estructura y el contenido de su manual. De ahí que aborde la sentencia desde la perspectiva del Derecho internacional en su conjunto y divida su curso en cuatro partes. La primera, sobre la teoría de los sujetos, con especial referencia al estatuto jurídico del Estado. La segunda, sobre la teoría de las normas internacionales, hacien-

4 RODRÍGUEZ CARRION, A., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, ed. Tecnos, Madrid, 1ª ed., 1987; 5ª ed., 2002.

5 Como señala en la p. 20 de su curso, "la controversia no versaba sobre cuestiones más o menos tangenciales a los intereses esenciales de los Estados citados y de la Comunidad Internacional que exigiera de la Corte una usual manifestación en torno a la atribución y el reparto de competencias entre las partes, sino que el núcleo central de la controversia afectaba a los mismos principios estructurales del orden internacional, implicándose con ello que, cualquiera que fuese el pronunciamiento de la Corte, se iba a producir una discusión central sobre el sentido mismo del Derecho internacional".

do especial hincapié en el nuevo papel de la *opinio iuris*, como instancia democratizadora de la costumbre internacional, en consonancia con las declaraciones o resoluciones consensuadas de la AG de la ONU.

La tercera, sobre la responsabilidad internacional, entonces en codificación en la Comisión de Derecho Internacional, con un relator especial –el profesor Roberto Ago- que, tras acceder a la Corte en calidad de juez, es autor de una opinión individual aún más restrictiva que la mayoría de la Corte en la exigencia de un “control efectivo” de los hechos de los particulares –en este caso integrados en la *contra*- como criterio exclusivo de imputación al Estado de dichas conductas, aunque no fuese infundado suponer que hubiesen actuado “por cuenta de” –como decía la redacción del proyecto de 1980- la potencia hegemónica.

Finalmente, la cuarta parte del curso versaba sobre el control del uso de la fuerza y se subdividía en tres apartados, relativos, respectivamente, a la prohibición del uso de la fuerza, las condiciones de ejercicio de la legítima defensa y lo que él llamaba “las tendencias ampliadoras”. Vayamos por partes.

En su análisis de la legítima defensa, la Corte parte de las nociones tradicionales en la materia. A saber: en primer lugar, la existencia de un ataque armado, exigencia por un lado recogida en el artículo 51 de la Carta y, por otro, inherente a la propia noción de legítima defensa existente en el Derecho consuetudinario internacional e incluso en el Derecho penal. Y, en segundo lugar, la necesidad y proporcionalidad como condiciones de ejercicio, exigencia recogida en el derecho consuetudinario aunque no reiterada en la Carta. La Corte confirma ambos requisitos básicos, si bien –al poner en relación esta noción con la de los “intereses esenciales para la seguridad” de un Estado– no deja de señalar que “el concepto de intereses esenciales de seguridad ciertamente se extiende más allá del concepto de ataque armado, y ha sido objeto de interpretaciones muy amplias en el pasado”⁶.

Acotaré la cuestión citando la conclusión de Alejandro, al interpretar con cierto optimismo las palabras del órgano judicial: “en resumen –opina Alejandro– la Corte ha reiterado la concepción restrictiva del con-

6 CIJ, asunto *Nicaragua*, fondo, sentencia de 27 de junio de 1986, para. 224.

cepto de legítima defensa, reiteración significativa en un momento en el que los Estados propugnan criterios *delicuescentes* en la determinación del concepto de legítima defensa". Y tan *delicuescentes*. Según la Real Academia, la palabra significa que algo "tiene la propiedad de atraer la humedad del aire y disolverse lentamente". Y para María Moliner, "se aplica a lo que se liquida lentamente al absorber la humedad del aire, como la sosa cáustica". Estamos pues ante un concepto líquido que, además, es empleado por los Estados a la hora de justificar por qué han liquidado a alguien.

Glosemos ahora el último epígrafe del curso de Alejandro, referido a lo que él denomina las "tendencias ampliadoras". Obviamente, en un mecanismo de tan pocas piezas como el de la legítima defensa, la noción de ataque armado es básica, porque de su existencia depende el que se pueda activar el mecanismo. De ahí que las tendencias ampliadoras o reductoras incidan en esta premisa, más que en las condiciones de ejercicio o en los requisitos procedimentales señalados en la Carta.

El ataque armado es el uso de la fuerza de mayor gravedad, siendo los "usos menores" de la fuerza episodios tales como la asistencia, el apoyo logístico, el

suministro de armas y la financiación de un potencial agresor, hechos ilícitos que, sin perjuicio de constituir una injerencia en asuntos internos de otros Estados y sin despreciar su gravedad, no equivalen a un ataque armado y no pueden dar por tanto lugar a una respuesta armada justificada por la noción de legítima defensa⁷.

Mención aparte merece la noción de la legítima defensa preventiva "ante supuestos de ataque armado inminente"⁸. La Corte silencia el problema y Alejandro, interpretando ese dato con renovado optimismo, concluye que "no sería demasiado osado afirmar que, a la vista del tenor general de las consideraciones sobre el uso de la fuerza, la postura de la Corte habría sido frontalmente negativa"⁹.

Finalmente, dentro de las tendencias ampliadoras de un posible uso de la fuerza que no fuera contrario a la prohibición general, recoge Alejandro la genérica noción de las "intervenciones de humanidad"¹⁰. Y

7 RODRÍGUEZ CARRION, A., "El Derecho Internacional...", *op. cit.*, pp. 59-60 y CIJ, *Asunto de las actividades*, para. 195.

8 *Ibidem*, p. 61.

9 *Ibidem*, p. 62.

10 *Op. cit.*, p. 63. Un sector próximo de nuestra doctrina

finaliza el epígrafe afirmando que, “parece más bien que la Corte, en realidad, ha pretendido caricaturizar los argumentos de defensa de las intervenciones de humanidad, poniendo de manifiesto que toda pretendida intervención de humanidad, de una u otra forma, genera mayores sufrimientos y males, y produce más graves atentados a los derechos humanos que aquéllos que pretendidamente estaba destinada a paliar. No sería excesivo estimar que, al margen de la excep-

diferencia las intervenciones humanitarias de la “intervención para la protección de nacionales en el extranjero” y, matizadamente, de la “injerencia humanitaria”. Véase MÁRQUEZ CARRASCO, M. del C., *Problemas actuales sobre la prohibición del recurso a la fuerza en Derecho internacional*, ed. Tecnos, Madrid, 1998, pp. 186-217. Pocos años después del curso de Vitoria, a instancia de los profesores Truyol i Serra y Carrillo Salcedo, la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas organiza un ciclo de conferencias sobre “Temas de Relaciones internacionales y Derecho internacional”, dentro del marco denominado *Tribuna Joven*, que son publicadas en el número 10 de los *Papeles y Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 2001. La profesora MÁRQUEZ CARRASCO es ponente (pp. 3-21) y el profesor RODRÍGUEZ CARRIÓN comentarista (pp. 22-27) en ambos casos sobre “Injerencia humanitaria y uso de la fuerza en Derecho Internacional contemporáneo”.

ción antes reseñada en materia de descolonización, la Corte adopta una postura de rechazo de lo que se ha venido en llamar, merced a una revivida guerra fría en trance de nueva desaparición, la nueva generación de intervenciones lícitas”.

3. La evolución del lenguaje jurídico: derecho de intervención, deber de injerencia y “responsabilidad de proteger”

A lo largo de la historia contemporánea, cuando los Estados intentan justificar el uso de la fuerza hacen uso de un abanico argumental muy limitado en el que hay dos conceptos básicos. El primero de ellos es el de la legítima defensa (que tiene expreso apoyo en el artículo 51 de la Carta), y el segundo, un pretendido “derecho de intervención”, que no aparece mencionado en la Carta, aunque –al menos en hipótesis– podrían buscarse interpretaciones que no lo hiciesen incompatible con ella en determinadas circunstancias. La diferencia entre ambas figuras consistiría en que, en la legítima defensa, el uso de la fuerza constituye una respuesta frente a un ataque previo, mientras que

la intervención se suele producir *a priori*, ante una situación que –a juicio de quien la analiza– constituye una amenaza para su seguridad. Una tendría un carácter defensivo y se llevaría a cabo en un momento posterior al ataque, pudiendo incluso confundirse con la represalia punitiva, mientras que el otro tendría un carácter preventivo.

A lo largo del periodo señalado, políticos y juristas han apoyado con más énfasis el argumento de la legítima defensa que el de la existencia de un posible derecho a intervenir. Examinemos primero, sin embargo, cómo ha evolucionado el concepto de intervención en la práctica de los Estados.

Partamos de la reiterada oposición judicial a esa noción, pues cuando la Corte Internacional de Justicia ha tenido ocasión de referirse a ella, tanto en la sentencia relativa al *Estrecho de Corfú*¹¹, como en la sentencia de fondo sobre las *Actividades militares*, ha negado rotundamente la existencia de tal hipotético derecho.

11 CIJ, *Estrecho de Corfú*, fondo, *Recueil*, 1949.

Si, en el asunto del *Estrecho de Corfú*, frente a la pretensión del Reino Unido que alegaba tener derecho a intervenir para recoger dentro del mar territorial de Albania, elementos de prueba destinados a favorecer su pretensión ante la jurisdicción internacional, la Corte observó que,

“El pretendido derecho de intervención no es más que la manifestación de una política de fuerza, política que, en el pasado, ha dado lugar a los más graves abusos y que no podría cualesquiera que sean las deficiencias presentes de la organización internacional, encontrar lugar ninguno en el Derecho internacional”¹².

Cuarenta años más tarde, en el asunto de las *Actividades militares*, la Corte se ve en la tesitura de examinar si –debido a cierta práctica de los Estados¹³- ha

12 CIJ, *Recueil*, 1949, p. 35.

13 “En los últimos años, puede encontrarse un cierto número de ejemplos de intervenciones extranjeras en un Estado en beneficio de las fuerzas de oposición al gobierno de ese Estado (...) La Corte debe examinar si no podrían existir signos demostrativos de una práctica que denotase la creencia en una especie de derecho general capaz de autorizar a los Estados a intervenir, directamente o no, con o sin fuerza armada, para apoyar a la oposición interna de

nacido algo en el derecho consuetudinario que pudiese ser denominado *nuevo* derecho de intervención. Frente a esa hipótesis la Corte constata que:

“El Derecho internacional contemporáneo no prevé ningún derecho general de intervención a favor de la oposición existente dentro de otro Estado. Su conclusión será que los actos constituyen una violación del principio consuetudinario de no-intervención y que implican, bajo una forma directa o indirecta, el empleo de la fuerza en las relaciones internacionales, constituyendo así una violación del principio que la prohíbe”¹⁴.

Y añade,

“El principio de no intervención forma parte del derecho consuetudinario. Este principio perdería todo su significado como tal principio jurídico si cupiera legitimar la intervención mediante una sen-

otro Estado, cuya causa pudiera parecer particularmente digna *en razón de los valores políticos y morales con los cuales podría identificarse*. La aparición de tal hipotético derecho general supondría una modificación fundamental del Derecho internacional consuetudinario relativo al principio de no intervención” (para. 206; el énfasis añadido es mío).

14 Para. 209.

cilla petición de ayuda llevada a cabo por un grupo de opositores desde el interior de otro Estado (...) Si la intervención, que ya está justificada cuando la solicita el gobierno de un Estado, también tuviera que admitirse cuando la solicita la oposición ¿qué quedaría del principio de no intervención en el Derecho internacional? Cualquier Estado podría intervenir en cualquier momento, bien a petición de un gobierno, bien de su oposición. En opinión de la Corte, tal situación no es conforme con el actual estado del Derecho internacional”¹⁵.

Incluso desde un punto de vista semántico, el simple hecho de hablar de un *derecho a intervenir* en asuntos dependientes de una soberanía ajena rezuma imperialismo y prepotencia. Por esa razón se ha operado una curiosa transformación del lenguaje. Con las guerras de los Balcanes en la década de los noventa, pasamos del derecho a intervenir al *deber de intervención*, o deber de injerencia¹⁶, cuando el motivo

15 Para. 246.

16 MÁRQUEZ CARRASCO, M. del C., *Papeles y Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 2001, pp. 3-21, en concreto, en las pp. 4-7, glosa el origen del concepto en la iniciativa conjunta de Mario BETATTI y Bernard KOUCHNER en 1987, diferencia y clasifica las diversas figuras que pueden englobarse en el mismo.

alegado para justificar la intervención era la defensa de unos derechos fundamentales que estaban siendo grave, masiva y sistemáticamente violados. Y el paso siguiente en este proceso de delincuencia -como diría Alejandro- o de sublimación semántica, ha sido hacer desaparecer totalmente de la ecuación el término intervención. Ahora se sigue interviniendo, pero la formulación verbal oportuna es la obligación o *responsabilidad de proteger*¹⁷ a las personas beneficiarias

Obviamente, la variante a la que yo me refiero (recogida en p. 7), es aquella en la que se usa la fuerza armada para imponer el respeto de derechos fundamentales violados de forma grave, masiva y sistemática. Y, efectivamente, desde Kosovo (1999) a Libia (2011), es sumamente dudoso que el principal objetivo sea socorrer a las víctimas. Más bien se trata de justificar el recurso a la fuerza armada como excepción a la prohibición general. La autora de la ponencia expone asimismo esta reflexión en p. 9.

- 17 El término procede de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados del gobierno canadiense y es asumido por el Grupo de Personalidades de Alto Nivel convocado por el entonces Secretario General de la ONU, KOFI ANNAN, en su informe "Un concepto más amplio de la libertad", de 21 de marzo de 2005, A/59/2005, <http://www.org/spanish/largerfreedom/contents.htm>. Comentario en GARCÍA PÉREZ, R., "La "responsabilidad de proteger": un nuevo papel para Naciones Unidas en la gestión de la

de esos derechos humanos, -¿cómo?- interviniendo, naturalmente.

Esta última versión actualizada del concepto de intervención suele aplicarse cuando la organización mundial asume esa responsabilidad como propia y autoriza a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para proteger los derechos humanos de la población del territorio donde se ha constatado una situación susceptible de poner en peligro la paz que implique una "amenaza interna"¹⁸ para tales derechos.

seguridad internacional", 11 *REEI*, febrero 2005 (www.reei.org), p. 7 y ss. El concepto aparece asimismo en el informe "Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos", del Grupo de Personalidades de Alto Nivel sobre las Amenazas, los Desafíos y el Cambio, (A/59/565), www.un.org/secureworld. Comentarios en SAN JOSÉ GIL, A., 9 *REEI*, 2005, GUTIÉRREZ ESPADA, C., "El uso de la fuerza en el Informe del Secretario General de Naciones Unidas preparatorio de la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno (septiembre de 2005)", *REEI*, nº 10/2005, pp. 22-23; KIRGIS, F. L., "International Law and the Report of the High-Level UN Panel on Threats, Challenges and Change", en *ASIL Insight*, 28/03/2005, <http://www.asil.org/insights/2004/12/insight041216.htm>.

18 Informe "Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos", *cit.*, para. 199 a 203.

Pero –a diferencia de un uso de la fuerza justificado con base en la legítima defensa– no se trata de legitimar *a posteriori* lo que ya se ha hecho, sino de presentar ante los Estados cuya adhesión se pretende y ante la opinión pública internacional en su conjunto, un programa de acción que se apoye en unas razones mínimamente fundadas.

No obstante, más de uno se preguntará cómo es posible que la comunidad internacional haya sentido en su corazón una profunda punzada de dolor cuando el coronel Gadafi y sus hijos bombardeaban al pueblo libio y, sin embargo, no se haya crispado hasta el infarto cuando Bashar el Assad dispara con tal puntería como para haber causado la muerte de más de 5.400 sirios. ¿No será que la responsabilidad de proteger se siente con más fuerza cuando el causante de la situación tiene antecedentes como instigador de la comisión de actos de terrorismo internacional (y tiene petróleo debajo de la *jaima*), que cuando el causante no tiene más que obras de arte en su territorio y controla un partido único cuyo derrocamiento en Irak ha causado un vacío de poder en las instituciones, favorecedor del crecimiento de Al-Qaeda en su suelo? Luego, la responsabilidad de proteger también se invoca de

un modo arbitrario, cuando conviene, y se aplica con doble rasero. Paradojas del sistema¹⁹.

Ahora bien, desde el punto de vista de quien tuviese que tomar una decisión que implicase un uso puntual de la fuerza, disimulando su posible ilegalidad frente a su propia opinión pública, toda la parafernalia involucrada en el montaje de un argumento basado en la versión actualizada de la intervención resulta excesivamente engorrosa.

Primero, porque como la intervención individual aparenta prepotencia, hay que fingir un respaldo colectivo y llevar a cabo la actuación con comparsas, montando coaliciones, con o sin la colaboración de la

19 Pero la posibilidad de asumir esa paradoja forma parte del propio sistema, basado en una aplicación relativa de sus normas y en una interacción constante entre política y derecho. Alejandro lo *comenta* así en *Papeles...*, *cit.*, p. 23. "Tan odioso resultaría predicar la inaplicación de una norma jurídica porque en otras ocasiones ha resultado inaplicada, invocando razones de injusticia comparativa, como pueril pretender una aplicación indiscriminada del derecho, porque ello posiblemente solo serviría para desmontar las bases del consenso mínimo en que las normas encuentran su básico fundamento".

OTAN²⁰, para diluir responsabilidades. Mejor aún sería endosar la decisión al Consejo de Seguridad, para que la responsabilidad de la operación fuese de las Naciones Unidas.

Y, segundo, porque todo montaje colectivo exige negociaciones que implican, primero las concesiones precisas para el logro de un consenso y, luego, un mantenimiento de la concordia con el resto de los involucrados que puede no ser tan duradero como parecía al principio si la operación se dilata en el tiempo.

Ello no obstante, conviene señalar que la anterior versión del concepto (*la injerencia humanitaria*), tenía una modalidad que soslayaba ese inconveniente, aunque pudiera generar otros. Al hilo de la intervención de la OTAN y sus Estados miembros en Kosovo sin mandato previo del Consejo de Seguridad, un sector de la doctrina francesa –representado por Serge SUR²¹–

20 Actúe ésta como “Organismo Regional” con arreglo al Capítulo VIII de la Carta, o bien como organización “ejecutora”, con arreglo al artículo 48.2 de la Carta.

21 SUR, S., “Aspects juridiques de l’ intervention des pays membres de l’OTAN au Kosovo”, *Defense National*, décembre, 1999, pp. 44-62; SUR se apoya en una tesis similar propuesta casi una década antes por Michel VIRALLY,

elaboró una tesis sugestiva en apoyo de la posibilidad de intervenir unilateralmente usando la fuerza siempre que hubiera una finalidad humanitaria, aunque se actuara al margen del Consejo de Seguridad. Podríamos llamarla –para entendernos, como diría Alejandro– injerencia humanitaria *unilateral*. Y es que, leído con detalle, resulta que el artículo 2.4 de la Carta prohíbe solo los usos de la fuerza incompatibles con los propósitos y principios de la Carta. Dado que el artículo 1, al enunciar los propósitos de la organización, ubica el de mantener la paz (artículo 1.1) al mismo nivel que respetar los derechos humanos y libertades fundamentales (artículo 1.3), una intervención armada con el fin de evitar la violación grave, masiva y sistemática de los más elementales derechos humanos no sería incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas.

en su comentario al artículo 2.4 de la Carta, en COT, J. y PELLET, A., *Commentaire article par article*, ed. Economica, 2ª ed., París, 1991, pp. 113-125, MARQUEZ CARRASCO, M. del C., *op. cit.*, p. 13.

4. Actualidad de la posición de Alejandro en 2001: decisiones unilaterales versus decisiones institucionales.

¿Cuál es el comentario de Alejandro respecto a esta versión actualizada del concepto tradicional? No puede ser más claro:

“En última instancia, la afirmación de la existencia de un derecho de injerencia por razones humanitarias, que cada sujeto acciona por decisión unilateral, no puede contraponerse a otras obligaciones jurídicas esenciales en la estructura de la sociedad internacional (...) Un derecho genérico y subjetivo no puede ser tomado como base de derogación de normas básicas constitucionales de un sistema de organización social”²².

Y, continúa afirmando,

“En suma final de los argumentos que hemos intentado exponer, la necesidad de adoptar medidas decisorias en situaciones de masiva y grave violación de los derechos humanos (...) resulta evidente, sin que la defensa de una parcialmente trasnochada concepción de la soberanía de los Estados deba servir de justificación para la falta de acción.

22 *Papeles...*, cit., pp. 23-24.

Pero ello solo debe ser aceptable sobre la base de decisiones institucionalmente adoptadas. Las decisiones unilaterales y descentralizadas siempre serán susceptibles de plantear los objetivos directos e indirectos de la injerencia”²³.

Obvio es señalar la actualidad que siguen poseyendo estas palabras del catedrático de Málaga. Alejandro opta por la tradición. Por una interpretación literal, sistemática y teleológica de la Carta en la cual, el cumplimiento de las disposiciones de procedimiento que exigen una decisión del Consejo de Seguridad cuando hay que usar la fuerza contra un Estado, no pueda ser soslayado unilateralmente gracias a interpretaciones imaginativas –como hubiera dicho él- pues lo que hay detrás de recurrir a la institución que ostenta la responsabilidad primordial de mantener la paz no es otra cosa que el propio equilibrio de poder en la sociedad internacional contemporánea. Y su ruptura es siempre un riesgo elevado.

Visto lo hasta aquí expuesto en relación con el concepto de intervención como argumento justificador de un uso de la fuerza por los Estados, no es de extrañar

23 *Ibidem*, p. 27.

que tenga más mercado una versión actualizada del programa legítima defensa. Es más ágil, permite una actuación individual del usuario sin necesidad de operar en red. Permite la iniciación y el cierre de la sesión a voluntad del usuario y existen múltiples actualizaciones que el usuario puede descargarse cómodamente desde su puesto de mando. Por otra parte -y yo creo que esto es lo esencial- la legítima defensa es tan... *inmanente* que permite un manejo intuitivo del programa por cualquier usuario, aunque carezca de conocimientos especiales, pues él mismo irá superando con facilidad los obstáculos que le aparezcan en el curso de la aplicación.

Centrémonos por tanto, en ese concepto tradicional en constante renovación. Y hagámoslo debido a los desarrollos de la última década.

5.11-S, Afganistán e Irak, de la extensión de la legítima defensa a la "guerra preventiva".

No es posible aquí pasar revista con detalle a la práctica de los Estados durante los últimos diez años. Pero podemos señalar los hitos principales y hacer referencia a la última innovación. Los acontecimientos

más destacados han sido, en primer lugar los atentados terroristas del 11-S; en segundo lugar, la intervención de una coalición occidental en Afganistán a consecuencia de aquellos y, en tercer lugar, la injustificable Guerra de Irak. Tanto se ha escrito sobre estos tres asuntos²⁴ que es imposible resumirlo. Aportaré

24 Especialmente sobre la Guerra de Irak. BANNELIER, K., CHRISTAKIS, TH., CORTEN, O. y KLEIN, P., (Coord.), *L'Intervention en Irak et le Droit International*, CEDIN, PARIS I y Centre de Droit International de la ULB, Ed. Pédone, París, 2004; CARDONA LLORÉNS, J., "Libération ou occupation? Les droits et devoirs de l'Etat vainqueur", en BANNELIER *et al.*, *op. cit.*, pp. 221 y ss.; CORTEN, O., "Operation *Iraqi Freedom*: peut-on admettre l'argument de l'autorisation implicite du Conseil de Sécurité?", *RBDI*, 2003/1, pp. 215 y ss; NGUYEN-ROUAULT, F., "L'intervention armée en Iraq et son occupation au regard du droit international", *RGDIP*, 2003, pp. 844 y ss.; PANIAGUA REDONDO, R., "La ocupación militar de Iraq: en contra del Consejo de Seguridad y del Derecho Internacional", en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Libro Homenaje al Profesor Carrillo Salcedo*, Sevilla, 2005, pp. 985 y ss.; PANIAGUA REDONDO, R. y PONS RAFOLS, X., "La guerra y ocupación del Irak: legalidad internacional y posición de las Naciones Unidas", *Agenda ONU*, nº 6, 2003-2004, pp. 13-113; PASTOR RIDRUEJO, J. A., "¿Nuevo gendarme de la paz y la seguridad internacionales? A

para ello el resumen que hace el Grupo de Personalidades convocado por el antiguo Secretario General de la ONU, Kofi Annan, en 2004. Cito:

“14. Los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington, D. C. permitieron vislumbrar las posibilidades de un sistema renovado de seguridad colectiva. El 12 de septiembre de 2001 Francia presentó y el Consejo de Seguridad adoptó por unanimidad la resolución 1368 (2001) en la que se condenaban los atentados y que abrió camino a la campaña militar de legítima defensa contra el régimen de los talibanes encabezada por los Estados Unidos. El mismo día la Asamblea General condenó el terrorismo y los atentados. El 28 de septiembre de 2001 el Consejo de Seguridad aprobó la resolución 1373 (2001),

propósito de la guerra de Irak de la primavera de 2003”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Universidad Autónoma y Eurolex, Madrid, 2005, pp. 463-479; PICONE, P. “La guerra contro l’Iraq e le degenerazioni dell’unilateralismo”, *RIDI*, 2003-2, pp. 329-393; REMIRO BROTONS, A., “Guerras del *Nuevo Orden*: Iraq, la agresión de los democráticos señores”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2003, pp. 17-55; WECKEL, Ph., “L’usage déraisonnable de la force”, *RGDIP*, 2003/2, pp. 389 y ss.

que impone a todos los Estados Miembros la obligación de tomar medidas concretas de lucha contra el terrorismo con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Tres meses más tarde las Naciones Unidas presidieron la concertación del Acuerdo de Bonn, en virtud del cual se creó un gobierno provisional para reemplazar el régimen deplorado de los talibanes. Las Naciones Unidas apoyaron el gobierno provisional del Afganistán como custodio del proceso de paz y ayudaron a redactar la nueva constitución del país.

15. Ese propósito internacional común sólo duró unos meses y cayó presa de la discordia causada en 2003 por la guerra en el Iraq dirigida por los Estados Unidos.”²⁵

Por lo que respecta a los dos hilos conductores de mi disertación, unas acotaciones. En primer lugar, pese a lo dicho por el Grupo de Personalidades y el Consejo de Seguridad, no creo que la intervención armada de los Estados Unidos y sus aliados en Afganistán pueda justificarse jurídicamente mediante el expediente de la

25 “Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos”, informe del Grupo de Personalidades de Alto Nivel sobre las Amenazas, los Desafíos y el Cambio, *doc. cit.*, p. 20.

legítima defensa. Primero, porque el supuesto ataque armado se lleva a cabo sin armas y no procede del exterior. Segundo, porque resulta imposible, con los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos en la mano, atribuir a ningún Estado los hechos llevados a cabo por los pilotos de los aviones que chocaron contra las Torres Gemelas. Y tercero, porque atribuir los hechos a Al-Qaeda carece de consecuencias precisas en el plano de la responsabilidad internacional del Estado. Luego, lo que se inició en Afganistán, mes y medio después de los atentados, fue una intervención armada debida a la negativa del gobierno talibán a entregar a Bin-Laden y al Mullah Omar a sus acusadores.

La instigación, la complicidad y el encubrimiento son formas de participación en un hecho ilícito que existen en el Derecho internacional consuetudinario – como en el Derecho penal- pese al olvido del relator especial de la CDI en la materia²⁶. De acuerdo, pero no

26 JIMÉNEZ GARCÍA, F., "La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida. Reflexiones a raíz de los crímenes "feminicidas" de Ciudad Juárez", *REDI*, Vol. LXIII/2, 2011, pp. 11 y ss., en concreto, pp. 34-37 y la bibliografía allí citada, especialmente el trabajo de

constituyen un ataque armado y, por tanto, no deberían dar lugar a legítima defensa. Pero, si el derecho de la responsabilidad no daba un cauce adecuado a la indignación de los Estados Unidos, ¿por qué no pusieron en marcha el derecho de las sanciones internacionales? ¿Por qué no se puso en marcha el Capítulo VII de la Carta para que el Consejo de Seguridad adoptara una decisión institucional autorizando la intervención armada “ejercida por todos o por algunos” de los miembros de las Naciones Unidas (artículo 48.1) en un momento en que ningún Estado hubiese negado al Estado lesionado la sanción que pidiera al Consejo contra el cómplice y encubridor de los terroristas? La “decisión institucionalmente adoptada” –como diría Alejandro- hubiera conjugado legalidad y legitimidad, permitiendo un respaldo más amplio de la acción de la superpotencia. Lástima que no se hiciera así.

Sobre la Guerra de Irak no voy a decir nada nuevo. Posiblemente se ha escrito todo ya²⁷. Obviamente no

CASSESE, A., “The Nicaragua and Tadic test revisited in light of ICJ judgement on genocide in Bosnia”, *EJIL*, 2007, nº 4, pp. 649-668.

27 ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “El Consejo de Seguridad en la guerra contra Iraq: ¿ONG privilegiada,

puede ser justificada por vía de legítima defensa porque Saddam no había atacado a nadie desde que se retiró de Kuwait, en 1991. Cómo legitimar una intervención armada tan increíblemente burda, cuyo objeto fue pura y simplemente saquear el país²⁸, expulsar a las empresas de la competencia (chinas, rusas y francesas) y proporcionar un gran negocio a las empresas norteamericanas (armamentísticas, compañías privadas de seguridad, petroleras y constructoras que re-

convalidador complaciente u órgano primordial?, *REDI*, 2003.1, pp. 213 y ss; BEN ACHOUR, R., "L'ONU et l'Iraq II", en *Actualité et Droit International*, novembre, 2003, <http://www.ridi.org/adi>; BONDÍA GARCÍA, D., "¿Supone la Resolución 1441 (2002) un cheque en blanco? o cómo justificar violaciones del derecho internacional", *Agenda ONU*, nº 6, 2003-2004, pp. 113-151; FALK, R., "What future for the UN Charter System of War Prevention?", *AJIL*, 2003, pp. 596 y ss.; GUTIÉRREZ ESPADA, C., "La contaminación de las Naciones Unidas o las resoluciones 1483 y 1511 del Consejo de Seguridad", *ADI*, 2003, pp. 71-80; SICILIANOS, L. A., "Après l'Iraq: où va le Conseil de Sécurité?", *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, *op. cit.*, pp. 1311 y ss.

- 28 TORRES BERNÁRDEZ, S., "El envite del neoconservadurismo norteamericano al ordenamiento internacional", *Pacis Artes, obra homenaje al profesor Julio González Campos*, Madrid, UAM y Eurolex, 2005, pp. 751-783.

construían las infraestructuras destruidas)²⁹.

De ningún modo. No ha habido en décadas una violación más flagrante de las normas internacionales en materia de prohibición de uso de la fuerza y no intervención. De todos modos, como algo tienen que decir, diseñaron –como hubiera dicho Alejandro, despectivamente- el *impresentable concepto de guerra preventiva*³⁰. Pero no se trata de una nueva variante de la legítima defensa preventiva³¹. Nadie esperaba un ataque inminente por parte de un Saddam desarmado tras la Guerra del Golfo y al que se había impedido el rearme, racionando la venta de su petróleo con el programa “Petróleo por alimentos”, controlado por la Secretaría General de la ONU. Ciertamente, difundir la

29 FERNÁNDEZ TOMÁS, A., “La explotación económica del territorio ocupado”, CEBDI, Vol. XI/XII, 2007/2008, pp. 653-756.

30 RIPOLCARULLA, S., “La nueva doctrina de defensa preventiva. Consideraciones sobre su carácter y fundamento”, en GARCÍA SEGURA, C., y RODRIGO HERNÁNDEZ, A., (ed.), *El imperio inviable. El orden internacional tras el conflicto de Irak*, ed. Tecnos, Madrid, 2004, pp. 141-164.

31 PÉREZ GONZÁLEZ, M., “La legítima defensa puesta en su sitio: observaciones críticas sobre la doctrina Bush de la acción preventiva”, *REDI*, Vol. LV/1, 2003, pp. 187-204.

falsedad de las supuestas armas de destrucción masiva escondidas en Irak iba en la línea de predicar una amenaza que exigía una defensa preventiva por parte de la Comunidad Internacional. Pero los inspectores de las Naciones Unidas jamás encontraron prueba de su existencia. Y la ausencia de las pretendidas armas obligó a la potencia hegemónica a buscar sofisticados argumentos justificativos de su ilícito en el marco del derecho de las sanciones, aunque –en 2003- *faltaba lo principal: la decisión institucional*. Una resolución del Consejo autorizando claramente otra vez a los Estados –como en 1990- el uso de “todas las medidas necesarias”, incluida la fuerza, contra Irak.

6. La ejecución extrajudicial de Bin Laden: *Chewing Gum Self Defence* en el Estado renuente o incapaz (*Unwilling or Unable*)

Parecía que la legítima defensa era un concepto sobre el cual ya habíamos examinado todas las innovaciones posibles. Pero no es así. En los últimos tiempos se ha configurado una nueva versión. La ejecución ex-

trajudicial, arbitraria o sumaria, de Osama Bin Laden³²,

32 Véase la declaración conjunta, hecha el 6 de mayo de 2011, de Christof Heyns, Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias y Martin Scheinin, Relator Especial sobre promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en relación con el contraterrorismo, del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de la ONU: "Acts of terrorism are the antithesis of human rights, in particular the right to life. In certain exceptional cases, use of deadly force may be permissible as a measure of last resort in accordance with international standards on the use of force, in order to protect life, including in operations against terrorists. However, the norm should be that terrorists be dealt with as criminals, through legal processes of arrest, trial and judicially decided punishment. Actions taken by States in combating terrorism, especially in high profile cases, set precedents for the way in which the right to life will be treated in future instances. In respect of the recent use of deadly force against Osama bin Laden, the United States of America should disclose the supporting facts to allow an assessment in terms of international human rights law standards. For instance it will be particularly important to know if the planning of the mission allowed an effort to capture Bin Laden. It may well be that the questions that are being asked about the operation could be answered, but it is important to get this into the open." <http://www.ohchr.org>.

en un lugar de Pakistán llamado Abbotabad, nos incita a descargar la última actualización del programa.

Los hechos ocurrieron la noche del 2 de mayo de 2011, veamos su contexto. La *Doctrina Bush* sobre la “guerra contra el terror” ha conducido a involucrar a los Estados Unidos en dos guerras de ocupación que ha mantenido a lo largo de casi una década. Ello ha supuesto un costo muy importante para las arcas públicas y un empobrecimiento del Estado paralelo al enriquecimiento de sus empresas vinculadas con la seguridad, la defensa o la reconstrucción. Se imponía un cambio.

La *Doctrina Obama* en materia de seguridad y defensa³³ viene constreñida por imperiosas razones de ahorro. Al presidente no le cuadran las cuentas y, como señalaba la prensa a finales de enero de 2012³⁴, ha decidido prescindir de 80.000 de los soldados que tiene desplegados por el mundo. Ello supone una re-

33 GARCÍA, D., “La ‘Doctrina Obama’, la teoría de la ‘guerra limitada’ y la nueva política exterior de los EE.UU.: ¿hacia una política neo-nixoniana?”, *UNISCI Discussion Papers*, nº 28 (Enero/January) 2012, pp. 145-153.

34 *El Mundo*, 6 de enero de 2012, titulaba “Hachazo de Obama al Pentágono”.

ducción de casi un cuarenta por cien de su presencia militar internacional. ¿Cómo emprender esa masiva retirada sin perder prestigio? Dando un golpe de efecto que justifique ante su opinión pública una retirada de Afganistán, pues, por fin se ha conseguido el objetivo enunciado hace una década. Es ahí donde encaja la eliminación de Bin Laden. Dentro del cambio de estrategia que se manifiesta sustituyendo el ataque masivo e indiscriminado propio de la "guerra contra el terror" por el ataque selectivo para descabezar Al-Qaeda. Para ello se han usado aviones no tripulados (*drones*), en el Waziristán, en la zona Noroeste de Pakistán, junto a la frontera con Afganistán. Pero parece que no se acaba nunca con la "tarea". Así que, además de la discreta eficacia del ataque selectivo, conviene una gesta que impacte en el votante: eliminar al enemigo público número uno.

La *Operación Gerónimo* supuso, sin embargo, un riesgo elevado. Implicó la violación de la soberanía territorial de un Estado que es potencia nuclear. ¿Qué hubiera ocurrido si las defensas aéreas pakistaníes hubieran detectado y derribado los helicópteros norteamericanos? ¿Hubiera sido precisa la intervención de la fuerza aérea estacionada en el Golfo Pérsico para

sacar de allí a los supervivientes del comando? El riesgo de extender la guerra a Pakistán, cuando lo que se pretende es la retirada de Afganistán, hubiera aconsejado desestimar la idea por pura prudencia. Pero no fue así.

¿Y qué versión actualizada de la legítima defensa puede justificar semejante actuación? Veamos la opinión de los asesores del gobierno norteamericano³⁵. Si un Estado sufre un ataque llevado a cabo por una organización terrorista y otro Estado, en el que se oculta o cobija esa organización o su líder, es *unwilling or unable* (renuente o incapaz) para proceder a su detención y entrega al Estado que lo reclama, ¿puede el primer Estado intervenir en el territorio del segundo Estado para eliminar al autor de los ataques y justificar su actuación con base en la legítima defensa? Por increíble que parezca, la respuesta es sí. Si el Estado reacio no quiere o no puede eliminar la amenaza con sus propios medios, el Estado amenazado pondrá los

35 KOH, Harold Hongju, the Legal Adviser, U.S. Department of State, "The Lawfulness of the U.S. Operation Against Osama bin Laden", *Opinio Iuris*, Blog Archive, May 19 th, 2011; [opiniojuris.org/2011/.../19/The Lawfulness of the U.S. Operation Against Osama bin Laden](http://opiniojuris.org/2011/.../19/The_Lawfulness_of_the_U.S._Operation_Against_Osama_bin_Laden).

suyos en acción. En términos de responsabilidad internacional, lo que subyace es la idea de que el Estado de refugio (Afganistán en 2001, Pakistán en 2011) está participando implícitamente en el hecho ilícito de un particular (Bin Laden) o de un grupo de particulares (Al-Qaeda). Y ello merece una respuesta, consistente en un hecho que hubiera sido un hecho ilícito de no concurrir la supuesta circunstancia excluyente. La única justificación posible de una respuesta de fuerza unilateral es la legítima defensa. De ahí que se estire su concepto como si fuera de goma para justificar un uso de la fuerza que no cabe en su versión tradicional.

En ese contexto, la violación de la soberanía del Estado que cobija parece un problema menor que puede arreglarse con unas "explicaciones" diplomáticas, para que no entienda los hechos como una agresión procedente del primer Estado, pues el uso de la fuerza es puntual y quirúrgico. No va dirigido contra el Estado cómplice o encubridor, sino contra el individuo o la organización residente en su territorio a la cual, por ignorancia, por incapacidad o por falta de voluntad, dicho Estado no desarticula.

Esta nueva concepción de la legítima defensa (*Chewing Gum Self Defence* o legítima defensa elás-

tica, aunque ellos prefieren llamarla acción preventiva unilateral) hace una elipsis notoria en lo exigido en la versión tradicional. Suprimen sus autores la necesidad de un ataque armado en curso. Ya la noción de legítima defensa preventiva consiste precisamente en sustituir esa exigencia por la alta probabilidad de sufrir un ataque armado *inminente* (a juicio del hipotético atacado). Pero alegar legítima defensa en supuestos de asesinatos selectivos supone extenderla a los casos en los que pueda existir un mero riesgo o una amenaza *latente*.

7. El sofisma del escenario bélico ficticio

Ello obliga a plantearse si puede considerarse conforme al Derecho internacional usar la fuerza *en* otros países, por medio de comandos o de aviones no tripulados. La impasible respuesta del asesor jurídico norteamericano es afirmativa, precisando que tal actuación cumple “con todo el derecho aplicable, incluyendo el derecho de la guerra, comprendido el principio de distinción y el de proporcionalidad”³⁶.

36 “U.S. targeting practices, including lethal operations

No obstante, algunos críticos pertinaces han planteado ciertas objeciones que son amablemente respondidas por el Sr. Koh.

Primera objeción. Se ha sugerido que considerar como blanco al líder de un grupo enemigo en un conflicto armado es contrario al derecho de la guerra. Pero no es así, dice el Sr. Koh, pues todos los individuos que forman parte de un grupo armado son beligerantes y, por tanto, pueden ser objetivos legítimos según el Derecho internacional³⁷.

Segunda objeción. Algunos pretenden que el uso de armas "inteligentes" (*drones*) para operaciones letales

conducted with the use of unmanned aerial vehicles, comply with all applicable law, including the laws of war, including, the principle of distinction, and the principle of proportionality", KOH, H. H., "The Obama Administration and International Law", Annual Meeting of the American Society of International Law, Washington, DC, March 25, 2010, pp. 5-6.

37 "Some have suggested that the very act of targeting a particular leader of an enemy force in an armed conflict must violate the laws of war. But individuals who are part of such an armed group are belligerents and, therefore, lawful targets under international law", KOH, H. H., "The Obama Administration and International Law", op. cit., p. 6.

sería ilegal. Pero, según el Sr. Koh, el derecho de la guerra no hace distinciones en función del tipo de armas a emplear y por tanto no prohíbe –en sí– el uso de tecnologías avanzadas en un conflicto armado, siempre que tales armas sean empleadas de conformidad con el derecho de los conflictos armados³⁸.

Tercera objeción. Hay quien argumenta que el uso de fuerza letal contra individuos específicos constituye una ejecución extrajudicial o arbitraria. Pero, a juicio del Sr. Koh, a un Estado involucrado en un conflicto armado o que actúa en legítima defensa no se le puede exigir que determine previamente los objetivos mediante un procedimiento jurídico antes de poder usar la fuerza letal³⁹.

38 “Some have challenged the very use of advanced weapons systems, such as unmanned aerial vehicles, for lethal operations. But the rules that govern targeting do not turn on the type of weapon system used, and there is no prohibition under the laws of war on the use of technologically advanced weapons systems in armed conflict, so long as they are employed in conformity with applicable laws of war”, KOH, H. H., “The Obama Administration and International Law”, *op. cit.*, p. 6.

39 “Some have argued that the use of lethal force against specific individuals fails to provide adequate process and

Es chocante, sin embargo, que el asesor jurídico del gobierno norteamericano mezcle los argumentos correspondientes al derecho de los conflictos armados con los correspondientes al derecho aplicable en una situación de paz. Ello procede de que, cuando tuvieron lugar los trágicos acontecimientos del 11-S, el gobierno norteamericano calificó el atentado terrorista de "ataque armado" afirmando que los Estados Unidos – pese a que las apariencias pudieran hacer pensar lo contrario- se encuentran desde entonces sumidos en un conflicto armado que todavía no ha cesado. Tan discutible doctrina ha sido continuada por la presidencia actual. Según ella, los Estados Unidos continúan luchando todavía contra quienes perpetraron el 11-S⁴⁰. Curiosamente, la consecuencia jurídica derivada de ello es que los Estados Unidos pueden aplicar el –

thus constitutes unlawful extrajudicial killing. But a state that is engaged in an armed conflict or in legitimate self-defense is not required to provide targets with legal process before the state may use lethal force", KOH, H. H., "The Obama Administration and International Law", op. cit., p. 6.

40 KOH, H. H., "The Obama Administration and International Law", op. cit., p. 2; en la misma línea, la intervención pública del Presidente Obama, Remarks by the President Obama on Osama Bin Laden, East Room 11:35 P.M.

excepcional- derecho de los conflictos armados incluso respecto de un Estado (Pakistán) con el que no están en guerra.

Esta trampa argumental es un sofisma consistente en configurar un continuo escenario bélico ficticio para justificar un uso de la fuerza en respuesta al constante ataque que supuestamente sufren. Con este falso razonamiento cubren los posibles vacíos del derecho de la paz a la hora de justificar ese uso de la fuerza, utilizando el derecho de la guerra. Incluso si eso fuera cierto, habría que preguntarse ¿por qué el comando que intervino en Abbotabad no se limitó a detener a un hombre desarmado? ¿Cómo es posible que opusiera “resistencia” un hombre desarmado? ¿En qué consiste la “rendición”?⁴¹ ¿Qué tiene que hacer un adversario desarmado para que el ejército norteamericano considere que se ha rendido?

Tergiversar la situación existente, configurar un escenario bélico ficticio para permitir la aplicación de

41 Véase la falta de respuesta a las correspondientes preguntas de los periodistas del Secretario de Prensa de la Casa Blanca, Jay Carney en la conferencia de prensa inmediata a los hechos, The White House Office of the Press Secretary, Press Briefing by Press Secretary Jay Carney, May 03, 2011.

un derecho excepcional a una relación normal, no es un argumento de recibo. La justificación del uso de la fuerza remitiéndose constantemente al derecho de la guerra es inadmisibile si no hay tal guerra. Y estirar la legítima defensa hasta donde no puede llegar, es también inaceptable.

Otros medios existen para hacer frente a esas situaciones. Al margen de la cooperación policial y judicial que sería el método normal entre Estados *fiabiles*, la mera amenaza, debidamente argumentada ante el Consejo de Seguridad, podría bastar para que este órgano adoptase decisiones sancionadoras contra el Estado refugio que, por la vía del artículo 42 de la Carta, podrían implicar el uso de la fuerza en la medida en que fuera necesario. Esta es la opinión –manifestada con varios años de antelación– del Grupo de Personalidades de Alto Nivel convocadas por Kofi Annan:

“189. ¿Puede un Estado aducir en esas circunstancias, sin recurrir al Consejo de Seguridad, el derecho de actuar anticipadamente en legítima defensa no sólo para evitar una amenaza inminente o próxima sino también *para prevenir una amenaza que no sea inminente ni próxima*? Quienes responden en la afirmativa aducen que el daño que puede dimanar de algunas amenazas (terroristas con un arma nuclear,

por ejemplo) es tan grande que simplemente no se puede correr el riesgo de esperar hasta que la amenaza sea inminente y que ese daño puede ser menor (evitar un intercambio nuclear o la precipitación radiactiva como consecuencia de la destrucción de un reactor) si se actúa antes.

190. *La respuesta en pocas palabras es que si existen buenos argumentos para una acción militar preventiva y buenas pruebas que los corroboren hay que presentarlos al Consejo de Seguridad, que puede autorizar esa acción si decide hacerlo.* Si el Consejo de Seguridad decide no hacerlo, por definición habrá tiempo para estudiar otras estrategias, entre ellas la persuasión, la negociación, la disuasión y la contención, antes de volver a la opción militar.

191. A quienes esa respuesta suscita impaciencia hay que decirles que, en un mundo lleno de amenazas que se consideran posibles, *el riesgo para el orden mundial y para la norma de la no intervención en que sigue basándose simplemente es demasiado grande* como para aceptar la legitimidad de la acción preventiva unilateral, en contraposición a la aprobada colectivamente. Dejar que uno lo haga es dejar que lo hagan todos". (El énfasis añadido es mío)⁴².

42 "Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos", informe del Grupo de Personalidades de Alto

8. ¿Dos excepciones a la prohibición de uso de la fuerza o una sola y flexible? Frente al riesgo que implica la “acción preventiva unilateral”, la decisión institucional es la única manera de usar la fuerza dentro del sistema frente a una amenaza latente

Casi al comienzo de mi intervención afirmé que los Estados, “hacen uso de un abanico argumental muy limitado en el que hay dos conceptos básicos: legítima defensa y derecho de intervención”. Sin embargo, al hilo de la actual evolución de esos dos conceptos, me pregunto si no estamos presenciando su fusión en uno solo, tan amplio que permita siempre soslayar la prohibición general del uso de la fuerza por los Estados.

¿No confluyen en el asunto Bin Laden una intervención armada y una argumentación justificativa basada en la legítima defensa? Al final, ¿en qué se diferencian ambos conceptos? Se ha construido una legítima defensa tan elástica que engloba hasta el derecho a

la intervención armada puntual. Y con ello, una excepción tan amplia al principio de prohibición del uso de la fuerza que dan ganas de parafrasear a la Corte. Si la intervención, que ya está justificada cuando la solicita el gobierno de un Estado, también tuviera que admitirse cuando la ejercita cualquiera de las Grandes Potencias, alegando legítima defensa, ¿qué quedaría de los principios de no intervención y prohibición del uso de la fuerza en el Derecho internacional?

En un laudo arbitral clásico, en el asunto de la *Isla de Palmas*, el árbitro, Max Huber señalaba que:

“la soberanía territorial (...) implica el derecho a ejercer de forma exclusiva las actividades propias del Estado en un territorio. Este derecho tiene como contrapartida un deber: la obligación de proteger, dentro de su territorio, los derechos de los demás Estados, *especialmente su derecho a la integridad e inviolabilidad*, tanto en tiempo de paz como de guerra”.

Ciertamente, si un Estado consiente que en su territorio se cobijen quienes planean o practican actos de terrorismo contra otros Estados, no está cumpliendo con los deberes que incumben a un Estado soberano.

no. Y corre el riesgo de que el Estado afectado por el incumplimiento de su deber no le trate como si fuera un Estado soberano, sino como a lo que la asesoría jurídica norteamericana califica de Estado renuente o incapaz (*unwilling or unable*).

Si un Estado cobija o encubre en su territorio a individuos u organizaciones terroristas o, peor aún, si es cómplice de sus actos, esa participación en un hecho ilícito del que son víctimas otro Estado y sus nacionales, dará lugar a que el Estado lesionado –actuando unilateralmente- invoque la responsabilidad del primer Estado e incluso adopte contramedidas para lograr el cese del hecho ilícito. Pero no puede dar lugar a una respuesta de fuerza *unilateral* justificada por el ordenamiento, en la medida en que cualquiera de las formas posibles de participación imaginables en el ilícito no es equivalente a un ataque armado.

Si el Estado lesionado desea aunar legalidad y legitimidad en una respuesta de fuerza, no tiene otra vía que involucrarse en una acción institucional, cambiando el marco constituido por el derecho de la responsabilidad, por el marco delimitado por el derecho de las sanciones internacionales.

Esa era, cuando escribió Alejandro, y sigue siendo

hoy día, la única manera posible de equilibrar el respeto a la prohibición del uso de la fuerza por los Estados con las pocas y razonables excepciones que pueda poseer aquélla. Y, como hubiera dicho él, no sería osado afirmar que la decisión institucional es la única manera de usar la fuerza dentro del sistema frente a un riesgo o una amenaza latente.



SPICUM
servicio de publicaciones