

4. Las respuestas a cada tipo de amenaza de la Doctrina de la Intervención Preventiva

A: Redes terroristas internacionales

La respuesta unilateral

Las organizaciones terroristas y sus miembros cometen actos criminales que deben ser castigados por los tribunales nacionales aplicando la *legislación interna*¹. La mayoría de las organizaciones nacionales de los años setenta y ochenta fueron neutralizadas o destruidas² o iniciaron un proceso de negociación política con el Estado en el que actuaban: el éxito fue logrado con los medios de represión del delito de cada Estado nacional y la cooperación policial y judicial de terceros países³. La Administración Bush (h) consideró que la represión del terrorismo internacional exclusivamente como un delito de derecho común interno es insuficiente y que es necesario también actuar precautoriamente⁴ contra los regímenes políticos que les prestan su apoyo o aquiescencia⁵.

La represión contra organizaciones terroristas puede involucrar conductas propias del *terrorismo de Estado* y la acción de *grupos paraestatales*⁶; en ciertos casos, fuerzas especiales del Estado pueden realizar acciones clandestinas o no reconocidas oficialmente por el Estado que las ejecuta o en cuyo territorio se realizan⁷. Como criterio general, la respuesta internacional ante estos hechos es, habitualmente, la *intervención blanda*, procurando obtener el fin de los métodos ilegales y la instauración de una legislación interna que respete el standard internacional del debido proceso. Si los hechos alcanzan una cierta gravedad para la población local, la comunidad internacional puede considerar la posibilidad de realizar una intervención humanitaria para poner fin a esas prácticas, lo que involucra habitualmente un cambio de régimen.

En el ámbito interamericano y en el internacional se han aprobado Convenciones que consideran la desaparición forzada de personas⁸ como un crimen de lesa humanidad

¹ Cassese, Antonio: "Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law", EJIL, Vol. 12, Num. 5, 2001. Pinto, Mónica: "El derecho Internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado", Fondo de Cultura Económica, 2004, pág. 154. Williams, Silvia Maureen: "Respuestas del derecho al terrorismo internacional de hoy", La Ley, Tomo 2002 -F.

² U.S. Government: "National Strategy for Combating Terrorism", The White House, February 2003.

³ Son las respuestas "Legislación interna" y "Cooperación internacional" del Cuadro número 6.

⁴ "Estamos en un tipo de guerra diferente y esto no es una acción de aplicación del derecho en la que uno espera a que alguien cometa un crimen para luego tratar de averiguar si es culpable. Porque si uno espera hasta que se cometa el crimen, entonces de nuevo habrá miles de estadounidenses muertos". Rice, Condoleezza, "Interview on Fox News with Jim Angle", U. S. State Department, November 22, 2005.

⁵ "En Afganistán hay un Estado que una vez fue terrorista y ahora es un buen amigo de Estados Unidos y está combatiendo el terrorismo". Rice, Condoleezza: "Interview With the Wall Street Journal", U.S. State Department, April 14, 2005.

⁶ Pinto, Mónica: "Terrorismo y Derechos Humanos", RJBA, Vol. 2002-2003.

⁷ Véase, por ejemplo : Crook, John R.: "Reported U. S. directive authorizing clandestine attacks on Al Qaeda in numerous countries; U. S. strikes in Syria and Pakistan draw protests", American Journal of International Law January, 2009.

⁸ Según el artículo II de la "Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de personas", 9 de junio de 1994, la desaparición forzada consiste en: "la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de

y los Estados se comprometen a no practicarla, permitirla ni tolerarla ni aún en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales⁹. También se comprometen a adoptar las medidas legislativas necesarias para tipificarla como delito en su legislación penal.

Si los actos de terrorismo de Estado y la acción de los grupos paramilitares incluyen la persecución sistemática de los integrantes de un grupo socialmente determinado en razón de su raza, religión o cultura, sus conductas pueden constituir un crimen contra la Humanidad y sus integrantes ser perseguidos local e internacionalmente por ello, pudiendo eventualmente formarse un Tribunal Penal Internacional para juzgar a los responsables.

¿Qué instrumentos jurídicos regulan la desarticulación de la amenaza de un grupo o red terrorista internacional?

Si el Estado en el que se encuentran clandestinamente los miembros de una organización terrorista internacional presta su asistencia al Estado víctima para terminar con ella, *la cooperación internacional* releva, en principio, a ese Estado de responsabilidad internacional por las acciones de esos grupos, implantados en su territorio contra su voluntad¹⁰. La represión del Estado cooperante se efectuará por medio de la aplicación de su propia legislación interna y de aquellos tratados y convenciones de reglamentan la asistencia mutua en la materia.

Si las bases terroristas se encuentran en *Estados fallidos* incapaces de poner fin a esa amenaza, el Estado víctima puede recurrir al Consejo de Seguridad y lograr que la comunidad internacional, en virtud del *Capítulo VII*, actúe multilateralmente contra ese grupo terrorista o, en caso contrario, que lo autorice a actuar en su nombre; de esta manera se asegura la legalidad de su respuesta¹¹. Si la autorización del Consejo no puede lograrse (porque, por ejemplo, un miembro permanente veta la resolución) el Estado víctima puede efectuar una *intervención contra las bases terroristas*, cuya legalidad será seguramente controvertida. Si el grupo terrorista, con sus acciones, comete conductas tipificadas como crímenes contra la Humanidad, la intervención puede llegar a ser

informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes." Según el artículo II de la "Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas", 2006: "A los efectos de la presente Convención, se entenderá por "desaparición forzada" el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley."

⁹ Artículo 1 de la Convención Interamericana. En el mismo sentido, el artículo 1.2 de la Convención Internacional.

¹⁰ Schachter, Oscar: "The Right of States to Use Armed Force", Michigan Law Review, Vol. 82, Num. 5/6, Festschrift in Honor of Eric Stein (Apr.-May, 1984), pág 165.

¹¹ La posibilidad de que el Consejo de Seguridad autorice un uso de fuerza contra bases terroristas en el extranjero ha sufrido una evolución sustancial a partir del 11/9. Hasta los años ochenta, una intervención de este tipo era considerada contraria al derecho. La cuestión es analizada en: Tams, Christian J.: "The Use of Force Against Terrorists", EJIL, Vol. 20, Num. 2, 2009.

justificada como una intervención humanitaria, lo que puede aumentar, eventualmente, su legitimidad internacional.

Si, en cambio, el Estado víctima se enfrenta a una amenaza terrorista *consentida o apoyada por un régimen hostil*, además de la vía ya explicada del *Capítulo VII*, podría alegar un derecho ejercer una *represalia armada* dirigida a eliminar las bases de la organización terrorista en ese Estado. Si la organización terrorista ya ha atacado previamente a un Estado y, particularmente, si ha anunciado su intención de continuar con los ataques, el Estado víctima alegará habitualmente la legítima defensa en lugar de discutir la eventual legalidad de la represalia. Si el Estado hostil *dirige*¹² abierta o encubiertamente la organización terrorista que atacó al Estado víctima, éste puede no sólo procurar la intervención vía el *Capítulo VII*, sino también alegar su derecho de legítima defensa para poner fin a las acciones de esos grupos. Como en todos los casos anteriores, la naturaleza de los objetivos de la organización terrorista puede dar lugar también a alegar la represión de crímenes contra la Humanidad.

La *disuasión* puede cumplir un rol importante para convencer al régimen hostil de abstenerse de continuar con su aquiescencia, apoyo o dirección de grupos terroristas, elevando el costo de continuar con esa conducta a una desproporción demasiado elevada en términos de costo-beneficio; se trata de una opción que, como criterio general, puede ser descartada, en cambio, en el caso de los Estados fallidos, por cuanto la ausencia de un Estado organizado impediría, en principio, tanto una evaluación racional de esta ecuación como la conclusión de las actividades terroristas en su territorio. La efectividad de la disuasión sobre los grupos terroristas, en particular los globales de base religiosa, es objeto de una fuerte controversia entre los especialistas¹³. El terrorismo no carece de racionalidad, en el sentido de un cálculo de costos, beneficios y medios de lograr sus objetivos, sino que su apreciación sobre el valor de la vida humana frente a sus objetivos es diferente que el de las víctimas: su razonamiento se basa en que el fin justifica los medios¹⁴. Por lo tanto, si la amenaza contra sus intereses eleva los costos de sus acciones exponencialmente (por ejemplo, poniendo en juego su propia existencia o la del régimen que los cobija o apoya), o las acciones no obtienen los resultados esperados a nivel de la sociedad ni del régimen político al que se dirigen, la organización puede verse obligada a entrar en un proceso de negociación política con el Estado adversario o enemigo.

El *ultimátum* anuncia que los mecanismos de negociación y disuasión previos al uso de la fuerza van a ser dados por agotados y que el Estado víctima tiene la intención de recurrir al uso de la fuerza de manera inminente para suprimir una amenaza que el

¹² La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, por medio de la resolución 56/83 (28 de enero de 2002) el proyecto presentado por la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad del Estado por actos internacionalmente ilícitos. En su artículo 8 se afirma que “*Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento.*”

¹³ Para un análisis detallado de esta cuestión: Trager & Zagorcheva, Robert & Dessislava: “Detering Terrorism”, IS, Vol. 30, Num. 3, Winter 2005/06; Kydd & Walter, Andrew & Barbara: “Strategies of Terrorism”, IS, Vol. 31, Num. 1, Summer 2006.

¹⁴ El terrorismo no carece de justificaciones de la relación entre sus medios y sus fines ni de la moralidad de sus actos. Reisman, Michael: “International Legal Responses To Terrorism”, HJIL, Vol. 22, 1999, pág. 10.

Estado hostil no quiere eliminar, por medio de una represalia o una intervención armada¹⁵. Las listas de países, organizaciones e individuos relacionados con el terrorismo pueden considerarse, al mismo tiempo, como deficiencia de una amenaza, como objetivo de una disuasión y como ultimátum implícito.

En el Cuadro 5 puede verse un esquema de estas respuestas en función de las diferentes amenazas terroristas.

¿Existe una “guerra” contra el terrorismo?; ¿hacia una nueva definición de “ataque armado”?

El 26 de febrero de 1993, un grupo extremista islámico detonó una bomba en el estacionamiento del World Trade Center en Nueva York. El líder del grupo, Ramzi Yousef, declaró que el objetivo era el de producir un gran número de víctimas como castigo a las políticas americanas en Medio Oriente¹⁶. Otras explosiones terroristas tuvieron lugar el 7 de agosto de 1998 contra las Embajadas americanas en Kenia y Tanzania en las que murieron 12 estadounidenses¹⁷. Madelaine Albright ha relatado que luego de producidos estos atentados, se capturó a varios sospechosos que indicaron claramente que Bin Laden estaba detrás de los ataques y que la Administración Clinton analizó si se trataba de un asunto que debía ser respondido aplicando la legislación y justicia interna o si era un asunto en el que el uso de la fuerza militar estaba justificado, en aplicación de la legítima defensa precautoria.

La respuesta fue utilizar ambas opciones a la vez, dependiendo de que los culpables se encontraran al interior de los Estados Unidos o en un país extranjero. Así, por un lado, se lanzaron ataques contra Sudán y Afganistán y, por el otro, se procesó a los capturados en los Estados Unidos¹⁸. La Administración Clinton estudió también la posibilidad de una intervención puntual en Afganistán para capturar a Bin Laden¹⁹, pero no fue realizada por la falta de una información precisa sobre su real paradero. La opción de invadir Afganistán, derrocar a los talibanes y dispersar a Al Qaeda fue también analizada, pero se descartó por considerarse débil su legitimidad interna e internacional²⁰.

¹⁵ Schachter, Oscar: “The Extraterritorial Use of Force against Terrorist Bases”, HJIL, Vol. 11, 1988-89, pág. 314.

¹⁶ Eland, Ivan: “Does US intervention overseas breed terrorism?”, Foreign Policy Briefing, 1998.

¹⁷ “Mi peor día como Secretario de Estado fue el 7 de agosto de 1998, cuando se detonaron explosiones terroristas en nuestras embajadas en Kenia y Tanzania. Cientos de personas murieron, incluidos doce estadounidenses”. Albright, Madeleine: “Statement”, National Commission on Terrorist Attacks upon the United States, March 23, 2004.

¹⁸ “En cuestión de días, habíamos capturado a numerosos sospechosos que dejaban en claro que Osama Bin Laden estaba detrás de los ataques. La cuestión para nosotros era ver si considerábamos esto una cuestión de aplicación del derecho, reclamando una respuesta judicial o bien una cuestión militar, en la cual el uso de la fuerza estaba justificado. Decidimos que era ambas. Procedimos a enjuiciar a los conspiradores que habíamos capturado. Pero también decidimos, en el plazo de una semana, responder militarmente y dentro de las dos semanas lanzamos misiles crucero contra un objetivo en Sudán y numerosos campos de entrenamiento de Al-Qaeda en Afganistán. La oportunidad de los ataques fue determinada por una inteligencia de predicción altamente creíble (el tipo menos común) que indicaba que los líderes terroristas – posiblemente incluyendo a Bin Laden- se reunirían en uno de los campos”. Albright, Madeleine: “Statement”, National Commission on Terrorist Attacks upon the United States, March 23, 2004.

¹⁹ “(...) estudiamos la posibilidad de enviar un equipo de las Fuerzas Especiales de los EEUU a Afganistán para tratar de secuestrar a Bin Laden”. Albright, Madeleine: “Statement”, National Commission on Terrorist Attacks upon the United States, March 23, 2004.

²⁰ “Una cuestión que se ha planteado desde entonces es por qué simplemente no invadimos Afganistán, deponemos al Talibán y dispersamos a Al Qaeda. Por lo que yo sé, esta opción nunca fue seriamente defendida por nadie dentro o fuera de la administración. Tendría que haber habido una razón para justificar el accionar militar; pero sin el megashock del 11

Para la Administración Bush (h), los atentados del 11 de septiembre de 2001 constituyeron un acto de guerra²¹ de nuevo tipo²² contra su país, que requeriría diversas respuestas contra diversos actores durante un período prolongado de tiempo²³.

Esta expresión “guerra contra el terrorismo” ha sido interpretada de diversas maneras:

de Septiembre, no habríamos tenido apoyo local para tal ataque, y el apoyo diplomático habría sido virtualmente inexistente. Albright, Madeleine: “Statement”, National Commission on Terrorist Attacks upon the United States, March 23, 2004. Los críticos afirman, sin embargo, que la Administración Clinton estaba más interesada en desarrollar las condiciones de la globalización económica que en establecer las bases de una seguridad global. Así, por ejemplo, Packer, George: “A Democratic World”, *The New Yorker*, February 16, 2004: “La política exterior de Clinton fue la globalización, incentivando la interconexión económica del mundo, sin desarrollar un mecanismo que evitara que las amenazas y conflictos se convirtieran en catástrofes sin fronteras”.

²¹ “Los ataques deliberados y mortales que fueron llevados a cabo ayer contra nuestro país fueron más que actos de terror. Fueron actos de guerra”. Bush, George W.: “Remarks by the President In Photo Opportunity with the National Security Team”, Office of the Press Secretary, September 12, 2001. “El 11 de septiembre, enemigos de la libertad cometieron un acto de guerra contra nuestro país”. Bush, George W.: “Address to a Joint Session of Congress and the American People”, Office of the Press Secretary, September 20, 2001. “Bueno, el pueblo americano tenía un claro entendimiento de que esto es una guerra. Esa es la forma en que ellos lo ven. No puede verse de ninguna otra manera, sea ello legalmente correcto o no”. Powell, Colin: “Interview by ABC News”, U.S. State Department, September 12, 2001. En el mismo sentido: Molina Pico, Enrique: “Reflexiones sobre el 11 de septiembre”, *Boletín del ISIAE*, Año 4, Núm. 18, Diciembre de 2001. Por el contrario, Marcelo Kohen considera que no existe “guerra” y, por lo tanto, tampoco la legítima defensa, porque no se trata de un conflicto que se extienda en el tiempo. Kohen, Marcelo G.: “The use of force by the United States after the end of the Cold War, and its impact on international law”, (in Byers & Nolte: “United States Hegemony...”), 2003, pág. 209. En contra: Franck, Thomas: “Terrorism and the Right of Self-Defense”, *AJIL*, Vol. 95, Num. 4, October 2001, pág. 840, porque recuerda que Bin Laden afirma que está en guerra contra los Estados Unidos y que se producirán nuevos ataques y atentados. Los hechos le han dado la razón.

²² “Una forma de comenzar es notar cuán diferente es esta guerra de otras pasadas. No hay reclutamiento, no hay bonos de guerra, no hay jardines de la victoria. Las películas no empiezan con un resumen de noticias mostrando las últimas novedades de la guerra como lo hacían durante la Segunda Guerra Mundial cuando yo era joven. Los diarios no publican mapas todos los días mostrando las últimas actividades de los aliados”. Rumsfeld, Donald: “Speech at the National Press Club”, Department of Defense, February 2, 2006. “Más que un acto terrorista, esto apuntó a un tipo de guerra totalmente diferente. Se espera que las guerras se originen en entidades organizadas cuyos activos (territoriales y otros) ofrezcan una base para una disuasión efectiva, ataques preventivos o incluso una represalia destructiva. Pero estas son guerras lanzadas por aquellos que no tienen nada en los barrios bajos contra aquellos que lo tienen todo en las democracias occidentales – conflictos ‘entre el mundo donde el Estado existe y el mundo donde no existe’.” Serfaty, Simon: “The Wars of 9/11”, *TIS*, Vol. 36, Num. 4, October-December 2001, pág. 6. Para Felipe Gonzalez: « Enfrentamos un fenómeno radicalmente diferente a los conflictos bélicos clásicos y, por eso, los medios clásicos poco o nada tienen que ver con la eficacia en este combate necesario. » Gonzalez, Felipe: “Once razones contra la guerra”, *Clarín*, 12 de febrero de 2003; Levy, Bernard-Henri: “Lo que aprendimos en Afganistán”, *Clarín*, 7 de enero de 2002.

²³ “Esta guerra no va a ser como la guerra en Iraq de hace una década, con una decisiva liberación de un territorio y una veloz conclusión. No se va a parecer a la guerra aérea sobre Kosovo de hace dos años, en la que no se usaron tropas terrestres ni murió un solo estadounidense en combate. Nuestra respuesta incluye mucho más que una represalia instantánea y ataques aislados. Los estadounidenses no deben esperar una batalla, sino una larga campaña, diferente de todas las que hayamos visto hasta ahora”. Bush, George W.: “Address to a Joint Session of Congress and the American People”, Office of the Press Secretary, September 20, 2001. “(...) no se va a solucionar con un solo contraataque contra un individuo. Va a ser un conflicto de largo plazo y va a ser peleado en muchos frentes –el militar, el de inteligencia, el de aplicación del derecho, el diplomático”. Powell, Colin: “Interview by ABC News”, U.S. State Department, September 12, 2001. También: Posen, Barry: “The Struggle Against Terrorism”, *IS*, Vol. 26, Num. 3, Winter 2001/02. Sobre las distintas estrategias utilizadas por los Estados Unidos en la guerra contra el terrorismo véase Murphy, Sean D.: “International Law, the United States, and the Non-military ‘War’ against Terrorism”, *EJIL*, Vol. 14, Num. 2, 2003, pág. 350 y ss.

a). Como una formulación de carácter político²⁴ a la que no debe atribuirse un valor jurídico²⁵;

b). Como una manifestación de voluntad de regir la conducta de los Estados Unidos por las normas que regulan la guerra, los actores y sus hechos: se aplicarían, por lo tanto, las normas que rigen el *ius ad bellum* y el *ius in bellum* propios de los conflictos interestatales, como la legítima defensa y el derecho humanitario a los terroristas²⁶;

c). Como la respuesta al hecho de que las redes terroristas globales plantean un nuevo tipo de amenaza²⁷ no prevista en el paradigma wesphaliano de 1945²⁸, porque una de las partes en el conflicto no es un Estado²⁹.

Para el derecho del período clásico, la idea de guerra implicaba el conflicto armado entre dos Estados, sus agentes o representantes³⁰, por el que se utilizaba la violencia organizada para lograr que un enemigo aceptara ciertos objetivos políticos³¹: Grocio la

²⁴ Similar a la que los gobiernos utilizan habitualmente para destacar la prioridad que tiene la cuestión, como cuando se dice "guerra contra las drogas" o "guerra contra la pobreza". Sobre las ventajas y desventajas de utilizar la expresión guerra contra el terrorismo véase Lemann, Nicolas: "The war on what?", *The New Yorker*, 16 september 2002. Sobre si realmente se trata de una guerra en el sentido clásico de la palabra véase O'Connell, Mary Ellen: "When is a War Not a War? The Myth of the Global War on Terror", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 12, Num. 2, Spring 2006, pág. 537 y ss.

²⁵ Para Cassese, el uso del término "guerra" por parte de la Administración Bush (h) estaba dirigido a causar un efecto psicológico en la opinión pública. Además, con su uso, se pretendió poner de relieve que el ataque había sido tan grave que sus efectos eran tan serios como los de una agresión por parte de un Estado, y que la respuesta requeriría de todos los recursos disponibles, como si se tratara de una guerra. Cassese, Antonio: "Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law", *EJIL*, Vol. 12, Num. 5, 2001.

²⁶ "Cuando la lucha contra el terrorismo adopta la forma de un conflicto armado, los Estados están obligados a respetar los principios del derecho internacional humanitario, incluso cuando su seguridad está en juego. Eso significa que las personas privadas de libertad no pueden ser detenidas e interrogadas fuera de un marco jurídico adecuado." Kellenberg, Jakob: "Los horribles "daños colaterales"", *La Nación*, 9 de junio de 2004. La aplicabilidad de las Convenciones de Ginebra fue cuestionada por funcionarios de la Administración Bush (h): Yoo & Delahunty, John & Robert J.: "The Geneva Convention Is Not the Last Word", *Los Angeles Times*, February 1, 2005. La cuestión produjo un amplio debate a propósito del centro de detención de Guantánamo y del trato debido a los allí detenidos. Pejic, Jelena: "Three Misconceptions about the Laws of War", *Crimes of War Project*, October 29, 2004; Naert, Frederik: "The Impact of the Fight against International Terrorism on the Ius ad Bellum after '11 September'", *Institute for International Law, Working Paper Num. 68*, January 2005; Wouters & Naert, J & F: "Shockwaves through international law after 11 September", en *Legal Instruments in the Fight against International Terrorism. A Transatlantic Dialogue*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2004, págs 471 y ss. Lopez, George A.: "The Style of the New War: Making the Rules as We Go Along", *EIA*, Vol. 16, Num. 1, Spring 2002.

²⁷ Para un análisis de la falta de una tradición antiterrorista interna en los EE.UU.: Carter, Ashton: "The Architecture of Government in Face of Terrorism", *IS*, Vol. 26, Num. 3, Winter 2001/02. Para una explicación de las razones de este fenómeno: Heymann, Philip: "Dealing with Terrorism", *IS*, Vol. 26, Num. 3, Winter 2001/02.

²⁸ Pellet considera que no se trata de una guerra sino de algo diferente ante el cual el sistema legal vigente se encuentra pobremente protegido. Pellet, Alain: "No, This is not War!", *EJIL*, Vol. 13, Num. 4, 2002.

²⁹ Kohen considera que pretender que los atentados del 11 de septiembre de 2001 son parte de una guerra declarada por los terroristas y que estaríamos en presencia de un conflicto armado en curso, sería forzar demasiado el razonamiento legal. Kohen, Marcelo: "The use of force by the United States after the end of the Cold War, and its impact on international law", in "United States Hegemony...", Edited by Byers & Nolte, Cambridge University Press, 2003.

³⁰ Nos referimos aquí al caso, por ejemplo, de las Compañías coloniales y los corsarios.

³¹ Molina Pico, Enrique: "Las nuevas formas de la guerra", (en C.A.R.I.: Seminario: "El Estado de la Seguridad y la Seguridad del Estado"). 3 de julio de 2003, pág. 26.

definió como el estado o situación de aquellos que luchan por medio de las armas³²; Vattel como el estado en el que se pretende obtener un derecho por medio de la fuerza³³. Para diversos analistas, el derecho internacional actual debería reconocer el hecho de que la guerra contemporánea ha ampliado sus márgenes³⁴ extendiéndose al ejercicio de la violencia por parte de actores no estatales³⁵, muchas veces organizados en redes intraestatales y, a la vez, internacionales³⁶, que requieren el uso de los servicios de inteligencia, de policía y de justicia más que de medios militares³⁷.

Sin embargo, el hecho de que las formas actuales de terrorismo impliquen en ciertos casos la existencia de redes internacionales, es decir, actores no estatales³⁸, no parece requerir la necesidad de un cambio del derecho internacional³⁹. La atribución de una responsabilidad internacional por los hechos ocurridos dentro del territorio de un Estado parece ser suficientemente abarcativa del conjunto de circunstancias que puedan presentarse en la escena internacional: como se ha visto *ut supra* y puede apreciarse en el Cuadro 6, las redes pueden actuar en Estados que cooperen con el Estado víctima, en Estados fallidos que no ejercen control sobre su territorio o en Estados hostiles que, o bien consienten o apoyan a los terroristas, o directamente los dirigen, como instrumentos de su

³² "La guerra es el estado o situación de aquellos que disputan por la fuerza de las armas". Grotius: "The Rights of war and peace", Libro I, cap. I, II.

³³ "La guerra es ese estado en el cual se persigue el derecho propio por medio de la fuerza". Vattel: "Le droit des gens ou principes de la loi naturelle", Libro III, Cap. 1.

³⁴ Como hemos visto en el capítulo anterior, la tesis fue desarrollada por Clausewitz. Para su aplicación a la situación actual: Molina Pico, Enrique: "Las nuevas formas de la guerra", (en C.A.R.I.: Seminario: "El Estado de la Seguridad y la Seguridad del Estado"). 3 de julio de 2003, pág. 26.

³⁵ «Hoy, la definición tradicional de la guerra, es decir la violencia puesta en acto por una entidad política, no alcanza para resumir en lo que la guerra se ha convertido. Una violencia privada, sin territorio, sin vínculo con un Estado, sin una identidad reconocible, pero que tal vez pueda ser capaz de adoptar el potencial dañino de un Estado, se está afirmando en la escena internacional". Canto-Sperber: "Les habits neufs de la guerre", Le Figaro, 9 mars 2005. Kreft afirma que se trataría de una «guerra gris» que no reconoce ejércitos, fronteras ni reglas, en la que se enfrentan Occidente y un adversario cuya localización e identidad es fantasmagórica. Kreft, Heinrich: "De la Guerra Fría a la "guerra gris": los EE.UU. ante el desafío del terrorismo. Una perspectiva europea", Diálogo Político, Año XX, Núm. 3, Septiembre 2003, pág. 18. Para Tokatlian, "el fenómeno terrorista expresa la existencia de un conflicto asimétrico en el que, paradójicamente, las mayores ventajas las tiene el actor menos poderoso; éste escoge el instrumento, el lugar, el momento y el objetivo de su acción de fuerza." Tokatlian, Juan: "Los peligros de esta guerra global contra el terrorismo", Clarín, 22 de octubre de 2001.

³⁶ « Las guerras se harán cada vez menos de Estado a Estado y cada vez más dentro de cada Estado, o bien de Estado a no-Estados o a cuasi-Estados". Canto-Sperber: "Les habits neufs de la guerre", Le Figaro, 9 mars 2005. También: Tigroudja, Hélène: "Quel(s) droit(s) applicable(s) à la "guerre au terrorisme"?", AFDI, 2002, pág. 88.

³⁷ Tertrais, Bruno: "La "guerre mondiale contre la terreur", 2001-2004", Politique Étrangère, 2004, Vol. 3, Automne 2004, pág. 536. La naturaleza del terrorismo islamista hace menos eficaz la acción militar exigiendo, por el contrario, el desarrollo de medios no militares para combatirlo como son los servicios de inteligencia, de policía y de justicia. Assemblée Nationale: "Rapport d'information sur la coopération internationale pour lutter contre le terrorisme", 6 juillet 2004, pág. 13. Posen, Barry: "The Struggle Against Terrorism", IS, Vol. 26, Num. 3, Winter 2001/02.

³⁸ Wouters & Naert, J. & F.: "Shockwaves through international law after 11 September", en Legal Instruments in the Fight against International Terrorism. A Transatlantic Dialogue, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2004, pág. 459; Cassese, Antonio: "Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law", EJIL, Vol. 12, Num. 5, 2001, pág. 997.

³⁹ « En términos legales, todos los elementos sobre los que reposa la acción armada de Estados Unidos en Afganistán están definidos previamente al 11 de septiembre, salvo su calidad de víctima". Pinto, Mónica: "El derecho Internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado", Fondo de Cultura Económica, 2004, pág. 156.

propia política⁴⁰. Para cada uno de estos casos existe una respuesta adecuada en el derecho internacional actual, como lo prueba la fórmula de la resolución 1368⁴¹:

“Insta a todos los Estados a que colaboren con urgencia para someter a la acción de la justicia a los autores, organizadores y patrocinadores de estos ataques terroristas y subraya que los responsables de prestar asistencia, apoyo o abrigo a los autores, organizadores y patrocinadores de estos actos tendrán que rendir cuenta de sus actos”⁴².

El Proyecto de responsabilidad estatal de la CDI⁴³, que la CIJ menciona en sus fallos como derecho consuetudinario, establece que un Estado es responsable por las consecuencias derivadas de haber permitido que su territorio sea utilizado para dañar a otro Estado⁴⁴. Una vez más, la cuestión remite a la definición de “ataque armado”; si los actos de terrorismo constituyen un uso de “fuerza armada” y si éstos, de acuerdo con el fallo de la CIJ en el caso Nicaragua-USA, deben tener una escala significativa⁴⁵.

La respuesta debe encontrarse en los criterios generales que limitan el uso de la fuerza, que implican una evaluación de las circunstancias de hecho: la naturaleza del acto cometido⁴⁶; la gravedad del daño ocasionado; la posibilidad o no de evitar nuevos hechos similares sin recurrir a la fuerza armada; la situación en el país en el que se refugian los terroristas, son todos elementos claves para juzgar la necesidad de una intervención militar y las características (proporcionalidad) que ésta debería eventualmente asumir⁴⁷.

Sin embargo, si existe una responsabilidad estatal en los actos de terrorismo (en particular, si los terroristas son agentes directos o encubiertos de otro Estado) la doctrina del fallo Nicaragua-USA no parece brindar un criterio adecuado porque, por un lado, no

⁴⁰ Consigli y Lavopa discriminan entre: “a) El Estado “anfitrión” que no puede impedir que su territorio sea utilizado por organizaciones terroristas (“estado débil”); b) el Estado “anfitrión” que puede pero no quiere impedir que su territorio sea utilizado por organizaciones terroristas (“estado cómplice”); y c) el Estado “anfitrión”, que fomenta las actividades de organizaciones terroristas en su territorio (“estado terrorista”).” Consigli & Lavopa, José & Federico: “Dos aspectos de la legítima defensa frente a la amenaza terrorista”, AADI, Córdoba, Argentina, 2006, pág. 39. Wouters & Naert, J. & F.: “Shockwaves...”, pág. 459.

⁴¹ Del 12 de septiembre de 2001.

⁴² Véase: Franck, Thomas: “Terrorism and the Right of Self-Defense”, AJIL, Vol. 95, Num. 4, 2001. Esta resolución se articula con el nuevo rol del Consejo de Seguridad en materia de terrorismo, que es explicado más adelante en este capítulo. La resolución 2625 afirmó que “Todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de Guerra Civil o en actos de terrorismo en otro Estado, o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos, cuando los actos a los que se hace referencia en el presente párrafo impliquen el recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza.” El criterio también fue reafirmado por las resoluciones 40/61 (1985) y 49/60 (1994).

⁴³ AG Res. 56/83, 28 de enero de 2002.

⁴⁴ En 1944 en Dumbarton Oaks, China propuso (sin éxito) que se incluyera el siguiente elemento en la definición de agresión: “La provisión de apoyo a grupos armados, formados dentro del territorio [de un Estado], que han invadido el territorio de otro Estado; o la negativa, más allá del pedido del Estado invadido, de adoptar en su territorio todas las medidas en su poder para quitarles a esos grupos toda asistencia o protección”. “Tentative Chinese Proposals for a General International Organization (August, 23, 1944)”, [1944] 1 Foreign Relations of the United States 718, 725.

⁴⁵ ICJ, «Nicaragua-USA, Merits», para. 103 y 104.

⁴⁶ Schachter, Oscar: “International Law: The Right of States to Use Armed Force”, Michigan Law Review, Vol. 82, 1984, pág. 167 y ss.

⁴⁷ Lauterpacht ya señalaba en 1928 que un Estado puede contenerse de avanzar contra individuos o grupos en un tercer Estado, sólo porque ese Estado no amenaza su seguridad o existencia. Lauterpacht, H.: “Revolutionary activities by private persons against foreign states”, AJIL, Vol. 22, Num. 1, 1928.

puede establecerse un umbral de un número de víctimas humanas a partir del cual se reuniría el requisito de la importancia o gravedad de los hechos –cada vida humana debe ocupar el centro de preocupación y responsabilidad de la acción estatal- y, por el otro, eximir a un Estado de responsabilidad porque las consecuencias de un acto terrorista no han sido significativas en términos de vidas humanas es facilitar la continuación de este tipo de actividades⁴⁸.

Hasta el atentado del 11 de Septiembre, la legalidad de las intervenciones antiterroristas fue claramente controvertida⁴⁹: como puede apreciarse en los casos paradigmáticos sintetizados en el *Cuadro 7*, la reacción internacional frente a este tipo de operaciones fue negativa: las intervenciones fueron consideradas absoluta o mayoritariamente ilegales hasta 1993⁵⁰. El caso de los misiles contra Irak (1993) tuvo características distintas del tradicional conflicto entre Israel y las organizaciones palestinas, aproximándose a las represalias estadounidenses contra el atentado libio en Berlín: el gobierno de Saddam Hussein, ya deslegitimado internacionalmente, procuró asesinar en el territorio de un tercer Estado a un ex-presidente. En 1998, el bombardeo contra Afganistán y Sudán marcó la primera operación antiterrorista de envergadura militar contra Al-Qaeda y la reacción internacional continuó siendo controvertida, pero apareció, por primera vez, un consenso occidental.

Los Estados Unidos consideraron que los incidentes del 11/9 equivalían a un ataque armado⁵¹, sometiéndolo a la consideración del Consejo de Seguridad de conformidad con el artículo 51. Esta interpretación fue ampliamente aceptada⁵². La resolución 1368 reconoció en su preámbulo el derecho inmanente de legítima defensa, lo que implícitamente encuadraría los actos terroristas en el concepto de “ataque armado” del artículo 51 de la Carta⁵³; otras Convenciones internacionales consideran como ofensas criminales a los actos que ponen en peligro la seguridad de aviones, su secuestro, el sabotaje o los atentados contra la infraestructura de un Estado utilizando aparatos explosivos⁵⁴.

⁴⁸ Reisman, Michael: “International Legal Responses To Terrorism”, *HJIL*, Vol. 22, 1999, pág. 35.

⁴⁹ En el mismo sentido: Wouters & Naert, J & F: “Shockwaves through international law after 11 September”, en *Legal Instruments in the Fight against International Terrorism. A Transatlantic Dialogue*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2004, pág. 419 y 444.

⁵⁰ El Consejo de Seguridad también reclamó en dos oportunidades la extradición de terroristas antes de 1991, a propósito del intento de asesinato del Presidente Mubarak en Etiopía, por el que se establecieron sanciones contra Sudán; el segundo en razón de los atentados contra las Embajadas estadounidenses en Kenia y Tanzania, por las que se adoptaron sanciones contra los talibanes. Wouters & Naert, J & F: “Shockwaves through international law after 11 September”, en *Legal Instruments in the Fight against International Terrorism. A Transatlantic Dialogue*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2004, pág. 422.

⁵¹ Murphy, Sean: “Terrorism and the Concept of “Armed Attack” in Article 51”, *HarvardILJ*, Vol. 43, Num. 1, Winter 2002.

⁵² Mientras que el Consejo de Seguridad, por medio de las resoluciones 1368 y 1373, no autorizó expresamente el uso de la fuerza a los Estados Unidos, ambas reconocieron el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva y la necesidad de combatir por todos los medios las amenazas a la paz y a la seguridad internacionales causadas por los actos terroristas. En el mismo sentido se expresaron la OTAN y la OEA. El caso es analizado más adelante en este trabajo.

⁵³ Gaja, Giorgio: “In what sense was there an “Armed Attack”?”, *EJIL*, Vol. 13, Num. 2, 2002.

⁵⁴ Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft, signed at Tokyo on 14 September 1963, Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, signed at the Hague on 16

¿El uso de la fuerza armada contra las bases terroristas en un Estado fallido o contra un régimen hostil que consiente, apoya o dirige a grupos terroristas puede justificarse en el ejercicio de la legítima defensa? Ratner⁵⁵ sostiene que la cuestión es controvertida: el proyecto de la CDI, la CIJ y la decisión en el caso Tadic negaron la responsabilidad estatal por el sólo hecho de tolerar las actividades de estos grupos; pero la Resolución 1368 del Consejo de Seguridad⁵⁶, las declaraciones de la OTAN del 12 de septiembre⁵⁷ y 2 de octubre de 2001 y la resolución de la OEA del 21 de septiembre de 2001 parecen, en cambio, afirmarla⁵⁸. Por otra parte, el Consejo de Seguridad ha impuesto sanciones a países como Libia -resolución 748 (1992) y Sudán -resolución 1054 (1996) no sólo por haber permitido que organizaciones terroristas operaran en su territorio, sino también por haberlas apoyado⁵⁹. La respuesta a este dilema depende, a su vez, de diversas variables, algunas de ellas sujetas a su vez a controversia.

La primera cuestión es la existencia de un “ataque armado” como condición para el ejercicio de la legítima defensa⁶⁰, a propósito de los actores que lo ejecutan, del tipo de las armas utilizadas y de la naturaleza de la agresión.

El Estado que alega el ejercicio del derecho a la legítima defensa debe probar qué obligaciones legales no cumplió el Estado al que le atribuye la responsabilidad; hasta tanto ello no ocurra, la legalidad de su acción permanecerá bajo un cierto grado de incertidumbre jurídica⁶¹. Si los autores de los atentados son agentes públicos o encubiertos

December 1970, Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation, signed at Montreal on 23 September 1971, International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, adopted by the General Assembly of the United Nations on 15 December 1997.

⁵⁵ Ratner, Stephen: “Jus ad bellum and Jus in bello after September 11”, AJIL, Vol. 96, Num. 4, 2002, pág. 908.

⁵⁶ El día siguiente a los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, el Consejo de Seguridad reconoció “el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

⁵⁷ “El Consejo estuvo de acuerdo en que, si se determina que el ataque fue dirigido desde el exterior hacia los Estados Unidos, debe ser visto como una acción cubierta por el Artículo 5 del Tratado de Washington, que establece que un ataque armado contra uno o más aliados en Europa o Norteamérica debe ser considerado un ataque en contra de todos ellos”, para luego afirmar: “El compromiso a la legítima defensa colectiva plasmado en el Tratado de Washington (...)”.

⁵⁸ La OEA reconoció el derecho de legítima defensa de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas e hizo notar que “que los responsables de dar ayuda, apoyo o protección a los autores, organizadores y patrocinadores de estos actos son igualmente cómplices de éstos”.

⁵⁹ Bassiouni, Cherif: “Legal Control of International Terrorism: A Policy-Oriented Assessment”, HarvardILJ, Vol. 43, Num. 1, Winter 2002, pág.96.

⁶⁰ Israel afirmó que sus incursiones en el Líbano y Siria estaban justificadas como acciones de legítima defensa y que esos países eran responsables por no evitar que su territorio fuera utilizado por terceros para atacar otro Estado, y que, en ciertos casos, habían apoyado y cooperado con la O.L.P.. “La pregunta, de cualquier forma, no se refiere solamente a la responsabilidad por la masacre ocurrida en Lod hace unas semanas; porque esa matanza de civiles inocentes fue, al fin y al cabo, la culminación de una serie de ataques contra las vidas de civiles inocentes –hombres, mujeres y niños– que han sido cometidos durante años en el territorio libanés. Ojalá pudiera decir que es la culminación de dichos ataques y el fin. Pero, desafortunadamente, los últimos días han demostrado que no es así y que los ataques continúan, que el gobierno del Líbano sigue negando toda responsabilidad por lo que está sucediendo dentro de su propio territorio y se rehúsa a tomar una acción efectiva para poner fin a los actos de agresión y asesinato contra Israel y su población, obligando al gobierno de Israel a tomar medidas para su propia legítima defensa”. Declaración del Embajador de Israel, citado en O’Brien, William: “Reprisals, Deterrence and Self-Defense in Counterterrorism Operations”, VJIL, Winter 1990, pág. 437, nota 88.

⁶¹ “El grado de incertidumbre respecto de la extensión de los deberes de un Estado en relación con la conducción, el aliento o la imposibilidad de suprimir acciones que resulten perjudiciales para la independencia política de otro Estado debe necesariamente reflejarse en la reivindicación de un derecho de legítima defensa contra tales actividades por parte del Estado afectado. Porque, dado que el incumplimiento de un deber es el prerrequisito esencial para que el Estado afectado

de un Estado, la atribución de la responsabilidad estatal radica en la existencia de ese vínculo; si se trata de grupos privados, la dirección de las operaciones por parte de un Estado hostil podría también dar lugar a su responsabilidad internacional, pero si los grupos privados tienen sus bases en el territorio de un Estado fallido o en un Estado hostil que presta su mera aquiescencia a su permanencia en su territorio, ¿puede el Estado víctima considerar que las acciones de esos grupos privados constituyen un “ataque armado” que habilita el ejercicio de la legítima defensa?

En el caso Nicaragua-USA, la Corte afirmó que el concepto de ataque armado incluye “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 a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos”⁶². La “gravedad” se establecería en función de su magnitud y efectos que permitirían una consideración mayor que un “mero incidente fronterizo”⁶³.

Se trata de una posición que es difícil de compartir, en particular si las acciones de los grupos armados están dirigidas a provocar un cambio de sistema político por la fuerza de las armas en el Estado víctima, a la sazón, por medios terroristas. Imaginemos que el Estado A suministra cohetes, misiles o explosivos a la organización terrorista B que actúa en el Estado C o que ataca a C desde bases en el Estado A o en un tercer Estado D. ¿Podría afirmarse que A sólo es responsable internacionalmente, y en particular ante C, sólo si la magnitud y efectos de sus atentados terroristas superan un “mero incidente fronterizo”? ¿Cuántas víctimas o qué cuantía de daños materiales serían necesarios para que el ataque de la organización terrorista pudiera ser considerado como ataque armado?. Los atentados terroristas pueden causar enormes daños: en el caso del 11/9, no sólo se destruyeron completamente las Torres Gemelas en el corazón financiero de los Estados Unidos; el número de víctimas fue peor que el producido en Pearl Harbor⁶⁴; la utilización de aviones comerciales trajo consecuencias de grandes proporciones⁶⁵, desde la suspensión de los vuelos civiles hasta el cierre de la Bolsa de Nueva York durante seis

ejercite su derecho a la legítima defensa contra otro Estado, en tanto esos deberes no estén bien definidos, la posición de la legítima defensa frente a actividades subversivas o a la intervención indirecta debe seguir siendo incierta”. Bowett, Derek: “Self-Defence in international law”, Manchester University Press, 1958, pág. 50.

⁶² Descripción contenida en AG/Res/3314, Art. 3 (g), ICJ, «Nicaragua-USA, Merits», para. 195. Ratner considera que más allá de que la resolución 3314 no ofrece una definición de ataque armado, confirma el acuerdo general de los gobiernos en sostener que el término agresión incluye una variedad de acciones que van desde ataques transfronterizos hasta ataques contra barcos. Ratner, Steven: “Jus ad Bellum and Jus in Bello after September 11”, AJIL, Vol. 96, Num. 4, 2002, pág. 907.

⁶³ Brownlie sostiene que una campaña militar de envergadura dirigida por grupos irregulares con la complicidad del Estado del territorio desde el que operan contra otro Estado, puede constituir “ataque armado”: “Puede entenderse que una campaña coordinada y general llevada a cabo por bandas poderosas e irregulares, con complicidad obvia o fácilmente comprobable del gobierno de un Estado con el cual operan, constituiría un ‘ataque armado’”. Brownlie, Ian: “International Law and the Use of Force by States”, Clarendon Press 1963, pág. 278.

⁶⁴ El Representante de Francia ante las Naciones Unidas, J. D. LeVitte, manifestó: « *Estimamos, por unanimidad, que 6000 personas muertas por aviones civiles convertidos en misiles ya no es un acto de terrorismo sino una verdadera agresión armada. La resolución (1368), en consecuencia, reconoce el derecho a la legítima defensa individual y colectiva. Francia se solidariza plenamente con la acción de los Estados Unidos*”. Le Monde, 18 novembre 2001. También O’Connell, Mary Ellen: “Lawful Self-Defense to Terrorism”, University of Pittsburgh Law Review, 63, 2002.

⁶⁵ Murphy, Sean: “Terrorism and the Concept of “Armed Attack” in Article 51”, HarvardILJ, Vol. 43, Num. 1, Winter 2002. En el mismo sentido Mégret, Frederick: ““War”? Legal Semantics and the Move to Violence”, EJIL, Vol. 13, Num. 2, 2002, pág. 12.

días. Los atentados en Kenia y Tanzania produjeron más de 200 muertos y 5000 heridos. ¿Cómo saber la magnitud que tendrá el próximo ataque?: a la luz de los ya producidos, las consecuencias negativas pueden ser de una enorme significación.

El artículo 51 de la Carta no define el ataque armado⁶⁶ al que hace referencia, tanto desde el punto de vista del actor⁶⁷ como de los medios utilizados para consumar el ataque. Las acciones de las organizaciones terroristas, en particular de las internacionales, han sido reconocidas como justificantes de la legítima defensa⁶⁸ si con sus acciones procuran obligar a un Estado a realizar una acción o una abstención de naturaleza política o a afectar al Estado de otras maneras⁶⁹, lo que puede considerarse un cambio en el paradigma wesphaliano de 1945, asociado a la idea de ejércitos nacionales cruzando fronteras de otro Estado⁷⁰. Una de las conclusiones que pueden extraerse del 11/9 es el casi unánime reconocimiento por la práctica de los Estados de que los actos de terrorismo perpetrados por actores no estatales están comprendidos dentro de los parámetros del

⁶⁶ La CIJ, en el caso Nicaragua-USA, afirmó que no existe en la Carta de las Naciones Unidas ni en los tratados una definición de ataque armado que dé lugar al ejercicio del derecho de legítima defensa. *“Más aún, una definición de ‘ataque armado’ que, si se encontrara que existe, autorizara el ejercicio del ‘derecho inmanente’ a la legítima defensa, no está prevista en la Carta y no está consagrada en tratados internacionales”*. ICJ, «Nicaragua-USA, Merits», para. 176.

⁶⁷ Murphy, Sean: *“Terrorism and the Concept of ‘Armed Attack’ in Article 51 of the UN Charter”*, HarvardILJ, Vol. 43, Num. 1, Winter 2002, pág. 50; *“Self-Defense and the Israeli Wall Advisory Opinion: an Ipse Dixit from the ICJ?”*, AJIL, Vol. 99, Num. 1, 2005, pág. 71. En el mismo sentido Wedgwood, Ruth: *“Responding to Terrorism: The Strikes Against Bin Laden”*, The Yale Journal of International Law, Vol. 24, Num. 2, 1999, pág. 564; Stahn, Carsten: *“Terrorist Acts as ‘Armed Attack’: The Right to Self-Defense, Article 51 (1/2) of the UN Charter and International Terrorism”*, The Fletcher Forum of World Affairs, Vol. 27, Num. 2, 2003, pág. 36.

⁶⁸ Murphy, Sean: *“Terrorism and the Concept of ‘Armed Attack’ in Article 51 of the UN Charter”*, HarvardILJ, Vol. 43, Num. 1, Winter 2002, pág. 51. Para Wedgwood, los atentados contra las embajadas americanas en Kenia y Tanzania constituyeron claramente ataque armado que autorizaban el ejercicio de la legítima defensa por parte de los Estados Unidos. Wedgwood, Ruth: *“Responding to Terrorism: The Strikes Against Bin Laden”*, The Yale Journal of International Law, Vol. 24, Num. 2, 1999, pág. 564. Esta misma autora también consideró a los atentados del 11 de Septiembre como ataque armado que da lugar al ejercicio del derecho de legítima defensa. Wedgwood, Ruth: *“The ICJ Advisory opinion on the Israeli Security Fence and the limits of Self-Defense”*, AJIL, Vol. 99 Num. 1, 2005, pág. 59. Teurbe-Tolón, José Javier: *«Questions concerning the legality of the use of force in Southern Lebanon during the Israel-Hezbollah conflict of 2006»*, New York International Law Review, Winter, 2008, pág. 9.

⁶⁹ *“Está claro que los ataques terroristas contra funcionarios del Estado, agentes policiales o unidades militares son ataques contra el Estado, sin importar dónde ocurran. Los ataques contra personas privadas y la propiedad privada también pueden ser entendidos como ataques contra un Estado cuando tienen por fin intimidar y atemorizar para obligar a ese Estado a tomar, o dejar de tomar, una acción política. Muchos ataques contra nacionales de determinados países por parte de terroristas que han hecho reclamos contra ese país han sido razonablemente entendidos como ataques contra los Estados en cuestión. Algunos actos terroristas también pueden ser considerados como ataques contra un Estado. Por ejemplo, un ataque contra un pueblo que comparte un vínculo étnico o religioso con un Estado, pese a no ser nacionales, podría ser un ataque contra ese Estado, destinado a intimidarlo”*. Schachter, Oscar: *“International Law: The Right of States to Use Armed Force”*, Michigan Law Review, Vol. 82, 1984, pág. 164.

⁷⁰ Kohen sostiene una interpretación restrictiva: en su opinión, el ataque armado al que hace referencia el artículo 51 de la Carta es el ataque militar sostenido atravesando las fronteras del Estado. En su opinión, en las últimas décadas, los Estados Unidos han interpretado ampliamente los usos de fuerza que autorizan el ejercicio de la legítima defensa; por ejemplo, en los casos de Grenada (protección de nacionales), Nicaragua (intereses hemisféricos), Panamá (lucha contra el tráfico de drogas), Irak (intento de asesinato de ex presidente), los Estados Unidos no fueron víctima de un “ataque armado” clásico y no buscaron una autorización del Consejo de Seguridad para usar la fuerza. Kohen, Marcelo: *“Is the US practice of using of force changing international law”*, World Editorial & International Law, Vol. 2, Num. 1, 2003, pág. 9.

artículo 51 de la Carta⁷¹, que se ha convertido en la norma básica justificante del uso unilateral de la fuerza por parte de los Estados contra atentados terroristas⁷².

De los doce casos de intervenciones antiterroristas analizados en este trabajo, cuya síntesis puede verse en el *Cuadro 7*, en todos se alegó el ejercicio de la legítima defensa como reacción luego de haber sufrido un atentado (un supuesto ataque de las FARC en el caso de la intervención de Colombia en Ecuador (2008)), aún cuando en nueve de ellos consideramos que se trataba de una justificación indirecta del ejercicio de represalias o de intervenciones contra bases en terceros Estados. Los atentados terroristas del 11/9 fueron calificados por el Consejo como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales del capítulo VII de la Carta⁷³. Sólo en el caso Afganistán 2001, una resolución del Consejo de Seguridad reconoció explícitamente el derecho a ejercer la legítima defensa⁷⁴; las acciones que pueda tomar el Consejo en virtud de los artículos 41 y 42 de la Carta contra actores no estatales no pueden restringirse a nivel del ejercicio del derecho inmanente de legítima

⁷¹ Como se analiza en el caso Afganistán, en este Capítulo. También en el mismo sentido: Stahn, Carsten: "Terrorist Acts as "Armed Attack": The Right to Self-Defense, Article 51 (1/2) of the UN Charter and International Terrorism", *The Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 27, Num. 2, 2003, pág. 37; Cassese, Antonio en Cot & Pellet, Jean-Pierre et Alain: "La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article", 3^{ème} Edition, Economica, 2005; Cannizzaro, Enzo: "Entités non-étatiques et régime international de l'emploi de la force une étude sur le cas de la réaction israélienne au Liban", *Revue Générale de Droit International Public*, 2007, págs. 331 a 352; Teurbe-Tolón, José Javier: «Questions concerning the legality of the use of force in Southern Lebanon during the Israel-Hezbollah conflict of 2006», *New York International Law Review*, Winter, 2008, pág. 9, considera que el caso del "Caroline" es un antecedente de que la acción de grupos privados puede dar lugar a la legítima defensa.

⁷² Para Stahn, esto sería un desarrollo deseable porque una expansión del artículo 51 es preferible a la creación de excepciones no escritas y porque además no erosionaría la prohibición del 2.4 de la Carta. Finalmente, la aceptación de que el concepto de ataque armado incluya los actos de terrorismo por actores no estatales – como Al Qaeda – sería considerado como una adaptación del sistema desde adentro. Stahn, Carsten: "Terrorist Acts as "Armed Attack": The Right to Self-Defense, Article 51 (1/2) of the UN Charter and International Terrorism", *The Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 27, Num. 2, 2003, pág. 37 y 38.

⁷³ En 1992, en ocasión de los atentados contra los vuelos de Pan American 103 y TWA 772, el Consejo también lo declaró por medio de la resolución 731 del 21 de enero de 1992. El criterio fue reafirmado en las resoluciones 1044 y 1189. La resolución 748 estableció que "la eliminación de actos de terrorismo internacional, incluidos aquellos en que participan directa o indirectamente Estados, es indispensable para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales". Wouters & Naert, J & F: "Shockwaves through international law after 11 September", en *Legal Instruments in the Fight against International Terrorism. A Transatlantic Dialogue*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2004, pág. 425.

Asimismo, en la resolución 1267 el Consejo manifestó que la falta de cooperación por parte del gobierno talibán y el hecho de dar refugio a terroristas constituía una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. Lo que sí es una novedad en las resoluciones 1368 y 1373 es que reafirman expresamente el derecho inmanente de legítima defensa, reconocimiento que no había sido realizado en la resolución 1189 (del 13 de agosto de 1998) en ocasión de los atentados en Kenia y Tanzania. Stahn, Carsten: "Security Council Resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001): What They Say and What They Do Not Say", *EJIL*, Vol. 13, Num. 2, 2002.

⁷⁴ Stahn, Carsten, "op.cit.", pág.37. Para O'Connell, la operación "Enduring Freedom" fue legal porque los Estados Unidos habían sido víctimas de un importante ataque armado y porque el vínculo entre los talibanes y Al Qaeda era lo suficientemente estrecho como para hacer responsable a los talibanes por los actos de la organización terrorista. O'Connell, Mary-Ellen: "Lawful Self-Defense to Terrorism", *University of Pittsburg Law Review*, Vol. 63, 2001/02, pág. 908. Como se ha visto, varias resoluciones anteriores del Consejo habían establecido este vínculo.

defensa estatal: si el Consejo puede actuar contra Al Qaeda, ¿por qué no podría hacerlo el Estado víctima del ataque⁷⁵?

Por otra parte, el derecho a la legítima defensa no puede ser suspendido porque el Consejo hubiera adoptado una serie de medidas para luchar contra el terrorismo internacional⁷⁶. El ejercicio del derecho de legítima defensa no está subordinado a la presentación de pruebas ante el Consejo de Seguridad antes de llevar adelante las acciones ⁷⁷, porque un requerimiento tal podría paralizar el uso del derecho; la responsabilidad por un ataque injustificado emerge de su consideración posterior, excepto que el Estado que alega la legítima defensa presente el caso a la previa consideración del Consejo de Seguridad o haga pública la evidencia de la responsabilidad del Estado atacante. Este fue el caso, por ejemplo, del Reino Unido, que en octubre de 2001 hizo público un Informe en el que detallaba las relaciones entre Al Qaeda y los talibanes⁷⁸.

¿Las armas utilizadas intervienen en la calificación de un “ataque armado”? Los terroristas utilizan armas de guerra pero también otro tipo de elementos y materiales civiles (en el atentado del 11/9 se utilizaron aviones comerciales y “*box cutters*”⁷⁹ como armas): la naturaleza de los medios utilizados no tiene influencia en la determinación del derecho a la legítima defensa: es el daño provocado y la intención de consumar una agresión lo que define su tipo legal, no existiendo una enumeración taxativa de los sistemas de armas que deben emplearse para ser encuadrados en el tipo legal.

¿Existe una magnitud mínima requerida en el atentado para que éste pueda considerarse un “ataque armado”? Si el atentado es de reducida significación, el requisito de la proporcionalidad puede dar una medida adecuada de respuesta a la pregunta, al

⁷⁵ Franck, Thomas: “Terrorism and the Right of Self-Defense”, *AJIL*, Vol. 95, Num. 4, October 2001, pág. 840.

⁷⁶ Interpretar el artículo 51 de la Carta en ese sentido sería caer en una *reductio ad absurdum*. Franck, Thomas, “op.cit.”.

⁷⁷ Franck, Thomas, “op.cit.”. Lobel, en cambio considera que debiera exigirse en mismo nivel de evidencia que se exige en el plano interno. Lobel, Jules: “The Use of Force to Respond to Terrorist Attacks: The Bombing of Sudan and Afghanistan”, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 24, Num. 2, 1999. Lo que Lobel no explica es cómo puede el Estado obtener esa prueba en un tercer Estado, particularmente si está sujeto a un régimen hostil. Se trata de una exigencia exagerada para la víctima. El principio de la buena fe debiera obligar al Estado acusado a facilitar la obtención de la prueba; el Consejo de Seguridad también podría efectuar una averiguación objetiva de los hechos sometidos a su consideración. Véase también lo explicado en los casos de los Bombardeos contra Libia (1986) y Afganistán y Sudán (1998). La CIJ en el Caso Nicaragua-USA tampoco se consideró obligada a determinar los hechos más allá de las pruebas de las partes.

⁷⁸ “El diario británico dice, en sus puntos más significativos, que: En 1996 Osama Bin Laden regresó a Afganistán. Estableció una relación cercana con el Mullah Omar, y apoyó al Talibán. Osama Bin Laden y el régimen Talibán tienen una estrecha alianza, de la que ambos dependen mutuamente para la continuación de su existencia. También comparten los mismos valores religiosos y la misma visión; Osama Bin Laden ha otorgado al Talibán tropas, armas y dinero para luchar contra la Alianza del Norte. Está estrechamente involucrado con el entrenamiento, la planificación y las operaciones militares del Talibán. Tiene representantes en las estructura de comando militar del Talibán. También ha brindado asistencia con infraestructura y con ayuda humanitaria. Las fuerzas bajo el control de Osama Bin Laden han peleado junto al Talibán en la guerra civil de Afganistán; Omar le concedió a Bin Laden un nuevo refugio seguro para operar y le ha permitido establecer campos de entrenamiento terrorista en Afganistán. Explotan de modo conjunto el narcotráfico afgano. Como contrapartida del apoyo activo de Al Qaeda, el Talibán le permite a Al Qaeda operar libremente, incluyendo el planeamiento, el entrenamiento y la preparación de actividades terroristas. Además, el Talibán provee seguridad para el almacenamiento de droga”. British Release Evidence Against bin Laden. Citado en O’Connell Mary Ellen: “Lawful Self-Defense to Terrorism”, *University of Pittsburgh Law Review*, 63, 2002.

⁷⁹ Cuchillas para cortar cartón.

igual que el criterio de “gravedad” recogido en el artículo 2 de la Definición de Agresión⁸⁰; sin embargo, ¿qué sucede cuando los atentados “menores” se repiten regularmente?; ¿en qué momento han alcanzado la magnitud para que el Estado víctima considere que se han reunido las condiciones para el ejercicio de la legítima defensa? La cuestión no puede resolverse matemáticamente, estableciendo, por ejemplo, un número de víctimas, una cuantía de los daños o una cantidad de atentados. Todo Estado tiene el derecho inmanente de juzgar por sí mismo cuando corresponde ejercer la legítima defensa; el Estado que se considere injustamente atacado por el ejercicio abusivo de ese derecho puede denunciar el hecho ante el Consejo de Seguridad y demandar una reparación ante la CIJ y otras eventuales instancias regionales.

La aplicación del concepto de inminencia al fenómeno del terrorismo es una operación compleja, derivada de que la sorpresa y la clandestinidad son elementos esenciales de sus acciones. Por otra parte, si cada atentado de una serie es considerado una unidad en sí mismo, toda acción destinada a poner fin a las acciones de un grupo terrorista serían considerados preventivos y su legalidad, por lo tanto, cuestionada⁸¹. El ataque del 11/9, sin embargo, no podía considerarse un hecho aislado⁸², sino que formaba parte de una larga lista de hechos anteriores⁸³, que Al-Qaeda había prometido continuar: estas amenazas finalmente se cumplieron⁸⁴. El encadenamiento de un atentado con otro hace que la amenaza quede constituida por un continuo de acciones (acumulación de eventos) que se prolonga en el tiempo, incluyendo el futuro: de esta manera, queda habilitada la legítima defensa precautoria (dirigida a evitar el próximo atentado “inminente”) y, de manera controvertida, una intervención preventiva que procure evitar el desarrollo de una amenaza mayor en el futuro⁸⁵.

⁸⁰ “El primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba prima facie de un acto de agresión, aunque el Consejo de Seguridad puede concluir, de conformidad con la Carta, que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de otras circunstancias pertinentes, incluido el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad.” En el mismo sentido, Franck, Thomas: “On proportionality of countermeasures in International Law”, AJIL, Vol. 102 (2008), págs. 715 y ss.

⁸¹ Los críticos de la aplicabilidad de la legítima defensa sostienen que en el caso de Afganistán 2001 no se cumplió con los requisitos de inmediatez y contemporaneidad, porque las acciones de la coalición sólo comenzaron casi un mes después de los atentados. Lozada, Martín: “El uso de la fuerza en las relaciones internacionales: los atentados del 11 de septiembre, su respuesta y el Derecho Internacional”, Jurisprudencia Argentina, 2002-I, 2002. Véase la respuesta a esta observación en el análisis de este caso.

⁸² “(...) Ahora están determinados a sacar las fuerzas estadounidenses de Arabia Saudita (...). Albright, Madeleine: “Statement”, National Commission on Terrorist Attacks upon the United States, March 23, 2004. Deben recordarse también los ataques contra el World Trade Center en 1993, contra las Embajadas Americanas en Tanzania y Kenya en 1998, y contra el destructor USS Cole en 2000.

⁸³ Franck, Thomas: “Terrorism and the Right of Self-Defense”, AJIL, Vol. 95, Num. 4, 2001.

⁸⁴ Atentados en Madrid (11 de marzo de 2004) y Londres (7 de julio de 2005).

⁸⁵ “(...) Si los episodios armados provenientes de una misma fuente se repiten, las acciones armadas en respuesta configuran en opinión de Bowett legítima defensa, puesto tienen como objetivo frustrar nuevos ataques. Pensamos que esta idea es correcta, ya que la conducta humana básicamente expresa significaciones y se presenta en forma de unidades de sentido. (...) Una cosa es una guerra de agresión, como la que se invocó en Nuremberg y que subsume todos los otros episodios, otra cosa es una lucha fraccionada en ataques de tipo terrorista o guerrillero patrocinados por un Estado, que no se agota en un solo episodio y que preanuncia muchos otros”. Barboza, Julio: “Contramedidas en la reciente codificación de la responsabilidad de los Estados. Fronteras con la legítima defensa y el Estado de necesidad”, AADI, Vol. XII, Córdoba, Argentina, 2003, págs. 28 y 29.

Otra cuestión tiene que ver con la relación entre la disuasión, la legítima defensa, las represalias y la intervención armada aplicadas a las organizaciones terroristas. La disuasión puede tener éxito, en ciertos casos, elevando el costo de un bien preciado por la organización como, por ejemplo, el mantenimiento del apoyo del Estado donde tienen sus bases o de la población de la que espera obtener su apoyo para sus fines políticos⁸⁶. Estos objetivos pueden alcanzarse en el largo plazo por medio de una deslegitimación política de los medios empleados para alcanzar los fines enunciados (“intervención blanda”). Sin embargo, ciertas organizaciones pueden ser resistentes a esta influencia, por ejemplo, en razón de su fanatismo o sus concepciones religiosas⁸⁷. ¿Qué rol puede jugar entonces el uso de la fuerza en la disuasión de estos grupos?. Dos tipos de represalias han sido utilizadas con fines disuasivos: las punitivas (que elevan la relación costo-beneficio, tanto al nivel de la organización como del Estado hostil que las ampara o dirige) y las neutralizantes, que procuran dismantelar la capacidad operativa. Las intervenciones armadas buscan poner fin o disminuir la capacidad operativa en Estados fallidos, donde la disuasión de una represalia punitiva no puede esperarse a nivel gubernamental en razón de la descomposición política interna. Sin embargo, rara vez un Estado afirma realizar represalias punitivas, por el costo eventual de deslegitimación política que involucra un reconocimiento de sus fines: justificadas entonces represalias e intervenciones en la necesidad de poner fin a la acción de organizaciones que tienen bases en terceros países⁸⁸, los Estados víctimas acuden habitualmente a la figura de la legítima defensa, que les brinda la oportunidad de basar sus acciones en un derecho irrestricto previo a la Carta de las Naciones Unidas⁸⁹.

⁸⁶ Trager & Zagorcheva, Robert & Dessislava: “Deterring Terrorism”, IS, Vol. 30, Num. 3, Winter 2005/06; Kydd & Walter, Andrew & Barbara: “Strategies of Terrorism”, IS, Vol. 31, Num. 1, Summer 2006.

⁸⁷ Se ha afirmado, por ejemplo, que la lógica del extremismo religioso no es la del costo beneficio propio del mundo de la cantidad; su racionalidad no es la del Occidente capitalista: Massot, Vicente: “Estados Unidos y la enemistad absoluta”, Archivos del Presente, Núm. 26, 2001, pág. 54; “Adiós a la lógica de la Guerra Fría”, La Nación, 18 de octubre de 2002.

⁸⁸ “Un *ius ad bellum* realista y justo que regule los ataques antiterroristas contra posiciones terroristas en Estados “refugios” reconocería que tales medidas son una forma de legítima defensa. Este derecho de legítima defensa se extiende a la protección de los nacionales de un Estado fuera de su territorio, incluyendo la protección contra la piratería aérea. Sin perjuicio de la práctica del Consejo de Seguridad y de la opinión de la mayor parte de la doctrina, la distinción entre represalia y legítima defensa y la opinión de que las represalias no están lícitamente permitidas deberían ser abandonadas”. O’Brien, William: “Reprisals, Deterrence and Self-Defense in Counterterrorism Operations”, VJIL, Winter 1990, pág. 475.

⁸⁹ Barboza ha sostenido que en este caso existiría una estrecha relación entre la legítima defensa y las represalias: “(...) por el contrario, nadie puede negar tampoco a las represalias armadas su ingrediente de legítima defensa, pues aparte de la finalidad punitiva que pudiera existir, la represalia tiende indudablemente a atacar las fuentes mismas del ataque anterior, para contribuir a su no repetición en el futuro. En la medida en que veamos las acciones de fuerza distribuidas en el tiempo como un continuum y no como episodios desconectados entre sí, las represalias armadas constituyen una forma de legítima defensa también en continuum y tienden a frustrar y contrarrestar un ataque armado distribuido también él en el tiempo”. Barboza, Julio: “Contramedidas en la reciente codificación de la responsabilidad de los Estados. Fronteras con la legítima defensa y el Estado de necesidad”, AADI, Vol. XII, Córdoba, Argentina, 2003, págs. 28. Se trataría, en este caso, de represalias disuasivas, ante la acumulación de eventos.