

USO DE LA FUERZA Y TERRORISMO INTERNACIONAL EL CASO DE AFGANISTÁN

FAROUK GARFE JARUFE
Universidad Católica de Valparaíso

I. INTRODUCCIÓN

La reacción de Estados Unidos de Norteamérica contra los criminales atentados terroristas perpetrados el 11 de septiembre del año en curso en Nueva York, Washington D. C., y Pennsylvania, que merecieron una unánime condena y repudio mundial, y que incluye el uso masivo de la fuerza armada contra el régimen talibán que gobierna Afganistán, nos lleva necesariamente a reflexionar sobre si dicha acción es legítima de conformidad al ordenamiento jurídico internacional. La interrogante, y en este punto disentimos con la explicable tendencia de algunos sectores a justificar y apoyar la acción de Estados Unidos debido a la naturaleza, características y efectos de la agresión sufrida, no tiene en nuestra opinión una respuesta acorde con dicha tendencia.

Por supuesto, en esta intervención no analizaremos las múltiples y complejas facetas que posee la situación generada a partir de los hechos terroristas, tanto políticas, religiosas, culturales, económicas, militares, estratégicas, humanitarias y sociales; tampoco estudiaremos el fenómeno del terrorismo internacional, sus alcances y tratamiento jurídico por las convenciones existentes sobre la materia. Nuestro propósito se limita a examinar de conformidad al Derecho Internacional la naturaleza jurídica de la acción armada emprendida por Estados Unidos y a analizar los argumentos que se han esgrimido con el objeto de sostener su legitimidad.

Con tal objeto expondremos someramente los principios jurídicos generales que rigen el uso de la fuerza en las relaciones internacionales para luego considerar las circunstancias de justificación que se han invocado y terminar con un comentario de las resoluciones aprobadas por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas al respecto.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL USO DE LA FUERZA EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Tal como expresamos, y por ser una materia ampliamente conocida, sintetizaremos como una introducción necesaria al tema central de esta ponencia, los principios y normas que rigen el uso de la fuerza en el ámbito de las relaciones internacionales.

Prescindiendo de la larga evolución histórica que ha experimentado el Derecho Internacional en su regulación jurídica, debemos señalar que a partir de 1945, y en estrecha conexión con el objetivo primordial de las Naciones Unidas de mantener la paz y seguridad internacionales, la amenaza y el uso de la fuerza se encuentran proscritos, de acuerdo a lo dispuesto en el párrafo 4º del artículo 2º de la Carta de la Organización Mundial, que expone: *“Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”*.

Esta prohibición ha sido ampliamente desarrollada por otros instrumentos jurídicos internacionales, como la Resolución 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (XXV), la denominada “Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas” y la Resolución 3314 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (XXIX), sobre “Definición de la Agresión”. También ha sido reproducida en innumerables tratados internacionales, entre los que destacaremos aquellos que instituyeron organizaciones internacionales regionales, como la Organización de los Estados Americanos, y los que instauraron sistemas de seguridad colectiva, como el que creó la Organización del Tratado del Atlántico Norte y, en nuestro hemisferio, el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca.

La Corte Internacional de Justicia, en su fallo en el asunto relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua contra Estados Unidos), declaró en 1986 que esta prohibición debe ser considerada como una norma general de carácter consuetudinario y, aún más, agregó que “...en sus trabajos de codificación del Derecho de los Tratados la Comisión de Derecho Internacional expresó la opinión de que “el Derecho de la Carta relativo a la prohibición del uso de la fuerza constituye en sí el ejemplo más claro de una norma de Derecho Internacional que es de *jus cogens*”. Ya con mucha anterioridad la doctrina le había reconocido unánimemente este carácter, es decir, el constituir una norma imperativa de derecho internacional general. Su violación mediante la agresión constituye un

crimen internacional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 19, párrafo 3º, letra a), del Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional (CDI).

Son conocidos los problemas de interpretación que suscitó en el pasado esta disposición en relación a su ámbito de aplicación (no lo sería en el interno de los Estados), a la naturaleza de la fuerza que se prohíbe (sólo la armada), y a sus alcances al surgir nuevas situaciones, especialmente de carácter humanitario, que podrían eventualmente justificar una intervención de esta naturaleza.

Como toda norma general, la prohibición del uso de la fuerza admite excepciones siendo las más importantes aquella que es ejercida por las propias Naciones Unidas de conformidad a los preceptos del Capítulo VII de su Carta y el derecho a la legítima defensa individual y colectiva de acuerdo a su artículo 51, materia esta última a la que nos referiremos in extenso más adelante. Debemos mencionar la obsolescencia del caso contemplado en el artículo 53 en relación al 107, referente a los Estados enemigos de los signatarios de la Carta durante la Segunda Guerra Mundial. Prescindiremos, además, por no ser pertinente para este análisis, de la licitud de la fuerza ejercida por los movimientos de liberación nacional.

La prohibición no afecta la legitimidad de las contramedidas que puede adoptar un Estado perjudicado por el hecho ilícito de otro u otros Estados, dentro de los límites que impone el Derecho Internacional Público, el que excluye perentoriamente el uso de la fuerza.

Sin embargo, la realidad internacional ha demostrado desde 1945 a la fecha, que la prohibición consagrada en la disposición que hemos citado ha sido burlada en infinidad de oportunidades bajo los más diversos pretextos y al amparo de excusas jurídicas inexistentes, falsas o inadmisibles, especialmente el recurso al argumento del derecho a la legítima defensa, la protección de nacionales en el extranjero y, más adelante, la necesidad de una intervención humanitaria, hipótesis esta última que no excluyo como lícita bajo condición de cumplir con estrictos requisitos de procedencia, exigencia lamentablemente no observada en la mayoría de los casos en que se ha invocado. Por otra parte, el sistema de seguridad colectiva creado por la Carta de Naciones Unidas ha demostrado su insuficiencia, e incluso inoperancia en muchos casos, al transformar en letra muerta la prohibición del uso de la fuerza, debido especialmente al abuso en el ejercicio del derecho de veto en que incurren los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, auténtica oligarquía internacional, y al incumplimiento de lo acordado en San Francisco en lo que se refiere a la celebración de los convenios contemplados en el artículo 43 de la Carta. Por un largo período de tiempo estos fueron algunos de los efectos del enfrentamiento Este Oeste que ca-

racterizó al mundo bipolar postbélico, de la mal denominada Guerra Fría que, en los distintos escenarios en que se desarrolló, fue la causa de los millones de víctimas de las guerras que se produjeron entre 1945 y 1990, en gran parte disfrazadas con la apariencia formal de conflictos armados internos. La caída de los socialismos reales abrió la esperanza de que surgiera un nuevo orden internacional basado en la justicia y la paz y con primacía del Derecho en las relaciones interestatales, expectativas que pronto se esfumaron ante la consolidación de un mundo unipolar dirigido y dominado por Estados Unidos de Norteamérica que devino en la gran potencia imperial hegemónica de nuestros tiempos, seguida de una corte de Estados incondicionales que reciben los beneficios de una relación privilegiada.

La situación expuesta precedentemente constituye el trasfondo político que explica pero no valida la violación reiterada del principio estructural de la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

La intervención armada de Estados Unidos de Norteamérica en Afganistán cuenta, por diversas razones, con el apoyo material de algunas potencias europeas y el político y diplomático de una gran cantidad de países de otras regiones del orbe, incluyendo el nuestro, cuyos gobiernos le han otorgado un respaldo casi prácticamente irrestricto. Algunos fueron impactados sorpresivamente por el cruel atentado generando un sentimiento espontáneo y natural de solidaridad hacia las víctimas tanto en la ciudadanía como en el gobierno. Otros temieron por la estabilidad de sus propios regímenes políticos autocráticos, cuyas minorías dirigentes sintieron amenazados sus enormes e irritantes privilegios. Los menos estaban conscientes de la imperiosa necesidad de combatir el terrorismo internacional en la convicción de que éste constituye un crimen internacional que pone en peligro la paz y seguridad internacionales. Sin embargo, los más respaldaron a Estados Unidos por razones de conveniencia más utilitarias y pragmáticas. Es decir, motivaciones casi todas de naturaleza extra jurídica y ajenas al Derecho. Por ello, estimamos necesario analizar si dicha intervención es legítima según el ordenamiento jurídico internacional o bien constituye una violación del mismo y, por tanto, es irremediabilmente ilícita.

III. LA REPRESIÓN DE LOS ACTOS TERRORISTAS, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS ATAQUES ARMADOS DE ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA A AFGANISTÁN

Hay consenso universal en considerar el terrorismo como un crimen internacional que todos los Estados están obligados a prevenir y reprimir. Se han concluido al respecto numerosos tratados, algunos vigentes, cuyo objeto es la represión de determinados actos ilícitos que pueden caracterizarse como acciones terroristas, y también otros convenios más amplios y

genéricos, aunque estos últimos son sólo de aplicación regional. No se ha aprobado, en consecuencia, un tratado general de vigencia universal sobre la materia, a pesar de los intentos fallidos que se hicieron en el pasado y de los infructuosos esfuerzos de Naciones Unidas. El primero de los proyectos presentados fue la Convención de Ginebra de 1937, patrocinada por la antigua Sociedad de las Naciones, la que nunca entró en vigor. Referencias al terrorismo las encontramos también en las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, de las cuales podríamos citar, a vía de ejemplo, el artículo 33 del Cuarto Convenio, y el artículo 4° N° 2, letra d) del II Protocolo Adicional. Entre los tratados que se refieren específicamente a determinados actos terroristas se encuentran el “Convenio sobre las infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de las aeronaves” (Tokio, 1963), el “Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves” (La Haya, 1970) y el “Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil” (Montreal, 1971). Por otra parte están vigentes la “Convención para la prevención y represión de delitos cometidos en contra de personas protegidas internacionalmente, incluidos los agentes diplomáticos” (Nueva York, 1973), la “Convención internacional contra la toma de rehenes” (Nueva York, 1979), y el “Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima” (Roma, 1988). Mención especial requieren los acuerdos regionales americano y europeo sobre la materia, a saber, el “Convenio de Washington sobre prevención y represión de actos de terrorismo”, celebrado dentro del marco de la Organización de los Estados Americanos en 1971 y el “Convenio Europeo para la represión del terrorismo” (Estrasburgo, 1977).

Asimismo, debemos citar numerosas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que atendidas sus características y valor en la formación de normas consuetudinarias y principios generales de derecho, adquieren una trascendencia jurídica especial. Las más específicas son la Resolución 3034 (XXVII), de 1972, que contiene “Las medidas para prevenir el terrorismo internacional que pone en peligro vidas humanas inocentes o causa su pérdida, o compromete las libertades fundamentales, y estudio de las causas subyacentes de las formas de terrorismo y los actos de violencia que tienen su origen en las aflicciones, la frustración, los agravios y la desesperanza y que conducen a algunas personas a sacrificar vidas humanas, incluida la propia, en un intento de lograr cambios radicales”; y la 40/61, con el mismo título, de 1985. Se suelen mencionar, además, párrafos de las resoluciones 2625 (XXV) y 3314 (XXIX), antes nombradas, ambas de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y que versan, tal como se dijo, sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la

Carta de las Naciones Unidas y la definición de la agresión, respectivamente.

De todos estos instrumentos, y otros que por razones de tiempo y espacio no hemos mencionado, es posible afirmar como una primera conclusión que el terrorismo es considerado como un crimen internacional que obliga a los Estados a prevenirlo y reprimirlo, y a cooperar entre ellos con tal fin. Asimismo, los Estados deben *“cumplir con la obligación que les impone el Derecho Internacional de abstenerse de organizar o instigar actos de terrorismo en otros Estados, de prestar asistencia o participar en su comisión, o consentir la realización en su territorio de actividades encaminadas a la comisión de esos actos”*, según el párrafo 6 de la resolución 44/61. Este principio ya había sido formulado por la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, que en uno de sus párrafos relativos al primer principio sobre la prohibición del uso de la amenaza o el uso de la fuerza, expresa 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 que se hacen referencia en el presente párrafo impliquen el recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza”*.

Por los hechos que conocemos, y como una segunda conclusión que se desprende de la información proporcionada por los medios de comunicación, pareciera que está fuera de duda y se encuentra acreditado que el régimen talibán que gobierna en Afganistán infringió las normas ya señaladas al permitir que en su territorio se organizaran atentados terroristas contra otros Estados otorgando, además, refugio y protección a sus autores.

Afectado directamente por la acción terrorista, Estados Unidos, luego de formular un ultimátum al gobierno afgano exigiendo la captura y entrega de los supuestos autores intelectuales de los atentados y esperar un determinado lapso de tiempo, procedió a utilizar la fuerza armada contra Afganistán mediante ataques aéreos masivos y a desplegar efectivos militares y navales en preparación de una invasión. Simultáneamente, inició su apoyo militar y político al ejército rebelde opositor al régimen talibán.

Tomando como fundamento los hechos acaecidos y las declaraciones oficiales de las máximas autoridades tanto estadounidenses como afganas, es posible además exponer las siguientes otras conclusiones de importancia para un posterior análisis jurídico.

i) Los atentados sufridos por Estados Unidos de Norteamérica, que habrían causado de acuerdo a cálculos preliminares la muerte de más de seis mil personas y cuantiosos daños materiales y morales, son considerados por esta nación como una agresión en su contra.

ii) Estados Unidos, actuando unilateralmente, aunque apoyado por algunos países europeos, ha hecho uso de la fuerza mediante el ataque armado continuado contra Afganistán, por negarse éste a entregar a los presuntos

autores intelectuales de los atentados terroristas perpetrados en su contra.

iii) Estos supuestos autores intelectuales no representan al Estado atacado militarmente ni tampoco integran sus órganos oficiales, aunque cuentan con su aparente protección de acuerdo a las informaciones difundidas.

iv) Por último, Estados Unidos de Norteamérica ha apoyado militarmente a la facción rebelde u opositora en contra del gobierno constituido en Afganistán.

Formuladas estas precisiones, cabe a continuación examinar si la actuación de Estados Unidos de Norteamérica se ajusta al Derecho Internacional, en otras palabras, si es jurídicamente legítima.

En el sentido anterior, se ha señalado profusamente que la referida potencia ha sufrido una agresión y como reacción a ella ha ejercido y continúa haciéndolo el derecho a la legítima defensa individual y colectiva consagrado en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. También se ha indicado que cuenta con el respaldo de la Organización de las Naciones Unidas, que a través de resoluciones de sus principales órganos, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, validó sus acciones armadas. Estas serían contramedidas lícitas contempladas en el Derecho Internacional frente al ataque de que fue objeto. Analizaremos estos argumentos a continuación.

1. Existencia de una agresión de conformidad al ordenamiento jurídico internacional que autoriza y legitimaría la reacción estadounidense

El determinar si los atentados terroristas sufridos por Estados Unidos de Norteamérica constituyen jurídicamente una agresión, tiene importancia esencial para los efectos de analizar la procedencia de la aplicación de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas referentes al ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva y del Capítulo VII de la misma, sin perjuicio de aquellas otras contenidas en tratados específicos sobre seguridad colectiva celebrados por esa potencia, como el Tratado del Atlántico Norte (Washington, 1949), y el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (Río de Janeiro, 1947); y también la procedencia de la adopción de contramedidas y represalias.

Los atentados terroristas son presentados convincentemente y con una cobertura comunicacional agobiante, como actos de agresión, e incluso de guerra, utilizándose para ello el significado o sentido corriente que a este término le otorga el mundo profano, la población en general, como puede serlo cualquier ataque que sufra una persona en la vía pública de parte de un tercero que carece de una justa causa para ello.

Sin embargo, el concepto de agresión posee en el Derecho Internacional Público un sentido técnico mucho más específico y complejo, una connotación distinta a la corriente. Sólo luego de un largo y dificultoso período

de discusión de siete años, pudo aprobarse su definición, contenida en la Resolución N° 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, lo que constituye un índice para medir su evidente complejidad.

El inciso primero de su artículo 1°, sin perjuicio de lo que señalan las disposiciones que le siguen, define genéricamente la agresión, expresando que: *“La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente definición”*.

A pesar de que la enumeración de los actos que deben caracterizarse como de agresión, contenida en los artículos 2° y 3° de la resolución, no es exhaustiva de conformidad a lo expresado en su artículo 4°, y que el Consejo de Seguridad puede determinar qué otros también pueden ser considerados como tales, no encontramos en su texto absolutamente ningún fundamento o asidero que permita sostener que los atentados sufridos por Estados Unidos de Norteamérica constituyen actos de agresión. Aún más, todas las disposiciones de la resolución discurren sobre la base de que ellos deben provenir de otro u otros Estados, exigencia que no se cumple en este caso ya que no han sido organizados por un Estado sino presuntamente por una organización terrorista internacional.

Por supuesto, siempre queda a salvo la facultad del Consejo de Seguridad para calificarlos como tales.

Examinadas las resoluciones 1368 y 1373 del Consejo de Seguridad, de 12 y 28 de septiembre de este año respectivamente, y la 56/1 de la Asamblea General, de 12 de septiembre de 2001, se constata que ninguna de ellas califica los atentados como un acto de agresión, aunque sí los consideran como una amenaza a la paz y seguridad internacionales. Asimismo, el Consejo de Seguridad señala en la segunda de sus resoluciones citadas, que se encuentra actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, lo que es concordante con su afirmación de que los atentados constituyen una amenaza a la paz.

La conclusión que se desprende de lo señalado precedentemente es que los atentados terroristas no constituyen jurídicamente actos de agresión, sin perjuicio de la posibilidad de considerarlos como amenazas a la paz y seguridad internacionales lo que justificaría la adopción de determinadas medidas, como las tomadas en la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, conforme lo dispone el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Asimismo, podemos afirmar, a pesar de la mención que se hace al derecho de legítima defensa, al que nos referiremos más adelante, que la acción armada de Estados Unidos de Norteamérica contra Afganistán no

puede fundarse en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas ni tampoco en el artículo 5° del Tratado del Atlántico Norte, ya que esa potencia no ha sido objeto de una agresión por parte de otro u otros Estados. Esto último a pesar de que puedan imputársele al gobierno afgano otras acciones u omisiones internacionalmente ilícitas según hemos explicado y que básicamente podríamos resumirlas en el hecho de haber dado refugio y protección en su territorio a los presuntos autores intelectuales de los atentados, no haber adoptado medidas para prevenirlos ni haber reprimido o extraditado a los culpables de conformidad a su legislación interna.

En relación al artículo 5° del Tratado del Atlántico Norte que hemos mencionado, nos permitiremos transcribirlo por ser poco conocido en nuestro medio y porque se le ha invocado como fundamento jurídico de las medidas acordadas por la O.T.A.N. en apoyo de Estados Unidos de Norteamérica. La norma expresa lo siguiente: *“Las Partes convienen en que un ataque armado contra una o varias de ellas, ocurrido en Europa o en América del Norte, será considerado como un ataque dirigido contra todas, y, en consecuencia, convienen en que si tal ataque se produce, cada una de ellas, en el ejercicio del derecho de legítima defensa, individual o colectiva, reconocido por el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, asistirá a la Parte o partes atacadas, tomando individualmente, y de acuerdo con las otras, las medidas que juzgue necesarias, comprendido el empleo de las fuerzas armadas para restablecer la seguridad en la región del Atlántico Norte. Todo ataque armado de esta naturaleza y todas las medidas tomadas en consecuencia, serán puestas inmediatamente en conocimiento del Consejo de Seguridad. Estas medidas acabarán cuando el Consejo de Seguridad haya tomado las necesarias para restablecer y mantener la paz y la seguridad internacionales”*.

A su vez, el artículo 6° del mismo instrumento estipula que: *“Para la aplicación del Artículo 5 se considera ataque armado contra una o varias Partes: una acción militar contra el territorio en Europa o América del Norte, contra los Departamentos franceses de Argelia, contra las islas situadas en la jurisdicción de una de las Partes en el Atlántico al Norte del Trópico de Cáncer o contra los navíos o aeronaves de cualquiera de las Partes en la misma región”*.

En nuestra opinión, en el caso que analizamos no se presentan los supuestos previstos en las normas transcritas por lo que no pueden ser invocadas para actuar militarmente contra Afganistán. En efecto, no existe un ataque armado sino atentados terroristas; estos provienen de un grupo particular y no de otro Estado; y, por último, no pueden ser calificados como una acción militar, a pesar del alto grado de preparación y perfeccionamiento que exhiben. También consideramos que no caben en la aplicación de estas disposiciones interpretaciones extensivas o por analogía atendido el carácter absolutamente excepcional que reviste el uso de la fuerza en el ordenamiento jurídico internacional, lo que no implica exculpar a Afganistán

por sus eventuales acciones u omisiones ilícitas.

2. El derecho a la legítima defensa

El artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas indica que: *“Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectará en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”*.

No deja de ser interesante señalar que el texto en español emplea los términos *“ataque armado”* y que en el francés los vocablos utilizados son los de *“agresión militar”*, y que ambos son oficiales y tienen por tanto igual valor. Por supuesto, las expresiones del texto francés son mucho más específicas y restrictivas en cuanto a la naturaleza misma de la acción que da lugar al ejercicio del derecho de legítima defensa y nos remite directa aunque tácitamente a la Resolución 3314 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (XXIX). Sin embargo, no es mi intención extenderme sobre esta materia sino referirme a aquellos aspectos que, en mi opinión, guardan relación con la acción armada de Estados Unidos en Afganistán.

Ahora bien, tanto la resolución 1368 (2001) como la 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, se refieren en su parte considerativa al derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, aunque en ninguna de sus partes hacen referencia al uso de la fuerza armada, ni tampoco la autorizan expresa o tácitamente ya que las medidas que proponen a los Estados Miembros dicen relación con otras materias. Por tanto, la cita de este derecho en los considerandos de las resoluciones no es coherente con la parte resolutive de las mismas. En este sentido, opinamos que adolecen de imprecisión jurídica y ello nos induce a especular que su texto fue el resultado de una negociación en que la alusión a la legítima defensa obedece a una proposición, por decirlo suavemente, de los Estados Unidos de Norteamérica, aunque esto último es una simple suposición no avalada por antecedentes que se hayan consultado pero que no es ajena a la práctica diplomática.

En todo caso, el ejercicio del derecho a la legítima defensa individual y colectiva está sometido a determinadas condiciones. Ellas, como es conocido, son las siguientes:

i) Debe existir un ataque armado, según lo expresa textualmente el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Entonces, habría que determi-

nar si los atentados terroristas constituyen un ataque armado en los términos que exige esta disposición. Si nos atenemos a lo dispuesto en el artículo 3° de la Resolución N° 3314 de la Asamblea General (XXIX), que definió la agresión, deberíamos pronunciarnos negativamente, ya que este ataque armado debe provenir de otro Estado, requisito ausente en este caso.

La exigencia del ataque armado como condición de procedencia ha sido también recogida por la jurisprudencia internacional como sucedió con el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, de 1986.

ii) Es necesario cumplir además con los requisitos consuetudinarios, recogidos por la jurisprudencia internacional y la doctrina, de inmediatez, necesidad y proporcionalidad. Cabe citar en este sentido el antiguo caso del *Caroline*, entre Estados Unidos y Gran Bretaña, de 1837, y la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares (1996). En esta última el Tribunal declaró que “el sometimiento del ejercicio del derecho de legítima defensa a las condiciones de necesidad y proporcionalidad es una norma de derecho internacional consuetudinario”.

Estos requisitos o condiciones de ejercicio constituyen principios generales de derecho aceptados por los diferentes sistemas jurídicos y se encuentran incorporados a la legislación interna de prácticamente todos los Estados.

Entendemos que la condición de necesidad se cumple cuando la legítima defensa y el uso de la fuerza que ella implica, constituye la única alternativa frente al ataque armado o la agresión de que es objeto no existiendo o no teniendo el ofendido otros medios a su disposición o alcance para detenerla.

La proporcionalidad la interpretamos como la equivalencia entre el ataque recibido y la reacción del Estado agredido.

Y, finalmente, la inmediatez significa que la reacción del ofendido por el ataque armado debe ser lo más cercana y próxima a éste, de tal manera que no se transforme en una represalia armada o un uso de fuerza punitivo deliberado. El cumplimiento de esta última condición va a depender, por supuesto, de las circunstancias y tendrá que ser analizado en cada caso específico.

Creemos que la reacción armada de Estados Unidos de Norteamérica ha sido, además de jurídicamente improcedente por las razones expuestas con anterioridad, absolutamente innecesaria, totalmente desproporcionada y aparentemente mediata. Estas características se agregan a las argumentaciones ya expuestas contribuyendo adicionalmente a su ilicitud al transformarla en definitiva en un ataque armado contra otro Estado con violación a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas. En una actitud más

benévola se la podría calificar quizás como represalias armadas contra un Estado que se niega a cumplir con su obligación de abstenerse de prestar ayuda a los terroristas y enjuiciar o extraditar a los autores intelectuales de los atentados, represalias que se encuentran también prohibidas por el Derecho Internacional y que son jurídicamente ilícitas por contravenir el párrafo 4º del artículo 2º de la Carta de Naciones Unidas.

iii) La legítima defensa tiene además un carácter esencialmente provisional, de acuerdo al tantas veces citado artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, que dispone que se ejerce “hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y seguridad internacionales”.

Estimamos, asimismo, que debe durar hasta que sea rechazado el ataque armado o cese la agresión en términos tales de que si ésta es instantánea y se agota en un solo acto, ya no puede continuar ejerciéndose, tal como ha sucedido en este caso, si es que se aceptase la hipótesis de que estamos en presencia de una legítima defensa de Estados Unidos de Norteamérica. Esto sin perjuicio de la aplicación de otras medidas que no constituyan un uso de fuerza y que pueden ser adoptadas por los órganos internacionales competentes. Si no fuere así, bastaría que el Consejo de Seguridad, por el ejercicio del derecho de veto de alguno de sus miembros permanentes, se viera imposibilitado de tomar “...las medidas necesarias para mantener la paz y seguridad internacionales”, para que el uso de la fuerza por el agredido continuara indefinidamente en el tiempo, lo que me parece una monstruosidad jurídica.

Esta temporalidad o carácter provisional del derecho de legítima defensa debe concordarse con el deber que recae en el Estado agredido de informar al Consejo de Seguridad acerca de las medidas que haya adoptado en su ejercicio.

Si se analizan los hechos que han dado origen al ataque armado contra Afganistán, y las circunstancias y características de este último, deberíamos reiterar que no estamos en presencia de un ejercicio del derecho de legítima defensa de conformidad al artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, ya que por más esfuerzos de imaginación que intentemos resulta imposible calzar la conducta de Estados Unidos de Norteamérica con los supuestos y condiciones jurídicas del referido derecho. Y esta afirmación nos conduce a la conclusión ineludible de que los ataques armados estadounidenses contra Afganistán constituyen un uso ilegítimo de la fuerza que debe ser considerado como un acto de agresión.

De admitirse la hipótesis, como parece ser efectivo, de que Afganistán infringió sus obligaciones respecto del terrorismo internacional al permitir que desde su territorio se planificaran acciones terroristas contra Estados

Unidos de Norteamérica, ello no autorizaba a este último a reaccionar unilateralmente y menos aún utilizando la fuerza armada, en una especie de autotutela aumentada, atribuyéndose por sí mismo una presunta función de policía internacional, con poder sancionador y de carácter más bien punitivo, y la representación del bien en su lucha contra el mal. La eventual responsabilidad de Afganistán sólo le abría la posibilidad jurídica de recurrir a las vías institucionales, especialmente el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, para que se adoptaran las decisiones que en Derecho correspondían, las que podían incluir la utilización de la fuerza armada.

El peligro que para la paz y seguridad internacionales reviste una actuación de esta naturaleza es evidente y no es necesario explayarse sobre la materia. Asimismo, son manifiestos los riesgos que su aceptación conlleva, especialmente para los miembros menores de la comunidad internacional, ya que cualquier atentado efectuado por terroristas, organizaciones o individuos aislados, en contra de Estados Unidos de Norteamérica u otra gran potencia, podría significar una presión irresistible para el país de la residencia de éstos, sea el de su nacionalidad o un tercero, al que podría acusarse, incluso arbitrariamente, de complicidad o colaboración con el terrorismo. Ello posibilitaría utilizaciones ilícitas, desproporcionadas y cruentas de la fuerza en su contra, que violarían sus derechos más elementales de conformidad al Derecho Internacional, avasallando de paso su dignidad nacional. Simultáneamente se debilitaría el ordenamiento jurídico internacional y la institucionalidad vigente con consecuencias imprevisibles.

Pareciera que la práctica internacional de algunas potencias en esta materia, confirmada por el caso de los ataques armados masivos de Estados Unidos de Norteamérica a Afganistán, con una participación directa por añadidura en el conflicto interno entre el régimen talibán y la Alianza del Norte, es la de recurrir al artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas para procurar legitimar intervenciones jurídicamente ilícitas que incluyen usos prohibidos de fuerza. Aún más, en algunos casos se ha invocado la proscrita legítima defensa preventiva tal como lo ha hecho Israel, en varias ocasiones y desde hace muchos decenios, en contra del pueblo palestino y árabe en general, bajo el amparo político y diplomático de Estados Unidos de Norteamérica, que se ha transformado además en su proveedor de sofisticadas armas y recursos económicos. Cabe recordar, para evitar el olvido, que los diferentes gobiernos norteamericanos han utilizado permanentemente el derecho de veto en favor de su aliado cuando se propone al Consejo de Seguridad algún proyecto de resolución condenatoria por los asesinatos selectivos, ataques a la población civil, el recurso a los castigos colectivos, destrucción de viviendas y cultivos, violaciones a los derechos humanos, agresiones diversas, etc. En consecuencia, existe el serio peligro

de que esta práctica pueda extenderse afectando gravemente el sistema de seguridad colectiva de Naciones Unidas, lo que acentuaría su inoperancia relativa al radicar en los Estados individuales, con prescindencia de la institucionalidad vigente, la adopción de las medidas de fuerza tendientes a mantener la paz y seguridad internacionales, lo que implicaría un retroceso notable en la evolución de la sociedad internacional.

3. *Contramedidas y uso de la fuerza.*

Entre las modalidades utilizadas para la aplicación coercitiva del Derecho Internacional encontramos aquellas que han sido calificadas por parte de la doctrina como medidas descentralizadas, o sea, las que responden a una decisión unilateral de uno o más Estados que reaccionan frente al hecho ilícito internacional de otro u otros Estados ejerciendo coerción sobre éstos, con el fin de obtener que acaten el ordenamiento jurídico internacional y reparen los daños que han causado. Este concepto se opone al de medidas centralizadas que, a diferencia de las anteriores, son adoptadas dentro de un marco institucional por la comunidad internacional organizada. Entre las primeras encontramos las denominadas contramedidas, una de cuyas modalidades son las represalias.

Ahora bien, podría interpretarse que la fuerza empleada por Estados Unidos en Afganistán constituye una contramedida y específicamente una represalia armada, que responde a la violación por este último de sus obligaciones internacionales respecto del terrorismo internacional.

El tema de las contramedidas ha sido desarrollado en el actual Derecho Internacional Público por la Comisión de Derecho Internacional con motivo de la preparación de su Proyecto sobre Responsabilidad Internacional.

En el artículo 30 del citado proyecto se estipula que: *“La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación de ese Estado para con otro Estado quedará excluida si el hecho constituye una medida legítima según el derecho internacional contra ese otro Estado, a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito de ese otro Estado”*.

Recordemos que esta norma se encuentra incluida en el Capítulo V del proyecto, que se refiere a las *“Circunstancias que excluyen la ilicitud”*, junto al consentimiento, la fuerza mayor, el caso fortuito y el peligro extremo.

Prescindiendo de un análisis pormenorizado de las contramedidas y en especial de las represalias por no ser materia de esta ponencia, cabe sin embargo detenerse en el examen de las condiciones que se exigen para que puedan ser consideradas como lícitas.

La norma propuesta se refiere a las contramedidas legítimas, es decir aquellas que excluyen la ilicitud del hecho internacionalmente ilícito del que las emplea frente al hecho ilícito y anterior de otro Estado. De conformi-

dad a la jurisprudencia y doctrina internacional, las condiciones que otorgan la mencionada legitimidad son las siguientes:

i) Existencia de un hecho ilícito internacional previo de un Estado infractor que origina un daño a otro Estado.

ii) Antes de ser adoptada, debe haber como expresa el fallo arbitral pronunciado en el caso sobre “Responsabilidad por daños causados en las colonias portuguesas del Africa meridional (incidente de Naulilaa)”, (1928), una “...conminación infructuosa, a un acto contrario al derecho de gentes realizado por el Estado ofensor”. O sea, y en otras palabras, un requerimiento al Estado ofensor para que ponga término a su acción ilícita contraria al Derecho Internacional, y que es formulado por el Estado ofendido.

iii) Que se hayan agotado las vías y procedimientos existentes, especialmente los medios de solución pacífica de las controversias, antes de recurrir a las represalias. Recordemos que en tal sentido existen obligaciones internacionales generales y particulares que deben ser forzosamente cumplidas.

iv) Tiene que existir una proporcionalidad entre la contramedida y el hecho internacionalmente ilícito, entre la infracción y la reacción. Esta condición fue aplicada en el “Asunto sobre el acuerdo concerniente a los servicios aéreos entre los Estados Unidos y Francia de 27 de marzo de 1946”, en fallo arbitral de 1978.

v) La contramedida debe ser legítima de conformidad al Derecho Internacional.

Como ha señalado la CDI., “...la legitimidad de la medida debe ser determinada objetivamente por referencia al derecho internacional”.

Ahora bien, en el Derecho Internacional Clásico se aceptaban las represalias armadas. Sin embargo, y con la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas, tal como ya se ha indicado, el uso de la fuerza quedó proscrito y con ello también las represalias armadas, las que devinieron en ilegítimas.

Cabe citar al respecto, entre otros instrumentos internacionales, lo dispuesto en el número 10 de la “Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, Resolución 2625 (XXV), de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que al desarrollar el principio de prohibición del uso de la fuerza, señala en su inciso 7º que: “*Los Estados tienen el deber de abstenerse de actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza*”.

De esta manera, el Derecho Internacional prohíbe expresamente las represalias que impliquen el uso de la fuerza armada, cualquiera que sea el hecho ilícito internacional que las origine, represalias que el ordenamiento jurídico internacional considera ilícitas y que no excluyen la responsabili-

dad del Estado que las utiliza o aplica.

Debemos recordar que una contramedida constituye prima facie una acción contraria a una obligación internacional del Estado que la aplica respecto de aquel contra la cual va dirigida, pero que por constituir una reacción a una acción ilegítima previa de este último, y reunir las condiciones señaladas precedentemente, queda excluida la ilicitud de la conducta del primero.

Por otra parte, cualquier represalia aunque no esté constituida por un uso de la fuerza armada se transforma en ilícita si infringe las normas de *jus cogens*, o las *erga omnes*, como cuando de alguna manera lesionan los derechos y libertades fundamentales de la persona humana, ya sea considerada en forma individual o colectivamente como pueblo.

De acuerdo al examen de los hechos y a lo expresado precedentemente, se debe concluir que el uso de la fuerza por Estados Unidos contra Afganistán, si se le calificara como una represalia por las infracciones de este último a sus obligaciones respecto del terrorismo internacional, sería violatoria de las normas jurídicas internacionales que hemos analizado anteriormente. Aún más, y atendido sus funestos efectos en la población afgana, como las muertes civiles que ha ocasionado, la destrucción de objetivos no militares y el gigantesco problema humanitario que ha generado, podría también concluirse que infringe abiertamente diversas normas de *jus cogens* contempladas en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, que establecen obligaciones *erga omnes*. Esto no significa que estemos de acuerdo con el terrorismo internacional, el régimen talibán o que exculpemos de responsabilidad al Gobierno afgano por su conducta anterior a los ataques estadounidenses que se le ha atribuido, la que de ser efectiva rechazamos y condenamos en forma categórica.

4. Las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad

En relación a los atentados terroristas que analizamos y hasta la fecha de redacción de esta ponencia, se han aprobado la Resolución 56/1, de 12 de septiembre de 2001, de la Asamblea General de las Naciones Unidas y las resoluciones números 1368 (2001) y 1373 (2001), de su Consejo de Seguridad, de 12 y 28 de septiembre del mismo año, respectivamente. El contenido de las dos primeras es resumidamente el siguiente:

- i) Condena de los ataques terroristas y expresiones de solidaridad con el pueblo y Gobierno de los Estados Unidos.
- ii) Llamado a todos los Estados con el objeto que cooperen para someter a la acción de la justicia a los autores, organizadores y patrocinadores de los ataques terroristas.

iii) Exhortación a la comunidad internacional a que redoblen sus esfuerzos y cooperen en la prevención y represión del terrorismo.

iv) Expresión de la intención del Consejo de Seguridad a tomar todas las medidas para responder a los ataques terroristas y combatir el terrorismo en todas sus formas, con arreglo a las funciones que le competen de acuerdo a la Carta de las Naciones Unidas.

Si bien es cierto que estas dos primeras resoluciones carecen de contenido ejecutivo y constituyen una primera reacción de la Organización Mundial, es importante mencionar que la segunda de las nombradas, la resolución 1368 (2001) del Consejo de Seguridad, hace mención en su tercer considerando del derecho a la legítima defensa individual y colectiva en términos sumamente generales y con una ambigüedad que se presta a múltiples, variadas y aún contradictorias interpretaciones, por lo que no puede descartarse que haya obedecido a un acuerdo político entre diversas tendencias.

En cambio, la resolución 1373 (2001), del Consejo de Seguridad, de 28 de septiembre de 2001, contiene medidas concretas adoptadas por este organismo dentro del marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

En efecto, y en síntesis, resuelve sobre lo siguiente:

i) Diversas medidas que deben adoptar los Estados para prevenir y reprimir el financiamiento de los actos de terrorismo; la tipificación de esta actividad como delito; congelación de fondos, activos financieros y recursos económicos de personas vinculadas al terrorismo, y otras de la misma naturaleza.

ii) Asimismo, impone las obligaciones de abstenerse de proporcionar apoyo a las entidades o personas que participan en la comisión de actos de terrorismo, de reprimir el reclutamiento y eliminar el abastecimiento de armas a los terroristas; de adoptar medidas de prevención y denegación de refugio a los que intervienen en distintas calidades en los actos de terrorismo; de impedir la utilización de sus territorios con fines terroristas en contra de otros Estados o sus ciudadanos; de asegurar el enjuiciamiento de los que participen en varias formas en los actos de terrorismo; de tipificar a éstos como delitos graves en la legislación interna e imponer castigo de acuerdo a la gravedad de esos actos de terrorismo; de cooperar en la investigación o procedimientos penales en estas materias, impedir la circulación de terroristas, etc.

iii) Luego viene una tercera parte en que se exhorta a los Estados a la cooperación y a desarrollar determinadas actividades, para continuar con una observación y una declaración y el establecimiento de un Comité cuya función principal es verificar el cumplimiento de la resolución.

También menciona, en lo que podría denominarse parte considerativa,

el derecho a la legítima defensa individual y colectiva, reconocido por la Carta de las Naciones Unidas.

Por tanto, y sin perjuicio de la validez de esta resolución y de la obligación de todos los Estados Miembros a cumplirla íntegramente, de conformidad al artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas, ella no contiene mención alguna a Afganistán ni tampoco medidas coercitivas que impliquen el uso de la fuerza armada en su contra, o autorización a algún Estado o grupo de Estados para ejercerla, tal como sucedió con la resolución 678 de 29 de noviembre de 1990, y que dio lugar a la denominada operación Tormenta del Desierto en contra de Irak, fuertemente criticada por diversas razones jurídicas. Aún más, y como expresamos anteriormente, no se califica a los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 como actos de agresión sino como una amenaza para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

Sólo al Consejo de Seguridad le compete adoptar las medidas coercitivas de acuerdo a los artículos 41 y 42 de la Carta, que damos por reproducidos, sin perjuicio del derecho a la legítima defensa individual y colectiva al cual ya nos hemos referido latamente. Cualquier acción unilateral que implique el uso de la fuerza armada y que no pueda ser jurídicamente estimada como legítima defensa individual o colectiva, constituye una violación a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas que debería ser considerada como agresión por ser incompatible con sus disposiciones.

IV. CONCLUSIONES

Del análisis precedente, y por todas las razones expuestas, debemos concluir necesariamente lo siguiente:

a) Que los actos de terrorismo perpetrados contra Estados Unidos de Norteamérica constituyen jurídicamente una amenaza a la paz y seguridad internacionales, y deben ser condenados y repudiados, sin excepción alguna, por toda la Comunidad Internacional.

b) Sin embargo, dichos actos provienen de un grupo terrorista que está vinculado a una organización de la misma naturaleza y no procede imputárselos al Estado de Afganistán, sin perjuicio de la responsabilidad de éste, de acuerdo a las reglas generales, por amparar, proteger o permitir sus actividades, si ello fuere acreditado. Por la misma razón, no pueden ser considerados como una agresión de conformidad al ordenamiento jurídico internacional vigente.

c) No cabe considerar a la acción armada de Estados Unidos contra Afganistán como un ejercicio del derecho a la legítima defensa individual o colectiva ni tampoco como una contramedida jurídicamente lícita.

d) Debido a lo anterior, ella es violatoria del Derecho Internacional y de la Carta de las Naciones Unidas.

e) Estados Unidos de Norteamérica debió recurrir a los procedimientos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas ciñéndose estrictamente a sus normas y prescindiendo de la adopción de medidas unilaterales, aun cuando pueda exhibir un importante apoyo militar, político, diplomático y moral de numerosos otros Estados.

f) Que al actuar en la forma que lo hizo, se ha debilitado el sistema de seguridad colectiva de la Organización de las Naciones Unidas y a la propia institución, la que se había fortalecido luego del término de la Guerra Fría al recuperar el Consejo de Seguridad su capacidad de acción.

g) El terrorismo en general y el internacional en particular, carecen de una regulación jurídica preventiva y represiva suficientemente amplia y efectiva que asegure su extirpación, por lo que es indispensable alcanzar acuerdos jurídicos globales al respecto.

h) Asimismo, el terrorismo es un efecto no sólo de la intolerancia y el extremismo, sino que obedece también a otras causas más profundas que dicen relación con numerosas situaciones de injusticia internacional, muchas de las cuales han perdurado a través del tiempo sin lograr alcanzar una solución y la experiencia histórica nos indica que sólo podrá ser erradicado una vez que ello suceda.