

CERVELL HORTAL, M^a.J., *La legítima defensa en el Derecho Internacional Contemporáneo (Nuevos tiempos, nuevos actores, nuevos retos)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017

Pese a su carácter estructural, en amplia medida imperativo y en todo caso medular del sistema jurídico internacional, el principio de prohibición del uso de la fuerza no ha dejado de verse aquejado de una crónica y aguda afección desde el mismo momento de su proclamación en 1945. Las notorias debilidades en la puesta en práctica del sistema institucional diseñado para complementarlo, y el marcado contraste entre las aspiraciones normativas y el peso de la tozuda realidad seguramente sean los principales factores que lo expliquen. En un contexto de recurrente impugnación normativa –de OPA hostil han llegado a tildarse por J. Alcaide sus más conspicuas manifestaciones tras el 11-S-, la sensación no ha dejado de reavivarse en las dos últimas décadas como consecuencia de las profundas transformaciones experimentadas por la sociedad internacional, las cuales en muchos aspectos adoptan la forma de nuevas amenazas a la seguridad.

Dos de ellas revisten una especial significación. Por una parte, la que representa el auge de lo que J.A. Carrillo denominó la *sociedad incivil internacional*, con la barbarie yihadista como manifestación más emblemática; por otra, el desarrollo tecnológico, que si de un lado incrementa la capacidad armamentística de devastación, de otro nos hace cada vez más dependientes y acrecienta por ello nuestras vulnerabilidades. Sin embargo, pese a las nuevas amenazas y las insistentes apelaciones a la necesidad de relativizar el alcance de la prohibición, en los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia sobre el tema (Nicaragua, Plataformas Petrolíferas, Muro y Acciones armadas en el territorio del Congo, básicamente, aunque muy probablemente también en los relativos a las reglas de atribución al Estado de hechos de particulares) late la clara obsesión por preservar el espíritu de la Carta, definido por O. Corten como orientado a conformar un Derecho *contra* la guerra.

Con el propósito de responder a la cuestión de si ha llegado el momento de superar las rigideces jurisprudenciales y de adaptar su configuración a las exigencias reales de la seguridad internacional, el trabajo que constituye el objeto de las presentes líneas seguramente represente uno de los más ambiciosos y completos estudios sobre la prohibición del uso de la fuerza en nuestra lengua en las dos últimas décadas. Primero, porque pese a lo que pudiera sugerir el título, y aunque la legítima defensa constituye su tema central, el estudio lo es sobre los problemas actuales de toda la dimensión no institucional de la proscripción internacional de la violencia armada: con mayor o menor nivel de profundidad, en el trabajo cabe encontrar también interesantes y siempre útiles aportaciones sobre pretendidas justificaciones del uso descentralizado de la fuerza basadas en otras circunstancias excluyentes de la ilicitud –como las contramedidas, el estado de necesidad, o el consentimiento a través de la llamada “intervención por invitación”–, en la intervención humanitaria y la responsabilidad de proteger, en la intervención en favor de nacionales, en la doctrina de la convalidación posterior –o como denomina M.J. Cervell, “catarsis comprensiva”–, o en el principio de autodeterminación de los pueblos.

Y segundo porque, aunque acotado a un periodo no rígidamente definido centrado aproximadamente en el tiempo transcurrido desde el cambio de siglo, el trabajo se asienta sobre un amplísimo estudio de la práctica que incluye una esmerada atención tanto a los más relevantes precedentes –desde las intervenciones de Afganistán en 2001, Iraq en 2003 o Georgia en 2008, hasta las más recientes en Libia, Ucrania, Malí, Yemen, Siria o Iraq entre 2011 y 2016, pasando por las de Israel en Líbano en 2006 y en Gaza en 2008 o la de Kenia en Somalia en 2011, entre otras- como a los más variados materiales de la práctica –desde, obviamente, los principales pronunciamientos jurisprudenciales y las resoluciones e informes de la más variada índole de las principales instituciones internacionales sobre el tema hasta, lo que es digno de reseñar, los documentos de la práctica nacional que reflejan las posiciones de los principales actores estatales-. La utilidad de tan minucioso trabajo para profundizar en el tema es sencillamente extraordinaria.

La obra sigue una estructura de cuatro capítulos que, frente al escrupuloso respeto a la sistemática, privilegia la fidelidad al hilo conductor propuesto para perseguir el objetivo perseguido con el análisis, el cual se basa en incidir en el contraste entre la configuración normativa del pasado con los requerimientos del presente. A lo primero se dedican los dos primeros capítulos, consagrados a esbozar una aproximación general, respectivamente, a la prohibición del uso de la fuerza en general, y a la legítima defensa en particular. Mientras que los dos restantes se centran en profundizar en las insistentes pretensiones de ampliar y adaptar el alcance de la legítima defensa a los nuevos retos que plantea la amenaza terrorista, de una parte, y el desarrollo tecnológico, de otro, estos últimos centrados en los desafíos que plantean armas nucleares, armas autónomas y teledirigidas y ciberataques.

La presente aportación se ha visto precedida -y es en buena medida proyección y desarrollo- de una muy prolífica actividad investigadora por parte de la autora en los ámbitos que constituyen su objeto. En el plano de los resultados, las conclusiones son siempre rigurosas, muy documentadas, fundamentadas y ponderadas, de modo que puede decirse que en este caso cantidad y calidad van claramente de la mano. Obviamente, eso no significa que no haya aspectos en los que puntualmente puedan manifestarse objeciones o discrepancias con los criterios o posiciones mantenidos por la autora. En algunos casos, seguramente se trate de pequeños deslices no deliberados o de errores de interpretación por parte de quien esto escribe, como cuando se alude a la condición de las misiones diplomáticas como territorio del Estado acreditante para justificar como ataque armado los dirigidos contra las misiones diplomáticas en el exterior (p. 91); cuando se habla de la intervención en Gaza en el marco de la operación “Plomo fundido” como un supuesto de uso de la fuerza por Israel *en el propio territorio* (p. 220); cuando, confundiendo quizá legítima defensa colectiva e intervención por invitación, se asume que el Derecho internacional no autoriza la legítima defensa colectiva ejercida en el territorio de un Estado distinto al afectado por el ataque armado (pp. 233 o 241); o cuando podría interpretarse que se da a entender que la aplicación del Derecho Internacional Humanitario depende de la existencia de un conflicto armado *declarado* (p. 291).

En otros, las discrepancias quizá sean algo más consistentes y obedezcan a cuestiones de principio, como cuando se defiende abrir la posibilidad de lo que no dejarían de ser represalias armadas -y no por tanto meras medidas para repeler- en respuesta a usos menos graves de la fuerza en supuestos además en los que, precisamente por esa menor entidad, difícilmente está en juego la supervivencia del Estado (pp. 62, 168, 316-317); o, cuando, aún muy matizadamente y con muchas cautelas, se sostiene una interpretación del *non liquet* de la Corte en el asunto de la licitud del empleo de armas nucleares como una admisibilidad implícita de la legalidad de su empleo (p. 321).

Llama la atención, sin embargo, que las discrepancias se reducen muy notablemente en aquellas cuestiones que constituyen el objeto principal del trabajo y a las que en él se dedica mayor atención. Algo que, como señala la propia autora a propósito de la llamada legítima defensa preventiva, resulta ser una tónica muy extendida entre la doctrina. Frente a quienes creemos que la fidelidad al espíritu restrictivo que animó la Carta de San Francisco es el paradigma que debe guiar los intentos de colmar las lagunas del régimen jurídico del *ius ad bellum*, son abundantes los testimonios expresos que a lo largo del libro manifiestan cierta disconformidad de la autora con el rigor con el que la Corte viene interpretándolo. Y, pese a ello, la sensación es que una vez puestos sobre la mesa todos los elementos a valorar y una vez desarrollados cabalmente los argumentos, parece que no es tanta la distancia que nos separa. Como se ha dicho, ello es claramente apreciable en los desarrollos relativos a los dos grandes problemas a los que mayor atención se dedica en el trabajo.

Por una parte, sobre la base de la distinción entre inminencia y latencia, el debate en torno a la llamada legítima defensa preventiva es claramente reconducido a unos términos claramente asumibles. Siendo la finalidad de la legítima defensa impedir, y no reprimir o castigar, resulta en efecto absurdo condicionar rígidamente su operatividad a la existencia de un ataque armado previo sin permitir acciones de interceptación que lo impidan. Evidentemente, el reto está en identificar con cierta precisión los elementos que permitan discernir lo que es inminente de lo que no lo es. Y en ese sentido, como nos recuerda la autora, las nuevas amenazas a la seguridad exigen una aproximación que tome cuidadosamente en cuenta sus peculiaridades, valorando por ejemplo que la amenaza terrorista se caracteriza porque sus actuaciones concretas e individuales no se manifiestan hasta el mismo momento de su ejecución, o que la entidad y gravedad de la amenaza en el caso de armas de destrucción masiva quizá justifique pasar de la exigencia de certeza a la de altos grados de probabilidad. Todo ello, además y como no deja de insistirse a lo largo de todo el trabajo, sin olvidar la ineludible necesidad de respetar los requisitos que, aún ante riesgo inminente, deben seguir condicionando el recurso -necesidad- y el ejercicio -proporcionalidad, inmediatez, sumisión al sistema de seguridad colectiva- de la legítima defensa.

Por otra parte, es innegable que son cada vez más los datos de la práctica que apuntan hacia un progresivo reconocimiento por parte de un grupo de Estados de la posibilidad de esgrimir la legítima defensa frente a actores no estatales, léase grupos terroristas. Bien mirado, sin embargo, ni siquiera en ese ámbito la brecha parece ser tan amplia como en un principio pudiera parecer. De una parte, porque dejando a un lado los supuestos más

extremos de invocación en el contexto de la “guerra global contra el terror”, los casos más recientes –Mali, Arabia Saudí, Yemen o Iraq- parecen apuntar más bien a que se trata de precedentes en los que la justificación del uso de la fuerza se hacía reposar más bien sobre otros fundamentos, en particular, el consentimiento del Estado víctima. Pareciera, en este sentido, como si la legítima defensa aspirara a cubrir las debilidades que en todos esos casos pudiera tener la llamada intervención por invitación, sea porque la misma no justifica acciones militares más que en el territorio del Estado que consiente, sea por las debilidades que por problemas de efectividad o de legitimidad puedan afectar al gobierno que pretende representarlo, sea en fin por las dudas que todavía subsisten respecto de la cuestión de hasta qué momento es lícito asistir militarmente a un Estado que transita hacia una situación de conflicto armado interno. Sobre la intervención por invitación, no se olvide en cualquier caso que quienes dudan de la admisibilidad del consentimiento como elemento de justificación de lo que *a priori* se plantea como la vulneración de una norma imperativa, quizá olvidan a menudo que la agresión conlleva un elemento de coerción que, como muestra el supuesto del artículo 3.e de la Declaración de la Resolución 3314, no concurre cuando el uso de la fuerza es querido, o al menos consentido, por el soberano territorial.

Queda así como supuesto más problemático aquel en el que la legítima defensa se invoca frente a grupos terroristas que operan en el territorio de Estados que por falta de voluntad o de capacidad –cuando no de ambas-, se erigen en tierra de refugio y campo de operaciones de tales grupos, incumpliendo así las obligaciones que derivan del deber de proteger con la debida diligencia los derechos e intereses de otros Estados y, además, se niegan a autorizar la intervención de estos últimos. Es cierto que la vertiente siria de la intervención militar contra el *Daesh* por parte de la amplia mayoría de Estados que no contaban con el beneplácito del gobierno de Damasco encaja en ese supuesto, y también lo es que no han sido demasiadas las reacciones de rechazo frente a esa intervención. Sin embargo, la entidad y globalidad de la amenaza que representa *Daesh*, el control territorial del que disfrutaba y que lo asemejaba a un verdadero Estado (¿no era por cierto la estatalidad una cuestión de hecho?), o el aval a la intervención que ha acabado otorgando la Resolución 2249 del Consejo de Seguridad en términos –como ya ocurrió con las Resoluciones 1368 y 1373- lo suficientemente ambiguos como para dificultar la labor de dilucidar si se trata de autorización por el Consejo de Seguridad o de aceptación de la legítima defensa, son factores que apuntan a la excepcionalidad del supuesto e invitan a la prudencia, como sugiere la autora, a la hora de extraer conclusiones definitivas hacia el futuro.

Así las cosas, a medida que se avanza en la lectura del trabajo la sensación es que, consecuencia de la reflexión rigurosa y ponderada, lo que al principio era un enérgico llamamiento a la superación de la rigidez de la construcción vigente de la legítima defensa, al final acaba tornándose en una mucho más matizada apelación a la necesidad de introducir “ciertos retoques que la ayuden a mantenerse *viva* en un panorama tan complejo como el actual”. En este sentido, resulta difícil discrepar sobre la conveniencia de clarificar y precisar los diferentes aspectos que integran el contenido de la legítima defensa, en particular los relativos a cuándo se está en presencia de un ataque armado y en qué casos debería admitirse que el mismo pueda proceder de un actor no estatal. Como

tampoco aquí se quiere pecar de ingenuidad, no puede sino coincidirse con la autora en que tal empresa no parece posible, hoy por hoy, a través de una reforma de la Carta. Y cabe suscribir la propuesta que se apunta al final del trabajo en el sentido de que los necesarios ajustes se introduzcan a través de algún mecanismo de carácter consensuado entre el mayor número de Estados posible. Una puntualización, no obstante, parece conveniente: la concepción universalista a que obedece la Carta y el sistema de seguridad colectiva debería respetarse, impidiendo lo que A. Remiro denominó como fórmulas de “unilateralismo grupal”. Nada mejor, por ello, que avanzar predicando con el ejemplo, es decir, a través de fórmulas en las que los participantes asuman sus consecuencias sin imponerlas a quienes por ahora no las acepten. El modelo empleado con el Estatuto de Roma para avanzar en el ámbito de la responsabilidad internacional del individuo quizá fuera en este sentido un buen modelo a seguir.

Para terminar, valgan las anteriores reflexiones para dos cosas. Por una parte, para reivindicar la vigencia de la respuesta con la que recordando la célebre anécdota que se atribuye a Mark Twain, Louis Henkin contestó al acta de defunción que Thomas Frank había levantado sobre el artículo 2.4 de la Carta: los rumores sobre la muerte de la prohibición del uso de la fuerza son -pero sobre todo, deben ser- muy exagerados. Y, por otra, para reconocer que las citadas reflexiones son en buena medida el resultado de la atenta lectura de una obra valiosa, de enorme actualidad, ambiciosa y rigurosa. Su consulta, por todo ello, resulta más que recomendable para todo aquel que quiera conocer a fondo y con información rabiosamente actualizada una temática de la trascendencia que reviste en el Derecho internacional la regulación de la violencia armada.

Ángel Sánchez Legido
Universidad de Castilla-La Mancha